AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Nº 34.024-1 — PR
(Registro nº 93.4540-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Agravante: *Imobiliária Vailatti Ltda.*

Agravado: *O R. Despacho de fls. 342/343*

Advogados: *Osmar Dutra e Irecê Nascimento Trein*

EMENTA: ***Agravo regimental. Recurso especial. Indeferimento. Questões não versadas.***

O especial a conter matérias não apreciadas na decisão recorrida não pode ter seguimento.

Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Dias Trindade.

Brasília, 28 de junho e 1993 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Nos autos do agravo de instrumento em referência, proferi a seguinte decisão:

"Em longo arrazoado (fls. 190 a 231), a recorrente interpõe para esta Corte recurso especial fundamentado com indicação de

divergência jurisprudencial e alegação de negativa de vigência dos seguintes dispositivos: 214; 219; 222; 223 e seus parágrafos; 243; 262, 267, incisos IV e VI; 295, inciso III, parágrafo único, inciso III e IV; 302; 319; 320; 458; 515; 572; 582; 615, inciso IV; 618, inciso II; 632; 633, 638, parágrafo único; 644, § 2º; 737 e 743, inciso IV, do Código de Processo Civil; 116; 145; 146 e 1.092, do Código Civil. Sustenta, ainda, ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

O acórdão recorrido está assim ementado (fls. 144):

> *"1. Embargos do devedor — Tempestividade — Pressuposto de admissibilidade da ação incidental — Apreciação de ofício em 2º Grau de Jurisdição — extinção do processo — Artigo 267, IV, e § 3º do Código de Pocesso Civil.*
>
> O prazo para a oposição de embargos do devedor, estabelecido no artigo 738 e incisos do Código de Processo Civil, é peremptório, e constitui-se de requisito de admissibilidade da ação incidental, tratando-se, portanto, a sua tempestividade, de matéria que pode ser apreciada de ofício em qualquer grau de jurisdição.
>
> *2. Oposição à execução de obrigação de fazer — Prazo — Contagem a partir da juntada aos autos do mandado de citação para o cumprimento do julgado — Artigos 632 e 738, IV, do Código de Processo Civil.*
>
> Proposta ação cominatória, e proferida sentença que condena em obrigação de fazer, compete ao devedor propor a ação incidental em 10 dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação para o cumprimento do julgado.
>
> *Doutrina e precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Câmara. Carência decretada."* (fls. 144)

Não se viabiliza a possibilidade de exame da pretensão da recorrente. Isto porque, como bem demonstrou o Presidente do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná (fls. 241), além do tema constitucional suscitado ser da competência do Supremo Tribunal Federal e da ausência de configuração analítica da divergência colacionada, improcede a sustentada infringência dos mencionados dispositivos de lei federal pois, no caso dos autos, o acórdão recorrido se limitou ao acolhimento da preliminar argüida quanto à falta de pressuposto de admissibilidade da ação incidental e pelo julgamento, de ofício, da extinção do processo sem apreciação do mérito, com base no art. 267, IV, e § 3º, do Código de Processo Civil, em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por esta razão, de acordo com a fundamentação da decisão agravada, inclusive quanto ao reconhecimento da ausência da configuração analítica do dissídio jurisprudencial alegado, com base no art. 28, § 2º, da Lei nº 8.038/90, nego seguimento ao agravo de instrumento.

Publique-se." (fls. 342/343).

Inconformada a agravante reitera a falta de sua citação inicial, e ataca a falta de fundamentação da decisão da jurisdição ordinária, a inépcia da inicial e a ausência de prova em prol da parte adversa, bem assim pede a manifestação desta Corte acerca de todos esses vícios.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Consoante deixei claro em minha decisão, o Eg. Tribunal **a quo** não cuidou das questões suscitadas no especial e nos agravos interpostos.

É certo que, em embargos declaratórios, a recorrente insistiu para que a câmara julgadora se manifestasse acerca das questões pertinentes à falta de citação e nulidade da sentença, no processo de conhecimento.

Ocorre que o Tribunal considerou intempestivos os embargos do devedor e tendo em vista essa ausência de pressupostos de admissibilidade da ação incidental, negou provimento ao seu recurso apelatório e extinguiu o processo sem apreciação do mérito.

Logo as questões suscitadas nos embargos não poderiam ser apreciadas.

Foi o que deixou patente a decisão da douta Presidência nesse ponto:

"Pela alínea *a* do autorizativo constitucional, não oferece condições de admissibilidade o recurso ora examinado.

De início, cumpre observar que o recurso especial "é instrumento impróprio para apreciar-se a violação de normas de natureza constitucional" (RESp nº 8.013-CE, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU nº 81, de 29.04.91, p. 5.267), no caso, o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

De outra parte, nem o acórdão que decidiu a apelação (fls. 135/134), nem os acórdãos que apreciaram os dois embargos de declaração (fls. 159/162, 175/176), versaram sobre os seguintes dispositivos legais, cuja negativa de vigência foi apontada pela recorrente: artigos 222, 223, parágrafos 1º a 3º, 214, 618, inciso II, 243, 267, inciso IV, 295, incisos III, IV, e parágrafo único, 458, 572, 615, inciso IV, 319, 320, inciso I, 302, 618, 572, 633, 582, 743, inciso IV, 737, 515, 2a, 262, 219, 638, parágrafo

único, do Código de Processo Civil, artigos 116, 145 e 1.092 do Código Civil.

É certo que, na apelação, a ora recorrente, argumentando ser nula a citação, no processo de conhecimento, e nula a sentença, nela proferida, referiu-se aos artigos 222, 223, 295, inciso III e parágrafo único, 458, 572, 615, inciso IV, 618, 633, 582, 743, inciso IV, 737, 644, do Código de Processo Civil, e 116, 145, 146 e 1.092 do Código Civil.

Todavia, tais alegações nem sequer chegaram a ser apreciadas quando do julgamento da apelação, eis que o acórdão censurado acolheu a preliminar de intempestividade dos embargos, argüida pelos apelados, ora recorridos." (fls. 241/242).

Diante de todo exposto, e como não há dissídio comprovado acerca do tema questionado na decisão do colegiado paranaense, meu voto é pela confirmação de minha decisão negando-se, assim, provimento ao agravo.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no Ag nº 34.024-1 — PR — (93.4540-7) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Agrte.: Imobiliária Vailatti Ltda. Agrdo.: O r. Despacho de fls. 342/343. Partes: Imobiliária Vailatti Ltda. e Edson Luiz Fabbri e outros. Advs.: Osmar Dutra e Irecê Nascimento Trein.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental (em 28.06.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Dias Trindade.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Nº 39.083-7 — SP
(Registro nº 93.0016396-5)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Agravantes: *Robson Lucena de Oliveira e cônjuge*

Agravado: *O R. Despacho de fls. 80/83*

Partes: *Robson L. de Oliveira e cônjuge e Birmann S/A Com. e Empreendimentos*

Advogados: *Paulo Cesar de Carvalho Rocha e outros, e Wilson Campos Teixeira Monteiro e outro*

EMENTA: ***Prova. Presunção. Deferimento.***

O art. 945 do Código Civil cria apenas uma presunção, mas não veda a realização de qualquer prova.

A lei processual, por outro lado, somente autoriza o indeferimento das provas inúteis ou protelatórias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigáficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 07 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Ao apreciar embargos declaratórios de decisão em agravo de instrumento, assim me manifestei, na parte conclusiva de meu pronunciamento:

"Ressalvando a minha posição contrária ao cabimento de Embargos de Declaração de decisões, nesta Corte, que negam seguimento a agravo de instrumento, passo ao exame da pretensão dos embargantes:

Registre-se, de início, como aliás evidenciou a empresa agravada na contraminuta oferecida às fls. 55-58, que a hipótese dos autos se refere à quitação inserida em documento particular, com força de escritura pública, em face do disposto no artigo 61 e parágrafos da Lei nº 4.380/64, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.094/66, relativo a contrato de financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação.

O recurso especial interposto para este Tribunal está fundamentado com alegação de negativa de vigência dos artigos 130 do Código de Processo Civil e 945 do Código Civil.

Entendem os embargantes que não poderia ser deferida a prova pericial, no primeiro grau de jurisdição, para negar efeito a quitação por escritura pública, cuja conseqüente presunção de pagamento, de acordo com o mencionado dispositivo do Código Civil, é absoluta.

Ocorre que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apenas reconheceu que: — "A prova pericial não foi indeferida pela r. decisão saneadora, que a relegou para outra ocasião, além do que poderia ter sido determinada a sua realização em razão do processo que a lei confere ao juiz (art. 130 do CPC)".

Este foi o entendimento firmado pelo Tribunal **a quo**, apesar da seguinte observação contida no voto do relator do acórdão recorrido, ensejadora do inconformismo manifestado para este Tribunal (fls. 24):

"Demais, a proibição contida no art. 945, do Código Civil, obviamente, não se opera quando o próprio ato que importou na quitação de dívida por escritura pública está sendo questionado de anulável, por ter sido fruto de simulação".

Em razão desta afirmação do relator do acórdão recorrido, destaquei, na minha decisão, que não se viabiliza a possibilidade de exame do recurso especial porque, no caso dos autos, que é peculiar, a pleiteada anulabilidade da quitação da dívida resultou do entendimento sustentado no sentido de que essa quitação efetivou-se mediante simulação.

Com estes esclarecimentos, não me parece procedente a existência de obscuridade apontada nos Embargos de Declaração que merecem rejeição.

Publique-se." (fls. 82/83).

No restante do prazo suspenso com a interposição dos embargos, agravaram os interessados, com a petição de fls. 85 a 93, da qual destaco:

"A questão central de que cuidam os autos consiste na análise da vulneração ou não do artigo 945, parágrafo segundo, do Código Civil e, por conseqüência, do art. 130, do CPC pelo Tribunal **a quo**.

Ou seja, pode-se discutir, sem desconstituição prévia, quitação conferida por escritura pública? Debate assim admitido não estará violando a presunção absoluta que decorre do artigo 945, do CC?

Estágio probatório autorizando tal discussão é pertinente ou impertinente, de acordo com o artigo 130, do CPC?

Uma vez mais, convém rememorar a matéria de que trata a ação de conhecimento que foi proposta pela empresa agravada em face dos agravantes." (fl. 88).

Aquela insurgência é encerrada deste modo:

"A existência de quitação por escritura pública autoriza a incidência do parágrafo 2º do artigo 945 do Código Civil Brasileiro. E a mesma surte e está surtindo efeitos em toda a sua extensão já que nunca se postulou sua desconstituição (pedido de anulação visando sentença constitutiva negativa).

Logo, impossível, porquanto presunção **iures et de iuri** há **in casu** de pagamento, prosseguir-se em ação condenatória que tenha por objeto verbas em pecúnia *abrangidas* pela quitação.

De fato, a ausência de qualquer pedido de desconstituição da escritura pública onde se outorgou a quitação (**prius**) torna prejudicada qualquer alegação de crédito contra os agravantes (**posterius**).

Por assim ser, infringiu-se o artigo 130 do Código de Processo Civil pois *admitiu-se prova sem qualquer cabimento na espécie.*

Realmente, não há como admitir prova sobre existência de suposto crédito se há quitação sobre todo o preço, outorgada através de escritura pública. *A instrução, além de desnecessária, é impertinente.*

Violado, portanto, o artigo 130 do Código de Processo Civil. (fls. 92/93).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Lê-se no art. 945 do Código Civil:

"A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.

§ 1º Ficará, porém, sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, dentro em sessenta dias, o não pagamento.

§ 2º Não se permite esta prova, quando se der a quitação por escritura pública."

O acórdão contém a seguinte exposição e disposição:

"Agravo de instrumento oposto contra a r. decisão que deferiu a produção de prova pericial, após ter sido colhida a prova oral.

Sustenta o recorrente a preclusão da referida prova, além de ser tumultuária a inversão da prova, estando vedada por lei sua produção.

O recurso foi bem processado, com resposta da agravada e decisão de manutenção.

É o relatório.

A demanda se prende a pedido de indenização por enriquecimento ilícito de uma das partes em face da quitação simulada de compromisso de venda e compra.

A prova pericial não foi indeferida pela r. decisão saneadora, que a relegou para outra ocasião, além do que poderia ter sido determinada a sua realização em razão do poder de direção do processo que a lei confere ao juiz (art. 130, do Código de Processo Civil).

Demais, a proibição contida no art. 945, do Código Civil, obviamente, não se opera quando o próprio ato que importou na quitação da dívida por escritura pú-

blica está sendo questionado de anulável, por ter sido fruto de simulação.

Ante o exposto, negam provimento ao recurso." (fls. 23/24).

Creio explicar o julgado a razão da mantença da decisão monocrática que deferiu a prova.

Por outro lado, o art. 945 da lei substantiva somente pode ser interpretado como a estabelecer uma presunção, jamais a proibição da realização de uma prova.

Na verdade, o estatuto a prevalecer, no caso, é a lei processual, que não cria qualquer obstáculo a produção de prova. Ocorresse essa hipótese atentaria a lei contra o princípio da ampla defesa.

Diante do exposto, inexistindo a alegada ofensa à lei, o recurso especial não merece ser admitido.

Por tal razão, nego provimento ao agravo.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no Ag nº 39.083-7 — SP — (93.0016396-5) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Agrtes.: Robson Lucena de Oliveira e cônjuge. Advogados: Paulo Cesar de Carvalho Rocha e outros. Agrdos.: Birmann S/A Comércio e Empreendimentos e o r. Despacho de fls. 80/83. Advogados: Wilson Campos Teixeira Monteiro e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental (em 07.12.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA
Nº 3.111-2 — DF
(Registro nº 93.0025696-3)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*
Agravante: *Otácio Soares Fonseca*
Advogada: *Maria Christina Boratto Braga*
Agravado: *V. Despacho de fls. 24*

EMENTA: ***Mandado de segurança. Indeferimento. Liminar pelo relator. Recurso cabível. Autoridade coatora. Quem é.***

1. Da decisão do Relator de mandado de segurança impetrado perante o STJ, indeferindo, liminarmente, o pedido, ou lhe negando seguimento, que tem efeito de denegar (Lei 1.533/51, art. 8º, parágrafo único c.c. o art. 12 e art. 24 da Lei nº 8.038, de 28.5.90), cabe recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, II, *a*).

2. Agravo regimental não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, preliminarmente, por maioria, vencidos os Ministros Relator e Pedro Acioli, conhecer do agravo, e no mérito por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo, determinar a baixa dos autos à Justiça Federal de Primeiro Grau. Votaram com o relator os Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas, José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli.

Brasília, 11 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro JESUS COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Agrava regimentalmente *Otácio Soares Fonseca*, inconformado porque neguei seguimento a mandado de segurança impetrado junto a esta Corte, assim ementando a decisão:

> *"Mandado de segurança. Competência do STJ.*
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato praticado por autoridade no exercício de competência delegada por Ministro de Estado. Coator é quem pratica ou ordena concretamente a execução ou não do ato atacado.
>
> 2. Pedido a que se nega seguimento (Lei 8.038/90, art. 38)."

O agravante impetrou mandado de segurança apontando como autoridade coatora o Exmo. Sr. Ministro de Estado da Marinha, por ter baixado a Portaria nº 375, de 11.06.93, regulamentando a aplicação, cobrança e valor da multa por ocupação irregular de Próprio Nacional Residencial. O valor da multa, na hipótese, é de dez vezes o valor da indenização de moradia percebida (fls. 02/07).

Alega, agora, que o que provocou a ilegalidade apontada foi a Portaria Ministerial, não havendo como se questionar a competência desta Corte para julgar o **mandamus** (fls. 26/29).

Relatei.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Vou enfrentar uma questão prévia e que, mesmo não sendo nova, entendo que deva ser reexaminada: qual o recurso cabível de decisão liminar do relator de mandado de segurança impetrado perante esta Corte, negando seguimento ou indeferindo o pedido?

A Lei nº 1.533, de 31.12.51, art. 8º, diz que se a inicial for indeferida por lhe faltar requisitos da própria lei, cabe recurso de apelação.

A Lei nº 8.038, de 28.5.90, no art. 24, estabelece que "no mandado de segurança será aplicada a legislação processual em vigor".

Tratando-se, no entanto, de mandado de segurança denegado por este Superior Tribunal de Justiça, ou da decisão que o indefere, liminarmente, penso, cabe recurso ordinário para o Colendo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, II, **a**).

Na hipótese, não se aplica o disposto no art. 39, da Lei nº 8.038/90, porquanto o art. 24 dessa lei, conforme acentuei, manda que se observe a legislação processual perti-

nente ao mandado de segurança. Portanto, se da decisão de juiz monocrático, em casos tais, cabe recurso de apelação, das decisões de Relator em Tribunal Regional Federal ou de Tribunais dos Estados cabe recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, segue-se que da decisão de Relator neste STJ, em processo de mandado de segurança, indeferindo a inicial ou lhe negando seguimento, o recurso cabível é o ordinário para o Colendo Supremo Tribunal Federal, por força do estabelecido no art. 102, II, **a**, da Constituição.

Desse modo, não conheço do agravo regimental.

VOTO — MÉRITO

Vencido na preliminar, passo ao exame das razões do agravo regimental.

A minha decisão está assim concebida:

"Mandado de segurança. Competência do STJ

1. O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato praticado por autoridade no exercício de competência delegada por Ministro de Estado. Coator é quem pratica ou ordena concretamente a execução ou não do ato atacado.

2. Pedido a que se nega seguimento (Lei 8.038/90, art. 38).

Vistos, etc.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Otácio Soares Fonseca contra ato acoimado de "abusivo e ilegal do Ministro da Marinha" (fl. 02).

Embora o autor diga que o tal ato é a Portaria Ministerial 0375, de 11.6.93, "notificando o impetrante" (fl. 03), o aludido instrumento (fls. 19/21) "Regulamenta a aplicação, cobrança e valor da multa por ocupação irregular de Próprio Nacional Residencial" e em momento algum notifica o impetrante a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Traça normas gerais e, no art. 5º, "delega competência às organizações militares responsáveis para aplicarem e cobrarem as multas por ocupação irregular".

Os contracheques, de outro modo, não provam a prática de qualquer ato do Ministro de Estado da Marinha.

Por coator entende-se a autoridade superior que pratica ou determina que se execute ou não o ato acoimado de abusivo ou ilegal. No caso, quem exige o pagamento da multa ou quem a impôs e a desconta. De mais a mais se terá de apurar se os valores constantes dos contracheques excedem ou não o que a lei estabelece como limite.

Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar mandado de segurança contra ato de Ministro de Estado (CF, art. 105, I, **a**).

Incabível a apreciação do pedido por esta Corte. Nego-lhe seguimento de acordo com o disposto no art. 38, da Lei nº 8.038, de 28.5.90.

O recorrente não prova e nem demonstra que o ato causador do gravame seja do Ministro de Estado, o qual limitou-se a baixar a Portaria traçando normas genéricas, que têm a mesma natureza de lei em tese, pois não traz, por si, efeitos concretos, sendo o ato constante do documento de fl. 18, **in verbis**: copiá-lo[22] (fl. 24).

Por tais motivos, dou parcial provimento ao agravo, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal do Distrito Federal.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, **data venia**, parece-me aplicável à espécie o art. 39 da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, que é expresso quanto a caber agravo das decisões do Relator que causarem gravame à parte.

Penso que essa regra se estende a todo ato de Relator. Não iria ao ponto de aplicá-la àqueles casos em que a legislação especial dispõe de modo diferente, como é o caso de despacho do Relator negando ou concedendo medida liminar em mandado de segurança.

Todavia, no caso em exame, pelo que entendi, o Relator indeferiu liminarmente um pedido de segurança. Em tese, isto poderá, sem avançar no julgamento de mérito, causar gravame à parte. Não é possível que não se reconheça a possibilidade de agravo regimental e nem de qualquer outro recurso.

Com essas considerações, peço vênia para conhecer, preliminarmente, do agravo regimental.

É o meu voto.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, peço vênia ao Eminente Ministro Jesus Costa Lima para endossar as considerações do Eminente Ministro Assis Toledo, especialmente quanto à invocação da Lei nº 8.038, art. 39.

Tenho bem nítido na lembrança que, quando esta questão foi examinada pela Corte Especial, sendo relator, na ocasião, o Eminente Ministro Barros Monteiro, ficou em aberto para todas as decisões do relator o cabimento de agravo regimental.

Reiterando as vênias, acompanho o voto do Eminente Ministro Assis Toledo por entender pertinente na Lei nº 8.038, art. 39.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no MS nº 3.111-2 — DF — (93.0025696-3) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Impte.: Otácio Soares Fonseca. Advogados:

Maria Christina Boratto Braga e outro. Impdos.: Ministro de Estado da Marinha e v. Despacho de fls. 24.

Decisão: Após os votos do Sr. Min. Relator, não conhecendo do agravo, e em sentido contrário os Srs. Mins. Assis Toledo e Edson Vidigal, pediu vista o Sr. Min. Adhemar Maciel (em 07.10.93 — 3ª Seção).

Aguardam os Srs. Mins. Anselmo Santiago, José Dantas, José Cândido e Pedro Acioli. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Min. Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Pedi vista. O eminente relator, Ministro Jesus Costa Lima, em mandado de segurança ajuizado por Otácio Soares Fonseca contra o Ministro da Marinha, invocando o disposto no art. 38 da Lei nº 8.038/90, indeferiu **in limine o writ** ao argumento de que não há nos autos atos concretos do impetrado.

2. Insatisfeito, o impetrante interpôs o presente agravo regimental.

3. O eminente relator não conheceu do agravo, dizendo que, "da decisão do Relator de mandado de segurança impetrado perante o STJ, indeferindo, liminarmente, o pedido ou lhe negando seguimento, que tem efeito de denegar (Lei nº 1.533/53, art. 8º, parágrafo único c/c o art. 12 e art. 24 da Lei nº 8.038, de 28.05.90), cabe recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, II, **a**)".

4. Senhor Presidente, também peço vênia ao eminente relator para discordar de S. Exa. E o faço com base na própria Constituição que, em seu art. 102, inciso II, ao dar a competência recursal do STF, dispõe:

> "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> ..... **omissis** .....
>
> II — julgar, em recurso ordinário:
>
> a) o **habeas corpus**, o mandado de segurança,... decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão."

Ora, a decisão, ainda que se entenda por "denegatória", no sentido de abranger não-mérito, não foi ato de Tribunal, mas ato isolado de um de seus juízes. Assim, o recurso cabível é mesmo o agravo regimental, tal como disposto no **caput** do art. 258 do RISTJ. Se denegatória for essa última decisão, aí sim, caberá recurso ordinário para o STF.

Por tais razões, conheço do agravo.

Quanto ao mérito, dou parcial provimento, determinando o envio dos autos à Justiça Federal de 1ª instância. O ato concreto é do Chefe do Estado-Maior, que agiu a man-

do do Comandante Naval de Brasília, tudo nos termos da Portaria Ministerial nº 375/93 (fl. 18).

É como voto.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, tenho conhecida resistência ao conhecimento de agravo regimental de mandado de segurança, relativamente à liminar, porque denegá-la ou concedê-la constitui decisão transitória, a juízo exclusivo do Relator.

No entanto, tratando-se do indeferimento, do não encaminhamento ou do não conhecimento do próprio mandado de segurança, vem ao caso a recorribilidade ordinária estabelecida pela Constituição, pelo que só pode ser consagrada depois do pronunciamento do órgão judicante do Tribunal, e não do pronunciamento singular do relator.

Peço vênia, pois, ao Sr. Ministro-Relator para acompanhar o Sr. Ministro Assis Toledo.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no MS nº 3.111-2 — DF — (93.0025696-3) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Impte.: Otácio Soares Fonseca. Advogados: Maria Christina Boratto Braga e outro. Impdos.: Ministro de Estado da Marinha e v. Despacho de fls. 24.

Decisão: Prosseguindo o julgamento a Seção, preliminarmente, por maioria, vencidos os Srs. Mins. Relator e Pedro Acioli, conheceu do agravo, e no mérito, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo, determinando a baixa dos autos à Justiça Federal de Primeiro Grau (em 11.11.93 — 3ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas, José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 6.137-7 — MG

(Registro nº 93.0026401-0)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Autora: *Justiça Pública*

Réus: *Fernando Luiz Fontaine Scaramuzzi, Alexandre Issac Sobrinho, Luiz Alberto Pascoal Oliveira e Maria Ines Soares Dias*

Suscitante: *Juízo Federal da 9ª Vara — MG*

Suscitado: *Juízo de Direito de Coronel Fabriciano — MG*

EMENTA: ***Conflito de competência. Instauração de inquérito policial para apurar o uso de recibos falsos em declaração de imposto de renda. Não utilização dos recibos em detrimento da união. Remanescência do crime de*** *falsum.*

I — A não utilização dos recibos falsos, para fins de abatimento de imposto de renda, exclui a ocorrência de infração penal em detrimento de interesse da União — inciso IV, do art. 109, da Constituição.

II — Remanesce, assim, o crime de falso a ser apurado pelo Juízo Estadual.

III — Conflito conhecido e declarado competente o Suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Egrégia Terceira Seção, do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito de Coronel Fabriciano-MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, Assis Toledo, Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro,

Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas e José Cândido de Carvalho Filho.

Brasília, 02 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Em virtude de representação da Clínica São Camilo S/C Ltda. por estarem sendo usados recibos falsos de sua emissão, em declarações de imposto de renda, foi instaurado inquérito policial, na Delegacia Regional de Falsificações e Defraudações de Minas Gerais, para apurar o fato.

Concluída a peça administrativa, o Delegado de Polícia finalizou dizendo que os fatos estariam no rol daqueles cuja apuração é de competência da Polícia Federal, em razão do titular do bem jurídico que se procurou atingir (Receita Federal) — fl. 36.

Remetidos os autos ao Juízo Comum Estadual, o representante do Ministério Público ponderou não ter atribuição para oferecer denúncia, porquanto, no caso, constava como vítima, além da Clínica São Camilo, a Receita Federal. Assim, declinou de sua atribuição para o *Parquet* federal — fl. 40 v.

O Juízo Estadual acatou o parecer e encaminhou os autos à Justiça Federal — fl. 41.

No Juízo Federal, com vista do feito, o Ministério Público requereu diligências, a fim de esclarecer se a União sofreu prejuízo ou não, isto é, se os falsos recibos foram abatidos na Declaração de Renda dos indiciados — fl. 42.

A diligência foi deferida e os documentos esclarecedores vieram para os autos — fls. 56/66.

À vista dos documentos citados, o órgão parquetiano asseverou — fl. 68 v.

"MM. Juiz Federal:

O presente inquérito foi instaurado a partir de requerimento de Clínica São Camilo S/C Ltda. noticiando a emissão, em seu nome, de recibos falsos.

Como havia a suspeita de que seriam os documentos falsos usados para fins de abatimento do IRPF, o caderno indiciário acabou por ser remetido à Justiça Federal (fl. 41), não havendo informação sobre o destino dado à máquina de escrever apreendida (fl. 40).

Ocorre, porém, que os recibos não foram utilizados daquela forma, como fazem certo os depoimentos dos suspeitos e os documentos de fls. 56 a 66.

Assim, o crime de competência federal não passou dos atos preparatórios, nada havendo a ser julgado por este d. Juízo.

Remanesce, portanto, apenas o crime de falso, em tese, pratica-

do em detrimento daquela clínica médica, cujo julgamento compete ao d. Juízo Estadual.

Do exposto, opina o MPF por que V. Exa. suscite o necessário conflito de competência, a ser dirimido pelo egrégio STJ."

O Juízo Federal acolheu o pronunciamento transcrito e suscitou o conflito negativo de competência — fl. 70.

Vindo os autos para este Tribunal, o Ministério Público Federal resumiu o seu parecer da seguinte forma — fl. 75:

"Suspeita de uso de recibos falsos para fins de abatimento no Imposto de Renda. Ausência do dolo tipificador do **falsum**, restando apurar o delito de estelionato. Inexistência de prejuízo a bens ou serviços da União. Precedentes. Súmula nº 17 do S.T.J., Competência da Justiça comum estadual."

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Preceitua o art. 109, inciso IV, da Constituição:

"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar.

.....

IV — os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral."

Consta dos autos — fls. 56/66, que os indigitados recibos falsos não foram utilizados para fins de abatimento de imposto de renda. Logo, inocorreu infração penal em detrimento de interesse da União.

Remanesce, assim, o crime de falso, praticado em detrimento da Clínica São Camilo S/C Ltda., a ser apurado pelo Juízo Comum Estadual.

Portanto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito de Coronel Fabriciano-MG, o Suscitado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 6.137-7 — MG — (93.0026401-0) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Autora: Justiça Pública. Réus: Fernando Luiz Fontaine Scaramuzzi, Alexandre Isaac Sobrinho, Luiz Alberto Pascoal de Oliveira e Maria Ines Soares Dias. Suscte.: Juízo Federal da 9ª Vara — MG. Suscdo.: Juízo de Direito de Coronel Fabriciano — MG.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Juízo de

Direito de Coronel Fabriciano-MG, nos termos do voto do Sr. Min. Relator (em 02.12.93 — 3ª Seção).

Votaram com o Relator, os Srs. Mins. Jesus Costa Lima, Assis Toledo, Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas e José Cândido de Carvalho Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.224-7 — DF

(Registro nº 93.0035628-3)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Autor: *Sindicato dos Empregados em Empresas de Asseio e Conservação de Brasília*

Ré: *Coral Administração e Serviços Ltda.*

Suscitante: *Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região*

Suscitado: *Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Brasília-DF*

Advogados: *Drs. João Rocha Martins e outros, e Celita Oliveira Sousa e outros*

EMENTA: ***Competência — Sindicato — Ação de cobrança de contribuição sindical fundada em convenções coletivas e sentenças normativas — Cumulação — Impossibilidade — Desmembramento.***

I — Impossibilidade de cumulação de ações se, para uma a competência é da Justiça Estadual e, para outra, a Justiça do Trabalho.

II — Distintas as situações jurídicas reunidas nos autos, há que ser determinado o desmembramento dos processos.

III — Declarada a competência da Justiça Estadual para processar e julgar a ação de cumprimento fundada em convenção coletiva e, a da Justiça do Trabalho, para apreciar e julgar a lide concernente às sentenças normativas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do

conflito e declarar competente o Juízo de Direito da Quarta Vara Cível de Brasília, suscitado, para apreciar e julgar a ação que envolve decisão não homologada das respectivas partes. E em seguida remeter os autos para a Oitava Junta de Conciliação e julgamento do Distrito Federal para que aprecie a sentença normativa ora em execução. Votaram com o relator os Exmos. Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Américo Luz. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 08 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre o MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível de Brasília e o Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região para apreciar e julgar ação de cobrança de contribuição sindical, proposta por Sindicato contra empregador, com fundamento em cláusulas de convenções coletivas de trabalho e sentenças normativas.

A ação foi inicialmente proposta perante o MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível de Brasília-DF, que declinou de sua competência em favor da Justiça Obreira.

Distribuídos os autos à Colenda 8ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília, sobreveio sentença extinguindo o feito sem julgamento do mérito, por considerar impossível a cumulação de pedidos que não são todos da competência do mesmo juízo (fls. 202/206).

Apreciando recurso do sindicato autor, o E. TRT da 10ª Região houve por bem suscitar o presente conflito de competência (fls. 230/234).

Oficiando no feito, a douta Subprocuradoria Geral da República opinou no sentido de "afastar a extinção do processo em "relação aos pedidos de cobrança julgados em sentença normativa", restituindo-se os autos à junta de conciliação e julgamento para apreciação dos mesmos (fls. 240/243).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: — Trata-se de ação de cobrança movida pelo Sindicato dos Empregados em Empresas de Asseio e Conservação de Brasília, contra Coral Administração e Serviços Ltda., visando receber contribuições previstas em sentenças norminativas (1983 e 1984) e em convenções coletivas não homologadas (1985, 1986 e 1987).

Como se vê, estamos diante de cumulação impossível de ações a se-

rem apreciadas e decididas por justiça diversa. A ação pertinente a cobrança de contribuições prevista em sentenças normativas (doc. de fls. 07/64) é da Justiça do Trabalho e a ação apoiada em convenções coletivas não homologadas (docs. de fls. 65/89) é da competência da Justiça Comum Estadual, nos termos de nossa Súmula 57, **verbis**:

> "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação de cumprimento fundada em acordo ou convenção coletiva não homologadas pela Justiça do Trabalho".

Assim, o MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Brasília, ao invés de declarar de sua competência para apreciar e julgar ambas as ações, deveria ter determinado o desmembramento dos processos, remeter à Justiça do Trabalho a ação referente à cobrança das contribuições, baseadas em sentenças normativas da Justiça Obreira e julgar a ação ajuizada com suporte em convenções coletivas não homologadas. A C. 8ª JCJ de Brasília, por sua vez, ao invés de extinguir o processo, poderia ter tomado igual providência determinando o desmembramento e julgar a ação de sua competência. O E. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, por sua vez, poderia ter anulado a sentença da 8ª JCJ e determinado a esta que procedesse o desmembramento e julgasse a parte relativa a cobrança das contribuições referentes às sentenças normativas e remeter a outra, a das convenções coletivas não homologadas ao MM. Juízo de Direito.

Em hipóteses como a que estamos examinando, esta E. Seção tem determinado o desmembramento dos processos. No Conflito de Competência nº 1.876-SP, DJ de 19.08.91, relator o Eminente Ministro Peçanha Martins, referente à cobrança de contribuição assistencial, relativa a convenções coletivas não homologadas e convenções coletivas homologadas, entendeu que:

> "Sendo distintas as situações jurídicas reunidas nos autos, há que ser determinado o desmembramento dos processos, **ex vi** do disposto no art. 122 do CPC"

Com o mesmo Relator, no Conflito de Competência nº 2.051-SP, relativo a ações de cobrança de contribuições sindical e assistencial, decidiu competir à Justiça do Trabalho apreciar e julgar o feito atinente a cobrança da contribuição assistencial e ser da competência do Juízo de Direito apreciar e julgar a ação relativa a Cobrança da contribuição sindical.

Esta Colenda Corte, no Conflito de Competência nº 1.250-MS, DJ de 04.03.91, relator o Eminente Ministro Eduardo Ribeiro, firmou entendimento de que:

> "Reunindo, a inicial, duas lides, para cujo julgamento são absolutamente competentes distintos ramos do Judiciário, há que

se declarar a impossibilidade da cumulação, não se podendo decidi-las em um mesmo processo.

Reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para a lide trabalhista e da Justiça Comum para o pleito de benefícios acidentários."

Conheço do conflito e declaro competente o MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Brasília, o suscitado, para apreciar e julgar a ação baseada nas convenções coletivas não homologadas e, a C. 8ª JCJ/DF para apreciar e julgar a lide concernente às sentenças normativas, devendo o MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Brasília, o suscitado, determinar o desmembramento dos processos, remeter à Justiça do Trabalho o processo referente à ação baseada nas sentenças normativas e julgar a lide baseada nas convenções coletivas não homologadas.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.224-7 — DF — (93.0035628-3) — Relator: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Autor: Sindicato dos Empregados em Empresas de Asseio e Conservação de Brasília. Advogados: João Rocha Martins e outros. Ré: Coral Administração e Serviços Ltda. Advogados: Celita Oliveira Sousa e outros. Suscte.: Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Suscdo.: Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Brasília — DF.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juiz de Direito da Quarta Vara Cível de Brasília, suscitado, para apreciar e julgar a ação que envolve decisão não homologada das respectivas partes. E em seguida remeter os autos para a Oitava Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal para que aprecie a sentença normativa ora em execução (em 08.03.94 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
Nº 11.082-0 — SP
(Registro nº 93.0023292-4)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*
Embargante: *Fazenda do Estado de São Paulo*
Advogados: *Paula Nelly Diogini e outros*
Embargados: *Cid Guimarães Leme e outros*
Advogado: *José Eduardo Ferreira Netto*

EMENTA: ***Embargos de divergência. Pressupostos de admissibilidade. Não configuração do dissídio. Bases fáticas dessemelhantes. Não conhecimento.***

I — As decisões embasadoras dos embargos de divergência não tem a mesma base fática, o que impede o conhecimento do recurso.

II — Embargos não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Egrégia Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer dos embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Cid Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, José de Jesus, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas, Antônio Torreão Braz, Bueno de Souza e José Cândido de Carvalho Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Hélio Mosimann não compareceu à sessão por motivo justificado.

Os Srs. Ministros Assis Toledo e Edson Vidigal não participaram do julgamento.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 09 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de embargos de divergência opostos pela Fazenda do Estado de São Paulo de acórdão proferido pela 1ª Turma nos seguintes termos — fl. 176:

"Processual Civil — Mandado Citatório — Requisitos Formais — Art. 225, VI, CPC.

1. O registro expresso do prazo para a defesa tem como destinatário o *leigo em direito*, que possa ignorar essa elementar verdade processual, nunca o *formado em direito* (Advogado, Procurador da Fazenda, etc.), que não pode alegar o desconhecimento da lei (art. 3º, Lei de Introdução ao Código Civil). A lei deve ser aplicada com atenção ao seu entendimento teleológico.

2. O *prazo legal* é do presumido conhecimento de ofício e obrigatório do profissional na lida das leis, máxime, no caso, tratando-se de processo de execução fiscal.

3. Não é nula a citação pela omissão, no mandado, quanto ao prazo que é de lei, quando o destinatário exerce cotidiana obrigação profissional da advocacia e inafastável que o processo de execução fiscal é de rotineiro conhecimento da Procuradoria da Fazenda.

4. Recurso improvido."

A Fazenda Estadual sustenta a nulidade do mandado citatório advinda de ausência, em seus termos, do prazo de defesa, que entende ser requisito indispensável, segundo o art. 225, inciso VI, do CPC.

A sua base de sustentação está fundado no precedente da 4ª Turma do Tribunal posto nos seguintes termos — fls. 188/197:

"Processo Civil. Citação. Mandado. Prazo para defesa. Ausência. Nulidade. Arts. 225, VI, e 938, CPC.

— Do mandado citatório deve constar, pena de nulidade, "o prazo para defesa", entendido esse como a designação quantitativa — expressão aritmética — do número de dias que tem o citando para apresentar contestação ("5 dias", "15 dias", etc.)".

Admiti os embargos. — fl. 201

Os Embargados impugnaram o recurso — fls. 203/213. De início, pugnam pelo seu não conhecimento, porquanto a divergência que sustenta os embargos não se assenta sobre

a mesma base fática. No mérito, reiteram o que expenderam em contrarazões ao recurso especial, **in verbis** — fls. 207/209:

"1. Procura a recorrente obter em grau de recurso especial ao fundamento de ter sido violado o disposto no artigo 225, VI do C.P.C., a nulidade do feito.

2. É que não se consignou no mandado de citação o prazo para a defesa.

3. Contudo, a alegação, apesar de ter obtido o aval do Parecer do Ministério Público Federal, não tem o condão de deflagrar os efeitos que se pretende colimar, pelos motivos que se seguem:

3.1. porque os recorridos provaram que a Fazenda do Estado, nos outros feitos judiciais que tramitam pela mesma serventia, onde igualmente se omitiu nos mandados citatórios o prazo para a defesa, no prazo de lei contestou as ações, sem nada aduzir.

3.2. a Fazenda é citada na pessoa do Procurador Geral do Estado que é o responsável pela advocacia do Estado e pela assessoria e consultoria jurídica do Poder Executivo (cf. *C.E.*, artigo 98 e artigo 132 da *C.F.*), e que, por óbvio, não desconhece qual o prazo que a Fazenda Pública tem para contestar ações contra ela oferecidas.

3.3. pela Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, L.C. 478 de 18.7.86, o órgão é que representa judicial e integralmente o Estado (art. 2º, I); é ele dotado de um Centro de Estudos ao qual compete promover o aperfeiçoamento do pessoal técnico e administrativo (art. 3º); o ingresso na carreira de Procurador do Estado é privativo de bacharel em Direito e precedido, obrigatoriamente, de concurso público de provas e títulos composto de provas escrita e oral (arts. 51 e 53), é dever do Procurador do Estado desempenhar com zelo e presteza, dentro dos prazos, os serviços a seu cargo (art. 109, II).

4. Como supor-se, assim, que um Procurador do Estado, concursado, de carreira, técnico nas lides jurídicas, desconheça uma das mais elementares regras processuais civis, qual seja o prazo de que dispõe para contestar uma ação?

Afinal, o processo é fim em si mesmo, ou meio de consecução da Justiça?

Não se haverá de reverenciar o culto extremado à forma, em detrimento do conteúdo do mérito, sob pena de intolerável inversão de valores.

Devesse a citação, se assim o dissesse a lei processual civil, ser feita sempre na pessoa do advogado do réu, certamente o legislador não teria incluído essa exigência no corpo do art. 225 do C.P.C. Como ela se efetiva na pessoa do réu, presumivelmente leiga, bem andou a norma ao prever tal condição, justamente para

alertar o pólo passivo acerca de cautelas que deve adotar para defender-se, que, de outra forma, não adotaria.

O elemento teleológico da norma aí está, claro, único, insofismável: assegurar que a todos se enseje a plena oportunidade de defesa, para que esta não se exaura por ignorância de suas regras.

Mas pode o técnico, o profissional, o especialista, alegar ignorância acerca do que é básico, elementar e primário em sua atividade? Acaso, na esfera penal, a inobservância de regra técnica de profissão não configura circunstância agravante da culpa? É moral, é jurídico, é razoável, manipular-se a lei ao sabor de conveniências pessoais, profissionais e conjunturais? Toda norma se assenta sobre um fundamento ético que lhe dá *legitimidade*. Sem esse fundamento, a norma perde o conteúdo social e transforma-se em instrumento de afronta à ordem jurídica: é lei no papel, mas não se integra na consciência jurídica do povo."

O Ministério Público Federal opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento dos embargos e, no mérito, pelo provimento.

É o relatório.

VOTO (Preliminar)

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Os Embargados, ao levantarem a preliminar de não conhecimento, aduziram — fls. 205/206:

"4. Desde logo e com absoluta precedência há que se ressaltar dois relevantes pontos não comuns a ambas decisões:

Na primeira, a Ré objeto do mandado de citação era a *Fazenda do Estado de São Paulo*, entidade de Direito Público, em Juízo representada pelo *Procurador Geral do Estado*. Na segunda, o Réu era um condomínio e foi citado na pessoa do seu síndico.

Na primeira, a ação era de rito ordinário, com prazo de 15 dias para contestação. Na segunda, a ação de nunciação de obra nova, com prazo de 5 dias para contestação.

5. Com relação ao fato da Requerida, no primeiro caso, ser a Fazenda Pública, contida na pessoa do Procurador Geral do Estado, releva aduzir que, goza ela em termos de prazos, de privilégios constantes do art. 188 do C.P.C., consistentes em poder contestar no quádruplo e recorrer no dobro dos dias estipulados. Tratam-se, por óbvio, de prerrogativas que o Procurador da Fazenda não pode ignorar, porque ínsitas às suas atribuições.

Não é só por ser ele um técnico na arte jurídica, bacharel em Direito. Há mais: o fato processual diz (com prazos mais largos), umbilicalmente, com a natureza

do seu cargo e de suas atribuições. Esse fato extrapola mesmo a presunção de conhecimento da lei processual, porque se trata de matéria de conhecimento mais que presumível, porque de conhecimento elementar da sua própria função pública, que preencher por concurso público de provas e títulos.

A divergência que pode sustentar os embargos deve ser de teses que assentam sobre a mesma base fática.

Ora de um lado o Ven. Acórdão embargado sustenta que a exigência de se consignar o prazo no mandado de citação, não prevalece quando a citação se faz de Fazenda Pública, que é citada na pessoa do Procurador Geral do Estado, que por dever de ofício não desconhece qual o prazo para a contestação. De outro, traz a recorrente para confronto aresto onde estas circunstâncias estão ausentes e portanto, como decidiu o S.T.F.

> "Paradigma parcial, incompleto. Fundamento autônomo. Divergência parcial. Quando o acórdão tem mais de um fundamento autônomo, e o paradigma abrange apenas um desses fundamentos, não ocorre divergência, porque esta deve ser total ou por inteiro (STF, RE nº 103.115-MG, 1ª T., RTJ 118/647)".
>
> Tese jurídica diferente. Identidade dos suportes — Se o padrão trazido a confronto discute outra tese de direito, não ocorre divergência. A discussão jurídica, na interpretação e aplicação do direito federal, há de repousar sobre o suporte fático idêntico, semelhante ou assemelhado (STF, RE nº 96.420-GO, 2ª T., RTJ 109/293)."

Na mesma direção trilhou o Ministério Público Federal, quando disse — fls. 216/217:

> "3. Contudo, não se configura, a nosso ver, **data venia**, o alegado dissídio.
>
> 4. Como bem anota a embargada em sua impugnação de fls. 203, a divergência apta a sustentar os embargos de divergência é a que repousa sobre a mesma base fática, o que não se verifica **in casu**.
>
> 5. O v. acórdão embargado entendeu dispensável consignar-se no mandado o prazo para a defesa, porque se tratava de citação feita na pessoa de Procurador do Estado, profissional que, "até por dever de ofício", tem pleno conhecimento do prazo conferido à Fazenda para a defesa em juízo.
>
> 6. Essa circunstância peculiar e essencial ao deslinde da questão **sub judice** não se fez presente na hipótese examinada no aresto tido como divergente, que, dirimindo conflito entre parti-

culares leigos, afirmou, como não podia deixar de ser, o princípio geral de que no mandado citatório deve constar, pena de nulidade, o prazo para a defesa.

Conforme decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal no ERE nº 97.127 (AgRg), "não basta que exista semelhança entre os casos decididos nos acórdãos em confronto; é necessário que nos paradigmas tenha sido discutido a **quaestio juris** decidida no acórdão embargado." (RTJ 107/740).

Ante as considerações transcritas, é forçoso reconhecer que as decisões embasadoras dos embargos de divergência não tem a mesma base fática. E, quando falta este pressuposto aos embargos de divergência, este Tribunal não os conheceu, EREsp nº 3.154-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, **in** DJ de 09.03.92; AgRg em EREsp nº 13.466-PR, Rel. Min. Barros Monteiro, **in** DJ de 15.06.92 e AgRg em EREsp nº 13.690-BA, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, **in** DJ de 14.09.92.

Assim, preliminarmente, não conheço dos embargos.

É como voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, como salientou o Eminente Ministro Relator, o acórdão embargado entendeu dispensável consignar-se no mandado de citação o prazo da defesa, porquanto se tratava de citação feita na pessoa do Procurador do Estado, profissional que, até por dever de ofício, tem pleno conhecimento do prazo conferido à Fazenda para defesa em juízo.

Já o paradigma trazido a confronto concerne a conflito travado entre particulares leigos. Creio que sob o aspecto jurídico são díspares os casos versados no aresto embargado e no paradigma colacionado. Por isso, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

EREsp nº 11.082-0 — SP — (93.0023292-4) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Embte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Paula Nelly Dionigi e outros. Embdos.: Cid Guimarães Leme e outros. Advogado: José Eduardo Ferreira Netto. Usou da palavra o Dr. José Eduardo Ferreira Netto, pelos embargados.

Decisão: A Corte Especial, por unanimidade, não conheceu dos embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 09.12.93 — Corte Especial).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Cid Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, José de

Jesus, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas, Antônio Torreão Braz, Bueno de Souza e José Cândido de Carvalho Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Hélio Mosimann não compareceu à sessão por motivo justificado.

Os Srs. Ministros Assis Toledo e Edson Vidigal não participaram do julgamento.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
Nº 33.355-0 — CE
(Registro nº 93.0022769-6)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Embargante: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Embargado: *Francisco das Chagas Morais*

Advogados: *José Hélio Pacífico de Oliveira e outros, e Vanzetti Lima de Alencar*

EMENTA: ***Processual. Embargos de divergência. Administrativo. Servidor Público. Conversão do regime celetista para o estatutário. Liberação das quantias vinculadas ao FGTS. Impossibilidade, por constituir motivação diversa daquela definida em lei.***

A conversão do regime jurídico do servidor público de celetista para estatutário, por não resultar em rescisão do vínculo empregatício, e nem se equiparar à demissão sem justa causa, não autoriza a liberação, pelo servidor beneficiário, das quantias vinculadas ao FGTS.

A lei de regência (Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990) enuncia, de forma precisa e taxativa, os casos em que essas quantias podem ser movimentadas, pelo empregado, e, dentre estes, não inclui aquele pertinente à transformação do regime jurídico. O saque do saldo da conta vinculada ao FGTS é expressamente vedado, por lei, sob pretexto da conversão do regime jurídico (Lei nº 8.162/91, artigo 6º, § 1º).

A mudança do regime, no sistema jurídico vigente, não se equipara, por não ter qualquer aspecto de identidade, à despedida "sem justa causa", pois, desta, decorre a cessação definitiva do vínculo empregatício (com a suspensão de pagamento de salários e interrupção das obrigações recíprocas entre empregado e empregador), diferentemente daquela (conversão do regime) em que não há quebra do vínculo entre a administração e o servidor, subsistindo os deveres recíprocos, inclusive os da assiduidade, subordinação e remuneração.

Inexistindo lei preexistente que atribuísse direito aos celetistas, com a simples alteração de sua situação funcional, de efetuar o saque da conta do FGTS, inocorre, na hipótese, direito adquirido.

Embargos recebidos. Decisão por maioria de votos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, receber os embargos de divergência, 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. Votaram vencidos os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Leite, José de Jesus, Garcia Vieira e Hélio Mosimann. Participaram do julgamento os Srs. Ministros José Dantas, Antônio Torreão Braz, José Cândido de Carvalho Filho, Cid Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Assis Toledo, Waldemar Zveiter e Fontes de Alencar. O Sr. Ministro Peçanha Martins não participou do julgamento. Os Srs. Ministros Bueno de Souza e Pedro Acioli não compareceram à sessão por motivo justificado.

Brasília, 10 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Cuida-se, na hipótese, de embargos de divergência opostos pela Caixa Econômica Federal, contra acórdão da egrégia Segunda Turma deste Tribunal, Relator o eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, cuja ementa encontra-se assim resumida:

"Administrativo. Servidor público. Conversão de regime. Levantamento do FGTS.

I — No caso de conversão, em decorrência de lei, do regime celetista para o estatutário, assiste ao servidor o direito de levantar o FGTS.

II — Ofensa ao art. 20, inciso VIII, da Lei nº 8.036, de 1990, não caracterizada. Dissídio pretoriano não configurado.

III — Recursos especiais não conhecidos" (fls. 154).

Para demonstrar o alegado dissídio jurisprudencial, a embargante trouxe a confronto aresto da colenda Quinta Turma deste Sodalício, que decidiu matéria idêntica, tendo por Relator o nobre Ministro Assis Toledo, encimado o acórdão pela seguinte ementa:

"FGTS — Contas inativas. Servidores estaduais.

Levantamento pela conversão do regime jurídico de celetista para estatutário.

Inexistindo rescisão contratual, o saque por mera mudança de regime só pode ocorrer na hipótese do artigo 20, VIII, da Lei nº 8.036/90.

Ausência de direito adquirido.

Votos divergentes quanto à fundamentação mas convergentes na conclusão.

Recurso especial, pela letra **a**, conhecido e provido para, cassados o acórdão e a sentença, indeferir-se a segurança" (fls. 178/179).

Admitidos os embargos (fls. 204/205), e decorrido o prazo legal, sem que fosse apresentada impugnação, vindo-me conclusos os autos, trago-os a julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros:

O ponto nodal da questão, segundo me parece, consiste em saber-se se, uma vez extinto o contrato de trabalho dos servidores públicos em razão da conversão do regime jurídico — de "celetista" (contratual) para o "estatutário" — conferiu-se a esses servidores, **ipso facto**, "o direito ao saque das quantias vinculadas ao FGTS".

Ao proferir meu voto em outros embargos de divergência versando a mesma questão, ressaltei, **ab initio**, que tenho sido reticente e parcimonioso, em julgamentos que envolvem essa matéria e cheguei a pedir vista de inúmeros processos, que não chegaram, entretanto, a ser julgados, na Egrégia 1ª Turma, em razão da transferência de competência pela Emenda Regimental nº 2/92.

Atualmente, a Lei que rege o FGTS é a de nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que disciplina, de forma precisa, os casos em que essas quantias (vinculadas ao FGTS) podem ser movimentadas, pelo empregado e dentre estes não se inclui aquele pertinente à transformação do vínculo de celetista em estatutá-

rio (artigo 20). A entendermos, na linha de alguns juristas e juízes, que a Lei citada (8.036) contém "enumeração taxativa", para os casos de saque do FGTS, temos de concluir que a "conversão" do "regime jurídico" não autoriza, por si só, a movimentação das contas. Esse entendimento se impôs ao exame de preceitos expressos da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, cujo artigo 6º preceitua:

> "Art. 6º — O saldo da conta vinculada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, do servidor a que se aplique o regime da Lei nº 8.112, de 1990, poderá ser sacado nas hipóteses previstas nos incisos III a VII do artigo 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.
>
> § 1º — É vedado o saque pela "conversão do regime".

A legislação vigente é, como se observa, clara e precisa e veda, de forma expressa e contundente, o saque dos valores vinculados ao FGTS em decorrência da "conversão do regime".

Essa vedação, no caso, só poderia ser afastada, se reconhecida a inconstitucionalidade do citado § 1º do artigo 6º da Lei nº 8.167/91, matéria que, ao meu modesto entendimento, não pode ser objeto de apreciação, no âmbito do recurso especial.

É certo, que uma forte corrente jurisprudencial se filiou ao entendimento de que, "a conversão do regime celetista para o estatutário equivale à despedida sem justa causa", pois, resultante de deliberação unilateral da Administração, sem o consentimento ou, sequer, a interveniência do servidor.

Não me parecem, porém, válidas, as conclusões, com a devida vênia. É que, na despedida, sem justa causa, verifica-se a cessação definitiva do vínculo empregatício, com a suspensão de pagamento de salários, interrupção dos deveres recíprocos (entre empregado e empregador) e conseqüente desemprego do operário. Daí, permitir, a lei, o levantamento dos valores vinculados ao Fundo, que, neste caso, tem feição indenizatória ao operário que perde a sua fonte de manutenção — o seu emprego. Diferentemente acontece com a conversão do regime (de celetista para estatutário):

a) não há a quebra do vínculo empregatício entre a Administração e o servidor;

b) continua a existir, entre ambos, a subordinação e a hierarquia;

c) a remuneração continua sendo paga, ao servidor, sem solução de continuidade;

d) permanecem íntegros os deveres de assiduidade e outros decorrentes da relação de trabalho;

e) ressurge uma situação mais favorável ao servidor.

As hipóteses, como se observa, não se equiparam e, nem sequer se assemelham.

Ademais, a Lei (nº 8.162, artigo 6º, § 1º) veda, expressamente, o levantamento das quantias do FGTS, pelo fato da conversão de regime jurídico, não se podendo decidir contrariamente ao seu texto claro e manifesto.

Quanto a possível alegação de direito adquirido, inexiste lei que constituísse a sua geratriz. Necessário, portanto, que existisse uma lei incluindo, no elenco das hipóteses de levantamento das quantias vinculadas ao FGTS, aquela pertinente à "conversão do regime" e que outra, no caso a nº 8.162 (artigo 6º, § 1º), a excluísse. Inocorrente, pois, esse fato, não há que falar em direito adquirido. Aliás, depois do julgamento da ADIN nº 613-4-Distrito Federal, pelo Supremo Tribunal Federal, com o reconhecimento de que não é inconstitucional a tantas vezes mencionado Parágrafo Único do artigo 6º da Lei nº 8.162/91, a matéria não parece comportar maiores dúvidas, no âmbito desta Corte. É que a egrégia Terceira Seção firmou entendimento no sentido de que a transformação de regime no serviço público, com o advento da Lei nº 8.112/90 não conferiu aos servidores até então regidos pela CLT o direito de levantar os respectivos FGTS. Inúmeros os precedentes nesse sentido. Podem ser citados, à guisa de exemplos, os acórdãos assim ementados:

"Recurso especial. Regime Jurídico Único. Liberação do FGTS.

Art. 6º, parágrafo 1º da Lei nº 8.162/91.

Não caracterizada como justa causa a mudança do regime jurídico, para o levantamento do FGTS, o servidor trabalhista, hoje integrado ao regime estatutário, por disposição do art. 39 da Constituição Federal, e art. 1º, da Lei nº 8.112/90, não pode movimentar o FGTS.

Matéria pacificada pela decisão da Suprema Corte, no ADIN nº 613-4/DF, que não viu inconstitucionalidade no parágrafo único do art. 6º, da Lei nº 8.162/91.

Recurso provido para impedir a movimentação pretendida pelos recorridos." (REsp nº 33.252/CE, Rel. Ministro José Cândido, DJ 30.08.93, pág. 17.318).

"RMS. Constitucional. FGTS. Conversão de regime celetista/estatutário.

A relação jurídica reúne dois sujeitos, cujo conteúdo compreende direitos e obrigações contrapostos. Decorre de uma causa. O fato histórico opera a constituição, que se projeta até a desconstituição. Intermediariamente, pode ocorrer conservação ou modificação do vínculo. Em havendo desconstituição, não remanesce nenhum direito e, logicamente, nenhuma obrigação. Em caso de modificação, o conteúdo persiste, não obstante a alteração. A Lei nº 8.112/90 modificou a relação celetista. Tanto assim, todos os direitos do empregado foram projetados no novo **status**. Respeitado o tempo de serviço, o direito

ao gozo de férias, a posição funcional, a remuneração. O vínculo passou (não começou) de celetista para estatutário. De outro lado, na ADIN nº 613-4 — Distrito Federal, o STF repeliu o direito adquirido alegado pelo impetrante. A natureza jurídica da ADIN corta cerca qualquer debate quanto a inconstitucionalidade. Por conseqüência, também no tocante a constitucionalidade. A decisão, nesse patamar, coloca-se sobranceira a qualquer outro tribunal e produz efeitos **erga omnes**. (RMS nº 2.234/CE, Rel. Ministro Vicente Cernicchiaro, DJ 20.09.93, pág. 19.194).

Ante as razões expostas, recebo os presentes embargos de divergência, para manter como prevalecente o entendimento firmado pela egrégia Quinta Turma deste Tribunal.

É como voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Rejeito os embargos, **data venia** do Sr. Ministro Relator. E o faço na linha do entendimento esposado pela Eg. Segunda Turma, posto no sentido de reconhecer ao servidor, na hipótese em tela, o direito de levantar o FGTS.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, **data venia**, fico vencido.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, **data venia**, dissinto do voto de Sua Excelência, na esteira do entendimento manifestado por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp nº 963-9-CE.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, **data venia**, fico vencido, na linha do voto que proferi nos Embargos de Declaração no REsp nº 963-9-CE.

ANEXO

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL Nº 963-9 — CE

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Se a Lei nº 8.036 vedava a de nº 8.678/93 já não o faz mais. O seu art. 4º, que altera o inciso VIII do art. 20, diz que, quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, o saque, neste caso, poderá ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta. Logo, restabeleceu-se o entendimento que consubstanciou a Súmula nº 178 do extinto TFR.

Peço vênia aos que pensam em contrário inclusive o eminente Ministro-Relator, para votar com o Sr. Ministro Américo Luz".

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente: **data venia**, fico vencido.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, o meu voto é no mesmo sentido do voto do Sr. Ministro Relator, deixando explicitado, todavia, que, decorrido o triênio na forma da lei, o servidor poderá sacar os seus recursos.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Tanto na Segunda quanto na Primeira Turma da Seção de Direito Público, temos inúmeros julgados, segundo me recordo. Gostaria de destacar apenas alguns argumentos utilizados perante a Segunda Turma, pelo menos nos processos em que tenho figurado como relator. No Recurso Especial nº 32.095, também do Ceará, anotei o seguinte: (lê)

> "... Trava-se discussão em torno do levantamento de depósito em contas vinculadas ao FGTS, por ex-empregados públicos cujos vínculos contratuais trabalhistas com a União Federal foram extintos.
>
> O TFR, em reiteradas decisões, bem apreciou e decidiu inúmeras questões semelhantes ao objeto desta ação e cristalizou o seu entendimento na Súmula nº 178, **verbis**:
>
> "Resolvido o contrato de trabalho com a transferência do servidor do regime da CLT para estatutário, em decorrência de lei, assiste-lhe o direito de movimentar a conta vinculada do FGTS".

O impetrante, antigo celetista, com o advento da Lei Estadual nº 11.712, de 24.07.90, passou para o regime único, instituído, na esfera federal, pela Lei nº 8.112, de 11.12.90, e, de acordo com a citada súmula, tem direito de movimentar sua conta vinculada, do FGTS, por ter mudado de regime do CLT para o regime único. Esta súmula, ao meu ver, continua em vigor mesmo após o advento das Leis nºs 7.839/89 e 8.036/90. Embora o artigo 20 desta última norma legal, ao especificar os casos que autorizam o trabalhador a movimentar sua conta vinculada do FGTS, não tenha incluído, expressamente, a hipótese de transferência de regime, de celetista para estatutário ou regime único, além de não ter proibido referida movimentação, deixou bem claro que autoriza esta movimentação quando a conta vinculada do trabalhador no FGTS, permanecer 3 (três) anos ininterruptos, sem crédito de depósitos. Ora, com a mudança no caso, do regime celetista para o regime único, cessarão, por completo e para sempre, os depósitos só de-

vidos na vigência do regime da CLT. Não teria sentido, por conseguinte, aguardar-se o transcurso do prazo de 3 (três) anos para que o trabalhador pudesse movimentar sua conta e utilizar-se de um dinheiro que é seu e não da Caixa. Quando veio a proibição de movimento de conta vinculada pela Lei nº 8.162/91, o impetrante já havia passado para o regime jurídico único e adquirido o direito de movimentar sua conta e lei alguma pode atingir o direito adquirido (art. 5º, XXXVI da CF)."

Nesse sentido, têm sido os votos e a orientação, se a memória não me trai, unânime, na Segunda Turma. Sei que o eminente Ministro Assis Toledo trouxe argumentos ponderáveis sob todos os ângulos. Admito inclusive refletir sobre esses argumentos. Mas, no momento, peço a **maxima venia** para, reconhecendo a divergência, manter a posição que vem sendo sustentada na Turma que integro.

EXTRATO DA MINUTA

EREsp nº 33.355-0 — CE — (93.0022769-6) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Embte. Caixa Econômica Federal — CEF Advogados: José Hélio Pacífico de Oliveira e outros. Embdo.: Francisco das Chagas Morais. Advogado: Vanzetti Lima de Alencar.

Decisão: A Corte Especial, por maioria, recebeu os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 10.02.94 — Corte Especial).

Votaram vencidos os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Leite, José de Jesus, Garcia Vieira e Hélio Mosimann.

Os Srs. Ministros José Dantas, Antônio Torreão Braz, José Cândido de Carvalho Filho, Cid Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Assis Toledo, Waldemar Zveiter e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Peçanha Martins não participou do julgamento.

Os Srs. Ministros Bueno de Souza e Pedro Acioli não compareceram à sessão por motivo justificado.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

HABEAS CORPUS Nº 2.056-1 — PE

(Registro nº 93.0019004-0)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Impetrante: *Fernando José Alves de Souza*

Advogado: *Dr. Fernando José Alves de Souza*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco*

Pacientes: *Élcio da Silva Vaz (réu preso), Herberto Virgínio da Silva ou Herbeto Virgínio da Silva ou Herberton Virgínio da Silva*

EMENTA: ***Processo Penal. Prisão preventiva. Incompetência do juiz.***

— Ratificação. Reiterada orientação pretoriana sobre a invalidade da mera ratificação da prisão preventiva decretada por juiz incompetente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir a ordem para cassar a ratificação do decreto de prisão preventiva, sem prejuízo de que outro seja lavrado, com observância das formalidades legais, determinando, ainda, a expedição de alvará de soltura em favor dos pacientes, se por "al" não estiverem presos. Votaram com o Relator os Srs. Mins. Edson Vidigal e Assis Toledo. Ausentes, justificadamente, os Srs. Mins. Jesus Costa Lima e Flaquer Scartezzini.

Brasília, 25 de agosto de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Perante o Tribunal ora impetrado pediu-se **habeas corpus** em favor dos pacientes acima referenciados, Agentes de Polícia Civil, para livrá-los da prisão preventiva que vêm sofrendo desde janeiro deste ano, denunciados que foram por crime de homicídio duplamente qualificado, do modo como, juntamente com os dez outros co-réus, submeteram a vítima a interrogatório, torturando-a até a morte, por suspeita de, simulando ter sido assaltada, haver-se apoderado de determinada quantia em dólar.

Alegou-se, em primeiro plano, a falta de fundamentação do decreto preventivo; em segundo, a sua nulidade, dado que exarado por Juiz incompetente, inválida seria a sua ratificação pelo juiz declinado; e terceiro, pelo excesso de prazo verificado na instrução.

Denegada a ordem, deu-se a presente impetração substitutiva do recurso, repetindo-se aqueles mesmos fundamentos (lê).

As informações de fls. 66/69 confirmam os fatos com remessa de reprodução das peças ali examinadas, inclusive do texto do acórdão atacado.

Oficiando, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Edinaldo de Holanda, é pela concessão da ordem, pelo fundamento da impossibilidade legal da ratificação da prisão decretada por juiz incompetente — fls. 63/64.

Relatei

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, desnecessitada do exame das demais suscitações, a procedência do pedido de **habeas corpus** ressalta à vista da alegação de nulidade da ratificação da prisão preventiva decretada por juiz incompetente.

Na verdade, por mais razoável que seja o fundamento-mor do v. acórdão atacado, sobre que somente a incompetência absoluta do juiz decretante tornaria inválida a prisão preventiva, pelo que, na incompetência relativa, o ato subsistiria por ratificação do declinado; não obstante essa razoabilidade, dispenso-me de discuti-la. É que, na verdade, reiterada é a orientação dos Tribunais, no sentido de que a garantia constitucional do **status libertatis** (art. 5º, LXI), sobre referir-se *a ordem escrita de autoridade judiciária competente*, não comporta a distinção formalística entre incompetência absoluta ou relativa; do que resulta ser inválida a mera ratificação da medida pelo juiz competente.

A exemplo dessa orientação no Tribunal, cito recente acórdão desta própria Turma, asseverativo de que "a ratificação de decreto de pri-

são preventiva baixado por Juiz incompetente, destituída de fundamentação própria, é inválida" — HC 1.900, Rel. Min. Costa Lima, Sessão de 26/05/93.

É bem o caso dos autos, nos quais o juiz declinado, da 1ª Vara Criminal de Olinda-PE, cingiu-se a este singelo despacho: "Mantenho as prisões preventivas decretadas a fls." — fls. 30.

Portanto, na esteira dos precedentes, concedo a ordem para anular, em favor dos pacientes, a ratificação do decreto de sua prisão preventiva, sem prejuízo de que outro seja baixado.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 2.056-1 — PE — (93.0019004-0) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Impte.: Fernando José Alves de Souza. Impdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Pactes.: Élcio da Silva Vaz (réu preso), Herberto Virgínio da Silva ou Herbeto Virgínio da Silva ou Herberton Virgínio da Silva (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu a ordem para cassar a ratificação do decreto de prisão preventiva, sem prejuízo de que outro seja lavrado, com observância das formalidades legais, determinando, ainda, a expedição de alvará de soltura em favor dos pacientes, se por "al" não estiverem presos (em 25.08.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Edson Vidigal e Assis Toledo. Ausentes, justificadamente, os Srs. Mins. Jesus Costa Lima e Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ASSIS TOLEDO.

HABEAS CORPUS Nº 2.311-0 — RJ

(Registro nº 93.0032453-5)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Impetrante: *Wilson Mirza*

Impetrado: *Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Pacientes: *Astor Cardoso Pontes de Miranda e Carlos Alberto Oliveira Pereira*

EMENTA: ***Processual Penal.*** *Habeas Corpus.* ***Regime prisional. Progressão. Pacientes em prisão especial enquanto aguardam julgamento de recurso. Decisão condenatória transitada em julgado***

para o Ministério Público. *Writ* ***prejudicado quanto ao direito ao exame criminológico e carência da ação no tocante ao pedido de progressão.***

I — Os pacientes foram condenados a 14 anos de reclusão por fraude à Previdência Social. Regime prisional inicial, o fechado. Recorreram. A decisão transitou em julgado para a acusação. Por serem advogados, estão presos provisoriamente no Quartel da Polícia Militar. Como já tinham cumprido mais de um sexto da pena privativa de liberdade, se julgam com o direito ao regime semi-aberto. O impetrado, por entender que os réus ainda não tinham, na verdade, começado sequer a cumprir a pena tal como imposta (regime fechado), negou-lhes o direito ao exame criminológico. Daí o habeas corpus.

II — O writ **se acha prejudicado quanto ao primeiro pedido (submissão ao exame criminológico): o impetrado cumpriu liminar e os pacientes foram submetidos ao exame. Carência da ação no tocante à progressão: não há dados da Comissão Técnica de Classificação e não houve indeferimento posterior por parte do impetrado.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, declarar sem objeto na parte relativa à realização de exame criminológico, e julgar carecedor do direito de ação, porque o Tribunal de Justiça não se manifestou sobre a matéria, 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. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli.

Brasília, 28 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: O advogado Wílson Mirza impetra a presente ordem de **habeas corpus** em favor de *Astor Cardoso Pontes de Miranda* e *Carlos Alberto Oliveira Pereira*. Aponta como autoridade coatora o *Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

2. O impetrante aduz que os pacientes foram condenados à pena de

14 (quatorze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, por infração aos arts. 312 (peculato), c/c os arts. 71, 288 (quadrilha ou bando), todos do Código Penal. E, como estavam sob custódia preventiva desde 26/06/91, foram conservados na prisão especial onde se encontravam, ou seja, no 12º Batalhão da Polícia Militar (doc. 01).

Após o trânsito em julgado para a acusação (docs. 02 e 03) da decisão condenatória, os pacientes foram transferidos, por ordem do relator, da prisão especial para o sistema penitenciário. Ocorre que o Órgão Especial cassou, por ilegal, o ato de transferência, determinando o retorno dos pacientes à prisão especial originária, até o julgamento dos recursos especial e extraordinário por eles interpostos.

O impetrante narra que os pacientes, primários, após cumprirem 1/6 (um sexto) da pena, requereram a progressão do regime fechado para o semi-aberto. O pedido foi indeferido ao argumento de que para a progressão de regime concorre requisito subjetivo, que consiste no mérito do condenado. **In casu**, isto somente pode ser aferido através do competente exame criminológico, à luz dos arts. 54 do Código Penal e 8º da Lei de Execuções Penais, uma vez que estão submetidos os penitentes ao regime inicial fechado. Entendeu a autoridade coatora que os pacientes se encontram, até hoje, recolhidos à prisão provisória, não tendo sido feito o referido exame. Ademais, nestas condições, é impossível a realização do exame criminológico, já que o mesmo pressupõe existência de equipe multidisciplinar, integrante da Comissão Técnica de Classificação, inexistente no estabelecimento em que se encontram os pacientes.

Irresignado, sustenta o impetrante que, ao contrário do que afirma o despacho indeferitório do pedido, é possível o cumprimento da pena em regime semi-aberto naquele batalhão, a exemplo de alguns casos, comprovados pelos documentos de fls. 11 e 12.

Instou, por fim, **in limine** na concessão da ordem para a realização do exame criminológico nos pacientes, uma vez que é inegável a qualquer jurisdicionado o direito à progressão do regime, por falta imputável ao Estado. Os pacientes estão sujeitos à patente coação ilegal, enfrentando situação ilegal, cujos danos são irreparáveis.

3. O pedido **in limine** foi deferido para que se realizasse o exame criminológico. Determinou-se, mais, a notificação do impetrado.

4. Via *fax*, o impetrado ponderou que o exame requerido e deferido somente poderia ser feito mediante internação dos pacientes no Hospital de Custódia e Tratamento Heitor Carrilho, fato que, no fundo, implicaria quebra do regime especial no qual se encontravam os pacientes.

Mais tarde, as informações foram complementadas (fls. 85/87). O impetrado, após considerações quanto

aos crimes, penas e regime prisional, ponderou que foram os próprios pacientes que, através de recursos meramente protelatórios, impediram o trânsito em julgado do acórdão. Ademais, não se tem como realizar exame criminológico em quem está em regime especial, pois não existe comissão técnica para tal mister. Os pacientes, por outro lado, não interpuseram o recurso de agravo de que trata o art. 197 da LEP. Na verdade, os pacientes nem sequer começaram a cumprir a sentença, pois se acham presos em quartel da Polícia Militar.

5. O Ministério Público Federal, através da palavra do Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, invocando decisões do STF, foi pela denegação da ordem. Trata-se — frisou — de "um exoterismo... falar-se em progressão para o regime semi-aberto, para quem está em prisão provisória de caráter especial — que não é regime fechado, diga-se de passagem — em quartel da PM que não é estabelecimento penitenciário. Seria a execução sem título definitivo, execução provisória mesmo de uma sentença provisória, o que não se compatibiliza com o nosso sistema."

6. Posteriormente chegaram mais informações do impetrado, colocando-me a par de que havia instado junto ao Secretário de Justiça do Estado do Rio, no que fora atendido, para a efetivação do exame criminológico no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Heitor Carrilho.

7. O impetrante, em petição protocolizada em 2 do corrente, juntou laudo de assistente social do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Heitor Carrilho favorável à progressão, bem como de psicóloga dizendo que "não há impedimento para que (o paciente) obtenha o benefício pleiteado."

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Senhor Presidente, os pedidos do impetrante foram para que se determinasse — **in verbis**:

> "a realização do exame criminológico" e "no mérito, a concessão da ordem, pondo-se fim à coação ilegal apontada."

O exame criminológico, segundo se viu do relatório, já foi determinado pelo eminente impetrado. Nesse particular, o *writ* se acha sem objeto.

No tocante ao segundo pedido — o da progressão do regime fechado para o semi-aberto — não se tem como apreciar, de pronto, a questão. A uma, a pretensão do impetrante não se acha resistida. A duas, não existe, ainda, parecer da Comissão Técnica de Classificação, que, nos termos do art. 7º da LEP, é órgão colegiado opinativo, presidido pelo diretor do estabelecimento penal. A três, o **habeas corpus**, em princí-

pio, é via imprópria para a discussão de questões subjetivas relativas à progressão de regime prisional. Nesse sentido, já se manifestaram o STF e o STJ:

"Pena. Progressividade. A passagem de um regime a outro pressupõe o atendimento de requisitos de caráter objetivo e subjetivo. Quanto a estes últimos, impossível é pretender na via estreita do **habeas corpus** o exame respectivo." (HC 68.251-1/DF, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJU 07/12/90).

*****

"***Habeas Corpus***. *Progressão de regime.*

O **habeas corpus** não se presta ao exame de questão relativa à progressão de regime prisional situada no domínio dos fatos. Recurso improvido." (RHC 1.514/RS, Rel. Min. **Costa Leite**, DJU 16/12/91).

Com essas breves considerações, tenho por parcialmente prejudicado o *writ* e, no relativo ao segundo pedido, julgo o impetrante carecedor da ação.

É como voto.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Presidente): V. Exa. julgou, então, carecedor de ação. (Art. 101, § 2º, do RISTJ)

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Quanto à primeira parte do pedido, ou seja, a realização do exame, julguei carecedor. Se a Turma entender que se oficie à autoridade impetrada para prestar informações, estou plenamente de acordo.

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Presidente): Bastaria dizer sem objeto? (Art. 101, § 2º, do RISTJ)

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sem objeto a primeira parte do pedido. Quanto à segunda, estou julgando o impetrante carecedor da ação por falta de dados.

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Presidente): A falta de dados a que V. Exa. se refere não é a decisão específica, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro? (Art. 101, § 2º, do RISTJ)

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sim.

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Portanto, falta objeto. Todos de acordo? (Art. 101, § 2º, do RISTJ)

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO: A primeira parte, porque a verificação, parece-me que envolvia apenas problema do deferimento do exame criminológico, e depois fui informado de que ele já havia sido feito. Então, esta parte está prejudicada. Na segunda, o Relator entende que não deve ser conhecido. Quem não conhece denega. Não se vão examinar os aspectos...

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Presidente): Sr. Ministro, não podemos suprimir um grau de jurisdição. A decisão inicial há de ser do Tribunal de Justiça que é o órgão da execução da pena. (Art. 101, § 2º, do RISTJ)

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO: E é por isso que ele está denegando.

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Presidente): Mas o Tribunal não decidiu isso. Nem afirmou, nem negou. O Tribunal afirmou: não posso apreciar, porque não há exame criminológico. (Art. 101, § 2º, do RISTJ)

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO: O Relator disse o seguinte: não posso examinar o outro aspecto, porque o órgão oficial, que emite parecer sobre os exames criminológicos, ainda não fez a sua apreciação.

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Pois é, não estou denegando, não.

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Ministro José Cândido de Carvalho Filho, **data venia**, o **habeas corpus** é uma ação constitucional em que o paciente postula o que desejar. O Tribunal é que não pode "de ofício" constituir restrições. Ora, se não foi proferida decisão, o objeto do **habeas corpus** seria a omissão da autoridade competente, que não mandava realizar o exame criminológico. Só isso. Agora, o que não podemos dizer é o seguinte: foi realizado o exame criminológico e, além disso, não tem direito. Suprimir-se-ia um grau de jurisdição. (Art. 101, § 2º, do RISTJ)

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Não sabemos, porque o impetrado não falou nada.

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Presidente): Então o Sr. Ministro Relator concordaria em não conhecer do **habeas corpus** e julgá-lo prejudicado, sem objeto? (Art. 101, § 2º, do RISTJ)

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sim e pelo menos em meu voto original decidi que foi julgado sem objeto na primeira parte, julgando o impetrante carecedor por falta de dados.

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Presidente): Carecedor no tocante à outra parte. (Art. 101, § 2º, do RISTJ)

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Na segunda parte.

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Ministro José Cândido, V. Exa. prefere julgar denegando a ordem? (Art. 101, § 2º, do RISTJ)

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO: Denegara a ordem.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Em face do esclarecimento do Eminente Rela-

tor, cujas palavras foram referendadas pelo nobre Advogado, da Tribuna, que solicitou a palavra para esclarecimento de matéria de fato, o exame criminológico foi realizado. Ainda não encaminhado, entretanto, ao órgão judicial competente para apreciar a postulação do paciente, qual seja, o direito à progressão. No seu entender, satisfaz os requisitos objetivos e subjetivos.

Em sendo assim, evidentemente a realização do teste afeta o objeto jurídico desta ação constitucional, que fixa exaurida.

VOTO (Vencido, em parte)

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO: Sr. Presidente, acompanho o voto do Eminente Relator, denegando a ordem, porque é entendimento pacífico desta Turma o de que regime de progressão, no sistema penitenciário, não se pode decidir em **habeas corpus**.

Tipicamente este é o caso. Já examinamos aqui dezenas de precedentes com o mesmo resultado.

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Presidente): A afirmação do Relator é de que não houve pedido nesse sentido. (Art. 101, § 2º do RISTJ)

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO: Mas ele destacou aqueles aspectos subjetivos que não podemos examinar em **habeas corpus**.

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sr. Ministro José Cândido, mas na situação em que está este processo, não quer dizer que se vierem dados eu não me manifeste. Aqui não há nada oficial. Como está aqui, entendo, realmente, que não possa.

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sr. Presidente, o que me parece é que a parte subjetiva do exame não foi ainda examinada.

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sim, se foi feito, não foi trazido oficialmente.

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Conseqüentemente, trazido isso, seria o caso de examinar essa parte.

No caso em apreço, há essa peculiaridade, em que na realidade foi feito o exame, mas o órgão competente ainda não o apreciou. Examinado isso, virá para esta Corte, onde adotaremos a nossa orientação.

Por essa razão, peço permissão para acompanhar o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sr. Presidente, o que me parece é que a parte subjetiva do exame não foi ainda examinada.

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sim, se foi feito, não foi trazido oficialmente.

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Conseqüentemente, trazido isso, seria o caso de examinar essa parte.

No caso em apreço, há essa peculiaridade, em que na realidade foi feito o exame, mas o órgão competente ainda não o apreciou. Examinado isso, virá para esta Corte, onde adotaremos a nossa orientação.

Por essa razão, peço permissão para acompanhar o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 2.311-0 — RJ — (93.0032453-5) — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Maciel. Impte.: Wilson Mirza. Impdo.: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pactes.: Astor Cardoso Pontes de Miranda (réu preso) e Carlos Alberto Oliveira Pereira (réu preso). Sustentou oralmente o Dr. Wilson Mirza, pelos pacientes e o Dr. Wagner Natal Batista, Subprocurador-Geral da República.

Decisão: A Turma, por unanimidade, declarou sem objeto na parte relativa a realização de exame criminológico, e julgou carecedor do direito de ação, porque o Tribunal de Justiça não se manifestou sobre a matéria (em 28.02.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

HABEAS CORPUS Nº 2.628-4 — DF

(Registro nº 94.0015066-0)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Impetrante: *Instituto Nacional de Seguro Social — INSS*

Impetrada: *Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*

Paciente: *Marconi Brandão Baiocchi*

Advogados: *Drs. Augusto Brito Filho e outro*

EMENTA: *HC — Penal — Funcionário público — Ato de ofício — Desobediência — Prevaricação* — O Código Penal distingue (título XI) crimes funcionais e crimes comuns. Evidente, quando o funcionário público (CP, art. 327) pratica ato de ofício, não comete delito próprio de particular. Assim, inviável a infração penal — desobediência (CP, art. 330 — Crime Praticado por Particular contra a Administração Pública, Título XI, cap. II). Em tese, admitir-se-á — prevaricação (CP, art. 309). Urge, no entanto, a denúncia descrever elementos constitutivos dessa infração penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel e Anselmo Santiago. Ausente por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Brasília, 29 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: **Habeas Corpus** impetrado pelo Instituto Nacional de Seguro Social — INSS, em favor de Marconi Brandão Baiocchi, Superintendente do INSS no Estado de Goiás, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, denegatório de **habeas corpus** impetrado sob a alegação de estar o paciente na iminência de sofrer constrangimento ilegal em decorrência de abertura de inquérito policial, por parte do MM. Juiz da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, para apurar suposta prática de crime de desobediência pelo não atendimento à solicitação da Polícia Federal, dos comprovantes dos pagamentos aos beneficiários e das RPAs (relação de pagamentos autorizados) dos benefícios.

O v. acórdão (fls. 18) possui a seguinte ementa:

"Penal. Processual Penal. ***Habeas Corpus****. Crime de desobediência. Inquérito policial. Pedido de trancamento. Questão de fato controvertida. Impropriedade do* ***writ****.*

— Instaurada a investigação policial para a apuração de eventual responsabilidade de autoridade previdenciária pelo descumprimento de ordem judicial, é descabido o uso do **habeas corpus** para o trancamento do inquérito, por envolver o **thema decidendum**, questão de fato controvertida.

— **Habeas corpus** denegado".

O impetrante pretende o trancamento do inquérito policial o que responde o paciente por falta de tipicidade, solicitando liminar para este fim até decisão do *writ*.

Concessão da liminar às fls. 135.

Informação às fls. 68/128.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão da ordem (fls. 130/134).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): A jurisprudência deste Egrégio Tribu-

nal, aliás, avalizada também pelo Supremo Tribunal Federal, é no sentido unânime dos comentadores de que o art. 329 do Código Penal — crime de desobediência — só pode ser praticado por funcionário público, e quando exerce as suas funções. Evidente, delito praticado por particular contra administração pública, jamais quando a conduta é do funcionário público no exercício das suas funções. No caso concreto é imputado ao paciente comportamento omissivo; deixara de prestar informações.

Data venia, a figura é atípica relativamente àquela infração. Em tese, só poderia ser caracterizada a figura da prevaricação. Todavia, necessário se faz que existisse imputação de que a omissão visaria a satisfazer interesse pessoal. Assim sendo, e relembrando que, tanto o Supremo Tribunal Federal, como o STJ, nos famosos casos do bloqueio da poupança, sempre concederam o **habeas corpus** em favor de administradores, tanto do Banco Central, como de estabelecimentos comerciais, quando o tema foi exaustivamente tratado.

Assim sendo, **data venia**, concedo o **habeas corpus** a fim de, nos termos postos nos autos, ser trancado o inquérito, nada impedindo, uma vez caracterizado, também, o elemento normativo do crime de prevaricação, ser feita a investigação policial.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 2.628-4 — DF — (94.0015066-0) — Relator: O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Impte.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogados: Augusto Brito Filho e outro. Impda.: Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Pacte.: Marconi Brandão Baiocchi.

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 26.06.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel e Anselmo Santiago. Ausente por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

INTERVENÇÃO FEDERAL Nº 13-7 — PR

(Registro nº 92.0031989-0)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Reqte.: *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*

Interes.: *Sociedade Imobiliária Bandeirante Ltda.*

Advogados: *Drs. Luiz Edson Fachin, Júlio César Ribas Boeng e Miguel Luiz Conte e outro*

EMENTA: ***Constitucional. Intervenção federal.***

1. Em sede de pedido de Intervenção Federal descabe examinar questão relativa à ordem interna do Tribunal de Justiça do Estado, versante sobre qual seria o órgão julgador competente para deferir o encaminhamento do requerimento interventivo.

2. O texto constitucional não exige que a decisão judicial pendente de cumprimento esteja coberta pelo manto da res judicata.

3. Comprovada a manifesta e reiterada situação de insubordinação à determinação judicial, carente de cumprimento por injustificável recusa do Sr. Governador do Estado em fornecer os meios para tanto necessários, mister se faz deferir o pedido de intervenção federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, após rejeitar as preliminares suscitadas, deferir o pedido de intervenção federal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Cid Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias

Trindade, José de Jesus, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, José Dantas e Antônio Torreão Braz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Assis Toledo.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro não compareceu à sessão por motivo justificado.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 9 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Sociedade Imobiliária Bandeirante Ltda. representou ao Sr. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, instando pedido de intervenção federal naquela unidade da Federação, por descumprimento de decisão concessiva de liminar proferida em ação de reintegração de posse decorrente de esbulho praticado por grupo de pessoas que se auto-intitulam de "sem terras", sobre área urbana de propriedade da representante, situada no Município e Comarca de Curitiba.

Prossegue, ainda, a indigitada representação narrando que (fls. 03/05):

"O Comandante Geral da Polícia Militar deixou de atender a requisição judicial, a pretexto de que o Decreto Estadual nº 582, de 15.07.91, atribuía ao Exmo. Sr. Governador do Estado do Paraná a competência para "decidir" sobre a concessão ou não de efetivo policial para garantia do cumprimento da ordem, nos exatos termos do Ofício dirigido ao DD. Juízo (cópia anexa).

Diante daquele expediente, o Dr. Juiz numa demonstração da soberania do Poder Judiciário, declarou a flagrante inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 582 e registrou a revogação daquele Decreto pelo de nº 643, de 07.08.91. A seguir, determinou a expedição de novo ofício ao Exmo. Sr. Secretário de Segurança Pública e ao Comandante Geral da PMPR, requisitando força policial para o integral cumprimento do mandado, sob pena de desobediência (v. cópia decisão anexa).

Em 23 de agosto de 1991, o DD. Comandante Geral da Polícia Militar, novamente, responde por ofício ao Dr. Juiz informando que:

> "(...) por força do Decreto nº 643, de 07 Ago de 91 (DOE nº 3.571, de 07 Ago 91, cabe ao Excelentíssimo Sr. Governador do Estado do Paraná, *decidir* sobre tais concessões." (**sic**, doc. anexo).

No final da mensagem o Comandante Geral da Polícia informa ao DD. Juízo que:

> "(...) nesta data, através do Ofício nº 20/91-AJ, estamos *reiterando* ao Exmo. Sr. Secretário de Estado da Segurança Pública, as providências contidas no art. 3º, do já referido Decreto" (**sic**, doc. anexo).

O ofício remetido em 22/julho/91 (cópia anexa) pelo Comandante Geral da Polícia ao Exmo. Sr. Secretário de Segurança Pública há informação expressa,

> "... esclarecendo estar este Comando *em condições de executar tal missão.*"

Todavia, diante da demora (ou inércia) do Exmo. Sr. Secretário de Segurança em atender a ordem do Poder Judiciário, novo ofício solicitando *urgência* no *cumprimento da requisição* foi expedido por ordem do Dr. Juiz, em decisão que proferiu no dia 03.09.91 (cópia anexa).

Tudo infrutífero. Tudo em vão. Em completo descrédito às requisições do Poder Judiciário, nenhuma resposta sequer mereceu o DD. Juízo por parte do Exmo. Sr. Secretário de Segurança do Estado do Paraná, muito menos, outra ação objetiva visando o integral cumprimento da ordem judicial.

Diante disso e provocado por requerimento da empresa suplicante, assim deliberou o Dr. Juiz, **verbis**:

> "Autos nº 171/91
>
> O mandado de reintegração de posse já se encontra expedido, e a requisição de força policial é que não foi ainda deferida (fl. 86), incumbe à parte interessada pertinentes *intervenção federal, etc.*) para o cumprimento da ordem judicial.
>
> Cumpra-se a parte final do despacho de fls. 90 e voltem, para sentença. Em 05/11/91. Ass. Noeval de Quadros. Juiz de Direito." (cópia anexa)."

Naquele Tribunal foram solicitadas informações ao Sr. Governador e Secretário de Segurança Pública (fls. 39/40), as quais restaram respondidas tão-somente pelo último (fls. 42).

Ato contínuo, o Órgão Especial, à unanimidade, decidiu na conformidade da seguinte ementa (fls. 53):

> *"Intervenção federal da União no Estado do Paraná, para prover decisão judicial.*
>
> 1. É dever do Estado garantir a ordem e a paz, protegendo a propriedade, sem eximir-se, e repassar o ônus de um problema eminentemente social econômico, àqueles que são merecedores da proteção legal.

Assim ao Poder Executivo não se dá o direito de arvorar-se em "Censor" de mandados judiciais, nem de "Juiz" de oportunidade ou melhor momento em que poderá ou não vir cumprir as decisões judiciais, incumbindo-lhe fornecer todos os meios necessários para que a requisição de força policial, se concretize, e a decisão judicial, possa ser cumprida.

2. Se o Estado do Paraná não fornece os meios necessários, para atender a requisição de força policial, para que se execute as decisões judiciais, a cujo dever não pode furtar-se, só resta o recurso constitucional da intervenção, nos termos do disposto nos artigos 34, inciso VI e 36, inciso II, da Carta Magna.

Não tendo sido cumprida a requisição judicial de força policial, sob argumentos injustificáveis, dá-se provimento ao pedido de intervenção, determinando-se o envio da solicitação ao Superior Tribunal de Justiça, para que requisite a intervenção federal no Estado do Paraná, ao Poder Executivo Nacional, pelo tempo necessário ao cumprimento da decisão judicial não atendida."

Contra essa decisão foram opostos embargos de declaração pelo Estado do Paraná, que, foram rejeitados (fls. 75).

Com chegada dos autos neste Superior Tribunal de Justiça, solicitaram-se informações ao Governador paranaense, Dr. Roberto Requião de Mello e Silva (fls. 79), que as prestou às fls. 88/157.

Na referida peça (subscrita também pelo Procurador-Geral do Estado), o Sr. Chefe do Executivo local, a par de noticiar que o Dr. Juiz, apreciando o mérito, julgou procedente a demanda de reintegração (fls. 156), sustenta objeções quanto ao procedimento adotado pelo Tribunal de Justiça no exame do pedido de ser submetido previamente ao Presidente daquela Corte, ao qual, **in casu**, caberia emitir juízo sobre sua procedência e, bem assim, tomar providências administrativas no sentido de remover a causa ensejadora do mesmo.

Ao contrário, alega, foi suprimida essa fase, sendo o pedido de imediata distribuição e julgamento do Órgão Especial.

Ademais, consoante determina o artigo 221 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, compete ao Tribunal Pleno o seu exame e conhecimento do pedido, e não ao Órgão Especial, como ocorreu.

Daí que, a inobservância desse proceder, acarretou a conseqüente violação ao princípio constitucional do devido processo legal.

Por outro lado, prossegue o Sr. Governador, há impossibilidade jurídica do pedido, pois o descumprimento ensejador do processo de intervenção pressupõe decisão judicial com caráter de definitividade.

Por derradeiro, expõe que o Poder executivo não permaneceu alheio ao episódio, preocupando-se em informar ao Dr. Juiz as providências tomadas no sentido de equacionar o problema, o qual, reitera, está prestes a ser solucionado.

Requereu, afinal, o arquivamento do pedido ou, no caso de ser examinado, o decreto de sua total improcedência.

A D. Subprocuradoria Geral da República, ouvida, opinou favoravelmente ao pedido de intervenção (fls. 159/160).

Ante o lapso temporal transcorrido, solicitei informações ao Dr. Juiz de Direito da 16ª Vara Cível, o qual confirmou ainda pender de cumprimento a ordem expedida na ação de reintegração, cujos autos encontram-se no Tribunal de Alçada em grau de recurso (fls. 165).

ADITAMENTO AO RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Em complementação ao relatório de fls. 167/170, acrescento que indiquei o adiamento do presente pedido de intervenção da sessão de julgamento de 10.02.94, nos termos do seguinte despacho (fls. 171), **verbis**:

"Indico o adiamento do julgamento do feito, à falta de regular intimação dos procuradores do Estado do Paraná (art. 88, RISTJ). De fato, da leitura que faço da publicação da respectiva pauta de julgamento (DJU 04.02.94, Seção I, p. 948), observo que da mesma não constaram, com relação ao processo em questão, os nomes dos advogados Luiz Edson Fachin e Júlio César Ribas Boeng, os quais foram devidamente constituídos para representar os interesses da Unidade Federada, ora sujeita à pedido de intervenção (fls. 103/105).

Há, assim, s.m.j., necessidade de renovação do procedimento, neste ponto.

De outra banda, atento à autonomia do Estado-membro e mormente aos gravames ínsitos à própria apreciação do pedido interventivo, sou de opinião que o Sr. Governador do Estado deve ser informado, por ofício, da data do julgamento.

Ao eminente Ministro Presidente."

A indicação foi acatada por esse eg. Colegiado, sendo, contudo, o feito retirado de pauta (fls. 174).

Lancei novo pedido de dia nos autos e, bem assim, solicitei a notificação do Sr. Governador do Estado do Paraná da data e horário da sessão de julgamento (fls. 177), o que foi feito por ofício da eg. Presidência desta Corte.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presiden-

te, a objeção que a Unidade Federada faz quanto ao rito observado pelo Tribunal de Justiça, para o exame do pedido de intervenção, já foi afastada por essa Corte em caso análogo.

De fato, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos ao acórdão da IF nº 12-5-PR, em sessão de 14.10.93 (DJ 25.10.93), sem discrepância de votos, aderimos ao d. voto do eminente Relator Ministro *Costa Lima*, no sentido de que não cabe a esta Corte, em sede de pedido de intervenção federal, examinar questão de ordem interna do Tribunal de Justiça do Estado, versante sobre qual seria o órgão julgador competente para deferir o requerimento interventivo (Órgão Especial ou Tribunal Pleno). Ademais, o acórdão local bem poderia ter sido objurgado, através de recurso especial ou extraordinário, o que não foi feito a tempo e modo pelo Estado, sobrevindo, assim, o seu trânsito em julgado (fls. 78 v.).

Ainda preliminarmente, argúi o Sr. Governador do Estado a impossibilidade jurídica do pedido, eis que a decisão judicial, cujo descumprimento ensejou o presente requerimento de intervenção, ainda não transitou em julgado.

Ora, o texto constitucional (art. 34, inciso VI) não permite tal interpretação, mormente quando permanece íntegra a eficácia da decisão (ainda que provisória), cujo cumprimento incumbe ao Sr. Governador assegurar.

Recuso, portanto, as eivas de nulidade, preliminarmente irrogadas pelo Estado do Paraná ao aresto que determinou o encaminhamento do pedido de intervenção.

É como voto, com indicação de destaque destas preliminares.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, também acompanho o Sr. Ministro Relator, até porque, se fôssemos apreciar a questão **interna corporis** do Tribunal do Paraná, diria que competente é o Órgão Especial, porque a Constituição estabelece que a este cabe a matéria de competência do Plenário, como está no seu art. 93, inciso XI.

VOTO (MÉRITO)

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Dr. **Paulo A. F. Sollberger**, opina nestes termos (fls. 159/160), **verbis**:

> "Mais um pedido de Intervenção Federal no Estado do Paraná fundamentado no art. 34, inciso VI, da Constituição Federal.
>
> Como em outras oportunidades (Intervenções Federais nºs 01-PR, 07-PR, 08-PR, 09-PR, 14-PR, 16-PR), o Governo do Estado insiste em não cumprir, apesar de

longo tempo decorrido, decisão judicial requisitando força policial para resolver conflito de terras.

O Ministério Público Federal tem se mostrado sensível aos graves problemas sociais que essas questões envolvem. Em tais casos não se há de exigir o pronto cumprimento das decisões. Mas também não se pode esperar indefinidamente, pois o direito da parte não pode ficar sujeito ao discricionarismo ou arbítrio de um dos Poderes do Estado, mormente quando outro, igualmente soberano, o reconhece.

Assim, diante da necessidade de dar ao caso solução que preserva a autoridade da ordem judicial e invocando o precedente representado pela decisão proferida na Intervenção Federal nº 01-PR (DJ de 26.10.92, pág. 18.990), manifesta-se o Ministério Público Federal favoravelmente ao pedido."

O Sr. Governador do Estado, a seu turno, ao prestar informações, a par dos entraves de ordem processual, em data de março de 1993, limitou-se a acenar com a possibilidade de uma solução negociada do conflito, o que, transcorridos já quase doze meses, ainda não ocorreu (fls. 102/103).

Como observou o Ministro **José Cândido**, ilustre Relator da Intervenção Federal nº 01-Paraná (sessão de 11.06.92):

"O que hoje está em evidência, no Paraná, é a necessidade urgente do acatamento das decisões da justiça, especificamente, do cumprimento da decisão judicial, em apreço, só possível através da intervenção federal, para o restabelecimento do equilíbrio entre os poderes do Estado-membro.

Só a União Federal é capaz de restabelecer a ordem jurídica, e oferecer garantia ao poder judiciário para o livre exercício de suas funções."

Ante o exposto, na consonância dos precedentes desta Corte, defiro o pedido de intervenção (art. 34, VI, Constituição da República) com observância no disposto no artigo 36, parágrafo primeiro da Lei Maior.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

IF nº 13-7 — PR — (92.0031989-0) — Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Reqte.: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. UF: Estado do Paraná. Advogados: Luiz Edson Fachin e Júlio César Ribas Boeng. Interes.: Sociedade Imobiliária Bandeirante Ltda. Advogados: Miguel Luiz Conte e outro.

Decisão: A Corte Especial, por unanimidade, após rejeitar as preliminares suscitadas, deferiu o pedido de intervenção federal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 09.06.94 — Corte Especial).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Cid Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, Costa Leite,

Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, José de Jesus, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, José Dantas e Antônio Torreão Braz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Assis Toledo.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro não compareceu à sessão por motivo justificado.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2.521-9 — DF

(Registro nº 93.0003524-0)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Impetrante: *Sebastiana Domiciano Loredo*

Advogados: *Drs. Nilton da Silva e outro*

Impetrados: *Ministro de Estado da Aeronáutica e Ministro de Estado da Secretaria da Administração Federal*

EMENTA: ***Administrativo. Imóvel funcional administrado pelas Forças Armadas. Ocupação por servidor civil.***

— *Companheira.* Legitimamente ocupado por servidor civil, o imóvel funcional administrado pelas Forças Armadas também se inclui na autorização legal de alienação, conforme a reiterada jurisprudência deste Tribunal; pelo que, o mesmo direito se estende à companheira do servidor falecido — Lei nº 8.068/90, que acrescentou ao art. 6º da Lei 8.025/90 o seu § 5º.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. Votaram com o Sr. Min. Relator os Srs. Mins. Pedro Acioli, Assis Toledo, Edson Vidigal, Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago. Ausentes por motivo justificado, os Srs. Mins. José Cândido e Flaquer Scartezzini.

Brasília, 15 de abril de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Cuida-se de mandado de segurança impetrado com vistas à determinação de que as dignas autoridades ministeriais promovam cadastramento da impetrante na qualidade de legítima ocupante do imóvel em que reside, sito na SQS 415, bloco V, apto. 210, nesta capital, na qualidade de companheira e mãe de dois filhos menores do falecido servidor civil do Ministério da Aeronáutica Altamiro Monteiro.

No tema de tal postulação, a primeira autoridade impetrada respondeu com as já conhecidas razões de carência do direito da postulante, visto tratar-se de imóvel administrado pelas Forças Armadas, destinado à residência de militares e só excepcionalmente cedido àquele servidor civil, asseveração que a segunda impetrada reforça, acrescentando faltar à requerente, como mera companheira do servidor falecido, a condição de qualquer vínculo com o serviço público, tal como o exigiria o art. 5º, § 1º, **b**, do Decreto 99.266/90 — fls. 22 e 45.

Oficiando, por via do parecer da Subprocuradora-Geral Delza Curvello, o Ministério Público Federal manifestou-se contrário ao deferimento do pedido, a fundamento de que, em síntese, a Lei 8.025/90, ao autorizar a alienação de imóveis funcionais residenciais, de propriedade da União, exclui aqueles administrados pelas Forças Armadas, importando nisso a sua destinação, a qual não se desnatura pelo fato da excepcional ocupação daqueles imóveis por civis — fls. 50/53.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Sr. Presidente, inicialmente, convenha-se no acerto da remansosa jurisprudência deste Eg. Tribunal, firmada por esta e pela Primeira Seção, no sentido de reconhecer aos servidores públicos civis, legítimos ocupantes de imóveis residenciais, também os administrados pelas Forças Armadas, o direito à sua aquisição.

O caso dos autos, porém, refoge a essas singelas linhas da espécie, porquanto se trata da impetração de companheira do ocupante falecido na qualidade de funcionário público civil.

No exame dessa peculiaridade, começo por verificar que não se contesta o estado de companheirismo invocado pela impetrante, a teor dos documentos juntos às fls. 10/14, o que, **se et in quantum**, basta em demonstração da legitimidade da ocupação do imóvel mesmo após a morte do servidor (20/08/92).

A partir daí, discordo da oposição em que se houveram as informações da digna Ministra-Chefe da Secretaria da Administração Federal da Presidência da República, sobre que, também da companheira do ocupante falecido deve-se exigir a

condição de titular de cargo efetivo ou emprego permanente, como primitivamente estabelecido pelo art. 5º, § 1º, *b*, do Dec. 99.266/90.

Discordo, porque dita norma regulamentadora, se assim interpretável, ignoraria a posterior edição da Lei 8.068, de 13/07/90, que acrescentou o § 5º ao art. 6º da Lei 8.025, de 25/04/90, com a seguinte redação:

art. 6º...

"§ 5º — Considera-se legítimo ocupante, nos termos deste artigo, o servidor que no momento da aposentadoria ocupava regularmente o imóvel funcional ou, na mesma condição, o cônjuge ou companheira enviuvado e que permaneça nele residindo na data da publicação desta Lei".

Daí a nova redação daquele decreto-regulamento, art. 5º, § 2º, assim redigido pelo Dec. 99.664, de 1/11/90:

art. 5º...

"§ 2º — O disposto no parágrafo precedente também se aplica ao:

a) servidor que no momento da aposentadoria, ocupava regularmente o imóvel funcional, ou, caso já tenha falecido, ao seu cônjuge ou companheiro, desde que residente no imóvel em 13 de abril de 1990".

Essas alterações dos textos legais visaram às claras estender às viúvas ou companheiras dos servidores falecidos na condição de legítimos ocupantes o mesmo direito a que fizera jus o cabeça do casal. Delas não se colhe a exigência vislumbrada pela douta informante, isto é, a de que também a viúva ou companheira detenha a condição de servidor público.

Essa redundância, na verdade, somente se impõe aos descendentes ou ascendentes que residiam com o falecido, conforme expressamente o diz o art. 5º, § 2º, letra **b**, do analisado regulamento, com a redação dada pelo Dec. 99.664/90.

Aliás, no tema do analisado direito estendido aos cônjuges enviuvados, e em igual condição às companheiras, consulte-se o precedente da Eg. Primeira Seção deste Tribunal, exatamente relativo a imóvel administrado pelo Ministério da Marinha, **verbis**:

"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 8.025, de 1990), por força do disposto no § 2º do art. 1º do Decreto nº 99.266, de 28 de maio de 1990.

Extensão do benefício de compra ao cônjuge inviuvado, nos termos da Lei nº 8.068, de 13 de julho de 1990.

Precedentes desta Egrégia Corte.

Segurança concedida, para determinar que a autoridade impetrada encaminhe à SAF/PR a documentação pertinente ao imóvel, a fim de que seja examinado o pleito da impetrante de acordo com a legislação aplicável à espécie.

Decisão unânime."

Pelo exposto, defiro o mandado de segurança, para determinar o processamento da documentação pertinente ao imóvel de que se trata e seu exame com vistas à pretensão de compra pela impetrante.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 2.521-9 — DF — (93.0003524-0) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Impte.: Sebastiana Domiciano Loredo. Advogados: Nilton da Silva e outro. Impdos.: Ministro de Estado da Aeronáutica e Ministro de Estado da Secretaria da Administração Federal.

Decisão: Após o voto do Sr. Min. Relator, concedendo a ordem, pediu vista o Sr. Min. Pedro Acioli (em 01.04.93 — 3ª Seção).

Aguardam os Srs. Mins. Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Assis Toledo, Edson Vidigal, Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sr. Presidente.

No caso trata-se de viúva de servidor público que ocupava imóvel funcional à data da Lei 8.068/90, que acrescentou o § 5º, ao art. 6º, da Lei 8.025/90, nos seguintes termos:

"Art. 1º — O artigo 6º da Lei 8.025, de 12 de abril de 1990, fica acrescido do seguinte parágrafo:

Art. 6º — .....

.....

§ 5º — considera-se legítimo ocupante, nos termos deste artigo, o servidor que, no momento da aposentadoria ocupava regularmente o imóvel funcional ou, na mesma condição, o cônjuge ou companheira enviuvado e que permaneça nele residindo na data da publicação desta lei.

....."

A clareza do dispositivo não me deixa dúvidas em acompanhar o Relator.

Acompanho o Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 2.521-9 — DF — (93.0003524-0) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Impte.: Sebastiana Domiciano Loredo. Advoga-

dos: Nilton da Silva e outro. Impdos.: Ministro de Estado da Aeronáutica e Ministro de Estado da Secretaria da Administração Federal.

Decisão: Prosseguindo o julgamento, a Seção, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Min. Relator (em 15.04.93 — 3ª Seção).

Votaram com o Sr. Min. Relator os Srs. Mins. Pedro Acioli, Assis Toledo, Edson Vidigal, Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Mins. José Cândido e Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro COSTA LIMA.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 3.104-0 — DF

(Registro nº 93.0025375-1)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Impetrante: *Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Federal no Estado de Rondônia — SINSEF*

Advogados: *Hélio Vieira da Costa e outros*

Impetrado: *Ministro de Estado da Secretaria da Administração Federal*

EMENTA: ***Mandado de segurança. Lei em tese. Não cabimento.***

1. O mandado de segurança destina-se a proteger direito líquido e certo contra ato ilegal comissivo ou omissivo considerado ilegal ou abusivo e não se presta para atacar lei em tese.

2. Incidência da súmula 266-STF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acodam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a segurança. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli. Ausentes, por motivo justificado, os Ministros Cid Flaquer Scartezzini e José Dantas.

Brasília, 16 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ASSIS TOLEDO, Presiente. Ministro JESUS COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Federal do Estado de Rondônia — SINSEF em favor de todos os servidores públicos civis pertencentes aos quadros do extinto Território de Rondônia, ora substituídos, indicando como autoridade coatora o Secretário da Administração Federal.

Alega que a Lei nº 8.622/93 concedeu aos servidores civis federais o reajuste de 100% em seus vencimentos e aos oficiais-generais reajustes de 128,86%, 130,47% e 131,87%, conforme a tabela V anexa ao mencionado diploma, violando, assim, o inciso X do art. 37 da CF/88, que determina que "a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data". Afirma ainda que o colendo Supremo Tribunal Federal concedeu aos seus servidores, administrativamente, o reajuste de 28,86% em face do aumento diferenciado concedido pela Lei nº 8.622/93. Nestes termos, pleiteia o reajuste de 31,87%, diferença verificada em relação ao maior índice concedido aos militares, ou de 28,86%, índice concedido pelo STF em sessão administrativa.

Preliminarmente, a autoridade coatora argúi sua ilegitimidade passiva, visto que a diferença de índices foi determinada por lei. Quanto ao mérito, aduz, que as Leis 8.622 e 8.627, de 1993 tiveram como objetivo principal o de reposicionar os servidores públicos federais diante da redução do número de tabelas de remuneração, com adequação dos padrões de vencimentos dos servidores civis e dos postos, graduações e soldos dos servidores militares. Assim é que os soldos dos oficiais-generais foram fixados de maneira a preservar o critério de hierarquia (fls. 267/270).

Opina a Dra. **Delza Curvello Rocha**, ilustrada Subprocuradora-Geral da República, pelo não conhecimento do **mandamus**, haja vista caber ao Presidente da República a iniciativa de leis referentes a aumento de remuneração, sendo parte ilegítima o Ministro de Estado indicado como coator. No mérito, afirma que o Supremo Tribunal Federal, ao conceder o reajuste de 28,86%, agiu administrativamente e não como órgão julgador. Assim, nos presentes autos, cabível a aplicação da súmula 339 do Pretório Excelso, que veda ao Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia, posto não ter função legislativa (fls. 272/274).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Em voto-vogal que proferi no MS nº 3.074-4-DF, Relator o eminente Ministro *Pedro da Rocha Acioli*, em preliminar,

manifestei-me pelo não conhecimento de impetração igual.

Simples consulta à petição inaugural está a demonstrar que o Sindicato impetrante deixou de indicar quais os atos omissivos que o Ministro de Estado deveria praticar para reajustar-lhes os vencimentos, sabido que estes não decorrem da vontade de Ministro de Estado, mas de lei específica.

De outro lado, a Lei nº 8.627/93, não teve o caráter de aumentar, genericamente, soldos ou vencimentos, mas veio para corrigir distorções existentes na remuneração dos militares.

No caso, o inciso X do art. 37 da Constituição deixou de ser vulnerado.

O mandado de segurança destina-se a proteger direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo.

Não cabe contra a lei em tese (Súmula 266-STF).

Denego a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 3.104-0 — DF — (93.0025375-1) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Impte.: Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Federal no Estado de Rondônia — SINSEF. Advogados: Hélio Vieira da Costa e outros. Impdo.: Ministro de Estado da Secretaria da Administração Federal.

Decisão: A Seção, por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto do Sr. Min. Relator (em 16.12.93 — 3ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Mins. Cid Flaquer Scartezzini e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ASSIS TOLEDO.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 3.183-0 — DF

(Registro nº 93.0029049-5)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Impetrante: *José Ferreira Garcia*

Advogado: *Cláudio da Rocha Santos*

Impetrados: *Ministro de Estado da Secretaria da Administração Federal e Coordenador Geral de Recursos Humanos do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento*

EMENTA: ***Constitucional e Administrativo. Funcionários. Teto dos proventos no âmbito de cada Poder. Legalidade.***

1. A Constituição estabelece — art. 37, XI — um comando para que a lei fixe o valor máximo da remuneração dos servidores dentro do âmbito de cada Poder. Assim, no Executivo, a recebida pelo Ministro de Estado; no Legislativo, os subsídios dos parlamentares e, no Judiciário, os vencimentos percebidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. De outra parte, o artigo 17 do ADCT manda que os proventos de aposentadoria pagos em desacordo com esses tetos sejam imediatamente reduzidos aos limites decorrentes, sem que se possa invocar direito adquirido ou redutibilidade de vencimentos. Portanto, se os impetrantes eram servidores do Poder Executivo, o teto a ser obedecido é a remuneração do Ministro de Estado.

2. Inexistência de ilegalidade ou de abuso de poder, se a autoridade cinge-se a cumprir os estritos limites traçados na lei, obedecido o teto máximo da remuneração atribuída a Ministro de Estado.

3. Precedentes.

4. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a Segurança. Votaram com o Relator os Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas, José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli.

Brasília, 02 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro JESUS COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Mandado de segurança impetrado por *José Ferreira Garcia*, aposentado pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, indicando como autoridades coatoras o Secretário da Administração Federal e o Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Fazenda e Planejamento.

Alegam os impetrantes que estão sendo descontados de seus proventos importâncias consideráveis a título de *Abate Teto Lei* nº 8.112/90, infringindo os artigos 37, XI, 5º, XXXVI e 7º, VI, da Constituição Fe-

deral, assim como o art. 42 da Lei nº 8.112/90, que tratam exclusivamente de limites máximos de remuneração, que é o vencimento do cargo efetivo. Em nenhum momento, limitam os valores dos proventos. Além disso, as autoridades coatoras "estipularam um valor como limite máximo de remuneração que não abrange todos os valores percebidos como remuneração, em espécie, e a qualquer título, pelos Ministros de Estado, dentre as verbas de representação e demais vantagens pecuniárias que formam o **quantum** remuneratório destes que ocupam os chamados "cargos de natureza especial" (**ut.** fl. 04).

Nas informações, sustentam as autoridades coatoras inexistirem motivos de ordem jurídica que excluam dos limites de remuneração traçados pela Carta e pela Lei nº 8.112/90 os proventos de aposentadoria, mormente tendo em vista a isonomia estabelecida entre os ativos e os inativos pela Constituição Federal (fls. 27/35 e 49/54).

O parecer da Dra. *Delza Curvello Rocha* ilustrada Subprocuradora-Geral da República, é pelo indeferimento da segurança, lavrando o seguinte verbete:

"Mandado de segurança. Constitucional e administrativo. Desconto procedido nos proventos dos impetrantes, sob a rubrica "abate de teto da Lei nº 8.112/90 inativo", em atendimento ao art. 37, XXI, da C.F. e art. 17 da A.D.C.T. e art. 42, da Lei 8.112.

— O teto de remuneração dos servidores públicos está previsto e estabelecido em norma constitucional.

— Não cabe invocação de direito adquirido, nem irredutibilidade de vencimentos, quando tais princípios estão obstados no comando constitucional.

— Não é ilegal o ato da autoridade impetrada que procedeu descontos nos proventos dos impetrados para fazer face ao limite máximo de remuneração, previsto na Constituição e na legislação ordinária.

— Ausência de ilegalidade ou abuso de poder e, em conseqüência, direito líquido e certo.

— Parecer pela denegação da segurança" (fl. 56).

Relatei

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): A pretensão do impetrante esbarra nos preceitos constitucionais limitativos dos tetos mínimo e máximo a serem pagos aos servidores públicos, que têm como parâmetros, no Executivo, a remuneração do Ministro de Estado; no Legislativo, os subsídios dos parlamentares e, no Judiciário, os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, excluídas quaisquer parcelas de natureza indenizatórias.

De outro modo, os proventos dos aposentados não podem ultrapassar aqueles limites. Caso isso estivesse ocorrendo quando foi promulgada a Constituição, era obrigatória a redução sem ofensa a direito adquirido ou redução de vencimentos, conforme dispõe o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Lei 7.923, de 1989, no art. 1º, estabelece que "nenhum servidor civil ou militar do Poder Executivo da União e dos Territórios será paga, no país, retribuição mensal superior ao valor percebido, como remuneração, a qualquer título, por Ministro de Estado".

A ilustrada Subprocuradora-Geral da República, Dra. **Delza Curvello Rocha**, cuja fundamentação adoto e que transcrevo a seguir, assim opina sobre o tema:

> "Primeiramente, cumpre verificar se existe diferença substancial entre o termo "remuneração" e "proventos de aposentadoria" para efeito de incidência de imunidade do limite de teto.
>
> Remuneração e proventos são expressões que se correspondem, porque ambas se traduzem em estipêndios pagos aos servidores públicos pelos cofres públicos, com a só diferença de que remuneração é aquela paga ao servidor que se encontra em atividade e proventos é a denominação dada ao vencimento pago aos inativos. Assim as define a melhor doutrina, e a jurisprudência de nossos tribunais.
>
> No mérito, o art. 17, do ADCT, bem expressa a equivalência entre as expressões "remuneração" e "proventos", **verbis**:
>
> "Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso à qualquer título".
>
> Vê-se, pois, que o dispositivo constitucional transitório guarda perfeita consonância com o dispositivo inserto no art. 37, inciso XXI, da C.F., sendo forçoso concluir que o limite máximo de remuneração abrange tanto os servidores ativos quanto aos inativos, o que leva a concluir que o legislador não teve intenção de excluir, do limite de teto, os proventos auferidos pelos servidores aposentados.
>
> O teto de remuneração dos servidores públicos está previsto e estabelecido em norma constitucional. Assim sendo, a supremacia e a rigidez da norma constitucional impõe que qualquer legislação ordinária com ela se coadune.
>
> Por outro lado, não cabe invocação de direito adquirido, nem de irredutibilidade de vencimentos.

A proteção que a constituição proporciona aos chamados direitos adquiridos contrapõe-se apenas face à legislação infraconstitucional, e nunca contra a própria constituição. Também não há que se invocar o princípio da irredutibilidade de vencimentos, visto que o abate deduzido nos proventos dos impetrantes é resultado do próprio comando constitucional, na conformidade da pré-citada norma inserta no art. 17, do ADCT.

Rebata-se ainda os argumentos colacionados pelos impetrantes, no sentido de que o disposto no artigo 37, inciso XXI, da C.F., seja norma de eficácia contida, porquanto não se pode prescindir de norma que o explicite.

Esclarece a Lei 8.112/90 que "nenhum servidor poderá perceber, mensalmente, a título de remuneração, importância superior à soma dos valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, no âmbito dos respectivos Poderes, pelos Ministros de Estado, por Membros do Congresso Nacional e Ministros do Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. Excluem-se do teto de remuneração as vantagens previstas nos incisos II a VII, do art. 61".

Este artigo dá cumprimento, na lei, ao disposto no inc. XXI, do art. 37, da Constituição Federal. A própria lei cuida de conceituar a remuneração como sendo "o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei" (art. 41, da Lei 8.112/90). O parágrafo único, do art. 42, da Lei 8.112/90, exclui, entretanto, da incidência do teto de remuneração as vantagens previstas nos incs. II a VII, do art. 61, que são: gratificação natalina; adicional por tempo de serviço; adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas; adicional por serviço extraordinário; adicional noturno e adicional de férias.

E assim o faz porque são parcelas asseguradas constitucionalmente — umas face a aplicação do disposto no art. 7º, e outras (adicional por tempo de serviço) por ter a Constituição Federal no parágrafo 1º, do art. 39, assegurado aos servidores as parcelas percebidas em caráter individual.

O princípio da isonomia de vencimentos também não encontra lugar para sua aplicação no presente caso. Não convence o argumento dos impetrantes de que os vencimentos dos Ministros de Estado devem ser igualados com os dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Membros do Congresso Nacional para, a partir daí, contarem com um teto mais elevado.

O impetrante é servidor aposentado de órgão pertencente ao Poder Executivo. Dessa forma, não podem eles tomar como paradigma a remuneração máxima per-

cebida por membro de outro poder, conquanto o teto máximo a ser observado como limite de remuneração deve se situar no âmbito de cada Poder.

O suposto direito líquido e certo dos impetrantes, traduzido em que não se abata em seus proventos aquela rubrica destinada a fazer face ao limite máximo de remuneração, encontra óbices nas normas constitucionais vigentes, notadamente, no disposto no artigo 37, inc. XXI, e art. 17, do ADCT, e na legislação infraconstitucional constante do art. 42, da Lei 8.112/90 e no art. 24 da Lei 8.216/91". (fls. 57/59)

O problema não é desconhecido desta corte que, em outras oportunidades, assim se pronunciou:

"Constitucional e administrativo. Recurso especial. Servidor municipal. Limitação dos vencimentos a remuneração do prefeito. Inexistência de direito adquirido ou ofensa a coisa julgada.

1. A Constituição de 1988, mesmo considerando os vencimentos dos servidores públicos civis e militares irredutíveis, dispõe que ficam sujeitos, nos municípios, aos valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito, devendo ser imediatamente reduzidos os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição, "Não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título" (ADCT, art. 17).

2. A determinação para o pagamento dos proventos do recorrente, respeitado o limite de remuneração do chefe do executivo municipal, princípio de moralidade administrativa, harmoniza-se com o sistema estabelecido pelo constituinte de 1988". (REsp 28.720-SP, Relator Ministro Jesus Costa Lima, DJ de 12.04.93, p. 6.979)

"Administrativo. Mandado de segurança. Funcionários públicos. Procuradores aposentados do Estado do Paraná. Aplicabilidade do limitador de vencimentos previsto na Lei Estadual nº 9.105/89. Irredutibilidade de vencimentos ou proventos. Inexistência de direito adquirido. Legalidade do ato impugnado. Recurso improvido.

I — Não contém eivas de ilegalidade, o ato que reduz os provimentos de funcionários públicos inativos, para ajustá-los ao limite máximo do valor de remuneração de Secretário de Estado.

II — **In casu**, não há falar em irredutibilidade de vencimentos ou proventos, porquanto o ato atacado atende disposto na Lei Estadual que disciplina o regime remuneratório dos servidores do Estado, observados os parâmetros estabelecidos nas Constituições Federal (artigo 37, XI e XII e artigo 17 do ADCT) e Estadual.

III — A luz do texto constitucional, na espécie, inexiste afronta a direito adquirido.

IV — Recurso improvido, sem discrepância". (ROMS 1.290/PR, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 26.04.93, p. 7.166)

"Administrativo — Desconto em folha de pagamento — Limite — Servidor inativo — Lei nº 8.237/91 — Art. 26, parágrafo primeiro.

O art. 26, parágrafo primeiro da Lei nº 8.237/91 vedando descontos superiores a trinta por cento da remuneração do pessoal em atividade, proíbe também que este limite seja ultrapassado, quando se trata de proventos da inatividade". (MS 1.713-DF, Relator Ministro Gomes de Barros, DJU de 01.02.93, p. 412).

"Administrativo — Militar — Proventos — Teto base.

O recorrente vinha recebendo proventos em valor superior à remuneração do Secretário de Estado. Foi submetido ao limite legal estabelecido pela Constituição.

Recurso improvido". (ROMS nº 2.435/GO, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 29.03.93, p. 5.219).

Verifica-se, desse modo, que a autoridade agiu dentro dos limites traçados na Constituição e na lei, inexistindo, pois, ilegalidade ou abuso de poder que tenha desrespeitado direito líquido e certo do impetrante, o que me leva a denegar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 3.183-0 — DF — (93.0029049-5) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Impte.: José Ferreira Garcia. Advogado: Cláudio da Rocha Santos. Impdos.: Ministro de Estado da Secretaria da Administração Federal e Coordenador Geral de Recursos Humanos do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

Decisão: A Seção, por unanimidade, denegou a Segurança, nos termos do voto do Sr. Min. Relator (em 02.12.93 — 3ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas, José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI.

RECURSO EM **HABEAS CORPUS** Nº 2.158-9 — BA

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*
Recorrente: *Givan de Lisboa Soares*
Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*
Paciente: *Paulo da Costa Bueno (réu preso)*
Advogado: *Dr. Givan de Lisboa Soares*

EMENTA: ***Habeas corpus. Requisitos.***

A petição de habeas corpus **deve ser instruída com os documentos necessários ao exame da pretensão, salvo se não estiverem ao alcance do impetrante ou se houver recusa de certidões ou de fotocópias pela autoridade que os detenha.**

Não obstante, podendo o juiz apontado como coator fornecer ditas certidões ou transmitir, nas informações, o conteúdo do documento, não pode o Tribunal deixar de conhecer de habeas corpus **sob fundamento de falta de exibição de cópia desse documento ou de algum ato processual ainda que, para o julgamento, deva requisitar os autos da ação penal.**

Provimento parcial do recurso para determinar o exame de mérito do fundamento não apreciado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, para cassar o acórdão e determinar o exame de mérito do fundamento não apreciado. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Ministro Flaquer Scartezzini.

Brasília, 16 de setembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro COSTA LIMA, Presidente em exercício. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia denegou ordem de **habeas corpus** em acórdão da lavra do Des. José Alfredo Neves da Rocha, assim ementado:

"Ementa. **Habeas corpus**. Duplo fundamento. Imprestabilidade do decreto da custódia prévia e excesso prazal. Não conhecimento do primeiro fundamento pela ausência da juntada da cópia da preventiva e inocorrência do excesso de prazo alegado. Indeferimento do *writ*. Decisão unânime." (Fls. 41).

Inconformado, recorre o impetrante, reiterando as alegações da inicial. Sustenta, em síntese, falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva e excesso de prazo na instrução criminal.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Pedro Yannoulis, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Diz o acórdão o seguinte:

"É entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que a falta de juntada da cópia do decreto de prisão preventiva pela parte interessada impede de se conhecer do pedido quanto a esse fundamento, pois, como se sabe, à semelhança do mandado de segurança, o **Habeas Corpus** exige a prova pré-constituída.

Portanto, por esse aspecto não se conhece do *writ*.

Quanto ao fundamento do excesso prazal, como bem acentua a douta Procuradoria da Justiça, o processo já deve estar, a esta altura, em via de conclusão, pelo que indefere-se a ordem." (Fls. 43).

Acolho o fundamento que rejeitou a alegação de excesso de prazo.

Examino, porém, o outro fundamento.

A petição de **habeas corpus** deve ser instruída com os documentos necessários, salvo se tais documentos não estiverem ao alcance do impetrante ou se houver recusa de certidões ou fotocópias pela autoridade que os detenha. É a lição de Câmara Leal, adotada por Frederico Marques (**Elementos**, vol. IV, p. 416/17).

Embora a regra seja essa, não acolho, **data venia**, a tese do acórdão de exigência de prova pré-constituída para o **habeas corpus**, à semelhança do mandado de segurança, porque, no primeiro, o Juiz, nas informações, tem o dever de prestar ao Tribunal todos os esclarecimentos necessários ao julgamento do pedido.

Assim, se um dos fundamentos do pedido for a falta de fundamentação do decreto de prisão, incumbe ao magistrado informar ao Tribunal os termos em que foi lavrado dito decreto. E, na ausência dessa informação, compete ao Tribunal suprir a falha mediante requisição dos autos ou de cópia da peça reputada necessária ao exame da pretensão (RTJ 93/1.041).

O que realmente não se pode é decidir, agora, o mérito dessa alegação, com supressão de uma instância.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso para, cassado o acórdão, determinar-se o exame de mérito do fundamento não apreciado.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 2.158-9 — BA — Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo. Recte.: Givan de Lisboa Soares. Advogado: Givan de Lisboa Soares. Recdo. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Pacte.: Paulo da Costa Bueno (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, para cassar o acórdão e determinar o exame de mérito do fundamento não apreciado (em 16.09.92 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Edson Vidigal, Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro COSTA LIMA.

RECURSO EM **HABEAS CORPUS** Nº 3.129-8 — SC
(Registro nº 93.0027514-3)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*
Recorrente: *Frederico Freddy Gondin*
Advogado: *Dr. Frederico Freddy Gondin*
Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*
Paciente: *Aprísio Rogério da Silva*

EMENTA: ***Processual Penal — Recurso de Habeas Corpus. Crime societário ou coletivo. Trancamento da ação penal — Impossibilidade.***

1. O crime de autoria coletiva não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento do réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha o exercício de defesa.

2. Precedentes da Corte.

3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli e Adhemar Maciel.

Brasília, 22 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Inconformado com o v. acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, denegatório de ordem de **habeas corpus** impetrada em favor do Soldado PMSC Aprísio Rogério da Silva, recorre o advogado Frederico Freddy Gondin.

A ordem fora requerida visando o trancamento da ação penal a que responde o paciente, junto à Auditoria Militar do Estado, por infração ao art. 209, **caput**, do Código Penal Militar, sob alegação de inépcia da denúncia, por não descrever a conduta do paciente.

O acórdão guerreado traz a seguinte ementa:

"*Denúncia* — Alegada inépcia por não descrever a conduta de cada agente — Exordial que relaciona os acusados e, após, descreve bem os fatos, demonstrando que todos agiram com identidade de propósitos. Ordem denegada" (fl. 30).

Repete o recorrente, nas razões de recurso, o que disse na inicial.

Nesta instância, em parecer nos autos, o Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Argúi o recorrente a inépcia da denúncia por não descrever, a seu sentir, a conduta do paciente.

Segundo a peça acusatória, por cópia acostada aos autos às fls. 11/13, no dia 10 para 11 de fevereiro de 1991, por volta das 24:00 horas, o Soldado do Exército Brasileiro Aguiomar Francisco de Lima, servindo no Batalhão Ferroviário de Lages/SC, ao tentar desapartar dois elementos que brigavam no centro daquela cidade, foi detido por dois (2) Soldados da Polícia Militar do Estado e por eles conduzido para o interior de um micro-ônibus de transporte da tropa, onde estavam o paciente e mais seis (6) soldados da mesma Polícia Militar, os quais, dentro daquela viatura, passaram a

agredi-lo a socos e tapas, o que lhe causou as lesões descritas no laudo pericial de fls. 4.

Logo se vê que a denúncia não é inepta, pois refere-se a crime de autoria coletiva, o que torna desnecessária a descrição da conduta de cada um dos participantes.

Aliás, como anota o nobre Subprocurador-Geral da República no seu parecer de fls.,

"É pacífico nesta Corte, o entendimento de que o crime de autoria coletiva, não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício de defesa. (REsp nº 4.615-RJ — 5ª Turma, Rel. Min. Flaquer Scartezzini; RHCs nºs 1.721, 5ª Turma, Rel. Min. Flaquer Scartezzini; 2.504-2-RJ, Rel. Min. Assis Toledo; 2.768-3, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel)."

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.129-8 — SC — (93.0027514-3) — Relator: O Sr. Ministro Anselmo Santiago. Recte.: Frederico Freddy Gondin. Advogado: Frederico Freddy Gondin. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Pacte.: Aprísio Rogério da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 22.02.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli e Adhemar Maciel.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO EM **HABEAS CORPUS** Nº 3.506-4 — MG

(Registro nº 94.0008100-6)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Wanderley de Medeiros*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Paciente: *José dos Santos Coutinho, José Coutinho dos Santos ou José Pedro de Oliveira ou Ailton Gomes de Souza*

Advogado: *Dr. Wanderley de Medeiros*

EMENTA: ***RHC — Processual Penal — Prisão preventiva — Necessidade*** **— A prisão preventiva, instituto de exceção, aplica-se parcimoniosamente. Urge, ademais, a demonstração da necessidade. Não basta a comoção social; não é suficiente o modo de execução; insuficientes as condições e circunstâncias pessoais. Imprescindível um — fato — gerar a — necessidade.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, dar provimento ao recurso pelos votos dos Srs. Ministros Relator e Adhemar Maciel, vencidos os Srs. Ministros Pedro Acioli e Anselmo Santiago. Nos termos regimentais, em face do empate, prevalece a decisão mais favorável ao paciente.

Brasília, 11 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso ordinário interposto por Wanderley de Medeiros contra v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais denegatório da ordem de **Habeas Corpus** preventivo impetrado em favor de José dos Santos Coutinho.

Ocorre que o paciente, denunciado como incurso nos artigos 121, § 2º, I, II e IV c/c artigo 29 **caput** do Código Penal, teve prisão preventiva decretada durante a instrução criminal pelo juízo da Comarca de Tupaciguara-MG, na forma do artigo 312 do Código de Processo Penal, para que se garantisse a aplicação da lei penal, posto que o Paciente não reside no distrito da culpa, e, também para a segurança do Paciente, devido à grande comoção social resultante do fato criminoso. A prisão preventiva foi mantida no momento da pronúncia.

O Impetrante, ora Recorrente, sustenta que o paciente é primário e de bons antecedentes, que não constam dos autos qualquer demonstração de periculosidade do Paciente, e que, ademais, é inaceitável a segregação do Paciente para sua própria segurança.

O Recorrente reedita as alegações feitas quando da inicial.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo improvimento do recurso (fls. 139).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O despacho de prisão preventiva está às fls. 23/30.

No tocante aos Pacientes, argumenta:

> "No que pertine a Valdionei, José dos Santos e José Francisco ou José Pedro, vulgo "Ailton", não residem no distrito da culpa, o que dificultaria, sem dúvida, a ação da Polícia, a instrução criminal, além de assegurar a aplicação da lei penal e como garantia da ordem pública (C.P.P., art. 312)" (fls. 26).

Além disso, registra, o crime foi praticado com requintes de perversidade e a prisão irá favorecê-los porque em estando presos, estarão em segurança (fls. 29).

A prisão preventiva, tenho reeditado, como instituto de exceção, aplica-se parcimoniosamente.

A doutrina consagra, ademais, a demonstração da necessidade. Não basta a comoção social; não é suficiente o modo de execução; insuficientes as condições e circunstâncias pessoais. Imprescindível um — fato — gerar a — necessidade. Além disso, a decisão judicial, fundamentadamente, justifique o pormenor.

Assim, insuficiente o réu não morar no distrito da culpa. Caso contrário, extrair-se-ia a conclusão de, nesse caso, a preventiva seria conseqüência natural, inexorável.

O despacho agora afrontado foi examinado por esta 6ª Turma no RHC nº 2.618-6-MG, que, por sua vez, deu provimento ao recurso.

Dou provimento ao recurso.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sr. Presidente, tenho votado de modo contrário ao entendimento de V. Exa., porque o fato de o indivíduo ter maus antecedentes, para mim, é o bastante para que não lhe seja concedido esse direito.

Assim, com a devida vênia, discordo de V. Exa. e nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.506-4 — MG — (94.0008100-6) — Relator: O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Recte.: Wanderley de Medeiros. Advogado: Wanderley de Medeiros. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Pacte.: José dos Santos Coutinho, José Coutinho dos Santos ou José Pedro de Oliveira ou Ailton Gomes de Souza.

Decisão: Dado provimento ao recurso pelos votos dos Srs. Ministros Relator e Adhemar Maciel, vencidos os Srs. Ministros Pedro Acioli e Anselmo Santiago. Nos termos regimentais, em face do empate, prevalece a decisão mais favorável ao paciente (em 11.04.94 — 6ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO EM **HABEAS CORPUS** Nº 3.522-6 — DF

(Registro nº 94.08990-2)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Cátia Souza de Almeida*

Advogado: *Dr. Francisco Rodrigues de Matos*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do DF e Territórios*

Paciente: *Cátia Souza de Almeida*

EMENTA: ***Constitucional e Processual Penal.*** *Habeas Corpus.* ***Inteligência da expressão "quando denegatória a decisão" (cf. art. 105, II, a). Recurso conhecido. Prescrição. Inexistência: a sentença condenatória recorrível é outra causa de interrupção da prescrição (CP, art. 117, IV) já interrompida com o recebimento da denúncia. Recurso ordinário improvido.***

I — A paciente foi condenada a 4 anos de reclusão, com direito de apelar em liberdade. Regime prisional, o aberto. O Ministério Público apelou. O tribunal manteve a pena privativa de liberdade e agravou o regime prisional para semi-aberto, com a determinação de seu recolhimento à cadeia pública. Foi ajuizada ação de HC, onde se alegou prescrição da pretensão punitiva. O relator no TJDF, em despacho liminar, após observar que a ordem de prisão havia partido de turma criminal, ponderou que o Tribunal era incompetente para o julgamento do feito. Daí a interposição do recurso ordinário, com a reiteração de que a ordem de prisão era ilegal, pois já ocorrera a prescrição em concreto.

II — A Constituição, como "Cartilha do Povo" (Lorde Bryce), não utiliza, como os códigos, linguajar técnico. Assim, a expressão "quando denegatória a decisão" de HC (art. 105, II, a) compreende qualquer decisão, seja ela de mérito ou não.

III — No caso concreto, não se pode falar em prescrição. A sentença condenatória recorrível, que é outra causa de interrupção de prazo prescricional (CP, art. 107, IV), tornou a interromper o prazo. Assim, só em 29/04/96 é que ocorreria a prescrição.

IV — Recurso ordinário 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. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro e Pedro Acioli.

Brasília, 19 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente (art. 101, § 2º, do RISTJ). Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: O advogado Francisco Rodrigues Matos interpõe recurso ordinário em **habeas corpus** em prol da paciente *Cátia Souza de Almeida*.

2. A paciente foi condenada, em primeiro grau, à pena de 4 anos de reclusão e a 30 dias-multa, no regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 12 c/c art. 18, IV, da Lei nº 6.368/76. A Turma Criminal do TJDF, revendo a sentença, aumentou o valor dos dias-multa para 66 dias. Alterou, ainda, o regime prisional para o semi-aberto. Assim, foi expedido mandado de prisão, que restou cumprido em 08/12/93.

3. O ora recorrente, então, impetrou **habeas corpus** perante o TJDF, visando à soltura da paciente. Sustentou que a pena já havia sido cumprida ou estaria prescrita, porquanto a sentença condenatória era de 29/01/88.

4. A autoridade coatora (juíza da 1ª Vara de Entorpecentes do DF) informou que a prisão da paciente ocorreu em cumprimento ao acórdão nº 50.253/90, do TJDF.

5. O impetrante, ora recorrente, chamado a se manifestar, reafirmou o pedido da impetração.

6. O relator do TJDF, por sua vez, indeferiu a inicial (fls. 76). Aduziu que o TJDF seria manifestamente incompetente para conhecer do **habeas corpus**.

7. Sobreveio, por fim, o presente recurso em **habeas corpus**, no qual o recorrente reafirma os termos da impetração e pede a expedição do alvará de soltura em favor da paciente. Diz, mais, que teria de ser ouvido quanto à mudança de regime prisional.

8. O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso e, se conhecido, pelo seu desprovimento. Sustenta, em preliminar, que o art. 105, III, **a**, da CF prevê a interposição do recurso ordinário em **habeas corpus**, quando a decisão for denegatória. **In casu**, falece o interesse de agir ao impetrante, uma vez que inexistiu de-

cisão denegatória e, portanto, sucumbência. No mérito, não há que se falar em prescrição, tanto da pena em abstrato, como em concreto.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Teremos, em primeira mão, que examinar a preliminar do interesse recursal do impetrante.

Pondera o douto Subprocurador-Geral da República Celso Roberto da Cunha Lima, arrimado em parecer do Procurador João Alberto Ramos, do Distrito Federal, que a Constituição, em seu art. 105, II, alínea **a**, fala em "quando for denegatória a decisão". E no caso concreto a decisão não foi "denegatória", pois não abordou o mérito.

Senhor Presidente, se a Constituição fosse um código e se ela primasse pelo rigor técnico, não teria dúvida em acompanhar o Ministério Público. Acontece que a Constituição, como "Cartilha do Povo" (lembrando Lorde Bryce), nem sempre tem precisão de linguagem. Assim, numa interpretação extensiva, pode-se, à semelhança do que se deu em relação ao mandado de segurança (art. 105, II, **b**), entender que a ação de **habeas corpus**, mesmo que não decida o mérito, é passível de recurso ordinário.

Outra não tem sido a orientação de nossos pretórios:

"**Habeas Corpus**. Pedido prejudicado. Recurso extraordinário (cabimento). CF, art. 119, II, **c** (exegese da expressão "se denegatória a decisão", contida no art. 119, II, **c**, da CF, para efeito de cabimento de recurso, deve compreender tanto a decisão que julga improcedente o pedido, como a que dele não conheça, ou o julgue prejudicado, porquanto o que se tem em vista é a recusa da vantagem que se busca pela prestação jurisdicional. Recurso de **habeas corpus** improvido" (RHC nº 59.538-BA. Rel. Min. Rafael Mayer, DJU de 12/04/82, p. 3.210).

****

"Constitucional. **Habeas corpus**. Recurso ordinário. Cabimento. Qualquer decisão que não seja concessiva da ordem tem caráter denegatório, ensejando, pois, a interposição de recurso ordinário. Interpretação do art. 105, II, **a**, da Constituição" (Pet. nº 108-RN. Rel. Min. Costa Leite. DJU de 22/04/91, p. 4.796).

Decidida a preliminar, continuemos.

O recorrente diz que a decisão do TJDF é nula, pois a paciente não foi ouvida quanto à mudança do regime prisional. **Data venia**, a jurisprudência citada nada tem com o caso concreto. Não estamos diante de "mudança" de regime em execução. Ao contrário. A questão dos autos é de reforma de sentença em grau de apelação.

Alega o recorrente, ainda, que a paciente foi denunciada em 85. Ficou 32 dias presa. Posteriormente foi condenada a 4 anos de reclusão, em regime aberto. O TJDF, ao prover recurso da acusação, determinou sua prisão. Ora, a pretensão punitiva já foi atingida pela prescrição. Assim, ilegal é a prisão.

Examinemos os dados dos autos.

A denúncia foi recebida em 05/09/85 (fl. 16). A sentença, datada de 29/04/88 (fls. 10/40), condenou a paciente a 4 anos de reclusão (art. 12 da LT), em regime aberto, com a possibilidade de apelar solta. A acusação, insatisfeita, apelou. O mesmo se deu com a paciente. O TJDF (fl. 51), em 19/04/89, proveu o recurso do Ministério Público e improveu o da paciente. O quantitativo da pena privativa de liberdade foi mantido (4 anos de reclusão).

Senhor Presidente, nos termos do art. 109, IV, do CP, a prescrição se dá em 8 anos. Entre o recebimento da denúncia — 05/09/85 — e a sentença — 29/04/88 — fluiu prazo inferior a três anos. Com o advento da sentença condenatória recorrível, começou a correr novo prazo (CP, art. 117, IV), que só findará em 29/04/96. Assim, **data venia** do impetrante, não se pode falar em prescrição.

Com essas observações, conheço do recurso para negar-lhe provimento.

É meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.522-6 — DF — (94.0008990-2) — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Maciel. Recte.: Catia Souza de Almeida. Advogado: Francisco Rodrigues Matos. Recdo.: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Pacte.: Catia Souza de Almeida (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 19.04.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO EM **HABEAS CORPUS** Nº 3.563-3 — SP

(Registro nº 94.0010705-6)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Absalão Ayres de Oliveira*

Advogado: *Geraldo Alves*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*

Paciente: *Absalão Ayres de Oliveira*

EMENTA: ***Penal e Processual Penal — Crime contra a honra — Ação penal pública condicionada ou ação privada.***

— Havendo as ofensas sido dirigida à pessoa do querelante, em sua honra, sem qualquer vinculação a condição de funcionário público, nem ao exercício do cargo, desnecessária a prévia representação junto ao Ministério Público para a propositura da ação penal.

— Não constitui o habeas corpus **medida apropriada para apreciar aspectos que demandem exame acurado do elenco probatório.**

— Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 15 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso de **habeas corpus** interposto contra o v. acórdão da Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que denegou pedido originário impetrado em favor de Absalão Ayres de Oliveira, objetivando o trancamento da ação penal em trâmite perante ao MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Itapetininga-SP, por crime contra a honra, alegando inexistência de justa causa e ilegitimidade de parte do querelante.

Extrai-se da inicial que Nilson Antônio Golinelli — Superintendente Regional da SABESP, sentindo-se ofendido em sua honra, em face de reclamação combinada com pedido de readmissão em cargo, de autoria de Absalão Ayres de Oliveira, dirigido às "Exmas. Autoridades deste Estado", ofereceu queixa-crime contra o ora paciente imputando-lhe a prática de crimes previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal (fls. 2/16).

A queixa-crime foi recebida após tentativa frustrada de reconciliação (fls. 33).

Inconformado, Absalão Ayres de Oliveira impetrou ordem de **habeas corpus** junto ao Eg. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, objetivando trancamento da ação penal, sob a alegação de inexistência de justa causa e ilegitimidade de parte.

Aduziu, na oportunidade, que, longe de praticar crime algum, apenas relatou comportamentos do querelante no seio da administração Pública Indireta do Estado, com a exclusiva intenção de tentar sua readmissão no emprego. Ademais, falta legitimidade ativa do querelante para propor queixa-crime, pois sendo ele funcionário de empresa paraestatal, é considerado funcionário público, nos termos do art. 327, § 1º, do Código Penal, devendo a ação penal ser pública condicionada à representação do ofendido.

A ordem foi denegada sob o entendimento de que as ofensas foram dirigidas à pessoa do querelante, em sua honra, por isso que, desnecessária a representação quando se tratar de ação penal exclusivamente privada, a teor do disposto no art. 145, Código Penal (fls. 47/49).

Daí o presente recurso insistindo, **in totum**, nas argumentações apresentadas na inicial (fls. 51/54).

A Subprocuradoria Geral da República, às fls. 80/84, opina pelo provimento em parte do recurso, para anular a ação penal instaurada através de queixa-crime, por ilegitimidade de parte, devendo ser a mesma encaminhada ao Ministério Público na condição de representação.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, pretende o ora recorrente Absalão Ayres de Oliveira, o trancamento da ação penal privada contra si instaurada, por crime contra a honra, alegando inexistência de justa causa e ilegitimidade de parte do querelante.

Analiso, primeiramente, o fundamento de falta de legitimação ativa, com precedência lógica, pois, caso acolhido, prejudicaria o exame da alegada ausência de justa causa.

Diz o artigo 327, do Código Penal:

> "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.
>
> § 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em atividade paraestatal."

Por sua vez, reza o artigo 145 e § único do C.P.:

> "Art. 145. Nos crimes previstos neste capítulo somente se procede mediante queixa, salvo, quando no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.
>
> Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do nº I do art. 141, e mediante representação do ofendido, no caso do nº II do mesmo artigo".

A regra, portanto, é a ação penal privada, nesses crimes, que tem por objeto, a defesa de bens e interesses personalíssimos, cabendo ao próprio ofendido intentar ou não o procedimento criminal que a lei lhe faculta.

Existe, contudo, exceção contida no parágrafo único. Se o crime é cometido contra funcionário público, em razão de suas funções, a ação penal está condicionada à representação do ofendido, de vez que assume particular gravidade, na medida em que afetam, de modo direto e imediato, o próprio interesse público.

Na hipótese dos autos, o ora recorrente, insatisfeito com sua demissão, formulou, por escrito, severas críticas ao Sr. Nilson Antônio Golinelli, Superintendente Regional da SABESP e remeteu-as às autoridades estaduais.

Sentindo-se atingido em sua honra, o Superintendente Regional da SABESP, Nilson Antônio Golinelli ofereceu queixa-crime, que restou recebida pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Itapetininga-SP (fls. 33).

Extreme de dúvidas que as questiúnculas aventadas contra o ofendido querelante às fls. 26/32, dizem respeito a sua atuação como Superintendente Regional da SABESP — empresa paraestatal paulista.

Daí, o tratamento jurídico especial dispensado ao servidor público, moralmente ofendido em sua honra funcional, de vez que, há, nestes casos, não apenas o interesse pessoal do ofendido, mas, também, o interesse público.

Este, o entendimento até então pacificado do Supremo Tribunal Federal e desta Colenda Corte, conforme ementas abaixo transcritas:

"Penal. Processual penal. Crime contra a honra de servidor público. Ação penal pública condicionada. Representação. Código Penal, art. 145.

— A representação, para desencadear a ação penal pública condicionada, não depende de requisitos específicos. O que se exige é que contenha a vontade inequívoca da vítima no sentido de que o seu ofensor seja punido.

— Sentença condenatória baseada num conjunto probatório, em que se incluem a confissão de um dos co-réus e prova testemunhal."

— HC. indeferido. (HC. 69.162-PE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 12.06.92)."

"Queixa por delito de calúnia e difamação (artigos 20 e 21 da Lei nº 5.250/67).

Tratando-se de ofensa irrogada a funcionário público, em razão de suas funções, a ação penal é pública condicionada e seu titular o Ministério Público, não sendo parte legítima o próprio ofendido para agir mediante queixa (Lei citada, artigo 40, I, **B**, combinado com o art. 23, II).

— Queixa rejeitada, por maioria de votos. (Inq. 215-PR, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 12.06.87)."

"Crime contra a honra de funcionário público, em razão da função. Ação penal pública condicionada. Ilegitimidade de parte.

— O ofendido não tem legitimidade para instaurar ação penal privada, em crime contra a honra em razão da função, sem a prévia ocorrência da inércia do Ministério Público.

— Recurso de **habeas corpus** provido. (RHC. 63.954-RS, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ de 06.06.86)."

"Processual Penal. Ação Pública condicionada a representação do ofendido. Crime de calúnia, difamação e injúria.

Instauração da ação penal mediante queixa. Impossibilidade. Código Penal, arts. 145, parágrafo único e 141, inciso II. Rejeição.

— No sistema penal brasileiro, o monopólio da ação penal pública, condicionada ou não, pertence ao Ministério Público, como decorrência da função institucional que lhe foi deferida, com exclusividade, pela Constituição Federal.

— Em se tratando, no caso de ofensa irrogada a funcionário público no exercício de sua função (Juiz do Trabalho), a ação penal é pública condicionada e o seu titular o Ministério Público, não tendo, o ofendido, legitimidade para agir, na persecução punitiva, mediante queixa.

— Queixa crime a que se rejeita (artigo 43, III, do Código Penal). Decisão unânime. (APn 39-BA, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 15.02.93)."

"Processual penal. Crime contra honra. Lei de imprensa.

— Cuidando-se de ofensa atribuída a funcionária pública em decorrência do exercício de suas funções, a ação é pública condicionada, pouco importando que, no momento, já se encontre aposentada.

— Recurso especial conhecido e provido, determinando-se o prosseguimento da ação penal. (REsp. 25.997-MG, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ de 07.06.93)."

Todavia, a Suprema Corte, julgando o Agravo Regimental em Inquérito nº 726-0-RJ, modificou sensivelmente esta orientação, admitindo a ação penal pública apenas como alternativa à disposição do ofendido, jamais, como privação do seu direito de queixa.

No essencial, assim se expressou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, **verbis**:

> "O importante, contudo, não é isso, mas, sim, que a queixa do ofendido continua sendo o princípio geral, no que toca especificamente à persecução dos crimes contra a honra; e, mais, que, embora mantendo a admissibilidade da ação penal pública, quando seja o funcionário público ofendido **ratione officii**, o direito em vigor nem a declara excludente da

queixa do ofendido, se este a preferir, nem libertou, da vontade dele, o oferecimento da denúncia, que continuou subordinado à sua representação.

Tudo isso me induz a concluir que a melhor solução ainda é a da legitimação alternativa, na medida, sobretudo, em que permanecem íntegras as razões de ordem substancial pelas quais — logo que instituída para a hipótese a ação penal pública — o STF não reputou que a condição de funcionário e a conexão entre a ofensa e a função pública levassem a privar o ofendido do direito de queixa, se o elegesse, ao invés da representação ao órgão da acusação pública, para responder à agressão de sua honra.

.....

Por outro lado, a prioridade absoluta do interesse público, em que se pretende fundar o argumento, é elidida pela exigência legal da representação do ofendido, que acaba sempre por subordinar à sua manifestação de vontade a possibilidade da ação penal.

Desse modo, a tese da exclusividade da ação pública não impede afinal que o decantado interesse público na punição da ofensa **propter officium** seja paralisado pela ausência de provocação do ofendido: ao contrário, o que dela resulta é apenas o poder do Ministério Público de não formular a denúncia, não obstante a representação do funcionário ofendido, o que, logo se vê, nada tem a ver com o propalado interesse público na repressão penal do fato.

De resto, o impedimento que se opõe à ação privada, se a prefere o ofendido, se me afigura de duvidosa compatibilização com dois cânones da Constituição: o que assegura a inviolabilidade da honra das pessoas (art. 5º, X), combinado com o princípio fundamental da isonomia.

Com efeito. Se a regra geral para a tutela penal da honra é a ação privada, compreende-se, não obstante, que, para desonerar, dos seus custos e incômodos, o funcionário ofendido em razão da função, o Estado, por ele provocado, assuma a iniciativa da repressão da ofensa delituosa; o que não se compreende, porém, é que só por ser funcionário e ter sido moralmente agredido em função do exercício do cargo público — o que não ilide o dano à sua honorabilidade pessoal —, o ofendido não a possa defender pessoalmente em juízo — como se propicia a qualquer outro cidadão —, mas tenha de submeter previamente a sua pretensão de demandar a punição do ofensor ao juízo do Ministério Público.

Por isso, estou em que a admissão da ação penal pública, quando se cuida de ofensa **propter officium**, para conformar-se à Constituição, há de ser entendida como

alternativa à disposição do ofendido, jamais, como privação do seu direito de queixa."

O argumento desenvolvido pelo insigne Ministro Sepúlveda Pertence, admitindo a legitimação concorrente do ofendido ou do Ministério Público para propositura da ação penal nos crimes contra a honra, a meu sentir é a interpretação mais coerente e acertada com a até então construída, que sem ferir qualquer princípio, preserva o direito do ofendido à jurisdição penal, mormente, tendo em vista a norma constitucional que prescreve a inviolabilidade da honra entre os direitos individuais (art. 5º, X).

Quanto a alegada ausência de justa causa, por reiteradas vezes temos decidido que o trancamento da ação penal, através da sumária via do **habeas corpus**, só é possível quando esta se mostra inequívoca, independente de apreciação de provas.

É evidente, portanto, que o trancamento pretendido não será possível se a responsabilidade não está ainda bem esclarecida, cabendo ser devidamente apurada no curso da ação penal, a culpabilidade ou não do agente.

Isto posto, não se prestando a via restrita do *writ* para atendimento da pretensão do ora recorrente, por depender de exame acurado de provas a serem produzidas e apreciadas no juízo competente, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.563-3 — SP — (94.0010705-6) — Relator: O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini. Recte.: Absalão Ayres de Oliveira. Advogado: Geraldo Alves. Recdo.: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Pacte.: Absalão Ayres de Oliveira.

Decisão: Após o voto do Ministro Relator negando provimento ao recurso, pediu vista o Ministro Assis Toledo (em 01.06.94 — 5ª Turma).

Aguardam os Ministros Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Pedi vista para melhor exame dos fatos da causa bem como da extensão e do alcance do recente acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence (Agravo Regimental em Inquérito nº 726-0-RJ), referido no voto do Ministro Flaquer Scartezzini.

Feito isso, passo ao meu voto.

Preliminarmente, registre-se que a confusa queixa, exibida a fls. 17/25, não identifica o querelante como funcionário público, mas apenas como engenheiro.

O documento reputado ofensivo, solicitação de readmissão na

SABESP (fls. 26/32), atribui ao querelante, à época da ofensa (15/4/93), o cargo de Superintendente Regional da SABESP no Vale do Ribeira, não havendo registro nos autos sobre se essa situação permanecia por ocasião do recebimento da queixa (14/10/93, fls. 33), a despeito de referências sobre sua possível demissão (fls. 35).

Também não há notícia nos autos a respeito da natureza jurídica da SABESP, que, se for empresa pública, como referido no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República (empresa paraestatal paulista), seus servidores e superintendentes não desempenham qualquer parcela da pública autoridade, pelo que a equiparação dos §§ 1º e 2º do art. 327 do Código Penal não lhes atribui requisito essencial à caracterização da ofensa **propter officium** de que trata o art. 145, parágrafo único, do mesmo Código.

É certo que o conceito do **caput** do art. 327 do estatuto penal pode aplicar-se a todo o Código Penal, mas as equiparações dos §§ desse artigo devem ser interpretadas restritivamente, pois a ninguém ocorre, razoavelmente, atribuir a empregados da Rede Ferroviária, Banco do Brasil, Cobal, etc., a condição de funcionários públicos, para estender-lhes a ação penal pública condicionada de que se trata.

Isso, a meu ver, bastaria para dispensar a invocação do acórdão do Supremo Tribunal Federal, para o deslinde da questão posta nestes autos.

Note-se, aliás, que o parecer do Ministério Público estadual fala em ação penal exclusivamente privada (fls. 42), o mesmo fazendo o acórdão, **in verbis**:

> "Desnecessária a representação, quando se trata de ação penal exclusivamente privada, a teor do disposto no artigo 145 do Código Penal. Por sinal que o critério distintivo quando se cuide de crime de ação penal exclusivamente privada, é justamente a referência à titularidade exclusiva do ofendido. O juiz de honra individual é o indivíduo que se considere atingido." (Fls. 48).

Nenhuma referência, portanto, a funcionário público, ofendido **propter officium**.

Mas não é só.

Conhecendo agora o texto integral do acórdão do Supremo Tribunal Federal, penso que não é, ainda, chegada a hora de sua aplicação por esta Corte, numa reviravolta de 180 graus sobre a jurisprudência dominante.

É que, não obstante o brilhantismo do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, o acórdão não foi unânime e contém ressalvas que sugerem a importância de um segundo fundamento, ou seja, alternância da ação penal privada quando o ofendido não seja mais servidor público, isto é, já tenha deixado o cargo.

Com efeito, os Ministros Celso de Mello e Moreira Alves ficaram vencidos. O Ministro Sepúlveda Pertence acolheu, em seu voto, dois fundamentos: legitimação concorrente do Ministério Público ou do ofendido e ação penal privada quando o ofendido já tenha deixado o cargo.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou integralmente o voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

O Ministro Paulo Brossard acompanhou o Ministro Celso de Mello no tocante à ação pública condicionada mas admitiu a ação penal privada em relação a ex-funcionário, "por não mais subsistirem todas as razões que a tornaram pública".

O Ministro Sydney Sanches concordou com a ressalva do voto do Ministro Paulo Brossard.

Dentro desse quadro, onde dois votos divergem e outros, em maior número, somam-se por razões diferentes, parece-me que o acórdão, por mais respeitável que seja, ainda não indica uma tendência definida e imutável. Por outro lado, tenho dúvidas em acolher a nova tese que, a meu ver, inverte o sentido do sistema vigente, ao criar, por via interpretativa, uma espécie de ação penal pública subsidiária, ou alternativa, da ação penal privada, conclusão que me parece contrária ao art. 100 do Código Penal e ao próprio texto constitucional — artigo 5º, LIX — que estabelecem de modo expresso a subsidiariedade da ação privada, não o oposto.

Por tudo isso, peço vênia ao Ministro Relator para afastar-me, por ora, dos fundamentos de seu voto. Assim nego provimento ao recurso por outra razão, ou seja: porque há dúvidas nos autos sobre a condição de funcionário público do ofendido e porque, quanto à alegada falta de justa causa, não é o **habeas corpus** a via adequada para o seu deslinde, quando dependente da prova a ser produzida na instrução.

É o meu voto, **data venia**.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.563-3 — SP — (94.0010705-6) — Relator: O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini. Recte.: Absalão Ayres de Oliveira. Advogado: Geraldo Alves. Recdo.: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Pacte.: Absalão Ayres de Oliveira.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Ministro Assis Toledo negando provimento ao recurso, mas por outros fundamentos, pediu vista o Ministro Edson Vidigal (em 06.06.94 — 5ª Turma).

Aguardam os Ministros Jêsus Costa Lima e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, a minha dúvida, quando pedi vista, foi quanto à condição de funcionário público do querelante e também quanto à natureza jurídica da empresa em que ele prestava serviços.

Os autos não ensejam, quanto a esses dois pontos, as certezas necessárias.

Por isso, não aprecio a tese contida no recente Acórdão do Supremo Tribunal Federal invocada pelo eminente Ministro Relator.

Sem delongas, adiro ao voto do eminente Ministro Assis Toledo dos fundamentos à conclusão.

Nego Provimento ao recurso.

É o voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Srs. Ministros, acompanho o Eminente Ministro Relator na conclusão de seu voto, mas pelos fundamentos do voto do Sr. Ministro Assis Toledo.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, estou de acordo com a conclusão do Ministro-Relator, porém, com os fundamentos do voto do Sr. Ministro Assis Toledo.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.563-3 — SP — (94.0010705-6) — Relator: O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini. Recte.: Absalão Ayres de Oliveira. Advogado: Geraldo Alves. Recdo.: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Pacte.: Absalão Ayres de Oliveira.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 15.06.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO EM **HABEAS CORPUS** Nº 3.606-0 — SP

(Registro nº 94.0012272-1)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Damião Alves da Silva*

Advogada: *Maria Rita Vaz de Arruda Corsini*

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

Paciente: *Damião Alves da Silva (réu preso)*

EMENTA: ***Processual Penal — Recurso de*** *habeas corpus* ***— Sentença condenatória — Aplicação da pena.***

— A observância do critério trifásico na aplicação da pena, definidos no art. 68, CP, tem a finalidade de permitir ao réu o conhecimento pleno das razões que levaram àquela dosagem.

— A exacerbação da pena-base em razão dos antecedentes do réu, constitui duplicidade inadmissível de circunstância judicial.

— Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Min. Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 02 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso de **habeas corpus** interposto ao v. acórdão da eg. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem originária impetrada em favor de Damião Alves da Silva, objetivando anulação de sentença proferida em processo no qual foi condenado por crime de homicídio, no 1º Tribunal do Júri da Capital.

Sustentou a impetração inicial que as regras de fixação de pena foram desatendidas, visto que, após o estabelecimento da pena-base, o MM. Juiz Presidente exacerbou-a de um sexto em razão de circunstância judicial (maus antecedentes) que já havia considerado, ocorrendo **bis in idem**, o que macula a r. sentença de ilegalidade. Ademais, o fato de ser o réu menor de 21 anos à época delitiva, é circunstância que prepondera sobre as demais causas (fls. 2/4).

O eg. Colegiado **a quo**, denegou a ordem, forte no entendimento de que não houve duplicidade na consideração de circunstâncias, mas pouca felicidade na redação do decisório que, por ter ficado claro, não induz qualquer nulidade (fls. 24/27).

Daí, o presente recurso em que são alinhadas as mesmas argumentações da peça inicial (fls. 40/44).

A ilustrada Subprocuradoria Geral da República, às fls. 54/57, opina pelo improvimento do recurso, em parecer, assim ementado, **verbis**:

> "Ementa: O aumento da pena, a partir do grau mínimo, em face de circunstâncias judiciais, levando-se em conta as atenuantes reconhecidas pelo Conselho de Sentença, não induz ao **bis in idem**."

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, reclama o recorrente Damião Alves da Silva, a anulação da sentença proferida em processo no qual foi condenado por crime de homicídio, no Tribunal do Júri, alegando, para

tanto, desatendimento das regras de fixação da pena, ocorrendo duplicidade inadmissível de circunstância judicial, após, a fixação da pena-base.

Para melhor análise do pedido, transcrevo os fundamentos da indigitada sentença:

> "Atento às regras de fixação de penas (art. 59, do C.P.), foi a pena reclusiva aplicada inicialmente no mínimo previsto para o homicídio, 6 anos, por ser, na época dos fatos, menor de 21 anos de idade e ter o Conselho de Sentença reconhecido atenuantes em favor do réu, pena esta que foi, posteriormente, acrescida de 1/6, ou seja 1 ano por possuir, hoje, péssimos antecedentes criminais, já estando, inclusive, condenado por furto simples (fls. 25 v.) e furto qualificado (fls. 252 v.), pena esta de 7 anos, que a torno definitiva à falta de outras causas que a modifiquem."

O art. 59 do Código Penal estabelece que, atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, o juiz, por primeiro tem que optar pela pena aplicável. Em seguida, deve fixar sua dosagem dentro dos limites previstos, após o que, considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes, e finalmente, as causas de aumento ou diminuição.

In casu, o Dr. Juiz fixou a pena-base no mínimo previsto para homicídio — 6 anos —, considerando a menoridade do réu à época dos fatos, e ter o Conselho de Sentença reconhecido atenuantes outros. Em seguida acresceu de um sexto, ou seja, um ano, em virtude de seus péssimos antecedentes.

Equivocou-se o nobre Magistrado sentenciante.

Deveria o ínclito julgador observar o sistema trifásico, hoje pacífico em nossa jurisprudência quando num 1º momento, o juiz fixa a pena-base de acordo com as circunstâncias prevista no art. 59, CP.

Não existindo circunstâncias legais a serem consideradas como causas quer de aumento, quer de diminuição, a pena-base pode tornar-se definitiva.

Todavia, existindo circunstâncias legais que permitam agravar ou atenuar a pena, estas, numa 2ª fase deverão ser examinadas e aplicadas sobre a pena-base imposta.

E, numa 3ª fase, que não é o caso dos autos, sobre a pena apurada na 2ª fase é que incidirão as causas de aumento ou diminuição prevista na lei penal, nas disposições existentes tanto na parte geral como na especial.

Na hipótese, caberia ao MM. Juiz, em obediência ao disposto no art. 68 do Código Penal, fixar inicialmente a pena-base, quando então, considerando os "péssimos antecedentes" do réu, poderia dosá-la acima do mínimo legal, visto que é nesta fase que se deve considerar os antecedentes.

Ora, não há se admitir que o intuito do Magistrado foi o de exacerbar a pena final em um sexto, em nome da circunstância judicial do que considerou os "péssimos antecedentes criminais", pois o cálculo invertido da pena, trouxe patente prejuízo ao paciente, que não viu contada, a seu favor, a diminuição decorrente da menoridade e das atenuantes genericamente acolhidas pelo Conselho de Sentença.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso para excluir da sentença o acréscimo irregularmente adotado para fixar definitivamente a pena base de seis anos imposta.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.606-0 — SP — (94.0012272-1) — Relator: O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini. Recte.: Damião Alves da Silva. Advogada: Maria Rita Vaz de Arruda Corsini. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacte.: Damião Alves da Silva (preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Ministro Relator (em 02.05.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO EM **HABEAS CORPUS** Nº 3.755-5 — SP

(Registro nº 94.0020434-5)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Amin Madi Neto*

Advogados: *Walter Roberto Turini e outros*

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

Paciente: *Amin Madi Neto*

EMENTA: ***RHC — Pedido de arquivamento de inquérito — Fatos novos — Desarquivamento — Possibilidade — Inexistência de constrangimento.***

— Para o desarquivamento do inquérito, a lei exige que surjam novas provas, não, necessariamente, que sejam fatos novos ou supervenientes.

— Art. 18, do CPP e Súmula 524/STF.

— Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 29 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso ordinário constitucional (art. 105, II, **a**), contra acórdão da E. Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em sede de **habeas corpus** denegou a ordem impetrada com o objetivo de obstar o prosseguimento da ação penal a que responde o recorrente Amin Madi Neto.

Consta dos autos que o ora recorrente teve contra si instaurado inquérito policial por infração aos artigos 171 e 288 do CP, e o artigo 3º, inciso IX, da Lei 1.521/51, c/c os artigos 69 e 71 do Código Penal, e que restou arquivado em 27/12/90 por falta de provas, com a ressalva do artigo 18 do Código de Processo Penal.

Com o surgimento de novos elementos de provas, o MP requereu o desarquivamento do inquérito policial e ofereceu denúncia contra o recorrente e mais três acusados.

Alega, em seu favor, tanto na inicial, como reiteradamente, em razões de recurso, que há obrigatoriedade de trancamento da ação penal, por falta de justa causa, por estar esta embasada em inquérito policial desarquivado sem novas provas e versar fatos atípicos.

Subiram os autos e, após o parecer da douta Subprocuradoria Geral da República, pelo improvimento, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, basta vermos as razões do v. acórdão de fls. 285/287, para deparar com a total sem razão do recorrente.

Em determinado trecho, assim se posiciona o voto condutor do mesmo, **verbis**:

> "2. O inquérito policial foi desarquivado diante de prova nova, que emergiu após o ato decisório de arquivamento, ou seja, certidão positivando a penhora da gleba que o paciente e os co-réus diziam destinada ao plantio de cacau. A nova prova alterou o panorama dentro do qual fora con-

cebido e acolhido o pedido de arquivamento e convenceu o Ministério Público da necessidade de reabrir a investigação.

Pouco importa fosse a penhora anterior ao arquivamento das peças de informação. Dela não havia notícia e sua existência não podia, pois, ter influído na formação da **opinio delicti** do titular da ação penal.

Bem situou o problema o douto preopinante: "O pedido de arquivamento é datado de 08/12/1990 (fls. 153/154). O despacho que determinou o arquivamento é datado de 27/12/1990 (fls. 155). Até aí a existência da penhora sobre o imóvel era desconhecida da polícia, mormente porque ela figurava, no caso, em outra Comarca, de outro Estado da Federação, no caso, Cuiabá-MT (fls. 165 e 167). E isso chegou ao conhecimento do Dr. Promotor de Justiça apenas em 02/09/1991 quando ele requereu novas investigações em continuação em face do protocolado recebido (petição de fls. 156). Portanto, a referida penhora, em que pese ser anterior, chegou ao conhecimento das autoridades depois do arquivamento do inquérito policial. É considerada, assim, prova nova, ainda que de fato velho".

.....

A lei reclama, para o desarquivamento do inquérito policial, a notícia de "outras provas" (art. 18 do CPP), e a Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal fala em "novas provas" para o início da ação penal depois de arquivado o inquérito, por despacho do Juiz, a requerimento do Promotor de Justiça. A lei e a jurisprudência não exigem *fato novo* ou *superveniente* e não poderiam fazê-lo, pois esgotada a conduta objeto da investigação. Nada é possível acrescer ao que já ocorreu e está definitivamente configurado no passado. O que pode acontecer, e freqüentemente sucede, é a descoberta tardia de circunstâncias importantes, capazes de permitir a correta reconstrução do fato e sua exata valoração jurídica.

Sem procedência, pois, a alegação de falta de condição para a reabertura da **persecutio criminis**.

3. Também não merece acolhida a argüição de atipicidade, que a inicial, aliás, não desenvolve nem procura demonstrar.

A prova fragmentária que instrui a impetração e as informações judiciais não convencem da evidente atipicidade dos fatos imputados. Ao contrário, autorizam suspeita fundada de que o paciente e os co-réus associaram-se em quadrilha, para o fim de cometer estelionatos, mediante expediente fraudulento de propor a incautos sociedade supostamente destinada ao plantio e comercialização de cacau. Com o dolo preordenado de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, lesaram inúmeras pessoas nesse Estado, no Paraná e em Mato Grosso.

Se isto realmente ocorreu, se a hipótese é de quadrilha, estelionato e crime contra a economia po-

pular, como a prova permite suspeitar, ou se tudo não passou de empreendimento comercial mal sucedido, só a instrução poderá revelar. (fls. 286/288)".

Não há dúvidas de que a jurisprudência é pacífica no sentido de que, arquivado um inquérito policial por despacho do Juiz, a requerimento do MP, a ação penal não pode ser iniciada sem novas provas.

Contrario senso, o desarquivamento de inquérito policial, diante de novos elementos de prova, não constitui constrangimento ilegal; e, "novas provas" não são aquelas formalmente novas, mas aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual fora concebido e acolhido o requerimento de arquivamento.

O fato novo, preexistente (penhora sobre o imóvel), como noticia o v. acórdão, conquanto não se possa chamar-lhe de novo, somente chegou ao conhecimento do MP, posteriormente ao arquivamento do inquérito e é considerada, assim, prova nova, ainda que de fato velho.

Logo, o recebimento da denúncia baseado nessa prova nova não constitui constrangimento ilegal e nem está a ação penal a merecer trancamento.

Assim, meu voto é para negar provimento ao recurso ora interposto.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.755-5 — SP — (94.0020434-5) — Relator: O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini. Recte.: Amin Madi Neto. Advogados: Walter Roberto Turini e outros. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacte.: Amim Madi Neto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 29.06.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 486-0 — GO
(Registro nº 90.0006125-3)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Pereira*
Recorrente: *Genoveva Nascente Ferreira da Silva*
Impetrado: *Procurador Geral de Justiça do Estado de Goiás*
T. de origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Goiás*
Litisconsorte: *Estado de Goiás*
Advogados: *Drs. Neilton Cruvinel Filho e Cesar Laboissiere Loyola*

EMENTA: Mandado de Segurança — Ato Administrativo — Gratificação adicional de Incentivo Funcional em Favor do Membro do Ministério Público Estadual — Art. 128, § 5º, I, c, C.F. Lei Complementar 40/81 — Leis Estaduais nºs 10.621/88, 10.460/88 e 11.014/89.

1. Vantagens pecuniárias irredutíveis são decorrentes de desempenho da função (pro labore facto) **ou de transcurso do tempo de serviço** (ex facto temporis) **e não aquelas aprisionadas às condições individuais do servidor público** (propter personam).

2. É legítima a atividade administrativa, desde que o faça por lei, sem discriminações, alterando as condições de pagamento dos vencimentos, proventos ou remuneração, sob as diretrizes das conveniências da Administração Pública.

3. A garantia da irredutibilidade não assegura a continuidade da percepção de vantagens ilegais.

4. 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. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Rocha e Demócrito Reinaldo. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Garcia Vieira e Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Brasília, 20 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro MILTON PEREIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA: O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em Mandado de Segurança, prolatou acórdão, cuja ementa está consubstanciada nos seguintes termos:

> "Mandado de segurança — Ato Administrativo. Se lei posterior ao ato administrativo impugnado revoga, com efeito retroativo, o direito às vantagens reclamadas, resulta a impetrante carente à ação de segurança. (fl. 170)

Contra o v. aresto e fundada no artigo 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, Genoveva Nascente Ferreira da Silva interpôs Recurso Ordinário, asseverando que o artigo 17, do ADCT não se aplica ao caso **sub examine** e que a Constituição Federal, em nenhum momento, "especifica limitações às vantagens pecuniárias percebidas pelos membros do Ministério Público". Com isso, a impetrante não pode ser afetada pela Lei Estadual 11.014/89, pois, quando de sua edição, a impetrante já havia obtido do Estado de Goiás o recolhimento de seu direito de receber as gratificações.

Enfatizou que a edição da Lei só pode atingir as gratificações a serem concedidas, não podendo retroagir, com o que prejudicaria o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Observou a impetrante que o seu direito a receber a Gratificação Adicional por Tempo de Serviço já foi reconhecido pelo próprio Estado de Goiás e que seu objetivo "é ver reconhecida a ilegalidade do ato do Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça do Estado de Goiás, que suspendeu o pagamento das vantagens pecuniárias suso mencionadas". Assim, a liqüidez e certeza de seu direito estaria assegurado pelo princípio da irredutibilidade de vencimentos (art. 128, § 5º, I, **c**, da CF) e que o termo "vencimentos" está colocado em sentido lato e não estrito, o que pode ser comprovado, porque o texto constitucional utiliza o termo "remuneração" para "especificar o que poderia ser reduzido nos ganhos dos membros do *parquet*", com isso, a palavra "vencimentos" deve ser entendida como todos os ganhos percebidos pelos membros do Ministério Público. A redução das vantagens pela autoridade coatora foi, "acima de tudo, inconstitucional".

Finalmente, disse a Recorrente que a alegação de ser ilegal o ato que concedeu a vantagem pecuniária não justifica a redução nos proventos, em vista do princípio da irredutibilidade de vencimentos aos membros do Ministério Público (fls. 83/93).

Contra-razões foram apresentadas às fls. 95/96.

O nobre Subprocurador-Geral da República, Dr. Amir José Finocchiaro Sarti, em substancioso parecer, concluiu:

> "... a garantia da irredutibilidade de vencimentos não assegura a continuidade da percepção de vantagens *ilegais*, que podem, e devem, ser suprimidas por lei, como o foram, no caso, ou mesmo por iniciativa da própria Administração (Súmula 473, STF), como antes já o fizera a Autoridade Coatora —, o parecer é no sentido do *desprovimento* do recurso." (fl. 110)

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA (Relator): em Mandado de Segurança impetrado contra ato administrativo que, "...simples e abruptamente, sem qualquer justificativa, o Estado de Goiás, através da Procuradoria Geral de Justiça, interrompeu o pagamento da gratificação adicional de incentivo funcional da impetrante, diminuindo em considerável quantitativo os ganhos mensais da mesma".

Procurando demonstrar a ilegalidade, arrazoou:

omissis

"Em despacho datado de 09 de setembro de 1988, nº 341/88, referente ao processo nº 4.405.153, o Estado de Goiás, através do ilustre Procurador Geral de Justiça, deferiu pedido formulado pela Impetrante, concedendo-lhe gratificação mensal de 20% sobre a remuneração de seu cargo, a título de incentivo funcional. Assim, a própria entidade de direito público reconheceu o direito da Impetrante à percepção da gratificação de incentivo funcional supra mencionada, prevista no artigo 2º da Lei nº 10.621, de 20 de julho de 1988.

Com o reconhecimento pelo Estado de Goiás do direito da Impetrante a gratificação adicional de incentivo funcional, correspondente a 20% do vencimento mensal da mesma, desde outubro de 1988 esta já passou a perceber sua remuneração mensal com o acréscimo percentual referente ao benefício, com este, a partir de então, englobando seus rendimentos." (fls. 03)

.....

"Como ato jurídico perfeito, o despacho nº 341/88 gerou para a impetrante o direito adquirido, igualmente inalterável, de receber remuneração acrescida de percentual correspondente a gratificação adicional". (fl. 4)

A segurança foi denegada e sumariada na seguinte ementa:

"Mandado de Segurança — Ato Administrativo. Se lei posterior ao ato administrativo impugnado revogar com efeito retroativo, o direito às vantagens reclamadas, resulta a impetrante carente à ação de segurança".

Convém memorar as razões do julgado ementado; assim:

omissis

"Como visto, a impetrante reclama haver sido suspenso o pagamento, desde o mês de janeiro de 1989, do pagamento da gratificação de incentivo funcional e da gratificação adicional, em percentual de dez (10%) por cento, sustentando a ilegalidade do ato impugnado, em face de os benefícios estarem previstos na Lei nº 10.621, de 20 de julho de 1988, arts. 2º e 3º, II, em harmonia, quanto ao último, com a Lei nº 10.460, de 22 de fevereiro de 1988, art. 170.

Todavia, tais dispositivos, instituidores desses benefícios, foram revogados, no particular, com efeito retroativo, a 1º de janeiro de 1989, pela Lei (estadual) nº 11.014, de 08 de novembro de 1989, art. 4º, deste teor:

"A gratificação adicional dos Membros do Ministério Público, a partir de 1º de janeiro de 1989, é fixada em cinco por cento (5%) por qüinqüênio de efetivo serviço público, extinguindo-se, na mesma data, a gratificação de incentivo funcional e o auxílio moradia".

De conseqüência, o ato impugnado, antes ilegal, por afrontar aquelas leis, resultou legitimado pelo novo diploma, que, em relação à gratificação de incentivo funcional, extinguiu-a, e no tocante ao adicional, regulou, de modo diverso, a matéria, reduzindo o percentual de 10% para 5%.

O interesse processual da impetrante, destarte, se esvaziara, não se olvidando que ele "deve existir no momento em que a sentença é proferida". Se desaparece antes, a carência se revela manifesta.

Por outro lado, a Lei nova não agredira os princípios alusivos ao direito adquirido e à irredutibilidade de vencimentos, por referir-se a vantagens, apenas, que agora, conforme se infere do art. 17, das Disposições Transitórias da Constituição da República, não se confundem com vencimentos. Estes, apenas, são irredutíveis.

De outro turno, não merece acolhida a postulação no que concerne ao efeito preventivo, pois a preocupação é de que venha a ser reduzida "a porcentagem de 222% sobre o vencimento básico", pela autoridade impetrada, sendo isto impossível por ato seu, mas da Assembléia Legislativa,

não se ignorando que lei é ato de soberania, não de natureza administrativa." (fls. 75/76)

O recurso ordinário (art. 105, I, **b**, C.F.), basicamente sustentando a intangibilidade do ato jurídico perfeito, que decorreu da legalidade da decisão concessória da gratificação, apropriado à manifestada insurgência, satisfeitos os requisitos de admissibilidade merece ser conhecido.

Mas o seu conhecimento revela que o êxito não o afeiçoa, como demonstrado pelo Ministério Público Federal, no parecer oferecido pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Amir José Finocchiaro Sarti, bem ajustando:

"omissis

"Com efeito, escrevendo sob a égide da ordem constitucional anterior, HELY LOPES MEIRELLES ensinou que *"para o funcionalismo não há irredutibilidade de vencimentos...* Não há, assim, por parte dos funcionários, direito adquirido a futuros vencimentos ou vantagens. *A Administração pode, a todo tempo, modificar a retribuição pecuniária de seus servidores, aumentando ou reduzindo o padrão; ampliando, restringindo ou suprimindo vantagens* que ainda não se tenham integrado no patrimônio individual do funcionário, e tais são todas aquelas que dependem da prestação do serviço em determinadas condições estabelecidas pela administração. Vencimentos e vantagens irretiráveis do servidor só são os que já foram adquiridos pelo desempenho efetivo da função (**pro labore facto**), ou pelo transcurso do tempo de serviço (**ex facto temporis**) nunca, porém, os que dependem de um trabalho a ser feito (**pro labore faciendo**), ou de um serviço a ser prestado em determinadas condições (**ex facto officii**), ou em razão da anormalidade do serviço (**propter laborem**), ou, finalmente, em razão de condições individuais do servidor (**propter personam**). Desde que o Estado não firma contrato com seus servidores, mas para eles estabelece unilateralmente um regime de trabalho e de retribuição por via estatutária, *lícito lhe é, a todo tempo, alterar as condições de serviço e de pagamento, uma vez que o faça por lei*, sem discriminações pessoais, visando às conveniências da Administração" (**in** Direito Administrativo Brasileiro, RT, 3ª ed., págs. 428/429).

Como se vê, não fosse pela garantia da irredutibilidade de vencimentos, só alcançada aos membros do Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, a pretensão da recorrente — amparada na tese do direito adquirido à continuidade da percepção de vantagens *suprimidas por lei* e, por isso, despida de qualquer consistência jurídica — estaria manifestamente fadada ao insucesso.

A questão, pois, reside em esclarecer se os benefícios perseguidos — gratificação de incentivos

funcional e gratificação por tempo de serviço na base de 10% por qüinqüênio — estão efetivamente agasalhados pela garantia da *irredutibilidade de vencimentos*, motivo por que, em caso afirmativo, assim protegidos, não poderiam ter sido retirados de quem já os percebia.

Acontece que, ao parecer, tal garantia não assegura senão os vencimentos e as vantagens *percebidos legalmente* — orçando por inadmissível absurdo, **data venia**, a alegação de que "os vencimentos dos membros do Ministério Público não podem mais ser reduzidos, nem mesmo pela constatação da ilegalidade do ato que concedeu determinadas vantagens" (fls. 93).

O que é ilegal, é nulo; e o que é nulo não produz efeitos. Não há direito subjetivo acobertado pela ilegalidade. O Direito não outorga tutela ao não-direito, à ilegalidade — e tudo isso são evidências que dispensam demonstração.

Se assim é, como inegavelmente o é, então — antes de se resolver a questão proposta sobre a incidência, no caso, da garantia da irredutibilidade de vencimentos —, o que se tem que apurar é se as gratificações reclamadas eram percebidas *legalmente*.

Ao parecer, não.

Inteira razão assiste, nesse aspecto, ao ilustre Procurador Geral da Justiça do Estado de Goiás quando, em suas informações, asseverou: "Não é preciso dizer que a lei da União tem supremacia em face do princípio da hierarquia, principalmente no que tange ao funcionalismo público, que tem suas normas básicas no direito federal. Como a LOMP prevê adicionais de 5% por qüinqüênio, não há direito líquido e certo de o membro do Ministério Público perceber um percentual maior, ainda que a lei estadual o admita. No que pertine ao benefício de incentivo funcional, não resta dúvida de sua total improcedência, porque a Lei Complementar nº 40, de 14.12.81, que é Lei Constitucional, explicita quais os benefícios a que têm direito os membros do Ministério Público, dentre os quais não o arrola. É de ver que a Lei Federal, que estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, ao enumerar referidos benefícios, fê-lo de uma maneira exaustiva, taxativa, não enunciativa. Competindo, destarte, ao legislador ordinário estadual, não alargar os benefícios enunciados na legislação constitucional federal" (fls. 47/48).

No mesmo sentido, com invejável lucidez, o pronunciamento do agente do Ministério Público local, ao afirmar: "A justificativa para tais procederes é a de que o art. 37 da Lei Complementar nº 40, de 14.12.81, que 'estabelece normas gerais a serem adotadas

na organização do Ministério Público', prevê 'gratificação de 5% por qüinqüênio, até o máximo de sete', não de 10%, bem assim porque, no referido perceptivo legal, não está elencada a gratificação de incentivo funcional como vantagem pecuniária. De fato, as vantagens pecuniárias a que podem ter direito os membros do Ministério Público são só, e somente, as enxergadas pelo art. 37 da Lei Complementar 40/81... Grifei as expressões 'além dos vencimentos' para fazer realçar o ponto de vista de que a enumeração, sem dúvida, é exaustiva (**numerus clausus**) e não meramente enunciativa (**numerus apertus**) e que a omissão do incentivo funcional e a previsão de apenas 5% de adicional implica na proibição à concessão dos benefícios pelo Estado, dispensada, por despicienda, a expressão vedação nesse sentido, a exemplo do que ocorreu em relação à Magistratura (LC nº 35/79, art. 65, § 2º), que guarda a mesma redação do art. 37 da LOMP" (fls. 56/57).

A Constituição de 1967, sob cujo império foi editada a legislação invocada pela recorrente em prol de seu alegado direito, estabeleceu no seu artigo 96, § único, que "*lei complementar*, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, observado o disposto no § 1º do artigo anterior" (redação dada pela EC nº 7/77), com o que restou limitada a competência dos Estados para dispor a respeito.

Eis, a propósito, a lição de HELY LOPES MEIRELLES: "Cada entidade estatal é autônoma para organizar os seus serviços e compor o seu pessoal. Atendidos os princípios constitucionais e *os preceitos das leis nacionais de caráter complementar, ...*, a União, os Estados-Membros e os Municípios podem elaborar os seus estatutos segundo as suas conveniências administrativas e as forças de seu erário... A competência do Estado-membro é ampla, mas fica adstrita não só às normas pertinentes da Constituição da República e *aos preceitos das leis de caráter complementar acima referidas...*" (op. cit., pág. 384).

Embora o confronto entre normas editadas por esferas diferentes resolva-se pelo primado da norma federal sobre a lei estadual, o caso, aqui, não é propriamente de aplicação do princípio segundo o qual "o direito federal corta o direito estadual" — **Bundesrecht bricht Landesrecht (Almiro do Couto e Silva, in** Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 28, pág. 64) —, porque dita situação pressupõe competências concorrentes, o que não se verifica na espécie.

O que ocorre, no caso em exame, pura e simplesmente, é subordinação do legislador estadual

aos parâmetros fixados pela lei nacional de caráter complementar, cujos limites não podem ser ultrapassados, sob pena de invalidade.

O que se pretendeu, com o acréscimo do parágrafo único ao artigo 96 da Constituição de 1967, foi dar um tratamento uniforme ao "Parquet", em todas as unidades da federação. Os Estados não podem "criar", não podem "inovar" nessa matéria. Fosse lícito aos legisladores estaduais conceder aos Promotores vantagens não previstas no artigo 37 da Lei Complementar nº 40/81 — cuja enumeração, assim, acaba sendo, para todos os efeitos, exaustiva —, qual o sentido "nacional" da organização do Ministério Público estadual?

E a situação não se alterou com a nova ordem constitucional, que recepcionou a Lei Complementar nº 40/81, pois a organização do Ministério Público dos Estados continua reservada à *legislação complementar de âmbito nacional* (art. 61, § 1º, II, **d**, CF/88).

Em resumo: as vantagens pretendidas pela recorrente (gratificação de incentivo funcional e gratificação por tempo de serviço na base de 10% por qüinqüênio) colidem com a disciplina da Lei Complementar nº 40/81 — a primeira porque não prevista e a segunda por ultrapassar o limite de 5% —, sendo, por conseqüência, manifestamente *ilegais*. E se não ilegais, não estão cobertas pela garantia da irredutibilidade de vencimentos.

Estudando a questão do conflito entre as leis federais e as leis estaduais, sob a ótica da Constituição de 1937, **Victor Nunes Leal** assentou doutrina perfeitamente aplicável à hipótese em julgamento: "As leis federais prevalecem sobre as Constituições e leis estaduais, mas não nos esquecemos: leis federais *válidas*. Para que a lei federal seja válida é preciso: 1º, que regule matéria da competência da União, isto é, que tenha sido baixada pela União na esfera de sua competência (**in its own sphere**, diz **Mathews**, e 2º, que, embora conforme com as regras constitucionais de competência, não desrespeite qualquer outra disposição constitucional... *a declaração da prevalência da lei federal consiste, substancialmente, na declaração da inconstitucionalidade das leis estaduais que com ela estejam em conflito*. Na competência concorrente, porém, a supremacia da lei federal é indiscutível" (artigo publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 1, abril, 1945, pág. 765 e reproduzido em Problemas de Direito Público, Forense, 1960, pág. 127).

"De outro turno" — sendo irretocável, nessa parte, o acórdão recorrido —, "não merece acolhida a postulação no que concerne ao efeito preventivo, pois a preocupação é de que venha a ser reduzida a 'porcentagem de 222% sobre o vencimento básico', pela autoridade impetrada, sendo isto impossível por ato seu, mas da

Assembléia Legislativa, não se ignorando que lei é ato de soberania, não de natureza administrativa" (fls. 76).

Nessas condições — e porque, fundamentalmente, a garantia da irredutibilidade de vencimentos não assegura a continuidade da percepção de vantagens *ilegais*, que podem, e devem, ser suprimidas por lei, como o foram, no caso, ou mesmo por iniciativa da própria Administração (Súmula 473, STF, como antes já o fizera a Autoridade Coatora —, o parecer é no sentido do *desprovimento* do recurso." (fls. 104 **usque** 110).

Mais abordar o tema, se superado o fastio, seria abrigar o retardamento da conclusão abrasada pela fortidão do parecer transcrito, imprimindo demonstração inabalável, convencendo da improcedência da pretensão amoldada no recurso.

Desse modo, sem mais tardança, por que se bastam, amarrados os fundamentos do parecer, que ficam integrados como motivação, convencido de que o recurso não tem o amanho do alegado direito líquido e certo, voto pelo improvimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 486-0 — GO — (90.0006125-3) — Relator: O Sr. Ministro Milton Pereira. Recte.: Genoveva Nascente Ferreira da Silva. Advogado: Neilton Cruvinel Filho. T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Impdo.: Procurador Geral de Justiça do Estado de Goiás. Litis.: Estado de Goiás. Advogado: Cesar Laboissiere Loyola.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 20.09.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Cesar Rocha e Demócrito Reinaldo.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira e Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 746-0 — RJ

(Registro nº 90.0013070-0)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Pereira*

Recorrente: *Edgard Balter*

Impetrado: *Governador do Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Tr. origem: *Trib. de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Expedido José de Araújo e outros, e Paulo Penalva Santos e outro*

EMENTA: Mandado de Segurança. Administrativo. Oficiais do Corpo de Bombeiros. Equiparação de Vencimentos e Proventos estabelecidos para os Militares das Forças Armadas. Arts. 37, XIII, e 61, § 1º, II, a, Constituição Federal. Artigo 92 — ADCT — Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Controle Concentrado e Difuso da Constitucionalidade (arts. 102, I, a; 125, § 2º, C.F.).

1. O controle jurisdicional da constitucionalidade, no regime da Constituição vigente, pode ser exercitado via de defesa (difuso), incidenter tantum, **por todos os Juízes, com efeitos** inter partes, **enquanto que o** concentrado **(ação direta), com eficácia** erga omnes, **está reservado à exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal.**

2. É cogente a vedação estatuída no art. 37, XIII, CF, aplicável a todos os níveis de Governo da Federação, decorrentemente fincando a eiva de inconstitucionalidade às disposições do art. 92, do ADCT — Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

3. Precedentes da jurisprudência.

4. 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 dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Rocha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília, 29 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro MILTON PEREIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA: Nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Edgard Balter contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro, no qual pretende o impetrante equiparação de proventos com as Forças Armadas da União, o Egré-

gio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, proferiu acórdão que restou assim ementado:

"Mandado de segurança.

Denegação, em face da ausência de direito líquido e certo, uma vez que o impetrante busca fundamentar o *writ* em artigo cuja inconstitucionalidade é patente e já declarada, incidentalmente, por este Órgão Especial, em outro feito." (fl. 100)

Fundado no artigo 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, Edgard Balter interpôs o presente Recurso Ordinário, alegando, em síntese, afronta aos artigos 102, inciso I, alínea **a**, 125, § 2º, da Constituição Federal, ao artigo 158, inciso IV, alínea **a**, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, ao artigo 93, do Código de Processo Civil e ainda ao artigo 3º, inciso IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça (106/112).

Além da inconstitucionalidade do artigo 92, das Disposições Transitórias da Constituição Estadual, invocada no v. aresto, o Recorrido disse:

"... a solução de executar-se a equiparação estipendial estabelecida com recursos do Estado, também é inconstitucional por atentar contra autonomia federativa do Estado, ao lhe impor o pagamento da remuneração de seu pessoal militar consoante critérios fixados pela União Federal, independentemente das possibilidades do orçamento estadual e dos critérios desta Chefia do Executivo, a quem na direção superior da administração estadual é constitucionalmente deferida a iniciativa legislativa privativa no particular (parte final da letra **a** do inciso II do § 1º do Art. 61 da Constituição Federal)." (fls. 115/116)

Por restarem presentes os requisitos de admissibilidade o apelo foi admitido pelo E. Tribunal **a quo**.

Invocando o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, o ilustre Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do Recurso, sob os seguintes argumentos:

"O recurso porém, não reúne condições de acolhimento.

Segundo aduz o parecer 118/120, da il. Procuradoria Geral da Justiça,

"Todos os dispositivos invocados referem-se à representação de inconstitucionalidade, por argüição direta, cujo julgamento produz efeitos **erga omnes**, por conseguinte, inaplicáveis à espécie, em que se apreciou — incidentalmente — a constitucionalidade de um dispositivo do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Estadual, restringindo-se sua eficácia às partes."

Quanto ao mérito aduziu o MP, às fls. 91/95, com propriedade:

"Está evidente, portanto, que o art. 92 do ADCT da C. Est./89 — aprovado e promulgado pela Assembléia Legislativa Estadual, sem qualquer participação do Governador do Estado — fixou regra destinada a vincular a atual e a futura remuneração de servidores militares estaduais a valores remuneratórios dos militares das Forças Armadas, com o cerceamento indevido e ilegítimo das atribuições constitucionais do Chefe do Poder Executivo que não pode mais usar, livremente, do seu poder exclusivo de dar início ao processo de elaboração das leis que fixam remuneração do pessoal do serviço público.

Nesse passo, o preceito da Constituição Estadual ofendeu o disposto no art. 61, I, **a**, da Constituição Federal de 1988 que se insere no princípio maior da independência e da harmonia dos Poderes Executivos e Legislativo, ao qual estava sujeito o Constituinte Estadual de 1989, por força do que estabeleceu o art. 11 do ADCT da C. Fed./88.

Concluindo: pelas razões expostas, entendo que deva ser acolhida a argüição da absoluta inconstitucionalidade do art. 92 do ADCT da Constituição Estadual de 1989, por infringência aos arts. 25, 37, XIII, e 61, I, **a**, da Constituição Federal, combinados com o disposto no art. 11 do Ato Constitucional das Disposições Transitórias da mesma Carta Federal, daí resultando a perda total da sustentação dos direitos postulados, o que me leva a opinar pela denegação da ordem impetrada."

Incensurável, portanto, afigura-se o v. aresto." (fls. 132/133)

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA (Relator): Voltando-se contra ato do Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro, militar da reserva remunerada do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, a teor do art. 92, das Disposições Transitórias da Constituição Estadual, impetrou Segurança pleiteando a equiparação remuneratória com as respectivas bases das Forças Armadas da União, denegada, cônsono o v. acórdão, assim:

omissis .....

"... é de declarar-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade do citado art. 32, em que se procura arrimar o impetrante, para obter a concessão da segurança.

Com efeito, tal dispositivo já foi considerado inconstitucional

na sessão de 27 de abril último, por este Órgão Especial, que o considerou em manifesto conflito com a vedação da Carta Magna do País, que veda equiparações remuneratórias no âmbito da União, Estados e Municípios (art. 37, XIII), além de que representa indevida intromissão em um Estado da Federação, em quebra da harmonia do sistema Federativo, tal como traçado na Constituição Federal (art. 25 e seu parágrafo primeiro).

Dessarte, reconhecida dita inconstitucionalidade, incidentalmente é de denegar-se o presente Mandado de Segurança, impetrado com apoio em artigo eivado com tal mácula." (fls. 101 e 102).

Eis a ementa:

"Mandado de Segurança.

Denegação, em face da ausência de direito líquido e certo, uma vez que o impetrante busca fundamentar o *writ* em artigo cuja inconstitucionalidade é patente e já declarada, incidentalmente, por este Órgão Especial, em outro feito".

Como salientado no relatório, com fulcro no art. 105, II, **b**, Constituição Federal, tempestiva e basicamente, o recurso versa a impossibilidade do Egrégio Tribunal **a quo** declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do referido art. 92, das Disposições Transitórias da Carta Estadual, frente ao disposto nos arts. 61, § 1º, II, **a**, 102, I, **a**, e 125, § 2º, Constituição Federal e, ainda, o art. 158, Constituição do Estado, e, por fim, no art. 93, CPC.

O recurso não se apruma com as suas assertivas. É que, como premissa fundamental, soergue a impossibilidade do controle difuso da constitucionalidade, nas fincas da idéia que só tem admissibilidade na via de ação direta, reservada à competência originária da Corte Suprema (art. 102, I, **a**, C.F.).

Assim não é. Assim não penso. Pois aceita a possibilidade de inconstitucionalidade, ou seja, a distância entre uma lei ou ato e a Constituição é certo que o controle pode variar de um regime constitucional para outro, mas, em contrapartida, conforme o vigente no Brasil, pode ser exercido por um órgão de natureza política ou de natureza jurisdicional — este, como aplicador do direito, **a posteriori** —, no sistema jurídico brasileiro (difuso), como na espécie, a competência é conferida a todos os Juízes, não com efeitos **erga omnes**, porque restrito às partes em conflito ("inter partes"). Com efeito:

"Neste caso, a alegação de inconstitucionalidade surge por incidente em um processo judicial — podendo ser invocada no decurso de uma ação submetida à apreciação dos tribunais — sendo levantada incidentalmente e discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso.

O interessado, destarte, defende-se contra a aplicação de uma lei inconstitucional, mas este ato normativo ou lei permanece válido em relação a terceiros, contra quem continua produzindo efeitos normais.

Quando houver a declaração de inconstitucionalidade em uma via de defesa, esta é considerada apenas em relação às partes litigantes do processo que provocou a referida declaração. Em relação aos demais atingidos, ela continua válida e produtora de efeitos.

A declaração não anula a lei; só impede sua aplicação ao caso em tela.

Pode-se concluir, portanto, com Celso Bastos, ao afirmar que a via de defesa tem por finalidade subtrair alguém dos efeitos de uma lei inconstitucional, tornando-se, portanto, um instrumento de garantia dos direitos subjetivos do indivíduo." (Regina Maria Macedo Nery Ferrari — **in** Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade — págs. 33 e 34 — ed. RT — 1992).

Portanto, a foco do controle em pauta, aprisiona-se à forma difusa (via de defesa) — **incidenter tantum**, com efeitos **inter partes** —, diversamente do concentrado (ação direta), com eficácia **erga omnes**, cuja competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Mais não é preciso para baldar, no pertinente, as alegações da parte recorrente.

Pelo portal da pretensão cingida à equiparação remuneratória, se esquecido ficasse o julgado incidental, o art. 37, XIII, Constituição Federal, tem incontrovertível clareza:

> "— é vedada a vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, ressalvado o disposto no inciso anterior e no art. 39, § 1º".

Demais, no pertinente à equiparação, a Excelsa Corte já proclamou:

> "Representação de inconstitucionalidade. Dispositivo legal que estabelece que a remuneração do policial militar do Distrito Federal não poderá ser inferior a que, por lei ou outro dispositivo legal, foi atribuída ao pessoal das Forças Armadas, em igualdade de posto e graduação, observado o disposto no art. 24, do Decreto-Lei nº 667, de 02 de julho de 1969.
>
> Ocorrência de inconstitucionalidade formal, por defeitos de iniciativa no tocante ao dispositivo impugnado. Violação do artigo 65, **caput**, da Constituição Federal, aplicável a todos os níveis de Governo da Federação". (STF — RP 1.475-DF, **in** DJU de 01.07.88).

Também merece ser lembrada a Representação nº 1.476 — STF —, na qual foi suspensa a eficácia de dispositivo de lei estadual que vinculava os vencimentos de policiais estaduais das Forças Armadas (**in** RTJ 125/65).

Não é sem razão, pois, que o Egrégio Tribunal **a quo** incidentalmente, acolheu a argüição de inconstitucionalidade do multicitado artigo 92. É o suficiente para convencer de que não houve ofensa alguma às disposições constitucionais enunciadas no recurso.

Por fim, a respeito do pleito, fortalecendo entendimento contrário, esta Corte tem precedentes; a saber:

— "Militar — Oficiais do Corpo de Bombeiros — Equiparação de Vencimentos — Militares das Forças Armadas.

O art. 37, XIII da Constituição Federal veda a vinculação ou equiparação de vencimentos para efeito de remuneração de pessoal, sendo inconstitucional a disposição do art. 92 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro que equiparou os vencimentos e vantagens de determinados militares estaduais do antigo Estado da Guanabara aos dos Militares das Forças Armadas.

Recurso improvido". (RMS nº 811-RJ — Rel. Min. Garcia Vieira — **in** DJU de 20.05.91).

No mesmo sentido: RMS nº 920-RJ — Rel. Min. Garcia Vieira — **in** DJU de 01.07.91.

Por esse alinhamento, fica sem propósito a acenada violação ao art. 93, CPC.

Amarradas as razões do convencimento, à força aberta, demonstrada a inconstitucionalidade, que fulmina o alegado direito líquido e certo, voto improvendo o recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 746-0 — RJ — (90.0013070-0) — Relator: O Sr. Ministro Milton Pereira. Recte.: Edgard Balter. Advogados: Expedito José de Araújo e outros. T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impdo.: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advogados: Paulo Penalva Santos e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 29.09.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 838-0 — ES

(Registro nº 91.0002030-3)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Pereira*

Recorrente: *Município de Colatina-ES*

Impetrada: *Assembléia Leg. do Estado do Espírito Santo*

Tr. Origem: *Trib. de Justiça do Estado do Espírito Santo*

Advogado: *Dr. Rodrigo Loureiro Martins*

EMENTA: Mandado de Segurança. Processual Civil. Exaurimento dos Efeitos do Ato Impugnado. Impossibilidade do Exame de Lei Posterior não Cogitada no Pedido Inicial. Constituição Federal, arts. 18, § 4º e 65. Decreto nº 04/89 da Assembléia Legislativa. Lei Estadual nº 4.347/90.

1. Manifesto o equívoco na indicação de alínea do permissivo constitucional, por si, não inviabiliza o conhecimento do recurso, quando os seus requisitos processuais foram satisfeitos.

2. A cláusula constitucional "quando denegatória a decisão" (art. 105, II, b, C.F.), alberga todas as decisões em que a pretensão é desacolhida, seja pela falta de pressupostos processuais ou das condições de ação, quer porque não apreciado o mérito ou com fundamentos de direito, considerado improcedente o pedido.

3. Sem o provimento liminar, realizada a consulta plebiscitária, ficaram exauridos os efeitos de pertinente Decreto Legislativo, sem a enchança para protrair no tempo o seu alcance, seguindo-se Lei que criou o Município. Demais não ficou caracterizado o alegado vício no procedimento legislativo.

4. Descabimento do exame de Lei que não foi objeto ou motivo da impetração.

5. Recurso desprovido.

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 dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Minis-

tros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Rocha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília, 29 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro MILTON PEREIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA: O Município de Colatina, com fulcro no artigo 105, inciso II, alínea **a**, da Carta Magna, interpôs Recurso Ordinário contra o v. acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado:

> *"Mandado de segurança. Sustação de decreto legislativo. Consulta plebiscitária. Impraticabilidade. Criação do Município de São Domingos. Transformação em lei. Faltas sanáveis que não importam em ineficácia do ato. Pedido prejudicado, não se conhece do recurso.*
>
> A Lei nº 4.347 não lesou direito líquido e certo do impetrante e sua constitucionalidade não pode ser apreciada incidentalmente em Mandado de Segurança diante da competência originária" (fl. 213).

Pede o Recorrente a decretação da nulidade do processo legislativo de criação do Município de São Domingos do Norte e suas conseqüências, face a ofensa ao artigo 67, da Constituição Federal e à Norma Estadual (fls. 222/223).

O E. Tribunal **a quo**, apesar de haver o Recorrente invocado a alínea **a**, do permissivo constitucional, por entender ter havido equívoco, admitiu o apelo pela alínea **b** (fls. 237/238).

Opinando pelo improvimento do apelo, o douto Ministério Público Federal observou:

> "A pretensão recursal não merece atendimento. A alegada nulidade do Decreto Legislativo 04/89, por vício no procedimento legislativo, não está caracterizada. O vício afirmado (representação, na mesma sessão legislativa, de projeto de lei rejeitado) não existe. É que o projeto anterior foi arquivado em **1987**, segundo ressai dos documentos de fls. 91/92, de modo que sua representação em 1989 não ofendeu o citado art. 67, da Constituição Estadual.
>
> Observa-se que o "arquive-se" lançado em 18/05/89 por uma funcionária burocrática da Assembléia Legislativa, consoante revela o documento de fls. 109, não pode espelhar a manifestação dos parlamentares que ocorreu, incontroversamente, em 1987 (fls. 91/92). Inexistente qualquer vício no processo legislativo, resulta totalmente improcedente a pretensão mandamental" (fls. 242/243).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA (Relator): O Mandado de Segurança foi motivado por ato da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, representada por seu Presidente, visando impedir a realização de consulta plebiscitária, sustando os efeitos do Decreto Legislativo nº 04/89, que a autorizou, marcada para o dia 18.03.1990.

A pretensão não logrou êxito, aconsoantado o v. acórdão resumido na seguinte ementa:

> "Mandado de Segurança — Sustação de Decreto Legislativo — Consulta Plebiscitária — Impraticabilidade — Criação do Município de São Domingos — Transformação em Lei — Faltas Sanáveis que não Importam em Ineficácia do Ato — Pedido Prejudicado, não se Conhece do Recurso.
>
> A Lei nº 4.347 não lesou direito líquido e certo do impetrante e sua constitucionalidade não pode ser apreciada incidentalmente em Mandado de Segurança diante da competência originária".

O inconformismo recursal revela-se, tempestivamente interposto, com base no art. 105, II, **a**, Constituição Federal, por manifesto equívoco, ao invés de mencionar a letra **b**, fato que, por si, evidenciados os requisitos legais do recurso ordinário, não inviabiliza o seu processamento.

Por outra vereda de consideração, o não conhecimento do *writ* pelo Colendo Tribunal **a quo**, não coarcta o conhecimento, uma vez que o art. 105, II, **b**, CF, ao se referir "quando denegatória a decisão", não pressupõe o julgamento do mérito. Alberga a hipótese genérica de que a ordem não tenha sido concedida, seja pela falta de pressupostos processuais ou das condições da ação, quer porque não apreciado o mérito ou pela improcedência do pedido. Enfim, a referência *denegatória* abrange todas as decisões em que, independentemente dos fundamentos de ordem processual ou material, a pretensão é desacolhida. Demais, é a compreensão tomada pela jurisprudência.

Por essa ordem de idéias, conheço do recurso.

No exame do mérito, ganha relevo registrar que, sem o provimento liminar, a consulta plebiscitária realizou-se, exaurindo-se os efeitos do malsinado Decreto Legislativo nº 04/89, sem enchança para protrair no tempo o seu alcance, seguindo-se a Lei Ordinária Estadual que criou o Município (Lei nº 4.347, **in** DOE de 31.03.90).

Daí as oportunas observações aduzidas no ilustrado voto-condutor, a dizer:

> **omissis**
>
> "Agora a realidade é outra, em virtude de fato novo a Lei nº 4.347 regularmente aprovada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo. Isto importa em ter o Decreto Legislativo nº 04/89 completado o seu ciclo de existência, produzindo todos os seus efeitos.

Diante disso, não cabe, a esta altura, declarar a ilegalidade do Decreto Legislativo que, com a edição da Lei nº 4.347, não está apto mais a produzir qualquer efeito. Conceder-se a segurança, na atual fase, implicaria em retirar do mundo jurídico a Lei nº 4.347, o que é vedado por dois motivos. Primeiro, porque a declaração da ineficácia da Lei nº 4.347, não é objeto do pedido. Aliás, por ocasião da propositura do presente Mandado de Segurança, a mencionada lei sequer existia. Assim, qualquer decisão aqui que afete, será considerada **ultra** ou **extra petita**..." (fl. 215).

Não obstante, se obscurecidas essas certeiras considerações, aprisionando-se o aludido ato legislativo ao crivo de específica investigação, melhor sorte não alumiaria a pretensão da parte recorrente, porque, de todo procedente se me afigura a análise feita pelo douto agente do Ministério Público Federal; confira-se:

"A pretensão recursal não merece atendimento. A alegada nulidade do Decreto Legislativo 04/89, por vício no procedimento legislativo não está caracterizada. O vício afirmado (reapresentação, na mesma sessão legislativa, de projeto de lei rejeitado) não existe. É que o projeto anterior foi arquivado em 1987, segundo ressai dos documentos de fls. 91/92, de modo que sua representação em 1989 não ofendeu o citado art. 67, da Constituição Estadual.

Observe-se que o "arquive-se" lançado em 18.05.89 por uma funcionária burocrática da Assembléia Legislativa, consoante revela o documento de fls. 109, não pode espelhar a manifestação dos parlamentares que ocorreu, incontroversamente, em 1987 (fls. 91/92). Inexistente qualquer vício no processo legislativo, resulta totalmente improcedente a pretensão mandamental." (fl. 243).

Desfiado o enleio, no sulco da exposição feita, voto pelo desprovimento do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 838-0 — ES — (91.0002030-3) — Relator: O Sr. Ministro Milton Pereira. Recte.: Município de Colatina-ES. Advogado: Rodrigo Loureiro Martins. T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Impda.: Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 29.09.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.377-0 — PI

(Registro nº 91.0022026-4)

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

Recorrente: *Antônio José da Costa*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Piauí*

Impetrado: *Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí*

Recorrido: *Estado do Piauí*

Advogados: *Drs. Celso Barros Coelho e outros, e Tulio Freitas do Egito Coelho e outros*

Sust. Oral: *Dr. Celso Barros Coelho, pelo recorrente*

EMENTA: ***Recurso ordinário em mandado de segurança.*** **Aposentadoria como punição política fundamentada no Ato Institucional nº 5, no cargo de Juiz de 2ª entrância. Anistia com reversão à entrância em que foi atingido e posteriormente promovido à 4ª entrância. Permanência em disponibilidade. Não pode subsistir como óbice de acesso ao ponto culminante da carreira, a condição de disponibilidade, fazendo perenizar resíduo da sanção política, da qual nada legitimamente persiste. Assim tem o impetrante direito líquido e certo de acesso a Desembargador pelo critério de antigüidade, observado o disposto no art. 93, II, d, da Constituição em vigor. Recurso ordinário 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, por maioria, dar-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Peçanha Martins, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 16 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Leio, como relatório, o

parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República:

"Juiz aposentado em 1969 pelo Ato Institucional nº 5, em conseqüência de representação do Governador do Estado e, posteriormente, anistiado pela Lei 6.683/79 e colocado em disponibilidade remunerada por indicação do *Tribunal de Justiça* — obtendo mais tarde a sua reversão ao serviço ativo, sendo promovido e ficando, porém, em disponibilidade — requereu Segurança contra o ato do seu Presidente que negou-lhe o direito de ser promovido, a Desembargador, por antigüidade.

Alegou que tanto a teria direito face ao disposto no art. 8º do ADCT que assegura promoções na inatividade, sem distinção de tratar-se de aposentadoria ou disponibilidade.

Não prestadas informações, o v. acórdão baseando-se em parecer da Consultoria da Presidência, denegou a Segurança:

"Juiz de Direito alcançado pelo Ato Institucional nº 05, através de aposentadoria.

— Disponibilidade nos termos da Lei Federal nº 6.683, de 28.08.79, c/c Decreto nº 84.141, de 31.10.78.

— Reversão às funções e promoção à quarta e última entrância (Lei Estadual nº 3.716, de 12.12.79), sendo em conseqüência do aludido Ato Institucional posto em disponibilidade.

— Falta do pressuposto invocado com apoio no art. 4º, § 3º da Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.85, e, conseqüentemente do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

Daí o Recurso Ordinário ao entendimento, em síntese: a) ao falar o referido dispositivo em *inatividade*, compreende "todos aqueles que ficaram fora do *serviço ativo*, em decorrência da punição. E o impetrante, inicialmente aposentado e, depois, posto em disponibilidade, ainda em conseqüência da punição, ficou fora do *serviço ativo*, aplicando-se-lhe, portanto, o termo *inatividade*."

Também se tomada em conta a finalidade da anistia idêntico seria o resultado notadamente dado o sentido mais amplo que lhe deu o art. 8º em relação à Lei 6.683.

As várias disposições legais e constitucionais que tratam da anistia sempre tiveram em mira proteger os que foram alcançados, por *motivação exclusivamente política*, por instrumentos de exceção. Dela ficaram excluídos os alcançados por atos de *improbidade*, *corrupção* e deslizes praticados por servidores públicos. E também os que tiveram bens *confiscados por enriquecimento ilícito*.

É de assinalar, quanto aos últimos, que emanando do mesmo órgão que impunha sanções políticas, enquanto estas sempre foram contestadas as cassações por atos de improbidade ganharam sempre unânime aprovação nacional. Mas ainda pedia (como ainda hoje pede...) o clamor popular!

Assim também dispôs a atual Constituição, no ADCT,

> "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."

Os autos não informam as razões que teriam levado à punição do Impetrante permitindo supor que se tratasse de prática de ato político tanto que foi anistiado.

Mas não deixa de ser significativo que o próprio Tribunal — e não a mão ditatorial — foi que se opôs à sua volta ao serviço ativo, indicando-o à *disponibilidade*.

Por outro lado, não está também perfeitamente esclarecido se a promoção que o Impetrante obteve após a anistia o foi quando reverteu ao serviço ativo ou se foi na disponibilidade. Como também se houve novo decreto de disponibilidade após a volta ao serviço ativo, quando foi promovido.

De qualquer modo, dúvida não há que o impetrante encontrava-se em disponibilidade — *por decisão do Eg. Tribunal de Justiça* — no exercício da qual quer ser promovido, face a alegação de que a Constituição ao falar em *inatividade* teria sentido amplo abrangendo também aqueles em *disponibilidade*.

Não me parece que assim seja. Realmente, a anistia, por motivo *exclusivamente* político, visa a assegurar um direito ao servidor. Assegura-lhe o direito de fazer apagar a mácula — justa ou injusta — que pesava sobre seu nome e sua honra.

Já em relação à volta ao serviço público e promoções a situação é inversa. Aqui o que sobressai é o direito, não do servidor, mas o "direito do serviço". O serviço é que ditará, nos limites em que fixar, as condições de aceitação do

servidor a partir de suas *características* e *peculiaridades*. É o que prescreve com todas as letras de modo insofismável, o final do referido art. 8º

> "... asseguradas as promoções na inatividade... obedecidos... respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos."

No caso, o Juiz, depois da anistia foi colocado em disponibilidade pelo Tribunal certamente por entender que o mesmo se regia por princípios que não se coadunavam com o exercício da Magistratura.

Assim, não podia ser promovido a Desembargador, não porque a disponibilidade não constitua uma das formas de inatividade, que de fato o é. Mas, sim, porque "as características e peculiaridades" da carreira da Magistratura não permitem a — juiz que ela própria não aceitou a seu serviço — venha, de novo, a falar em seu nome, ou dela receber promoção ainda que permanecendo em inatividade.

Não bastasse, como acentua o Estado do Piauí:

> "Ademais disso, a Lei de Organização Judiciária do Estado do Piauí — Lei nº 3.716/79 — não prevê a promoção para magistrados em disponibilidade, pois sua situação, para os efeitos legais, não é considerada de efetivo exercício. Também o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Piauí — (Lei nº 2.854, de 09 de março de 1968), aplicado subsidiariamente aos magistrados e servidores do Poder Judiciário, por expressa determinação do art. 223 da Lei de Organização Judiciária do Estado não contempla os servidores em disponibilidade com o direito à promoção (art. 83, parágrafo único)."

Pelo não provimento do Recurso." (fls. 88/92)

É este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Em face do pronunciamento da douta Subprocuradoria-Geral da República proponho que o julgamento seja convertido em diligência a fim de que seja requisitado ao Tribunal de Justiça do Piauí o processo e todos os elementos que serviram de base para a disponibilidade do recorrente, esclarecendo se a promoção que o impetrante obteve após a anistia o foi quando reverteu ao serviço público ativo ou se foi na disponibilidade. Como também se houve novo decreto de disponibilidade após a volta ao serviço ativo, quando foi promovido, tudo independentemente de acórdão.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, da exposição que V. Exa. nos faz, e também da do nobre advogado, parece-me que houve uma reversão.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Houve uma reversão ativa.

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: E, depois, houve uma nova disponibilidade. Portanto, se houve esta nova disponibilidade, o foi por decisão do Tribunal.

Acho louvável a dúvida que V. Exa. manifesta e inteiramente procedente o pedido de conversão em diligência, pelo que o acompanho.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.377-0 — PI — (91.0022026-4) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus. Recte.: Antônio José da Costa. Advogados: Celso Barros Coelho e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Impdo.: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Recdo.: Estado do Piauí. Advogados: Túlio Freitas do Egito Coelho e outro. Sustentou, oralmente, o Dr. Celso Barros Coelho, pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, converteu o julgamento em diligência, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 17.11.93 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, o relatório é o seguinte (lê):

> "Na sessão de julgamento do dia 17 de novembro p.p., em face do pronunciamento da douta Subprocuradoria-Geral da República, propus que o julgamento fosse convertido em diligência, a fim de que fosse requisitado ao Tribunal de Justiça do Piauí o processo e todos os elementos que serviram de base para a disponibilidade do recorrente, esclarecendo se a promoção que o impetrante obteve após a anistia o foi quando reverteu ao serviço público ativo ou se foi na disponibilidade. Como também se houve novo decreto de disponibilidade após a volta ao serviço ativo, quando foi promovido, tudo independentemente de acórdão."

O processo foi convertido em diligência e voltou com os elementos que nos possibilitaram, agora, formalizar o nosso voto. O problema é do Juiz de Direito que foi punido por ato institucional do Sr. Gover-

nador do Piauí. O processo não tinha elementos seguros para decidirmos. Portanto, somente agora nos é possível julgar, com as informações do Tribunal de Justiça.

Em resumo, esse é o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Em cumprimento a diligência por mim proposta, o Presidente do Tribunal de Justiça do Piauí prestou as informações a saber:

"Em atenção ao Ofício nº 1.808/93-S2ªT, datado do dia 13 do corrente mês de dezembro, através do qual Vossa Excelência requisita elementos necessários ao julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 1.377-0/PI (91/022026-4), tenho a informar o seguinte: Após laboriosa pesquisa realizada nos setores competentes, é-nos forçoso concluir que não existe, no âmbito deste Tribunal, nenhum processo que tenha servido de base à decretação da disponibilidade do recorrente.

A disponibilidade em questão foi efetivada através de ato do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Piauí, datado de 30 de dezembro de 1980, como faz prova a cópia junta.

Tenho a esclarecer, ainda, que impetrante, após ter sido colocado em disponibilidade remunerada, jamais retornou ao serviço público ativo. Como se vê das cópias em anexo, as promoções que se seguiram ao decreto governamental de reversão do recorrente, datadas de 14 de maio de 1981 e 10 de junho de 1983, ressaltavam que o Juiz deveria permanecer em disponibilidade.

Certo de que, com as informações ora apresentadas, foi atendida a solicitação de Vossa Excelência, adianto que o Juiz recorrente, Dr. Antônio José da Costa, foi aposentado compulsoriamente, nos termos do Provimento nº 007/92, desse Tribunal *a quo*, datado de 23 de julho de 1992 (cópia junta)." (fls. 108/109).

Acompanhando as informações vieram os documentos de fls. 110/115. Sobre eles se manifestaram a parte interessada e o Ministério Público Federal. Procede a manifestação do recorrente, quando observa que a punição do Juiz teve a motivá-lo razão meramente política, com suporte no Ato Institucional nº 5. E tanto é verdade que o processo não tramitou no Tribunal de Justiça, onde chegou apenas o resultado da punição. Sendo assim tem o impetrante direito líquido e certo a ser promovido por antigüidade a Desembargador nos termos do artigo 93, II, **d**, da Constituição em vigor na forma deduzida no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República **verbis**:

"Ingressou o Dr. Antônio José da Costa na carreira de magistrado,

no Estado do Piauí, sendo atingido por sanção política do Ato Institucional nº 5, quando se encontrava em função em cargo de Juiz de Direito de 2ª entrância, sendo aposentado.

Foi revertido, precisamente em 24.04.81, ao serviço público judiciário, com amparo na Lei Federal nº 6.683, de 28.08.79, combinada com o Decreto nº 84.141, de 31.10.78, sendo depois promovido a Juiz de Direito de 4ª entrância, por ato de 10.06.83, mantida inalterada a sua situação em disponibilidade.

Entende, contudo, descabida se estabeleça exceção aos que se encontrem em disponibilidade, o que confundiria colocaria esta modalidade temporária de afastamento do serviço aos definitivamente afastados por aposentadoria.

Enquanto o funcionário (dito aqui em sentido genérico) aposentado desvincula-se definitivamente do serviço público que ocupa, o que se encontra em disponibilidade encontra-se temporariamente inativo, condição somente ultrapassada ao ser aproveitado ou com a passagem a aposentado.

Vê-se com direito a participar do acesso a Desembargador, tanto quanto o foram outros mais novos, sendo-lhe recusado, ao argumento de que a disponibilidade, pelos parâmetros da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, constitui uma penalidade aplicável a seus membros para assim ficarem privados do desempenho judicante.

Cuida nada terem em comuns as situações focalizadas, sendo pretexto, que se lhe afigura fomentado para objetar alcance ao ponto terminal da carreira, não deixando cessem os efeitos irreparados.

Demonstra nítida compreensão, dimensionando a sua porfia, excluindo essa exigência na categoria de direito líquido e certo ao acesso por merecimento, desde que matéria submetida a escolha por lista tríplice, condicionada à ótica de avaliação plenária dos membros do Tribunal de Justiça, a qual não poderia absorver uma promoção de cumprimento obrigatório.

Com isso ressalta que não fosse essa compulsória interrupção já teria sido contemplado no acesso por antigüidade, estando caracterizada a preterição na amplitude da anistia concedida, atingindo-o em direito líquido e certo tutelável por mandado de segurança.

O mandado de segurança foi denegado, por unanimidade, com a discordância do Parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça.

Prevaleceu a interpretação de não agasalhar a anistia o pessoal que se encontra em disponibilidade, mas apenas os que permaneceram na condição de aposentados, considerando que a disponibilidade aplicada a magistrado constitui ato de caráter aviltante.

Nas razões do recurso ora pendente teve ensejo o recorrente de

salientar que precedera a sua situação de aposentadoria, por efeito da medida punitiva política, com base no Ato Institucional.

Por força da anistia, e precisamente por esta, tiraram-no da aposentadoria, ficando em disponibilidade, não que tivesse advindo uma nova modalidade punitiva, emanada do próprio Tribunal de Justiça, mas como execução da anistia.

Houve, com efeito, reversão ao serviço público e em seguida a sua colocação em disponibilidade, vendo-se tudo isso como uma seqüência tipicamente de rotina administrativa, sem que disso se possa depreender outra ordem de causação.

Cabe considerar, isso ficou à mostra, que ao ser formalizada a reversão do magistrado, colocaram-nos em disponibilidade, invocando o apoio ainda na atual fase do Ato Institucional, como se esse édito ainda tivesse margem de vigência.

O texto do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias uniformizou o campo de incidência, ao tratar simplesmente da inatividade, conferindo-lhe, assim, generalizada abrangência.

A construção interpretativa esboçada no aresto recorrido não merece subsistir, inserindo restrições quando a exegese da medida de anistia impõe completo esquecimento, de modo generalizado, sem diferenciação entre aposentados e em disponibilidade.

Cumpre repetir com o recorrente, em sua invocação a **Rui Barbosa**, quando afirma que a "anistia é a desmemória plena, absoluta, abrangendo a própria culpa em sua existência primitiva. Não só apaga a sentença irrevogável, aniquilando, retroativamente, todos os efeitos por ela produzidos, como vai até a abolição do próprio crime, punido ou punível". (ps. 65/6 dos presentes autos).

Não é admissível atropelar os efeitos da anistia em relação à continuidade da carreira do recorrente.

Esse seu direito, no que tem de liquidez e certeza, como um efetivo direito de exigir cumprimento, reflete-se sobre o seu acesso exclusivamente pelo critério de antigüidade, pois não se pode compelir à inclusão de seu nome em listas tríplices e determinar o seu conseqüente aproveitamento, o que tornaria, em tal hipótese, os demais integrantes como meros figurantes.

Deve ainda ser acentuado que em se tratando de acesso por antigüidade, este deverá verificar-se na ordem dos integrantes de sua entrância, sem excluir, evidentemente, a regra do art. 93, II, **d**, da Constituição Federal, em suas exatas latitudes.

Concluímos, portanto, o presente parecer, manifestando-nos pelo provimento do presente recurso, que vai importar na concessão do mandado de segurança." (fls. 122/125)

Pelo exposto, e de acordo com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para reformar o acórdão recorrido e conceder a segurança impetrada com efeito financeiro a partir da impetração, sem honorários de advogado. Súmula 512 do STF.

É o meu voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, tenho votado sempre pela interpretação mais ampla do artigo 8º do ADCT. Já julgamos na Turma mandado de segurança oriundo do meu Estado, em que Juiz, também punido, afastado do Tribunal por ato revolucionário, pretendia ter o direito líquido e certo de ascender ao cargo de Desembargador e, por unanimidade, foi-lhe recusado tal direito. Fui o Relator neste caso (RMS 887-BA, DJ de 29.06.92).

A promoção, mesmo por antigüidade, ao cargo de Desembargador, não se opera pelo simples decurso do tempo, também se submete às regras, inclusive, da Constituição Federal.

O art. 93, III, **d**, diz:

"Na apuração de antigüidade o Tribunal somente poderá recusar o Juiz mais antigo pelo voto de 2/3."

Há a possibilidade de recusa pelo Tribunal. Portanto, não é automática e, por assim não ser, é que a recusamos.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): APARTE:

Senhor Ministro, se V. Exa. me permite, gostaria de esclarecer o seguinte: é preciso levar em consideração que temos que reparar uma injustiça. O Tribunal poderia até recusá-lo, mas o Tribunal nada tem contra este Juiz. Inclusive, Ministro Peçanha Martins, todos que estão hoje no Tribunal são mais modernos que ele, desse modo, ele teria direito a essa promoção.

O pedido de informações foi para saber se o Tribunal dispunha de algum elemento contra esse Juiz, e o Tribunal informou nada dispor. Dessa forma, não havia razão para negar-lhe a promoção.

Li o ofício do Desembargador-Presidente e constatei que o Tribunal só tomou conhecimento da punição política através da comunicação que veio do Governo do Estado. Contra ele no Judiciário não havia nada. Logo, a hipótese de o Tribunal recusar seu nome não deve ser aqui examinada. Isso me deixou, realmente, impressionado, não fora essa circunstância talvez tivesse acompanhado a nossa jurisprudência.

Essa, quer me parecer, é uma exceção.

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, entendo, data vênia, que não é caso de dar-se pela exceção argüida, por isso mesmo, volto a dizer, que a promoção por antigüidade não é automática; ela depende do pronunciamento do próprio Tribunal.

Quanto à justiça ou injustiça, do caso, estamos julgando um recurso contra uma decisão unânime, em contrário, do próprio Tribunal. É sabido, também, que nas punições por ato institucional não se disse o motivo e nem se explicitou em documento. A verdade é que às promoções normais na carreira de magistrado, às promoções comuns, a essas, sem dúvida nenhuma, ele tem direito, mas em relação àquela que é condicionada a um pronunciamento do Tribunal, entendo que não poderemos dar. É a mesma coisa que, em relação aos militares, concedermos, por exemplo, a promoção aos cargos de general. Temos sempre estado dentre aqueles que concedem a promoção aos cargos de coronel e estamos sendo contestados por alguns; mas a general, jamais concedemos, porque condicionada à escolha por outro poder. Com relação à promoção por antigüidade para os Tribunais, os juízes dependem da aprovação do próprio Tribunal.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Quer dizer que V. Exa. aplica a exceção e não a regra.

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Aplico a anistia até onde posso ir com ela. Julguei um caso da Bahia em que conhecia o Juiz, contrariando a sua pretensão também por esse fundamento. Não tenho razões por que mudar.

Pedindo vênia a V. Exa. manifesto a minha divergência.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, em virtude do voto do Sr. Ministro Peçanha Martins, vejo-me na obrigação de fazer uma intervenção para justificar o meu voto. Entendo que, evidentemente, a concessão da segurança, através do provimento deste recurso, não afasta a obrigatoriedade de preenchimento de todos os demais requisitos de ordem legal e constitucional.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Os autos revelam que estão preenchidos.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Eminente relator, não quero chegar a tanto, mas admito, pelo meu voto, que acompanha a conclusão de V. Exa., que o Tribunal pode examinar o aspecto da recusa, dizendo, no entanto, porque assim procede, uma vez que o seu ato deve ser fundamentado, de acordo com a Constituição. Se a Corte Estadual chegar à conclusão de que o magistrado não tinha condições de ser indicado à promoção a Desembargador, deverá fundamentar a sua decisão. O que não pode é recusar simplesmente pelos fundamentos que determinarem a impetração deste mandado de segurança.

Acompanho, com estes esclarecimentos, o voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Presidente): Segundo se depreende do acórdão recorrido, cuja leitura do seu teor foi feita pelo Ilustre Relator, o único fundamento para a denegação da

segurança foi o de que o dispositivo constitucional atinente à anistia — artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — não seria aplicável a servidor em disponibilidade mas, apenas, a servidor aposentado. Nada se falou quanto ao óbice, ora alegado, constante do artigo 93, inciso II, letra **d**, da Constituição, segundo o qual:

> "Na apuração da antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação."

Desse assunto não cuidou o Tribunal. Assim, adstrita a matéria, à única objeção estabelecida pelo acórdão recorrido, a outra conclusão não se pode chegar, **data venia**, se não aquela ora alvitrada pelo Ilustre Relator, a quem acompanho.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente. Minha interpretação do art. 8º, § 1º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias é conhecida na 1ª Seção, onde proferi vários votos no sentido do texto:

> "... 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."

E o § 1º restringe:

> "§ 1º — O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo."

Creio que o voto do eminente Ministro-Relator está na linha do art. 8º e do seu § 1º. Acompanho o voto de S. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.377-0 — PI — (91.0022026-4) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Antônio José da Costa. Advogados: Celso Barros Coelho e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Impdo.: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Recdo.: Estado do Piauí. Advogados: Túlio Freitas do Egito Coelho e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Celso Barros Coelho, pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, vencido o Sr. Ministro Peçanha Martins (em 16.05.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2.380-1 — SC

(Registro nº 92.0032100-3)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrentes: *João Batista Matos e outros*

Recorrido: *Estado de Santa Catarina*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*

Impetrada: *Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina*

Advogados: *Drs. João Henrique Blasi e outro, Nelson Antônio Serpra e outro, e Cyro Barreto*

EMENTA: ***Processo Civil. Mandado de Segurança. Empate no julgamento.***

Tendo ocorrido empate no julgamento de mandado de segurança, presentes, na sessão, outros magistrados que não votaram por não terem ouvido a leitura do relatório, devem estes participar do julgamento, renovando o relatório e o que mais dispuser o Regimento Interno da Corte.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 27 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Cuida-se de recurso em mandado de segurança contra r. aresto, complementado pela declaração de fls. 1.015/1.017, denegatório de segurança impetrada por ilustres Deputados da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina com o objetivo de anular os procedimentos legislativos adotados na tramitação de projetos de leis, à consideração de que a publicação das leis sancionadas teria prejudicado o conhecimento do **mandamus**, visto que, após a publicação, o ataque a essas leis só poderia ser

feito através de ação direta de inconstitucionalidade.

Em prelimnar, o recorrente alega a nulidade do **decisum** tendo em conta que participou do julgamento o ilustre Desembargador que não assistira a leitura do relatório, bem como que, com o seu voto, ocorrera empate na votação e, por aplicação subsidiária do Regimento Interno do Colendo Supremo Tribunal Federal (art. 205), dera-se pela manutenção dos atos impugnados, mas de forma equivocada.

Respondido tempestivamente, os autos foram remetidos em 2.12.92 à douta Subprocuradoria-Geral da República, retornando ao meu Gabinete em 29.2.94, com a manifestação pelo acolhimento da preliminar e, eventualmente, quanto ao mérito, pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): O julgamento foi iniciado em 1º de abril de 1992, com a presença de onze Desembargadores, tendo o ilustre Relator, Desembargador Eduardo Luz, votado pelo seu não conhecimento, e os Desembargadores Xavier Vieira e Cid Pedroso, pelo seu conhecimento, tendo pedido vista o Desembargador Ernani Ribeiro, presentes, ainda, os Desembargadores Nauro Collaço, João Martins, Wilson Guarany, Rubem Córdova, Márcio Batista, Wladimir D'Ivanenko e Aloysio Gonçalves, que a presidiu.

Em sessão do dia 15 do referido mês foram colhidos os demais votos, com o seguinte resultado: (**a**) não conhecendo do **mandamus** os Desembargadores Eduardo Luz, João Martins, Wilson Guarany, Márcio Batista, Wladimir d'Ivanenko e Napoleão Amarante, que não participara da sessão inicial mas que se considerara esclarecido o bastante para votar, (**b**) conhecendo do mandado de segurança, os Desembargadores Xavier Vieira, Cid Pedroso, Ernani Ribeiro, Nauro Collaço, Rubem Córdova e Aloysio Gonçalves.

Observo que estavam presentes, porque foram convocados, na segunda sessão, os Desembargadores João José Schafer, Eder Gral e Nestor Silveira, que não votaram por não estarem presentes por ocasião do relatório (certidão de fls. 998 v.).

Empatado o julgamento, o eg. Tribunal adotou, como critério de desempate, a norma contida no art. 205 do Regimento Interno do Colendo Supremo Tribunal Federal, e, assim, deu pela prevalência do ato impugnado.

Pontifica, mencionado dispositivo:

> "Art. 205. Recebidas as informações ou transcorrido o respectivo prazo, sem o seu oferecimento, o Relator, após a vista ao Procurador-Geral, pedirá dia para julgamento.
>
> Parágrafo único. O julgamento de mandado de segurança contra ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Conselho

Nacional da Magistratura será presidido pelo Vice-Presidente ou, no caso de ausência ou impedimento, pelo Ministro mais antigo dentre os presentes à sessão, se lhe couber votar, nos termos do artigo 146, I a III, V, e seu voto produzir empate, observar-se-á o seguinte:

I — não havendo votado algum Ministro, por motivo de ausência ou licença que não deva perdurar por mais de três meses, aguardar-se-á o seu voto:

II — havendo votado todos os Ministros, salvo os impedidos ou licenciados por períodos remanescentes superiores a três meses prevalecerá o ato impugnado."

Percebe-se, de sua simples leitura, que, na Corte Excelsa, havendo empate na votação de mandado de segurança, só prevalecerá o ato impugnado se todos os Ministros tiverem votado, salvo os impedidos e licenciados por períodos remanescentes superiores a três meses.

Se algum Ministro não tiver votado, por motivo de ausência ou licença que não deva perdurar por mais de três meses, aguardar-se-á o seu voto.

Infere-se, assim, que a Corte Excelsa só adota o critério de desempate que foi acolhido pela r. decisão hostilizada, em caráter absolutamente excepcional.

No caso, três ilustres Desembargadores participaram da segunda sessão em que foi julgado o feito, tendo para isso sido especialmente convocados.

Destarte, ainda que não tivessem eles aptos a votar, seria de ser renovado o relatório para esclarecê-los sobre a sua causa em julgamento.

Não tivesse mais nenhum Desembargador a ser convocado, aí sim, poder-se-ia até admitir dar pela prevalência do ato impugnado.

Com efeito, tenho por mal aplicada subsidiariamente a regra invocada.

Por tais razões, dou provimento ao recurso para devolver o processo ao eg. Tribunal local a fim de que prossiga no julgamento, computados os votos já proferidos e convocando, como for do Regimento Interno da Corte local, outro ou outros magistrados para participar do julgamento.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 2.380-1 — SC — (92.0032100-3) — Relator: O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Rectes.: João Batista Matos e outros. Advogados: João Henrique Blasi e outro. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Impda.: Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Recdo.: Estado de Santa Catarina. Advogados: Nelson Antônio Serpra e outro. Recdo.: Presidente da Assembléia

Legislativa do Estado de Santa Catarina. Advogado: Cyro Barreto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 27.04.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Milton Luiz Pereira.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2.492-1 — PR

(Registro nº 93.0000927-3)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Companhia Paranaense de Energia — COPEL*

Advogados: *Roberto Caldas Alvim de Oliveira e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*

Impetrado: *Juízo de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública de Falências e Concordatas de Curitiba-PR*

Recorridos: *Artefatos de Borracha Record S/A e outro*

Advogados: *Roberto Catalano Botelho Ferraz e outro*

EMENTA: ***Recurso ordinário — Mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo de recurso — Perda do objeto.***

Admissível o mandado de segurança objetivando atribuir efeito suspensivo a recurso que não o tem, desde que comprovados o fumus boni juris **e o** periculum in mora.

Julgado o agravo de instrumento ao qual se pretendeu emprestar efeito suspensivo, o mandado de segurança perdeu o seu objeto.

Recurso ordinário ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Minsitros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar

provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus Filho e Hélio Mosimann.

Brasília, 13 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Inconformada com o despacho que determinou a incidência do IPC de janeiro/89 (70,28%) na condenação que lhe foi imposta em ação de repetição de indébito, a Cia. Paranaense de Energia Elétrica — COPEL agravou de instrumento e, para obter efeito suspensivo deste recurso, impetrou mandado de segurança.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná julgou extinto o processo em acórdão assim ementado:

"Mandado de segurança. Liquidação de sentença. Atualização da conta. Inconformismo da executada. Agravo de instrumento interposto. Segurança objetivando a suspensão dos efeitos da decisão agravada até o julgamento do recurso de instrumento. Liminar concedida. Agravo já julgado.

Extinção da ação de segurança. Pedido julgado prejudicado pela perda de objeto.

— Se o *writ of mandamus* objetivava a suspensão dos efeitos da decisão judicial hostilizada por recurso despido de efeito suspensivo, o julgamento deste na Superior Instância determina a perda do objeto perseguido na ação mandamental de segurança.

— Assim, se a liminar concedida no mandado de segurança determinou a suspensão da eficácia da decisão agravada até o julgamento do recurso de instrumento, decidido este, é de ser julgado extinto o processo sem julgamento do mérito, vez que houve perda do objeto e prejudicada está a impetração, com a cassação da liminar anteriormente concedida." (fls. 156/157).

Ante o insucesso, a impetrante interpôs o presente recurso ordinário alegando que o mandado de segurança visava a obter não só a suspensividade do agravo interposto como, também, a desconstituição da penhora ilegalmente realizada. Não tendo o acórdão cuidado deste último pedido, pede seja decretada a nulidade da decisão impugnada, determinando-se a baixa dos autos à origem para que o **mandamus** seja julgado por inteiro.

Os liticonsortes, Artefatos de Borracha Record S.A. e Outro, contra-arrazoaram, aludindo, inclusive, que, da decisão proferida no agravo de instrumento, a recorrente interpôs recurso especial, que foi desprovido por unanimidade pela Egrégia Primeira Turma deste Tribunal (REsp 25.551-3-PR, em que foi Relator o eminente Min. Demócrito

Reinaldo), e, em petição posterior, reproduziu a ementa do acórdão publicado no DJ de 23.11.92 (fls. 173/175 e 187/188).

O Ministério Público Estadual opinou pelo acolhimento do recurso (fls. 177/178).

Processado o apelo e remetido a esta Corte, a Subprocuradoria Geral da República emitiu parecer contrário ao seu conhecimento (fls. 190/192).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O requerimento formulado na inicial do MS contém quatro pedidos. O primeiro e o último deles vazados nestes termos:

> "a) a concessão de liminar, a fim de que o processo executivo iniciado nos autos nº 6.200/86 contra a impetrante, fique sobrestado até ulterior julgamento por essa Egrégia Corte do Agravo de Instrumento interposto e processado sob nº 8.922/90, sendo atribuído efeito suspensivo ao mesmo, sobrestando-se a execução;
>
> d) a concessão, ao final, da segurança, com a confirmação da liminar deferida e com a desconstituição da penhora ilegalmente realizada." (fl. 11).

Ao tempo em que pretendia fosse dado efeito suspensivo ao agravo, a requerente almejava, também, fosse desconstituída a penhora. Ora, a segurança contra ato judicial para obtenção da suspensividade de recurso que não o tem só pode ter esta finalidade exclusiva, desde que demonstrados o **fumus boni juris** e o risco de dano irreparável. A pretensão de desconstituição da penhora importaria em exigir-se do Tribunal a antecipação do julgamento do mérito do agravo de instrumento, o que é inadmissível. Destarte, é totalmente inaceitável o pedido de nulidade da decisão por não ter apreciado por inteiro o **mandamus**.

Sucede, ainda, que, já tendo sido julgado o agravo de instrumento em desfavor da recorrente — decisão confirmada pelo julgamento do recurso especial posteriormente interposto —, a segurança impetrada para que se emprestasse efeito suspensivo àquele agravo inegavelmente perdeu o seu objeto, sendo incensurável o acórdão recorrido, no particular.

À vista do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão impugnada por seus jurídicos fundamentos.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 2.492-1 — PR — (93.0000927-3) — Relator: O Sr. Ministro Peçanha Martins. Recte.: Companhia Paranaense de Energia — COPEL. Advogados: Roberto Caldas Alvim de Oliveira e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Impdo.: Juízo de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública

de Falências e Concordatas de Curitiba-PR. Recdos.: Artefatos de Borracha Record S/A e outro. Advogados: Roberto Catalano Botelho Ferraz e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 13.04.94 — 2ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2.525-1 — SP

(Registro nº 93.0002328-4)

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

Recorrente: *Belmiro Gama da Silva*

T. Origem: *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*

Impetrado: *Juízo Federal da 15ª Vara-SP*

Recorrida: *Companhia Energética de São Paulo — CESP*

Advogados: *Drs. Fernando de Oliveira e outros*

EMENTA: ***Recurso ordinário em mandado de segurança.***

É nula a decisão que deixa ao alvedrio do Juiz impetrado decidir sobre a elaboração das contas não se pronunciando a respeito do direito postulado.

Recurso ordinário conhecido e 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 dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 08 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Na parte que interessa, adoto, como relatório, a exposição do voto-vista do ilustre Juiz Souza Pires do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

"Em sentença prolatada em 1983, o MM. Juiz da Sexta Vara homologou conta de custas e liquidação (fls. 26/27), a qual foi parcialmente confirmada (fls. 28/34).

Baixados os autos, confeccionada a conta, foi ela impugnada, sendo que a atual titular da Vara enfrentou as questões suscitadas, determinando, inclusive, que a inflação de março de 1990 tivesse seu índice computado (fls. 53/54). Inocorreu interposição de recurso.

Redistribuído o feito para a 15ª Vara, por motivos que desconheço, o Juiz Dr. Roberto Luiz Ribeiro Haddad reconsiderou a decisão retro aludida, na parte em que determina a inclusão do índice do IPC de março de 1990.

Inconformado, o impetrante ajuizou o presente *writ* para que este órgão colegiado declare que a autoridade violou direito líquido e certo da parte.

O ilustre Juiz Relator exarou decisão, na qual determina que se realizem duas contas, uma como havia sido anteriormente fixada, outra que obedeça a novel orientação e que, ao final, o Juiz **a quo** optará pela homologação de uma ou de outra." (fls. 88/89)

Examinando a questão, a Seção, por maioria de votos, vencidos os Juízes Souza Pires Benevides negou provimento ao agravo regimental, em acórdão sintetizado nesta ementa:

"*Mandado de segurança. Liminar concedida em parte. Ausência de prejuízo à parte. Agravo regimental rejeitado. Votos vencidos.*

— Indemonstrado o prejuízo da parte é de se rejeitar o agravo regimental interposto contra a decisão que deferiu a liminar em parte. Voto vencido." (fls. 91)

Dessa decisão, apresentou o recorrente embargos de declaração que foram rejeitados. Daí o recurso ordinário do vencido com amparo na previsão constitucional, pugnando pela reforma do julgado. Subindo os autos a esta Corte, aqui, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso.

É este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O ilustre Juiz relator do acórdão recorrido ao apreciar o pedido liminar (fls. 60) do ora recorrente deixou ao alvedrio do Juiz impetrado decidir sobre a elaboração das contas não se pronunciando por conseguinte a respeito do direito postulado. Tal questão

foi percebida com acuidade, **data venia**, pelo voto vencido na forma a saber:

"Ao meu ver, s.m.j., a r. decisão agravada não pode prosperar, uma vez que o juiz não pode eximir-se de aplicar o direito.

Nesse passo, foi pedida uma liminar. Estando presentes os requisitos legais, ela deve ser deferida; não estando, será ela negada. O que não é possível, **data venia** do entendimento de Sua Excelência é deferir à autoridade impetrada a decisão relativa ao próprio ato coator, ainda que **in limine**.

Omissa, a r. decisão agravada é nula de pleno direito, em face de violar o disposto no artigo 126 do Código de Processo Civil e artigo 5º, LXIX, da Constituição da República, descabendo, ainda, a essa Egrégia Seção pronunciar-se sobre se defere ou não a liminar, em face de a competência ser do Juiz Relator do processo. Assim, pelo meu voto, dou provimento ao agravo, para que o Sr. Juiz Relator diga sobre o direito em espécie, como lhe foi requerido." (fls. 89)

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para anular o acórdão recorrido a fim de que o ilustre relator se pronuncie sobre se defere ou não a liminar requerida.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 2.525-1 — SP — (93.0002328-4) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Belmiro Gama da Silva. Advogados: Fernando de Oliveira e outros. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Impdo.: Juízo Federal da 15ª Vara-SP. Recda.: Companhia Energética de São Paulo — CESP.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 08.06.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2.603-6 — SP

(Registro nº 93.0004961-5)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Banco Itaú S/A*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Juízo de Direito da 1ª Vara de Registros Públicos (Corregedor Permanente dos Cartórios de Protesto da Capital)*

Recorrida: *Roseli Leite Gai*

Advogados: *Drs. André Vidigal de Oliveira e outros*

EMENTA: ***Comercial. Protesto por falta de aceite. Letra de câmbio não endossada. Direito do sacador-tomador. Segurança concedida.***

— O ato da Corregedoria de Justiça que veda ao sacador-tomador da letra de câmbio o acesso ao protesto por falta de aceite, pela circunstância de se confundirem ambos os papéis na mesma pessoa, viola direito do sacador em tomar a providência preservativa dos direitos decorrentes da impontualidade, definidos pelo regime jurídico dos títulos de crédito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Antônio Torrerão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 3/93, e Fontes de Alencar.

Brasília, 11 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: O banco recorrente levou a protesto letra de câmbio não aceita, onde figura ele próprio como sacador e tomador, tendo havido recusa do Oficial em atendimento ao disposto no item 3.1, cap. XV, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, que dita:

> "3.1 — Também não poderão ser (apontadas ou protestadas), salvo se tiverem circulado por endosso, as letras de câmbio sem aceite, nas quais o sacador e o beneficiário-tomador sejam a mesma pessoa".

Tendo reclamado sem sucesso ao Juiz da 1ª Vara de Registros Públicos, na qualidade de Corregedor Permanente dos Cartórios da Capital, impetrou o sacador mandado de segurança contra essa decisão, sustentando a ilegalidade da norma administrativa, nestes termos:

"A vedação ao protesto imposta pela Douta Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo quando se trata de letra de câmbio sacada em favor do próprio sacador e sem aceite, é, pois, contrária à lei, à doutrina e à jurisprudência.

Como principal fundamento para indeferir o pedido de alteração do citado Provimento nº 21/83, encampou-se a tese de que o protesto de letra de câmbio, nas condições previstas no texto em exame, não teria qualquer utilidade ou proveito tutelado pela legislação específica.

Data maxima venia, o impetrante não pode concordar com essa posição, que considera totalmente equivocada e antijurídica.

Com efeito, a intimação do sacado para comparecer a cartório e firmar o aceite ou efetuar o pagamento do título, sob pena de protesto, constitui uma forma efetiva e concreta de apresentação do título.

O sacado, recebendo a notificação, tem oportunidade de honrar seu compromisso relativo ao título, ou declarar porque não faz, ou, ainda, simplesmente omitir-se, deixando que o protesto seja tirado livremente.

E o protesto do título, como se sabe, produz, além de outros efeitos, o de constituir o devedor em mora, imprescindível, por exemplo, para a excussão de garantia, contratualmente outorgada.

Além disso, como é de conhecimento geral, a remessa do título a protesto constitui meio eficaz de liquidação de dívidas, a par de ser um direito legítimo do credor, consagrado na legislação cambiária.

Com efeito, o pagamento em cartório atinge de 80% (oitenta por cento) das cártulas enviadas a protesto. Essa realidade torna o protesto um instrumento valiosíssimo na solução de pendências, minimizando sobremaneira o acúmulo de processos judiciais".

O eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria do Des. José Malerlei, "não conheceu da impetração, na parte em que investe contra a norma em tese e, no restante, denegou a ordem", alicerçando-se o voto condutor do aresto com estes argumentos:

"Sem embargo da respeitável argumentação deduzida na impetração, o **mandamus** não encontra amparo legal.

Carece o impetrante da ação mandamental ao atacar lei em tese, que é a norma administrativa em exame. Além disso, a edição do texto em exame supera o prazo legal de 120 dias.

De outra parte, inexiste ordem de autoridade judiciária manifestamente ilegal a coibir.

A questão de fundo foi bastante debatida quando da reclamação feita ao MM. Juiz Corregedor

Permanente e nada há a acrescentar. A restrição do item 3.1 das "Normas Gerais" não é ilegal.

Como foi dito, em nosso sistema jurídico o protesto, em última análise, tem por finalidade marcar a impontualidade do devedor e garantir ao credor o direito de regresso contra os coobrigados, endossante e avalista.

Nessa linha, o protesto de letra de câmbio por falta de pagamento pode ser obstado administrativamente, sem ferir a norma legislada, para coibir os abusos que vinham ocorrendo, como apontado nos pareceres dos Juízes Auxiliares da Corregedoria, cujas cópias encontraram-se nos autos.

Na letra de câmbio sem aceite, quando confundem-se sacador e tomador, como é o caso, não se pode cogitar de impontualidade nem de direito de regresso. O saque da letra deriva de contrato de financiamento para aquisição de bem móvel, com pagamento em prestações. Vencido o prazo contratual de uma parcela sem pagamento, a credora pode sacar em seu próprio benefício, conforme avençado, a letra de câmbio.

Na espécie, não visa o impetrante o protesto por falta de aceite, mas sim por falta de pagamento. A impontualidade já está caracterizada e inexistem coobrigados. Trata-se, no fundo, como expressamente admitido, de eficiente meio para compelir o devedor impontual ao pagamento, sem necessidade de recorrer às vias judiciais.

Em resumo, a coação que o banco impetrante pretende fazer ao seu devedor não encontra respaldo legal. Por outro lado, a restrição administrativamente imposta aos cartórios de protesto da Capital é admissível em face dos abusos ocorridos, conforme noticiado nos autos, sem ferir a lei".

Insurgiu-se o impetrante via do recurso ordinário em exame, de cujas razões se extrai:

"A apresentação de um título para aceite ou pagamento é um desses atos difíceis de se provar. O protesto, repita-se, constitui o meio mais rápido e eficaz para a prova desses atos.

Portanto, o protesto de letra de câmbio não aceita tem exatamente a finalidade de provar a apresentação do título do sacado e a resposta deste, que pode ser positiva ou negativa.

A afirmação do MM. Juiz impetrado de que o protesto "de simples meio de prova da apresentação do título ao devedor ou de exigência legal para exercício do direito de regresso, passou a constituir base para edição de listas de maus pagadores", não tem força jurídica, **data venia**, para afastar o comando da lei autorizador do protesto.

Afirma-se, também, que o item 3.1, Capítulo XV, das Normas de

Serviço da Corregedoria da Justiça, que serviu de base para a decisão recorrida, teve por escopo fazer retroceder o número de demandas nas quais era o Judiciário acionado para coartar saques abusivos supostamente cambiais.

Contudo, não parece razoável que a autoridade administrativa venha negar, de forma genérica, um direito consagrado na lei, tão somente porque alguns destinatários fazem mau uso desse direito. A solução, a nosso ver, deveria ser outra: a apenação mais severa de quem usa mal o direito.

Aliás, é hoje assente na doutrina e na jurisprudência que o saque e o protesto abusivos ensejam pedido de perdas e danos contra o sacador/apresentante do título a protesto.

Ademais, ao assim proceder, a pretexto de fazer retroceder o número de demandas judiciais, estar-se-á, apenas, deslocando essas demandas para o campo da cobrança judicial, haja vista que, como dito, cerca de 80% dos títulos remetidos a protesto são pagos em cartório; onerando os devedores com custas e honorários de advogado, os credores com a demora na solução de seus créditos e o judiciário com o acúmulo de execuções.

.....

Ao dispor, através do indigitado Provimento, que a letra de câmbio, nas condições referidas, não pode ser protestada, a Douta Corregedoria Geral da Justiça, em realidade, está legislando sobre direito comercial, revogando normas de Direito Cambial, a pretexto de regulamentar procedimentos cartorários".

O parecer da Subprocuradoria Geral da República conclui pelo conhecimento e provimento do recurso ordinário "a fim de permitir ao impetrante a lavratura do protesto requerido".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Alega o impetrante, em síntese, a ilegalidade do provimento da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, insurgindo-se tão somente contra a denegação da segurança, sem manifestar irresignação no que concerne à extinção do feito sem julgamento do mérito na parte relativa à revogação da norma. Cinge-se a controvérsia, destarte, à existência, ou não, do direito líquido e certo do impetrante de protestar a letra de câmbio não aceita.

A matéria constitucional, de suma importância no que diz com a eliminação do provimento questionado do mundo jurídico, no âmbito da matéria recorrida perde relevância.

Para a concessão da segurança, suficiente que a negativa em tirar o

protesto se mostre desconforme com o ordenamento infraconstitucional de regência da matéria.

O ilustre Subprocurador Geral da República, Dr. João Henrique Serra Azul, em seu parecer, argumentou:

"Compulsando o nosso ordenamento jurídico, dessume-se que assiste razão ao impetrante, vez que a Lei Uniforme de Genebra (arts. 3º e 44) como o Decreto 2.044/08 (arts. 1º, IV e 28) permitem que o tomador seja o sacador e que se proteste letra de câmbio por falta de aceite, isto é, que se proteste a cambial mesmo que não aceita.

Assim sendo, o provimento nº 21/83 não possui amparo legal para estabelecer restrições ao protesto de letra de câmbio nas quais o sacador e o tomador sejam a mesma pessoa.

Ademais, não é permitido ao Poder Judiciário, por melhores que sejam suas intenções, expedir normas gerais e impessoais, para a regulamentação da vida social, vez que tal tarefa compete quase que exclusivamente ao Poder Legislativo, daí surgindo a primeira inconstitucionalidade do Provimento, ainda que ao Poder Judiciário fosse conferida esta prerrogativa, o retrocitado provimento seria inconstitucional, vez que compete privativamente à União legislar sobre direito comercial, eis aí a segunda inconstitucionalidade do Provimento em questão.

Quanto ao argumento do v. acórdão de que pretende o impetrante lavrar protesto por falta de pagamento, a fim de compelir o devedor a pagar a dívida sem necessidade de recorrer ao Judiciário, este é descabido de fundamento, vez que em momento algum foi provado, nos autos que o intuito do impetrante fosse a lavratura de protesto por falta de pagamento, **maxime** considerando que, não estando a Letra de Câmbio aceita, o único protesto cabível é o por falta de aceite, assim como nos relata **Fábio Ulhôa Coelho, verbis**:

"A falta de aceite, de data do aceite ou de pagamento de uma letra de câmbio deve ser provada por protesto cambial, que é ato notarial de responsabilidade do portador do título.

O protesto por falta de aceite é extraído contra o sacador, que teve inacolhida a sua ordem de pagamento. O sacado não pode figurar como protestado, neste caso, pela circunstância de se encontrar absolutamente livre de qualquer obrigação cambiária. Mas quem será intimado para, eventualmente, vir aceitar a letra em cartório é, naturalmente, o próprio sacado. Já o protesto por falta de data do aceite ou por falta de pagamento é extraído contra o aceitante, este sim um devedor cambial" (Manual de Direito Comercial, Editora Saraiva, 4ª ed., 1993, p. 238/239).

Por fim, cumpre-nos ressaltar que o argumento expendido pela autoridade coatora no sentido de que o protesto é inócuo, vez que o sacador e o tomador são a mesma pessoa, não existindo lógica na concessão da lavratura do protesto, é totalmente irrelevante, visto que ao tomador é permitido, por lei, protestar a letra de câmbio por falta de aceite, não cabendo ao Judiciário decidir por si se tal ato é útil ou não. Ademais, o que pretende provar o requerente é apenas a falta de aceite".

Do parecer do Dr. Fábio Konder Comparato, que fez o impetrante juntar com sua inicial, se colhe:

"O processo do protesto é conduzido por um oficial público, assim como o processo judicial desenrola-se sob a direção do juiz.

Analisando a relação jurídica que une o oficial judiciário à parte, **Chiovenda** assinalou que ela apresenta uma natureza análoga à relação que vincula, no processo judicial, a parte ao magistrado. O oficial judiciário não é mandatário da parte, mas pratica atos de ofício, por iniciativa daquela.

O mesmo se pode dizer da relação processual existente entre o protestante e o oficial de protestos. Este último age sempre por iniciativa de um particular, mas não se submete às ordens deste e, sim, aos ditames legais. Para retomarmos a célebre expressão do grande processualista italiano, o oficial de protestos não executa a vontade da parte, mas cumpre a vontade da lei, por iniciativa da parte.

A sua competência, no entanto, restringe-se ao exame da regularidade formal do documento que lhe é apresentado, a saber, a verificação da natureza cambiária do título, a legitimidade ativa do portador, o vencimento. Não lhe cabe, de forma alguma, investigar se o título foi obtido pelo portador legitimado, ou pelo apresentante, de modo abusivo, criminoso ou fraudulento; ou se o negócio de base, que deu origem à emissão do título, é inválido ou ineficaz. Para o oficial de protestos, verdadeiramente, o que não está no título não está no mundo.

Mas se, reversamente, o título apresentado não é cambial, ou não é sujeito a protesto, ou se houve alguma nulidade do desenrolar do processo, o oficial público responde perante o prejudicado.

Com base nessa análise dos princípios que regem a matéria, pode-se responder à indagação formulada, afirmando sem hesitações o caráter abusivo e inválido das disposições contidas nos itens 3.1 e 37.2, do Capítulo XV, das Normas de Serviços da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo.

Se tudo o que diz respeito ao direito substantivo do protesto cambial — vale dizer, o cabimen-

to do ato, a titularidade do direito e do ônus de praticá-lo, ou os efeitos jurídicos dele decorrentes — é matéria de competência exclusiva de lei federal, é aberrante que o Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo decida regular, por meio de norma geral **erga omnes**, e, portanto, fora do exercício do poder jurisdicional, o cabimento de protesto por falta de aceite em determinada hipótese.

Ainda que se quisesse interpretar aquelas regras gerais como disciplinadoras do processo de protesto e não do ato de protesto, é bem de ver que a competência normativa para se criar direito novo cabe, sempre, ao legislador — federal e estadual, concorrentemente —, nunca ao Judiciário. Este deve limitar-se ao nível das "normas de serviço", reguladoras do trabalho burocrático cartorário; o que manifestamente não ocorreu com os sucessivos provimentos baixados pela mencionada Corregedoria.

Nem se diga que essas "normas de serviço", no caso, limitar-se-iam a interpretar a lei federal, sem inovar nessa matéria. A pretensa interpretação representa, na verdade, uma indevida restrição ao sentido e ao alcance das normas legais, como já decidiu, aliás, o Supremo Tribunal Federal.

Onde a lei diz que o protesto prova a falta ou recusa de aceite da letra de câmbio, a Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo acrescenta: "mas ele só pode ser tirado para efeito do exercício do direito de regresso contra os signatários do título". Toda a função constitutiva do protesto, os seus efeitos extracambiários, a possibilidade desde sempre admitida de protestos facultativo, a utilização tradicional de cambiais como título executivo de obrigações contratuais — tudo isso é abolido de uma só penada, sem lei, por simples provimento administrativo a pretexto de disciplina dos serviços cartorários.

Nem se diga que, assim agindo, a Corregedoria-Geral de Justiça nada mais faz do que exercer uma função de polícia administrativa, mas evitar abusos. Sem dúvida, o protesto cambial, como qualquer outro instituto jurídico, aliás, pode ser manejado com evidente excesso. Escusa lembrar, no entanto, que a repressão ao abuso do direito, no sistema jusprivatista brasileiro, não comporta nunca uma intervenção **ex officio** do Poder Público, muito menos do Judiciário, mas depende sempre da iniciativa da parte que alega prejuízo. É, de qualquer forma, maior abuso do que o que se visa a reprimir é a usurpação administrativa ou judiciária do poder legislativo.

A lei continua a ser, no sistema constitucional brasileiro a fonte primária de todo direito".

O tema debatido nestes autos já foi objeto de decisão do Supremo

Tribunal Federal, no RE 85.695-SP (RTJ 91/541), que restou assim ementado:

"Letra de câmbio não aceita. Protesto conseqüente. Embora o sacador seja o próprio tomador, o qual assim procedeu, em conformidade com prévio contrato, nada impede que, ante a negativa do aceite, proceda a seu protesto.

Aplicação do art. 13 do Decreto nº 2.044/1908, em conjugação com os artigos 3º, 1ª parte, e 28 da Lei Uniforme, aprovada pelo Decreto nº 57.663/66.

II — Recurso extraordinário conhecido e provido".

Do voto condutor desse acórdão, da lavra do Sr. Ministro Thompson Flores, exsurge:

"Todavia, reconheço que ocorreu a invocada negativa de vigência do art. 13, do Decreto nº 2.044/1908.

Com efeito.

Para acolher o pedido do sacado, acentuou o aresto impugnado em passagem já transcrita, mas que cabe reviver, fl. 134, **verbis**:

"....

3. Ora, se o protesto objetiva exclusivamente assegurar os direitos do tomador do título contra o seu sacador — ressalta evidente a inteira inocuidade da medida, e o seu conseqüente descabimento, quando o sacador emite a ordem de pagamento em seu próprio favor e se confundem numa só pessoa, como no caso dos autos, o sacador e o tomador.

Em tal hipótese, a prova da falta de aceite é de todo irrelevante e o protesto, se admitido fosse, restaria apenas como fator de prejuízo evidente para o sacado, — que nenhuma ligação tem com o título cambial.

Essas razões, minudentemente expostas pelo acórdão de fl. 9, foram as que ditaram o julgamento ora recorrido, que, assim, merece subsistir pelos seus fundamentos, negando-se provimento à apelação da ré"

Penso que em assim decidindo, antes de fazer aplicação do citado art. 13, o decisório lhe negou vigência.

Diz o mencionado artigo:

"Art. 13. A falta ou recusa do aceite prova-se pelo protesto".

De forma clara, precisa e objetiva, estatuiu que a falta de aceite é provada pelo protesto.

Admitiu o acórdão que ocorrendo a falta de aceite, a cambial era à vista.

Mas repeliu o protesto porque se confundiam na mesma pessoa o sacador ou emitente e o tomador beneficiado.

Distinguindo onde a lei não distingue, obstando se fizesse

prova específica da negativa do aceite ou do pagamento, quando a lei assim não o faz, criando uma exceção que a lei não concede, certo que lhe negou aplicação.

E note-se, nem o diploma primitivo e ainda vivo, Decreto nº 2.044/1908, nem a Lei Uniforme obstam que o sacador seja o próprio tomador.

Antes, admitiu expressamente, em seu artigo 3º, 1ª parte, confirmando-se em seu art. 28, aprovados pelo Decreto nº 57.663/66. Certo houve restrições do primeiro, sem afetar, todavia, a parte comentada. Neste sentido a lição de Pedro Sampaio, invocando Gonçalves Dias, (Letra de Câmbio e Nota Promissória, consoante a Lei Uniforme, Saraiva, 1975, pág. 114).

Razão jurídica, pois, inexistia para obstar o protesto.

Por isso, com propriedade, sinalou o mesmo Tribunal de Alçada Civil, por sua Segunda Câmara, ao julgar a Apelação nº 112.783, da qual foi Relator o Desembargador Henrique Machado, então Juiz daquela Corte, fl. 115:

> "O Decreto nº 2.044, de 1908, permite o saque da letra de câmbio, à vista, comprovando-se a falta ou recusa do aceite pelo protesto (artigo 13). Não exige condições especiais, subjetivas, para o saque ou emissão, mas apenas as relativas às formalidades do próprio contexto do título.
>
> O sacado, por sua vez, não se obriga cambiariamente, senão depois de lançar o aceite, nenhuma responsabilidade cambiária lhe advindo da recusa.
>
> Se da letra de câmbio, não aceita, não decorre qualquer obrigação cambiária, do sacado por certo que não lhe assiste o direito de pretender, como aqui pretende, o autor, ora apelante, seja judicialmente decretada a anulação do título, por falta de causa.
>
> Além disso, se o título for protestado, ele que faça consignar as razões da recusa, para que constem do respectivo instrumento, respondendo o sacador pelas conseqüências de seu ato".

Esta parece ser também a lição de Eunápio Borges (Título de Crédito, Forense, 2ª ed., 1971, pág. 114), invocando Pedro Vieira Mota (Sustação do Protesto Cambial)".

Desses escólios deflui claro o direito do recorrente em levar a protesto por falta de aceite a letra de câmbio, onde figura como sacador e tomador, de sorte que o ato administrativo da Corregedoria que lhe vedou tal acesso atrita com a lei, a ensejar a concessão da segurança.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para conceder a segurança, para os fins da lavratura do protesto do título.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, colocome de pleno acordo com o Eminente Ministro-Relator, pois ficou bem evidenciada a admissibilidade do protesto, no caso, em face das disposições da Lei Uniforme de Genebra, art. 3º, alínea I, e art. 44, alíneas I e IV, e na conformidade, aliás, com a jurisprudência dominante, inclusive do Pretório Excelso.

Dou provimento ao recurso.

VOTO (COM APARTES)

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): Eminente Ministro-Relator, V. Exa., como sempre, em seu minudente e douto voto, salvo engano meu, quando o relatório, fez alusão à impossibilidade do mandado de segurança porque teria sido interposto contra lei em tese. Estou certo ou é equívoco meu?

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Consoante assinalei ao votar, a matéria focalizada sob o prisma constitucional acabou sendo relegada.

Por outro lado, houve um ato concreto porque, embora sendo o provimento da Corregedoria Geral, a matéria foi submetida ao Juiz da Primeira Vara de Registros Públicos, na condição de Corregedor Permanente dos Cartórios da Capital.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): A minha observação foi em face desses fatos, até porque a norma seria de efeito concreto, já que proibitiva.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 2.603-6 — SP — (93.0004961-5) — Relator: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Banco Itaú S.A. Advogados: André Vidigal de Oliveira e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Juízo de Direito da 1ª Vara de Registros Públicos (Corregedor Permanente dos Cartórios de Protesto da Capital). Recda.: Roseli Leite Gai. Sustentou, oralmente, o Dr. José Arruda Alvim, pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 11.04.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 3.025-8 — RJ

(Registro nº 93.0013110-9)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrentes: *Maria José Martins da Silva e outros*

Recorrida: *Associação Fluminense de Educação*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Impetrado: *Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Duque de Caxias — RJ*

Advogados: *Olimpia Catarina de Morais e outro*

EMENTA: ***Mandado de segurança. Ação cautelar julgada ineficaz. Ação principal ajuizada a destempo.***

Face à decadência para a propositura da ação principal, correto o julgamento a extinguir o processo e declarar cessada a eficácia da medida cautelar.

Denegação de mandado de segurança confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário, mas negar-lhe seguimento. Votaram com o Relator os Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Ministro Costa Leite.

Brasília, 28 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: À guisa de exposição transcrevo o início do bem lançado parecer firmado pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Casali:

"Os recorrentes impetraram mandado de segurança (f. 2-17), para desconstituir sentença (f. 62-4) da Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias (RJ) em ação ordinária cumulada de consignação em pagamento em caráter incidental, que moveram na condição de alunos da Associação Fluminense de Educação.

Pretendendo precipuamente elidir o **decisum** na parte em que cessou a eficácia de medida cautelar que lhes assegurava a freqüência às aulas, feitura de provas e todos os atos afetos à discência; a autoridade coatora objetou-os, demonstrando nas informações (f. 181-2) que o ato impugnado é Sentença já transitada em julgado, sublinhando: o que os autores pretendem, é, através de Mandado de Segurança desconstituir uma Sentença, que, tomaram ciência no dia 22/4/92 e recorreram, apenas no dia 19.5.92, 27 dias após, quando o prazo é de 15 dias.

Independentemente desse fato processual a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro denegou a segurança pela razão de que as medidas cautelares podem ser, a qualquer tempo, revogadas, como dispõe o artigo 807, e com maior razão quando julgado improcedente o pedido (f. 202-4).

É desse acórdão que os impetrantes manifestaram o presente recurso ordinário (f. 207-10), alegando fundamentalmente que (a) interpuseram agravo de instrumento de despacho de inadmissibilidade da apelação e (b) a perda de prazo não ocorreu, conforme certidão cartorária." (fls. 226)

Na conclusão desse pronunciamento lê-se:

"Sendo indevida a utilização do mandado de segurança como recidiva de apelação, o recurso não merece provimento nem poderia ser acolhido, por aplicação do artigo 47 do Código de Processo Civil, conforme o qual a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo, qual seja a entidade educacional beneficiada pelo ato judicial atacado no mandado de segurança". (fls. 227)

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Nenhuma razão ampara o pleito recursal.

Na verdade, conforme salientado pelo **custos legis**, as alegações dos recorrentes são infundadas. Não há, por outro lado, no pleito, nenhuma demonstração de ilegalidade nos atos judiciais praticados.

E, ao contrário, a desmerecer a súplica recursal, alinham-se os seguintes argumentos:

— o ato impugnado é uma sentença tramitada em julgado, eis que a apelação dela interposta é extemporânea (Súmula 268 do STF);

— o mandado de segurança foi impetrado sem o pedido de citação da parte contrária nas ações comuns;

— não há nos autos notícia sobre o agravo de instrumento ma-

nifestado da decisão a negar seguimento à apelação.

De harmonia com o exposto, conheço do recurso, mas para negar-lhe provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 3.025-8 — RJ — (93.0013110-9) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Rectes.: Maria José Martins da Silva e outros. Advogados: Olimpia Catarina de Morais e outro. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impdo.: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Duque de Caxias — RJ. Recda.: Associação Fluminense de Educação.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso ordinário, mas negou-lhe provimento (em 28.02.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 4.030-5 — DF

(Registro nº 94.0000613-6)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Marcelo Caetano Ribas*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*

Impetrado: *Desembargador Corregedor da Justiça do Distrito Federal*

Advogados: *Erasto Villa Verde de Carvalho e outros*

EMENTA: ***Processual Civil. Habilitação de casamento. Edital de proclamas. Custas processuais.***

O regimento de custas é lei de índole financeira, cujas regras devem ser de interpretação "estrita".

O Edital de proclamas, cuja publicação a lei impõe ao Oficial do Registro, integra o processo de habilitação para o casamento (artigo 182 do CC; artigos 67 a 69 da Lei nº 6.015/73).

Segundo preceito do Regimento e Custas da Justiça do Distrito Federal (artigo 19), fixada a quantia como retribuição ao pro-

cesso de habilitação de casamento, neste incluída a publicação do Edital em jornal particular, o preço (quantia) permanecerá imutável pelo prazo de um (1) ano, suportando, o Oficial de Casamentos, todo o prejuízo com o aumento constante da despesa com a veiculação dos proclamas na imprensa privada.

Constitui rematada injustiça impingir-se ao Oficial, ao invés de condigna remuneração, o ônus de suplementar o pagamento da publicação do Edital com os seus próprios vencimentos.

Segurança concedida. 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 Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Brasília, 18 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Marcelo Ribas, Oficial do Cartório do 1º Ofício de Registro Civil e Casamentos impetrou mandado de segurança contra Ato do Desembargador-Corregedor de Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, materializado no Provimento nº 20/92, visando a que, as despesas com a publicação, em jornais particulares, dos editais de proclamas, fiquem sob a responsabilidade dos nubentes, já que elas, segundo o disposto no parágrafo único do artigo 43 da Lei nº 6.015/73, não constituem emolumentos integrantes do preço previsto na tabela I, letra **a**, do Regimento de Custas (Decreto-lei 115/67).

Aduz, o impetrante, que a publicação do edital na imprensa não é ato compreensivo do processo de habilitação de casamento e, de acordo com a lei, esse ônus deve recair sobre os interessados, no caso, os nubentes.

O Tribunal de Justiça denegou a segurança em acórdão assim ementado:

"Não contendo o ato da autoridade coatora qualquer abuso de direito, não se vislumbra o direito líquido e certo do impetrante.

É incumbência do titular do Cartório do Registro Civil a publicação dos proclamas, obediente ao disposto no artigo 182 do Código Civil."

Contra esta decisão, o vencido manifestou recurso ordinário, repisando os argumentos da inicial e afirmando que "o oficial do registro está obrigado tão somente a tornar público o edital mediante a afixação no lugar de costume, nas dependências da serventia. É a esse procedimento que se refere a Tabela I, letra **a**, do Regimento de Custas. Não há a divulgação do pedido de habilitação pela imprensa".

Admitido na origem, nesta instância, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros:

A hipótese configura um mandado de segurança impetrado pelo Oficial do Cartório do 1º Ofício do Registro Civil e Casamentos do Distrito Federal, em que visa declarar a ineficácia do artigo 1º, § 2º, Provimento nº 20/92 da Corregedoria de Justiça, que considera como emolumentos (e integrantes do montante das custas exigíveis pela habilitação do casamento), as despesas de publicação dos "editais de proclamas", em jornais particulares. O impetrante arrima-se, para consecução de seu desiderato, nas disposições do parágrafo único, do artigo 43 da Lei de Registros Públicos, com a seguinte dicção:

> "Art. 43. (**omissis**).
>
> Parágrafo único. As despesas de publicação do Edital serão pagas pelos interessados".

Aduz, o autor da impetração que, "se estas despesas estivessem incluídas nos emolumentos pertinentes à habilitação para o casamento, e não fossem consideradas separadamente, ou se, de outra feita, pudessem ser consideradas como custas, nenhuma razão haveria para a exclusão contida no parágrafo. O legislador separou as despesas de publicação de edital (que ficam ao dever dos interessados-nubentes) dos emolumentos, pois têm natureza distinta, sendo estes sujeitos ao tabelamento pelo Poder Público e aquelas regidas pela lei de mercado" (folha 06).

A segurança foi denegada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, insurgindo-se o Oficial do Registro, por via do recurso ordinário, agora em julgamento.

Não me parece, com a razão, o recorrente.

Ressalte-se, de início, que o Provimento nº 20/92 da Corregedoria é interpretativo do Regimento de Custas em vigor e foi expedido, consoante se observa dos seus **considerandas**, no intuito de sanear "a caótica situação, que começa pela inobservância da Tabela de Custas (pelos oficiais de casamento), com a exigência de valores indevidos dos nubentes, desde o simples requerimento de habilitação até a cobran-

ça do "edital" de proclamas, havendo denúncias de pagamento integral por todos os habilitandos em lugar da correta solução do rateio, se fosse a cobrança legal" (folha 15).

Daí, a razão de o órgão competente do judiciário ter editado o Provimento nº 20/92, em cujo contexto inseriu o § 2º, do artigo 1º, com o teor a seguir:

"Art. 1º (**Omissis**).

§ 1º **Omissis**;

§ 2º — A cobrança nos processos de habilitação não pode exceder o valor da Tabela I, alínea **a**, e, quando for o caso, das alíneas **a** e **c**, proibido qualquer acréscimo relativo ao edital de proclamas, por ser este parte integrante do processo".

Por sua vez, dispõe a Tabela I do Regimento de custas (Decreto-lei nº 115/67):

"Tabela I

I — "Casamento:

a) habilitação, compreendendo todos os atos do processo, certidão de habilitação e a extraída do livro-talão".

De conseguinte, a solução da pendenga consiste, portanto, em saber-se, se, ao Oficial de Casamentos, é lícito impingir, aos nubentes, o ônus com o pagamento, aos jornais particulares, da publicação do edital de proclamas, ou se, essa despesa de publicidade se integra no valor total dos emolumentos fixados na Tabela I, letra **a**, acima transcrita.

Afigura-se-me que o ato impugnado está em adequação com a lei e fez a melhor interpretação do Regimento de Custas, "ao estabelecer que a habilitação (para o casamento) compreende todos os atos do processo, certidão de habilitação e a extraída do livro-talão". Com efeito, se por definição legal, a habilitação "compreende todos os atos do processo" (de habilitação), não se pode argumentar, com juridicidade, que o edital de proclama não constitua parte integrante desse processo, mas, que seja um ato diverso, que exija um pagamento extra-processo. O recorrente, sem argumentação convincente, pretende que esse edital seja estranho à habilitação e, por isso, que as partes arquem com a despesa de publicação. Não há, entretanto, fomento de direito, nessa interpretação.

O artigo 182 do Código Civil dispõe "que o registro dos editais far-se-á no Cartório do Oficial que os houver publicado, dando-se dele certidão a quem pedir". Impõe, assim, a lei, ao oficial, a tarefa de publicação dos editais, que não pode ficar a critério dos nubentes, ou de terceiros. Por outro lado, o § 1º do artigo 67 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), quando disciplina a habilitação para o casamento, prescreve:

"Art. 67 (**Omissis**).

§ 1º — Autuada a petição com os documentos, o oficial manda-

rá afixar proclamas de casamento em lugar ostensivo de seu cartório e fará publicá-los na imprensa local, se houver". Em seguida abrirá vista dos autos ao Ministério Público".

§ 2º (**Omissis**).

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, a contar da afixação do edital em cartório ... o oficial do registro certificará a circunstância nos autos e entregará aos nubentes certidão de que estão habilitados para se casar dentro do prazo prescrito em lei".

Duas conclusões se extrai dos dispositivos "supra" transcritos:

a) que é obrigação do oficial a publicação do edital — eis que a lei impõe: "e fará publicá-los na imprensa local";

b) que a publicação do edital de proclama, quer pela afixação, quer pela veiculação em jornal local, faz parte integrante do processo de habilitação para o casamento, nos termos expressos da lei.

Destarte, quando o Regimento de Custas, na Tabela I, letra **a**, prevê o preço da "habilitação" para o casamento — esta compreendendo todos os atos do processo (de habilitação), é evidente que não fez a exclusão do "edital" e respectiva publicação na imprensa, que desse processo é parte essencialíssima. A pretensão do recorrente encontra, assim, empeço inarredável diante da expressão viva da lei, não tendo como ser acolhida, salvante quando houver alteração na legislação em vigor.

Por último, a alegativa de que a mudança sempre constante do preço das publicações, nos jornais, pode redundar em prejuízo para o recorrente não justifica, por si só, a proteção do remédio heróico, desde que, segundo a legislação vigente, a Corregedoria de Justiça tem competência para rever ou alterar as Tabelas do Regimento de Custas, sempre que o decurso do tempo e a inflação o exigirem.

Inexistindo, pois, direito líquido e certo a ser protegido pelo **mandamus**, nego provimento ao recurso.

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros:

Neguei provimento ao recurso sob o pálio de dois (2) fundamentos:

a) o de que a publicação do edital de proclamas, quer pela afixação, quer pela veiculação em jornal local, faz aparte integrante do processo de habilitação ara o casamento, nos termos expressos da Lei nº 6.015, artigos 67 a 69. Destarte, quando o Regimento de Custas estabelece o *preço da habilitação para o casamento*, neste, estão compreendidos todos os atos do processo de habilitação, inclusive o *edital*, que dele é parte integrante.

b) a mudança sempre constante do preço das publicações, nos jornais particulares, não redundaria

em prejuízo para o recorrente (impetrante), desde que, segundo a legislação vigente, a Corregedoria Geral da Justiça tem competência para rever (ou alterar) as tabelas do Regimento de Custas, sempre que o decurso do tempo e a inflação da moeda o exigirem.

Todavia, após o voto de vista do eminente Ministro Gomes de Barros, alterei-me sobre a disciplina do Regimento de Custas, que é diversa daquela em que embasei a segunda fundamentação do meu voto.

Com efeito, dispõe o artigo 19 do Decreto-lei nº 115, de 25/1/67 (Regimento de Custas da Justiça do Distrito Federal):

> "Artigo 19 — Anualmente, o Conselho de Justiça atualizará os valores das Tabelas deste Regimento de Custas, em índice nunca superior ao aumento médio do custo de vida, apurado através dos órgãos competentes do Governo Federal."

Como se observa, nem a competência para rever as Tabelas do Regimento de Custas é do Corregedor da Justiça, autoridade indigitada como coatora, nem este e o próprio Conselho podem alterar, a qualquer tempo, os valores correspondentes às custas ou aos emolumentos.

Destarte, fixada em quantia como retribuição ao *processo de habilitação de casamento*, neste incluída a publicação do edital, em jornal particular, esse preço permaneceria *imutável* pelo prazo de um (1) ano, suportando, o Oficial de Casamentos, todo o prejuízo com o aumento constante da despesa com a veiculação do edital na imprensa privada. Esta Egrégia Corte tem repelido, em casos semelhantes, situações dessa natureza, para tanto interpretando a lei, de modo que atenda ao sentido da mais lídima justiça. Tanto é que, tem determinado a correção do valor da indenização, nas desapropriações, mesmo antes do decurso do prazo de um (1) ano, prevista em lei e imposto a atualização de vencimentos ou vantagens financeiras pagas, com atraso, a servidores públicos, para evitar decesso de remuneração.

O caso me parece assemelhado e a lei deve ser interpretada com a máxima perspicácia, a fim de não infringir, ao recorrente, um ônus, ao invés de uma justa remuneração. Percebendo um preço imutável pela habilitação de casamento, num país inflacionário (50% de desvalorização monetária, mensalmente), é manifestamente injusto pretender-se que o Oficial suporte, durante um ano, o aumento constante (quinzenal ou mensal) da despesa com a publicação de editais em jornais particulares. Enquanto não houver alteração no Regimento de Custas para instituir *Tabelas Níveis* — ou alteráveis em prazo curto — é impossível exigir-se do recorrente sacrifício maior do que pode suportar, interpretando-se a lei em sua literalidade.

Com esses adminículos, a que se somam os argumentos judiciosos do eminente Ministro Gomes de Barros, ou reconsidero o meu voto e dou provimento ao recurso, para conceder a segurança, nos termos em que foi postulada.

É como voto, em aditamento.

É como voto.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros, o mandado de segurança se constringe, exclusivamente, em saber-se se a publicação do edital no jornal particular, na habilitação de casamento, faz parte ou não do processo de habilitação.

Se a publicação deste edital faz parte do processo de habilitação do casamento, as custas previstas no Regimento Próprio compreendem, também, a publicação dos proclamas; do contrário, as despesas de publicação, em jornal particular, deveriam ser suportadas, separadamente, independentemente dos emolumentos pagos pela habilitação do casamento, pelos interessados, no caso, os nubentes.

Não existe, como objetivo do mandado de segurança, questão disciplinar, em relação ao Oficial ou pertinente à perda de cargo, presente ou futura, em absoluto. O objetivo do mandado de segurança é exclusivamente este.

E a decisão vai ter repercussão, não só em relação ao impetrante, que é Oficial do Registro Civil, mas também em relação a todos os Oficiais do Distrito Federal e do Brasil inteiro, porque, o Superior Tribunal de Justiça interpreta a lei federal, com aplicação em todo o Território Nacional.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 4.030-5 — DF — (94.0000613-6) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Marcelo Caetano Ribas. Advogados: Erasto Villa Verde de Carvalho e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Impdo.: Desembargador Corregedor da Justiça do Distrito Federal. Sustentou oralmente o Dr. Erasto Villa Verde de Carvalho, pelo recorrente.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator negando provimento ao recurso, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira (em 18.04.94 — 1ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Oficial de Registro de Casamento requereu

Mandado de Segurança contra determinação do Desembargador-Corregedor da Justiça do Distrito Federal.

O ato malsinado determinou que os oficiais de registro arquem com as despesas de publicação dos editais de proclamas, no procedimento de habilitação para casamento.

O E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão adotada por seis votos a cinco, denegou a Segurança. Fomentou-se no argumento de que

> "É incumbência do Titular do Cartório do Registro Civil, a Publicação dos proclamos, obediente ao disposto no artigo 182 do Código Civil."

A lide nos chega, através de recurso ordinário.

O E. Relator nega provimento ao apelo. Monta-se no argumento de que:

> a) o Art. 67 da Lei 6.015/73, ao tratar da habilitação para casamento, impõe ao Oficial de Registro, o encargo de fazer publicar na imprensa local, os proclamas;
>
> b) o Decreto-lei nº 115/67, que dispõe sobre as tabelas de custas no Distrito Federal, ao fixar o valor relativo à habilitação para casamento, determina que tal valor abrange todos os atos do processo.

Pedi vista, porque, me pareceu que a imposição do encargo ao Oficial conduz ao absurdo. Com efeito, o Art. 19 do Decreto-lei nº 115/67 determina que o Conselho de Justiça atualize os valores das custas fixadas em cruzeiros. A atualização, contudo, somente ocorrerá uma vez por ano.

Ora, sabemos todos que, os jornais — tanto os pertencentes a empresas privadas, quanto aqueles editados pela Imprensa Nacional — reajustam o preço de seus serviços em intervalos semanais, quando não, diariamente.

Isto significa: ao fim de um ano, por mais elevadas que sejam as custas fixadas nas tabelas, elas estarão defasadas em mais de dois mil por cento, no que toca aos preços de publicação.

Vale dizer: o Oficial de casamento, durante a maior parte do ano, pagará para cumprir seu **munus**.

De outro lado, a questão me pareceu extremamente parecida com aquela relativa ao adiantamento de despesas de condução pelo oficial de justiça, nos processos em que é parte a Fazenda Pública.

Lembrei-me do primoroso voto emitido pelo E. Ministro Milton Pereira, no julgamento do REsp 22.618-5/SP. O voto foi resumido nestes termos:

> "1. Se a interpretação por critérios tradicionais conduzir à injustiça, incoerências ou contradição, recomenda-se buscar o sentido equitativo, lógico e acorde com o sentimento geral.

2. Custas e emolumentos, quanto à natureza jurídica, não se confundem com despesas para o custeio de atos decorrentes do caminhamento processual.

3. Oficial e perito não estão obrigados a arcar, em favor da Fazenda Pública, com despesas necessárias para a execução de atos judiciais."

O Supremo Tribunal Federal, no regime constitucional anterior, deu ensejo ao E. Ministro Moreira Alves de registrar:

"Despesas processuais. Privilégio da Fazenda Pública. Transporte do Oficial de Justiça para realização de penhora.

No caso, o que pretende a Fazenda Estadual, com base nos artigos 27 do CPC e 39 da Lei nº 6.830/80, é que o Oficial de Justiça financie as atividades, em última análise, de seu patrão.

Nenhum desses dispositivos determina que o serventuário da justiça retire de sua remuneração — que é paga pelo próprio Estado — as quantias necessárias ao pagamento das despesas com condução para o exercício de suas funções, e depois, ou as receba ao final do vencido, se a Fazenda for vencedora, ou não as receba ao final de ninguém, se a Fazenda for vencida, certo como é que, neste último caso, em face dos termos do parágrafo único do artigo 39, "se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária", o que evidentemente não abarca as despesas feitas pelo Oficial de Justiça em diligência do interesse da Fazenda.

A questão não é, portanto, sequer de injustiça — que seria clamorosa —, mas de ausência de obrigação legal, a caracterizar hipótese típica do princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer senão em virtude de lei (artigo 153, § 2º, da Carta Magna).

Se o privilégio da Fazenda for entendido na extensão por ela pretendida, deve o Estado consignar, no orçamento, verba própria para essas despesas, no que diz respeito aos cartórios oficializados, uma vez que, quanto aos não oficializados, essas despesas sairão dos emolumentos a estes devidos, e que são receita pública, como fixado pela jurisprudência desta Corte" (RE 108.845/80).

O problema do adiantamento de despesas, em processos que envolvem a Fazenda Pública, já foi apreciado pela Turma em vários de seus aspectos. Lembro, a propósito, o Acórdão no REsp 12.224-0/SP, de que fui relator, onde decidimos:

"O Artigo 27 do CPC não isenta a Fazenda Pública de adiantar despesas relativas à extração de fotocópias dos autos, destinadas à formação de mandado citatório.

Este dispositivo legal deve ser interpretado à luz do Art. 3º, parágrafo único, da Lei 6.032, de 30.04.79."

Também a Primeira Seção firmou-se no entendimento de que "A Fazenda Pública e suas autarquias estão sujeitas ao adiantamento das despesas de condução de Oficial de Justiça" (EREsp nº 22.649-6/SP — Relator o E. Ministro Garcia Vieira).

Parece-me que tantos precedentes já bastariam para nos advertir para a iniqüidade que seria impor ao Serventuário de Registro, o pagamento de valores superiores aos emolumentos que recebe, pelo ato de seu ofício. O Estado não pode fazer com que seu agente pague para trabalhar.

Semelhante irrisão é reconhecida, na formação do Aresto recorrido, até pelos E. Desembargadores que integraram a maioria denegatória da Segurança (Cf. votos dos Des. Hermenegildo Gonçalves e Natanael Caetano — fls. 87 e segt.)

Em verdade, o Decreto-lei 115/67 foi baixado em conjuntura bem diferente da que atravessamos.

Em primeiro lugar, o Regimento de custas foi editado em momento de inflação baixa, quando era possível reajustar preços anualmente;

Depois, não se pode desprezar a circunstância de que naquele tempo, as publicações eram feitas através do Velho Departamento de Imprensa Nacional que não cobrava pelo expediente oficial.

É necessário, pois, que interpretemos a Lei, em consonância com a realidade hodierna: inflação altíssima e publicações cobradas a preços de mercado.

Verifico, entretanto, que os próprios textos dos dispositivos questionados conduzem ao provimento do recurso.

Vejamos, pois:

a) o item I da Tabela I, anexa ao Decreto-lei 115/67, fixa em CR$ 59.200,00, os emolumentos correspondentes à "habilitação, compreendendo todos os atos do processo, certidão de habilitação e a extraída do livro-talão";

b) o Art. 67, § 1º da Lei 6.105, de 31.12.73, traça o procedimento da habilitação para casamento, **in verbis**: "Autuada a petição, o oficial mandará afixar proclamas de casamento em lugar ostensivo de seu cartório e *fará publicá-los na imprensa local, se houver.*"

O texto do Regimento de Custas há de ser entendido como referência a todos os atos do processo, a cargo do oficial.

Com efeito, a Lei cuida de emolumentos.

Emolumento é a "remuneração por ato praticado no exercício de ofício ou função pública, ou judicial." (**Pedro Nunes**, Dicionário de Tecnologia Jurídica — Ed. Freitas Bastos — 12ª Ed., pág. 378).

Se a Lei cuida de emolumentos, a ela trata de remunerar os atos fun-

cionais. Tão somente os atos funcionais. De outro modo, não se estaria cuidando de emolumentos.

Ora, a publicação na imprensa não é ato do oficial. Ele não dispõe de meios para imprimir e fazer circular qualquer órgão de publicação. Bem a propósito, no § 1º do Art. 67 se diz que o oficial "fará publicar" os proclamas.

Ato do oficial, evidentemente, é o proclama. Sua publicação é ato complementar, praticado pela empresa jornalística.

A remuneração deste ato complementar não se faz mediante emolumentos. Faz-se a título de retribuição por trabalho prestado, através de contrato.

Observo, finalmente, que se o regimento de custas determinasse que o preço da publicação está contido no valor fixado pelo item **a** da Tabela I, o preceito seria imponível às empresas jornalísticas.

De fato, se o numerário estabelecido na tabela deve remunerar o Oficial e a empresa jornalística, faz-se evidente que o preço da publicação haverá de ser necessariamente menor que o valor fixado na Tabela.

Como não existe qualquer dispositivo fixando a remuneração da imprensa, é de se concluir que a tabela refere-se, apenas, aos atos de competência do Oficial de Casamentos.

Peço vênia ao E. Relator, para dar provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 4.030-5 — DF — (94.0000613-6) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Marcelo Caetano Ribas. Advogados: Erasto Villa Verde de Carvalho e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Impdo.: Desembargador Corregedor da Justiça do Distrito Federal.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (em 18.05.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.066-0 — RJ

(Registro nº 89.0010835-2)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Wrobel Construtora S/A*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Luiz Zveiter e outros, e Gil Costa Alvarenga*

EMENTA: ***Imposto de transmissão inter vivos — Fato gerador — Não incidência sobre bens objeto de promessa de compra e venda.***

O Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador a transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis e não simples celebração de contrato de promessa de compra e venda, ainda que irretratável ou irrevogável.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 02 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso extraordinário convertido em especial com referência à matéria infraconstitu-

cional, interposto por *Wrobel Construtora S/A*, onde se aponta como violados os artigos 35 do CTN e 530, I e 533 do CC.

Insurge-se a recorrente contra acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

> "EMENTA: Tributário. Imposto de transmissão *inter vivos*. Recolhimento a menor. Preço dividido em parte fixa e parte móvel (ORTN e UPC). Variação entre a data da guia e a da escritura. Obrigação solidária da alienante. Legitimidade do exercício da fiscalidade, mediante investigação nos livros comerciais (Súm. nº 439). Enquanto não for desconstituída a norma legal, pelos meios regulares, é defeso, à autoridade deixar de lhe dar irrestrito cumprimento." (fls. 137)

Esclarece que no exercício de suas atividades empresariais constrói, para venda, imóveis, mediante pagamento parcelado, ajustado em contratos de promessa de compra e venda.

Prossegue aduzindo que os promitentes-compradores — de posse das escrituras correspectivas, recolhem antecipadamente o Imposto de Transmissão.

Entende ilegal a exigência do fisco em cobrar-lhe a diferença do imposto pago a menor, como responsável solidária, alegando, por fim, que o fato gerador do referido tributo é a transferência do domínio útil, não se podendo falar em incidência do imposto de transmissão nos negócios de promessa de compra e venda (fls. 149/158).

Nesta instância os autos foram com vista à douta Subprocuradoria Geral da República em setembro de 1989, retornando a esta Corte em dezembro próximo passado, com parecer pelo provimento do recurso (fls. 213/215).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): A recorrente, em seu Recurso Extraordinário (fls. 149/159), convertido em Especial (fls. 210), aponta como violados vários dispositivos legais versando sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço do recurso pela letra **a**.

O recurso é admissível e merece ser provido.

O Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador a transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis (art. 37 do CTN) e não simples celebração de contrato de promessa de compra e venda, ainda que irretratável ou irrevogável. Adquire-se a propriedade imóvel pela transmissão do Título de Transferência no Registro de Imóveis (art. 530, I do CC), mesmo que se trate de escritu-

ra definitiva de compra e venda ela só transfere o domínio após ser devidamente registrada. (art. 533 do CC). Se na promessa de compra e venda não ocorre a transferência de bens imóveis, ela não constitui fato gerador do citado imposto. É verdade que o inciso VII do art. 89 do Decreto-Lei estadual nº 05, de 15 de março de 1975, com a redação a ele imprimida pelo Decreto-Lei nº 413, de 13 de fevereiro de 1979, daria suporte ao ato impugnado, mas, este dispositivo legal foi declarado inconstitucional pelo C. Supremo Tribunal Federal na Representação nº 1.211-5-RJ, DJ de 05.06.87. Com esta decisão nossa Corte Maior liquidou a pretensão do recorrido de considerar a promessa de compra e venda como fato gerador do imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis. O Pretório Excelso, em sua composição plenária, julgou procedente a Representação nº 1.121-GO, declarou inconstitucional o inciso I, do parágrafo único do art. 114 da Lei Estadual nº 7.730, de 30 de outubro de 1973, quando deixou claro que:

"O compromisso de compra e venda, no sistema brasileiro, não transmite direitos reais nem configura cessão de direitos à aquisição dele, razão porque é inconstitucional a lei que o tenha como fato gerador de imposto sobre transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos (RTJ — 109/895)."

Com o advento do Decreto Estadual nº 10.198/87, o próprio Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, deu provimento a recurso da impetrante. Por ocasião deste julgamento administrativo, salientou o relator em seu voto condutor do acórdão que:

"Como visto, pretende o Fisco, **in casu**, compelir a autuada ao pagamento de diferença de ITBI, com os acréscimos legais pertinentes, em razão de o tributo haver sido pago com base em valor que se reputou inferior àquele que seria o real valor venal da respectiva operação imobiliária.

Trata-se, contudo, de simples promessa de compra e venda de imóvel, sendo certo que, com o advento do Decreto nº 10.198/87, o tributo em tela não mais pode ser exigido pela realização de negócios de tal natureza.

O Fisco, portanto, há que aguardar o momento adequado, conforme definido no Diploma mencionado, para haver a diferença de imposto em causa, que julga devida.

Isto posto e considerando o que mais consta dos autos, *dou provimento ao recurso* da autuada, para julgar improcedente a autuação **sub judice**." (fls. 198).

Dou provimento ao recurso para restabelecer a bem lançada sentença de fls. 96/102.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.066-0 — RJ — (89.0010835-2) — Relator: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Wrobel Construtora S/A. Advogados: Luiz Zveiter e outros. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advogado: Gil Costa Alvarenga. Sustentou oralmente o Dr. Spencer Daltro de Miranda Filho, pela recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 02.03.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 2.565-0 — RS

(Registro nº 90.0002692-0)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrido: *Jorge Vianna Oliveira*

Advogados: *Drs. Marília F. de Marsillac e outros, e Antonio Augusto Vieira Falcão e outros*

EMENTA: ***Execução fiscal — Prescrição intercorrente.***

A suspensão do processo, por vários anos, não importa na sua extinção, mas apenas no seu arquivamento provisório até que sejam localizados os bens do devedor.

Não opera a prescrição intercorrente quando a credora não der causa à paralisação do feito.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 29 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, com apoio nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, apontando como violado o artigo 25 da Lei nº 6.830/80 que determina a intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, bem como os arts. 173 do CCB e 40 da Lei nº 6.830/80.

Alega, ainda, ter o v. aresto recorrido divergido de decisões que traz à colação.

Sustenta a necessidade de intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, aduzindo, ainda, não ter ocorrido a prescrição intercorrente uma vez que a Câmara Julgadora deixou de considerar o despacho exarado pelo Magistrado de 1º grau, datado de 27.05.82, onde, fundado no art. 40, § 2º da Lei nº 6.830/80, mandou arquivar os autos.

Prossegue aduzindo que o v. aresto hostilizado não considerou a fraude à execução como obstáculo criado pelo Recorrido à tramitação do processo e, assim, mal aplicou o instituto da prescrição intercorrente (fls. 89/112).

Admitido o recurso (fls. 116/119), subiram os autos a este C. Tribunal.

Nesta instância, os autos foram com vista à douta Subprocuradoria-Geral da República em abril de 1990, retornando a esta Corte em outubro do corrente ano, com parecer pelo provimento do recurso (fls. 131/141).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Aponta o recorrente como violados vários dispositivos legais, versando sobre a prescrição, devidamente prequestionados.

Conheço do recurso pela letra **a**.

O recurso é admissível e fundado, merecendo provimento.

Verifica-se pelos autos de execução em apenso, ter sido determinada a citação no dia 20/01/81 (fls. 02) e ela foi efetivada no dia 19/02/81 (fls. 11), tendo decorrido o prazo legal sem manifestação da devedora (fls. 12). Expedido o mandado de penhora (fls. 14), certificou o Sr. Oficial de Justiça que a executada não mais estava estabelecida naquele endereço (fls. 14vº). Foi determinado vista ao credor, no dia 15/03/81 (fls. 15) que, no dia 13/04/81, requereu a suspensão do processo tendo o seu pedido sido deferido (fls. 16). No dia 27/05/82 o MM. Juiz singular determinou a baixa e o arquivamento dos autos da execução, na forma do parágrafo 2º, do artigo 40 da Lei nº 6.830/80 (fls. 17). Os autos permaneceram no arquivo até o dia 09/01/87 (fls. 19vº), quando o credor

pediu fossem citados os sócios da executada, sendo o pedido deferido (fls. 19/25).

Como se vê, não ocorreu a prescrição intercorrente porque, em momento algum, a credora ficou inerte, deixando de cumprir qualquer determinação judicial. O processo ficou suspenso e arquivado, nos termos do artigo 40. Pelo **caput** deste dispositivo legal,

> "O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor, ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não ocorrerá o prazo de prescrição."

Na forma de seu parágrafo 2º, decorrido o prazo de um ano sem ser localizado o devedor ou encontrados bens, será ordenado o arquivamento e isto foi feito (fls. 17 dos autos em apenso).

Em qualquer tempo quando forem encontrados o devedor ou bens a serem penhorados, os autos serão desarquivados para que se prossiga a execução (parágrafo 3º). Esta determinação legal também foi atendida pelo credor que, localizados os sócios da executada, pediu a sua citação (fls. 19/25 dos autos em apenso).

Este Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 8.384-RJ, julgado no dia 20 de março de 1991, do qual fui relator, decidiu que:

> "A suspensão do processo, por vários anos, não importa extinção e resulta apenas no seu arquivamento provisório até que sejam localizados os bens do devedor."

Naquela oportunidade salientei que o caso não é de extinção e muito menos com suporte no artigo 174 do CTN e 267, inciso IV do CPC e concluí que:

> "O artigo 267 do CPC não se aplica às execuções fiscais porque estas são regidas pela Lei nº 6.830/80 e só subsidiariamente pelo CPC (artigo 1º). No caso, existe, na lei específica (6.830/80), dispositivo próprio que regula a suspensão e arquivamento provisório (artigo 40). Este dispositivo, determina o arquivamento provisório e não definitivo, na hipótese de não terem sido localizados os bens do devedor. A suspensão do processo, por vários anos, não importa extinção e resulta apenas no seu arquivamento provisório até que sejam localizados os bens. Assim sempre entendeu o TFR, bastando citar os seguintes precedentes: AC nº 132.453-PE, DJ de 03/12/87; AC nº 72.833-RS, DJ de 29/04/82; AC nº 72.913-RS, DJ de 05/08/82; AC nº 72.952-RS, DJ de 10/04/86 e AC nº 116.752-PE, DJ de 26/02/87."

Nos Recursos Especiais nºs 33.339-0-MG, 35.690-3-SP, julgados no dia 18/08/93, dos quais fui relator, entendeu esta Egrégia Turma que não se opera a prescrição intercorrente quando a credora não deu causa à paralisação do feito.

Já é pacífico neste Tribunal este entendimento, bastando citar os Recursos Especiais nºs 31.693-RJ, DJ de 28/06/93; 31.695-RJ, DJ de 28/06/93; 31.696-RJ, DJ de 28/06/93; 31.698-RJ, DJ de 28/06/93; 31.699-RJ, DJ de 28/06/93; 31.700-RJ, DJ de 28/06/93 e 31.701-RJ, DJ de 28/06/93.

A Súmula nº 78 do TFR dispõe que:

> "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição."

Com razão a Dra. **Edylcéa Tavares Nogueira de Paula**, digna Subprocuradora-Geral da República, em seu bem lançado Parecer de fls. 131/141, do qual destaco o seguinte trecho:

> "Na realidade, estando suspensa a execução fiscal, a prescrição intercorrente não poderia se consumar.
>
> Preceitua o artigo 40, da Lei nº 6.830/80:
>
> "O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, *não correrá o prazo de prescrição.*
>
> Parágrafo 1º — Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.
>
> Parágrafo 2º — *Decorrido o prazo máximo de 01 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.*
>
> Parágrafo 3º — *Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.*" (grifos nossos)

O Professor **Theotônio Negrão in**, "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 16ª edição, Malheiros Editores/SP, 1993, página 856, comentando a matéria, nas notas 3, 4 e 6 assim se manifestou:

> "Artigo 40: 3 — Esta suspensão se faz sem o cancelamento da distribuição do feito, porque não é caso de extinção do processo, porém de simples arquivamento, depois de decorrido o prazo do parágrafo 2º (STJ — Reg. 91.2940-8-RJ, Rel. Min. Américo Luz, j. 14/04/91, deram provimento, v.u., Dec. 20/05/91, p. 6.525, 1ª col. em.).
>
> Artigo 40: 4 — O arquivamento se dá mediante simples despacho (RTFR 138/61), des-

pacho esse irrecorrível (artigo 504, nota 02), se não causar prejuízo; ao passo que a extinção do processo depende de sentença (CPC, 795). Se, além do arquivamento, o juiz determina o cancelamento da distribuição, cabe agravo de instrumento (TRF — 4ª Turma, AC 74.372-RS, Rel. Min. José de Jesus Filho, j. 03/09/86, conheceram da apelação como agravo, v.u., DJU 02/10/86, p. 18.184, 2ª col, em.: tb. em Vol. do TFR 107/15).

Artigo 40: 6 — Não há extinção do processo de execução fiscal, porém simples arquivamento, podendo prosseguir a execução, nos termos do parágrafo 3º (RSTJ 20/421; TFR — 6ª Turma, AC 72.954-RS, Rel. Min. Torreão Braz, j. 06/06/83, deram provimento parcial, por maioria, DJU 20/10/83, p. 16.213, 1º col., em.).

Partindo-se dessa premissa, o recurso cabível contra a decisão que determina o seu arquivamento é o agravo (v., porém, nota 04). Diversamente: RJTJESP 105/326, sustentando que é a apelação, mas não há erro grosseiro na interposição do agravo.

"A suspensão do processo, por vários anos, não importa extinção e resulta apenas no seu arquivamento provisório até que sejam localizados os bens do devedor" (STJ — 1ª Turma, REsp nº 8.384-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 20/03/91, deram provimento, v.u., DJU 29/04/91, p. 5.254, 1ª col., em.).

Por outro lado, nossos tribunais, em hipóteses análogas à presente, têm decidido, **verbis**:

"Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Supressão. Lei nº 6.830/80.

A prescrição intercorrente admitida pela jurisprudência antes da Lei 6.830, de 1980, foi suprimida pelo respectivo artigo 40, parágrafo terceiro, sem afronta à Constituição Federal, porque à época essa matéria não se incluía no rol das normas gerais de direito tributário, categoria em que foi incluída somente a partir da Constituição Federal de 1988. Apelação provida." (AC 425.714-RS, TRF, 4ª Região, 1ª Turma, Rel. Juiz **Ari Pargendler**, publ. DJ, Seção II, 25/08/93, pág. 33.907).

"Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Supressão. Lei nº 6.830/80.

A prescrição intercorrente, nas execuções fiscais, foi abolida pelo artigo 40, parágrafo 3º, da Lei nº 6.830, de 1980. Hipótese em que, ademais, ela sequer teria se caracterizado, sabido que a jurisprudência anterior só a dava como imple-

mentada se o processo ficasse paralisado por mais de cinco anos por inércia do credor. Apelação provida." (AC 403.312-RS, TRF, 4ª Região, Rel. Juiz **Ari Pargendler**, publ. DJ, Seção II, 05/05/93, pág. 16.163).

"Tributário. Processual Civil. Artigo 40 da Lei nº 6.830/80.

— Não localizado o devedor, ou bem sobre o qual possa incidir a penhora, não compete ao juiz extinguir de ofício o processo com base na prescrição intercorrente. O procedimento cabível, desde que intimado o credor, é o arquivamento sem baixa na distribuição, na forma do artigo 40 da Lei nº 6.830/80.

— Recurso provido. Sentença reformada." (AC 205.888-RJ, TRF, 2ª Região, Rel. Juiz Clélio Erthal, publ. DJ, Seção II, 09/03/93).

Não se configurou, assim, a prescrição intercorrente, por duas razões; a uma, porque descumprida a formalidade indispensável da intimação pessoal do representante da Fazenda Pública; a duas, porque o processo estava suspenso nos termos do artigo 40, parágrafo 2º c/c o parágrafo 3º do mesmo dispositivo.

Para o acórdão, ora recorrido, o prazo voltara a correr após a suspensão de 01 (hum) ano, a teor do parágrafo 2º, artigo 40 da Lei nº 6.830/80, dando lugar à prescrição intercorrente.

Todavia, os ilustres julgadores desconsideraram o despacho de fls. 17 dos autos em apenso, no qual o MM. Juiz, com fulcro no mesmo artigo 2º, mandou arquivar os autos.

É que nesses casos, não ocorre a extinção do feito, mas simples arquivamento podendo a *qualquer tempo prosseguir a execução*, a teor do parágrafo 3º do mesmo dispositivo." (fls. 136/140)

Dou provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido, afastar a prescrição e determinar que seja examinado o mérito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.565-0 — RS — (90.0002692-0) — Relator: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. Advogados: Marília F. de Marsillac e outros. Recdo.: Jorge Vianna Oliveira. Advogados: Antonio Augusto Vieira Falcão e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (em 29.11.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 4.653-0 — RS

(Registro nº 90.0008155-6)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Assessoria Postal e Distribuidora Ltda.*

Recorrida: *Empresa Bras/de Correios e Telégrafos — ECT*

Advogados: *José Oswaldo de Paula Santos e outro, e José Corrêa Gomes e outros*

EMENTA: ***Administrativo. Monopólio postal. Lei 6.538/78.***

— Documentos bancários e títulos de crédito constituem carta, decorrendo daí que sua distribuição integra o monopólio postal do Estado. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o relator os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 06 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: "Assessoria Postal e Distribuidora Ltda", empresa que se dedica ao recebimento, transporte e entrega de numerário, jóias, bilhetes e volantes de loteria, documentos contábeis, jornais, revistas, planos e desenhos técnicos, desacompanhados de comunicação escrita, interpôs recurso extraordinário convertido, **ipso jure**, em especial pela decisão de fls. 297, da Eg. Suprema Corte, contra acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos, assim ementado (fls. 202):

> *"Administrativo. Entrega de correspondência. Monopólio estatal. ECT.*
>
> — Constatado que a Impetrante, firma de prestação de serviços, executava tarefas próprias da atividade de monopolística desenvolvida pela ECT, porquanto fazia entrega de correspondência com caráter de mensagem, carta fechada, inclusive, a irregularidade autoriza a ação regressiva do agente público.

— Recurso provido.

— Segurança cassada."

Sustenta a recorrente que o acórdão impugnado decidindo a questão controvertida nos autos violou os artigos 7º, da Lei 6.538/78 e 17, *m*, do Decreto nº 83.858/79, uma vez que "faz entrega, apenas, de documentos bancários, títulos de crédito e documentos contábeis correlatos", atividades essas excluídas do monopólio postal — fls. 207.

Parecer, às fls. 257/291, pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Para o deslinde da questão fico com o substancioso parecer do Ministério Público Federal, do qual destaco os seguintes pontos esclarecedores da hipótese recursada (fls. 276/284):

"Disciplinando o regime de monopólio do serviço postal, fixou a Lei nº 6.538/78, no seu art. 7º, **in verbis**:

"Art. 7º — Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento.

§ 1º — São objeto de correspondência:

a) carta;

b) cartão-postal;

c) impresso;

d) cecograma;

e) pequena encomenda.

§ 2º — Constitui serviço postal relativo a valores:

a) remessa de dinheiro através de carta com valor declarado;

b) remessa de ordem de pagamento por meio de vale-postal;

c) recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista, por via postal.

§ 3º — Constitui serviço postal relativo a encomendas a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal.

E, no art. 47, do referido diploma, definiu-se *carta* "como objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário".

Dispondo especificamente sobre o regime de monopólio de atividades postais e as hipóteses de exclusão, estabeleceu-se no art. 9º, **in verbis**:

"Art. 9º — São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I — recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão postal;

II — recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;

III — fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

§ 1º — Dependem de prévia e expressa autorização de empresa exploradora do serviço postal:

a) venda de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal;

b) fabricação, importação e utilização de máquinas de franquear correspondência, bem como de matrizes para estampagem de selo ou carimbo postal.

§ 2º — Não se incluem no regime de monopólio:

a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;

b) transporte e entrega de carta e cartão-postal, executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento."

O regulamento atinente ao serviço postal foi aprovado pelo Decreto nº 83.858, de 15.08.79, que, no seu art. 2º, determinou o encerramento, no prazo de seis meses, da exploração feita por terceiros, de serviço de transporte ou de entrega de comunicação escrita definido como monopólio da União. No art. 15, do regulamento, dispôs-se sobre o serviço postal, **in verbis**:

"Art. 15 — O serviço postal compreende:

I — o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega de:

a) objeto de correspondência;

b) valor;

c) encomenda;

d) correspondência agrupada.

II — a venda de;

a) selo e outras fórmulas de franqueamento, de peças e de publicações filatélicas;

b) cupão-resposta internacional;

c) papel, envelope e cartão para correspondência, e de embalagem padronizada para remessa de encomenda postal;

d) publicações divulgando regulamentos, normas, tabelas tarifárias, listas de códigos de endereçamento e outros assuntos referentes ao serviço postal.

III — O recebimento, por conta de terceiros, de tributos, prestações, contribuições e outras obrigações pagáveis à vista;

IV — a exploração de publicidade comercial em objetos de correspondência;

V — outra atividade postal, nacional ou internacional que venha a ser desenvolvida, bem como qualquer outro serviço compatível com a finalidade da empresa exploradora, que vise ao desenvolvimento cultural, bem-estar da população ou fortalecimento de sua economia.

Parágrafo único — São objetos de correspondência:

a) carta;

b) cartão-postal;

c) impresso;

d) cecograma;

e) pequena encomenda.

E, no tocante às hipóteses de exclusão do monopólio postal, estabeleceu o Regulamento, no seu art. 17, a seguinte regra:

"Art. 17 — É excluído do monopólio da União:

a) o transporte de carta aberta de simples apresentação ou recomendação ao portador;

b) o transporte de carta aberta ou de cartão-postal de data anterior a 1 (um) ano;

c) o transporte de carta ou de cartão-postal apresentado à empresa exploradora e restituído ao portador, depois de obliterado o selo devido, desde que este transporte não constitua exploração econômica;

d) o transporte de carta ou de cartão-postal, quando ocasionalmente feito por pessoa que resida com o remetente ou com o destinatário;

e) o transporte de carta ou de cartão-postal até a caixa de coleta ou unidade postal;

f) o transporte de carta ou de cartão-postal entre localidades em que não haja entendimento postal;

g) o transporte de carta ou de cartão-postal entre localidade em que exista atendimento postal e outra que não o possua;

h) o transporte e a entrega de carta ou de cartão-postal dentro do perímetro de cidade, vila ou povoado, onde não haja distribuição domiciliária, desde que isto não constitua exploração econômica;

i) o transporte de carta ou de cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócio de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;

j) a coleta e a entrega gratuita de carta ou de cartão-postal, em edifício de habitação coletiva pelo respectivo encarregado;

l) o transporte de manifesto, guia de carga, conhecimento, nota fiscal ou qualquer outro documento de natureza tributária, comercial ou administrativa utilizado na condução de carga ou mercadoria;

m) o transporte de comunicação escrita, quando se referir exclusivamente ao conteúdo do volume em que estiver incluído;

n) o transporte e a entrega de aviso de cobrança relativo ao consumo de água, de energia elétrica, ou de gás, quando realizados pelo concessionário do respectivo serviço público."

Como já ressaltado, a lei definiu carta "como objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra que contenha informação de interesse específico do destinatário" (Lei nº 6.538/78, art. 47). Portanto, toda e qualquer mensagem ou correspondência que contenha os elementos descritos no referido dispositivo é *carta*, para os efeitos legais, estando o seu recebimento, transporte e entrega submetido ao regime de monopólio em todo o território nacional (Lei nº 6.538/78, art. 9º, I).

Não obstante, houve por bem o legislador contemplar expressamente duas exceções ao regime de monopólio do serviço postal:

a) o transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócio de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial; e

b) o transporte e entrega de carta e cartão-postal executados eventualmente e sem fins lucrativos.

Dessarte, tendo o legislador ordinário, fixado, no uso de sua competência, as exceções ao monopólio do serviço postal, cabe ao regulamento dispor tão-somente sobre a forma pela qual os órgãos administrativos devem dar-lhe execução. Evidentemente, a validade das disposições regulamentares, nesse particular, depende de sua compatibilidade com o estabelecido na lei.

E, como se pode constatar, as hipóteses previstas nas alíneas, **a**, **b**, **c**, **d**, **e**, **f**, **g**, **h**, e **j**, do art. 17 do Regulamento, configuram apenas a pormenorização ou o desdobramento da exceção relativa ao transporte e entrega de carta ou cartão-postal, executados em caráter eventual e sem fins lucrativos (Lei nº 6.538/78, art. 9º, § 2º, alínea **b**).

A alínea **i** do art. 17, do Regulamento em apreço, limitou-se a reproduzir a exceção estabelecida no art. 9º, § 2º, alínea **a** ("o transporte de carta ou cartão-postal efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócio de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial").

No art. 17, alínea **n**, do ato regulamentar referido, considerou-se que "o transporte e a entrega

de aviso de cobrança relativo ao consumo de água, energia elétrica, ou de gás, quando realizados pelo concessionário do respectivo serviço público" estavam excluídos igualmente do monopólio de serviço postal.

Não há dúvida de que os referidos avisos, como qualquer outra carta de cobrança, estão abrangidos pelo conceito de carta fixado no art. 47, da Lei 6.538/78. E, dentro da sistemática adotada pelo diploma legal em apreço, inexiste diferença entre os avisos emitidos pelos concessionários de serviço público, e as cartas de cobrança encaminhadas pelas empresas comerciais em geral. Aludida atividade é exercida, evidentemente, de forma habitual e sistemática, tendo inequívoco caráter comercial e lucrativo.

De resto, ainda que se pudesse admitir a compatibilidade do preceito contido no art. 17, alínea **n**, do Decreto nº 83.858/79, com a disposição constante do art. 9º, § 2º, alínea **b**, da Lei 6.538/78, afigurar-se-ia imperioso reconhecer que a transferência da execução dessa atividade específica a terceiros, através de contratos de prestação de serviço, afronta radicalmente a regra nele expressa (Cfr. decisões do TFR nas Ap. Cíveis nºs 89.534 e 80.093).

Finalmente, o art. 17, alínea **m**, do Decreto regulamentar, declara estar excluído do monopólio *"o transporte de comunicação escrita, quando se referir exclusivamente ao conteúdo do volume em que estiver incluída"*.

É evidente que a norma em questão se refere ao transporte de encomendas, numerários, jóias, livros e similares e outros objetos que não se enquadrem no conceito legal de *carta*, isto é, de "objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário" — (Lei nº 6.538/78, art. 47).

E, não foi por outra razão que a disposição regulamentar se referiu, expressamente, ao *transporte eventual de comunicação escrita relativo, exclusivamente, ao conteúdo do volume a ser trasladado.*

De resto, não subsiste dúvida de que o transporte de mercadorias, bens e objetos outros não está abrangido pelo monopólio, não carecendo sequer de disciplina legal específica, uma vez que o texto constitucional contempla única e exclusivamente o *transporte de cartas e de encomendas postais que a elas se equiparam* (Cfr. **Pontes de Miranda**, Comentários à Constituição de 1946, vol. I, p. 271).

É possível que a expressão literal do preceito, com alusão direta ao "transporte de comunicação escrita", tenha dado ensejo a

alguma perplexidade. Todavia, estando assente que a regra constante do art. 17, alínea **m**, do Decreto nº 83.858/79, diz respeito tão-somente ao transporte de volumes e objetos (não de cartas), ainda que acompanhados de alguma comunicação escrita a eles referentes, não há como deixar de reconhecer a insubsistência dos motivos ensejadores da controvérsia.

Nessas condições, é fácil de ver que, ao entender que os *avisos de vencimentos* hão de ser considerados *carta*, a teor do disposto no art. 47, da Lei 6.538/78, o v. aresto recorrido emprestou adequada e exata inteligência aos preceitos legais e regulamentares.

Como observado, a norma contida no art. 17, alínea **m**, do Regulamento, limitou-se a explicitar — até desnecessariamente — que o monopólio postal não incide sobre o transporte de bens, mercadorias, e objetos outros que não estão abrangidos pelo conceito de carta, ainda que acompanhados de comunicação estrita a eles atinentes.

Nem se há de invocar, em arrimo da tese da recorrente, pretensa e eventual *autorização em branco,* supostamente contida no art. 7º, da Lei 6.538/78 — fls. 216.

Como demonstrado à saciedade, o preceito constante do art. 17, alínea **m**, do Regulamento, aplica-se única e exclusivamente ao transporte de comunicação escrita *incorporada* a mercadorias, bens e objetos outros. Impertinente, pois, a sua invocação para legitimar o transporte dos chamados avisos de vencimento e outras comunicações."

Anoto, por derradeiro, que a controvérsia aqui agitada tem precedentes na Corte na linha do decidido pelo acórdão recorrido. Confiram-se os relativos aos REsps. nºs 3.667-SC e 4.623-PR, relatados pelos eminentes Ministros Pedro Acioli e Humberto Gomes de Barros, assim, ementados, respectivamente, **verbis**:

> *"Administrativo. Monopólio postal. Notificação de lançamento tributário. Lei nº 6.538/78.*
>
> — Os carnês de notificação de lançamento tributário constituem carta. Por isto, sua distribuição integra o monopólio da ECT (Lei nº 6.538/78 — Arts. 9º e 47)." (DJ de 14.12.92)
>
> .....
>
> *"Constitucional. Monopólio estatal. Postal.*
>
> I — Entre os serviços constitucionalmente monopolizados inclui-se o serviço postal.
>
> II — As exceções previstas no art. 17, **n** do Decreto-lei 83.858/79, diz respeito tão-somente às concessionárias que exploram serviços afetos a monopólio estatal, e que, em razão do próprio serviço, entregam, diretamente, as faturas referentes à exploração de tais serviços.
>
> III — Improvimento do recurso." (DJ de 10.09.90)

Do exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.653-0 — RS — (90.0008155-6) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Assessoria Postal e Distribuidora Ltda. Advogados: José Oswaldo de Paula Santos e outro. Recda.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT. Advogados: José Corrêa Gomes e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 06.06.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.

RECURSO ESPECIAL Nº 6.724-0 — PR

(Registro nº 90.0013079-4)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrentes: *Kiyo Atomiya e outros*

Advogado: *Kiyoshi Ishitani*

Recorridos: *Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná — DER/PR e outro*

Advogados: *Ubirajara Ayres Gasparin e outros*

EMENTA: ***Desapropriação indireta. Natureza real. Competência. Juízo da situação do imóvel. Nulidade dos atos decisórios.***

Não tendo a ação ajuizada caráter meramente indenizatório, de índole obrigacional, mas sendo de natureza real, a ação é, na verdade, desapropriatória, chamada indireta.

Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis, firma-se a competência, absoluta, pelo lugar da coisa, aplicando-se a regra do artigo 95, do Código de Processo Civil.

Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Brasília, 18 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto por Kiyo Atomiya e outros, fundado no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, ementado nos seguintes termos:

"Desapropriação indireta. Ação real imobiliária. Competência do foro da situação dos imóveis (CPC art. 95). Anulação de ofício do processo, ***ab initio****.*

1. Nas chamadas ações de "desapropriação indireta", o respectivo pedido de indenização, na verdade substitui os pedidos nas ações reivindicatórias e reintegratórias, dada a impossibilidade do exercício destas últimas pelos expropriados, em face da irreversibilidade do apossamento das áreas levado a efeito pela Administração, tendo por isso, aquelas ações o caráter de ações reais imobiliárias, e como tais, devem ser processadas e julgadas no **forum rei sitae** (CPC art. 95).

2. Como na espécie a ação foi julgada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas desta Capital, enquanto que os imóveis estão localizados nas Comarcas de Cornélio Procópio e Uraí, decreta-se, de ofício (CPC art. 113) a nulidade do processo **ab initio**, a fim de que outras ações sejam propostas nos Juízos das Comarcas de situação de cada imóvel objeto da ação.

Recursos prejudicados."

Alegam os recorrentes que o aresto hostilizado negou vigência ao artigo 94 e ao § 2º, do artigo 113, do CPC, ao entendimento de que, tratando-se de ação pessoal, impunha-se o foro do domicílio do réu.

Alegam, ainda, que a decretação de incompetência não poderia prevalecer por ter decretado a nulidade **ab initio** do processo, quando, na verdade, somente os atos decisórios seriam nulos.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 322/325, manifestou-se pelo parcial provimento do

apelo para assentar que a incompetência absoluta, declarada **in casu**, acarreta somente a nulidade dos atos decisórios.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor Presidente, nas ações fundadas em direito real sobre imóveis a competência é a do **forum rei sitae** e o artigo 95 do CPC não deixa margem a qualquer dúvida a respeito.

Veja-se, quanto ao tema, o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, no RE nº 102.574-PE, relator o eminente Ministro Soares Muñoz, **verbis**:

"Ação de desapropriação indireta. Foro competente.

— A chamada ação de desapropriação indireta é, na sua substância, ação reivindicatória que se resolve em perdas e danos, diante da impossibilidade de o imóvel voltar à posse do autor, em face do caráter irreversível da afetação pública que lhe deu a Administração Pública. Aplicação do artigo 95 do CPC. Recurso Extraordinário conhecido e provido."

Conforme acentuado no voto proferido por S. Exa., "tratando-se, na espécie, de ação de indenização por desapropriação indireta, não se pode negar-lhe a natureza real, razão pela qual deve ser ela processada e julgada no **forum rei sitae** (CPC, art. 95)."

Irrepreensível, portanto, o v. acórdão recorrido ao declarar a incompetência do juízo monocrático para atuar no feito.

Quanto à decretação da nulidade, **ab initio**, do processo, inobservado restou o disposto no artigo 113, § 2º, do CPC, que prescreve:

"Art. 113. ..... (**omissis**)

.....

§ 2º. Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente."

No REsp nº 6.421-PR, relator o Ministro Ilmar Galvão, julgado por esta Segunda Turma, decidiu-se que:

"É procedente recurso especial, por violação do art. 113, § 2º, do CPC, contra acórdão que, reconhecida a incompetência absoluta do juiz prolator da sentença, anulou o processo **ab initio**, ao invés de anular apenas os atos decisórios" (Ver REsp nº 14.021-PR, julgado em 27.04.94, de que fui relator).

Tenho, assim, que procede, parcialmente, a irresignação dos recorrentes, razão porque dou parcial provimento ao apelo para que se observe o disposto no art. 113, § 2º, do CPC.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.724-0 — PR — (90.0013079-4) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Rectes.: Kiyo Atomiya e outros. Advogado: Kiyoshi Ishitani. Recdos.: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná — DER/PR e outros. Advogados.: Ubirajara Ayres Gasparin e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 18.05.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.599-0 — RJ

(Registro nº 91.0011016-7)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Auto Viação Vera Cruz Ltda.*

Recorridos: *Julita Lara Cravo de Vasconcelos e outro*

Advogados: *Drs. Eliete Duarte Pinto e outros, e Manuel de Lima Fontes*

EMENTA: ***Civil e Processual. Ação de indenização proposta por mulher e filha de vítima fatal de acidente rodoviário. Culpa do preposto da empresa ré reconhecida em sede criminal. Verbas indenizatórias. Denunciação da lide (CPC, art. 70-III). Via autônoma. Princípios da economia e da celeridade. Recurso parcialmente acolhido.***

I — As prestações vencidas e vincendas estipuladas a título de pensão indenizatória, uma vez fixadas em número de salários mínimos, consoante faculta o enunciado nº 490 da súmula/STF, devem ser calculadas tomando como base o valor do salário mínimo vigente nas datas dos respectivos e efetivos pagamentos.

II — Os juros compostos a que alude o art. 1.544, CC, somente são devidos se o dever de indenizar resulta de crime e somente são exigíveis daquele que efetiva e diretamente o haja praticado, disso decorrendo inacolhível pretensão no sentido de que sejam suportados pela empresa empregadora, quando demandada esta apenas com base na responsabilidade objetiva que lhe obriga a reparar os danos decorrentes dos atos delituosos de seus prepostos.

III — Os juros moratórios, em se tratando de responsabilidade objetiva, apenas começam a fluir a partir da data da citação inicial.

IV — Não comprovada a alegada realização de despesas com luto e funeral, inadmissível a concessão de verba indenizatória a esse título.

V — Os honorários advocatícios a cujo pagamento for obrigada a empresa preponente, nestes casos em que sua obrigação reparatória resulte reconhecida por critério meramente objetivo, devem ser fixados em percentual sobre o somatório dos valores das prestações vencidas mais um ano das vincendas, mostrando-se inaplicável o disposto no § 5º do art. 20, CPC.

VI — Os princípios da economia e da celeridade podem justificar a não anulação parcial do processo onde indevidamente não se admitiu a denunciação da lide (CPC, art. 70, III), ressalvado ao denunciante postular seus eventuais interesses na via autônoma.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 3/93, e Fontes de Alencar.

Brasília, 1º de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Proposta por esposa e filha de vítima fatal de acidente rodoviário ação indenizatória de rito sumaríssimo contra Transportes Oriental Ltda., hoje Auto Viação Vera Cruz Ltda., esta denunciou da lide, dentre outros, a Companhia Adriática de Seguros Gerais.

Citada, referida denunciada veio aos autos e aceitou expressamente a denunciação, reconhecendo sua responsabilidade contratual, insurgindo-se apenas contra a "pretendida atualização monetária do valor segurado".

Sentenciando, o MM. Juiz, após julgar improcedente a aludida denunciação, sob o argumento de que a Companhia Adriática de Seguros Gerais não poderia ser parte no processo, deu pela procedência do pedido, condenando a empresa ré ao pagamento de todas as verbas requeridas pelas autoras na inicial.

Interposta apelação, a eg. Terceira Câmara do Tribunal de Alçada

Cível do Rio de Janeiro deu-lhe parcial provimento "para fixar em 37 anos a sobrevida provável da vítima e excluir da condenação as parcelas referentes a FGTS e a salário família, mantida a sentença quanto ao mais". O acórdão restou assim ementado:

"Sumaríssima. Responsabilidade civil. Indenizatória.

Preposto da empresa definitivamente condenado no âmbito do Juízo criminal. Evidente reflexo desta condenação no campo do juízo cível. Sentença que deferiu as verbas da condenação nos termos do pedido inicial e que foram objeto do recurso.

Denunciação da lide julgada improcedente com perfeita aplicação dos princípios legais".

Rejeitados declaratórios, a empresa ré manifestou recurso especial, alegando vulneração dos arts. 70, III, 75, I, 276, CPC, e 1.544, CC, além de divergência jurisprudencial com julgados de outros tribunais e com o enunciado nº 490 da súmula/STF. Sustenta, em síntese:

a) que o percentual da verba honorária não pode ser fixado sobre o valor total da condenação, mas sim sobre o montante do somatório das prestações vencidas mais doze vincendas;

b) que os juros devem ser simples e a partir da citação;

c) que o pensionamento não pode ultrapassar 2/3 dos rendimentos da vítima, devendo ser fixado com base no valor do salário mínimo e reajustado segundo a variação deste;

d) que as despesas de funeral e jazigo não restaram comprovadas, sendo inadmissível a concessão de indenização a esse título;

e) que, finalmente, injustificável se apresenta o inacolhimento da denunciação da lide feita à Companhia Adriática de Seguros Gerais, na medida em que aceita pela própria denunciada e, ademais, exigível para assegurar o direito de regresso decorrente do contrato de seguro.

Contra-arrazoado, foi o apelo admitido na origem, havendo o Ministério Público federal opinado pelo seu conhecimento e provimento em parecer do Dr. **João Henrique Serra Azul**, assim sumariado:

"Recurso Especial. Artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal. Decisão proferida em ação indenizatória rejeitando denunciação à lide, em flagrante desconsideração ao art. 70, III do CPC. Fixação de juros compostos obrigando a quem não foi o autor do delito. Existência de negativa de vigência de lei federal e dissídio jurisprudencial reconhecidos. Provimento do recurso".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): 1. O invo-

cado dissídio jurisprudencial não restou devidamente demonstrado, seja porque reproduzidas, no mais das vezes, apenas ementas dos julgados apontados como paradigmas, seja porque o único acórdão de que extraído excerto suficiente em tese a configurar a divergência veio aos autos por cópia não autenticada.

De aduzir-se, ademais, relativamente à fixação dos honorários advocatícios, que esta foi realizada, **in casu**, segundo interpretação do disposto no § 5º do art. 20, CPC, introduzido pela Lei 6.745, de 5.12.1979. Já os arestos referentes ao tema colacionados pela recorrente foram proferidos em data anterior à edição desse aludido diploma legal; anacrônicos, portanto, não podendo, também por essa razão, ser considerados para efeito de configuração da divergência.

No que diz, por outro lado, com o valor do pensionamento, a sentença, nesse ponto confirmada pelo acórdão recorrido, o deferiu na consonância do postulado na inicial, em cujo item 8.1, após esclarecido que o marido e pai das autoras percebia, à época do acidente fatal, remuneração correspondente a 4 salários mínimos, foi pleiteada condenação ao "pagamento de uma prestação pecuniária mensal equivalente a 2/3 de 4 salários mínimos". A fixação do **quantum** indenizatório não exorbitou, portanto, da recomendação jurisprudencial majoritária, constante do julgado trazido a confronto pela recorrente, no sentido de que "a pensão deve corresponder a 2/3 dos ganhos da vítima".

Reputo, assim, não evidenciada, por qualquer ângulo que se analise, a sustentada existência de dissonância interpretativa com os arestos referidos nas razões do especial.

2. Apenas no que respeita à argüida discrepância com o enunciado nº 490 da súmula/STF é que considero possa o apelo merecer conhecimento pela alínea **c** do permissivo constitucional.

Com efeito, estabelecido o pensionamento, como na espécie, em número de salários mínimos (2/3 de 4 salários, que é igual a 2,66 salários), não se há de falar, tal como sustentado pela recorrente, em incidência de correção monetária, na medida em que o valor do salário mínimo sofre natural e periódico reajuste, que já engloba a perda inflacionária ocorrida.

Disso decorre que, calculado o número de salários mínimos devidos, basta multiplicá-lo pelo valor do salário mínimo vigente na data do pagamento para obter o montante, em moeda corrente e já atualizado, a ser pago.

Esse critério é válido tanto para determinação do valor das prestações vencidas como das vincendas.

Incabível, assim, que o cálculo daquelas se faça como indevidamente determinado **in casu**, ou seja, tomando por base o valor do salário mínimo em cada um dos meses compreendidos entre a data do evento lesivo e a data do efetivo pagamento e sobre tais valores fazer incidir correção monetária. Tal método,

além de extremamente trabalhoso, gera intermináveis polêmicas acerca dos critérios de atualização adotados pelo contador, máxime em se considerando que da data do falecimento até hoje já se passaram cerca de 12 anos.

Lógico, portanto, que se aplique ao caso vertente a orientação insculpida no verbete 490 da súmula/STF, que, saliente-se, não restou afetada pela disciplina da Lei 6.205/75, consoante já decidido por esta Turma, quando do julgamento do REsp 1.999-SP, relator o Sr. Ministro **Athos Carneiro**, de cuja ementa se extrai:

> "A fixação de indenização em salários-mínimos não contraria a Lei 6.205/75, que apenas tornou defesa a utilização do salário-mínimo como fator de correção monetária" (DJ de 7.5.90).

Em conclusão, para cálculo das prestações vencidas deve-se multiplicar 2,66 pelo número de meses transcorridos entre a data do acidente e a data em que as mesmas vierem a ser saldadas, sem deixar de incluir nesse total um mês a mais por ano, para fazer face aos décimos-terceiros salários de tal período. Obtido por essa forma o total de salários mínimos devidos, a simples multiplicação desse resultado pelo valor do salário mínimo vigente à época do efetivo pagamento redundará no montante da dívida vencida, já devidamente atualizada, não se havendo, repita-se, de cogitar de incidência de correção monetária.

3. Passando à análise do especial sob o prisma da alínea **a**, tem-se que realmente violados todos os dispositivos legais explicitamente invocados nas razões recursais, ou seja, arts. 70, III, 75, I, 276, CPC e 1.544, CC.

4. Em primeiro plano, vê-se que ocorreu induvidosa violação dos arts. 70, III e 75, I, CPC, para cuja demonstração reproduzo excerto do parecer do Ministério Público local, adotado às inteiras pelo ilustre Subprocurador Geral da República que oficiou nestes autos:

> "Inicialmente, deve-se destacar que o julgado recorrido, ao adotar as razões de decidir da sentença de 1º grau para ratificar o indeferimento da denunciação à lide, deixou de aplicar a norma adjetiva consubstanciada no art. 70 inc. III do CPC.
>
> O requerimento de denunciação à lide formulado às fls. 62, é decorrente do contrato de seguro (fls. 73/76) celebrado entre o ora recorrente e a Cia. Adriática de Seguros Gerais, constando da apólice a garantia até o limite de Cr$ 5.000.000,00 (valor da época) por danos pessoais.
>
> Citada, a denunciada veio aos autos (fls. 115/118) e, expressamente, aceitou a denunciação, reconhecendo a obrigação contratual e ressalvando que o pagamento eventual do seguro seria feito sem acréscimos.
>
> Ora, conjugando-se a natureza da ação (indenizatória) com a

obrigação contratual, verifica-se que o direito do denunciante, em relação ao denunciado, tem a mesma origem daquele em que se funda a ação.

Desse modo, e na ausência de outras questões de ordem jurídica que tenham sido suscitadas pelas partes, não poderia o juízo monocrático indeferir a denunciação à lide, proferindo decisão sem qualquer fundamentação (fl. 175), limitando-se apenas a afirmar que a Cia. Adriática não poderia ser parte no processo.

A decisão imotivada, por certo, ignorou o texto normativo de lei federal, não fazendo nenhuma consideração quanto a aplicação do instituto, o que deve ser entendido, em última análise, como negativa da sua vigência."

A isso acresça-se que, inexistindo controvérsia acerca da pertinência da denunciação feita pela ré-recorrente, havendo a denunciada sido citada e aceitado essa qualidade sem objeção, o acolhimento da intervenção é medida que se impõe segundo o que resulta do disposto no art. 75, CPC, ressalvada somente, por óbvio, a hipótese de o juiz, usando da prerrogativa que lhe confere o § 3º do art. 267, CPC, entender de ofício presente uma das situações a que aludem os incisos IV, V e VI do mesmo art. 267, CPC. Se assim considerar, contudo, deve fundamentar, de forma plena e satisfatória, a sua convicção, expondo as razões de decidir pela inadmissibilidade da denunciação, o que inocorreu na espécie.

Embora reconhecendo violados os arts. 70, III e 75, I, CPC, entendo, porém, não ser caso de anular o feito a partir do indevido inacolhimento da denunciação e de ensejar a remessa dos autos à origem para que, uma vez admitida a intervenção, sejam ali apreciados os argumentos da denunciada acerca dos limites de sua responsabilidade, proferindo-se decisão a respeito.

Tal procedimento redundaria em delonga a que não se justifica submeter as autoras-recorridas, sem interesse algum na relação paralela.

Ademais, a preocupação maior manifestada pela recorrente diz com o seu direito de regresso, para cuja salvaguarda entende necessária a denunciação.

Ocorre, contudo, que não há obrigatoriedade da denunciação na hipótese prevista pelo inciso III do artigo 70, CPC. Nesse sentido teve oportunidade de posicionar-se esta Turma, com respaldo em opiniões doutrinárias de escol, quando do julgamento do REsp 1.296-RJ, relator o Sr. Ministro **Athos Carneiro**, de cuja ementa se colhe:

"Processo Civil. Denunciação da lide. Obrigatoriedade. Nos casos do artigo 70, III, do CPC, a não-denunciação da lide não acarreta a perda da pretensão regressiva..." (DJ de 11.12.89).

Assim, a recorrente poderá, útil, eficazmente e sem espera muito superior à que adviria da devolução destes autos para análise da denunciação, promover ação autônoma contra a Companhia Adriática de Seguros Gerais, exigindo-lhe o ressarcimento, no limite da apólice, do que vier a desembolsar em razão da sucumbência experimentada nesta causa.

5. Quanto ao art. 1.544, CC, esta Turma, apreciando o REsp 17.550-SP, de que fui relator, teve oportunidade de externar entendimento no sentido de que

> "Os juros compostos somente são devidos se o dever de indenizar resulta de crime e somente podem ser exigidos daquele que efetivamente o haja perpetrado. Praticado o delito por preposto, não se impõe ao preponente, demandado com base em responsabilidade civil, o pagamento de juros compostos, devidos apenas como sanção de índole penal, restrita à pessoa do infrator" (DJ de 30.8.93).

Na espécie, tendo sido a recorrente demandada em face de sua relação de preposição com o motorista causador do sinistro, não se lhe poderia impor o pagamento de juros compostos, que, via de conseqüência, ficam excluídos da condenação.

6. Em relação ao art. 276, CPC, diviso ocorrida sua violação, na medida em que não acostada à inicial prova documental dos dispêndios realizados com luto e funeral, matéria impugnada. Houve, apenas, o pedido de "ressarcimento das despesas funerárias realizadas... despesas essas cujo montante estima-se em Cr$ 8.000.000,00 (Oito milhões de cruzeiros)". Tais gastos, entretanto, cumpria fossem comprovados, e não somente estimados, sem o que, consoante jurisprudência reiterada (confira-se, a propósito, REsp 20.163-2-RJ, de que fui relator), inadmissível a concessão de verba indenizatória para fazer face aos mesmos. Impõe-se, portanto, seja também excluída da condenação a parcela deferida a título de ressarcimento pelas despesas de luto e funeral.

Resta, por derradeiro, analisar dois aspectos que, embora deles não se possa conhecer pelo dissídio jurisprudencial a seu respeito invocado, merecem ser apreciados em face de haverem sido precisa e claramente impugnados nas razões do especial.

Com efeito, a recorrente insurgiu-se expressamente contra a fixação da verba honorária "no percentual de 20% sobre o valor da condenação", argumentando ser "entendimento pacífico que o cálculo da verba honorária deve fazer-se com base no total das prestações vencidas e uma anualidade das vincendas". Irresignou-se, ademais, com o termo **a quo** da contagem dos juros moratórios, que entende devidos somente "a partir da citação".

A Segunda Seção deste Tribunal, julgando os Emb. de Div. no REsp 7.821-SP, relator o Sr. Ministro **Eduardo Ribeiro**, houve por bem, pelo voto majoritário de seus integrantes, fixar orientação no sentido de que

> "Indicando o recurso, de modo induvidoso, qual a questão jurídica, e daí resultando clara a violação da lei, não importa tenha deixado de mencionar o dispositivo legal infringido. Poderá o julgador precisar a qual deva submeter-se.
>
> O enunciado da súmula 284 do Supremo Tribunal Federal supõe a impossibilidade de exata compreensão da controvérsia. Isso não decorre necessariamente da só circunstância de omitir-se a indicação da norma legal violada. A falta tem-se por irrelevante quando se patenteie, das razões do recurso, qual a que se pretende haja sofrido vulneração" (DJ de 5.4.93).

8. No caso, segundo se depreende da argumentação desenvolvida pela recorrente a que venho de fazer alusão, restou evidenciada a alegação de afronta aos arts. 20, § 5º, CPC e 962, CC, afronta que realmente existiu.

Isso em razão de que se cuida, na espécie, de responsabilidade objetiva, consoante leciona **Carlos Roberto Gonçalves**:

> "Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros é de todo prescindível.
>
> .....
>
> "A responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em dispositivo vários e esparsos... Há, ainda, as situações edificadas pela jurisprudência, como a do patrão, que é responsabilizado independentemente de culpa pelos atos danosos do empregado (súmula 341 do STF)..." ("Responsabilidade Civil", Saraiva, 5ª ed., 1994, nº 6, p. 18/20).

Nesse mesmo sentido, o Sr. Ministro **Athos Carneiro**, ao votar como relator no REsp 1.999-SP, observou:

> "No caso dos autos, cuida-se de empresa preponente, civilmente responsabilizada pelo ato criminoso do preposto. A responsabilidade do proponente, ao culminar longa evolução jurisprudencial, ante os fatos e as inafastáveis exigências da vida hodierna, passou a ser admitida como independente de culpa, baseada em critério puramente objetivo — STF, Súmula 341; **Aguiar Dias**, "Da Responsabilidade Civil", Forense, 1983, vol. II, 7ª ed., nº 192, eis que o empregador não pode livrar-se de sua responsabilidade pelo ato do preposto mesmo em comprovando inexistência de culpa de sua parte" (RSTJ 10/456).

E, sendo caso de responsabilidade objetiva, não se mostra aplicável a regra do § 5º do art. 20, CPC, devendo os honorários ser fixados em percentual sobre o resultado do somatório do valor das prestações vencidas mais um ano das vincendas.

Essa a orientação firmada no mesmo referido REsp 1.999-SP, de cuja ementa se destaca:

> "Honorários de advogado. Não incide o parágrafo 5º do art. 20 do CPC, por tratar-se de caso de responsabilidade objetiva da empresa empregadora. Verba honorária em percentual sobre as prestações vencidas e um ano das vincendas".

9. Quanto ao marco inicial de fluência dos juros moratórios em casos como o de que se cuida, esta Corte, da mesma forma, por suas Terceira e Quarta Turmas, assentou:

> "O artigo 962 do Código Civil, alusivo à mora desde o tempo em que o devedor haja praticado "delito", isto é, o ato ilícito, não se aplica aos casos de ilícito contratual ou de responsabilidade objetiva" (REsp 3.951-SP, relator o Sr. Ministro **Athos Carneiro**, DJ de 1º.10.90).
>
> "... os juros moratórios, nas hipóteses de responsabilidade objetiva ou culpa contratual, serão devidos a partir da data da citação inicial, nos termos do art. 1.536, § 2º, do Código Civil" (REsp 23.386-SP, relator o Sr. Ministro **Waldemar Zveiter**, DJ de 30.11.92).

10. Em face do exposto, conheço parcialmente do recurso e nessa parte dou-lhe provimento para que as prestações vencidas e vincendas, fixadas em número de salários mínimos, sejam calculadas tomando por base o valor do salário mínimo vigente nas datas dos efetivos pagamentos, conforme explicitado na fundamentação do voto, para excluir da condenação a verba concedida a título de ressarcimento das despesas de luto e funeral, para afastar a incidência de juros compostos e limitar a de juros moratórios simples, estabelecendo como termo **a quo** de sua fluência a data da citação inicial, e, finalmente, para reduzir os honorários advocatícios, em face inclusive do parcial êxito da recorrente nesta via, para 15% sobre o valor resultante do somatório das prestações vencidas mais um ano das vincendas.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.599-0 — RJ — (91.0011016-7) — Relator: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Auto Viação Vera Cruz Ltda. Advogados: Eliete Duarte Pinto e outros. Recdos.: Julita Iara Cravo de Vasconcelos e outro. Advogado: Manoel de Lima Fontes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 01.03.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93 e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.699-0 — PR

(Registro nº 91.0011361-1)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Recorrentes: *Jaime Schmitt Kreusch e outro*

Recorrido: *Banco Rural S/A*

Advogados: *Drs. Martins Sebastião Kreusch, Cláudio Xavier Petryk e outros*

EMENTA: ***Processual Civil. Execução. Penhora de bem imóvel. Necessidade de intimação do cônjuge.***

1. Segundo orientação que veio a prevalecer nesta Quarta Turma, no caso da penhora recair sobre bem imóvel torna-se imprescindível a intimação do cônjuge, sob pena de nulidade.

2. Ante a formação de litisconsórcio necessário, fica o marido-executado legitimado para argüir a eventual falta da intimação de sua mulher em sede de embargos à execução.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Senhores Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Ruy Rosado.

Brasília, 06 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Em atos de execução de título extrajudicial promovida por Banco Rural S/A contra os avalistas Jaime Schmitt Kreusch e outro, estes opuseram embargos de devedor, julgados improcedentes pelo juízo de primeiro grau.

Apelaram, então, os embargantes, alegando "cerceamento de defesa, decorrente do julgamento antecipado da lide, enfatizando, ainda, que não puderam se manifestar sobre a impugnação ofertada pelo embargado. Insistem, demais disso, nas alegações de cabimento do chamamento ao processo da devedora concordatária e nulidade da penhora. Aduzem, finalmente, que a dívida foi amortizada, cujo valor não foi deduzido pelo apelado, sendo certo, ainda, que, no curso destes embargos, a concordatária depositou a primeira parcela de seu débito nos autos da concordata, restando integralmente quitada a dívida exeqüenda". (fls. 59).

A eg. Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná decidiu, à unanimidade, negar provimento à apelação, a teor da seguinte ementa (fls. 61):

> *"Embargos do devedor — Julgamento antecipado — Cerceamento de defesa — Inocorrência na espécie. Chamamento ao processo — Execução cambial — Inaplicabilidade.*
>
> Nota promissória — Aval — Emitente em regime de concordata — Execução contra os avalistas — Embargos improcedentes — Recurso improvido.
>
> Não há cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, quando o feito não demanda a produção de outras provas, além das documentais constantes dos autos.
>
> É inadmissível o chamamento de terceiro em processo de execução cambial.
>
> Nada impede o credor, que não se habilitou na concordata do emitente da nota promissória, de agir contra os avalistas para obter o pagamento integral do seu crédito."

Os apelantes opuseram embargos de declaração, que resultaram rejeitados.

Interpuseram, então, o presente recurso especial com fulcro em ambas as alíneas do texto constitucional alegando que o v. acórdão recorrido contrariou os artigos 331, I e II, 332, 669, § 1º, 598, 143, I, 2ª parte, 285, 319, 586 e 618, I, do Código de Processo Civil, assim como, o artigo 1.531 do Código Civil, e os artigos 23 e 169, IV do Decreto-lei 7.661/45 e, ainda, dissídio jurisprudencial.

O ilustre Juiz Vice-Presidente do Tribunal **a quo** admitiu o processamento do recurso especial, em minuciosa decisão (fls. 99/104), apenas no tocante a alegada contrariedade ao artigo 669, § 1º do Código de Processo Civil e, ainda, quanto ao dissídio pretoriano.

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, muito embora tivesse no extinto TFR entendimento diverso sobre a questão (AC nº 77.823-BA, 4ª Turma, sessão de 23.04.84, de que fui Relator), neste Superior Tribunal de Justiça abroquelei a posição de ser imperiosa a intimação do cônjuge recaindo a penhora em bem imóvel, assim como, a legitimidade do marido para alegar a sua falta em sede de embargos à execução.

Nesse sentido o acórdão proferido no REsp 454-RJ, Relator Ministro **Sálvio de Figueiredo**, assim ementado:

"Processo Civil. Prazo. Embargos do Devedor. Inaplicabilidade do art. 191, CPC. Imprescindibilidade da intimação do cônjuge, salvo seu comparecimento espontâneo, em se tratando de penhora sobre bem imóvel. Início do prazo.

— O prazo para embargar a execução é de dez (10) dias, inaplicando-se a norma do art. 191, CPC, mesmo que haja outros devedores com procuradores diferentes.

— Recaindo a penhora sobre bem de raiz, a intimação do cônjuge, ressalvada a hipótese de comparecimento espontâneo, é imprescindível, sob pena de anular-se a execução a partir da penhora, exclusive."

Da mesma forma, a ementa gerada para o acórdão do REsp 1.512-GO, também da Relatoria do Ministro Sálvio, **verbis**:

"Processo civil. Execução. Vício na intimação da mulher. Nulidade que independe de argüição. Legitimidade do marido-executado para alegá-la.

— A existência de litisconsórcio necessário na hipótese do art. 669, § 1º, CPC, torna imprescindível a "intimação" regular do cônjuge, sob pena de nulidade **pleno iure**, que independe de argüição de interessados, o que dá legitimidade ao cônjuge-executado para alegá-la."

E, no caso, como bem observou a r. decisão admissiva do recurso especial (fls. 100), assim se posicionou o v. acórdão recorrido no que tange ao § 1º, do art. 669, do Código de Processo Civil (fls. 64):

"No tocante à nulidade da penhora, consiste na falta de intimação das mulheres dos apelantes, essa nulidade, consoante pacífica jurisprudência, somente pode ser alegada por elas, não sendo, portanto, matéria de embargos à execução, mas, sim, de embargos de terceiro."

Eis porque, na consonância da orientação que veio a prevalecer nos precitados julgados, conheço do recurso por ambos os fundamentos pelos quais foi interposto; e dou-lhe

provimento para decretar a nulidade da execução desde o momento em que a mulher do segundo executado deveria ter sido intimada da penhora (fls. 32, autos em apenso).

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.699-0 — PR — (91.0011361-1) — Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Rectes.: Jaime Schmitt Kreusch e outro. Advogado: Martins Sebastião Kreusch. Recdo.: Banco Rural S/A. Advogados: Claudio Xavier Petryk e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 06.06.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Ruy Rosado.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 13.839-0 — SP

(Registro nº 91.0017281-2)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrentes: *Antônio Francisco Isique Palamone e outro*

Recorridos: *Ovídio Ferreira de Souza e outro, e Yoshio Nakao e outro*

Advogados: *Drs. Silvio Carlos Affonso e outro, Jair Juliano Pozetti e Alcy Gigliotti e outro*

EMENTA: ***Civil. Ação*** *ex empto.* ***Código civil, art. 1.136. Compra e venda de imóvel rural. Diferença entre a área consignada no título aquisitivo (escritura) e a efetivamente encontrada. Pretensão de abatimento proporcional do preço. Alienação caracterizada como*** *ad corpus.* ***Conclusão que derivou da análise da prova produzida e não de presunções. Enunciados nºs 5 e 7 da súmula/STJ. Recurso desacolhido.***

I — Se a diferença de área encontrada for inferior a 1/20 da extensão total declarada pelo alienante, milita em seu favor presunção legal (demonstrationis gratia) **de que a referência às dimensões foi meramente enunciativa (art. 1.136, parágrafo único). Se superior, cabe-lhe comprovar tal circunstância (REsp 13.908-0-SP).**

II — Somente se admite ao julgador socorrer-se de presunção juris tantum **quando do exame dos elementos de convicção carrea-**

dos aos autos não resulta certeza a respeito da realidade dos fatos que importam à solução do litígio.

III — A determinação sobre a natureza da venda, se ad corpus **ou** ad mensuram, **porque envolve averiguar a intenção dos contratantes, requer análise do instrumento contratual e dos elementos de prova carreados aos autos, defesa em sede de recurso especial (enunciados nºs 5 e 7 da súmula/STJ).**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 3/93.

Brasília, 14 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Cuida-se de ação **ex empto** proposta por adquirentes de imóvel rural que, alegando terem constatado, mediante levantamento técnico realizado após a compra, existência de área menor do que a consignada no título aquisitivo, pretendem abatimento proporcional do preço.

O MM. Juiz sentenciante, concluindo caracterizada a venda como **ad corpus** e não como **ad mensuram**, porquanto alienado o bem "como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões", julgou improcedente o pedido.

Interposta apelação, a eg. Décima Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo negou-lhe provimento, destacando, em reforço ao contido na sentença, que na escritura de compra e venda restou "indicado tratar-se de área superficial", com descrição das "benfeitorias nele (imóvel) edificadas", que, ademais, referido imóvel foi "perfeitamente discriminado pelas suas confrontações" e, finalmente, que "não se tratou de venda por preço de alqueire ... mas sim de um todo sem indicação de preço unitário".

Inconformados, os autores manifestaram recurso especial, alegando, além de divergência jurisprudencial com julgado do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo estampado **in** RT 223/455, vulneração do art. 1.136, CC. Argumentam, em síntese:

a) que a área faltante ultrapassa em muito 1/20 da totalidade do bem alienado;

b) que não lhes cabia fazer prova de que "a intenção das partes, ao realizar o negócio, foi a de efetivar uma compra e venda **ad mensuram**, militando em seu favor presunção nesse sentido, "dada a incontroversa diferença de área apurada";

c) que a Câmara julgadora, a par de desconsiderar essa presunção, invocou uma outra, em sentido contrário, "de que a aquisição foi do conjunto conhecido e certo", o fazendo sem qualquer amparo legal.

Contra-arrazoado, foi o apelo admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): O caso de que se cuida em muito se assemelha ao apreciado por esta Turma, quando do julgamento do REsp 13.908-0-SP, por mim relatado, oportunidade em que restou assentado entendimento no sentido de que,

> "Nos termos do parágrafo único do art. 1.136, CC, se a diferença apurada for inferior a 1/20 não há lugar para controvérsia: a venda é **ad corpus** por presunção legal (**demonstrationis gratia**). Se, porém, a diferença for superior a 1/20, nesse caso cumpre ao alienante comprovar que as referências à área foram meramente enunciativas".

Ou, conforme constou da ementa:

> "Se a diferença de área encontrada for inferior a 1/20 da extensão total declarada pelo alienante, milita em seu favor presunção legal (**demonstrationis gratia**) de que a referência às dimensões foi meramente enunciativa (art. 1.136, parágrafo único). Se superior, cabe-lhe comprovar tal circunstância".

Assim, com efeito, conforme insinuam os recorrentes, sendo a diferença encontrada superior a 1/20 da área total, cumpre aos alienantes demonstrar que a referência às dimensões constantes do título aquisitivo foi meramente acidental e não determinante na realização do negócio.

Ocorre que, **in casu**, consoante reconhecido tanto em primeiro como em segundo graus, foram produzidas provas suficientes a evidenciar tal circunstância.

Isso o que resulta inequívoco do seguinte excerto da sentença:

> "Na escritura de compra e venda (fls. 15/16), o imóvel rural está descrito e perfeitamente individuado com base em suas características específicas, inclusive com a menção das benfeitorias, acessões físicas, localização e dos confrontantes.
>
> Conclui-se, portanto, que foi alienado como "coisa certa e discriminada, tendo sido apenas

enunciativa a referência às suas dimensões" (artigo 1.136, **caput, in fine**, do Código Civil).

A especificação da área de 74,41,50 hectares, equivalente a 30,75 alqueires, não implicou, por si só, venda **ad mensuram**, pois este elemento qualificativo é utilizado normalmente nas escrituras do gênero. Não há, no título de aquisição, menção específica do preço por medida de área (alqueire ou hectare). Daí porque, sem outro elemento objetivo de convicção, não se pode inferir que a vontade das partes foi manifestada nesse sentido. A interpretação do contrato deve ser feita com base na análise e apreciação de todos os seus elementos, de forma sistemática e teleológica, para se inferir a real intenção das partes. Assim, a mera indicação expressa da área do imóvel, isoladamente considerada, não tem o condão de caracterizar a venda **ad mensuram**".

.....

"Note-se que, no presente caso, o próprio autor varão assevera que, apesar de não ter percorrido todas as divisas, o corretor lhe mostrou, "de determinado ponto, a extensão toda da área do sítio"; por outro lado, em momento algum, especificou o valor certo do alqueire ou hectare com base do negócio (cfr. depoimento pessoal de fls. 128).

O corretor Antonio Valdir Colombo, ao seu turno, esclareceu:

"O Ovídio pedia em cruzados nove milhões pelo sítio o que dava aproximadamente Cz$ duzentos e oitenta e seis mil por alqueire. O negócio foi consumado pelo preço de Cz$ oito milhões e oitocentos mil." "(...) O Ovídio, "disse que queria nove milhões do sítio, mas não fez exigências específicas de valor certo por alqueire" (fls. 131).

Ora, consoante esta forma de negociação preliminar, conclui-se que a venda foi feita com base num valor global atribuído ao sítio".

.....

"Assim, não obstante a diferença de área constada pela perícia (laudos de fls. 89/96 e 102/106), impõe-se o reconhecimento de que a venda, no caso, foi **ad corpus**, considerando a interpretação do contrato e os demais elementos de convicção contidos nos autos. Portanto, os autores não fazem jus ao abatimento do preço por eles pretendido".

Disso decorre que a conclusão a que chegaram o Juiz sentenciante e Câmara julgadora, no sentido de que a venda se caracterizou como **ad corpus**, dimanou da análise do acervo probatório existente nos autos (provas documental e testemunhal) e não, como afirmam os recorrentes, do reconhecimento, em favor dos recorridos, de "presunção que não deriva da lei".

A única menção a presunção constante das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias encontra-se na parte final do voto do Desembargador Revisor:

> "Tratando-se de venda **ad corpus**, isto é, de um conjunto individuado, conhecido e preciso, se as dimensões encontradas não coincidem com as declaradas no título, tal circunstância não confere ao comprador o direito de pleitear o complemento de área ou a diferença proporcional do preço, porque há a presunção de que a aquisição foi do conjunto conhecido e certo e a alusão à área constitui uma referência meramente acidental".

Há, portanto, nesse parágrafo, evidente contradição, na medida em que se partiu da certeza de que a venda foi **ad corpus**, certeza advinda, como mencionado, do exame da moldura fático-probatória, para a final presumir-se que "a aquisição foi do conjunto conhecido e certo e a alusão à área constitui uma referência meramente acidental".

Ora, a venda **ad corpus**, por definição legal, é exatamente aquela que tem por objeto coisa certa e discriminada, sendo meramente enunciativa a referência às suas dimensões.

Disso se infere, dado ser inadmissível que ao mesmo tempo se certifique e se presuma um mesmo fato, ter havido emprego equivocado da palavra "presunção" no contexto do período em que inserida, até porque só se afigura lógico socorrer-se de presunção **juris tantum** quando dos elementos carreados aos autos não resulte certeza a respeito de determinada circunstância relevante ao deslinde da demanda.

Tal presunção somente dela se cogita como fundamento decisório se não houver possibilidade de obter-se convicção jurídica lastreada nas provas constantes dos autos sobre a realidade dos fatos que importam à solução do litígio.

Essa, aliás, a situação retratada no aresto paradigma, de cuja fundamentação reproduziram os recorrentes a seguinte passagem:

> "Quando a diferença encontrada for superior a um vigésimo da área enunciada não se presume o caráter enunciativo da referência às dimensões, devendo ser provada a vontade das partes.
>
> Se na escritura de compra e venda deram-se todas as linhas limítrofes, os pontos de referência, os confrontantes e a área total do imóvel e, no entanto, foi dita área declarada com precisão, sem o adminículo das expressões 'mais ou menos', 'aproximadamente', 'cerca de', não se pode saber qual foi a intenção das partes. Nessas condições, em virtude desse choque de circunstâncias, presume-se que a venda foi **ad mensuram**, pois contra o vendedor deve ser interpretado o contrato, consoante melhor doutrina".

No caso vertente, contudo, ao contrário do que ocorreu no trazido a confronto, foi possível aos órgãos julgadores de primeiro e segundo graus, mediante interpretação do teor da escritura de compra e venda e análise das demais provas produzidas, inferir a real intenção das partes contratantes e, via de conseqüência, definir a precisa natureza da alienação realizada, a exemplo, diga-se, do que ocorreu no citado precedente desta Corte, consoante fiz anotar no voto que, como relator, proferi:

> "**In casu**, não obstante a diferença superasse tal percentual, a Câmara julgadora, lastreada nos elementos de prova carreados aos autos, concluiu que a alienação realizada foi **ad corpus**, na medida em que tinha por objeto imóvel urbano, perfeitamente conhecido dos compradores, murado e com especificação dos confinantes".

E, uma vez qualificada a venda, como **ad corpus** ou **ad mensuram**, inadmissível a este Tribunal, em sede de recurso especial, alterar essa qualificação sem colidir com o disposto nos enunciados nºs 5 e 7 da súmula/STJ.

Isso o que também restou enfatizado naquele julgamento anterior:

> "Segundo doutrina **Caio Mário da Silva Pereira**, necessária se faz a análise dos instrumentos contratuais e das provas produzidas na apreciação da intenção das partes e determinação sobre se a venda foi **ad corpus** ou **ad mensuram**. Leciona o Mestre:
>
> > "O juiz, na determinação se a venda se realizou **ad mensuram** ou **ad corpus**, deverá primeiro consultar o título, pois que ninguém melhor do que os próprios contratantes para esclarecer a sua intenção. Na falta de uma declaração expressa, haverá de valer-se de elementos extraídos da descrição do imóvel, de sua finalidade econômica, de provas aliunde inclusive indícios e presunções, que permitam inferir se o objeto da venda foi coisa certa ou foi uma área, e proceder à interpretação da vontade ..." ("Instituições de Direito Civil", vol. III, Forense, 5ª ed., 1981, nº 221, p. 167).
>
> A definição sobre a natureza da venda, se **ad corpus** ou **ad mensuram**, envolve, portanto, averiguar a intenção dos contratantes, requerendo análise do instrumento contratual e dos elementos de prova carreados aos autos, defesa em sede de recurso especial (enunciados nºs 5 e 7 da súmula/STJ)".

Em face do exposto, não divisando a apontada afronta ao art. 1.136, CC, tampouco, de outra parte, existência de similitude entre os acórdãos postos em cotejo, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.839-0 — SP — (91.0017281-2) — Relator: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Rectes.: Antônio Francisco Isique Palamone e outro. Advogados: Silvio Carlos Affonso e outro. Recdos.: Ovídio Ferreira de Souza e outro. Advogado: Jair Juliano Pozetti. Recdos.: Yoshio Nakao e outro. Advogados: Alcy Gigliotti e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 14.03.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 15.073-0 — DF

(Registro nº 91.0019833-1)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *S/A Cortume Carioca*

Recorrida: *União Federal*

Advogados: *Cassiano Pereira Viana e outros*

EMENTA: ***Tributário — Importação — Apreensão de mercadoria estrangeira adquirida no mercado interno — Pena de perdimento — Terceiro de boa-fé — Precedentes.***

— A aquisição no mercado interno, de mercadoria importada, mediante nota fiscal emitida por firma regularmente estabelecida para integrar o ativo imobilizado da empresa, gera a presunção de boa-fé do adquirente, cabendo ao fisco a prova em contrário.

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e Hélio Mosimann. Impedido o Sr. Ministro José de Jesus.

Brasília, 27 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: S/A Cortume Carioca impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Secretário da Receita Federal que decretou o perdimento de mercadoria depositada no estabelecimento da impetrante, em razão da falta de prova de sua regular importação. Em suas alegações destacou ter a autoridade autuante baseado a infração em dispositivos legais inadequados e não ter ela (empresa) participado direta ou indiretamente de qualquer ato ilícito na aquisição de terceiro, que não o importador, de bem cuja importação teria sido irregular.

Indeferida a liminar.

Veio a sentença às fls. 57/62, concedendo a segurança, aos argumentos de: regularidade da aquisição, através de nota fiscal; a impetrante agiu com inegável boa-fé; a impetrante não praticou nenhum delito ou abuso e não teve nenhum benefício patrimonial. Em síntese, sustentou não ter havido o fato típico a ser punido, enfatizando tais fundamentos com a indicação de acórdão do extinto TFR que decidiu no mesmo sentido da sentença, em caso análogo.

Inconformada, apelou a União Federal (fls. 67/68), insistindo na tese de importação irregular e na falta de prova de boa-fé, que diz não caracterizada.

Oferecidas contra-razões, batendo forte nos argumentos antes esposados.

Subiram os autos ao extinto TFR, cabendo ao E. Min. Armando Rollemberg, por distribuição, a relatoria do feito.

Solicitando o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, que se manifestou pelo provimento da apelação e no recurso **ex officio** (fls. 100/105).

No mesmo sentido o voto do Ministro Relator, que conduziu ao acórdão de fls. 115.

Opostos embargos declaratórios que, julgados pelo TRF da 1ª Região, face à extinção do TFR, restaram rejeitados (fls. 125/128).

Interposto, então, recurso especial com apoio na letra **c** do permissivo constitucional. Ilustrando a divergência alegada, aponta acórdãos do extinto TFR, mencionando as circunstâncias que identificam os casos confrontados e anexando as cópias autenticadas dos acórdãos indicados.

Admitido o especial no Tribunal de origem (fls. 195).

Dispensei a manifestação da Subprocuradoria-Geral da República, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O recurso se fundamenta na alínea **c** do permissivo constitucional e foi admitido no TRF da 1ª Região por despacho do seu Presidente, o hoje eminente Ministro Anselmo Santiago (fl. 195).

Argumenta o recorrente que o acórdão recorrido, da lavra do eminente Ministro Armando Rollemberg, dissentiu de julgados relatados pelos eminentes Ministros Washington Bolívar de Brito, Sebastião Reis e Jarbas Nobre, no extinto TFR. Além de transcrever trechos dos arestos, juntou-os por xerocópias, pelo que tenho por demonstrada a divergência, e conheço do recurso, que passo a julgar, no mérito.

Diz a ementa do acórdão recorrido:

"Tributário. Apreensão de mercadoria estrangeira adquirida no mercado interno.

— De acordo com o art. 105, X, do Decreto-lei 37/66, aplica-se a pena de perdimento sempre que seja encontrada mercadoria estrangeira sem prova de importação regular, quer esteja em poder do importador, quer do adquirente, pois a este cumpre solicitar não somente a expedição de nota fiscal, mas também a prova de regularidade da importação, não alterando tal regra o fato de se encontrar a mercadoria incorporada ao ativo da sociedade, pois a expressão depositada constante do mencionado dispositivo significa estar em qualquer lugar dentro do País.

— Apelação provida para reformar a sentença e cassar a segurança." (fl. 115).

Vale assinalar que no seu voto o eminente Relator ressaltou que a sentença apelada, da lavra do então Juiz Federal Garcia Vieira (fls. 57/63) se apoiara em julgado do Plenário do TFR, de que foi Relator o eminente Min. Washington Bolívar de Brito, assim ementado:

"Tributário. Importação. Equipamentos destinados à Pesquisa Científica. Pena de Perdimento. Segurança concedida.

— Assim como no direito penal, no tributário também domina o princípio de legalidade, somente sendo punível o fato típico, isto é, se a infração corresponder ao descrito no preceito legal.

— Se os equipamentos importados não estavam expostos à venda, nem depositados ou em circulação comercial no País, mas cumprindo destinação de pesquisa científica no Laboratório da Impetrante, a hipótese não se enquadra na legislação pertinente à pena de perdimento (Decreto-lei 1.446/78, art. 23, inc. IV, Decreto-lei 37/66, art. 105, inc. X), embora sujeita a importação irregular aos tributos devidos e multa.

— Segurança concedida" (fl. 112).

A Egrégia Quinta Turma do TFR, sendo Relator o eminente Ministro Sebastião Reis, à unanimidade aprovou o seu voto, cuja ementa assim declarou:

"Tributário. Importação. Pena de perdimento. Decreto-lei 37/66 (art. 105, inc. X). Art. 23, inc. IV (Decreto-lei 1.455/76).

No caso concreto, embora tudo induza que a mercadoria tenha ingressado no território nacional irregularmente, restou certo, por igual, que a impetrante a adquiriu no mercado interno, acompanhada de notas fiscais regularmente emitidas e escrituradas na vendedora e compradora, em operação efetivamente realizada e paga, tratando-se de produto cuja importação não estava proibida ou suspensa.

Se a legislação tributária pretendesse reclamar do comprador no mercado interno diligência maior deveria ter estabelecido o mecanismo próprio, pois destoa de qualquer prática comercial e contraria limitações legais de acesso a atividades alheias a exigência dessa prova de origem, para cada unidade comprada, dificuldade que se agrava na hipótese pois a aquisição não foi feita pela impetrante diretamente ao importador, nem à empresa dada como desativada, mas sim a uma firma em plena atividade comercial.

Descabe trazer a debate o art. 136 do C.T.N. e § 2º do art. 94 do D.L. 37/66, no sentido da responsabilidade objetiva por infração tributária, pois a objetividade em causa não importa em afastar a exigência de vínculo direto entre a infração e o promotor da importação, nexo causal entre a conduta do infrator e a infração, não se apresentando aqui a impetrante como importadora, isolada ou solidariamente, ou como beneficiária imediata do dano ao erário.

Ausência de suporte legal para imputar à impetrante a prática da infração capitulada, por não dela ter participado direta ou indiretamente.

Negou-se provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial."

O Pleno do extinto TFR, por unanimidade, deferiu o MS nº 105.283, sendo Relator o Ministro Jarbas Nobre, proclamando a sua ementa:

"Perdimento de mercadoria que se encontrava acobertada com nota fiscal expedida por sociedade nacional vendedora, com endereço certo e cadastrada na Receita Federal.

Procedimento fiscal baseado em trabalho de acionamento do Sistema On Line de Recuperação de Cadastro *ORCA* através do qual a Fiscalização entendeu que os produtos estrangeiros adquiridos pela firma vendedora, a "Marlim S/A — Máquinas e Importações", seus fornecedores eram empresas inexistentes ou desativados.

Considerando que nesse trabalho estiveram ausentes a impetrante e as demais empresas fornecedoras; que a impetrante agiu de boa-fé ao adquirir a mercadoria apreendida e que a decisão atacada não respeitou o princípio processual que impõe que nela deverão ser expostos, embora de modo sucinto, os motivos de fato e de direito em que se funda, o que equivale, na lição de Heleno Claudio Fragoso, em negação da justiça material.

Motivos pelos quais, concede-se a Segurança." (fl. 142).

Afirma a recorrente, na inicial que "foi lavrado auto de infração e termo de apreensão fiscal, com vistas à aplicação de pena de perdimento estabelecida no Decreto-lei nº 1.455/76 (doc. 1)", por estar a mercadoria depositada no seu estabelecimento, "sem que houvesse prova de sua regular importação". Após defesa na qual acentuou a inadequabilidade dos dispositivos legais invocados (art. 514, inciso X, do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto 91.030, de 5.3.85), o fato de não ter participado de nenhum ato ilícito vinculado à entrada da mercadoria no País e a sua boa-fé, transcreve trecho da promoção realizada pela AFTN Solange Henrique da Silva, no qual declara ser "inegável que o material apreendido constitui ativo imobilizado da empresa...; que a expressão "depositada" expressa com perfeição a situação do referido bem na empresa: estava em funcionamento nas próprias dependências da autuada; e quanto a argüição de que o bem fora adquirido no mercado interno, positivando que "o dano ao erário, portanto, se configura pela própria existência da mercadoria irregularmente introduzida no País, onde quer que se encontre, não importando esteja escriturada, contabilmente e acobertada por nota fiscal com aparência de regularidade" (fl. 25/26, doc. nº 3 dos autos).

Às fls. 28/29, rotulado como doc. 5, constam nota fiscal e duplicata emitidas pela MALP, Aparelhos de Precisão Ltda. relativa a compra, pela impetrante, ora recorrente, do espectrofotômetro marca Coleman.

Diz o art. 514, inciso X, do Decreto 91.030, no qual fora enquadrada a infração imputada à recorrente:

"Art. 514 — Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria (Decreto-lei 37/66, art. 105, e Decreto-lei nº 1.455/76, art. 23, IV, e parágrafo único):

X — estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, se não for feita prova de sua importação regular."

Analisando, com precisão, as provas contidas nos autos, assim conclui a douta sentença:

"No caso em exame a mercadoria foi adquirida pela impetrante há quase 5 (cinco) anos atrás, no mercado interno, de empresa re-

gularmente estabelecida e recebeu nota fiscal (doc. de fl. 29). A empresa que vendeu a mercadoria para a impetrante, Malp Aparelhos de Precisão Ltda., situada na Rua do Arroz, 90, 3º andar, Sala 347, no Rio de Janeiro (doc. de fl. 29), por sua vez, havia adquirido a mercadoria apreendida, através da nota fiscal nº 163, série B-1, da firma São Paulo Aparelhos Científicos Ltda., também regularmente estabelecida à Rua da Lapa 180, conj. 1.107, conforme reconheceu o próprio Fisco (doc. de fl. 16).

A mercadoria apreendida já constituía, há mais de quatro anos, ativo imobilizado da impetrante e já estava em funcionamento nas próprias dependências da autuada (doc. de fls. 25/26).

A mercadoria foi adquirida no mercado interno, através de nota fiscal emitida, por firma regularmente estabelecida e, há vários anos, já constituía ativo imobilizado da impetrante. Não estava ela exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País. Evidente que ela não estava exposta à venda. Foi ela adquirida para uso próprio e, há mais de 4 anos, já constituía ativo imobilizado da impetrante e estava em uso nesta. Ela, também, não estava depositada, para ser, posteriormente vendida e entrar em circulação comercial. Estava ela, há bastante tempo, imobilizada e sendo usada e, com isso, cumprindo a sua destinação.

A mercadoria não é de importação proibida, foi, regularmente, adquirida pela impetrante, no mercado interno, através de nota fiscal que é o único documento exigível nestas aquisições. O adquirente de mercadoria estrangeira, no mercado interno, de firma regularmente estabelecida não é obrigado a fazer pesquisas sobre a cadeia de aquisições anteriores da mercadoria para saber se foi ou não regular a sua entrada no País. Caso prevalecesse tal entendimento, ninguém compraria, de nenhuma importadora, qualquer mercadoria de procedência estrangeira, porque, nenhuma destas faz qualquer prova, no ato da venda, da entrada regular da mercadoria no País. Existe sempre, para o adquirente, a presunção de entrada regular no País, da mercadoria de procedência estrangeira, adquirida em firma, regularmente estabelecida.

A impetrante agiu com inegável boa-fé, não participou de nenhuma ação criminosa ou ilícito fiscal e não deu nenhum prejuízo ao erário. Ao adquirir a mercadoria, e receber a nota fiscal, pagou os tributos legalmente exigíveis. O Fisco não pode pretender punir a *vítima* no lugar do verdadeiro criminoso, o contrabandista, o sonegador que introduziu, irregularmente, a mercadoria no País, principalmente quando se sabe quem é ele, descoberto pelos próprios fiscais (doc. de fl. 16).

O perdimento existe para punir os criminosos, desonestos e corruptos que, com suas ações criminosas, dão prejuízo aos cofres públicos. A impetrante não praticou nenhuma ação criminosa e não deu nenhum prejuízo aos cofres públicos. O perdimento é ... a perda do benefício patrimonial que trouxer o delito ou o abuso (**Manuel Gonçalves Ferreira Filho**, Comentários à Constituição Federal Brasileira, 5ª ed., revista e atualizada, pág. 603).

Ora, a impetrante não praticou nenhum delito ou abuso e não teve nenhum benefício patrimonial. Adquiriu ela a mercadoria, pelo preço de mercado, numa firma, regularmente estabelecida, através de nota fiscal, que era o único documento exigível. Não houve, por parte da impetrante nenhum enriquecimento ilícito.

Não houve o fato típico a ser punido.

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos, em decisão *plenária* e por *unanimidade*, no MS 98.257-DF, Relator o eminente Ministro *Washington Bolívar de Brito*, RTFR 99/183, citada pela impetrante, firmou o entendimento de que:

> Tributário. Importação. Equipamentos destinados a pesquisa científica. Pena de Perdimento. Segurança concedida.
>
> 1 — Assim como no direito penal, no tributário também domina o princípio da legalidade, somente sendo punível o fato típico, isto é, se a infração corresponder ao descrito no preceito legal.
>
> 2 — Se os equipamentos importados não estavam expostos à venda, nem depositados ou em circulação comercial no País, mas cumprindo destinação de pesquisa científica no Laboratório da impetrante, a hipótese não se enquadra na legislação pertinente à pena de perdimento (Dec.-lei 1.446/76, art. 23, inc. IV, Dec.-lei 37/66, art. 105, inc. X), embora sujeita a importação irregular aos tributos devidos e multa.
>
> 3 — Segurança concedida.
>
> O eminente Ministro Relator, salientou, com precisão, em seu voto que:
>
> Assim como no direito penal, no tributário também domina o princípio da legalidade.
>
> Num e noutro o fato punido é o fato típico, isto é, que corresponda a uma disposição legal, com exatidão.
>
> Ora, no caso dos autos, trata-se sem sombra de dúvida, de equipamentos científicos de uso necessário à impetrante, tanto que se encontravam no seu Laboratório de Pesquisas. Não estavam exposto à venda, nem meramente depositados para serem vendidos posteriormente, nem se encontravam em circulação comercial no país. (RTFR 99/186).
>
> *Isto posto,*
>
> Concedo a segurança." (fls. 60/62)

Como se constata a sentença deu correta interpretação às circunstanciais que justificam a aplicação da pena de perdimento do bem. É que o bem não estava exposto à venda, nem depositado ou em circulação comercial. Ao revés encontrava-se em uso no laboratório da impetrante, incorporado ao seu ativo fixo.

Não comungo da conclusão do acórdão recorrido, para o qual a expressão depositada significaria *"estar em qualquer lugar dentro do País"*. (fl. 113).

Assim não penso. O verbo depositar, V.t.d., no "Novo Dicionário Aurélio" significa: "1. Por em depósito; guardar: Depositou as suas economias. T.d. e c.2. Guardar (em lugar seguro): Depositei meu dinheiro no banco. 3. Por, colocar, depor: Depositou na mesa o seu embrulho. 4. Dar a guardar, pôr em segurança: depositamos o menor em casa de seus tios. 5. Colocar ou entregar com solenidade: O Governo depositou-lhe o corpo na capela presidencial. T.d. e i. 6. Confiar, fiar: Depositou seus segredos ao amigo. P. 7. Ficar no fundo; depor-se, assentar: As fezes do vinho depositaram-se na garrafa. (Pres. ind.: deposito, etc. Fut. do pret.: depositaria, etc. cf. depósito s.m. e depositária, f. de depositário). Depositário. (Do lat. **depositu**). s.m. 1. Aquele que recebe em depósito. 2. Fig. confidente (Fem. depositária, cf. depositária, de v. depositar". (1ª ed., Nova Fronteira, pág. 434).

O Dicionário Caldas Aulete, assim define:

"Depósito, s.m. ação de depositar, de confiar ou de guardar. (jur.) contrato de depósito, aquele por que alguém se obriga a guardar e a restituir, quando lhe seja exigido, qualquer objeto móvel que de outrem receba (cod. civ. port., art. 1.431).

Depositar, V.TR. pôr em depósito.

Depositante, adj. e s.m. e f. que ou o que deposita, que põe em depósito alguma coisa.

Depositário, s.m. pessoa a quem se confia um depósito ... (3ª ed. Editora Delta, pág. 975).

Não há como ter-se por depositado um aparelho incorporado ao ativo fixo de uma empresa e em uso constante no seu laboratório. De outra parte, adquirindo-o no mercado interno de firma especializada, mediante nota fiscal, não há como não se lhe reconhecer boa-fé. Entendendo, como proclamou o Pleno do extinto TFR, que, tal como no direito penal, o direito tributário se submete ao princípio da legalidade, *"somente sendo punível o fato típico"*, conheço do recurso e lhe dou provimento para conceder a segurança nos termos do pedido, vale dizer, para o fim de cassar a decisão que decretou o perdimento do equipamento.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Atento às peculiaridades do caso, porquanto não se

trata de mercadoria cuja importação esteja suspensa ou proibida — por outro lado, a aquisição se deu de empresa importadora devidamente legalizada através de nota fiscal — e, finalmente, não se subsume o fato à hipótese do art. 105, inciso X do Decreto-Lei nº 3.766, segundo demonstrou o Ilustre Relator, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 15.073-0 — DF — (91.0019833-1) — Relator: O Sr. Ministro Peçanha Martins. Recte.: S/A Cortume Carioca. Advogados: Cassiano Pereira Viana e outros. Recda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 27.04.94 — 2ª Turma).

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

Impedido o Sr. Ministro José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 16.694-0 — SP

(Registro nº 91.0023836-8)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Emicol Eletro Eletrônica Ltda.*

Advogados: *Drs. Ricardo Gomes Lourenço e outros*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Lúcia Cerqueira Alves Barbosa e outro*

EMENTA: ***Tributário. ICMS. Correção monetária. Lei estadual nº 6.374, de 1989, art. 109.***

I — É legítima a atualização monetária do débito fiscal relativo a ICMS, antes do vencimento dos prazos estabelecidos na legislação regulamentar, permitindo-se o recolhimento, sem correção, até o 9º dia após a sua apuração. Precedentes.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso e determinar a remessa dos autos ao Excelso Pretório, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Brasília, 24 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Emicol Eletro Eletrônica Ltda. ajuizou ação declaratória contra a Fazenda do Estado de São Paulo visando eximir-se da atualização monetária do ICM antes do 25º dia do mês subseqüente à apuração do imposto.

Em primeira instância a ação foi julgada improcedente, tendo sido a sentença confirmada pela Décima Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Daí o presente recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, letra **a** da Constituição Federal, sob a alegação de negativa de vigência à Lei nº 7.799/89 e ao art. 3º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68.

Contra-arrazoado (fls. 332-339), o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 342), subiu a esta Corte, onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao decidir a causa, aduziu conclusivamente o acórdão recorrido (fls. 232-233):

"Na espécie, em que o critério é o de permitir o recolhimento, sem correção, até o 9º dia após a apuração, constatação ou fixação, não há falar em infringência ao princípio da não cumulatividade, porque: a) — a correção se refere ao valor já apurado, computados créditos e débitos, concedendo-se ao contribuinte a opção que lhe parecer mais conveniente, eis que, em muitos casos, a cobrança do consumidor direto se faz antes da data do recolhimento; b) — sendo a correção monetária simples projeção da moeda, mantido sempre o mesmo poder aquisitivo, não há falar em acréscimo, nem mesmo se vislumbrando, na disciplina adotada, violação ao artigo 150, I, ou ao princípio da não-cumulatividade, principal-

mente porque a possibilidade de recolher, sem correção, até o dia 9 do mês seguinte à apuração, ainda representa uma vantagem para quem cobrou antes do consumidor; c) — não são inconciliáveis as normas do Decreto Estadual nº 30.356/89 e as do artigo 72 dos Decretos Estaduais nºs 17.727/81 e 30.524/89, pois as primeiras fixam prazo para o pagamento, sem correção, e as segundas, prazo para recolhimento, com correção, mas sem qualquer sanção; d) — razoável que a autora buscasse manter a vantagem superior ao recolhimento no 25º dia, sem correção, beneficiando-se consideravelmente do intervalo entre a data da cobrança ao consumidor e a do efetivo pagamento à Fazenda do Estado, titular daquele crédito; no entanto, tem-se, por enquanto, como frustrada a tentativa, pela simples razão de que não se reconhece qualquer vício de inconstitucionalidade em todos os diplomas legais invocados na inicial e nas razões de recurso, a partir da impossibilidade de se confundir a competência privativa para legislar sobre sistema tributário com adoção de índice de correção monetária, desde que nos limites da legislação federal."

No contexto assinalado, não há divisar ofensa aos dispositivos legais colacionados. De outra parte, as duas Turmas especializadas vêm, reiteradamente, decidindo no sentido da legalidade da aplicação da correção monetária, mesmo antes do vencimento do débito fiscal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"ICMS — Correção monetária.

A simples atualização do crédito tributário para a preservação do seu valor, não é matéria reservada à lei complementar e se insere na competência dos Estados, referente a ICMS.

Recurso improvido." (REsp nº 15.187-SP (91.0020098-0) — Rel. Min. Garcia vieira — Julg. 11.12.91 — Publ. DJ 09.03.92; REsp nº 22.246-5-SP — Julg. 15.06.92 — Publ. DJ 03.08.92).

"Tributário. ICMS. Lei Estadual nº 6.374/89. Convênio 92/89.

— Correção monetária. Legalidade de sua incidência, mesmo antes do vencimento. Precedentes.

— Recurso não conhecido." (REsp nº 15.222-0-SP — Rel. Min. Américo Luz — Julg. 01.03.92) e

"Tributário. Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) no Estado de São Paulo. Correção monetária mesmo antes do vencimento. Legitimidade.

É ressabido que o reajuste monetário visa exclusivamente a manter no tempo o valor real da dívida, mediante a alteração de

sua expressão nominal. Não gera acréscimo ao valor nem traduz sanção punitiva. Decorre do simples transcurso temporal, sob regime de desvalorização da moeda.

Aos Estados cabe disciplinar o ICMS, competência em que se inclui a adoção de medidas legais tendentes à preservação de seu valor, mesmo antes do vencimento. Inocorre ofensa legal — inclusive relativamente ao princípio da não-cumulatividade — na legislação que determinou a atualização do tributo pelas unidades fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs).

Recurso desprovido, por unanimidade." (REsp nº 22.610-0-SP (92.0012022-9) — Rel. Min. Demócrito Reinaldo — Julg. 21.09.92 — Publ. DJ 03.11.92)."

Isto posto, em conclusão, não conheço do recurso e determino a remessa dos autos ao Excelso Pretório, em razão do recurso extraordinário interposto (fls. 341).

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 16.694-0 — SP — (91.0023836-8) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Emicol Eletro Eletrônica Ltda. Advogados: Ricardo Gomes Lourenço e outros. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Lúcia Cerqueira Alves Barbosa e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos ao Excelso Pretório, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 24.11.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 19.813-0 — DF

(Registro nº 92.0005650-4)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Recorrente: *Prudência de Grandes Hotéis S/A*

Recorrida: *Companhia Imobiliária de Brasília — Terracap*

Advogados: *Drs. Luiz Carlos Bettiol e outros, e Maurício Dutra de Moraes e outros*

EMENTA: ***Processual Civil. Recurso especial.***

1. Ausência de contrariedade à lei federal.

2. Dissídio jurisprudencial incomprovado.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso.

Votaram com o Relator os Senhores Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Ruy Rosado.

Brasília, 06 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTE DE ALENCAR, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Adoto como relatório da espécie o seguinte tópico do percuciente parecer ministerial (fls. 337/341), **verbis**:

"Recurso extraordinário (fls. 299/305), convertido **ipso jure** em recurso especial (fls. 324/325), sob as alíneas **a** e **c** do inc. III do art. 105 da CF, contra o v. acórdão da Eg. 1ª T. Cív. TJDFT (fls. 253/274), que, por maioria, desproveu a AC 8.726 (fls. 91/110).

É que o MM. Juiz julgara improcedentes as aa. declaratória, renovatória e consignatória promovidas pela ora recorrente, ao mesmo tempo que julgara procedente a reintegratória de posse, movida pela ora recorrida (sentença de fls. 71/88).

O v. **Decisum** que se hostiliza foi vazado numa ementa rica de conceitos (fls. 260):

"Bem público — Brasília Pálace Hotel — Contrato de exploração por empresa privada — Natureza jurídica da avença — Inexistência de cláusulas extravagantes — Liqüidação extrajudicial da empresa exploradora — Denúncia unilateral do contrato se exploradora — Denúncia unilateral do contrato através de notificação judicial — Reintegratória de posse da Apelada, conexa com declaratória, renovatória e consignatória da Apelante — Carência do direito de ação — Improcedência da ação de depósito em pagamento — Confirmação da sentença que deferiu a queixa de esbulho.

O contrato de exploração de bem público é regido pelas normas do Direito Administrativo, consubstanciando pacto de concessão de uso de coisa pública, seja a título gratuito ou oneroso.

O Estado não exerce maior disponibilidade sobre os bens dos particulares — como se dá pelo poder expropriatório — que sobre os seus próprios.

Hipótese assinalada pela definição instrumental de que o contrato é de concessão de uso do Brasília Pálace Hotel, por isso dispensável a existência das denominadas cláusulas exorbitantes.

Perfeitamente admissível a denúncia unilateral do contrato de uso, máxime se defluente da liqüidação extrajudicial da empresa exploradora, que, ademais, foi notificada para devolver o imóvel.

O inatendimento da interpelação gerou o direito à reintegração da Autora-apelada na posse do bem público, posto que eventualmente sujeita a compor perdas e danos em ação autônoma, pois não demonstrados nestas.

Dada a natureza jurídica do contrato celebrado, carece a Ré-apelante do direito de demandar declaração e renovação, esta com fulcro no Decreto 24.150/34.

Se não foram depositadas as retribuições pelo uso do Hotel, devidas pela apelante, além de insuficientes várias das consignações empreendidas, correto o decreto de improcedência dessa pretensão.

Embora o bem já esteja na posse da Apelada, por deferimento incidental e provisório, após o incêndio que destruiu, a hipótese reclama a procedência do pedido.

Desprovido o apelo, por maioria."

A unanimidade de votos foi quanto às decisões proferidas nas ações declaratória, consignatória e renovatória; e, por maioria, quanto à ação reintegratória na posse.

Dessa parte unânime é que foi interposto recurso extraordinário, com argüição de relevância, convertido **ipso jure** em REsp. (como já assinalado, **ab initio**, sendo este admitido pelo il. Presidente da Corte local nos seguintes termos, que sintetizam a argumentação adversária (fls. 332):

"A recorrente sustenta afronta aos arts. 972 a 984, 1.092 e seu parágrafo único e 1.193 — Parágrafo único —, todos do Código Civil e, ainda, aos arts. 1º e segs. do Decreto 24.150/34, além de dissídio de jurisprudência, ao argumento de que "o contrato para exploração de hotel não se caracteriza como concessão de serviço público;

trata-se de arrendamento complexo, em que as partes estão em pé de igualdade e, em virtude disso, a rescisão não se pode dar unilateralmente".

Acrescenta, ainda, que sendo o contrato de arrendamento um contrato de direito privado, "sujeita-se às disposições constantes na Constituição e na Lei de Introdução ao Código Civil, relativas aos atos jurídicos perfeitos e ao respeito ao exercício do Trabalho, ofício ou profissão, e no Código Civil, relativas aos contratos bilaterais". Aduz, também, que a ação declaratória é a via própria, na hipótese, trazendo a colação um aresto do STF; e que a restrição do art. 32 do Decreto 24.150/34 diz respeito somente à União, Estados, Municípios e Autarquias e, sendo a Terracap uma empresa pública, está incluída entre as entidades da Administração Indireta, distinta das autarquias e, portanto, fora do alcance do referido dispositivo.

No que diz respeito à consignatória, pretende a recorrente a quitação judicial das importâncias que depositou e a recorrida recusou a receber (C.Cv., Art. 972 e segs.).

O presente recurso deve prosseguir.

Estando devidamente comprovado o dissídio de jurisprudência a respeito da natureza jurídica do contrato de exploração de hotel de propriedade do Estado, o presente recurso merece ser reapreciado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça".

Por derradeiro, opina o *Parquet* pelo não conhecimento do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, o excelente parecer do Ministério Público a que venho de aludir, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral **Vicente de Paulo Saraiva**, prossegue nestes termos (fls. 341/349):

"De afastar-se, desde logo, a admissão do recurso pela alínea **c**, **data venia** de S. Exa.

É que a recorrente tão-só transcreveu a ementa do v. Aresto (fls. 302), abstendo-se de transcrever os trechos do julgado que porventura configurassem o dissídio, face a face às circunstâncias que identificassem ou assemelhassem os casos confrontados (RISTJ, art. 255, § 2º — Em. Reg. 01/91). Aliás, nem poderia tê-lo feito, porque as hipóteses e circunstâncias eram absolutamente diversas: no caso do RE 89.217-6/SC, tratava-se de contrato de exploração de hotel e de fontes de água mineral de propriedade e lavra

do Estado, onde "não há regras atinentes a custos e tarifas, que caracterizam a concessão de serviço público"; e lá, também, o contrato foi rescindido pelo Governador, não obstante a exploração de minas ser reserva legislativa da União, regulamentada pelo Cód. de Mineração — entre outras discrepâncias.

Neste ficou ressaltado que o recorrente "não pagou quanto devia, nem nas épocas próprias, ... por isso mesmo que está o nobre Juiz com razão ao julgar improcedente a consignatória proposta" (fls. 272). Ou seja: quem infringiu os ditos dispositivos, nomeadamente o art. 974 que define os requisitos de pessoa, objeto, modo e tempo, "sem os quais não é válido o pagamento, foi o próprio recorrente. Nem existe a pretensa quitação pelas quantias depositadas, porquanto, se insuficientes, o pagamento não se operou.

A invocação ao art. 1.092 e seu par. único também improcede. Nem o próprio recorrente enquadrou em que teria ocorrido sua infringência — como convinha. Implicitamente, talvez, a alegação se prenda à não-observância do prazo de 10 (dez) anos, previsto no contrato. Só que, **gratis dato** fosse este puramente de natureza privada, caberia a ela, em se considerando lesada, "a rescisão do contrato com perdas e danos" (par. único). E esse "direito de ser ressarcida dos prejuízos porventura suportados" o reconheceu o v. **Decisum**, mesmo sob a ótica adotada de achar-se em jogo um contrato administrativo. Apenas, "a Apelante ... não fez qualquer prova deles (sc. prejuízos), sendo-lhe naturalmente possível demonstrá-los em ação adequada" (fls. 272).

Desta forma, a regra do par. único do art. 1.193 do CC, que versa sobre o ressarcimento ao locatário pela inobservância do "prazo estipulado à duração do contrato", já teria tido sua decorrente apreciação, **dato, non concesso**, que de locação se tratasse.

Quanto ao "art. 1º segs. do Decr. 24.150/34", argüidos de cambulhada, seu ponto fulcral está no que teria sido a incorreta aplicação do art. 32 do mesmo diploma — descabida que era em se tratando de uma empresa pública, como é a recorrida, e não uma autarquia.

Mais uma vez, a visão privatista vindo à tona — estribada na qual a recorrente pretendeu, através de a. declaratória, lhe fosse declarado seu direito à renovação da locação do Brasília Pálace Hotel; assim como, posteriormente, pleiteou a. renovatória, ofertando novo "aluguel" à recorrida.

É que esta última, por contrato de 16/01/57 (fls. 12/16), *concede(u)* à *prudência Capitalização*, Companhia Nacional para Favorecer a Economia, ... a exploração do Hotel que está construindo em Brasília" (cláus. 1ª). O prazo era

por 10 (dez) anos (cláus. 2ª), tendo a Novacap "direito, durante a vigência do presente contrato, a 5 (cinco) apartamentos do Hotel, para si ou para o Governo Federal *gratuitamente* (cláus. 12ª), bem como "direito a uma *percentagem* sobre a renda bruta da hospedagem do Hotel", recolhida mensalmente, sendo "assegurado a esta (= Novacap) o direito de *examinar*, quando lhe aprouver e *independentemente de aviso prévio*, os livros e demais elementos de contabilidade do Hotel" (cláus. 13ª). E mais: existe ainda disposição a respeito do "material de serviço de primeira ordem, de luxo": ora, tais bens, entre os quais baixelas e cristais (cláus. 4ª), "constituirão *garantia* do cumprimento das cláusulas deste contrato, sendo *vedado* àquela (= Prudência) *retirá-los* do prédio do Hotel, depois de finda a vigência deste instrumento, sem prova de quitação passada pela Novacap" (cláus. 14ª). Por último: "O ... contrato será considerado *rescindido* nos casos de *inobservância* de qualquer de suas cláusulas, respondendo a parte inadimplente pelas *perdas* e *danos* a que der causa" (cláus. 16ª): "ora, entre essas obrigações se achava fosse o Hotel "devidamente *segurado*" (cláus. 9ª): só que o seguro não cobriu o incêndio, adiante-se logo ... (negritos não-originais, assim como os das futuras transcrições).

Pelo que se vê, existem autênticas cláusulas *extravagantes*, que passaram despercebidas até do ínclito Colegiado. Não faz parte de ajustes privados, p. ex., pagar "aluguel" em bases aleatórias, como o são a eventual utilização gratuita de apartamentos pela empresa pública e a fixação percentual remuneratória sobre uma possível renda decorrente da hospedagem, numa equânime equação econômica-financeira. Também não é de direito privado, e sim, tipicamente injunção do **jus imperii**, examinar livros e docs. contábeis da contratada, *independentemente de aviso prévio* ou a prestação de contas ou de produção antecipada de provas. Igualmente não o é inverter o direito de retenção das benfeitorias pelo seu proprietário, transformando-a em caução em prol do contratante.

E mesmo que não houvera cláusulas extravagantes, o contrato ainda assim seria tipicamente de direito público.

Alegou a recorrida que resolvera construir o Hotel com a finalidade específica de "abrigar hóspedes oficiais do governo e turistas" por ocasião da implantação e transferência da capital do país para o Planalto Goiano — cujo risco (de construção daquele) as empresas particulares não ousavam assumir (inicial, itens 1/2.222, fls. 04): e tal restou inconteste (fls. 45/54), resultando verdadeiros os fatos alegados (CPC, art. 302). Vale concluir: o bem em jogo era de uso especial (CC, art. 66, II).

Ora, são exatamente esses bens de uso especial que se destinam à execução dos mais variados serviços públicos, como instrumentos desses serviços. Não servem, apenas, às repartições públicas: servem-no, igualmente, aos serviços de utilidade pública, que a Administração, em seu poder discricionário, elege como de sua conveniência e oportunidade, nem que sejam momentâneas e transitórias, em face de circunstâncias concretas. Ela, a Administração, é que é o único árbitro dessa decisão. E assim é que o são, **hic et nunc**, visando a facilitar a vida do indivíduo na coletividade. Tais serviços, portanto, são inumeráveis, espargindo-se no ensino, no transporte coletivo, na produção e fornecimento de luz, gás, telefone, água e esgoto, e mantendo, inclusive mercados etc., etc. **Nimis probat** e, portanto, **nihil probat** quem argumenta não poder definir-se como serviço público aquele que um particular puder prestar independentemente de concessão. Economicamente pode até ser tática errônea imiscuir-se nesses feudos."

... **omissis**

Por outro lado, não precisa a Administração prestar tais serviços diretamente. Fá-lo, em geral, mediante órgãos de agilização daqueles serviços que não são de exclusividade sua — estes, os serviços públicos propriamente ditos por serem eles essenciais à sobrevivência do grupo social, quais a segurança, a polícia e a saúde pública. Para os serviços de utilidade pública, porém, criou o Estado entidades de administração descentralizada — autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista —, os quais, por sua vez, podem ou executar os serviços diretamente, pelos seus próprios meios; ou indiretamente, mediante o cometimento a terceiros, delegando-os a concessionários ou permissionários através de contratos, sejam acordos, sejam convênios.

Evidentemente que, tratando, como se trata, de serviços públicos **latu sensu**, de modo algum o contrato com a Administração pode degenerar em avença privada, igualando o particular àquela. Jamais o Estado-empresário deixa de ser Estado, despindo-se de sua vontade soberana, porque estão em jogo os interesses da coletividade, dos quais ele não pode abdicar. Daí, as características permanentes de regulamentação e controle dos serviços, mesmo concedidos ou permitidos, mesmo que não formuladas cláusulas extravagantes explícitas. Sobrelevará sempre o interesse público da sociedade sobre o interesse particular de lucro e vantagens privados.

Se no presente caso se se estivesse tratando de bem dominical (CC, art. 66, III), vá lá que a recorrida tivesse podido simplesmente alugá-lo e render-se às imposições da legislação comum.

Mas aqui trata-se de bem afetado a um destino específico (**id.**, II), cujo gerenciamento — apenas — foi outorgado a uma empresa particular. Daí, o preciso termo *concede*, empregado logo na cláus. 1ª do contrato (fls. 12). Conquanto contrato, gerando direitos subjetivos para o concessionário, nem por isso se lhe assegura a perenidade do serviço durante o prazo ajustado, podendo aquele extinguir-se, com ou sem indenização, seja via encampação por interesse público, seja via anulação por ilegalidade da concessão, seja via distrato por mútuo interesse, seja via rescisão por ato unilateral do Estado concedente dentro de sua exclusiva conveniência. Pode ocorrer, entretanto, que a rescisão se origine em decorrência de um legítimo ato de império, não diretamente ligado ao próprio contrato. Foi o que ora ocorreu. É que o ora convenente era sociedade de capitalização, cuja autorização para funcionar no país, como tal, fora concedida pelo Decr. nº 19.330, de 22/10/30. Ora, como decorrência de sua má situação financeira, foi-lhe cassada a autorização para funcionar, pelo Governo Federal, nos termos do Decr. nº 22.456, de 10/02/33, art. 24. E, como conseqüência de sua dissolução e estado de liqüidação, tornou-se sociedade impossibilitada de comerciar (**id.**, art. 26, **b**), mesmo sob o pretexto (como alega a recorrente) de obter recursos para pagamento de suas dívidas: pois tal implicaria em procrastinar indefinidamente o processo de liqüidação. Tal liqüidação não é "concordata", para ensejar a continuidade das operações comerciais. Ininvocável a Lei de Falências, supletivamente, como quis a recorrente quando apelante, remitindo-se ao art. 19 do cit. decreto e querendo aproveitar-se do art. 43 da LF (fls. 99): porquanto o decreto regulamenta, por inteiro, o processo de liqüidação em seu minudente cap. III (art. 16/36).

Ora, achando-se o recorrente em fase de liqüidação, faltava-lhe legitimidade para propor a declaratória de ilegalidade, por parte da recorrente, em sua pretensão de reaver o imóvel; **idem**, para obter, ela própria, recorrente, indenização do fundo de comércio: daí, a carência de ação decretada pelo MM. Juízo **a quo** e mantida pelo v. Acórdão.

Irretorquível a argumentação do il. Des. Irajá Pimentel:

> "O Brasília Pálace Hotel, além disso, foi construído para atender a uma situação especialíssima de implantação da nova Capital do País nestas plagas. Na época, certamente que ninguém se aventuraria a empatar recurso volumoso para lucro tão incerto, na edificação de um hotel, em pleno cerrado deste Brasil Central.

Por isso o Governo teve que tomar a si o encargo de construí-lo, com a finalidade de servir à obra de transferência da Capital do País e de sua implantação no quadrilátero constitucional brasileiro.

Celebrado o contrato entre as partes, imagine-se — apenas para argumentar — que os representantes da Apelante não fossem adeptos da transferência da capital do Rio de Janeiro. Só por isso poderiam impedir a utilização do Hotel em sua verdadeira destinação, dificultando de modo irremediável o penoso trabalho de transferência da Capital Federal para cá. Em tais circunstâncias, haveria algum intérprete capaz de defender que o contrato ora em exame fosse de direito privado e que a controvérsia surgida teria de ser resolvida pelo Tribunal? Ou o Distrito Federal teria o direito de, unilateralmente, denunciar o contrato, imitir-se na posse do imóvel e fazer com que a destinação do empreendimento fosse rapidamente atingida? (fls. 269).

(...)

Na hipótese em exame, além de a Apelada poder denunciar o contrato a qualquer tempo, unilateralmente, sujeitando-se, é claro, a indenizar a Apelante pelos eventuais prejuízos que lhe impusesse, ainda teve ela uma razão objetiva e real para propugnar a recuperação do imóvel. Foi o fato de decretação da liqüidação extrajudicial da Apelante. Esse fato, por si só, fomentaria complexidades na elucidação dos negócios da Apelante. Apesar disso, a Apelada ainda levou bastante tempo para tentar reaver o imóvel, aguardando, certamente, que se delineasse uma situação de dificuldade para a concessionária do Hotel. E isso se perfez, tanto que a Apelante não se viu em condição de honrar atempada e adequadamente as obrigações de pagamentos mensais sucessivos, que contraíra." (fls. 271)

Acrescente-se a tanto, a judiciosa observação do Des. Elmano Farias, aduzindo mais um argumento, ante fato novo adveniente, que o juiz deve levar em conta, ao sentenciar (CPC, art. 462):

"Cumpre ressaltar a insignificância do valor do seguro contra incêndios, firmado pela Apelante, acarretando pagamento de irrisória indenização, insuficiente para reconstruir o prédio sinistrado. Extrai-se, daí, a convicção de que houve, na espécie, culpa **in eligendo**, da Apelante, consistente em celebração inadequada do contrato de seguro.

Tal desídia, por si só, ensejaria a imediata rescisão do contra-

to (ou da concessão), pois não se resguardou, a contento, o patrimônio público.

O Juízo **a quo** analisou proficientemente os fatos, aplicando o direito objetivo adequado à espécie dos autos." (fls. 274)

Similarmente, carecedora de ação a recorrente no que diz respeito à renovatória.

Argumenta ela que o art. 32 da Lei de Luvas não contemplava as empresas públicas, limitando-se até as autarquias. Nem poderia tê-lo feito, sob pena de exercício de futurologia ... Porquanto, conforme elucida o Prof. Caio Tácito, **in** "As Empresas Públicas no Brasil".

A empresa pública, com as características modernas, fez seu ingresso na vida econômica do país com o Instituto de Resseguros do Brasil, em 1939, a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, e a Companhia Vale do Rio Doce, em 1942. A essas se seguiram a Companhia Nacional de Álcalis, em 1943, a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, em 1945, e a Fábrica Nacional de Motores, em 1946" (RDA 84/433).

Ora, o Decr. nº 24.150 é de 20/04/34 ...

Só que — como já acentuado 'supra' — tanto é descentralizado o serviço cometido às autarquias, quanto o das entidades paraestatais, destas e daquelas servindo-se o Estado como instrumentos ágeis para a execução dos mesmos serviços."

Nada vejo mister acrescentar a essas exatas razões, com as quais concordo integralmente.

Eis porque não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.813-0 — DF — (92.0005650-4) — Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Prudência de Grandes Hotéis S/A. Advogados: Luiz Carlos Bettiol e outros. Recda.: Companhia Imobiliária de Brasília — Terracap. Advogados: Maurício Dutra de Moraes e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 06.06.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Ruy Rosado.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 20.386-0 — RJ

(Registro nº 92.0006738-7)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Município de Teresópolis*

Recorrido: *Celso Luiz Francisco Delmaso*

Advogados: *Carlos Eugênio Cavalcanti de Albuquerque e outro, e Antônio Geraldo Cardoso Vieira e outros*

EMENTA: ***Processual Civil. Ação ordinária visando o ressarcimento de prejuízos. Inexistência da comprovação efetiva do dano. Improcedência.***

Para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízos, a prova da existência do dano efetivamente configurado é pressuposto essencial e indispensável.

Ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, dês que, dela, não tenha decorrido prejuízo.

A satisfação, pela via judicial, de prejuízo inexistente, implicaria, em relação à parte adversa, em enriquecimento sem causa. O pressuposto da reparação civil está, não só na configuração de conduta contra jus, **mas, também, na prova efetiva dos ônus, já que se não repõe dano hipotético.**

Recurso improvido. Decisão por maioria de votos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 23 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: O Município de Teresópolis, no Estado do Rio de Janeiro, promoveu, pelo rito sumaríssimo, Ação de Reparação de Dano contra o ex-Prefeito daquela Comarca — *Celso Luiz Francisco Dalmaso* — visando ao ressarcimento dos prejuízos que este, na condição de chefe do Executivo, teria causado ao Município, mediante admissão, por via de contrato, do funcionário *Gildo Queiroz da Costa*, para exercer o cargo de guarda de pretórios em período proibido, porque imediatamente anterior às eleições, com infração ao artigo 27 da Lei nº 7.664/88.

A ação foi julgada improcedente, em ambas as instâncias, sob fundamento de que, a só ilegalidade do ato de contratação, não importa em dano à administração, devendo os prejuízos concretos serem cumpridamente provados.

Contra esta decisão, manifestou o Município vencido, REsp, sob o pálio do artigo 26, II da Lei 8.038/91, sobre alegar afronta, pelo decisório, ao artigo 27 da Lei 7.664, citada, desde que o dano é presumido e decorrente da ilegalidade do ato.

Admitido na origem, nesta instância, o Ministério Público manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros:

Trata-se de Ação de Reparação de Dano, promovida pela Prefeitura de Teresópolis — através do procedimento sumaríssimo — contra *Celso Luiz Francisco Dalmaso*, ex-Prefeito daquela Comunidade, visando ao ressarcimento de prejuízos que este, na condição de chefe da Edilidade, teria causado ao Município, mediante a admissão (Portaria 1.470/80), por via de contrato, de *Gildo Queiroz da Costa*, para exercer a função de guarda de pretórios, no período proibitivo anterior às eleições, com infração à Lei nº 7.664 de 1988 (art. 27).

A ação foi julgada improcedente, em ambas as instâncias, sob color da inexistência da prova do dano efetivo, causado à Edilidade.

Contra esta decisão se insurge o vencido, mediante Recurso Especial, com base na Lei 8.038, artigo 26, II, sob color de ofensa ao art. 27 da citada Lei nº 7.664/88 e dissenso pretoriano.

Afasto, desde logo, o conhecimento do recurso com base no conflito de julgados, eis que, os decisórios trazidos à colação, para confronto, são do mesmo Tribunal que proferiu a decisão objurgada.

Quanto à ofensa ao artigo 27 da Lei 7.664/88, não me parece configurada. Parto, desde logo, do princípio de que a ação é de ressarcimento de prejuízos (que o ato do

ex-Prefeito, porventura, tenha causado à Municipalidade), sendo a existência da prova do "dano efetivo", pressuposto essencial e indispensável ao seu deferimento. Penso que, no caso, não se pode "presumir", pura e simplesmente, a presença do dano, com arrimo na só circunstância de ter havido contratação de pessoal contrariamente à lei (em período proibitivo). A ação é de "dano". A irregularidade do ato, que, aliás, foi revogado, não pode implicar, **ipso facto**, na "presunção" jurídica do prejuízo. Em ações dessa natureza, o "dano" deve resultar cumpridamente provado. Não pode haver presunção de prejuízo, ainda que o ato da administração seja irregular, ilícito.

O primeiro requisito ou pressuposto do dever de indenizar, ensinam os juristas, "é a existência de um dano. Como regra geral, deve-se ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto. Ainda mesmo que haja violação a um dever jurídico e que tenha existido culpa ou, até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que se não tenha verificado prejuízo" (Conf. **Agostinho Almin**, Da Inexistência das Obrigações e Suas Conseqüências, pág. 181).

In casu, o prejuízo, para ser ressarcível, há de estar suficientemente provado. A satisfação, pela via judicial, de prejuízo inexistente, implicaria, em relação à parte adversa, em enriquecimento sem causa. O acórdão hostilizado, **in hoc caso**, para afastar a pretensão fundou-se em que, as sanções previstas no artigo 27 da Lei 7.664/88 não compreendem a reparação do dano, pelo ex-Prefeito, desde que, este não houve, pois, o servidor contratado, embora em período proibitivo, prestou todos os serviços ao Município, na dilação em que foi servidor da Edilidade, não havendo prova de qualquer dano. Com juridicidade, averbou o Des. *Ellis Figueira* (Ap. Civil 071/91), acerca de hipótese semelhante: "Pressuposto da reparação civil está na configuração de uma conduta **contra jus** e na substantividade do dano, nisso se somando a causa **commetion**, ou relação direta da causa e efeito sobre o fato gerador. Dano não se presume e o ônus da prova recai sobre quem o alega, certo que a prova da sua existência há de ser feita no processo de conhecimento. Não se indeniza ou repõe dano hipotético" (fl. 138).

Esta egrégia Primeira Turma tem proclamado, vezes seguidas, "que a invalidação do ato de admissão, ainda que eivado de ilegalidade, não acarreta, por si mesma, a responsabilidade do agente político (que o executou) (REsp nº 20.316-1 — Relator Ministro **Garcia Vieira**). Registro, por coincidente com entendimento que tenho esposado nesta Corte, a judiciosa lição do Ministro **Cesar Asfor Rocha**: "Forçoso é reconhecer — não é pela via eleita da ação de reparação de danos que se pode obter o ressarcimento do quan-

to gasto pela Edilidade com a contratação feita em período proibido, exatamente porque, decorrente o dano, elemento primeiro, repito, indispensável para que haja reparação. Fosse "outro o caminho processual escolhido, talvez tivesse o autor recorrente melhor sorte" (Voto de Vista no REsp nº 20.316-0-RJ).

A jurisprudência predominante, na Corte, é o de que, "não basta que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou" (Cont. **Aguiar Dias**, Da Responsabilidade Civil, vol. I, pág. 86).

Não se discute a questão da ilegalidade do ato, no caso vertente, tanto que este já foi revogado. Entretanto, essa invalidação, por si mesma, não acarreta a responsabilidade civil ao agente político que o praticou, sem a prova cabal da efetiva lesividade ao patrimônio da Edilidade.

Não vejo, pois configurada a ofensa ao disposto no artigo 27 da Lei 7.664/88, pelo que, conheço do recurso, pela letra **a**, mas lhe nego provimento.

É como voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, sou vencido e farei juntar cópia de meu voto.

ANEXO

"RECURSO ESPECIAL
Nº 20.715-4 — RJ

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA: Em que pese a clareza do voto proferido pelo eminente Relator, apoiado pelo ilustre Ministro Gomes de Barros, atraído pelo tema, com o intuito de bem conhecer a **quaestio juris**, sob o amparo de previsão regimental, procurei socorro no pedido de "vista".

Nessa voluntária empreitada, peregrinando pela senda da motivação do ajuizamento da ação, atento ao contingente e com sede na doutrina e jurisprudência, dei-me conta de que a questão tem predicamentos animadores de considerações, senão inéditas, pelo menos estimulantes à reflexão. Com essa disposição, de início, calha rememorar os antecedentes da ação:

" — O Município de Teresópolis — RJ, representado por seu Prefeito, ingressou com ação judicial objetivando *reparação de danos* contra o ex-Prefeito, imputando-lhe a contratação de funcionário em período *vedado por lei*, caracterizando abuso de poder (art. 27, da Lei 7.664/88), *ferindo os princípios da moralidade pública*, com o desnecessário aumento de servidores da Prefeitura;

— improcedente a ação na primeira instância, em apelação, confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à consideração básica de que:

"A invalidação do ato ilegal, por mais reprovável que seja, por si mesma, não acarreta a responsabilidade civil do agente político que o praticou, sendo necessário provar-se a efetiva lesividade ao patrimônio público para que nasça, na esfera do direito privado, a obrigação de indenizar"

Interposto, a tempo e modo o Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, com fulcro na Súmula 13 — STJ — afastada a hipótese da alínea **c**, foi admitido apenas pelo permissivo da alínea **a**, nesta superior instância, até aqui, improvido pelos eruditos votos proferidos, destacando lição do douto **Aguiar Dias** (Da Responsabilidade Civil — vol. I — págs. 86 e 87 — 7ª ed.), em abreviado, com estas considerações:

"Torna-se até escusado dizer que ao prejudicado é que cumpre provar o dano" (pág. 86).

Para o renomado mestre, **ob. cit.**:

"Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a *realidade* do dano que experimentou ..." (pág. 87).

"No caso, a nomeação do servidor poderia até ser necessária como alega o recorrido e não se fez prova nenhuma de que existia número suficiente de Guardas Próprios na Municipalidade. A Lei nº 7.664/88, em seu art. 27, só estatuiu que não gera obrigação para a pessoa jurídica interessada ou qualquer direito para o beneficiário, a contratação no período por ela vedado. Não fala em dano e muito menos em sua reparação. O MM. Julgador monocrático salientou em sua respeitável sentença de fls. 64/69, com inteira razão que:

"O simples fato de ter havido contratação no período vedado por lei não traduzirá ocorrência de dano, uma vez que os serviços do funcionário em apreço foram prestados, não sugerindo sequer o Autor que não houve proveito da Municipalidade, a despeito das conseqüências outras previstas em lei.

Se o serviço foi realmente prestado e houve proveito da Municipalidade, a cobrança ao Réu é indébita, ou haveria enriquecimento ilícito do Município-Autor, que contou com o trabalho realizado cujo custo pretende cobrar de outrem".

O venerando aresto hostilizado, com acerto, concluiu que:

"A invalidação do ato ilegal, por mais reprovável que seja,

por si mesma, não acarreta a responsabilidade civil do agente político que o praticou, sendo necessário provar-se a efetiva lesividade ao patrimônio público para que nasça, na esfera do direito privado, a obrigação de indenizar" (fls. 07).

O venerando aresto hostilizado não violou o art. 27 da Lei Federal nº 7.664/88 ou qualquer outro dispositivo legal e não merece qualquer censura".

Isto comemorado, para o exame da **vexata quaestio** — violação de lei federal —, à palma registre-se:

Lei nº 7.664, de 29.06.1988, art. 27:

"São *vedados e considerados nulos de pleno direito*, não gerando obrigações de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada nenhum direito para o beneficiário, *os atos* que, no período compreendido entre a data da publicação desta lei e o término do mandato do Prefeito do Município, importarem em nomear, *contratar, admitir servidor* público, estatutário ou *não*, na administração direta e nas autarquias" (grifos originais).

A nulidade é impositiva (**ex vi legis**).

Ora, no céu aberto da demonstração documentária (fl. 8 a 14), frente ao texto legal transcrito, com solar clareza, *houve frontal violação à literal disposição de lei federal*; aliás, embora escusando a obrigação de indenizar, admitida por antecedentes julgados monocráticos (fls. 47 a 53 e 64 a 69), prestigiados pelo v. aresto hostilizado; assim:

"A invalidação do *ato ilegal*, por mais reprovável que seja, por si mesma, não acarreta a responsabilidade civil do agente político que o praticou, sendo necessário provar-se a efetiva lesividade ao patrimônio público para que nasça, na esfera do direito privado, a obrigação de indenizar" (grifei).

Portanto, no pertinente ao reconhecimento de ser o *ato ilegal* (sem recurso do recorrido) — é questão vencida —, a salvo do tangenciamento, refletindo que o administrador público, especial destinatário da norma, conscientemente agiu em desconformidade com a lei, corporificando sentida desobediência à ordem jurídica. A repercussão desse *ato*, afrontoso à vontade *real* da lei — vedação da nomeação ou contratação de funcionário público — durante período temporal certo, afetou a ordem e a moralidade administrativas.

Contemplar-se esse sementeiro de descumprimento à ordem legal e de ofensa à moralidade administrativa com transingência ou resignação, seria desconsiderar ou subtrair inafastáveis e especiais conseqüências jurídicas do princípio norteador da obrigatória *legalidade dos atos*

administrativos (arts. 5º, II, e 37, Constituição Federal), por ser consabido que:

— "A *legalidade*, como princípio administrativo (Constituição da República, art. 37, **caput**), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, *sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade* disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de *toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.*

Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal ... (**Hely Lopes Meirelles, in** Direito Administrativo Brasileiro — p. 78 — 15ª ed., Rev. Tribs. — grifei).

Anotem-se, ainda, estes escólios:

— "... estampa-se, pois, com inabalável clareza, que a administração é autoridade subalterna à lei; que se subjuga internamente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o direito brasileiro".

.....

"O princípio da localidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina" (**Celso Antônio Bandeira de Mello, in** Elementos de Direito Administrativo — págs. 59/61 — 2ª ed., Rev. Tribs.).

— "O *vício* do ato administrativo é, em resumo, a ilegalidade que afeta qualquer dos seus requisitos de validade" (**Marcelo Caetano**, Manual de Direito Administrativo, p. 172).

Por contrastar a lei, o apontado ato cataliza a sua invalidação, como reparação à norma violada (com flagrante contrariedade às disposições imperativas do art. 27, Lei 7.664/88), maculando os interesses gerais da sociedade (aqui, os eleitorais):

"No proibir os atos de provimento, procura a norma legal evitar o aliciamento eleitoral às expensas do poder público com prebendas funcionais" (**Fávila Ribeiro — in** Direito Eleitoral — pág. 282 — 2ª ed. — Forense — 1986).

É escudo de proteção à ordem pública (interesses gerais da sociedade) e não apenas individuais, por exemplo, quando a lei visa apenas a proteção de interesses particulares. Desobedecida a norma (art. 27, ref.), ocorre a *lesividade* ao patrimônio público. Bens jurídicos tutelados fo-

ram atingidos: **lato sensu**, o interesse público, que arcou com o custo social da nomeação abusiva e, **stricto sensu**, a *moralidade*, vitimada por conduta que levou a prática de ato nulo (por declaração **ex vi legis** — art. 27, ref.). Logo, ato *imoral* por não convir — segundo a lei — à sociedade.

Esse aspecto, perfilado como está o exame da legalidade do ato sob exame, a meu aviso, para mim, demanda específicas observações, desde logo, com a chamada constitucional, apresentando-se o art. 37, permitindo descortinar que:

> "O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou legitimidade, se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com *a moral administrativa e* com *o interesse coletivo*" (TJSP — Ap. Cível 151.580 — Rel. Des. Cardoso Rolim — **in** RDA — vol. 89 — págs. 134 e 135 — grifei).

A lei é regra e medida. A moralidade administrativa não é corolário; é elemento constitutivo do ato. Deveras. O *ato administrativo*, sob o imperativo dos questionamentos forrados na lei, *moral e ética*, força lembrar a teoria dos círculos concêntricos elaborada por *Jeremias Benthan*, que pode ser assim compreendida: dois círculos concêntricos, sendo o *maior o da moral* e o *menor* o *do direito*, portanto, havendo um campo de ação comum a ambos, ficando o *Direito* envolvido pela *moral*. De avante, "tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico" ("An Introduction to the Principles of Morals and Legislation" — trad.: "Uma Introdução aos Princípios de Moral e de Legislação" — Editora Abril, 1984, 3ª ed.).

Nesse prisma, pode ser lançado este silogismo: *sendo ilegal o ato, imoral será o seu acolhimento, sendo justa a sua anulação, com sanção ao agente público.*

Ganhou tanta expressão a obrigação de resguardar a Administração do contágio da imoralidade, que a Constituição obsequiou a administração pública com especial princípio (art. 37):

> "A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade*, impessoalidade, *moralidade*, publicidade e, ..." (grifei).

Com essas inspirações, servindo como aviso intimidatório, está em vigor a Lei nº 8.429, de 02/06/92 — DOU de 03/06/92 —, capitulando como *improbidade* administrativa ("imoralidade qualificada" — **José Afonso da Silva** — Curso de Direito Constitucional Positivo — p. 563 — ed. Rev. Tribs. — 1991 —), o ato atentatório aos aludidos princípios, situando como conduta típica "praticar ato visando fim proibido em lei" (art. 11, I);

é o caso. Ganha, outrossim, menção o Decreto-lei nº 201, de 27.02.1967 (art. 1º, XIII, e § 2º — reparação civil do dano).

Vale comentar, nesse toar, que a atitude administrativa ignorando lei imperativa, com infringência do interesse público, espalhando conduta afrontosa por desviar, gerando a ilegalidade, causadora de dano ao erário público, exige pronta e legítima proteção devida aos administrados. Não é sem razão, por isso mesmo, que, no caso, posteriormente, o ato foi revogado (fl. 38).

> "É que a nulidade tem de se operar de pleno direito, pela própria força do vício que atinge o ato administrativo e que, por si só, dispensa a intervenção do Poder Judiciário para a sua declaração".
>
> .....
>
> "A nulidade de pleno direito, porém, deve atingir à própria *substância material* do ato, os elementos que o integram" (**Themístocles Brandão Cavalcanti** — "Teoria dos Atos Administrativos" — p. 186 — ed. Rev. Tribs. — 1973 — grifos originais).

Erigida, singularmente, pois a *moralidade administrativa*, pela dignidade constitucional, como princípio fundamental, o funcionário público (acepção **lato sensu** pode e deve ser chamado à responsabilidade pelos danos materiais causados, não apenas ao erário, mas também à *moralidade*, ofensa nascida de desprimoroso comportamento. A lesividade ao patrimônio moral da Administração não pode ser premiada pelo esquecimento. Existe a responsabilidade de indenizar.

Reconfortada — agora, como se disse: com a dignidade constitucional — a *moralidade administrativa*, distinguida como princípio de ordem pública, portanto, indisponível, quando afetada lesivamente, integrando o ato censurado, reclama reparação combativamente, ainda que signifique ousada exigência. A dinâmica social, a respeito, não perdoará o silêncio. A doutrina não é refratária; colacionando-se:

> "**omissis** .....
>
> — "Como é sabido, a doutrina do exercício abusivo dos direitos representa a primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico. Mas por esta brecha, que os civilistas gradualmente transformaram em um dos seus temas nobres, vieram outras intromissões: a doutrina do não-locupletamento à custa alheia, a doutrina da obrigação natural. Apesar da resistência dos conservadores, dir-se-ia que o jurisconsulto teórico está na véspera de descobrir nova ética jurídica, que o leva a inovar na matéria por ele tratada, até então, com o maior esmero técnico: a das obrigações. **Ripert** estava autorizado a afirmar "que o Direito, mesmo na sua parte mais técnica, apresentava-se ainda dominado pela Moral".

Este movimento de idéias, cuja amplitude e diversidade de aspectos não constituem o assunto do presente estudo, repercutiu também no direito público, sobretudo no direito administrativo. É aí que surge, em dado momento, e depois de sucessivas tentativas, a figura gêmea da do abuso de direito: o desvio de poder. É aí, ainda, que, a propósito do exame jurisdicional do desvio de poder, se começou a falar na "moralidade administrativa".

omissis .....

"Desagrada ao homem de leis em geral ouvir falar em "moralidade administrativa". Porque deseje uma Administração pública imoral ou amoral, sem rei nem roque, de costas voltadas para o Honesto e para o Justo? Nada disso; mas a fórmula, enquanto se pretende nomear com ela conceito jurídico, ou princípio relevante para o mundo jurídico-normativo, inspira-lhe franca desconfiança: porque não lhe descobre sentido assim tão imediato como concreto, parece-lhe vaga e ôca. Por outro lado, imprudente, — pois, como **Renard** já o notou com fina ironia, — cuida entrever, por detrás dela, o espantalho da Ordem moral, ou, recém-desembarcado da América do Norte, o aspecto do Governo dos Juízes.

Não deixa de vir a propósito comentar: é o mesmo homem de leis, tão cauteloso e tão cético perante esta fórmula, o primeiro a pedir, nas petições e minutas, em nome conjunto da Moral e da Justiça, uma decisão favorável. Nunca vacila, então, a sua pena, nem geme a sua sensibilidade jurídica: faz a dupla invocação em letras bem gordas, a que acrescenta ponto de exclamação bem visível!".

omissis .....

"Foi **Hauriou**, esse fecundo e operoso agitador de idéias, quem pela vez primeira falou em moralidade administrativa. Em uma das suas magistrais anotações aos acórdãos do Conselho de Estado (caso Gommel, Sirey, 1917, II, 2º), desenvolveu, com maior brilhantismo do que transparência, a seguinte tese audaciosa: a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da "boa administração", determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da "moralidade administrativa".

Mas o conceito desta ficou então por definir. **Hauriou**, aparentemente, ao redigir a nota, teve uma intuição, que lhe pareceu fecunda, e encontrou uma fórmula, que considerou feliz. Doravante, a sua atenção, orientada pelos íntimos liames de certas idéias

muito queridas, dirigiu-se para onde ele pressentia que descobrira nova porção de território jurídico. Contudo, na 7ª edição do seu "Précis", tantas vezes remodelado, depois de repetir a doutrina da nota, limitou-se a acrescentar: com o recurso por desvio de poder, que possui a natureza de uma "ação disciplinar", ultrapassa-se o ponto de vista da legalidade estrita, pois, com ele, sanciona-se uma "moral jurídica". Só na 10ª edição da citada obra, de passagem, indicou finalmente o que por moralidade administrativa entendia: "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Noção que, na edição seguinte, melhor esclareceu, muito embora aí se refira, de preferência, à "disciplina interna da Administração".

Segundo **Hauriou**, qualquer ser capaz de atuar é forçosamente levado a distinguir o Bem do Mal. Ser atuante, a Administração pública não foge a esta regra. Para atuar, tem de tomar decisões; mas, para decidir, tem de escolher; e não só entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto. O seu comportamento deve, sem dúvida, conformar-se à lei jurídica. Mas não basta. O ato conforme à lei jurídica nem sempre é um ato irrepreensível do ponto de vista moral: **"non omne quod licet honestum est"**, dizia já **Paulo**. Se os particulares podem cometer vilanias respeitando formalmente a lei, o mesmo acontece aos administradores. No entanto, assim como há uma Moral positiva, que, para os primeiros, se acrescenta à lei vigente, também para os segundos há uma moral institucional, que se sobrepõe à lei das suas atribuições e competência. Esta é-lhes imposta de fora, pelo Poder Legislativo, e apenas traça o âmbito da sua atividade e fixa os meios a utilizar, quanto aos preceitos da moralidade administrativa, são-lhe impostos de dentro, vigoram no próprio ambiente institucional e condicionam a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário. A noção de moralidade administrativa e, assim, mais ampla do que a noção de legalidade jurídica. E, por isso, as exigências da moralidade administrativa são mais fortes que as exigências da legalidade jurídica".

omissis .....

"Outro autor, **Lacharrière**, publicou, em 1938, uma monografia, — Le Contróle Hierárchique da l' Administration dans la Forme Jurisdictionelle, — no qual dedicou um capítulo ao tema. E a propósito de saber se na fiscalização contenciosa da atividade administrativa entrará algum elemento da fiscalização hierárquica, refere-se nos seguintes termos à moralidade administrativa: "é o conjunto de regras que, para

disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados. Semelhantes regras não se confundem, porém, com as regras da Moral comum: são regras de boa administração". Mas, a diferença de **Welter**, reparou a tempo haver na definição uma frase que, por sua vez, reclamava definição. Por isso, acrescentou: "boa administração é noção complexa, em que entram, a par de certas regras da moral vulgar, prescrições de caráter técnico".

Como todavia compreender que este conjunto de moral vulgar e de prescrições técnicas dê origem a uma moralidade administrativa, por natureza diferente da comum? Aqui, o nosso autor, que gosta de descer ao subsolo filosófico das concepções jurídicas, abona-se com o último livro de **Bergson**, Les Deux Sources de la Morale et de la Réligion. Há duas espécies de Moral: uma, aberta; fechada, a outra. Corresponde a primeira ao impulso individual para a perfeição e, em certas circunstâncias pode encontrar-se em conflito com a moral social. Quanto à segunda, é de índole eminentemente social, constitui ingrediente psicológico segregado pela própria sociedade, que dele usa para se proteger dos germes nocivos e se manter saudável. Ora, a moralidade administrativa é moralidade deste segundo tipo: embora se traduza por regras de natureza técnica, emana quase espontaneamente do esforço despendido pela Administração ao procurar ajustar-se ao seu fim, ao pretender coincidir intimamente com a função administrativa. Desta sorte, pertence ao sistema das morais fechadas que os grupos sociais elaboram para sua defesa. — sistema este que não deixa todavia de se articular à moral comum da sociedade a que os referidos grupos pertencem".

omissis .....

"No mundo ético, as interferências da Moral e do Direito são mais freqüentes do que se julga. Sem dificuldade se encontram exemplos. Tanto a lei civil como a lei administrativa, por vezes, exigem do homem convivente que, ao manifestar o querer por condutas jurídicas, nelas concretize um pensar e um decidir de "bom pai de família"; isto é: de representante da moral comum, na medida em que ela pode ser entendida, e observada pelo chamado "homem médio". A ordem jurídica, nestes casos, preocupando-se muito embora com o sentido jurídico da conduta, também considera o sentido moral dela. Mais: enlaça os dois sentidos, — e de tal sorte que o segundo influi no primeiro: se na conduta se não revelar o "bom pai de família", o sentido jurídico dela ficará afetado.

Aparenta-se com a noção de bom pai de família a noção de

"bom administrador". Também aqui o elemento moral se combina com o elemento jurídico. Órgão da pública Administração, desempenha o cargo assumindo condutas jurídicas, pelas quais se realiza a função administrativa. Mas, para merecer o qualificativo de "bom", terá de juntar uma reta intenção moral a uma atividade jurídica correta. Evitar a usurpação de poder, nunca ignorar os limites da própria competência, respeitar escrupulosamente os preceitos em vigor e as formalidades legais, — eis condição necessária, mas não suficiente, do bom desempenho do lugar. Sem dúvida, na conduta jurídica do administrador que diligencia conformar-se à legalidade, manifesta-se já, além do seu prudente critério, sã concepção da função administrativa. No entanto, convém ter presente que há muitas maneiras de respeitar a legalidade — tantas, pelo menos, quantas forem as intenções morais de quem à mesma se submete ou dela se utiliza.

Repare-se, com efeito, no seguinte: a lei vigente fornece a norma das condutas possíveis, indicando também, por vezes, os requisitos a reunir para que as mesmas, além de possíveis, sejam válidas. Assim considerada, surge a lei, para quem a não inventou mas a encontrou já vigorando no meio social em que pretende atuar, como princípio estimativo e meio de realização de certos comportamentos humanos. Para que o fato do comportamento adquira sentido jurídico, terá de manifestar-se nele concreta referência ao valor jurídico, que a norma exprime pelo verbo dever ser; isto é: terá de reproduzir em si, enquanto comportamento efetivo, o comportamento juridicamente possível que *deverá ser* e ainda não é".

omissis .....

"Bom administrador", portanto, é o órgão da pública Administração que, usando da sua competência para o preenchimento das atribuições legais, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Se os primeiros delimitam as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto positivos, — a segunda espera dele conduta honesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme à função realizada por seu intermédio. Não será a ordem administrativa parte, ou aspecto, da ordem jurídica postulada pelo Bem-Comum? E não será a ordem jurídica parte, ou aspecto, da ordem cósmica que se define mediante a liberdade humana? Como então recusar esta evidência: comete uma "imoralidade administrativa" o administrador que perturba a ordem administrativa com uma conduta determinada por fins concretos alheios à pública administração, muito embora não tenha cometido faltas legais?

Sem dúvida, a imoralidade, qualquer que seja a forma da sua manifestação, só interessa à teoria jurídica na medida em que provoca repercussões jurídicas. Surge assim o problema de saber por que modo a imoralidade administrativa penetra no mundo jurídico. É, pois, o momento de apontar outro exemplo das interferências da Moral com o Direito: o chamado abuso de direito" (*Moralidade Administrativa* — **Antônio Brandão — in** Rev. de Direito Administrativo — vol. 25 — págs. 455 a 467 — grifos originais). Destaco: **Maurice Hauriou**, *Précis Élémentaire de Droit Administrativo*, Paris, 1927.

Na palma dos registros tem merecimento estes ensinamentos:

omissis .....

"Considerando que a legalidade se compreende não só nas regras resultantes dos textos escritos, senão também nas regras de costume aceitas como princípios sociais, há de se compreender que o problema vincula a questão de legalidade a uma correspondente questão de fato. Nesta vasta área vazia de conteúdo jurídico emerge a moralidade.

O círculo da moralidade, na hipótese, resulta menor que o círculo da legalidade. Está dentro do direito e não fora dele, a se fazer sentir nos diferentes graus de ação administrativa, sensibilizando a ordem jurídica no que tem de comum com os atos da gestão ou de governo" (**Manoel de Oliveira Franco Sobrinho** — As Práticas Administrativas e o Controle da Moralidade — Rev. Dtº Administrativo — jan/março de 1974 — págs. 9 e 10).

Com o alinhamento feito, guardando-se na lembrança a posição pioneira assentada na Apelação Cível nº 151.580 — TJSP — Rel. Des. Cardoso Rolim — (RDA 89/134), como ponto forte, tem-se que a *moralidade administrativa* e o *interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo.*

Alcançada essa conclusão, na espécie, indiscutível que o recorrido nomeou contra imperativa determinação legal, gerando *ato nulo*, de avante, conforme prenunciado, atingidos bens jurídicos tutelados, com inequívocas repercussões jurídicas, impõe-se sancioná-lo com a obrigação de ressarcimento pecuniário.

Ainda porque, o agente político, reforçando, conseqüentemente, cometeu a chamada *falta de serviço*, por tratar-se de *ato reprovável*, não se confundindo com irregular *ato de função*. Como se sabe, a "falta de serviço" (ou de função) acontece quando o funcionário serve-se dela para realizar ou cometer uma falta. Por essa falta consciente o Estado (administração pública), quanto à reparação, tornou-se *credor* de correspondente indenização.

Dir-se-á, nas luzes do entendimento condutor do v. aresto guerreado,

que mereceu privilegiado aplauso no voto do Senhor Ministro-Relator, que inexiste a obrigação de indenizar por faltar dano concreto à Administração. **Maxima reverentia**, como adiantei e procurei demonstrar, assim não penso.

E com ele não comungo porque o ato sob censura gerou efeitos econômicos (com obrigações financeiras suportadas pela Fazenda Municipal). Basta lembrar que, conseguinte à sua revogação (fl. 38), movida "reclamatória trabalhista" na Junta de Conciliação e Julgamento na Justiça do Trabalho de Teresópolis, o Município foi condenado a pagar indenização a título de "rescisão imotivada do contrato de trabalho" (fls. 44 a 47). Está aí um resultado concreto danoso ao erário municipal. A falar que o empregado, em contraprestação, prestou serviços, compensando os pagamentos feitos, será construir estranho "indene" de impunidade em favor do agente político que nomeou, contra a lei, — nexo causal das obrigações da relação de trabalho nascida de ato ilegal — criando-se inusitada via para convalidação dos efeitos de *ato nulo*.

Mas não é só. A ofensa à *moralidade*, **per se**, causou dano à Administração. Só a obrigação de recompor os gastos feitos pela Municipalidade (dinheiro público), ditada contra o agente violador da lei, homenageará a *moralidade* que, como dito, integra a *legalidade* dos atos administrativos.

Na rama dessas anotações, para argumentar, mesmo que ficassem esquecidos os argumentos oriundos da espúria e questionada relação de trabalho, como responsabilidade presumida na lei que veda a nomeação, estaria presente a obrigação de reparar o *dano*, só pela prática de ato lesivo à *moralidade administrativa*.

Em caso, em tudo semelhante, salvo quanto ao nome da pessoa ilegalmente contratada, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro — Segunda Câmara Cível —, unanimemente, acordou:

> "Responsabilidade Civil. Ato de Prefeito. Contratação de Servidor. Ilegalidade do Ato. Indenização ao Erário Público.
>
> A ação de reparação de dano proposta por Município contra ex-prefeito que autorizou contratação de servidor, afrontando disposição do art. 27, da Lei nº 7.664, de 29.06.88. Prejuízo ao erário público resultando dispêndio decorrente da contratação ilegal. Reparação do dano devido pelo autor do ilícito. Procedência do pedido. Apelação voluntária provida, feito o reexame necessário da sentença" (TJRJ — Apel. Cível nº 90/91 — Rel. Des. Nelson Pecegueiro do Amaral — (fls. 92 e 93)."

Guiado pelas explicitadas idéias, sob o guante da *moralidade* administrativa — erigida como princípio constitucional —, vinculada à indis-

ponibilidade do interesse público, constituindo-se em bem jurídico, quando ofendido (dano presumido), emerge que, a reparação é de direito.

Enfim, a obrigação de indenizar nasce da prática de ato nulo, causadora de presumido *dano à moralidade administrativa* (o dano é a ofensa à legalidade e a moralidade), cuja mensuração, para efeito de reparação material, tem por parâmetro o efetivo dispêndio feito pelo erário, como decorrentes despesas forçadas pelo ato ilegal.

A relação de trabalho, cativo no caso concreto, que tem contingente jurídico diverso e especial, estabelecida com terceiro não desnatura essa obrigação civil de indenizar, imposta ao agente político infrator da lei, que tem relação, diversa daquela, com a administração pública que serviu:

Devo, como exploração ideativa, se toda a exposição feita ficasse sombreada pelo abandono, por não constituir demasia ou heresia jurídica afirmar que, se abandonada ficasse a obrigação da indenização por dano material, com todo fulgor, aqui, como especulação, poderia ser descoberto o dever indenizatório por *dano* moral (afinal a Administração foi lesada na sua moralidade). Mas, teria cabimento a cogitação sobre o *dano moral na pessoa jurídica*? Como questionamento, encontro defensores. Embora, de minha parte, por desvinculação deste caso, deixe reservada futura oportunidade, em prol da assertiva, por agora, trago à colação os ensinamentos que podem ser auridos no trabalho elaborado pelo Des. Walter Moraes — "Se é viável Indenização por Dano Moral à Pessoa Jurídica — (**in** Report. 10B Jurisp. — nº 19/91 — 1º outubro — nº 3) e na lúcida exposição feita pelo Prof. **Limongi França** (**in** Rev. dos Trib. — 631, págs. 29 a 37 — item 2.2).

Como último lanço não se oponha que a multicitada Lei 7.664/88 é inconstitucional e, via de conseqüência, não pode ser aplicada na administração comunal por interferir na autonomia municipal.

Sobressaindo que esta não é a sede apropriada para uma apreciação **incidenter tantum**, comporta apenas dizer que a Lei nº 7.664/88, até aqui, goza de ínsita eficácia (força e efeitos), ignorando-se argüição contrária na via apropriada. Além disso, na organização político-administrativa do Brasil Federativo, compete aos Municípios legislar sobre assuntos de *interesse local* (art. 30, I, C.F.), enquanto que, privativamente, e pertinente ao caso, à União a legislação *eleitoral* (arts. 22, I, e 68, § 1º, II — "eleitorais" — C.F.). A referida lei cuida de matéria de cunho nitidamente eleitoral, que refoge ao círculo do interesse local. Quando dita lei federal veda a nomeação não está interferindo na organização administrativa local, nem malferindo a autonomia municipal. A sua finalidade, com alcance geral, é a de assegurar garantias políticas gerais e do interesse público, obe-

diente ao supra-princípio, no espaço territorial brasileiro, da *moralidade* eleitoral. Conflito haveria se o Município na estrita esfera da sua competência, legislasse sobre matéria de índole eleitoral ou, correntemente, se editasse lei, por exemplo, sobre o funcionalismo público. Por fim, não pode ser omitido que os Estados-membros — de conseguinte os Municípios — têm o dever de prover a execução de lei federal, sob pena de intervenção (art. 34, VI, C.F.). Por isso, sem a necessidade de outras razões, parece-me ausente o suposto conflito.

Ante todo o exposto, presente uma *questão federal*, relativa a aplicação do art. 27, Lei nº 7.664/88, fluindo ato administrativo abrangido por essa regra de direito objetivo, vertente da obrigação civil de reparar o dano ocasionado, à Administração Pública, reconhecido que houve a contrariedade (art. 105, III, **a**, C.F.), pedindo vênia, *dou provimento ao recurso*, para a procedência da ação, invertidos os ônus da sucumbência."

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.386-0 — RJ — (92.0006738-7) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Município de Teresópolis. Advogados: Carlos Eugênio Cavalcanti de Albuquerque e outro. Recdo.: Celso Luiz Francisco Dalmaso. Advogados: Antônio Geraldo Cardoso Vieira e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, negou provimento ao recurso (em 23.05.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 21.339-7 — PB

(Registro nº 92.0009425-2)

Relator: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorrido: *Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS*

Interes.: *Prefeitura Municipal de Salgadinho — PB*

Advogados: *Drs. Ananias Ferreira da Nóbrega Neto e Bernardo Tadeu de Franca e outro*

EMENTA: ***Processual — Recurso especial — Execução fiscal contra Município — Revelia do executado — Intervenção do Ministério Público — Intimação por edital — Impossibilidade.***

I. É obrigatória a intervenção do Ministério Público, em processo de execução fiscal contra Município revel (CPC, Art. 82, III).

II. No processo de execução fiscal, contra entidade estatal, as intimações da executada devem ser pessoais (L. 6.830/80, Art. 25).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 15 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: No julgamento da Apelação, a controvérsia foi descrita nestas palavras:

> "O IAPAS ajuizou Execução Fiscal junto à Comarca de Patos/PB, contra a Prefeitura Municipal de Salgadinho.
>
> A citação foi realizada.
>
> Atualizado o débito cobrado, foi intimado o Prefeito Municipal da nova conta.

Advogado habilitado em fls. 31/32, pediu vista dos autos, negada pelo MM. Juiz estadual.

Novamente atualizada a conta (fls. 35), foi intimado o Prefeito, sem haver manifestação.

Homologada a conta, por sentença, submetida ao duplo grau de jurisdição.

O Procurador Geral de Justiça do Estado da Paraíba opinou pela nulidade do processo por falta de intimação do órgão do Ministério Público.

O Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba declinou de sua competência com fundamento no art. 108, II, da Constituição Federal (fls. 56/58).

O Douto Procurador Regional Federal opina pela anulação do processo desde a citação pela falta de citação do advogado do Prefeito e pela ausência de intimação do Ministério Público." (fls. 67).

O C. Tribunal Regional Federal da 5ª Região confirmou a sentença, ao fundamento de que:

"O simples fato de haver litígio entre duas entidades do Poder Público não provoca a nulidade do processo por falta de intervenção do Ministério Público, se a lei não obriga expressamente tal intervenção, e não foi evidenciada, pelo Juiz ou pelas partes, a necessidade de participação do órgão na lide (arts. 82, III, e 84 do CPC).

— É válida a citação feita pessoalmente ao Prefeito Municipal, na execução contra a Prefeitura (arts. 12, 730 e 731 do CPC).

— Execução sem oposição de embargos. Validade da sentença homologatória."

O Ministério Público Federal interpôs recurso especial, fomentado nas alíneas **a** e **c**.

O Recorrente finca-se na assertiva de que:

a. o aresto recorrido divergiu de interpretação emprestada ao Art. 82, III do CPC, pelo E. TJRJ;

b. a Súmula 188 do saudoso TFR foi desconsiderada, quando se deu curso à execução, sem que houvesse intimação eficaz do Município réu;

c. foi esquecido o preceito do Art. 237 do Código de Processo Civil.

d. a intimação do Prefeito, através de edital, desrespeita o Art. 232 do CPC.

e. ainda que se considere eficaz a citação do Prefeito, ela não bastaria para permitir o trânsito em julgado da Sentença; eis que intimação da parte não dispensa a de seu advogado. (fls. 83 e segts.)

Estes, os aspectos relevantes, para o deslinde da controvérsia.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O Recorrente traz ao debate, acórdão do C. Tribunal Federal de Recursos, indicando o local de sua publicação.

Não demonstrou, contudo, que a R. Decisão invocada como paradigma cuidou de hipótese semelhante àquela deslindada pelo Acórdão recorrido: limitou-se em transcrever a ementa do Acórdão.

Esta circunstância não impede, contudo o conhecimento do apelo, sob a égide da alínea **a**.

O Art. 82, III do Código de Processo Civil determina a intervenção do Ministério Público, "em todas as demais causas em que interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte."

Na hipótese, a causa envolve, como executado, um pequeno e pobre município, que se comporta como revel.

Não é concebível que a comuna fique abandonada no processo.

Tenho para mim, que este é um caso típico, onde sobe à evidência o interesse público, a recomendar a intervenção do *Parquet*.

Aprecio, por fim, a pretensa nulidade da intimação do Município, mediante edital.

A intimação teve como objeto a Sentença homologatória do cálculo.

O MM. Juiz estadual emitiu mandado, em cujo verso o Meirinho registrou não haver intimado o Município, "porque as vezes que fui naquela cidade não encontrei o Sr. Prefeito na prefeitura." (fls. 43 v.)

Diante desta certidão, o Magistrado, sem qualquer provocação da Autarquia exeqüente, determinou a citação por edital. (fls. 44)

Este processo encerra situação insólita, em que a Lei de Execução Fiscal é utilizada como instrumento de cobrança, contra entidade estatal.

O Art. 25 daquele diploma admite, somente uma forma de comunicação processual do Estado: a intimação pessoal.

O preceito do Art. 25, evidentemente, foi editado em favor do Estado exeqüente. Despicienda qualquer explicitação em torno do escopo que inspirou o legislador, ao editá-lo.

O cuidado em proteger o Estado credor, se faz tanto mais oportuno, quando o devedor também é uma entidade estatal.

Em verdade, não se concebe a intimação de município, através edital: se o prefeito está ausente, haverá, sempre um substituto, ou a Câmara Municipal, para suprir a ausência, se houve abandono do cargo.

Nada justifica, no caso, a intimação por edital.

Dou provimento ao recurso, para declarar a nulidade do processo, a partir da citação, inclusive.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.339-7 — PB — (92.0009425-2) — Relator: O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Recte.: Ministério Público Federal. Recdo.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Advogado: Ananias Ferreira da Nóbrega Neto. Interes.: Prefeitura Municipal de Salgadinho — PB. Advogados: Bernardo Tadeu de Franca e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (em 15.12.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 22.809-1 — RJ

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Maria Dolores Cardoso Cabral*

Recorridos: *Renato Colosimo Kovacs e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Márcio Antonio Figueiredo da Costa Neto e outros (recte.), e Dr. Paulo Goldrajch e outros (recdo.).*

EMENTA: ***Recurso de apelação. Assistente da acusação. Prazo para recorrer (art. 598 do CPP).***

Não obstante jurisprudência recente, a partir do HC 59.668-STF, que distingue entre assistente habilitado, ou não, na concessão de prazos diferenciados de quinze dias ou de cinco dias para a apelação, deve-se modificar esse entendimento, concedendo-se ao assistente, em qualquer hipótese, o prazo único do art. 598, já que a lei não distingue e, por outro lado, pode haver dificuldades de constatação imediata da omissão do Ministério Público ensejadora do recurso substitutivo.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento para cassar o acórdão recorrido, determinando que se aprecie o mérito do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Ministro Flaquer Scartezzini.

Brasília, 02 de setembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro COSTA LIMA, Presidente em exercício. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: A 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não conheceu de apelação de assistente da acusação, por intempestiva.

Contra esse julgado volta-se o presente recurso especial, alegando-se contrariedade com a Súmula 448

do STF e negativa de vigência ao art. 598, parágrafo único, do CPP.

Admitido o recurso, pela letra **a**, subiram os autos, recebendo, nesta instância, parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra da Dra. **Ela Wiecko V. de Castilho**, pelo conhecimento e provimento, nestes termos:

> "1. Trata-se de recurso especial, tempestivo, fundado no artigo 105, III, letra **a** da Constituição Federal, contra acórdão unânime da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido em Apelação e que foi assim ementado:
>
> *"Apelação. Assistente. Prazo para recorrer.*
>
> O ofendido, no processo penal, pode se habilitar nos autos e, a partir deste ato torna-se parte; como parte adjunta dispõe do prazo de cinco (5) dias para apelar caso o Ministério Público não o faça; se não habilitado, pode recorrer, mas seu prazo será de quinze dias, exceção aberta pelo parágrafo único do art. 598 da lei processual penal. Oferecido o recurso além do quinqüídio, é intempestivo". (fl. 672).
>
> 2. Sustenta o recorrente que o acórdão negou vigência ao art. 598, parágrafo único do CPP, que dispõe:
>
> "Art. 598. Nos Crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.
>
> Parágrafo único. O prazo para interposição desse recurso será de 15 (quinze) dias e correrá do dia em que terminar o do Ministério Público."
>
> 3. A questão não se encontra pacificada no Supremo Tribunal Federal e, no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, salvo engano, não foi ainda debatida.
>
> 4. Sobre ela, anota **Fernando da Costa Tourinho Filho** (Processo Penal, vol. IV, 11ª ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 293:
>
> Sempre entendemos ser preciso distinguir: se o ofendido ou qualquer daquelas pessoas referidas no art. 268 do CPP já havia se habilitado no processo como *assistente*, o prazo para apelar é de *cinco* dias, mesmo porque nenhuma razão justificaria pudesse o seu apelo ser interposto em prazo mais dilatado do que aquele fixado

para as demais partes. Se não estava habilitado, então o prazo é aquele referido no parágrafo único do art. 598 do CPP: 15 (quinze) dias. Aliás, o STF entendia, também, assim, como se constata pelos venerandos arestos publicados na RTJ, 68/604, 73/321 e 86/78. Posteriormente a Excelsa Corte, no Recurso Criminal nº 90.579 (DJU, 19 nov. 1979, nº 8.619), salientou que o art. 598 do CPP não estabelece nenhuma distinção entre ofendido habilitado como assistente e não-habilitado, e, de conseguinte, o prazo seria de 15 dias, num e noutro caso. Agora, entretanto, parece que o Excelso Pretório voltou a adotar sua antiga posição, como se percebe por este julgado:

"**Habeas Corpus** nº 59.668-1-RJ. Relator Min. Moreira Alves.

Ementa: Assistente de acusação. Prazo para apelar. O STF, ao julgar, por seu Plenário, o HC 50.417, fixou o entendimento de que, se o ofendido já estiver habilitado no processo, deverá ser intimado da sentença, para só então fluir o prazo da apelação. *Nesse caso, o prazo para apelar é de 5 (cinco) dias, pois não se aplica à hipótese o parágrafo único do art. 598 do CPP, até porque não há razão alguma para o assistente de acusação ter o triplo do prazo do Ministério Público*" (grifos nossos). "Na espécie sob julgamento, o assistente da acusação só tomou conhecimento da sentença após haver ela transitado em julgado para o Ministério Público, motivo por que, a partir desse conhecimento, começou a fluir para aquele o prazo de cinco dias para apelar, prazo esse, porém, que se exauriu antes de a apelação haver sido interposta. **Habeas corpus** deferido para o restabelecimento da sentença absolutória que transitara em julgado" (cf. DJU, 4 jun. 1982, p. 5.460).

5. Do exposto, infere-se que a tese em prol do prazo de 5 dias para a apelação do assistente habilitado repousa na consideração de que não há justificativa para o assistente ter o triplo do prazo do Ministério Público.

6. Ora, nesta linha, já contrapôs o Ministro Evandro Lins ao relatar o RE nº 64.480-SP (RTJ 46/346):

> "A interpretação é sedutora e talvez devesse ser essa, no futuro, a orientação do legislador. A distinção, porém, não está contida na lei, pois esta fixa o prazo de 15 dias para a interposição do recurso, após o término do prazo do Ministério Público sem considerar que o assistente se tenha ou não habilitado no curso da ação penal.

A lei é expressa e não faz a diferenciação adotada pelo acórdão impugnado."

7. Por sua vez, **Paulo Lúcio Nogueira** (*Curso Completo de Processo Penal*, 2ª ed. rev. e aum., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 257, anota:

"Como em matéria penal deve haver interpretação extensiva, e não havendo diferença legal entre assistente habilitado ou não, deve-se admitir o prazo de *quinze dias* para o assistente apelar."

Nesse sentido, veja-se o RE nº 67.220-MT (RTJ 56/645) e RE nº 90.579-1-RS (RTJ 93/421).

8. Convencida de que interpretação diversa contraria disposição expressa da lei, opino seja conhecido o recurso e provido para o fim de determinar ao Tribunal **a quo** o enfrentamento da matéria de mérito veiculada na apelação." (Fls. 708/711).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A tese adotada pelo acórdão, revivida e reafirmada em voto do Ministro Moreira Alves, no HC 59.668, é, conforme dizia o Ministro Evandro Lins, "sedutora" na **lege ferenda**. Todavia, segundo penso, não é a que está acolhida pelo parágrafo único do art. 598 do Código de Processo Penal, **in verbis**:

"O prazo para interposição desse recurso será de 15 (quinze) dias e correrá do dia em que terminar o do Ministério Público."

Diz a lei que o prazo "desse recurso" será de quinze dias.

De qual recurso?

Do recurso do ofendido, habilitado como assistente ou não, segundo expressa disposição do art. 598, **caput**.

A distinção que se quer estabelecer entre assistente habilitado e não habilitado, para conceder-se a um e outro prazos recursais diferenciados, pode, em tais circunstâncias, representar verdadeira armadilha para a vítima e seu advogado, conduzindo-os a proceder de acordo com o texto legal mas intempestivamente segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a afirmação de que não haveria razão para, no caso do assistente habilitado, conceder-se-lhe prazo maior que o concedido ao Ministério Público, importa em desconsiderar uma diferença que reputo fundamental entre ambos, a saber:

a) o Ministério Público, na ação penal pública, como titular exclusivo da ação, tem o ônus processual de apelar e, para tanto, é intimado da sentença;

b) já o ofendido ou assistente habilitado, apesar de intimado, somente adquire a faculdade de apelar se puder assumir a posição de substituto processual, ante a eventual inércia do Ministério Público; esta inércia, porém, na burocracia cartorária e nas eventuais demoras dos sistemas de protocolo de petições, nem sempre pode ser constatada imediatamente após o vencimento do prazo para o Ministério Público.

Assim, a ampliação do prazo para a apelação supletiva do ofendido ou do assistente se justifica na necessidade óbvia de ter este que, primeiro, esperar a duvidosa inércia do Promotor, o que não é comum, para só depois cuidar de preparar o seu apelo.

Ante o exposto, acolhendo o bem lançado parecer da Dra. Ela Wiecko V. de Castilho, conheço do recurso, pela letra **a**, e dou-lhe provimento para, cassado o acórdão recorrido, determinar o julgamento de mérito do recurso.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LIMA: Srs. Ministros, também não entendo por que se fazer a distinção de que ao assistente habilitado deve-se aplicar o art. 391 do Código de Processo Penal, que dispõe:

"Art. 391 — O querelante ou assistente será intimado da sentença, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado. Se nenhum deles for encontrado no lugar da sede do juízo, a intimação será feita mediante edital com o prazo de 10 dias, afixado no lugar do costume".

Aqui, como visto, não se está cuidando da intimação do assistente, assim que publicada a sentença. Já o art. 598, parágrafo único, trata especificamente do prazo conferido ao assistente, sem limitação para apelar. Confira-se:

"Art. 598 — Nos crimes de competência do tribunal do júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no artigo 31, ainda que não tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.

Parág. único. O prazo para interposição desse recurso será de quinze dias e correrá do dia em que terminar o do Ministério Público."

Com essas considerações e louvando-me nos fundamentos do voto do eminente Ministro Relator, também dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 22.809-1 — RJ — Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo. Recte.: Maria Dolores Cardoso Ca-

bral. Advogados: Márcio Antonio Figueiredo da Costa Neto e outros. Recdo.: Renato Colosimo Kovacs. Advs.: Paulo Goldrajch e outros. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento para cassar o acórdão recorrido, determinando que se aprecie o mérito do recurso (em 02.09.92 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Edson Vidigal, Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 24.795-4 — SC

(Registro nº 92.0017799-9)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrentes: *João do Espírito Santo Abreu e cônjuge*

Recorrido: *Olímpio Imóveis Ltda.*

Advogados: *Drs. Sérgio Gonzaga Dutra e outros, e Aluízio Blasi e outros*

EMENTA: ***Contrato de compra-e-venda de imóvel, com parte do preço pago em prestações mensais e iguais. Correção monetária.***

— Cláusula contratual revendo a atualização das prestações pela variação do IPC.

— Estipulação que não vulnera o direito positivo e deve ser respeitada, porquanto a indexação pelo IPC é que refletiu, na época, a variação da alta do custo de vida.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, 13 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Mediante escritura pública de compra e venda, lavrada em 29 de maio de 1989, Olímpio Imóveis Ltda. vendeu a João do Espírito Santo Abreu e s/mulher um imóvel pelo preço certo de NCz$ 1.801.162,00 (um milhão, oitocentos e um mil, cento e sessenta e dois cruzados novos), sendo que parte desse valor seria pago em dezessete parcelas mensais e iguais.

Ficou avençado que as parcelas vincendas seriam atualizadas com a variação do IPC, acrescida de juros de 12% ao ano e que "no caso de extinção, supressão ou congelamento do índice que serve de base para o reajuste previsto na cláusula anterior, os mesmos serão feitos de acordo com o novo indexador fixado pelo governo".

Em junho de 1990, os compradores promoveram ação declaratória para que lhes fosse assegurado o direito de pagar as prestações vincendas em valor reajustado segundo os índices de variação do BTN, ao fundamento de que o fator de indexação anteriormente avençado entre as partes teve sua incidência afastada por legislação superveniente.

A decisão de primeira instância julgou improcedente a ação, argumentando (fls. 167):

> "A pergunta a se fazer, de início, é a seguinte: com as medidas econômicas implantadas no País a partir de março do corrente ano, houve a extinção, supressão ou congelamento do IPC?
>
> A resposta a esta indagação, **data venia**, não demanda maiores dúvidas: nenhum diploma legal extinguiu, suprimiu ou congelou, implícita ou explicitamente, o questionado índice.
>
> O que houve, com o advento da Lei 8.024/90, foi uma mudança do índice para aferir a inflação mensal. O IPC que vinha indexando o BTN foi substituído pelo IRVF — Índice de Reajuste de Valores Fiscais (**vide** art. 1º da Medida Provisória 195/90); o primeiro indexador, porém, continuou a vigir, forte e inabalável, sendo objeto de aferições periódicas por órgãos especializados como o IBGE e a FIPE."

A E. Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina confirmou a decisão monocrática, ensejando o presente recurso especial, à base das alíneas **a** e **c**, em que se alega contrariedade aos arts. 23 da Lei 8.024/90 e 458, II e III e 459 do CPC, bem como dissídio com julgados do STJ.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): Os acórdãos-paradigmas, oriundos do STJ, afirmam que lei nova, relativa à estabilização econômica do País, tem incidência imediata e aplica-se aos contratos em curso, derrogando cláusulas avençadas entre as partes.

Dessa matéria não cogitou o acórdão recorrido, que se limitou a repetir a argumentação da sentença, assinalando:

> "O contrato estabelece, com clareza, que as prestações são corrigidas pelo IPC e no caso de "supressão, extinção ou congelamento" deste índice, o reajustamento obedecerá o novo indexador fixado pelo governo. Ora, como o IPC não foi congelado ou extinto, o reajustamento do contrato deve ser feito nesta base — **pacta sunt servanda**."

Pelo fundamento da letra **a**, não há como albergar a alegação de afronta aos arts. 458, II e 459 do CPC. Tanto a sentença quanto o acórdão local examinaram as questões suscitadas e deram a solução que entenderam correta, com a devida motivação.

No atinente ao art. 23 da Lei 8.024/90, tenho que não revogou o art. 5º, § 2º, da Lei nº 7.777, de 1989, que mandou atualizar mensalmente o valor nominal dos BTN pelo IPC. É que a disposição legal dada como ofendida apenas determinou que o valor diário do BTN fiscal fosse divulgado pela Secretaria da Receita Federal, projetando a evolução da taxa de inflação, não sendo lícito daí concluir que o índice de preço ao consumidor (IPC) deixou de ser um índice referencial de inflação medida no período a que ele se refere.

Elucidativo, a propósito do tema, as razões aduzidas pelo ilustre Desembargador **Sabino Neto** e transcritas pelo eminente Ministro Garcia Vieira no julgamento do REsp nº 34.273, de São Paulo, **verbis**:

> "O valor nominal do BTN atualizava-se tomando por base a variação verificada no índice de preços ao consumidor — IPC do mês anterior ("Nota de Esclarecimento do IBGE", de 02/02/89; Portaria nº 62, de 20/04/89, do Ministério da Fazenda; Medida Provisória nº 48, de 01/04/89, artigo 5º; Lei nº 7.777, de 19/06/89, art. 5º, parágrafo 2º). O IPC era o indexador do BTN. Mas a atualização do valor nominal daquele título desvinculou-se do IPC (Leis nºs 8.024, artigo 22 e 8.030, artigo 2º, parágrafo 6º, ambas de 12/04/90). Deixou de ser índice de inflação passada para tornar-se medida de variação média dos preços durante os trinta dias contados a partir do primeiro dia do mês em curso. A inflação real — e não sem motivo —, continuou a ser indicada pelo IPC (Ap. Civ. nº 172.194-2), até a data de sua extinção (Lei nº 8.177/91, artigo 3º, inciso III), e não pelo BTN, por

esvaziado o seu conteúdo segundo metodologia extravagante, incompatível com o procedimento próprio, adotado pelo IBGE, para produzir aquele índice. Em conseqüência, a correção da inflação deve ser feita de 1º/01/89 a 31/01/91 pelo IPC, corretamente medida pelo Instituto no período."

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro-Relator, porque não vejo ofensa à lei nem a divergência está comprovada. É certo que, sobre este tema, há embargos de divergência pendente de julgamento na Corte Especial, do qual fui Relator e em que pediu vista o Sr. Ministro José de Jesus. Mas a peculiaridade do caso me leva logo a acompanhar o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.795-4 — SC — (92.0017799-9) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Rectes.: João do Espírito Santo Abreu e cônjuge. Advogados: Sérgio Gonzaga Dutra e outros. Recdo.: Olímpio Imóveis Ltda. Advogados: Aluízio Blasi e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Sérgio Gonzaga Dutra, pelos Recorrentes.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, não conhecendo do recurso, pediu vista o Sr. Ministro Fontes de Alencar (em 16.11.93 — 4ª Turma).

Aguardam os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): Acompanhando o Eminente Relator, não conheço do recurso.

Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro:

De acordo (sem explicitação).

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.795-4 — SC — (92.0017799-9) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Rectes.: João do Espírito Santo Abreu e cônjuge. Advogados: Sérgio Gonzaga Dutra e outros. Recdo.: Olímpio Imóveis Ltda. Advogados: Aluízio Blasi e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 13/12/93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 25.849-6 — SP

(Registro nº 92.0019822-8)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Adão Roberto Alves de Almeida*

Recorrida: *Maria das Graças D'Almeida Câmara*

Advogados: *Drs. José Nelson Lopes e outros, e Paulo Sérgio Ferreira de Castro*

EMENTA: ***Processual Civil. Apelação. Tempestividade.***

— Protocolo unificado. **Reiterada orientação do Superior Tribunal de Justiça, sobre dizer tempestivo o recurso oferecido em comarca diversa do juízo da ação, consoante a disciplina forense instituída pelo Estado-membro.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar o v. acórdão, a fim de afastar a prejudicial de intempestividade da apelação a ser examinada. Votaram de acordo os Srs. Mins. Costa Lima, Assis Toledo e Flaquer Scartezzini. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Edson Vidigal.

Brasília, 05 de outubro de 1992 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Na ação de despejo de que se trata, a apelação da autora-sucumbente não foi conhecida pela Eg. Primeira Câmara do 2º TAC-SP, porquanto que intempestiva, desde o seu protocolamento e o dos embargos de declaração em Comarca diversa do juízo da ação. Em suma, a instituição do chamado "protocolo integrado", há anos em funcionamento naquele Estado, sobre oferecer comodidade às partes, não as previne, porém, do risco da perda dos prazos em relação à valia exclusiva do protocolo da Comarca de origem — fls. 118/24.

O recurso especial pelas letras **a** e **c** invoca as regras dos arts. 176 e 186, parágrafo único, do CPC, e colaciona acórdãos do Tribunal de

Justiça do Estado, e do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, pela asseveração da eficácia do protocolamento de recursos em comarcas distintas do juiz da ação, conforme a unificação dos protocolos instituída pelos Provimentos 220 e 227/85, e 339/88, do Conselho Superior da Magistratura do mesmo Estado — fls. 118/24.

O recurso foi recebido por ambos os fundamentos, acrescendo-se à colação jurisprudencial dois precedentes deste Eg. Tribunal sobre o discutido sistema do protocolo integrado — fls. 151.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, no tema das regras processuais invocadas, pacificado se mostra o entendimento da legitimidade do chamado "protocolo integrado" instituído pela Justiça Paulista, relativamente aos recursos ordinários de primeiro grau.

A propósito, lembro acórdão de minha relatoria, proferido no extinto Tribunal Federal de Recursos, assim afirmativo:

"Previdenciário e processual civil. Abono de permanência. Vínculo empregatício. Recurso. Tempestividade.

Unificados os protocolos das comarcas do Estado, por disciplina forense de âmbito local, é de dizer-se tempestivo o recurso oferecido em comarca diversa, se bem que em processo da jurisdição federal detida pelo juiz estadual." — AC 106.770-SP, 3ª Turma, **in** DJ de 20/02/86.

Essa mesma orientação vem sendo adotada por este Eg. Tribunal, consoante os precedentes anunciados no r. despacho de admissão do presente recurso, a exemplo de assertiva desta ordem:

"Processual civil. Tempestividade. Protocolo unificado no Estado de São Paulo. Provimento nº CCIX, de 7 de abril de 1985.

Os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, segundo iterativo escólio, devem ser protocolizados na secretaria do Tribunal **a quo** (Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, artigo 26, **caput**, necessariamente.

No Estado de São Paulo, contudo, devem ser considerados tempestivos os recursos e petições ajuizados em comarca diversa, segundo o Provimento nº CCIX, de 1985, que unificou os protocolos forenses, mesmo que despachados pelo juiz competente após o prazo de lei.

Não deve a parte ser lesada em sua boa-fé, se protocolizou a petição nos moldes preconizados por órgão do próprio Poder Judiciário local.

Recurso provido, por unanimidade." — REsp nº 19.936-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, em 15/06/92.

É bem verdade, anote-se, que tal dizer não alcança os recursos interpostos para este Eg. Tribunal, na condição de instância especial, consoante ressalvas também já integradas à sua jurisprudência, **verbis**:

"Agravo de instrumento.

Recurso de **habeas corpus** apresentado em comarca do interior, contrariando provimento do Conselho Superior da Magistratura do Estado. Arts. 542 e 545 do CP Civil. Impondo, através de provimento, o Conselho Superior da Magistratura do Estado, a apresentação ao protocolo do Tribunal **a quo**, das petições de recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça, tem-se como intempestiva a petição que, por haver sido entregue em comarca do interior, chegou à Corte Estadual fora do prazo regular.

O provimento atende a preceito processual civil dos artigos 542 e 545.

Precedentes do STF e do STJ." — Ag 779, Sexta Turma, Rel. Min. José Cândido, DJ de 05/02/90.

Na esteira dos padrões examinados, tenho por incorreto o v. acórdão recorrido.

Pelo exposto, conheço e provejo o presente recurso, para cassar o v. acórdão impugnado, em ordem a que, afastada a prejudicial da extemporaneidade, conheça-se da apelação.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.849-6 — SP — (92.0019822-8) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Recte.: Adão Roberto Alves de Almeida. Advs.: José Nelson Lopes e outros. Recda.: Maria das Graças D'Almeida Câmara. Adv.: Paulo Sérgio Ferreira de Castro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para cassar o v. acórdão, a fim de afastar a prejudicial de intempestividade da apelação a ser examinada (em 05.10.92 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Costa Lima, Assis Toledo e Flaquer Scartezzini. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

RECURSO ESPECIAL Nº 27.394-1 — RS

(Registro nº 92.0023573-5)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advogado: *Luiz Carlos Adams Coelho*

Recorrido: *Calçados Klaser S/A Indústria e Comércio*

Advogados: *Cláudio Otávio Xavier e outros*

EMENTA: ***Tributário. ICM. Crédito. Matéria-prima. Estoque. Empresa exportadora.***

A empresa exportadora só adquire o direito à transferência do crédito quando realiza a exportação de seus produtos e não quando apenas estoca a matéria-prima, sem a operação de saída.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Brasília, 18 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Ação declaratória ajuizada por Calçados Klaser S.A. — Indústria e Comércio contra o Estado do Rio Grande do Sul, por dependência à ação cautelar inominada entre as mesmas partes, foi julgada improcedente e revogada a liminar antes concedida.

Cuida o feito de crédito do ICM sobre os estoques destinados à fabricação de produtos para exportação.

Apreciando recurso de apelação, a Egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, manteve a sentença recorrida, abrindo ensejo a embargos infringentes que, julgados pelo Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, também por votação majoritária, foram acolhidos, admitindo o Tribunal, segundo resume a ementa (fls. 223) a

"Possibilidade de transferência de créditos fiscais sobre os esto-

ques destinados ao fabrico de produtos a serem exportados, antes da saída da mercadoria para o exterior."

Não se conformando com o julgamento, interpôs o Estado recursos extraordinário e especial, ambos admitidos.

O recurso especial, baseado na letra **a** do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, dá por contrariados os arts. 97, I e III e 111, do CTN; o art. 1º do Ato Complementar nº 34/67 e os arts. 1º, I a III e 3º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Merece prosperar o reclamo do recorrente.

No Tribunal de origem, o Desembargador **Tupinambá M. C. do Nascimento** coloca bem a controvérsia, ao dizer, de forma clara e objetiva (fls. 231):

... "Considero fundamental, à utilização do crédito fiscal (saldo credor), a ocorrência de dois fatos: *um* gerador de tributo, quando da entrada da mercadoria na empresa, e *outro*, fato que não causa incidência tributária, quando da exportação. É neste momento que, não fosse a não-incidência constitucional (art. 23, § 7º, da Constituição de 1969), haveria a constituição de débito fiscal e o cálculo para constatação do saldo devedor, ou credor, relativamente ao erário público. É neste momento que se identificam os fatos que justificaram o tratamento finalisticamente igualitário e a própria edição do Convênio.

Tenho para mim, por isso, que só com a realização da exportação é que nasce o direito à utilização do crédito, interpretação que extraio dos próprios termos do Convênio e dos elementos históricos que o possibilitaram. E, assim entendendo, afasto do Convênio a hipótese relativa a estoques, por sinal palavra não usada no Convênio.

É cediço que o fato gerador do ICM é a circulação de mercadoria. *Estoque*, parado e estagnado na empresa, não configura qualquer tipo de circulação, seja a econômica — que exige a passagem para a comercialização após a industrialização — seja a jurídica — porque esta exige a transferência de propriedade — ou seja a física — porque esta importa em deslocamento especial da coisa. A circulação, ou fato gerador, que permitiria a criação de débito fiscal, na hipótese, é a exportação.

Por fim, os benefícios assentados no Convênio AE 7/71 são para quem *exporta* e não para quem tem simplesmente a intenção de exportar, a pretensão de exportação. A destinação de exportar só se aperfeiçoa quando há efetiva

exportação; antes é simples pretensão limitada à área da intenção" (fls. 231/232).

Diferente não é o tom de outro voto, igualmente vencido, do Desembargador **Celeste Rovani**, valendo recordar o seguinte trecho, também pela sua clareza e objetividade (fls. 232/234):

"Cuida-se de ação em que as empresas requerentes pretendem lhes seja declarado o direito de creditamento e de transferência de crédito fiscal sobre o estoque de insumos — matéria-prima e material secundário e/ou de embalagem — destinados à industrialização e comércio externo.

O litígio surgido entre as partes — Fisco e contribuinte — resume-se em se saber se é lícita e jurídica a pretensão de a empresa recorrente transferir créditos relativos ao ICM sobre insumos em estoque, destinados ao fabrico de produtos a serem exportados, independentemente da saída do produto já industrializado para o exterior.

Para se definir a matéria e se chegar a uma conclusão, faz-se necessário, antes do mais, conceituar o que sejam creditamento, crédito fiscal, débito fiscal, saldo devedor e saldo credor, e estoque.

"Segundo a Lei nº 6.485, de 20.12.72, crédito fiscal é o valor do imposto pago sobre as mercadorias entradas no estabelecimento (art. 17, § 2º, inc. I); débito fiscal, o produto resultante da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo relativamente às operações realizadas (art. 17, § 1º, inc. I); saldo credor, o resultado da diferença a menor advindo da mesma operação (art. 17, § 3º).

"Para a espécie, creditamento é o benefício ou favor legal concedido pelo Poder Público tributante ao contribuinte exportador de se apropriar, no momento da saída da mercadoria industrializada para o exterior, do valor pago referente ao ICM pela aquisição de insumos empregados na industrialização de produtos destinados ao comércio externo. Estoque, para o caso, é a porção armazenada de insumos (matéria-prima e material secundário e/ou de embalagem), adquirida pela empresa para a fabricação de produtos destinados ao comércio, interno ou externo.

"Assim, em relação ao ICM só é possível o creditamento, quando o produto industrializado sai do país, posto que, para a espécie, fica vedado o estorno desse tributo (Decreto-Lei nº 406, de 31.12.68, art. 3º, § 3º)."

Já em outro julgamento sobre a mesma matéria, a ementa do mesmo Tribunal do Rio Grande do Sul,

em embargos infringentes, sintetizou, dando guarida aos argumentos do Estado:

"*Ação Declaratória.*

Direito Tributário. Estoque de matéria-prima e insumos.

Acumulação de créditos fiscais com o não aproveitamento da não-incidência tributária sobre a mercadoria vendida para o exterior.

O direito à apropriação do crédito fiscal, acumulado pela não-incidência tributária, decorre de dois fenômenos mercantis: entrada da mercadoria no estabelecimento e saída dele pela venda. Sem a venda da mercadoria já industrializada, não se integra o crédito fiscal, surgido com a entrada da mercadoria. Tão-somente a saída da mercadoria do estabelecimento é que gera o direito ao creditamento, no período da entrada ou nos períodos seguintes.

O **quantum** do creditamento surge do encontro de créditos e débitos fiscais, e o encontro só se faz depois da ocorrência da segunda operação, quando o contribuinte recebe ou receberia do comprador o valor do imposto integrativo do preço da venda, tornando-se devedor do Fisco pelo tributo incidente sobre a diferença entre os preços de compra (entrada) e de venda (saída).

Inexiste, por isso, direito à apropriação de crédito fiscal sobre estoque de matéria-prima e insumos, por falta da operação de saída.

Embargos infringentes desacolhidos, por maioria."

Contra a decisão acima, houve recurso especial a que se negou provimento, tendo o eminente Ministro Cesar Rocha, ao desacolher o agravo, assim se manifestado na conclusão:

"O v. acórdão recorrido, ademais, é percuciente na análise da controvérsia e correto ao concluir pela impossibilidade do creditamento do ICM (verificado na entrada da matéria-prima) se inocorrente a saída do produto fabricado, ao que, à evidência, não se equipara o estoque sugerido pela recorrente. Nego provimento ao agravo" (AI nº 28.234-4-RS, em 1º.03.93).

É que a Egrégia Primeira Turma tem posição firme e unânime sobre a questão, adotada em processos idênticos:

"*ICM — Crédito — Matéria-prima — Empresa exportadora — Transferência entre estabelecimentos situados no Estado.*

O exportador só adquire o direito à transferência do crédito, na forma da cláusula 2ª do Convênio AE 07/71, quando realiza a exportação de seus produtos e não quando estoca a matéria-pri-

ma" (REsp nº 35.846-9-RS, em 1º-09-93, Min. Garcia Vieira).

Em sentido idêntico: REsp nº 27.761-2-RS, em 06-10-93, Min. Gomes de Barros.

Esta Segunda Turma também enfrentou o problema, em acórdão que teve como relator o eminente Ministro Pádua Ribeiro, assim ementado:

"Tributário. ICM. Empresa exportadora. Convênio AE nº 07/71.

I — Só quando realiza a exportação do produto, e não quando estoca a matéria-prima, o exportador adquire o direito de transferência de crédito.

II — Ofensa aos arts. 1º, parágrafo único, IV, 2º, parágrafo 2º, e 7, da Lei Complementar nº 24, de 1975, não caracterizada.

III — Recurso especial não conhecido" (REsp nº 29.285-RS, em 10.11.93).

Na linha dos precedentes de ambas as Turmas desta Seção de Direito Público, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.394-1 — RS — (92.0023573-5) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. Advogado: Luiz Carlos Adams Coelho. Recdo.: Calçados Klaser S/A Indústria e Comércio. Advogados: Cláudio Otávio Xavier e outros. Sustentou, oralmente, a Dra. Vera Lúcia Zanette, pelo recorrente.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Peçanha Martins. Aguardam os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus (em 04.04.94 — 2ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, o eminente Relator, quando da exposição que fez do caso, referiu-se a voto meu em torno da matéria. No momento, não dispondo ainda do computador que nos auxiliará quanto ao contexto dos nossos votos proferidos, resolvi pedir vista dos autos para examinar melhor a questão.

Realmente, no Recurso Especial nº 11.348, manifestamos a posição pelo não conhecimento porque o recurso do Estado não prequestionara matéria federal e sim, exclusivamente, discutira a Lei Estadual. Por isso mesmo é que não conheci do recurso naquela oportunidade. Agora, o Estado do Rio Grande do Sul, neste recurso, faz uma abordagem também da Lei Estadual, mas em face à Lei Federal, e por isso

mesmo correto o pronunciamento do eminente Ministro Hélio Mosimann, examinando o mérito.

No particular, comungo da opinião do Relator, que foi também antes manifestada por V. Exa. quando julgou o Recurso Especial nº 29.285 e cuja ementa assim diz:

"Tributário. ICM. Empresa exportadora. Convênio AE nº 07/71.

I — Só quando realiza a exportação do produto, e não quando estoca a matéria-prima, o exportador adquire o direito de transferência de crédito.

II — Ofensa aos arts. 1º, parágrafo único, IV, 2º, § 2º, e 7º da Lei Complementar nº 24, de 1975, não caracterizada.

III — Recurso especial não conhecido.

Quanto ao mérito acompanho também o voto do eminente Relator, que reproduz a opinião pacífica da Turma.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Acompanho o voto do Ilustre Relator. Farei anexar, a título de fundamentação, o voto que proferi no precedente mencionado por S. Exa.

ANEXO

"RECURSO ESPECIAL
Nº 29.285-6 — RS
(92.0029077-9)

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Com relação aos pretendidos créditos de ICM, relativos a estoques, aduziu o voto do Desembargador **Mário Rocha Lopes**, ilustre Relator do acórdão recorrido (fls. 553-555):

"Na Câmara, cheguei a votar a favor da tese da autora, como vogal, numa oportunidade em que se discutia a mesma matéria, mas que deu ênfase ao problema dos 40 e 20%. Entendia que estava discutindo-se tão-somente o problema dos 40 e dos 20%, por isso que acompanhei o Relator. Entendi que o Estado não podia alterar percentual estabelecido em legislação convenial, e, por esse escopo, o acompanhei, mas, na realidade, estava sendo reconhecido o direito da autora a apropriar-se também do ICM apurado relativamente a estoque, e quando por primeira vez fui Relator de matéria igual, dei-me conta de que tinha laborado em erro ao votar da forma que o fiz nas circunstâncias agora mencionadas. Defendi a tese de que o direito à apropriação de crédito de ICM, em se tratando de exportador, e por motivo de exporta-

ção, só é possível se houver a exportação. Sem esta, sem o fato gerador do benefício não há sequer de cogitar da apropriação dos créditos eventualmente acumulados. E isto, na oportunidade em que votei como Relator a primeira vez, declarei. Em mais uma vez, posteriormente na Câmara, reafirmei a posição assumida, invocando, em mais de uma oportunidade, parecer que tenho da melhor qualidade lançado nos autos de uma daquelas ações pela Dra. Maria Isabel Souza Pargendler, onde com objetividade e, a meu juízo, com proficiência, ela convence de que o fato gerador do benefício é sem dúvida nenhuma a exportação. Daí não ser possível, como quer a embargante, com base no respeitável voto vencido, a apropriação de créditos relativos a estoque. Penso que sem a exportação, sem que haja a saída da mercadoria de créditos do ICM para efeito nenhum. Não só para efeito de transferência, mas para efeito nenhum, porque o benefício repousa num fato objetivo que tem que ser comprovado pelo contribuinte.

Por essas razões aduzidas ao douto voto orientador da maioria, rejeito os embargos, salientando que no pertinente ao percentual de 40%, quando esta ação foi ajuizada, ou logo depois, esse percentual já tinha sido corrigido por instrução normativa.

O próprio Estado reconheceu que procedera incorretamente ao pretender diminuir o percentual através dessa Circular 01/81.

Por estas considerações, acolho em parte os embargos, unicamente quanto ao percentual de 40%, ilegalmente reduzido pela Circular 01/81."

Acompanhando-o, disse o Desembargador **Tupinambá M. C. do Nascimento** (fls. 555-557):

"Penso que o Convênio AE-07/71 veio possibilitar a utilização do crédito para obstaculizar uma diferenciação prejudicial para quem exporta mercadorias, em relação àquele que opera internamente, provavelmente fulcrado no princípio da isonomia.

Nas operações internas, o credenciamento obedece a certas regras. A Lei 6.485, de 20.12.72, que dispunha acerca do ICM definia como crédito fiscal 'o crédito correspondente ao imposto pago relativamente às mercadorias entradas no estabelecimento' e como débito fiscal 'o débito resultante da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo relativamente às operações realizadas'. (art. 17, § 1º, inc. I e § 2º, inc. I). E no **caput** do mesmo art. 17 conclui: 'O montante devido resultará da diferença maior (saldo devedor), em cada período de operação fixado em regulamento entre as operações escrituradas a débito fiscal e as operações escrituradas a crédito fiscal, tratando o saldo credor em seu § 3º.

Saliente, portanto, que o creditamento exige a ocorrência de duas situações fáticas: a operação que resulta no crédito fiscal e a operação que importa no débito fiscal. Em outras palavras: a ocorrência de duas operações que se pretendeu estender à situação dos autos. Daí, para evitar uma interpretação ofensiva à isonomia, e na busca de uma solução de transferência de crédito para as empresas que fazem a circulação de mercadorias para o exterior que não gera hipótese de incidência. A interpretação que se deve dar ao dito Convênio, portanto, não pode importar em benefício a mais a tais empresas relativamente às que operam internamente.

Por isso, considero fundamental à utilização do crédito a ocorrência de dois fatos: *um*, gerador do tributo quando da entrada da mercadoria na empresa, e *outro*, fato que não causa incidência tributária, quando da exportação. É nesse momento que, não fosse a não-incidência constitucional, haveria a constituição de débito fiscal e o cálculo para constatação do saldo devedor ou credor relativamente ao erário público. É neste momento que se identificam os fatos que justificaram o tratamento finalisticamente igualitário e a própria edição do Convênio. Tenho para mim, por isso, que só com a realização da exportação é que nasce o direito à utilização do crédito, interpretação que extraio dos próprios termos do Convênio e dos elementos históricos que o possibilitaram. E, assim entendendo, afasto do Convênio a hipótese relativa a estoques, por sinal palavra não usada no Convênio.

Ponderei muito, Sr. Presidente, na elaboração deste voto, uma situação juridicamente possível: admitida, hoje, a utilização do denominado crédito sobre estoques, como se resolverão amanhã as exportações e os estoques se transformarem em produtos semi-elaborados e forem assim exportados, permitindo a tributação? A resposta seria certamente que a empresa deveria pagar imposto. Claro fica, porém, que, antes, se considerou fato não tributável aquele que, quando realizado, seria tributável. Em outras palavras, definira-se, como hipótese de não-incidência, fato que, por ter ocorrência posterior. As mesmas indagações faço nas hipóteses de incêndio com perecimento do estoque ou de realização pela empresa de operações internas. A antecipação pretendida não resiste, Sr. Presidente, a esses questionamentos.

Daí vou acolher os embargos em parte somente para assegurar a transferência de até 40%. Estou acompanhando o voto do eminente Relator."

Os textos transcritos traduzem os fundamentos do julgado recorrido e, segundo se depreende, nem de leve violam os dispositivos da lei federal colacionados pela recorrente. Com

efeito, cingiu-se a decisão malsinada, à vista da cláusula 2ª do Convênio nº 07/71, a proclamar que o exportador só adquire o direito à transferência do crédito, quando realiza a exportação de seus produtos e não quando estoca a matéria-prima. Limitou-se, pois, à vista da cláusula de Convênio, a fixar o momento da transferência do crédito no instante em que ocorre o fato excludente da incidência tributária, ou seja, a exportação. A leitura dos arts. 1º, parágrafo 1º, inciso IV, 2º, § 2º, e 7º da Lei Complementar nº 24, de 7-1-75, deixa claro que nada têm a ver com a referida questão, porquanto consubstanciam regras gerais atinentes a aplicação e eficácia dos Convênios a que se refere o citado diploma legal.

Isto posto, não conheço do recurso."

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.394-1 — RS — (92.0023573-5) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. Advogado: Luiz Carlos Adams Coelho. Recdo.: Calçados Klaser S/A Indústria e Comércio. Advogados: Cláudio Otávio Xavier e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 18.04.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 27.410-6 — SP

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Francisco Célio Betiol*

Advogados: *Drs. Ana Shirley Macedo Falcão e outro, e Selma Aparecida Ferreira e outros*

EMENTA: ***Processual Civil. Embargos de declaração. Multa (art. 538, parágrafo único, do CPC).***

Não podem reputar-se protelatórios embargos de declaração opostos para satisfazer exigência de prequestionamento. Além disso, a imposição de multa deve ser precedida de fundamentação adequada, não bastando mera afirmação de serem protelatórios os embargos.

Recurso especial conhecido e provido para cancelamento da multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a multa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Ministro Flaquer Scartezzini.

Brasília, 30 de setembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro COSTA LIMA, Presidente em exercício. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: A Primeira Câmara Civil de Férias "B" do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão unânime, confirmou sentença que, em ação proposta por funcionário público estadual, determinou o pagamento de correção monetária sobre diferença de vencimentos paga na via administrativa.

Houve embargos de declaração, rejeitados, com a imposição de multa por terem sido considerados meramente protelatórios.

Inconformada, ingressou a Fazenda do Estado de São Paulo com recurso especial, pelas letras **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, alegando, em resumo, que a imposição da multa com relação aos embargos feriu o disposto no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil e, além disso, estabeleceu divergência com acórdãos do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

Admitido o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Conheço do recurso ante a manifesta divergência com acórdão do Supremo Tribunal Federal, publicado na RTJ 113/830, no qual não se consideraram protelatórios os embargos opostos para atender o requisito do prequestionamento para efeito de recurso.

Exigindo a jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto desta Corte, o prequestionamento da questão federal como pressuposto do recurso especial e do recurso extraordinário, não seria lógico que a parte, ao observar essa exigência, sofresse penalidade como conseqüência.

Por outro lado, a jurisprudência desta Corte tem exigido fundamentação adequada para aplicação da multa em foco, não bastando a mera afirmação de serem os embargos protelatórios (REsp 10.808-MG, Rel. Min. Dias Trindade, DJ 19/8/91; 9.085-SP, Rel. Min. Waldemar Zvei-

ter, DJ 3/6/91; 2.601-MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 6/8/90 e 25.815-0-SP, por mim relatado).

Conheço, portanto, do recurso e lhe dou provimento para cancelar a multa imposta.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.410-6 — SP — Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Ana Shirley Macedo Falcão e outro. Recdo.: Francisco Célio Betiol. Advs.: Selma Aparecida Ferreira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para cassar a multa, nos termos do voto do Sr. Min. Relator (30.09.92 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Edson Vidigal, Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 28.118-4 — SP

(Registro nº 92.25689-9)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Albino Simões Maroja*

Recorrido: *Bradesco Seguro S/A*

Advogados: *Drs. Nelson Schiavi e outros, e Hira Ruas Almeida e outros*

EMENTA: Contrato de transporte de mercadorias. Perda, em decorrência de acidente. Seguro. Sub-rogação. Prova da culpa. No contrato de transporte terrestre, presume-se a culpa do transportador. Para se isentar da responsabilidade, cabe-lhe provar que os danos decorreram de vício próprio da mercadoria, força maior ou caso fortuito. 2. Na ação de indenização, regressiva, não cabe ao segurador provar a culpa do causador do dano. 3. Arts. 102 e 103 do Cód. Comercial e Súmula 188/STF. 4. Recurso especial conhecido pelo dissídio mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Brasília, em 30 de março de 1993 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação de indenização (ressarcimento), regressiva, intentada pela Bradesco Seguros S.A., "por indenização paga em decorrência de danos à mercadoria transportada via terrestre", que a sentença julgou improcedente, mas o acórdão julgou procedente, dando provimento à apelação da autora. Donde, mostrando-se irresignado com o acórdão, o réu interpôs recurso especial, pelas alíneas **a** e **c**, que o Presidente **Osvaldo Caron** admitiu, pelo fundamento do dissídio, **in verbis**:

> "Recurso especial interposto contra v. acórdão da Egrégia Sétima Câmara (fs. 82-6), cujo relatório se adota, no qual se alega ofensa ao art. 159 do Código Civil e dissídio com os RREE 101.353-PR e 105.864-PR, bem como com as Apelações 249.099-SP e 23.488-SC.

Sustenta o recorrente a insubsistência do decidido no v. acórdão hostilizado, pois considerou que o transportador responde, sem culpa ou objetivamente, pelos danos causados na mercadoria durante o transporte, exonerando-se, somente se demonstrar a existência de vício próprio da coisa, força maior ou caso fortuito. Assevera que tal responsabilidade só existe em relação ao proprietário da carga, com quem foi celebrado o contrato de transporte, e não em relação à seguradora da mercadoria, a qual é terceira, estranha ao ajuste estabelecido entre o dono da referida carga e o transportador, ora recorrente. Apresenta para reforço de argumentação, os Recursos Especiais 2.336-MG e 294-SP. Ampara sua tese em lições doutrinárias.

Não prospera o recurso, com suporte na letra **a** do permissivo constitucional.

Com efeito, conforme o v. aresto atacado, cuidando-se de transporte terrestre de mercadorias, incumbe ao transportador provar fato que o exonere da responsabilidade pelos danos sofridos na carga transportada (art. 102 do Código Comercial). Assim, a presunção de culpa milita contra o recorrente.

In casu, a alegada 'falha mecânica', deixou de ser comprovada, consoante destacam os ínclitos julgadores.

Ademais, já se decidiu que 'não basta alegar defeito mecânico, desligado de ato humano, para eximir-se de responsabilidade, principalmente civil' (cf. RT 431/74); assim também, existem decisões no sentido de que nem mesmo caracterizam força maior ou caso fortuito, a existência comprovada de defeitos mecânicos (cf. RJTJSP VII, 236, Rel. Des. Alcides Faro).

Desta forma, segundo orientação da douta Câmara, deve, o recorrente, indenizar os danos à carga transportadora, ressarcindo a seguradora pelo que pagou ao segurado, nos limites do contrato de seguro.

Inatacado, portanto, o dispositivo legal arrolado na peça recursal.

Quanto à letra **c**, melhor sorte socorre o apelo especial.

De início, com relação ao Recurso Extraordinário 101.353-PR e à Apelação 249.099, consigne-se que o exame de admissibilidade do recurso especial, tendo como causa dissídio de jurisprudência, requer a demonstração analítica para comprovar a identidade do suporte fático e normativo. Não basta, em princípio, apenas a transcrição de ementa, isto porque: 'só pela ementa, como tem reconhecido a jurisprudência, não se perfaz a demonstração da divergência, mesmo que nela se contenha uma tese jurídica apreensível, mesmo porque é induvidoso que a ementa não integra o texto do acórdão, sendo este o que constitui o padrão' (RTJ 117/740). Assim, restou descumprido o art. 255, par. 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Também vale registrar, no tocante à Apelação 23.488-SC, que a transcrição do trecho desse acórdão afigura-se insuficiente, pois não se pode verificar se a hipótese nele examinada é a mesma apreciada no julgado recorrido (cf. AI 3.307, **in** DJU de 13.8.90, págs. 7.856-7). Desatendido, dessa maneira, o art. 255, par. 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (Emenda Regimental nº 1/91).

Contudo, foi comprovado o dissídio ao verificar o que ficou assentado no Recurso Extraordinário 105.864-PR colacionado, porquanto ali decidiu-se pela necessidade da seguradora, em ação regressiva, provar à culpa do transportador para a indenização da carga segurada, em decorrência de perdas ou avarias.

In casu, o deslinde da demanda, deu-se de forma contrária ao consignado nesse paradigma.

Assim, atendidos os requisitos legais para demonstração do dissenso pretoriano, aconselhável à manifestação da Suprema Corte.

Isto posto, defiro o recurso especial."

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Pleiteia o segurador, nesta ação regressiva, obter do transportador aquilo que pagou ao segurado, pelos danos e prejuízos por este sofridos. Discute-se sobre a quem compete fazer prova: para a sentença, cabe ao segurador provar a culpa do causador do dano; para o acórdão, presume-se a culpa do transportador. Leia-se o que escreveu o Dr. Juiz:

"Com efeito, tratando-se de ação regressiva, deve o segurador, como é o caso dos autos, demonstrar que houve culpa por parte do causador do dano que deu origem à indenização satisfeita pelo segurador, por força contratual.

O acórdão colacionado pelo réu em sua defesa, bem ilustra a matéria, sendo desnecessária aqui, sua transcrição (fls. 52 e 53).

Inexistindo nos autos prova da culpa do preposto do réu com relação ao ato ilícito por qualquer modalidade — imprudência, negligência ou imperícia, não há como conceder a reparação pretendida pelo autor."

Veja-se agora o acórdão recorrido, nestes trechos:

"Tratando-se de transporte terrestre de mercadorias, a responsabilidade dos contratantes durante a execução do contrato vem disciplinada no artigo 102 do Código Comercial, que dispõe o seguinte: ..."

.....

"Ou seja, no caso de danos à mercadoria transportada, durante o transporte, a presunção de culpa é do transportador. Cabe a ele demonstrar que os danos decorreram de vício próprio da mercadoria, força maior ou caso fortuito.

A propósito, ensina **Aguiar Dias** que 'tratando-se de contrato, é ao devedor que incumbe, em princípio, provar o motivo que o escuse pelo não cumprimento da obrigação' ('Da Responsabilidade Civil', vol. I, 4ª ed., Forense, Rio, 1960, pg. 248).

Ora, no caso, os danos à mercadoria decorreram do capotamento do caminhão que as transportava, na ocasião dirigido por preposto do apelado, seu proprietário.

O motorista alegou, quando da lavratura do Boletim de Ocorrência, que o capotamento do veículo deveu-se à 'falha mecânica', cuja natureza, entretanto, não foi capaz de identificar. Nenhuma prova produziu nos autos o apelado no sentido de reforçar as afirmações do motorista, ou de demonstrar a sua veracidade.

Bem de ver que o apelado tinha todas as condições para demonstrar caso fortuito ou força maior, se efetivamente ocorrentes, a fim de elidir a presunção de culpa que milita contra o transportador."

.....

"No caso, a alegada 'falha mecânica' está apenas na palavra do motorista do veículo, e nem ele mesmo foi capaz de esclarecer a sua natureza."

.....

"Irrecusável, portanto, no caso, a obrigação do apelado indenizar os danos à carga transportada, ressarcindo a seguradora pelo que pagou ao segurado, nos limites do contrato de seguro, consoante a Súmula 180."

2. Dando seguimento ao recurso especial, o Sr. Presidente Osvaldo Caron admitiu a existência da divergência em relação ao RE-105.864, **in** RTJ-118/302, com essa ementa: "Seguro de Transporte. Sub-rogação. Prova da culpa. Para exercer o seu direito contra terceiro, tem o segurador de alegar e provar que pagou a indenização e que o dano sofrido pela carga foi causado por fato pelo qual aquele responde. Recurso não conhecido". Confiram-se esses tópicos do voto do Sr. Ministro Carlos Madeira (relator), julgando o recurso do segurador:

"A sentença considerou que não fora feita a prova de culpa do motorista do caminhão abalroado, não cabendo a sub-rogação.

E o acórdão recorrido salienta que o contrato de seguro entre a recorrente e a empresa proprietária da carga foi feito exatamente para cobrir o risco proveniente de caso fortuito, em que não se pode responsabilizar a transportadora. Daí não reconhecer o direito de regresso contra esta.

Não há dúvida de que, na sub-rogação, há que ficar provada a responsabilidade do terceiro. Não provada sua culpa, não se lhe pode exigir que pague o que a seguradora prestou. É a lição de **Pontes de Miranda**: 'Para exercer o seu direito contra terceiro, tem o segurador de alegar e provar que pagou a indenização assegurativa e que o dano foi causado por fato de que responde o terceiro.' (Tratado de Direito Privado, tomo 45, p. 342).

Daí o acerto do acórdão desta Turma, supra referido, ao assentar que, a Súmula 188 não dispensa a prova da culpa do transportador para a indenização da carga segurada, em decorrência de perdas ou avarias.'

Não conheço do recurso."

3. Do confronto entre os dois acórdãos (o recorrido e o prolatado no RE-105.864), julgo comprovado o dissídio, a exemplo do despacho de origem, razão pela qual conheço do recurso especial.

4. Diversamente do estabelecido no RE-105.864, de 1986, havia o Su-

premo decidido no RE-77.359, de 1974, em acórdão de que foi relator o saudoso Ministro Leitão de Abreu. Tratou-se, ali, também de ação regressiva, movida contra a proprietária do caminhão causador do dano, julgando o acórdão local que cumpria à seguradora provar a culpa do motorista. Foi o recurso extraordinário, interposto pela seguradora, conhecido e provido, de acordo com esse voto:

"A Súmula 188 estabelece que o 'segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite do contrato de transporte'. Está implícito, nesse princípio, que o segurador não se acha obrigado, no exercício da ação regressiva, a provar a culpa do transportador, pois que a regra sumulada se reporta a contrato de transporte regido pelo direito comercial, onde vigora o princípio de que 'as perdas ou avarias acontecidas às fazendas durante o transporte, não provindo de alguma das causas designadas no artigo precedente, correm por conta do condutor ou comissário de transporte' (art. 103 do Código Comercial). Não tendo, na espécie, provindo as avarias de nenhuma dessas causas — vício das fazendas, força maior ou caso fortuito — a responsabilidade por elas pertence, pois, ao transportador.

Nessas condições, conheço do recurso pelas alíneas **a** e **d** e lhe dou provimento."

5. Em 1984, no julgamento do RE-101.353, o Sr. Ministro Aldir Passarinho, referindo-se ao RE-77.359, afirmou que, apesar deste precedente, não lhe parecia que a Súmula 188 devesse ter a extensão por ele pretendida. E concluiu, reportando-se aos arts. 988 e 989 do Cód. Civil e 728 do Cód. Comercial, que instruem o enunciado:

"Ora, deles apenas se cuida única e estritamente da sub-rogação, mas não de direitos do dono da carga ou de consignatário em relação ao transportador. E com os acórdãos que igualmente deram suporte à Súmula 188 o mesmo ocorre, pois também neles se vê que apenas foi assegurado o direito à sub-rogação, e fixados os limites do reembolso.

Deste modo, embora não ponha em dúvida o acerto da decisão posta no acórdão de que foi Relator o Sr. Ministro Leitão de Abreu, no seu ponto fundamental, o que não tenho como acertado é o entendimento nele esposado, no sentido de que se encontrava abrangida pelo enunciado da Súmula 188 a tese de que não há necessidade de prova de culpa do transportador para a indenização da carga segurada, em decorrência de perdas ou avarias.

Pelo exposto, e em face dos limites fixados no art. 325 do RI/STF, do que resulta, ante o **caput** de tal artigo, que a divergência há de fazer-se em relação à jurisprudência já sumulada, o

que, no caso, não considero tenha ocorrido, não conheço do recurso." (**in** RTJ-114/1.158).

6. De minha parte, também não gostaria de extrair da Súmula 188 toda a conseqüência que dela extraiu o RE-77.359, de 1974. Mas, no caso concreto, tratou-se, originariamente, de contrato de transporte, sendo, então, de se presumir a culpa do transportador, à vista dos arts. 102 e 103 do Cód. Comercial e 1º do Decreto nº 2.681, de 1912. Efetivamente, o transportador, nessa espécie de contrato, só se exime de culpa se ocorrer uma das causas previstas no aludido art. 102: vício próprio, força maior ou caso fortuito. "As perdas ou avarias acontecidas às fazendas durante o transporte." — sentencia o art. 103 — "não provindo de alguma das causas designadas no artigo precedente, correm por conta do condutor ou comissário de transporte." Então, no pormenor, o acórdão recorrido acha-se bem amparado, louvando-se, como se louvou, no Cód. Comercial. Mais a mais, confira-se essa lição de **José de Aguiar Dias**, nesses trechos de sua tão conhecida "Da Responsabilidade Civil" (Forense, 7ª ed., vol. I):

> "Se bem que, no consenso geral, o transporte se considere um contrato autônomo, não é menos verdade que se assinalam, no seu conteúdo, relativamente à condução de mercadorias, elementos da locação de coisas, da locação de serviços e do depósito. Predomina, pois, na caracterização da responsabilidade presumida, o princípio do **receptum**, em que residem as obrigações de guardar, conservar e restituir. Presume-se a culpa por motivos de lógica jurídica. Aos particulares é difícil, senão impossível, provar essa culpa." (pág. 206, em comentários ao Decreto nº 2.681).
>
> .....
>
> "Presume-se a culpa do transportador, pelos mesmos motivos já assinalados, relativamente ao transporte de coisas. E é curial: reconhecida a obrigação de garantir a incolumidade do viajante, e traduzindo o fato de que ele se queixa uma demonstração de que essa incolumidade não foi assegurada, logicamente, é à empresa de transporte que incumbe provar que não faltou à sua obrigação, em face do caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima." (pág. 209, sobre o transporte de pessoas).

De igual modo, veja-se essa lição de **Agostinho Alvim**, mencionada em aresto publicado na JB, edição de 1976, em volume dedicado a "seguros":

> "Com efeito, é hoje pacífico, não só da doutrina (**Agostinho Alvim** — Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências, Ed. Saraiva, 1955, pág. 341), como na jurisprudência ('Revista de Jurisprudência' do T.J.E.S.P., vols. 7/33 e 18/84), que se aplicam aos transportadores em geral as regras do art. 1º do Decreto Legislativo nº 2.681/1912." (pág. 348).

.....

"Da mesma forma, **Agostinho Alvim**, o mestre insuperável a respeito da inexecução das obrigações e suas conseqüências, lapidarmente doutrina: 'Realmente, a obrigação do transportador é de fim e não de meio. Não se obriga ele a tomar as providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte: obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito. Daí a apreciação rigorosa da sua responsabilidade.' (obra e pág. citadas)." (pág. 348).

7. De tudo, impunha-se, na espécie, por se cuidar de contrato de transporte, o reconhecimento da procedência do pedido. Presume-se a culpa do transportador, a quem competia, para se eximir da obrigação, provar uma das causas constantes do art. 102. Não atuou desta forma. Logo, haveria, mesmo, de proceder o pedido inicial, porque o segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou (Súmula 188/STF). Exato se me revela o acórdão recorrido, que confirmo.

Assim, tendo eu conhecido do recurso especial pelo fundamento da alínea **c**, nego-lhe provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A hipótese há de se reger pelas regras que cuidam da sub-rogação. Se o proprietário da carga que foi avariada tinha ação contra o transportador e, para isso, não precisava demonstrar sua culpa, a seguradora, que o ressarciu do prejuízo, na mesma posição dele se coloca. E não terá que arcar com o ônus de fazer essa prova.

Acompanho o eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.118-4 — SP — (92.25689-9) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Recte.: Albino Simões Maroja. Advogado: Nelson Schiavi e outros. Recdo.: Bradesco Seguro S/A. Advogados: Hira Ruas Almeida e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, mas lhe negou provimento (em 30.03.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 28.152-4 — SP

(Registro nº 92.0025838-7)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Alexandrine Davids Hermann*

Recorridos: *Jacques Hermann Legueu e outro*

Advogados: *Carlos Lencioni e Antônio Carlos Dutra*

EMENTA: ***Usufruto legal. Cônjuge supérstite. Testamento.***

A cônjuge supérstite, que fora casada com o de cujus **em regime de separação de bens (art. 258, parágrafo único, inciso II do CC), não tem direito ao usufruto legal (art. 1.611, § 1º, do CC) se contemplada no testamento com bens em quantia igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto.**

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, 30 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Nos autos do inventário dos bens deixados por *Albert Hermann*, a cônjuge supérstite, com quem fora casado em segundas núpcias sob regime da separação de bens (art. 258, parágrafo único, II, do CC), agravou da decisão que lhe indeferiu o usufruto legal (art. 1.611, § 1º, do CC).

A eg. 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, negou provimento ao agravo, entendendo que o benefício é concedido com a finalidade de assegurar a manutenção do cônjuge sobrevivente. Como, no caso, a viúva não ficou desamparada, pois recebeu, por testamento, a metade disponível dos bens situados no Brasil, e 1/3 dos localizados na França, não há razão para o usufruto de mais uma quarta parte.

Inconformada, invocando o disposto no artigo 105, III, a, da CF,

e violação ao art. 1.611, § 1º do CC, a viúva ofereceu o presente recurso especial, admitido na origem.

O parecer do Ministério Público é pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): A disposição do § 1º do artigo 1.611 do Código Civil tem a finalidade de proteger o cônjuge sobrevivente, garantindo-lhe o usufruto sobre uma quarta-parte (ou metade) dos bens do cônjuge falecido. Quando este, por manifestação de última vontade, atribuiu ao sobrevivente, que concorre com filhos, uma quarta parte ou mais de seus bens, a disposição da lei não incide porque aquela uma quarta parte já foi transferida ao patrimônio do cônjuge sobrevivente, não apenas como direito real, mas a título de propriedade.

O referido § 1º não contém a mesma ressalva que está no § 2º, ambos originários de alterações introduzidas pelo Estatuto da Mulher Casada, que assegura o direito real de habitação, "sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança".

Se a viúva tem direito a 2/4 dos bens situados no Brasil, por força do testamento, a instituição em seu favor de usufruto sobre mais 1/4, a recair exclusivamente sobre o quinhão dos filhos, onerará metade da legítima. Isso implica violação ao artigo 1.723 do CC, que não permite incida sobre a legítima outras restrições além daquelas taxativamente enumeradas, como bem observado no v. acórdão.

No comentário que fez ao artigo 1.611 do Código Civil, com a antiga redação, **Clóvis Bevilaqua** referia a regra do direito francês, que assegurava ao cônjuge sobrevivente o direito ao usufruto, disposição que somente veio a ser inserida no nosso ordenamento mais tarde, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121, de 27.08.1962). Vale observar que na França, havendo liberalidades feitas pelo **de cujus** ao cônjuge sobrevivente, estas se imputam sobre o seu usufruto. A regra se justifica porque o direito é concedido para permitir ao cônjuge conservar, depois da morte do outro, meios suficientes para a sua subsistência. Como conseqüência, se as liberalidades excedem o usufruto, este desaparece; se elas são inferiores, subsiste apenas para completá-lo (**Delestraint**, Droit Civil, Contrat de Mariage et Régimes Matrimoniaux, Successions, Liberalités, Paris, Dalloz, 1975, p. 80).

Ensina **Orlando Gomes** que o usufruto, calculado sobre a totalidade do acervo, "incide, porém, nos bens que componham a metade disponível; por isso que o cônjuge supérstite não tem reserva". (Sucessões, 6ª ed., p. 70).

Isto posto, inexistindo violação ao disposto na lei, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.152-4 — SP — (92.0025838-7) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recte.: Alexandrine Davids Hermann. Advogado: Carlos Lencioni. Recdos.: Jacques Hermann Legueu e outro. Advogado: Antônio Carlos Dutra.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 30.05.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 28.832-4 — SP

(Registro nº 92.0027405-6)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Prodesan — Progresso e Desenvolvimento de Santos S/A*

Recorrida: *Construtora e Pavimentadora Latina S/A*

Advogados: *Sônia Maria de Oliveira Morozetti e outros, e Marcelo Guimarães da Rocha e Silva e outro*

EMENTA: ***Processual Civil. Incompetência absoluta.*** **Argüição na fase executória, em preliminar de apelação de sentença homologatória de cálculo de liquidação. Hipótese de Ação Rescisória. Inexistência de violação ao art. 113 do CPC.**

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o relator os Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Brasília, 18 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Recurso especial interposto por *"Prodesan — Progresso e Desen-*

volvimento de Santos S/A", sociedade de economia mista, impugna acórdão de órgão fracionário do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido nos autos da presente ação indenizatória, ora em fase de execução, no ponto em que, anulando a sentença homologatória da conta de liquidação, repeliu a preliminar de incompetência absoluta do Juízo.

Alega a recorrente violação ao artigo 113 do Código de Processo Civil, por isso que sendo empresa privada, o processo não poderia tramitar pela Vara dos Feitos da Fazenda Pública.

A pretensão recursal, nesta Corte, recebeu apoio por parte do Ministério Público Federal cujo parecer ostenta a seguinte ementa, **verbis**:

> *"Sociedade de capital misto. Competência. Nulidade de sentença. Argüição na fase executória.*
>
> — Impossibilidade de prorrogação da competência.
>
> — Aplicação da Súmula 42 do STJ.
>
> — Parecer pelo provimento do recurso."

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O acórdão recorrido assim decidiu a questão objeto da súplica recursal (fls. 2.693/2.694):

"A argüição de incompetência do Juízo é deduzida pela apelante tardiamente, já na fase de liquidação, desmerecendo pois, amparo o reclamo.

Todo o feito teve processamento desde a propositura da ação em 1983, perante o Juízo Privativo da 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública de Santos, sem qualquer oposição da ré em relação à competência.

É bem verdade que, na espécie, é competente a Justiça Comum para o julgamento do litígio, mas a pretensão recursal, nesse aspecto, serodiamente deduzida, não é hábil a derrogar a prorrogação já verificada, trescalando a má-fé nesta fase processuál.

Admitir-se incompetência do juízo para execução de sua própria sentença seria também admitir a nulidade da prestação jurisdicional que, todavia, transitou soberanamente em julgado, nem mesmo podendo desconstituir-se por meio de ação rescisória.

Enfatize-se, ainda, que o Juízo da execução, pela sistemática processual pátria é o do conhecimento.

Ademais, o alcance do disposto no artigo 113 do Código de Processo Civil não tem a amplitude pretendida pela recorrente, uma vez que a expressão nele contida segundo a qual a incompetência absoluta "pode" ser alegada em qualquer tempo suben-

tende que "deve" sê-lo na contestação, o que não ocorreu.

Aliás, o artigo 301, inciso II, do Código de Processo Civil enseja ao réu alegar antes de discutir o mérito, a ocorrência de incompetência absoluta.

Mas o problema da competência em hipótese como a dos autos não mostra a gravidade invocada, uma vez que o mau vezo nacional, nas três esferas da administração, de constituir companhias de capital misto, reservando a direção ao próprio Poder Público, que nomeia seus diretores, suprelhes as verbas e traça as diretrizes tanto técnicas e orçamentárias que deve obedecer na execução dos programas, também elaborados pela Administração Pública, induz em erro até mesmo os mais estudiosos do direito administrativo.

Assim, quando mais não seja, por esses motivos e por haver transitado em julgado a decisão de mérito examinada em duplo grau de jurisdição, repele-se a argüição de incompetência."

Na espécie, a sentença proferida na ação indenizatória, conforme atesta a certidão de fls. 2.620-v., transitou em julgado em 26.04.91, isto sem qualquer oposição da ré no que pertine à questão competencial.

Mesmo após a elaboração da conta de liquidação de fls. 2.625/2.627, a impugnação que apresentou postulava apenas o retorno do processado ao Contador para fins de exclusão, do cálculo, dos índices do IPC com os quais não concordava — fls. 2.628.

Homologada a conta (fls. 2.638), apelou a ré, momento em que agitou aquela preliminar, posteriormente rechaçada pelo acórdão recorrido.

Com a devida vênia, penso que a hipótese acertadamente equacionada foi pelo acórdão. Com efeito, mesmo em se tratando de incompetência absoluta, não seria a apelação interposta da sentença homologatória a via adequada para desconstituir a proferida no processo de conhecimento, com trânsito em julgado e acobertada pela coisa julgada. Outro seria o meio processual hábil para o exame da pretensão aqui posta, não manejado pela ora recorrente.

A linha de entendimento concebida pelo douto órgão ministerial aplicável seria ao caso, fossem outras as circunstâncias, certo ainda que o apelo nobre não se presta a substituir ação rescisória.

Nesse sentido, o precedente da Corte no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 6.176-DF, relator o eminente Ministro Dias Trindade, cujo acórdão, publicado no DJ de 08.04.91, em caso processualmente idêntico ao presente, assinala em sua ementa, **verbis**:

"Civil/processual. Incompetência absoluta. Sua argüição depois do trânsito em julgado da sentença. Meio adequado.

— Depois do trânsito em julgado da sentença, a argüição de incompetência absoluta do juiz somente pode ser conduzida em ação rescisória, nos termos do art. 485, II, do CPC, não em preliminar de apelação de sentença homologatória de cálculo de liquidação."

Do exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.832-4 — SP — (92.0027405-6) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Prodesan — Progresso e Desenvolvimento de Santos S/A. Advogados: Sônia Maria de Oliveira Morozetti e outros. Recda.: Construtora e Pavimentadora Latina S/A. Advogados: Marcelo Guimarães da Rocha e Silva e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 18.05.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 29.195-5 — PR

(Registro nº 92.0028836-7)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Itaú Seguros S/A*

Recorridos: *Aparecida Kioko Morioka Morita e outros*

Advogados: *Drs. Jurandir Fernandes de Sousa e outros, e Hugo Mosca e outros*

Sust. Oral: *Dr. Jurandir Fernandes de Sousa, pelo recorrente, nos termos do art. 162, § 3º do RISTJ*

EMENTA: ***Civil. Seguro. Suspensão. Reabilitação.***

Não há cobertura securitária durante o prazo de suspensão do seguro, pois que a reabilitação pelo pagamento do prêmio em atraso opera ex nunc.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento para julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus da sucumbência, vencidos os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Antônio Torreão Braz. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Vencidos, na preliminar, os Srs. Ministros Barros Monteiro e Antônio Torreão Braz.

Brasília, 08 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Recorre a Itaú Seguros S/A, com fundamento no art. 105, III, **a** da Constituição Federal, de acórdão proferido pela 3ª Câmara Cível do eg. Tribunal de Alçada do Paraná que negou provimento à sua apelação que foi interposta em ação de consignação em pagamento de parcelas atrasadas de contrato de seguro de vida e acidentes pessoais coletivo, proposta por Aparecida Kioko Morioka Morita e seus filhos Adriana Morita e Josef Morita.

Sustenta o recorrente a negativa de vigência ao art. 12 e parágrafo único do DLei 73/66 e ao art. 1.432 do CC, sob a alegação de que o não pagamento das prestações do prêmio nas datas estabelecidas suspende a cobertura do seguro, mas não rompe o vínculo contratual, não existindo garantia de indenização para o sinistro ocorrido durante o período de suspensão do contrato pela inadimplência.

Admitido o recurso, por força de agrávo de instrumento tirado de decisão denegatória de seu processamento, subiram os autos.

Opinou o Ministério Público pelo não conhecimento do REsp, eis que interposto via **fac simile**.

É como relato.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Tenho por superada a questão referente à interposição do recurso especial, por via de reprodução fac-similar não autenticada, já que em realidade o teor da petição do recurso fora transmitido pela via aludida, mas a assinatura do advogado é autêntica e foi aposta na própria mensagem fac-similar. Não vejo, assim, como se possa deixar de conhecer do recurso, tão-só porque lançada petição em material que poderá esmaecer ou se desintegrar com o tempo, tanto mais quando, apresentada bem depois, se acha nos autos o original da petição.

O acórdão se louva em dubiedade de entendimento de Portaria do órgão fiscalizador da atividade securitária, a respeito da possibilidade de reabilitação de seguro, quando o prêmio parcelado não tenha sido pago até antes de quatro meses, desde que satisfeitas as prestações em atraso, daí porque entende que esse pagamento, aqui feito em consignatória, tem o condão de cobrir os riscos durante o prazo de retardamento das prestações, em que o seguro ficara apenas suspenso.

Tenho que não se apresenta possível, senão com ofensa ao texto legal invocado pela recorrente, assegurar a cobertura de sinistro, verificado durante o prazo de suspensão do seguro, por falta de pagamento do prêmio, não cuidando a Portaria 13 da SUSEP de prazo de graça, ao menos com a amplitude que lhe deu o acórdão, posto que a reabilitação tem efeito apenas **ex nunc**, ou seja, a partir do pagamento do prêmio, sem contar ser aético correr a cumprir obrigação premiada apenas porque verificado o sinistro, quando suspenso a cobertura securitária.

O dispositivo do art. 12 do Decreto-Lei 73, de 1966 fala por si:

> "A obrigação do pagamento do prêmio pelo segurado vigerá a partir do dia previsto na apólice ou bilhete de seguro, ficando suspensa a cobertura do seguro até o pagamento do prêmio e demais encargos.
>
> Parágrafo único — Qualquer indenização decorrrente do contrato de seguro dependerá do pagamento do prêmio devido, antes da ocorrência do sinistro."

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para reformar o acórdão e prover a apelação, de sorte a julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus sucumbenciais.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Presidente): Quanto à preliminar de não-conhecimento do recurso, manifesto-me de inteiro acordo com o Sr. Ministro Relator.

É certo que neste Tribunal há resolução recomendando o não-conhecimento do recurso especial, e dos demais recursos de sua competência, quando a interposição se dá através da via **fac simile**. No entanto, já de considerar-se que o que levou o Tribunal a editar aquela resolução foi a dificuldade da protocolação dos recursos interpostos através de tal via.

No caso concreto, pelo que expôs o em. Relator, a interposição, embora feita através de *fax*, foi protocolada no prazo e a petição recursal foi assinada pela advogada que tinha poderes para fazê-lo, em Brasília, no *fax* que lhe foi endereçado pelo escritório de origem.

Diante de tal circunstância, creio não estar infringida a resolução

deste Tribunal que orienta no sentido do não-conhecimento do recurso.

Melhor teria agido a parte, creio, se ao receber o *fax* tivesse datilografado a petição recursal e a subscrito. Ou mesmo fotocopiado a peça recebida e sobre tal fotocópia lançado sua assinatura. Mesmo assim não tenho agido, penso que se deve ser mais liberal no caso concreto, não só porque o sistema *fax* deve merecer melhor acolhida como técnica moderna de documentação, à medida em que se aprimora, como também porque neste longo período não se esmaeceu e, sobretudo, porque tempestivamente apresentado no protocolo.

Em face de tais considerações, posiciono-me com o Relator quanto à preliminar.

No mérito, também adiro ao voto de S. Exa., porque a mim me parece — e disso estou convencido — que restaram violadas as normas que disciplinam a matéria.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, pedindo vênia para não conhecer do recurso, acolho o parecer do Ministério Público Federal no tocante à matéria preliminar.

Defendi, há tempos nesta Turma, a admissibilidade da interposição do recurso via **fac simile**. Todavia, vencido, rendi-me à orientação majoritária, de sorte que passei a acompanhar a douta maioria no concernente a esse aspecto.

Vejo agora que não há diferença alguma entre o recurso transmitido via *fax*, apresentado diretamente à Secretaria deste Tribunal, e o recurso interposto da mesma maneira, só que encaminhado ao escritório do advogado, localizado na Capital da República.

APARTE

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Sr. Ministro Barros Monteiro, o *fax* foi passado pelo escritório da seguradora de São Paulo, que mandou uma minuta de recurso, o advogado datilografou novamente e assinou o *fax*, que estava sem assinatura.

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Entendo que materialmente o problema é o mesmo, porque a peça está sujeita ao esmaecimento, motivo da dificuldade principal apresentada pelo *fax*.

Por essas razões, pedindo vênia, não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Sr. Presidente, não conheço do recurso.

O CPC admite a interpretação de recurso por telegrama ou radiograma, desde que preenchidos os requisitos mencionados no art. 374. O

fac simile tem o defeito de esvaecer-se com o tempo, não servindo como documento. Por isso é que o Plenário do Tribunal, na Resolução nº 43/91, deliberou não admitir petições e recursos quando operados por tal meio. Todos os órgãos da Corte devem obediência a essa deliberação.

Data venia, não conheço.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.195-5 — PR — (92.0028836-7) — Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Itaú Seguros S/A. Advogados: Jurandir Fernandes de Sousa e outros. Recdos.: Aparecida Kioko Morioka Morita e outros. Advogados: Hugo Mosca e outros. Sustentaram, oralmente, os Drs. Jurandir Fernandes de Sousa, pelo Recorrente, e Hugo Mosca, pelos Recorridos.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Sálvio de Figueiredo, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, e dos Srs. Ministros Barros Monteiro e Antônio Torreão Braz, dele não conhecendo, foi sobrestado o julgamento nos termos do Art. 181, parágrafo 2º, do RISTJ, para o fim de colher-se o voto do Sr. Ministro Fontes de Alencar (em 23.11.93 — 4ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Sr. Presidente, tinha razão quando disse que verifiquei que o acórdão tratou da matéria federal que conduziu o recurso especial, porquanto, embora não fazendo expressa referência aos artigos de lei ditos contrariados, cuidou dos efeitos de uma portaria que pretendeu regulamentar justamente a figura regulada do decreto-lei, ou seja, a suspensão e a revigoração do contrato de seguro. Por isso considero que a matéria está nos autos.

VOTO (DESEMPATE)
RENOVAÇÃO DE JULGAMENTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): Excelências, como lembrou da tribuna o ilustre advogado, a minha posição a respeito do recurso por *fax*, antes da resolução, era no sentido da aceitação da via eletrônica, sendo da responsabilidade do recorrente a valia material da petição e a tempestividade, ou não, do ato de protocolo do recurso no Tribunal, mas de maneira diversa entendeu a Corte, e daí a resolução a que se fez referência.

No caso concreto, entendo que não há como fazer-se incidir a vedação que resulta do ato da Corte, porquanto não foi o recurso interposto via *fax*. O material utilizado pelo advogado do recorrente não está a provocar uma avaliação, como não provocaria tal avaliação even-

tual utilização de tinta azul ou preta, como outrora, em avoengas leis de organizações judiciária, se exigia que a tinta fosse preta e indelével. Então, não tendo havido a interposição por *fax*, não há cogitar da incidência da resolução que diz com o assunto.

O eminente Ministro Relator rejeitou a preliminar, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, sendo que os Srs. Ministros Barros Monteiro e Antônio Torreão Braz não conheceram do recurso.

Ante o que expus em relação ao ato da impetração, somo o meu voto à posição do eminente Ministro-Relator e do Eminente Ministro Sálvio de Figueiredo. Seria o caso de conhecer do recurso, se outro motivo eu não tivesse para dele não conhecer.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): Eminentes Colegas, quando proferi manifestação a respeito da utilização do *fax*, disse que conheceria do recurso se por outro motivo não fosse deixar de recebê-lo. A minha manifestação ainda agora não é sobre o mérito, porque não conheço do recurso, e dele não conheço por falta de prequestionamento, **data venia** do Eminente Ministro Relator. É que foram apontados como violados dispositivo do Decreto nº 73, de 1966, e o art. 1.432 do Código Civil.

A decisão do Tribunal está arrimada apenas numa Resolução da SUSEP. Essa questão federal, que diz com o Decreto nº 73, de 1966, e com o art. nº 1.432 do Código Civil, não foi levada ao Tribunal **a quo**, e este sobre ela não se manifestou, ainda que não tivesse sido ventilada, e não houve a interposição de embargos declaratórios. A questão federal trazida a esta Corte não foi ventilada na instância ordinária. Por isto, não conheço do recurso.

VOTO (VOGAL)

ESCLARECIMENTOS

O DR. JURANDIR FERNANDES DE SOUZA (Advogado): Senhor Presidente, os autos foram a V. Exa. para desempate, e naquela sessão primeira V. Exa. não estava presente. Parece-me que o Regimento Interno, salvo engano meu, admite, nessa hipótese, que seja renovada a sustentação oral.

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, a Egrégia 3ª Turma tem admitido a sustentação oral nesses casos, pelo princípio de que, em havendo Juiz novo, como é o caso de V. Exa., teria que ser renovado o relatório.

O DR. JURANDIR FERNANDES DE SOUZA (Advogado): Senhor Presidente, trata-se do que dispõe o § 3º do art. 162:

> "Se, para efeito do **quorum** ou desempate na votação, for necessário o voto de Ministro nas condições do parágrafo anterior, serão renovados o relatório e a sustentação oral, computando-se os votos anteriormente proferidos."

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): Senhores Ministros, neste caso, defiro a questão de ordem e passo a palavra ao eminente Ministro Dias Trindade, Relator, para renovar o relatório.

RENOVAÇÃO DE JULGAMENTO

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Peço vênia ao Senhor Ministro Fontes de Alencar para aderir ao voto do em. Ministro-Relator.

Entendo também que, embora não tenha havido referência expressa a dispositivos legais, a matéria não deixou de ser suscitada e discutida no âmbito da decisão impugnada.

Com o Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, rogando vênia ao Eminente Ministro Fontes de Alencar, adiro ao voto proferido pelo Eminente Relator.

No caso, a meu ver, a questão jurídica referente à suspensão da cobertura do seguro, a que alude o art. 12 do Decreto-lei nº 73/66, foi enfocada no acórdão recorrido, não sendo necessária, como se tem reiteradamente decidido, a expressa menção pelo acórdão do indigitado preceito de lei.

Nestes termos, Sr. Presidente, considerando que a matéria foi efetivamente prequestionada e entendendo, ademais, que restou malferido o citado art. 12, acompanho o Eminente Ministro Relator.

VOTO

(VENCIDO)

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Sr. Presidente, a minha posição já é conhecida da Turma. Tenho sustentado que não se pode admitir prequestionamento implícito, pois a natureza incomum do recurso especial requer que a questão federal tenha sido suscitada e ventilada nas instâncias ordinárias e que o recorrente deve ser claro e preciso ao expor em que consiste o conflito entre a decisão atacada e o comando da lei federal, para o que se faz necessário a nomeação do preceito transgredido.

Por isso, o STF, na sua experiência secular, quando o acórdão recorrido não ventila expressamente a questão jurídica, exige que a parte oponha embargos declaratórios para suprir a omissão. Feito isto, está preenchido o requisito (Súmula nº 356).

Acompanho o voto de V. Exa., Sr. Presidente, **data venia** do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.195-5 — PR — (92.0028836-7) — Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Itaú Seguros S/A. Advogados: Jurandir Fernandes de Sousa e outros. Recdos.: Aparecida Kioko Morioka Morita e outros. Advogados: Hugo Mosca e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Jurandir Fernandes de Sousa, pelo Recorrente, nos termos do Art. 162, § 3º, do RISTJ.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus da sucumbência, vencidos os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Antônio Torreão Braz (em 08.03.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Vencidos, na preliminar, os Srs. Ministros Barros Monteiro e Antônio Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.134-1 — RJ

(Registro nº 92.0031381-7)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Maria Thereza Fontes Williams*

Advogados: *Caetano Ernesto da Fonseca Costa e outros*

Recorrido: *A Renascença S/A Comércio e Indústria*

Advogados: *Paulo Fontenelle e outros*

EMENTA: ***Civil. Processual. Locação. Recurso adesivo.***

1. Não se conhece do recurso adesivo se não foi admitido o especial. (CPC, Art. 500, III).

2. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas, Flaquer Scartezzini e Assis Toledo.

Brasília, 02 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Proposta pela Recorrida ação renovatória, a sentença julgou pro-

cedente o pedido, decretando a renovação compulsória do contrato locatício e, inadmitido a alteração de cláusula de periodicidade de reajuste dos alugueres.

O Tribunal de Alçada Civil deu parcial provimento às apelações das partes, em Acórdão assim ementado:

"Sentença. Nulidade. Inocorrência.

— Não é nula a sentença que, conquanto sucinta, contém **quantum satis**, a fundamentação que dela exige, como requisito de sua validade, o Art. 458, II, do Código de Processo Civil.

Locação.

Imóvel não residencial destinado a fins comerciais ou industriais. Ação renovatória. Decreto nº 24.150, de 24.04.34.

Aluguel. Fixação. Método ou critério. Taxa.

— Renovado o contrato, é acertada a fixação do aluguel, para o novo qüinqüênio, de acordo com o método ou critério da rentabilidade, à taxa de 12% a.a. e à luz de seguros elementos fornecidos por laudo pericial elaborado com técnica apurada e com rigor científico.

Modificação da cláusula de periodicidade do reajustamento do aluguel arbitrado. Possibilidade.

— Ao decretar a renovação do contrato de locação de imóvel destinado a fins comerciais ou industriais, o juiz pode modificar a cláusula de periodicidade do reajustamento do aluguel arbitrado, não havendo necessidade de propositura de ação própria, pelo locador, para obtenção desse resultado.

Encargos da sucumbência.

Suporta-os o locador que ofereceu resistência ao pedido de renovação, julgado procedente.

Apelações parcialmente providas. Sentença retocada".

Interpôs a locatária Recurso Especial, não admitido no Tribunal de origem. Contra essa decisão, apresentou agravo de instrumento, cujo provimento foi negado nesta Corte, por decisão do relator, que restou irrecorrida.

O Recurso especial adesivo apresentado pela locadora, sob alegação de ofensa ao CPC, Art. 20 e, divergência jurisprudencial, impugnando o Acórdão apenas no ponto em que, invertendo os ônus sucumbencias, impôs a ela condenação nas despesas e honorários, subiu a esta Corte por força do provimento dado ao agravo de instrumento pelo Ministro Sálvio de Figueiredo.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, houve por

bem o Ministro Sálvio de Figueiredo, a quem foram originariamente distribuídos ambos os agravos de instrumento em apenso, em negar provimento ao interposto da decisão que não admitiu o Recurso Especial da locatária e, prover aquele manifestado pela locadora, para ensejar a subida de seu Recurso Especial adesivo.

Conquanto interposto o recurso adesivo para impugnar o Acórdão apenas no ponto em que inverteu os ônus sucumbenciais e condenou a recorrente nas despesas e honorários, não obstante a ausência de sucumbência, pois da ação saiu vencedora, eis que não se opôs à renovação, foi vitoriosa quanto à fixação do aluguel e quanto à modificação da periodicidade de seu reajuste, o CPC, Art. 500, III, expressa que, o recurso adesivo não será conhecido se o recurso principal for declarado inadmissível, o que **in casu**, ocorreu.

Não conheço do recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.134-1 — RJ — (92.0031381-7) — Relator: O Sr. Ministro Edson Vidigal. Recte.: Maria Thereza Fontes Williams. Advogados: Caetano Ernesto da Fonseca Costa e outros. Recda.: A Renascença S/A Comércio e Indústria. Advogados: Paulo Fontenelle e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 02.02.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Jesus Costa Lima, José Dantas, Flaquer Scartezzini e Assis Toledo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.406-8 — RJ

(Registro nº 92.0032223-9)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrentes: *Luiz Henrique de Lima Gusmão e outros*

Advogados: *José Roberto de Martin Sampaio e outro*

Recorrido: *Givaldo Alves dos Santos*

Advogado: *Sérgio Luiz Fernandes de Mello*

EMENTA: ***Civil. Processual. Aluguel. Revisional. Honorários.***

1. Configura sucumbência recíproca a justa divisão das custas processuais e dos honorários advocatícios.

2. Recurso conhecido mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas e Assis Toledo. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Flaquer Scartezzini.

Brasília, 15 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Proposta pelos recorrentes ação revisional de aluguel e modificação da periodicidade de seu reajuste de anual para semestral, o pedido foi julgado procedente em parta na sentença que, fixou o novo aluguel com base no laudo pericial, permitindo o pagamento parcelado das diferenças dos meses vencidos, indeferiu a alteração unilateral da periodicidade dos reajustamentos e, dividiu as custas processuais e os honorários.

Apelaram os locadores buscando a mudança do período de reajuste, o pagamento integral das diferenças de uma só vez e a inversão dos ônus sucumbenciais.

O apelo foi parcialmente provido no Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, apenas para deferir a alteração da periodicidade em Acórdão assim ementado:

"Revisional — Sendo a revisional o meio adequado para se restabelecer o equilíbrio do contrato mantendo o princípio da comutatividade que deve presidi-lo, não há porque deixar-se de conceder também a mudança da periodicidade. As diferenças dos meses já vencidos hão de ser pagas em até 06 parcelas como determina a lei (§ 3º do art. 53 da Lei 6.649/79). Se a ação se limita a mero ajustamento na sua essência as custas e os honorários deverão ser divididos.

— Recurso provido parcialmente."

Interpuseram os vencidos Recurso Especial com base na Constituição, Art. 105, III, **a** e **c**, alegando ofensa ao CPC, Arts. 20 e 21, porque apesar de vencedores na demanda, em todos os termos da inicial, foi-lhes imputada a divisão das custas processuais e dos honorários advocatícios, como se recíproca fosse a sucumbência.

Admitido o recurso na origem, sem contra-razões do recorrido, subiram os autos a esta Corte.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, houve por

bem a sentença em dividir entre as partes os ônus da sucumbência, ao entendimento de se tratar de processo de mero acertamento, inexistindo sucumbência.

O Acórdão recorrido, por igual, embora provendo o apelo dos locadores para deferir-lhes a alteração da periodicidade dos aluguéis para semestral conforme pleiteado, reputou correta a sentença no ponto em que fez o rateio das custas processuais e honorários advocatícios, asseverando que

> "se a ação se limita a mero ajustamento na sua essência, as custas e os honorários deverão ser divididos." (fl. 93)

Considerou, portanto, após exame das peculiaridades da ação, justa a divisão das custas processuais e dos honorários, pelo que configurada, **in casu**, a sucumbência recíproca.

Nesse sentido, REsp 32.820 — SP, Rel. Min. Adhemar Maciel:

> *"Processual civil. Sucumbência recíproca. Incidência do* ***caput*** *do artigo 21 do Código de Processo Civil. Recurso especial conhecido e provido.*
>
> I — Se ambas as partes sucumbem, ainda que em proporções diferentes, devem sofrer, proporcionalmente, os ônus da derrota e as vantagens da vitória, tal como preconiza o **caput** do Art. 21 do CPC. O parágrafo único só incide no caso de ser "mínima" a sucumbência de uma das partes. Esse não foi o caso dos autos.
>
> II — Recurso Especial conhecido e provido."

Assim, conheço do recurso mas lhe nego provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.406-8 — RJ — (92.0032223-9) — Relator: O Sr. Ministro Edson Vidigal. Rectes.: Luiz Henrique de Lima Gusmão e outros. Advogados: José Roberto de Martin Sampaio e outro. Recdo.: Givaldo Alves dos Santos. Advogado: Sérgio Luiz Fernandes de Mello.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Relator (em 15.12.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Jesus Costa Lima, José Dantas e Assis Toledo. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.439-1 — SP

(Registro nº 92.0032343-0)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Wayner Sanches Gil*

Advogados: *Maurício José Chiavatta e outro*

Recorrido: *José Carlos Di Monaco Basile*

Advogados: *Rubens Leite Pinelli e outro*

EMENTA: ***Civil. Processual. Locação. Revisional. Ausência de prequestionamento. Recurso especial.***

1. O Recurso Especial não pode ser manejado para exame de matéria que não tenha sido objeto de exame na instância originária.

2. Ausente o prequestionamento, não se pode considerar violada a lei, já que não houve nenhum pronunciamento a respeito.

3. Recurso conhecido mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas e Assis Toledo. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Flaquer Scartezzini.

Brasília, 15 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: O pedido formulado na ação revisional de aluguel residencial, proposta pelo recorrido, foi julgado procedente na sentença, que arbitrou o novo valor nos termos do indicado na inicial com reajustamentos semestrais, registrando que, 'ausência de contestação implica em aceitação dos valores trazidos na inicial", (fl. 20) e, que as características do imóvel, bem como sua localização, autorizavam o valor apontado pelo autor, pois de conformidade com o correspondente ao de mercado. Registrou, outrossim, que a citação e cientificação dos fiadores ocorreu de forma tempestiva e, que

o réu compareceu à audiência, desacompanhado de seu advogado, aceitando os termos da revelia.

O Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo negou provimento à apelação do locatário, ensejando-lhe a interposição de Recurso Especial fundado em ofensa ao CPC, Art. 260 e divergência jurisprudencial.

Sustenta, em resumo, que o juiz poderia, de ofício, alterar o valor dado à causa em desacordo com a lei, eis que o correto seria o equivalente a uma anuidade do aluguel pretendido, bem como a obrigatoriedade de realização de perícia nas ações revisionais de aluguel, ainda que revel o réu.

Admitido o recurso na origem, apenas pelo fundamento da alínea **c**, com as contra-razões do recorrido, subiram os autos a esta Corte.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, consoante bem anotou o Presidente do Tribunal estadual ao inadmitir o recurso sob o fundamento da alínea **a**, em momento algum se discutiu se correto ou incorreto o valor ofertado à demanda, tendo o Acórdão consignado, que não houve qualquer impugnação por parte do locatário.

Não pode prosperar a pretensão do recorrente, pois a omissão da sentença monocrática não pode ser suprida na segunda instância, à ausência de impugnação ao pedido da inicial e, de embargos declaratórios que provocassem a questão, que acabou não enfrentada pela decisão monocrática, porque disso não cuidou o réu-revel. Consignou o Acórdão:

> "Ausente qualquer impugnação ao pedido, tem-se como inevitável a aplicação da regra do CPC, Art. 319, de sorte que reputam-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor e não contestados pelo réu.
>
> Cuidando-se, como se cuida de matéria de fato e sujeita à confissão ficta, não seria mesmo caso de se nomear perícia para a apuração do valor do locativo, posto que, ausente qualquer impugnação do réu, presume-se tenha concordado com o valor estipulado pelo autor." (fl. 68)

Nesse sentido, expressa o CPC, Art. 261, p. único:

> "Não havendo impugnação, presume-se aceito o valor atribuído à causa na petição inicial."

E, ainda que haja critério legal na espécie, por maioria, a conclusão XI do Simpósio de Curitiba:

> "O juiz não pode alterar de ofício o valor da causa" (RF 252/18).

Por fim, o recurso especial não pode ser manejado para exame de matéria que não tenha sido objeto

de exame na instância originária. Ausente o prequestionamento, não se pode considerar violada a lei, vez que não se deu nenhum pronunciamento a respeito.

Nesse sentido, REsp 3.409 — AL, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 19.11.90:

> *"Recurso especial — Prequestionamento.*
>
> Mesmo as nulidades absolutas não poderão ser examinadas no especial se a matéria pertinente não foi, de qualquer modo, cogitada pelo Acórdão recorrido, excetuando-se apenas aquelas que decorram do próprio julgamento."

No que tange à obrigatoriedade de realização de perícia para chegar-se ao valor do aluguel correspondente ao de mercado, alegando o recorrente que não pode ser pela simples conjectura do juiz, a sentença analisou objetivamente os fatos e provas dos autos, reputou desnecessária a sua feitura, considerando justo o valor apontado na inicial, de resto, não contestado pelo réu que, também, não protestou pela realização de perícia. Pode o juiz, formando o seu convencimento com apoio nos elementos constantes dos autos, a critério seu, dela prescindir ou, ao contrário, exigi-la, mesmo em caso de revelia do réu — RMS 684 — CE, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 25.02.91.

Assim, conheço do recurso pela divergência com julgado do Tribunal do Rio de Janeiro, mas lhe nego provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.439-1 — SP — (92.0032343-0) — Relator: O Sr. Ministro Edson Vidigal. Recte.: Wayner Sanches Gil. Advogados: Maurício José Chiavatta e outro. Recdo.: José Carlos Di Monaco Basile. Advogados: Rubens Leite Pinelli e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento (em 15.12.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Jesus Costa Lima, José Dantas e Assis Toledo. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.556-5 — SP

(Registro nº 92.0032658-7)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Santos*

Recorrido: *Sindicato dos Servidores Estatutários Municipais de Santos*

Advogados: *José Francisco Paccillo e outros, e Hubert Vernon Lencioni Nowill e outros*

EMENTA: ***Administrativo. Sindicato. Unicidade sindical. Base territorial. Categoria profissional. Servidores públicos. Regime jurídico. CLT, arts. 516, 511 e §§ 1º e 2º.***

— Por força dos citados dispositivos legais, não se pode admitir haja categoria diferenciada dentro dos servidores públicos de um mesmo município, máxime quando o suporte dessa diferenciação está no regime jurídico de seus membros.

— Por categoria econômica ou profissional entendeu-se a associação de todos os que detêm "solidariedade de interesses econômicos", empreendem atividades ou profissões similares ou conexas.

— Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, e dar-lhe provimento. Votaram com o relator os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Brasília, 08 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Intentou o "Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Santos" via da presente ação ordinária, anular, em caráter definitivo, a constituição e registro do denominado "Sindicato dos Servidores Estatutários da Administração Pública do Município de Santos".

Na vestibular alegou, para tanto, que a entidade sindical-ré atuaria em idêntica base territorial, empalmando a mesma categoria profissional que legitimamente representa com mais de 80% de associados.

Em tal contexto, sustentou ser inadmissível a constituição do mencionado Sindicato dos Servidores Estatutários, por isso que em franca desarmonia com o que preceitua a norma do art. 516 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Inexitoso o pleito em primeiro grau, cujo argumento sentencial foi no sentido de que o princípio da

unicidade sindical aplica-se tão-somente à mesma categoria profissional, hipótese não configurada nos autos, que cuida de categorias diversas com regime jurídico próprio.

Igualmente improcedente o pedido a nível apelatório, prestigiado que foi o **decisum** pelo Tribunal de Justiça que, em sucinto acórdão, pontificou (fls. 216):

> "... inexiste qualquer vedação legal à criação do Sindicato-réu, sendo que o princípio da unicidade sindical é aplicável somente à mesma categoria profissional e *no caso vertente trata-se de categorias diversas com regime jurídico próprio*" (fls. 166).

O Réu pretende representar a *"categoria dos servidores estatutários"*, que entende não representada pelo Sindicato-autor.

O conceito de categoria nem sempre coincide com o de profissão (*Alcione Niederauer Corrêa*, citando *Octávio Bueno Magano*, em Organização Sindical, publicado no Curso de Direito do Trabalho, coordenado por *Octávio Bueno Magano*, 1985, págs. 475/494, especialmente pág. 483).

Outrossim, "Categoria profissional é o conjunto de atividades trabalhistas, de empregados ou outro tipo de trabalhador. Há categorias trabalhistas de autônomos, agentes e profissionais liberais ..." (**Amauri Mascaro Nascimento**, Direito Sindical, 2ª ed., 1984, pág. 127).

> Na espécie, a categoria dos estatutários está criando sindicato próprio, distinto de um sindicato que abrange várias categorias."

Daí o apelo especial de fls. 280/299, interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Aponta o recorrente como contrariados pelo julgado recorrido os artigos 511, §§ 1º e 2º, e 516 do Diploma Consolidado, porquanto inexiste, ao seu ver, a categoria diferenciada aceita nas instâncias ordinárias. Transcreve escólios doutrinários de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Amaury Mascaro do Nascimento postos no sentido de que não se pode confundir categoria com regime jurídico.

Noutro passo, acentua que a Prefeitura Municipal de Santos promulgou a Lei Complementar nº 21, de 17 de maio de 1991, sagrando o Regime Jurídico Único como sendo o Estatutário, aduzindo que "não restou incompatibilidade com representação sindical do recorrente, que sempre teve em seu quadro de associados, diga-se volume maior de servidores municipais Estatutários, até mesmo em razão da considerável quantidade destes, representando a todos, componentes de uma mesma categoria, qual seja a dos servidores públicos municipais de Santos.

O acontecimento extraordinário *não incompatibilizou por qualquer forma*, força, disposição fática ou ju-

rídica a competência para a representação da categoria dos servidores públicos Municipais de Santos, que sempre, desde sua criação representou e atuou em favor das reivindicações, da mencionada categoria, independente do regime jurídico de seus membros." — fls. 283/284.

Em contra-razões, o Sindicato recorrido diz ser inválido o recurso pelo permissivo da letra **c** porque não se apontou nenhum acórdão de outro tribunal que tenha dado à lei federal interpretação divergente.

No que concerne à letra **a**, aduz o recorrido (fls. 306):

> "... O único dispositivo de lei federal dado como ofendido no recurso seria o art. 516 da CLT ("ofensa à ordem federal art. 516 da CLT"), a rezar que "não será reconhecido mais de um sindicato representativo da *mesma categoria econômica ou profissional*, ou profissão liberal, em uma dada base territorial" (grifo nosso).

Posto em apoio à pretensão recursal, o parecer ministerial, da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Dr. Fávila Ribeiro, encontra-se sintetizado na ementa seguinte (fls. 318):

> "Administrativo. Sindicato. Registro. Desmembramento de categoria profissional. Princípio da unicidade sindical. Diversidade de focos de legitimidade, quando é da natureza desta ser uma e indivisível. Recurso que merece ser provido."

Finalmente, anoto que houve interposição de recurso extraordinário, igualmente admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Pelo permissivo da letra **c**, tal como assinalou o recorrido, o recurso não merece acolhida, por isso que não apontou o recorrente qualquer julgado divergente à tese esposada pelo acórdão impugnado.

Todavia, presentes os pressupostos da alínea **a**, dele conheço e passo ao seu exame.

A sentença, acolhida **in totum** pelo acórdão recorrido, entendeu inaplicável à espécie o art. 516 da CLT, argumentando (fls. 166):

> "Assim, inexiste qualquer vedação legal à criação do sindicato-réu, sendo que o princípio da unicidade sindical é aplicável somente à mesma categoria profissional e no caso vertente trata-se de categorias diversas com regime jurídico próprio."

Pelo tópico transcrito, imperioso se faz definir o que seja regime jurídico e categoria profissional.

Preceitua o art. 516 da Consolidação das Leis do Trabalho que "não será reconhecido mais de um sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional,

ou profissão liberal, em uma dada base territorial", dispondo o de nº 511, do mesmo *Codex*, que "é lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas", e o seu parágrafo primeiro, que "a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica"; já o parágrafo 2º assinala que "a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional".

Dessume-se daí que por categoria profissional deva-se entender o exercício na mesma atividade econômica, similares ou conexas; o trabalho em comum. Conseqüentemente, *regime jurídico diverso*, em face do que preceituam as normas sobreditas, em nada influencia na conceituação de *categoria profissional*.

A propósito, dissertam os recorrentes, **verbis** (fls. 290/292):

> "... A pronúncia pretoriana de grau inferior a respeito enfatiza tratarem-se de categorias diversas com regime jurídico próprio os servidores públicos municipais.
>
> Resta notório o equívoco, na simples observação que se faz na lição do mestre *Celso Antonio Bandeira de Melo* em sua obra *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta* — Ed. RT — 1990, pg. 32:
>
> > "A expressão servidor público, na Constituição, é designativo genérico de cargo ou emprego, estão vinculados por relação de caráter profissional à administração direta, indireta ou fundacional em quaisquer dos Poderes ou órbitas de governo. Não é, pois, denominação restrita aos agentes titulares de cargos ou apenas dos que estejam ligados a entidade de direito público".
>
> Em seqüência e de modo a conformar a lição do mestre *Celso Antonio Bandeira de Melo*, encontra-se disposição expressa no Estatuto Obreiro em seu art. 511, parágrafo 2º a definição de categoria profissional:
>
> "art. 511 — parágrafo 2º — A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a *expressão social elementar* compreendida como categoria profissional."

E é o que ocorre com os servidores públicos, por exercerem atividades voltadas para a prestação de serviços públicos, o que os *unifica*; *diferindo* fundamentalmente dos demais trabalhadores cujos serviços têm como objetivo alcançar a finalidade lucrativa que caracteriza o empreendimento empresarial.

Assim se presta ao enquadramento como categoria profissional na forma da disposição consolidada como *única*, resultante a finalidade da atividade estatal que é a prestação de serviços públicos; o que vem a refletir a *"expressão social elementar"*, que faz aglutinar os servidores públicos em Categoria Única".

.....

"... Além das categorias decorrentes do empregador, encontram previsão legal o "gestor de negócios, existem mais as categorias diferenciadas (art. 511, parágrafo 3º da CLT), os profissionais liberais, tendo estes a possibilidade de opção (art. 585 da CLT), *inexistindo*, portanto, *qualquer definição de categoria* quanto ao regime jurídico que determine a forma de contratação. Logo, os servidores públicos, exercendo funções para o mesmo "gestor de negócios", a Prefeitura Municipal de Santos, constituem uma *única e indivisível categoria profissional.*" — fls. 294.

.....

"... Dessa forma o vínculo associativo entre empregados é "a similitude de condições oriunda da profissão ou trabalho comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas *compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional* (art. 511, parágrafo 2º da CLT).

Tal similitude é que compõe a "expressão social elementar compreendida como *categoria profissional*.

A categoria representa uma coletividade de interesses unitários com uma particular fisionomia, no caso a *prestação de serviço público*.

Na dicção do mestre **Amauri Mascaro do Nascimento** temos a lição de que:

> "A representação dos sindicatos está vinculada às respectivas categorias. O Sindicato é, assim, o representante de uma categoria. É um sindicato de categoria. Categoria Profissional é a série não limitada de indivíduos que, por força de sua posição no quadro de atividades produtiva e do território em que opera tem comuns a denominação de interesses da categoria (**Jaeger**). É o agrupamento de todos aqueles que têm de modo estável e contínuo a mesma função de um ciclo de produção dado (**Sjorza**). É uma coletividade de indivíduos que realizam uma determinada função igual no processo de produção e que se reú-

nem em vista da tutela dos interesses comuns derivados de tal função (**Olivetti**). A categoria é "um vínculo social básico". Agrupa atividades ou profissões. Profissão é o lado trabalhista e atividade é o lado empresarial (Direito Sindical, Ed. Saraiva, 1989, pg. 234)" — fls. 296/297.

Tenha-se, ademais, que a própria Municipalidade promulgou Lei Complementar, conforme assinalei alhures, criando o regime jurídico único para os servidores públicos do Município de Santos. Assim, se antes, por força da distinção existente entre categoria profissional e regime jurídico, não se podia admitir, **ex vi legis**, a criação de outro sindicato na mesma base territorial, agora, com maior razão, eis que o regime é único, o que torna inconsistente o único fundamento do acórdão, aliás distanciado do conceito de categoria profissional.

Aqui valem transcritos os tópicos seguintes do parecer ministerial (fls. 319/320):

"No concernente ao mérito razão assiste ao recorrente. Com efeito, há uma hierarquia normativa no âmbito das entidades associativas, aparecendo em culminante posição o seu Estatuto, que guarda assemelhação, respeitadas as proporções, com o princípio da supremacia constitucional.

Estão fincadas na Constituição da República essas franquias, especificamente, no art. 5º, XVII e XVIII, em relação às associações civis em geral, e no art. 8º, com referência às associações profissionais ou sindicais e os partidos políticos, **caput** do art. 17.

Não se contestou a condição de sindicato representante dos servidores municipais de Santos, ele assim foi reconhecido, sinal evidente que preexistiram as condições legais, que merecem permanecer, em razão do elevado porte de representatividade a que escuda, porquanto representa os servidores públicos municipais em sua totalidade, seja qual for o regime jurídico.

Ademais com o advento da Lei Complementar nº 21, de 17 de maio de 1991, da Municipalidade, atendendo ao comando insculpido no art. 39 da Carta Magna, dispondo sobre a instituição do Regime Jurídico Único para os servidores públicos do município de Santos, unificou todos os servidores no regime estatutário.

Não podem ser desancados aspectos substanciais que defluem dos artigos 516 e 517 da CLT, pois não se trata de franquias que se defendem, mas de invalidades que se impõem evitadas.

Adota-se o princípio da unidade da associação sindical, para não se tornar foco de prejudicial divisionismo."

Do exposto, tenho por vulnerado o artigo 516 do Estatuto Obreiro

que não permite, em nome do princípio da unicidade sindical, a existência de outro sindicato que represente a mesma categoria econômica ou profissional na mesma base territorial.

Em conclusão, acolhido também o parecer, dou provimento ao recurso em ordem a julgar procedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.556-5 — SP — (92.0032658-7) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Santos. Advogados: José Francisco Paccillo e outros. Recdo.: Sindicato dos Servidores Estatutários Municipais de Santos. Advogados: Hubert Vernon Lencioni Nowill e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 08.06.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.629-6 — SP

(Registro nº 92.0032905-5)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Rocha*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Pedro Sinelli Neto e outro*

Advogados: *Drs. Amélia Nobuko Kasai e outros, e Maria Odete Duque Bertasi e outros*

EMENTA: ***Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Despacho ordenatório da citação. Efeitos. Lei nº 6.830/80, art. 8º, § 2º, C.P.C., art. 219, § 4º. Interpretação sistemática. Citação por edital. Inocorrência.***

— Em sede de execução fiscal, a mera prolação do despacho ordenatório da citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º da Lei nº 6.830/80 em combinação com o art. 219, § 4º, do Código de Processo Civil.

— Não há que se falar em violação ao art. 8º, inciso III, da Lei nº 6.830/80, visto que não houve citação por edital nos presentes autos.

— Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Garcia Vieira, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Pereira.

Brasília, 02 de junho de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro CESAR ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Trata-se de execução fiscal ajuizada pela *Fazenda do Estado de São Paulo* contra *Cienlab Comércio de Materiais para Laboratórios Ltda.*, na qual o Estado cobra-lhe ICM, juros e multa moratória de 30%, relativo a imposto declarado e não pago ao final do mês de agosto de 1984.

O juízo de primeiro grau apreciando os embargos à execução reconheceu a prescrição da ação, nos termos do art. 269, inciso IV, visto que decorrido "*mais de cinco anos entre a constituição definitiva do crédito e a citação pessoal feita aos embargantes*", condenando a Fazenda em custas e verba de patrocínio.

A Décima Nona Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apreciando recurso oficial e voluntário, por votação unânime, negou provimento a ambos os recursos, com a seguinte fundamentação:

> "Não há dúvida de que o despacho inicial de fls. 2, lançado a 29.3.85, nos termos do art. 8º, § 2º, do Código de Processo Civil, teria interrompido a prescrição, que vinha fluindo a partir da inscrição do débito: 14.12.84 (art. 174, **caput**, do Código Tributário Nacional), desde que, efetivamente, preenchidos os pressupostos dos §§ 2º e 3º do Estatuto Processual Civil invocado. Desgraçadamente, porém, quando já decorridos quase três anos, cuidou a parte de requerer a citação **in faciem** (fls. 11), ciente da não concretização da medida, escoados quase quatro anos e meio do aforamento da causa, revelou o Fisco o endereço dos ora apelados, vindo citação efetuar-se a 11.9.90 (fls. 31 vº), ou seja, cerca de seis anos após inscrita a dívida, o que implica em inescondível reconhecimento da prescrição." (fls. 100/101).

Irresignada, a Fazenda do Estado de São Paulo, com base nas alíneas **a** e **c**, inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial, alegando negativa de vigência ao art. 8º, inciso III e § 2º, da Lei nº 6.830/80, além de divergir da jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Sustenta a recorrente que a afirmativa do acórdão atacado de que somente a citação dos sócios interromperia a prescrição fere os citados dispositivos legais. É que procedida a citação por edital, nos termos do artigo 8º, inciso III, e além disso a prescrição já havia sido interrompida por ocasião do despacho do juiz, às fls. 2, que ordenou a citação da executada, conforme o expresso no § 2º do artigo 8º da Lei nº 6.830/80 (fls. 103/107).

Nas contra-razões, os recorridos sustentam que atualmente o STJ e o STF entendem *"que para evitar a prescrição, o exeqüente deve tomar as providências previstas no art. 174 do Código Tributário Nacional, que não se encontram derrogadas pelas normas constantes da Lei nº 6.830 de 1980"*. Pugna, finalmente, pela manutenção do aresto recorrido (fls. 114/121).

Admitido o presente recurso por despacho de fls. 123/124, ascenderam os autos a este Tribunal.

Dispensei a manifestação da ilustre Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): A questão emoldurada no presente recurso envolve a seguinte indagação exegética: em sede de execução fiscal, o mero despacho ordenatório da citação do executado interrompe a prescrição, como previsto no art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, ou tal efeito somente se concretiza com a adoção das providências inscritas nos §§ 2º e 3º do art. 219, do CPC, consoante estabelecido no § 4º do mesmo artigo?

Tenho que a mera prolação do despacho ordenatório na citação não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição. É que a norma do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, há de ser concebida por via de interpretação sistemática, em combinação com o art. 219, § 4º, do C.P.C.

Assim, após o despacho que determina a citação do executado, há de serem adotadas pelo exeqüente as providências mencionadas nos parágrafos 2º e 3º do art. 219, que dispõe sobre a incumbência da parte de promover a citação do réu, sob pena de não se ter como interrompida a prescrição, **ex vi** do § 4º do art. 219, do Estatuto Processual Civil.

Neste sentido, já decidiu este egrégio Tribunal, quando do julgamento dos REsps nºs 4.033-0-RJ e 2.321-0 RJ, assim ementados:

"Direito Tributário. Crédito alcançado pela prescrição qüinqüenal. Pretendido efeito interruptivo do despacho ordinatório da citação. Art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80.

— A norma acima mencionada há de ser interpretada em combinações com o art. 219, § 4º, do C.P.C., seja, no sentido de que 'não se efetuando a citação nos

prazos mencionados nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição'.

Entendimento contrário tornaria supérflua a citação editalícia prevista no inciso IV, do referido art. 8º, sabidamente destinada às hipóteses de devedor com paradeiro ignorado e sem bens conhecidos, susceptíveis de aresto.

Recurso não conhecido". (Relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, DJ de 05.11.1990).

"Execução fiscal. Crédito alcançado pela prescrição qüinqüenal. Pretendido efeito interruptivo do despacho que ordenou a citação. Artigo 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80.

— A norma acima mencionada deve ser interpretada em combinação com o art. 219, § 4º do C.P.C., ou seja, no sentido de que 'não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

— Recurso desprovido." (Relator o eminente Ministro José de Jesus Filho, DJ de 28.10.91).

As decisões acima transcritas encasam se com absoluta pertinência às hipóteses **sub examen**, impondo-se, de conseqüência, a mesma solução.

No tocante à alegação de que a prescrição foi interrompida pela citação editalícia, é de se asseverar que, na presente hipótese, não houve citação por edital. Há, nos autos, apenas cópia de um edital citatório relativo a outro processo de execução, que foi anistiado. E tanto não ocorreu citação por edital que sobre o tema não houve pronunciamento nos julgados de primeiro e segundo graus, bem como não foram opostos embargos declaratórios.

Assim, não há que se falar em violação ao art. 8º, inciso III, Lei nº 6.830/80.

Frente ao exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

É o voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Presidente): Nos termos da Súmula nº 78 do Tribunal Federal de Recursos:

> "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição."

Para que houvesse ocorrido a prescrição, era preciso que ficasse comprovado que o autor tivesse dado causa à paralisação do processo, e que a citação não tivesse sido efetivada por culpa dele. Verifica-se que após o despacho inicial, determinando a citação, a credora requereu várias providências (fls. 23/26), inclusive requerendo a citação dos sócios da devedora, tendo este pedi-

do sido deferido (fls. 28). Procedida a penhora (fls. 32/33), os sócios, devidamente citados, apresentaram embargos (fls. 35/56). Após apresentados os embargos, o julgador singular proferiu o seguinte despacho: Processem-se os embargos com suspensão da execução. A embargada para impugnação no prazo legal (fls. 61). A Fazenda do Estado impugnou os embargos (fls. 62/69). Os executados arguíram a prescrição (fls. 76/78).

Tendo esta sido reconhecida pelo julgador monocrático (sentença de fls. 80/82), mas o fez sob o fundamento de que a prescrição se consumou porque teriam decorrido mais de 5 anos entre a constituição definitiva do crédito e a citação. Como se verifica, a credora não teve nenhuma culpa pela não citação dos devedores dentro do prazo de 5 anos, que não chegou a se consumar porque foi interrompida pelo despacho inicial da execução, e também não houve prescrição intercorrente. Por isso, nos termos da citada Súmula 78 do TFR, entendo que a prescrição não se consumou.

Peço vênia ao Eminente Ministro-Relator para dele divergir e dar provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhor Presidente, peço vênia a V. Exª para acompanhar o Senhor Ministro-Relator. É certo que o § 2º do artigo 8º da Lei nº 6.830, de 22.09.80, Lei de Executivos Fiscais, estabelece que o despacho do Juiz que ordenar a citação interrompe a prescrição, mas o artigo 1º dessa mesma lei dispõe que os executivos fiscais referentes à cobrança de ativos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias serão regidos por essa lei e subsidiariamente pelo Código de Processo Civil. Apesar de o artigo 8º não repetir o § 4º do artigo 219, a jurisprudência se pacificou no sentido de que a prescrição é interrompida, não pelo despacho, mas pela efetivação da própria citação. **Theotônio Negrão**, em seu Código de Processo Civil e Legislação Processual, página 804, anotação ao artigo 8º, sob o nº 19, diz o seguinte (lê):

"Mas esta deve ser realizada de

.....

..... nº 88, páginas 204".

Adotando como razão de decidir essa jurisprudência e a douta fundamentação do voto do Senhor Ministro-Relator, entendo que a prescrição se consumou, nos termos da legislação vigente.

É como voto.

VOTO

O SR.MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, no recurso especial há a alegação de que o art. 8º, inciso III, § 2º da Lei 6.830, de 1980, foi violado. Não se discutiu na instância ordinária a imputação ou não de culpa a

qualquer uma das partes. A Súmula nº 78 do Tribunal Federal de Recursos não teria aplicação à hipótese. Naquele Tribunal era possível se formular Súmula em tema de pesquisa de culpa. Aqui, instância especial, nos é vedado fazê-lo, porque a nossa pesquisa há que se exaurir no âmbito da ofensa ou não à legislação federal.

Por isso, peço vênia para acompanhar o Eminente Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.629-6 — SP — (92.0032905-5) — Relator: O Sr. Ministro Cesar Rocha. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Amélia Nobuko Kasai e outros. Recdos.: Pedro Sinelli Neto e outro. Advogados: Maria Odete Duque Bertasi e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira, negou provimento ao recurso (em 02.06.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.594-7 — MG

(Registro nº 93.0001878-7)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrido: *Antonio Chame*

Advogados: *Afonso de Araujo Campos e outros, e Fernando Claudio de O. Borelli e outros*

EMENTA: *Plano Collor.* Cédula de crédito rural. Correção monetária. Índice.

Para a atualização dos débitos de cédulas rurais emitidas antes de 15 de março de 1990, vinculados à remuneração da caderneta de poupança, deve ser aplicado o mesmo índice de atualização dos saldos em cruzados transferidos ao Banco Central (BTNF). Lei 8.024/90 e Comunicado 2.067/90, do BACEN.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, em 07 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Antonio Chame ingressou com ação de consignação em pagamento contra o Banco do Brasil S/A, sustentando que o débito assumido em 27.11.89, através de cédula rural pignoratícia, deve ser atualizado com base no índice do BTNF, a partir da 2ª quinzena do mês de março de 1990, no percentual de 41,28%, e não pelo IPC (84,32%). Depois de citado na ação de consignação, o Banco do Brasil promoveu a execução do título, à qual foram opostos embargos pelo devedor. Julgada procedente a consignatória e extintos os embargos do devedor, apelou o Banco do Brasil.

O eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, por sua 3ª Câmara Civil, em votação unânime, afastou as preliminares e negou provimento ao apelo.

Rejeitados sucessivos embargos de declaração, interpôs o sucumbente recurso especial, pela alínea a do permissivo constitucional, sob a alegação de contrariedade ao art. 6º, § 1º da LICC e negativa de vigência ao Comunicado 2.067/90 do BACEN. Diz, em síntese, que o v. acórdão recorrido contrariou as normas legais supracitadas ao determinar a atualização do débito, pelo índice do BTNF (41,28%), para o período 27.3 a 27.4.1990, quando aplicável o IPC (84,32%), uma vez pactuada a atualização do financiamento rural com base no rendimento da caderneta de poupança. Houve ofensa à liberdade de contratar e infringência ao princípio da intangibilidade do conteúdo substancial do contrato.

O apelo especial foi admitido pela il. Presidência do pretório de origem, subindo os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): A Lei 8.024, de 12 de abril de 1990, que aprovou a Medida Provisória nº 168, de 15 de março do mesmo ano, implantando o chamado "Plano Collor", determinou que os saldos em cruzados das cadernetas de poupança, superiores ao limite de NCz$ 50.000,00, fossem transferidos ao Banco Central do Brasil (artigo 6º, **caput**, e

artigo 9º), com devolução prevista para iniciar em 16 de setembro de 1991, em doze parcelas mensais iguais e sucessivas (art. 6º, § 1º).

Para a atualização desses saldos transferidos ao Banco Central, a regra está no § 2º do artigo 6º; entre a data do próximo crédito de rendimentos, isto é, a partir do primeiro "aniversário" da conta após 15 de março, até a devolução integral dos saldos, a correção seria feita pela variação do BTN Fiscal. Para as contas cujo trintídio se iniciara antes de 15 de março, com primeiro aniversário depois do Plano até 15 de abril, a atualização seria feita, nesse período, de acordo com a legislação vigente até 15 de março, isto é, aplicando-se o IPC.

Assim, a poupança efetuada antes de 15 de março de 1990, que servira ao Banco como fonte de recursos para os financiamentos agrícolas contratados até essa data, passou a ser atualizada pela variação do BTNF.

É certo que o Comunicado nº 2.067, do Banco Central, de 30 de março de 1990 (DO 02/04/90, p. 6.431), determinou o uso dos índices de Preços ao Consumidor (IPC) para a atualização dos saldos, mas dos saldos em cruzeiros, isto é, apenas das quantias até Cr$ 50.000,00, cuja conversão já ocorrera ou que iria ocorrer até 15 de abril, isto é, até a "data do próximo crédito de rendimento", e das contas novas em cruzeiros. As contas já existentes, com saldos além de NCz$ 50.000,00, bloqueadas junto ao Banco Central, não estão compreendidas no Comunicado, referido apenas aos saldos em cruzeiros. Daí se conclui que a correção mensal pelo índice de 0,84 (IPC), para o trintídio iniciado depois de 15 de março, apenas se aplica aos saldos em cruzeiros, e assim mesmo com exclusão daquelas contas abertas no período de 19 a 28 de março, na forma da Circular nº 1.606, de 19 de março, para as quais se aplicou a mesma variação do BTNF, para o mês de abril.

Adotou-se, pois, sistema misto na correção dos saldos das cadernetas de poupança: para os saldos em cruzados, a correção pelo BTNF; para os depósitos em cruzeiros, pelo IPC, na forma do Comunicado 2.067/90. Não me parece correta a adoção de dois critérios para a atualização de quantias que tiveram na poupança popular a mesma origem, em detrimento dos titulares das cadernetas de poupança cujos saldos ficaram bloqueados, às quais foi destinada uma atualização muito inferior ao índice real da inflação. Mas aqui não se cuida de estabelecer a aceitação ou não das adotadas na legislação e nos atos administrativos emanados do Banco Central; trata-se apenas de verificar quais os padrões diretivos que orientaram o Banco na escrituração dos valores das cadernetas de poupança que continuaram em cruzados, junto ao Banco Central.

O Banco do Brasil não alega, e menos ainda demonstra tenha feito a atualização da poupança em cru-

zados mediante a aplicação do índice de 84,32%. Como os recursos utilizados para a concessão do financiamento ao autor da ação de consignação e ora recorrido, relativo ao contrário objeto da ação, firmado em 27 de novembro de 1989, são oriundos de cadernetas de poupança então existentes e cujos saldos passaram a ser remunerados pelo BTNF (tirante a parcela limite de Cr$ 50.000,00), não vejo razão no seu pleito de aplicar ao referido contrato o índice de correção de 84,32% (IPC), recusando o pagamento proposto pelo financiado, autor da ação, que calculou a atualização do seu débito para o período de 27 de março a 27 de abril (fl. 10), com o acréscimo de 41,28%.

O correto seria aplicar o percentual correspondente à inflação efetivamente verificada, tanto para a caderneta de poupança, como para os financiamentos e os preços agrícolas. Quando a prática bancária, no entanto, evidencia que os saldos em cruzados, fonte do financiamento, foram atualizados pelo BTNF, como está na lei e nas normas do BACEN, constituiria enriquecimento indevido do banco cobrar do financiado, com o qual mantinha contrato vinculado à remuneração das cadernetas de poupança, um percentual maior daquele considerado para corrigir os saldos das cadernetas.

O v. acórdão recorrido pôs a questão em seus devidos termos:

> "Se as cadernetas de poupança tiveram seus rendimentos calculados com base no BTN de março de 1990, não há como evitar que também a dívida seja atualizada com base no BTN, mesmo critério utilizado para as cadernetas de poupança, segundo a cláusula do contrato, que deve prevalecer, mesmo porque, quando o financiamento foi liberado, se tomou como correspondência 46.202.96 unidades de BTN".

O banco recorrente insiste na sua tese de que os saldos transferidos ao Banco Central e ali bloqueados não constituíam mais cadernetas de poupança. Mas isso corresponde à realidade, porque assim eles continuaram definidos na lei e nos atos normativos, e como tal foram mais tarde restituídos aos seus titulares. A diferença fundamental, que não interessa para o caso, está em que se tornaram indisponíveis para os poupadores, e disponíveis para os bancos, na forma do artigo 17 da Lei 8.024/90.

Desvinculando o critério de atualização do financiamento agrícola daquele adotado para as cadernetas de poupança cujos saldos permaneceram em cruzados e transferidos ao Banco Central, o recorrente quer descumprir o contrato que estabelecia a vinculação. Logo, o julgamento que mantém aquela paridade não viola o disposto no artigo 6º da Lei de Introdução do Código Civil. Do mesmo modo, não desatende ao Comunicado nº 2.067/90, do Bacen, apenas referido aos saldos em cruzeiros; de qualquer forma, este é do-

cumento que não serve de padrão legislativo a ensejar o recurso especial.

Isto posto, não conheço.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.594-7 — MG — (93.0001878-7) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Afonso de Araujo Campos e outros. Recdo.: Antonio Chame. Advogados: Fernando Claudio de O. Borelli e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 07.06.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 32.258-7 — RJ

(Registro nº 93.0003703-0)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Estado do Rio de Janeiro*

Recorridos: *Nabor Ferreira Pacheco e outros*

Advogados: *Drs. Lúcia Lea Guimarães Tavares e outro, e Francisco Antônio Chagas*

EMENTA: ***Administrativo e Processo Civil. Intervenção do Estado em sociedade de economia mista. Responsabilidade do Estado pelos danos causados pelo interventor a terceiros. Sentença ilíquida transformada em líquida em apelação. Extrapolação ao princípio*** tantum devolutum quantum apellatum.

O interventor age em nome de quem o nomeou, sendo uma longa manus **do ente estatal que representa, por isso mesmo que é este quem responde pelas conseqüências do ato que aquele pratica com abuso de poder ou desvio de finalidade.**

O princípio tantum devolutum quantum apellatum **não pode ser aceito a ponto de que se permita a supressão de instância.**

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sendo que os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros mantiveram as cominações fixadas na decisão recorrida, inclusive a condenação de honorários advocatícios. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Brasília, 04 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Na exposição da causa, adoto o relatório do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Getúlio Rivera Velasco Catanhede, exarado às fls. 4.242/4.250 dos autos do agravo de instrumento aqui apenso, a saber:

> "Nabor Ferreira Pacheco e outros eram fornecedores de mercadorias à COCEA, sociedade de economia mista, quando, a partir de abril de 1983, no governo Brizola, foram suspensos os pagamentos contratuais a que tinham direito, em razão de intervenção decretada pelo Estado do Rio de Janeiro nessa empresa, por denúncia de irregularidades.
>
> Embora tenham recebido os seus créditos através de ações judiciais, alegam que, em razão da campanha publicitária infamante de que foram vítimas, da instauração de inquéritos policiais, bem como da devassa fiscal na escrituração dos livros contábeis, ficaram impossibilitados de participar de concorrências públicas, vindo a ter, em razão desses fatos, prejuízos materiais e morais, nos seus negócios, daí terem proposto ação contra o Estado do Rio de Janeiro, pleiteando indenização por danos emergentes, morais e lucros cessantes, obtendo sentença favorável.
>
> O Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, provendo parcialmente apelação dos autores, reformou a sentença, fixando o **quantum** indenizatório no próprio processo de conhecimento, contrariamente ao determinado na sentença, que remeteu, para a fase executória, a apuração dos danos emergentes e lucros cessantes, mediante novo laudo pericial. Também, deu provimento parcial à apelação do Estado, mantendo apenas a indenização por dano moral quanto ao primeiro autor, na importância de 100 salários mínimos."

Inconformado com esse r. **decisum**, o Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso especial, alegando violação aos arts. 20, § 4º, 459, parágrafo único, e 515 do CPC; 1.059, do Código Civil; e 5º, III, do Decreto-Lei nº 200/67, bem como dissídio jurisprudencial.

O indicado parecerista, ainda anotou:

"No especial, o recorrente apresenta as seguintes alegações:

1) após uma série infindável de demandas judiciais entre as partes, a COCEA, para pôr fim às lides, transacionou quanto aos valores devidos;

2) apesar desse acordo, intentaram a presente ação indenizatória, visando vultuosa indenização, julgada procedente;

3) ao confirmar a condenação, e estabelecer logo, com provimento parcial da apelação, o **quantum** indenizatório no processo de conhecimento, quando deveria ser, conforme determinado na sentença, na liquidação, o acórdão recorrido violou o art. 459, p. único do CPC;

4) o acórdão recorrido, ao basear-se no laudo pericial, deu uma extensão indevida aos eventuais danos e lucros cessantes, de modo a dissentir do art. 1.059, p. único, do Cód. Civil, que prevê auferimentos desses lucros, porém, de modo razoável, (além do permitido pelo art. 515 do CPC);

5) isso, porque o laudo pericial é gritantemente falho, ao adotar critérios excessivamente generosos aos interesses dos agravados, inflacionando a indenização, quando utiliza como indexação da então ORTN a média anual, e não o índice de mês a mês, além de basear-se em documentos unilateralmente apresentados pelos autores.

6) somente a empresa Ferreira Vilarinho Ltda. teve cassado o seu certificado de registro de habilitação para licitar, não acontecendo isto em relação às outras empresas demandantes, que não ficaram impedidas de participar de licitações públicas, daí não se poder imputar prejuízos por essa causa;

7) além das empresas não terem ficado inabilitadas para licitar, é certo, ainda, que se tivessem participado de qualquer certame, não há garantia de que seriam vencedoras, sendo, em conseqüência, falho, irreal, projetar danos ou lucros cessantes em decorrência disso, — o que significa dizer que falta nexo de causalidade entre as supostas condutas ilícitas atribuídas aos agentes públicos e os alegados prejuízos;

8) sendo, em conseqüência, um laudo absurdamente falho, é, também, uma prova não válida, para efeito de fixação da indenização pleiteada;

9) o que se argúi, portanto, no especial, nesse aspecto, é apenas a valoração da prova pericial, e não o seu reexame;

10) no tocante à violação do art. 5º, III, do Decreto-lei nº 200/67, com a redação do Decreto-lei nº 900/69, — a COCEA é sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, com patrimônio e gestão próprios, responsável pelos seus atos obrigacionais, tanto os contratuais quanto os decorrentes de atos ilícitos, mesmo sob intervenção estatal, não podendo, em conseqüência, ser responsabilizado o Estado pelos atos do interventor que nomeou, relativamente à sustação do pagamento dos créditos contratuais devidos, até a verificação de sua regularidade jurídica;

11) essa tentativa — de responsabilizar o Estado pelos atos do dirigente interventor — já foi apreciada pelo Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, que julgou ser responsável por ato causador de dano não o Estado que nomeou o interventor, mas a pessoa jurídica onde ele atuou;

12) o Estado não pode ser responsabilizado por instauração de inquéritos policiais, que não puderam instruir ações penais, por falta de provas, eis que se trata de exercício regular de um direito, conforme demonstrado em arestos de vários Tribunais.

13) assim, em razão de ser uma sociedade de economia mista e de não ser responsável por atos de persecução penal, é parte ilegítima no feito;

14) a fixação dos honorários em 15% viola o art. 20, § 4º, que prescreve fixação dessa verba profissional, em quantia razoável.

O recurso especial foi denegado, sob o argumento de que o recorrente pretende examinar o mérito, o que não é admitido nessa instância recursal, e sob o fundamento de que foi dado à lei razoável interpretação de direito.

Contra esse despacho, é interposto agravo de instrumento, no qual são apresentadas as mesmas razões veiculadas no especial, aduzindo, ainda, o agravante que, na realidade, o que se pretende é a valoração da prova e não o seu exame. Além do mais, não se pode ter como razoável, sob fundamento de evitar o conhecimento do recurso especial, uma decisão que condene uma unidade da federação — o Estado do Rio de Janeiro — a pagar uma indenização bilionária de 800 milhões de dólares."

Dei provimento ao agravo, para melhor exame, tendo o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Fávila Ribeiro, opinado pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Examino, por primeiro, a questão referente à ilegitimidade passiva do Esta-

do alegada pelo recorrente à consideração de que uma sociedade de economia mista, sendo pessoa jurídica de direito privado, desfruta de autonomia não tendo sobre ela o Estado nenhuma responsabilidade.

Correta a afirmação do recorrente.

Acontece, todavia, que, no caso, a responsabilidade exigida do Estado não decorre do fato de a COCEA ser ou ter sido uma sociedade de economia mista, senão que ela estivera sob regime de intervenção, decorrente de decreto governamental, quando ocorreram os fatos reclamados.

A propósito desse tópico, extraio os seguintes excertos do r. aresto hostilizado, a saber:

> "De sabença curial, a Administração Indireta compõe-se de pessoas jurídicas de direito privado — empresas públicas e companhias de economia mista —, genericamente intituladas entidades paraestatais e dotadas essencialmente, de autonomia patrimonial, administrativa e financeira.
>
> A autonomia administrativa da entidade paraestatal é a capacidade que lhe assiste de agir livremente, dentro dos limites traçados pelos estatutos ou pela carta constitutiva, em busca da realização dos seus objetivos. É justamente em razão dessa autonomia que ela exerce direitos e contrai obrigações em nome próprio, e responde por seus atos perante terceiros.

Corolário indiscutível da autonomia administrativa e financeira, exige-se que o ente da administração indireta não seja colocado sob a autoridade hierárquica de órgãos ou agentes do Estado, apenas estando passível, sem subordinação gerencial, à supervisão do Ministério ou Secretaria a que se encontre vinculada.

A intervenção é, indubitavelmente, um ato administrativo que tem por efeito precípuo a incursão do ente interventor nos negócios e no próprio gerenciamento da entidade que a suporta, assumindo ele, através de delegado seu, temporária e excepcionalmente, o desempenho das atribuições afetas à última.

Por conseguinte, a intervenção é a antítese da autonomia, posto configurar, indisfarçadamente, uma inversão na esfera de competência ou atribuição reservada à outra entidade, afastando ou suprimindo a autonomia desta, para que aí passe a imperar a vontade exclusiva do ente interventor.

O Estado mesmo admite isso, quando afirma "ter designado um funcionário seu *para gerir a empresa* (COCEA), na qualidade de interventor".

Forçoso admitir-se, ao clarão desses princípios, que o interventor é um "estranho no ninho". Age em nome e por conta do ente que o nomeou; é um agente ou representante seu, sua **longa**

manus. Logo, se pratica algum ato com abuso de poder ou desvio de finalidade, responde pelas suas conseqüências o ente estatal que decretou a intervenção, e não aquele que a suporta, tanto que este, privado de toda autonomia administrativa, não pode ser responsabilizado por atos que não exprimem a sua vontade social, nem decorrem de sua liberdade de gestão.

Em suma, sem autonomia, sem alvitre para agir livremente, não se pode, absolutamente, falar em responsabilidade da entidade sob intervenção, pena de consagrar-se a iniqüidade de conferir-se à entidade interventora carta branca para cometer todos os excessos, um *bill of indenity* para todos os abusos, ao arrepio da norma constitucional que rege a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros por agentes públicos.

In casu, a tese do Estado torna-se ainda mais insustentável porque o interventor da COCEA, Sr. Antônio Carlos Pereira Pinto, era também Secretário de Estado e não se afastou do cargo, isto é, cumulou as duas funções durante o período da intervenção. Significa, portanto, que o Estado, através de um Secretário de Governo, assumiu direta e pessoalmente a direção da COCEA e, conseqüentemente, tornou-se responsável por todos os atos que o interventor no exercício de suas atividades e no período de sua gestão, praticou com abuso de poder ou desvio de finalidade, prejudicando a terceiros.

A jurisprudência da Suprema Corte já se posicionou a respeito do tema e por inúmeras ocasiões vem assentando que tais atos, quando lesivos a outrem, são da responsabilidade do ente que determinou a intervenção, escolheu o interventor e não deitou vigilância em seus passos, para de logo substituí-lo aos primeiros abusos cometidos (Revista do STF, vol. 60, pág. 29; Revista Forense, vol. 47, pág. 663, e vol. 59, pág. 401; Revista de Crítica Judiciária, vol. 17, pág. 261).

Aguiar Dias **in** *Da Responsabilidade Civil*, Forense, 7ª ed., vol. 2, pág. 666, nº 207, assevera que o interventor sempre foi considerado um delegado do governo e qualquer que seja a incumbência recebida, desempenha-a em nome e por autoridade desse governo. E, em face de acórdão do STF, publicado na Revista de Direito, vol. 94, pág. 199, enfatiza que "os abusos da intervenção devem ser amplamente reparados".

Outro relevante aspecto a merecer destaque está em que os atos narrados na inicial e apontados pelos Autores como lesivos aos seus direitos, não foram todos praticados pelo interventor, nem mesmo em sua maioria.

Assim, não foi o interventor, mas, sim, o próprio Chefe do Executivo, que, ao editar o Dec. 6.656/83, sus-

tou todos os pagamentos devidos pela COCEA. Não foi o interventor, igualmente, que requisitou e extraviou todos os seus livros comerciais; que cassou o seu certificado de registro para habilitação de fornecedor; que negou autorização para emissão de talonários de notas fiscais, etc.

Destarte, ainda que não existissem as causas a princípio examinadas, ainda fossem desconsiderados os atos do interventor, não caberia excluir o Estado da relação processual em foco.

Seja qual for o ângulo de exame da questão como se acabou de ver, não há o menor amparo jurídico para a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado. Daí a sua rejeição." (fls. 3.384/3.388).

Assinalo que os julgados trazidos à colação, referentes a esse ponto do recurso, não guardam a menor similitude com o agasalhado na causa em exame, não servindo sequer como fonte inspiradora para formação de juízo para deslinde da pendenga em tablado.

Adotando essas razões, tenho como legítimo o Estado figurar no pólo passivo da demanda, tal como já concordara a douta Subprocuradoria-Geral da República.

A segunda pretensão do recorrente consiste na *"declaração de nulidade do aresto recorrido e da r. sentença de 1º grau de jurisdição, com a remessa do feito à instância inferior, para a prolatação de nova sentença, que deverá ser líquida, ante os termos do parágrafo único, do art. 459, do CPC"*.

A argumentação do recorrente da formulação desse pleito tem fincas na premissa de que o pedido formulado na inicial reclamava uma sentença líquida. Em prol dos seus argumentos traz à baila julgados que deram por nula sentença que remetera à liquidação a apuração do **quantum** da condenação, quando deveria já estabelecer o **quantum debeatur**.

É certo que nula será a sentença ilíquida se dos autos já resultarem **ictu oculi** os elementos necessários para fixação do valor da condenação, prescindindo de buscas mais aprofundadas de elementos para que se tenha, de forma inquestionável, encontrado o exato valor da condenação.

No caso em apreciação, inobstante a perícia já realizada, o douto juiz presidente do feito teve por insuficientes os elementos encontrados para fixar o valor da condenação, razão pela qual, apenas reconheceu a responsabilidade do recorrente, tendo, porém, por prudente gesto, deixado para apurar a expressão numérica da indenização em fase própria de liquidação de sentença.

Destarte, não há como anular a sentença monocrática pelo fato de não ter assumido as feições de título líquido, quando a hipótese dos autos não tem a simplicidade exigi-

da para que o decreto judicial assumisse essa feição pretendida pelo recorrente, até porque a estimativa das perdas e danos, cogitada na inicial, não confere certeza ao pedido, e a obrigação do réu é de valor abstrato, assim sempre subentendido, em ações de natureza indenizatória.

Ademais, se violado tivesse restado algum direito por não ter a sentença de logo fixado o valor da condenação, seria do autor da demanda, nunca do réu, por isso que somente aquele poderia pleitear a sua anulação.

Por essas razões, rejeito também esse pedido.

Aprecio, agora, se o acórdão objurgado poderia já transformar a condenação de ilíquida para líquida sem que tal importasse em supressão de instância, à consideração de que a sentença por ele reformada deixara de expressar um valor certo para a indenização.

Sem dúvida nenhuma que, a teor do pontificado pelo art. 515 do Código de Processo Civil, a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada (**tantum devolutum quantum appelatum**).

A douta decisão de primeira instância deixou de fixar o valor da condenação, vale dizer, deixou de analisar o mérito da extensão das perdas e danos sofridos, ao entendimento de que o **quantum** não estava suficiente esclarecido, vale dizer, a causa não estava ainda plenamente debatida e instruída.

Por isso assim decretou:

"**Ex positis**, e nesses termos, Julgo Procedente a presente ação, condenando o *R.* a indenizar os *AA.*, segundo ficar especificado no arbitramento a ser feito em execução de sentença. Uma perícia suplementar, embasada na que foi realizada e consta dos autos, indicará, com a precisão conveniente, em face dos termos do julgado, qual a repercussão econômica (danos emergentes), em relação a cada um dos *AA.*, acarretou o fato da ilegítima suspensão, determinada por agentes políticos do *R.*, dos pagamentos devidos pela *COCEA*, desde a intervenção na empresa pública até quanto vieram a se efetivar. Quanto aos lucros cessantes, eles corresponderão ao que ficar efetivamente comprovado e não àquilo que foi hipoteticamente considerado. Às fls. 3.084, por exemplo, o Perito informou que a *AGA* foi obrigada a rescindir o contrato com o Hospital Cardoso Fontes..." (fls. 3.271).

Após valorar a prova coletada, o que é permitido em sede de recurso especial, tenho para mim que o eg. Tribunal **a quo**, ao já explicitar o valor da condenação, quando o juízo monocrático ainda não tinha se pronunciado sobre essa matéria à falta dos elementos necessários para que se fizesse essa quantificação, ressaltando a exigência de serem complementadas as informações até

então colhidas, tenho para mim — repito — que a eg. Corte local ampliou o efeito devolutivo da apelação, afrontando a regra inscrita ao art. 515 do CPC (REsp nº 3.346-0-PR, Rel. em. Min. José de Jesus Filho), visto que *"a norma contida no art. 515, § 1º, do CPC não autoriza o tribunal a inobservar o princípio do duplo grau de jurisdição"* (REsp nº 2.973-RJ, Rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo).

Observo que o juiz não está vinculado às conclusões do laudo, nem mesmo às que forem lançadas pelo perito oficial, podendo rejeitá-las por inteiro ou acolhê-las apenas parcialmente do que nele se contém. Destarte, remanescendo dúvida quanto à correção do trabalho do vistor, mais do que ceder às recomendações da prudência, deve o magistrado se curvar ao dever de colher novos esclarecimentos, que certamente surgirão ao ser procedida a liquidação por arbitramento, orientação a ser seguida sobretudo em se considerando as peculiaridades deste caso.

Com efeito, dou provimento ao recurso, nesse ponto, para que as perdas e danos sejam apurados em liquidação por arbitramento, nos moldes pontificados na sentença, no trecho acima reproduzido.

Com relação à reforma da verba de patrocínio é matéria que restou prejudicada, uma vez que será fixada pelo juiz, ao final da liquidação da sentença, atendido ao que se encontra pontificado no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Destarte, há de também sofrer modificação esse ponto do r. acórdão.

Diante de tudo quanto ficou exposto, dou parcial provimento ao recurso, reformando parcialmente o v. aresto objurgado, para o fim de que seja processada a liquidação de sentença, conforme consta da parte final da douta sentença monocrática, para que apure a verba referente a perdas e danos que for devida, fixando, inclusive, o valor dos honorários advocatícios.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhores Ministros, quanto aos honorários, o meu voto é de inteiro acordo com o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

No restante, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, só faço ao primoroso voto do Eminente Ministro-Relator, com todas as vênias, um reparo. Parece-me que a fixação dos honorários de advogado deve ocorrer — é uma condenação — no processo de conhecimento. O processo de liquidação, como bem demonstrou o Eminente Relator, serve para apurar os valores da condenação. Por isso, parece-me que não estaria prejudicada a condenação relativa aos honorários de advogado.

APARTE

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Presidente): Sr. Ministro-Relator, a sentença de Primeiro Grau não fixou os honorários advocatícios sobre a condenação?

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): É que com a liquidação por arbitramento não se sabe sequer se haverá condenação. Não se sabe qual a extensão do trabalho que as partes vão ter. Não se sabe se o Estado será totalmente vencido ou se haverá sucumbência. Por essas razões, e, ademais, a sentença de liquidação, como ela é...

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Presidente): No processo de execução, há uma ação indenizatória e deveria haver, desde logo, condenação. E a condenação envolvendo, também, o que se apurasse na liquidação de sentença.

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): E como a liquidação de sentença é uma verdadeira ação, então, achei que, com mais prudência, os advogados vão ter...

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Mas ela terá que liquidar também o valor da condenação em honorários. Essa condenação terá que anteceder a liquidação.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Presidente): Não se pode aguardar para condenar na fase executória. Condena-se, logo, na fase de conhecimento.

Mas, para se manter a condenação da sentença, teríamos que ter certeza.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, cumprimento o Sr. Ministro-Relator por seu completo voto. Apenas para minha compreensão, pediria a S. Exa. uma informação: a sentença definiu qual a forma de liquidação?

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Arbitramento. A sentença é explícita.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: E no Tribunal, o acórdão quanto à forma de liquidação, deu por líquido o título, ignorando o que estava fixado na sentença por arbitramento?

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Sim, correto.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, aguardo o último esclarecimento que foi solicitado, quanto aos honorários, para acompanhar ou não, no particular, as observações feitas pelo eminente Ministro Humberto Gomes de Barros.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, a liquidação de sentença, por mais complexa que seja, não pode

inovar condenações. Condenação só pode resultar da sentença condenatória, e esta só pode ocorrer no processo de conhecimento. Parece-me, **data venia**, que teremos que fixar o valor desses honorários. De outra forma, não é possível essa condenação.

Peço vênia para discordar somente sob esse aspecto.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, pela singularidade, é interessante ressaltar que no recurso julgado anteriormente, dele não tomamos conhecimento, porque o embate foi em torno de fatos.

No lançamento das sustentações orais aprisionadas ao presente recurso — não sei se pelo entusiasmo ou por deliberada estratégia — os ilustres Advogados desenvolveram idéias sobre questões rigorosamente de fato: o mau governo da Guanabara, pagamento feito e quitado, enriquecimento ilícito e críticas até desaforadas, a luta judicial travada pela parte recorrida. Esta, por seu turno, retribuiu com a mesma candência. Sucede que, no meu entender, nada disso está sob exame, nem serve para justificar a eloqüência — em que pese até erudita e com muito sentimento religioso, virtude que o enobrece, do ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro, nem para justificar a resposta, em determinados momentos, acre, do dedicado Advogado da parte recorrida.

As questões, nos três fundamentos que limitam objetivamente o tema recursal, têm sede processual, fugidia dos fatos criticados. Se houve uma imprudente intervenção, se a organização sob intervenção era idônea, se descontratou hospital e pediu concordata, são aspectos alheios ao tema do recurso. São três fundamentos: a ilegitimidade do Estado do Rio de Janeiro para estar no pólo passivo; a nulidade do acórdão e, por fim, a modificação da forma da liquidação com o Tribunal se adiantando, julgando e fixando o valor indenizatório.

Por isso, datíssima vênia dos ilustres Advogados, essas iniciais considerações servem para avisar que apenas vou me cingir ao tema do recurso, ainda que festeje a eloqüência de ambos os Advogados, ficando ardoroso admirador, porque são, efetivamente, bons oradores. Mas, respeitosamente, penso que foi um desperdício de tempo, porque o enfoque deveria algemar-se à questão processual do inconformismo. Talvez, no juízo criminal, isso possa empolgar, influir e levar a alguma decisão.

Feitas essas observações, reitero que, específicas disposições do Código de Processo Civil estão na tela da análise: arts. 459, parágrafo único, 275, II, e o 515, § 1º. E nos limites objetivos do recurso, tenho que a fundamentação do voto a respeito da ilegitimidade do Estado do Rio de Janeiro não pode prosperar, uma vez que, efetivamente, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a conclusão só pode ser a de se legitimar o Estado-membro nominado.

Quanto ao segundo fundamento, versando a nulidade do acórdão e da sentença, também acompanho o voto do ilustre Relator. E por fim, no que se refere ao desate cativo ao **tantum devolutum quantum appellatur**, a doutrina enseja, muitas vezes, que o próprio Tribunal de Justiça tenha a amplitude do conhecimento, ainda que possa trazer alguma desvantagem à Fazenda. Mas a doutrina, também, com muita maestria de seus autores, mostra que há sempre um temperamento à vista de que deve ser preservado, de forma augusta, o princípio da duplicidade das jurisdições.

A desatenção às diretrizes do aludido princípio, muitas vezes, pode causar a insegurança do próprio jurisdicionado.

Diante dessas considerações, perfilando, no caso concreto, que o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, diante do princípio referido, **data venia**, ultrapassou, porque, de inopino, estabeleceu a forma do arbitramento, a rigor, configurando um **error in procedendo**, luzeiro para se anular **ex radice** o próprio acórdão. Só não vou a tanto, porque também a tanto não chegou o eminente Relator.

Por último, no que diz respeito aos honorários, na conclusão, o Senhor Relator deixou implícito que já há uma condenação, mas que o Juiz, diante de novos elementos de convicção — fatos supervenientes — poderá modificar aquele percentual. Pois não negou que há condenação. Partindo do pressuposto de que há uma condenação, libera o Juiz, diante de novos elementos, para modificar o percentual.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Aparte): Mas há uma vedação de que no processo de liquidação não se pode...

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: não quanto à percentagem. O eminente Relator deixou claro que preexistia a condenação em honorários. Apenas deixou aberto um pórtico, frente a possíveis fatos supervenientes, para o Juiz modificar o percentual, apenas isso.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Aparte): Mas essa alteração, **data venia**, violenta o artigo do Código.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: não mudou e, também, não estabeleceu que se fixe em 5, 10 ou 15% ou que se aplique o art. 20, § 4º, ou os parágrafos 1º, 2º e 3º. Ditou que o Juiz, orientado pelo que ficar apurado na conclusão do processo da liquidação, poderá fixar novo percentual. Somente não mantém os 15%.

Parece-me, para concluir, que essa solução não viola o sistema processual e muito menos as diretrizes estabelecidas ao Juiz, na soberania da apreciação dos fatos novos que vierem a surgir na liquidação.

Em resumo, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.258-7 — RJ — (93.0003703-0) — Relator: O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Recte.: Estado do Rio de Janeiro. Advogados: Lúcia Lea Guimarães Tavares e outro. Recdos.: Nabor Ferreira Pacheco e outros. Advogado: Francisco Antonio Chagas. Sustentou oralmente o Dr. Francisco Conte, pelo recorrente e o Dr. Francisco Antônio Chagas, pelos Recorridos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator, sendo que os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros mantiveram as cominações fixadas na decisão recorrida, inclusive a condenação de honorários advocatícios (em 04.05.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 32.467-5 — MG
(Registro nº 93.0005023-0)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Fertilizantes Fosfatados S/A — FOSFERTIL*

Recorridos: *Fred Gomes e outro*

Advogados: *José Carlos Ribeiro Filho e outros, e Milton Lopes Filho e outros*

Sust. oral: *Celso Barreto, pela recorrente*

EMENTA: ***Processual Civil. Pleito possessório. Exceção de domínio.***

Não se admite, em pleito possessório, a exceção de domínio, posto que a Lei 6.820/80, ao alterar a redação do art. 923 do CPC, revogou a parte final do art. 505 do Código Civil e, expressamente proibiu pedido dominial no curso de ação possessória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento,

após o voto vista do Sr. Ministro Fontes de Alencar, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Antônio Torreão Braz.

Brasília, 28 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Com fundamento no art. 105, III, **a** e **c** da Constituição Federal, recorre Fertilizantes Fosfatados S/A — Fosfertil, de acórdão proferido pela Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que manteve a decisão que julgara improcedente a ação de manutenção de posse cumulada com perdas e danos movida contra Fred Gomes e outro.

Sustenta a recorrente ofensa ao art. 505 do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial. Alega que o acórdão não poderia deferir a posse em favor de quem não é o titular do domínio.

Admitido o recurso, subiram os autos.

É como relato.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Afasto a alegação de divergência, porquanto os acórdãos paradigmas, um desta Turma, de que foi relator o Sr. Ministro Fontes de Alencar e o outro do Supremo Tribunal Federal, abordaram o tema relacionado com o art. 505 do Código Civil e com a Súmula 487 em face de fatos verificados anteriormente à Lei 6.820, de 16 de setembro de 1980, que ao modificar a redação do art. 923 do Código de Processo Civil, que continha disposição similar à parte final do art. 505, em realidade revogou, também, dita disposição, de conteúdo estritamente processual. São, por conseguinte, situações diversas as enfrentadas pelos acórdãos paradigmas e pelo recorrido, a inviabilizar a admissão do recurso pela letra **c**) do art. 105, III da Constituição.

E não vejo como contrariada regra que já não tem vigência, como é a da parte final do art. 505 do Código Civil.

Mas, ainda que subsistisse dita norma, não caberia, na hipótese a exceção da propriedade, dado que se discute aqui em termos possessórios e as instâncias ordinárias decidiram no sentido de que não fez a autora prova de sua posse e nem da turbação, descendo a analisar a prova produzida, para situar a decisão indeferitória da manutenção pleiteada. Incide a Súmula 07/STJ.

Em termos de discussão possessória, diz hoje, o art. 923 do Código de Processo, não cabe, seja pelo autor, seja pelo réu, intentar ação de reconhecimento do domínio.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.467-5 — MG — (93.0005023-0) — Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Fertilizantes Fosfatados S/A — Fosfertil. Advogados: José Carlos Ribeiro Filho e outros. Recdos.: Fred Gomes e outro. Advogados: Milton Lopes Filho e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Celso Barreto, pela Recorrente.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, não conhecendo do recurso, pediu vista o Sr. Ministro Fontes de Alencar (em 07.12.93 — 4ª Turma).

Aguardam os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Antônio Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): O recurso especial de que trato traz alegação de ofensa pela decisão recorrida ao art. 505 do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial. O Eminente Ministro-Relator não conheceu do recurso porque em relação à alegação de afronta à lei federal, entende S. Exa. que o artigo apontado como violado está revogado; e já que não tem vigência, não poderia haver a sua contrariedade. No que tange ao alegado dissentimento jurisprudencial, também sobre esse aspecto do recurso não conheceu S. Exa., ao entendimento de que os precedentes trazidos à colação, um desta Corte, de que fui Relator, e outro do Supremo Tribunal Federal, teriam abordado o tema em face de fatos verificados anteriormente à Lei nº 6.820, de 16 de outubro de 1980. O mesmo se diga do pensamento do Eminente Ministro-Relator, no que toca ao argüido confronto com a Súmula nº 487 do Supremo Tribunal Federal. Prendeu minha atenção o caso, porque invocado precedente de que fui Relator. Como costumo fazer, dei atenção aos memoriais que me foram entregues. Minha posição a respeito da matéria é a seguinte: como registrei, o Eminente Ministro Relator não admitiu que tivesse ocorrido ofensa ao art. 505, porquê, a seu sentir, a Lei nº 6.820, de 1980, teria revogado a parte final do art. 505 do Código Civil. É verdade que grassa na doutrina — e diria mesmo, na jurisprudência — divergência a respeito da derrogação ou não da parte final do art. 505 pela mencionada Lei de 1980, que redesenhou o art. 923 do Código de Processo Civil e, ao fazê-lo, no entendimento de alguns, teria derrogado a parte final do art. 505 do Código Civil.

Há até mesmo aqueles que, como o Professor Marco Aurélio Viana, de Minas Gerais, entendem que a norma mencionada, do Código Civil, já

teria sido revogada pelo próprio Código de Processo Civil de 1974; por isto, sequer poderia ter sido atingida pela Lei de 1980. E aqueloutros, como é o caso de nosso Eminente Ministro Eduardo Ribeiro, que admitem uma posição conciliatória a respeito desse aparente choque de normas. A meu entender, nada obstante o Código de Processo Civil de 1974, e em que pese a Lei nº 6.180, incólume resta o art. 505 do Código Civil.

Todavia, acompanho a conclusão do Relator, não por o art. 505 do Código Civil não estar em vigor, e, sim, porque para que esta Corte pudesse averiguar a alegância de violação do art. 505 do Código Civil, teria que revolver todo o sítio probatório da causa, porquanto o Tribunal de origem deixou assentado e acentuado no acórdão que a apelante, agora recorrente, não conseguiria provar a sua posse e muito menos a turbação.

Ora, aqui a base fática a qual esta Corte tem que trabalhar a alegação de ofensa à lei federal: se se denega a possessória por não ter a parte provado a posse, nem a turbação, não se pode entender que a decisão tenha afrontado o direito federal, senão com o reexaminar da prova que (é sabidó e ressabido) não tem vez na via angusta do recurso especial.

Por tal motivo mesmo, não posso encontrar a apontada divergência com a Súmula nº 487 do Supremo Tribunal Federal e, ainda pela mesma razão, fico impossibilitado de verificar confronto com aqueles paradigmas trazidos à colação, ante a diversidade das bases empíricas dos julgados.

Com estas observações e sem prejuízo, obviamente, das minhas homenagens aos ilustres advogados dos recorrentes, acompanho o Eminente Ministro-Relator, não conhecendo do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Também não conheço do recurso, sem entrar no exame do tema, polêmico na jurisprudência e na doutrina, em face das peculiaridades do caso concreto, cuidando-se de matéria fática, o que impede o reexame na via do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.467-5 — MG — (93.0005023-0) — Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Fertilizantes Fosfatados S/A — Fosfertil. Advogados: José Carlos Ribeiro Filho e outros. Recdos.: Fred Gomes e outro. Advogados: Milton Lopes Filho e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 28.02.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Antônio Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 32.800-0 — SP

(Registro nº 93.0006068-6)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Márcia Antonieta Ervolino e outros*

Recorridos: *Armando Fontana e outro*

Advogados: *Drs. Pedro Elias Arcênio e outro, e Fernão Salles de Araújo e outro*

EMENTA: ***Ação pauliana — Decadência.***

Hipótese em que se incluíram litisconsortes — outros adquirentes do imóvel — após decorrido o prazo de caducidade. Inaplicabilidade do disposto no artigo 176, § 2º do Código Civil, não se podendo ter como exercido o direito, relativamente aos litisconsortes, pelo fato de um deles haver sido oportunamente citado. Decadência reconhecida em relação a eles.

Partilhado o imóvel entre os adquirentes, não há empeço a que a situação de um receba tratamento diverso da do outro. Não se compromete a eficácia prática da sentença não sendo o caso, pois, de litisconsórcio unitário. Desse modo, o reconhecimento da decadência em relação a um litisconsorte não impõe, necessariamente, a mesma solução quanto ao outro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial de Márcia Antonieta Ervolino e seus filhos e dar-lhe provimento e não conhecer do recurso de Valdomiro Marcon.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 16 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Márcia Antonieta Ervolino e outros interpuseram recurso especial, visando a desconstituir decisão que não acolheu preliminar de decadência, argüida em ação pauliana, em que figuram como réus, sendo autores Armando Fontana e outros.

Alegaram que o aresto recorrido equivocou-se ao admitir que "a interrupção ocorrida em relação a um dos litisconsortes obriga a todos os demais herdeiros, em conclusão analógica ao que preceitua o art. 176, § 2º, segunda parte do Código Civil", não atinando ser a hipótese de decadência, indispensável fossem citados todos os litisconsortes necessários, no prazo previsto em lei. Apontou também, como vulnerado, o art. 535 do CPC por não declarados os pontos omissos. Afirmou existir divergência jurisprudencial.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Entendo que não se pode ter como violado o disposto no artigo 535 do Código de Processo Civil. A argumentação desenvolvida no acórdão importava resposta, ainda que implícita, às razões deduzidas pelos apelantes. Admitiu-se que a hipótese era de decadência. Considerou-se, entretanto, que se tratava de litisconsórcio necessário e unitário e, em conseqüência, a citação de um dos litisconsortes acarretava se impedisse a consumação do prazo em relação a todos, por aplicação analógica do disposto no artigo 176, § 1º do Código Civil, parecendo induvidoso tratar-se de equívoco a menção ao § 2º. Ao assim decidir, o acórdão examinou o que havia de fundamental, apresentando raciocínio coerente, capaz de justificar a conclusão a que chegou, ficando afastadas as objeções levantadas. O que se pode é discordar do acerto das premissas em que se firmou. Essa, entretanto, é outra questão, de que se passa a cuidar.

Tenho por certo que a hipótese é de decadência, na trilha da doutrina dominante. A alienação do bem, a caracterizar a fraude contra credores, não se confunde com o descumprimento da obrigação. Trata-se apenas de retirar a base econômica que viabilizaria a realização prática do direito. Não se violou, pois, aquela obrigação. O credor tem, entretanto, o direito de buscar a desconstituição ou a declaração da ineficácia daquele ato — não releva aqui a distinção —, desde que o faça no prazo estabelecido em lei. Findo, extingue-se o direito.

Admitindo-se que o prazo é decadencial, já haveria alguma dificuldade em ter-se como possível a invocação do disposto no citado artigo 176, § 1º. Ali se fala em interrupção da prescrição e é sabido que não há cogitar de interrupção de decadência. Poder-se-ia superar o óbice, desde que se aceitassem certas adaptações. Sendo o caso de decadência, entender-se-ia que o exercício do direito relativamente a um devedor solidário envolveria os demais.

Ocorre, porém, que não há, a meu sentir, necessidade de maiores indagações pois, malgrado as respeitáveis opiniões em contrário, é de todo inviável a pretendida aplicação analógica.

Fundou-se o julgado recorrido, para justificá-la, em que o caso seria de litisconsórcio necessário, havendo comunhão de interesses. Ocorre que, como acertadamente observado a fl. 110, a eventual existência desse de nenhum modo haveria de conduzir a que incidisse norma pertinente a dívida solidária. Havendo solidariedade passiva, o credor poderá cobrar a dívida, por inteiro, de qualquer dos devedores. Por isso mesmo ser-lhe-á lícito acionar qualquer deles isoladamente. No litisconsórcio necessário dá-se exatamente o contrário. A eficácia da sentença dependerá da presença de todos os litisconsortes. Não se percebe porque a norma pertinente àquele instituto de direito material haja de incidir apenas porque presentes os pressupostos de distinto instituto, de direito processual, com raízes inteiramente diferentes.

Afigura-se-me, pois, que têm razão os recorrentes quando sustentam que se violou o artigo 176, § 1º do Código Civil, na medida em que a norma nele contida foi aplicada a situação que não o admitia. Considero, pois, que houve a decadência, relativamente à recorrente mulher e seus filhos. Cumpre verificar se, em vista disso, se deva reconhecer a caducidade, também quanto ao varão, citado antes de exausto o questionado prazo extintivo.

Fosse a hipótese de litisconsórcio unitário, a resposta seria afirmativa. Esse se verifica quando a relação jurídica, por sua natureza, haja de ser decidida de modo homogêneo em relação aos litisconsortes.

Na ação pauliana, é unitário o litisconsórcio entre alienante e adquirente. A alienação não poderá ser válida e eficaz em relação a um e não o ser quanto ao outro. Não é disso, entretanto, de que se cogita nos autos. O litisconsórcio de que se cuida é entre os adquirentes. Marido e mulher que eram, quando do negócio, fizeram-no juntos. Vieram a se separar, entretanto, sendo o imóvel entre eles partilhado, cabendo parte ideal do mesmo a cada um dos cônjuges. Em tais circunstâncias, é perfeitamente possível tratar de modo distinto os litisconsortes. Nada impede que as conseqüências do eventual reconhecimento da fraude recaiam apenas sobre a parte que coube ao varão. Podem os litisconsortes alcançar tratamento diferenciado sem, com isso, comprometer a eficácia prática da sentença.

Concluo, pois, conhecendo e provendo o recurso de Márcia Antonieta Ervolino e seus filhos, a quem doou a nua propriedade do bem, para reconhecer a decadência em relação a eles. Não conheço do recurso de Valdomiro Marcon.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.800-0 — SP — (93.0006068-6) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Rectes.: Márcia Antonieta Ervolino e outros. Advogados: Pedro Elias Arcênio e outro. Recdos.: Armando Fontana e outro. Advogados: Fernão Salles de Araújo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial de Márcia Antonieta Ervolino e seus filhos e deu-lhe provimento e não conheceu do recurso de Valdomiro Marcon (em 16.08.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.034-1 — PR
(Registro nº 93.0006981-0)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*
Recorrente: *Ministério Público Federal*
Recorrido: *Rafael Fernandez Chaves Guarda (réu preso)*
Advogado: *Silvio Oliveira da Silva*

EMENTA: ***Penal e Processual Penal. Recurso especial fundado na letra a, do inciso III, do art. 105, da Constituição. Vulneração dos artigos 76, II, 78, III, a e 79, todos do Código de Processo Penal. Tráfico de entorpecentes e fraude de lei sobre estrangeiros. Juízo estadual investido de jurisdição federal delegada. Art. 27, da Lei nº 6.368/76. Crimes conexos. Competência.***

I — Está reconhecida nos autos a conexão do delito do art. 309, do Código Penal — fraude de lei sobre estrangeiros com o do art. 12, combinado com o 18, I, da Lei nº 6.368/76, ambos cominados ao réu.

II — Consoante o preceito do art. 27, da Lei nº 6.368/76, o que é o caso discutido, cabe ao juízo estadual o processo e julgamento do crime de tráfico com o exterior, quando o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos.

III — À luz deste dispositivo da Lei de Tóxicos, o Juiz Estadual passa a exercer jurisdição federal delegada, passa a ser juízo federal e, em vista de tal fato, se a sua competência concorre com a de outro juízo federal, torna-se imperiosa a aplicação da letra a, do inciso III, do art. 78, do CPP.

IV — Assim, havendo conexão entre crimes federais, todos devem ser julgados pelo mesmo juízo federal, mesmo tratando-se de juízo federal delegado.

V — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Egrégia Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso. Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido de Carvalho Filho.

Brasília, 30 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: O Ministério Público Federal interpôs, com fulcro no artigo 105, inciso III, letra **a**, da Constituição, recurso especial contra acórdão da 3ª Turma, do Tribunal Regional Federal, que foi assim ementado — fl. 245:

"Criminal. Tráfico de entorpecentes. Art. 309 do Código Penal. Competência. Caracterização do crime de tráfico.

1. Quando o tráfico de entorpecentes afeta ordens jurídicas de países diversos, passa a se caracterizar como internacional.

2. A imputação de tal espécie de crime só pode ser julgada, em segunda instância, pelo Tribunal Regional Federal.

3. O crime conexo, que afeta interesse da administração federal (art. 309 do Código Penal, neste caso), não será julgado pelo magistrado estadual, porque este só tem delegação de jurisdição para apreciar o crime de tráfico internacional de tóxicos (Lei 6.368-76, art. 27). Logo, a acusação da prática do crime de fraude de lei sobre estrangeiros deveria ter sido julgada pelo Juiz Federal competente. Anulação da decisão, nesse tópico.

4. Confissão da prática do tráfico internacional. Condenação mantida.

5. A apelação parcialmente provida."

Alega-se que o v. acórdão recorrido, na parte em que anulou a condenação do réu pelo crime — reconhecidamente federal — de fraude de lei sobre estrangeiros, ao assentar que: "o crime conexo, que afeta interesse da administração federal (art. 309 do Código Penal, neste caso), não será julgado pelo magistrado estadual, porque este só tem delegação de jurisdição para apreciar o crime de tráfico internacional de tóxicos (Lei 6.368-76, art. 27). Logo, a acusação da prática do crime de fraude de lei sobre estrangeiros deveria ter sido julgada pelo Juiz Federal competente", violou dispositi-

vos do Código de Processo Penal, pois — fl. 252:

"A questão, como visto, na essência, é das mais singelas: *juízo estadual com jurisdição federal delegada é "juízo federal"*; se, no exercício dessa jurisdição, a sua competência concorre com a de outro juízo federal, parece evidente que o concurso só pode ser resolvido à luz das regras processuais em vigor — no caso, os artigos 76, II e 78, III, **a**, do Código de Processo Penal.

Crimes federais conexos devem ser julgados pelo mesmo "juízo federal" — ainda que se trate de juízo federal delegado. Porque, vale repetir, *"juízo estadual com jurisdição federal delegada é juízo federal"*, para todos os efeitos. O que não se justifica sob nenhum pretexto, é quebra da unidade processual quando, insista-se, há crimes federais conexos e juízos federais concorrentes.

Nessas condições — e porque o acórdão hostilizado vulnerou, flagrantemente, as regras dos artigos 76, II, 78, III, **a**, e 79 do Código de Processo Penal — o *Ministério Público Federal* espera seja conhecido e provido o presente recurso, com a reforma do **decisum** regional."

Nesta instância, o *parquet* opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): **Prima facie** observo que os pressupostos de admissibilidade do recurso especial, com base em violação do dispositivo de lei federal, estão presentes.

Passo, então, a analisar a propalada violação, pela decisão recorrida, dos artigos 76, II, 78, III, **a** e 79, todos do Código de Processo Penal.

Transcrevo, primeiramente, o parecer do órgão parquetiano que, no Tribunal **a quo**, justificou a competência do juízo estadual, investido de jurisdição federal, para processar e julgar o crime do art. 309 do Código Penal, da competência da Justiça Federal assim — fls. 213:

"Assim, por estar em pleno exercício constitucional da competência federal, prorrogou o Magistrado Estadual sua competência para julgar, também, o crime conexo, de competência da Justiça Federal.

E não seria lógico nem de bom senso que o crime do art. 309 do Código Penal (Fraude de Lei sobre Estrangeiros) que é, isoladamente, de competência da Justiça Federal e que é de gravidade bem inferior (pena de detenção) ao previsto na Lei 6.368/76 fosse afastar, por força da conexão, o comando legal do art. 27 da Lei de Tóxicos que tem sua razão de ser no julgamento rápido mercê dos prazos reduzidos previstos em lei, facilitando a prestação jurisdicional em detrimento dos cri-

minosos de maior periculosidade, como o são, os traficantes internacionais.

De qualquer forma, como diz **Tourinho** Fº, "a conexão não determina a competência, antes a altera e modifica" (pg. 102, 2º Volume, Processo Penal).

Aplica-se, no caso, o artigo 78, II, **a** do Código de Processo Penal, tendo em vista que *ambas as infrações são da competência da Justiça Federal*, julgadas por Juiz Estadual no exercício Constitucional da competência federal da área de sua Jurisdição, **ex vi** do art. 108, II, da Constituição Federal c/c o art. 27 da Lei 6.368/76 e c/c o art. 78, II, **a** do CPP, afastando-se, **ipso facto**, a aplicação da Súmula 52 do antigo TFR por pertencerem os crimes conexos a jurisdição da mesma categoria: *ambos* são da competência federal."

E, o voto vencido do revisor do feito, nesta preliminar, restou posto assim — fl. 243:

"Admitido o tráfico internacional, a competência para o processo e julgamento do crime do art. 309 do CP deve ser reservada ao juízo federal. Isso não se discute.

Mas penso que isso não quer dizer que o juiz estadual, com jurisdição federal delegada pelo art. 27 da Lei de Tóxicos, não tenha competência para processar o crime de falsa identidade de estrangeiro porque sem jurisdição delegada para este. Há, como se vê, concurso entre um juiz federal delegado e um juiz federal.

E a regra do art. 78, II, **a**, CPP, estabelece que no "concurso de jurisdições de mesma categoria (e o são a do juiz federal e a do juiz estadual delegado para o crime de tóxico, sendo o primeiro também competente para o de identidade falsa por estrangeiro) prevalece a competente para o crime mais grave, que é a estadual delegada.

Então se há conexão, como no caso, por concurso material e por instrumentalidade, e os crimes de tóxico e falsa identidade devem ser processados por juiz federal, instaura-se dito concurso de jurisdição devendo prevalecer a do juiz estadual com jurisdição federal delegada na forma do art. 78, II, **a**, CPP, aliás, como disse o parecer do M.P.F. (fl. 213)."

Antes de mais nada, insta trazer à colação o teor da letra **a**, do inciso II, do art. 78, do CPP, **in verbis**:

"Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

.....

II — no concurso de jurisdição da mesma categoria:

a) prepondera a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave."

Está reconhecida nos autos a conexão do delito do art. 309, do Código Penal — fraude de lei sobre estrangeiros com o do art. 12, combinado com o 18, I, da Lei nº 6.368/76, ambos cominados ao Réu.

E, consoante o preceito do art. 27, da Lei nº 6.368/76, o que é o caso discutido, cabe ao juízo estadual o processo e julgamento do crime de tráfico com o exterior, quando o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos.

Pois bem.

À luz deste dispositivo da Lei de Tóxicos, o Juiz Estadual passa a exercer jurisdicão federal delegada, passa a ser juízo federal e, em vista de tal fato, se a sua competência concorre com a de outro juízo federal, torna-se imperiosa a aplicação da letra **a**, do inciso III, do art. 78, do CPP.

Assim, havendo conexão entre crimes federais, todos devem ser julgados pelo mesmo juízo federal, mesmo tratando-se de juízo federal delegado.

Acresça-se aos argumentos já expostos, o pronunciamento do Ministério Público Federal nas lúcidas razões de apelação do insigne Procurador da República, Dr. Amir José Finocchiaro Sarti, no essencial, quando afirma:

"A questão, como visto na essência, é das mais singelas: *juízo estadual com jurisdição federal delegada é "juízo federal"*; se, no exercício dessa jurisdição, a sua competência concorre com a de outro juízo federal, parece evidente que o concurso só pode ser resolvido à luz das regras processuais em vigor — no caso, os artigos 76, II e 78, III, a, do Código de Processo Penal.

Crimes federais conexos devem ser julgados pelo mesmo "juízo federal" — ainda que se trate de juízo federal delegado. Porque, vale repetir, "juízo estadual com jurisdição federal delegada é juízo federal", para todos os efeitos. O que não se justifica sob nenhum pretexto, é a quebra da unidade processual quando, insista-se, há crimes federais conexos e juízos federais concorrentes."

Em conclusão, a regra da letra **a**, do inciso III, do art. 78, do CPP, deveria ter sido aplicada à hipótese, mas não o foi, logo, o julgamento recorrido afrontou a este texto legal.

Considero prejudicada a afronta aos outros artigos de lei.

Com essas considerações, tendo em vista que o v. acórdão vulnerou, flagrantemente, as regras dos artigos 76, II, 78, III, **a** e 79 do Código de Processo Penal, conheço e provejo o presente recurso, para restaurar a sentença de 1º grau.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.034-1 — PR — (93.0006981-0) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Pedro Acioli. Recte.: Ministério Público Federal. Recdo.: Rafael Fernandes Chaves Guarda (réu preso). Advogado: Silvio Oliveira da Silva.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Aguardam os Srs. Ministros Adhemar Maciel, Anselmo Santiago e José Cândido (em 30.06.93 — 6ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: A Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 encerra esta ementa:

> "Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências".

Aliás, o contexto da lei é coerente. Tanto assim, distingue os crimes do art. 12 e do art. 16. O primeiro trata do tráfico ilícito. O segundo, do uso próprio.

A Lei dos Crimes Hediondos, por seu turno, registrou, nitidamente, essa distinção, ao dispor no art. 2º:

> "Os crimes hediondos, a prática de tortura, *o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, e o terrorismo são insuscetíveis de:
>
> I — anistia, graça e indulto;
>
> II — fiança e liberdade provisória.

Do ponto de vista processual, não resta dúvida, por força do estatuído no art. 27, da Lei nº 6.368/76:

> "O processo e o julgamento do crime de tráfico com o exterior caberão à Justiça Estadual com interveniência do Ministério Público respectivo, se o lugar em que tiver sido praticado, for município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos".

Interpretação lógico-sistemática da lei conduz a estabelecer distinção, também para o efeito de competência, entre tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. O art. 27 é categórico, explícito, conclusivo — "crime de tráfico com o exterior".

Urge, distinguir o tráfico ilícito (de um país para outro) e o transporte (de um país para outro) da substância, para uso próprio.

Ocorre, no entanto, o art. 109, V, da Constituição da República atribui aos juízes federais processar e julgar "os crimes previstos em tratado ou convenção internacional". Em outros termos, os crimes de repercussão internacional, definidos na forma da Lei Maior.

É notório, o Brasil mantém, em matéria de tráfico, acordo com os países latino-americanos.

A denúncia afirmou que a droga fora adquirida no Paraguai, ingressou no Brasil e se destinava ao Uruguai (fls. 2). Qualificou o fato no art. 12, da Lei nº 6.368/76.

A competência, por isso, é do juízo federal. Em não havendo, na comarca, atuará o juízo estadual, investido de jurisdição federal.

Em 2ª instância, não resta dúvida, atuará o Tribunal Regional Federal, no caso da 4ª Região, com sede em Porto Alegre.

A denúncia imputou ao Recorrido, ainda, o crime capitulado no art. 309, do Código Penal, de competência exclusiva do juiz federal.

Ocorre, porém, uma particularidade, resultante, aliás, da imputação do Ministério Público. Ao ser inquirido, em razão do flagrante, apresentou falsa identidade.

Há, pois, entre os fatos interligação material e a prova relativa a um repercutirá no outro. Em outros termos, evidencia-se a conexão, inclusive, instrumental.

Em sendo assim, a competência do juízo é modificada pela conexão. Pouco importa o juízo estadual atuar investido da jurisdição federal. Aplicam-se ao caso as regras da competência.

Quando o juízo estadual atua investido de jurisdição federal, juridicamente, é juízo federal. Incidem, então, os princípios e normas processuais, abstraindo a investidura.

Acompanho o eminente Relator.

Dou provimento ao recurso para, reformando o v. acórdão, restabelecer a r. sentença.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.034-1 — PR — (93.0006981-0) — Relator: O Sr. Ministro Pedro acioli. Recte.: Ministério Público Federal. Recdo.: Rafael Fernandez Chaves Guarda (réu preso). Advogado: Silvio Oliveira da Silva.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após os votos do Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago, acompanhando o Sr. Ministro Relator, a Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso (em 30.11.93 — 6ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido de Carvalho Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.928-3 — SP

(Registro nº 93.0013025-0)

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

Recorrente: *Município de Tupi Paulista*

Recorrido: *Adel Arbid*

Advogados: *Drs. José Torres Filho e outro, e Victório Laluci e outro*

EMENTA: Responsabilidade Civil. Danos causados por hangar arruinado. Matéria de fato resolvida pelo exame de provas, irrevisíveis no recurso especial a teor das Súmulas 07 e 279 do STJ e do STF. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados 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 constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 25 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Leio, como relatório, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República:

"I — *Fatos*

O recorrido acionou a Municipalidade de Tupi Paulista, dona de hangar, arruinado por vendaval, que lhe causou prejuízos em aeronave que era abrigada sob aquele teto.

Diz o acórdão atacado:

> "Daí, responder a Municipalidade, na condição de dona do hangar arruinado. E responder, ainda quando possa a causa do vício imputar-se a terceiro, seja este o construtor, vendedor, inquilino, ou quem, como o permissionário de uso, por outra relação jurídica, devesse proceder-lhe aos reparos e contra o qual, nesta hipótese, tem apenas ação regressiva.
>
> (...)

A Municipalidade não responde como comodante, ou outorgante, mas como proprietária do edifício!"

Interpôs recurso especial com fundamento na alínea **a**, inciso III, do artigo 105 da Constituição Federal, alegando violação do art. 107 da Constituição derrogada e 37, § 6º da atual Constituição, bem como a dispositivos do Código Civil e Código de Processo Civil.

Não tendo sido admitido o recurso especial por não ter havido prequestionamento explícito, em sede de agravo de instrumento foi ordenada a subida para melhor exame do recurso especial.

II — *Mérito*

O recurso está posto pelo fundamento do art. 105, III, **a** da Constituição Federal.

O objetivo do recurso, embora com razões de inaplicação da lei federal, pretende efetivamente o reexame da prova, moldura física que já foi detidamente enquadrada nos limites postos pelo acórdão atacado (Súmula 7 do STJ).

Além disso, a decisão do Tribunal local é mais do que razoável, a teor da Súmula 400 do STF.

III — *Conclusão*

Por essas razões o recurso não deve ser conhecido". (fls. 602/604).

É este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Dei provimento ao agravo de instrumento em face da aplicação da Súmula 400 do Sumo Pretório pelo despacho que inadmitiu o recurso especial. E até onde sei o Supremo Tribunal Federal há muito tempo deixou de aplicá-la por várias razões. Por isso mesmo achei aconselhável a subida do recurso especial para melhor exame. Contudo, procede a inadmissão, não só pela falta de prequestionamento da matéria infraconstitucional, bem assim pela culpa da recorrente que foi aferida na apreciação de provas e de fatos irrevisíveis no recurso especial.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.928-3 — SP — (93.0013025-0) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Município de Tupi Paulista. Advogados: José Torres Filho e outro. Recdo.: Adel Arbid. Advogados: Victório Laluci e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 25.05.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.060-1 — GO

(Registro nº 93.0013339-0)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrentes: *Ultrafértil S/A Indústria e Comércio de Fertilizantes — Grupo Petrofértil e outros*

Recorrida: *Sotave Centro Oeste S/A — Massa Falida*

Advogados: *Drs. Ronaldo Rebello de Britto Poletti e outros, e Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros*

Sust. oral: *Drs. Ronaldo Rebello Britto Poletti (pelos recorrentes) e Joaquim Jair Ximenes Aguiar (pela recorrida)*

EMENTA: Falência. Verificação de crédito. Habilitação retardatária. Prazo para apelar. 1. Conta-se da publicação do quadro geral de credores, quando se apela da sentença que julga verificação e impugnação de crédito. Precedentes do STJ em torno do art. 97, § 1º: REsp's 1.871 e 25.501. 2. Se já publicado o quadro geral, o prazo do habilitante retardatário conta-se da sentença que julga o crédito, a teor do art. 98, § 3º. 3. Conta-se, ainda, o prazo da publicação do quadro (item 1), quando, embora retardatária a habilitação, tal publicação ocorra posteriormente à habilitação. Em caso dessa natureza o prazo do recurso tem de ser o mesmo para todos. Hipótese de aplicação do art. 97, § 1º e não do art. 98, § 3º, da Lei de Falências. Recurso especial conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, preliminarmente, negar provimento ao agravo regimental da massa falida de Sotave Centro Oeste S/A e, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento parcial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite.

Brasília, 15 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de recurso especial,

com assento nas alíneas **a** e **c**, art. 105-III da Constituição, interposto contra acórdão assim ementado:

"Apelação — Processo falimentar — Habilitação de crédito por credor retardatário — Sentença indeferitória — Pretensão para que o prazo recursal comece a correr da publicação do quadro geral de credores, e não da publicação da sentença — Inadmissibilidade, exsurgindo intempestivo o recurso.

À luz do art. 98, § 3º, da Lei 7.661/45, o prazo recursal da sentença indeferitória de crédito habilitado por credor retardatário conta-se da data de sua publicação. A despeito, assentou-se em v. aresto publicado **in** RT 593/79 que 'o prazo para recorrer se conta da sentença que julga o crédito, e não da publicação do quadro de credores tempestivamente habilitados."

Foi o recurso admitido, na origem, pela divergência jurisprudencial, **in verbis**:

"Verifica-se, pelo exame dos autos, que a pretensão recursal não está apta a ultrapassar este juízo prévio de admissibilidade pelo fundamento da alínea **a** do dispositivo pertinente, mas, sim, pelo da alínea **c**, já que o acórdão recorrido diverge do acórdão padrão, no tocante ao início do prazo para recorrer em processo falimentar, decidindo o primeiro que a partir da sentença que julgou o crédito, enquanto decidiu o segundo (f. 214/216) que o prazo para a apelação por parte de credor retardatário 'contará a partir da publicação do aludido quadro.

Ante o exposto, admito o recurso pela alínea **c** do permissivo constitucional, determinando o encaminhamento dos autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça."

Oficiando em nome da Subprocuradoria-Geral da República, o Dr. **Nelson Parucker** emitiu este parecer:

"4. Daí, o presente recurso especial das interessadas, de fls. 197/213, com base nos permissivos constitucionais das alíneas **a** e **c**, ao fundamento de o ven. acórdão hostilizado haver infringido o Código de Processo Civil, arts. 183 e 236, § 1º, bem assim, a Lei de Falências, arts. 97, § 1º e 205, apontando, igualmente, dissídio pretoriano, na espécie.

5. Por via do r. despacho de fls. 237/239, da em. presidência do aug. colegiado **a quo**, foi admitido o apelo extremo pela invocada divergência jurisprudencial.

6. Todavia, não têm razão, **permissa venia**, as Recorrentes, no particular. Com efeito, a alegada nulidade da intimação delas, da r. decisão de primeiro grau, em face de asseveradas omissões e incorreção na respectiva publicação,

por não constar o nome do d. advogado de uma das mesmas (Fertilizantes Nitrogenados S/A — Nitrofértil — Dr. Sérgio de Campos Sammarco), que fora substabelecido sem reservas, às fls. 7, não se justifica. Deveras, nada se diz no respectivo instrumento em tal sentido, de modo que se há de entender, com a devida vênia, que o substabelecimento ocorrera com reserva de iguais poderes.

7. Do mesmo modo, **data venia**, não procede a afirmativa de que o prazo recursal, no caso, somente começaria a fluir a contar da publicação do quadro geral de credores (circunstância que também não afastaria a intempestividade) e não da r. sentença que rechaçou a habilitação. Realmente, vens. julgados dessa eg. Corte assim entendem tal matéria, rigorosamente na linha do previsto no DL 7.661/45, art. 98, § 3º. É ler a ementa de alguns deles:

'Processual Civil. Falência. Apelação. Prazo. Termo inicial. O prazo para o oferecimento da apelação conta-se da data em que as partes são inteiradas da sentença, quando não publicada em audiência (art. 242, do CPC c/c o art. 207, da Lei de Falências). Recurso conhecido e provido.' (REsp 2.296-RJ, Rel. Min. Cláudio Santos, 3ª Turma, 13.8.90, unânime, **in** DJ 10.9.90, p. 9.124) (Idem, idem, REsp 3.630-RJ).

'Processo Civil. Prazo falimentar. Recurso. Contagem. Exegese. Incidência dos arts. 207, do Decreto-Lei nº 7.661/45 e 242, do CPC. Precedentes. Recurso conhecido e provido. Por força da redação dada ao art. 207, da Lei Falimentar (DL 7.661/45) pela Lei nº 6.014/73, os recursos falimentares correm da intimação das decisões, nos termos do art. 242, do CPC, inaplicando-se o disposto no art. 204, da Lei de Quebras.' REsp 1.714-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, 14.8.90, unânime, **in** DJ 17.9.90, p. 9.511).

'Falência. Recurso. Contagem de prazo. Nos processos falimentares, o procedimento e os prazos da apelação e do agravo de instrumento são os previstos no Código de Processo Civil (art. 207, da Lei de Falências, com a redação dada pela Lei nº 6.014/73). De rigor, assim, para a fluência do prazo recursal, a intimação da parte nos termos do disposto nos arts. 242 e 506, do CPC. Recurso especial conhecido e provido.' (REsp 3.148-RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma 28.8.90, unânime, **in** DJ 1º.10.90, p. 10.450).

8. De outro lado, pretender a invalidade da intimação de fls. 52, da r. decisão monocrática que julgou as Recorrentes carecedoras da mencionada habilitação de

crédito, por conta de não constar nela o nome do Réu precedido da epígrafe 'Falência de ...', de acordo com o exigido no Decreto-Lei nº 7.661/45, art. 205, tampouco, **concessa venia**, merece acolhida. Sem dúvida, tal não sucedeu, no caso, porém não se há de dar tamanho prestígio ao exagerado formalismo, sabido que dita intimação não deixou de alcançar o completo entendimento das partes a que se referia e o diploma legal em foco não comina de nulidade, em caráter expresso, à citada omissão. Exatamente nesse sentido a ementa abaixo transcrita, a **contrario sensu**:

> 'Intimação. Publicação que omite nomes (CPC, art. 236, § 1º). É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, *suficientes para sua identificação* (CPC, art. 236, § 1º). Recurso conhecido e provido.' (REsp 2.929-BA, Rel. Min. Gueiros Leite, 3ª Turma, 13.8.90, unânime, **in** DJ 10.9.90, p. 9.126) (grifou-se).

9. Por fim, dizer, como o fazem as Recorrentes, que a indigitada apelação apenas não foi apresentada por justa causa, pois os DD. Patronos delas esperavam ser cientificados disso por via postal, parece demais.

10. Assim, ainda que uma das vens. decisões colacionadas como paradigmas, efetivamente, discrepe do ven. acórdão recorrido, não merece êxito, **rogata venia**, o recurso especial em tela."

Foram-me redistribuídos os autos, por prevenção, fls. 258/263.

Às fls. 265/273 a Massa Falida de Sotave Centro Oeste S.A., recorrida, apresentou agravo regimental.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Srs. Ministros, antes de examinar o recurso especial, esclareço que existe aqui agravo regimental, oferecido pela Massa Falida de Sotave Centro Oeste S.A.

> "... não se conformando com a r. decisão que determinou a prevenção de Vossa Excelência para a relatoria do presente recurso, em razão da apreciação de incidente anterior, relativo a outra Habilitação de Crédito também formulada (por outro credor — a Internacional Finance Corporation) na Falência de Sotave Centro Oeste S.A., vem interpor o presente Agravo Regimental, expondo, neste intento, o seguinte:..."

Ocorre que, em caso análogo, a Sotave não teve êxito, em acórdão para o qual escrevi essa ementa:

"Processo no STJ. Falência. Verificação e classificação dos créditos. Habilitações. Prevenção do relator, reconhecido por lhe já ter sido distribuído feito atinente a uma habilitação. Aplicação do art. 71 do Regimento. Agravo regimental não provido" (AgRg na Pet-530).

Tal o precedente, nego provimento ao agravo regimental de fls. 265/273.

2. Ultrafértil S/A Indústria e Comércio de Fertilizantes Fosfatados S/A — Fosfértil e Fertilizantes Nitrogenados do Nordeste S/A — Nitrofértil, empresas componentes do Grupo Petrofértil, declararam, na petição de fls. 02/04, seus créditos na falência de Sotave Centro Oeste S.A.

Por sentença de 19.10.90, publicada no DJ de 23, que circulou no dia 31, o juiz julgou as habilitantes carecedoras da habilitação, impondo-lhes os ônus da sucumbência ("... no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor do crédito habilitado, apurado na forma atrás explicitada").

Discute-se agora sobre o conhecimento da apelação, interposta em 17.1.91, porquanto dela o acórdão não conheceu. Manifestaram-se irresignadas as habilitantes com a intempestividade, que o acórdão proclamou, e têm por nula a intimação da sentença pela imprensa, à vista do disposto no art. 236, § 1º, do Cód. de Pr. Civil. Alegam que só tomaram conhecimento da sentença no dia 16.1.91.

O Diário da Justiça do Estado publicou o seguinte:

> "Autos de Habilitação de Crédito nº 663/88
>
> Autores: Ultrafértil S/A Ind. Com. Fertil. e outros
>
> Réu: Sotave Centro Oeste S/A
>
> Adv. Autor: José de Paula Monteiro Neto
>
> Adv. Réu: Nefritiri Alcântara
>
> Despacho:...", fl. 52.

A propósito dessa intimação vejam-se os motivos do recurso, nestas passagens:

> "Pela leitura que se faz da publicação da sentença proferida na habilitação de crédito das ora Recorrentes, feita no Diário Oficial do Estado de Goiás do dia 28/10/90, que circulou no dia 31/10/90, fls. 52, verifica-se que o dispositivo legal citado não foi atendido pois, além de a razão social da primeira Recorrente estar inaceitavelmente abreviado e de não ter constado a das demais Recorrentes, deixou também de constar do nome da Recorrida as epígrafes 'massa falida de..., e mais, não constou o nome do advogado exclusivo da litisconsorte Fertilizantes Nitrogenados do Nordeste S/A — Nitrofértil, Dr. Sérgio de Campos Sammarco, conforme o substabelecimento Sem Reservas de fls. 07, viciando aquele ato pelo fato

de não ter conseguido alcançar a sua finalidade, que é a de dar conhecimento às partes interessadas, de forma inequívoca.

Houve, portanto, incorreções no nome de uma das Recorrentes, omissão dos nomes de duas delas e omissão do nome do advogado de uma destas."

Porém, não cabe razão às recorrentes. Exato, no pormenor, o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, que opinou no sentido de ser mantido o acórdão recorrido, que assim se pronunciara:

"Como é de trivial sabença, uma vez inserto na publicação o nome da parte principal, seguido da expressão 'e outros', a intimação é válida (RTJ 87/910 e 89/891, RTFR 146/43 e RJTJESP 59/270). Como é presente, constou, da publicação, o nome da recorrente principal, seguido da expressão 'e outras' (cf. fls. 52). Não há, como se percebe qualquer anomalia de sorte a macular o ato intimatório.

O mesmo seja dito com respeito à alegada abreviação do nome da suplicante principal. É pacífico o entendimento de ser válida a intimação apenas com a publicação do 'nome incompleto da parte, desde que induvidosa a sua identificação' (RJTJESP 105/302). **In casu**, a publicação deixou certo que, em verdade, intimados foram: Ultrafértil S/A Ind. Com. Fertil. e outras (cf. fls. 52). Certeza essa que se completa, conforme observou com muita oportunidade a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça no seu douto parecer encontrado às fls. 118-122, com a publicação do número dos autos, do nome da apelada e dos nomes dos advogados das partes.

Alusivamente à levantada omissão, no ato publicitário, do número da inscrição do causídico na OAB, insta lembrar, com estribo na inteligência do art. 236, § 1º, do CPC, que a exigência ali especificada é para que conste, da publicação, o nome do advogado, jamais o número de sua inscrição na OAB."

Quanto ao substabelecimento com ou sem reserva de poderes, anota **Washington de Barros Monteiro**, com o que estou de pleno acordo, a decisão do Supremo Tribunal Federal segundo a qual "Ainda que não expressa no substabelecimento a reserva de poderes, esta se tem como pactuada, salvo renúncia, que só pode ser expressa" (**in** Curso..., 24ª ed., pág. 261 ou RF-157/205).

3. Mas, relativamente ao termo inicial para apelar, acho que as recorrentes têm razão. Pelo menos, em parte. A par do art. 97, § 1º da Lei de Falências, vieram aos autos julgados de outros tribunais, um dos quais com essa ementa: "Falência — Credor retardatário — Sentença — Apelação. Tendo o credor habilitado seu crédito a destempo,

mas antes de elaborado o quadro geral, deve ser incluído neste e o prazo para sua apelação contará da publicação do aludido quadro. Provido o agravo para a subida da apelação. Unânime." (Ag-1.737, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, de 16.2.87, fls. 214/216).

Ora, dispõe a Lei de Falências:

"Art. 97. Da sentença do juiz, na verificação do crédito, cabe apelação ao prejudicado, ao síndico, ao falido e a qualquer credor, ainda que não tenha sido impugnante.

§ 1º A apelação, que não terá efeito suspensivo, pode ser interposta até 15 (quinze) dias depois daquele em que for publicado o quadro geral dos credores, e será processada nos autos da impugnação."

.....

"Art. 98. O credor que se não habilitar no prazo determinado pelo juiz, pode declarar o seu crédito por petição em que atenderá às exigências do art. 82, instruindo-a com os documentos referidos no § 1º do mesmo artigo.

.....

§ 3º Com o parecer do representante do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz para os fins previstos no art. 92, cabendo, da sentença que julgar o crédito, recurso de apelação, que não terá efeito suspensivo."

Que o prazo para apelar corre a partir da publicação do quadro geral dos credores, esta 3ª Turma tem precedentes, ementados dessa forma:

— "Recurso especial — Prequestionamento.

Para que a matéria tenha-se como prequestionada, não é indispensável que a decisão recorrida haja mencionado os dispositivos legais que se apontam como contrariados. Importa que a questão jurídica, que se pretende por eles regulada, tenha sido versada.

Concordata — Verificação e impugnação de créditos.

Prazo para recurso.

O prazo para apelar da sentença que julga verificação e impugnação de crédito flui a partir da publicação do quadro de credores." (REsp-1.871, Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 23.4.90).

— "Falência. Habilitação de crédito. Prazo para a apelação. Conta-se da publicação do quadro de credores, quando se apela da sentença que julga verificação e impugnação de crédito. Precedente do STJ: REsp-1.871. Recurso especial conhecido e provido." (REsp-25.501, Sr. Ministro Nilson Naves, DJ de 30.11.92).

Sucede que o caso destes autos é de credor retardatário. Isto é, aquele que se não habilitou no prazo de-

terminado pelo juiz. Nesta hipótese, consoante o acórdão recorrido, que também se louvou na RT-593/79, conta-se o prazo para recorrer, à luz do § 3º do art. 98, "da sentença que julga o crédito, e não da publicação do quadro de credores tempestivamente habilitados".

Quero, no entanto, entender, talqualmente os acórdãos paradigmas, que o aludido § 3º aplica-se somente quando o credor retardatário tem o seu crédito apreciado após a publicação do quadro geral dos credores. Vejam-se esses trechos dos referidos padrões:

> "Ora, se, entretanto, como no caso dos autos, o quadro geral de credores é publicado posteriormente a essa habilitação de crédito retardatário, parece-me que se deva aplicar a lei geral, fazendo com que o recurso possa fluir da data dessa publicação. Na realidade, no caso presente, a Caixa Econômica Federal interpôs o recurso de apelação dentro do prazo, contado a partir da publicação daquele quadro geral.
>
> **Pontes de Miranda** (Tratado, XXIX/201, § 3.403, nº 6, Borsói, Rio, 1960) estatui: 'Em vez de se contar da publicação da sentença o prazo para interposição do recurso ou o trânsito em julgado, conta-se da publicação do quadro geral de credores'. Assim, nesses termos, dou provimento ao presente agravo. Custas **ex lege**..." (Ag-588001644, de fls. 208/209).

.....

"A inclusão ou não, do crédito retardatário no quadro de credores (art. 96), tem importância significativa para assinalar-se o **dies a quo** do prazo de recurso da sentença que julgar a habilitação. Se o julgado preceder a organização do quadro, o prazo recursal só fluirá a partir da publicação deste, incidindo o § 1º, do art. 97, da Lei de Falências. Isso implica em que, embora retardada a habilitação, o credor logrou emparelhar-se à situação processual dos atempados, por isso que o lapso recursal para todos será o mesmo. Nem pudera ser doutro modo, pena de tratamento diverso para situações que se equipararam.

Se, entretanto, o crédito retardatário só for verificado e classificado após a publicação do quadro geral de credores, aí não se observará o emparelhamento de situações processuais e o prazo para interposição do recurso contra a sentença fluirá a contar da publicação do decisório." (Ag-1.737, de fls. 214/216).

No caso concreto, a sentença apelada, pelo que vimos, foi proferida em 19.10.90, publicada no DJ de 23, que circulou no dia 31.10, mas o quadro geral dos credores, ao que se acha admitido nestes autos, foi publicado pela primeira vez no DJ de 23.11.90, que circulou no dia 11.12. Então, percebe-se que se trata de quadro publicado posteriormente, a partir de cuja publicação, que ade-

mais se exige, a teor do art. 205 da mesma Lei, que seja feita por duas vezes, é que se há de ter início o prazo para apelar. Quanto a este ponto, tenho por configurado o dissídio entre os acórdãos paradigmas e o recorrido, razão pela qual conheço do recurso especial.

Conhecendo do recurso pelo dissídio, dou-lhe provimento em parte, à vista dos julgados padrões bem assim do princípio inscrito nos precedentes desta Turma, para que, afastado o motivo com base no qual o acolheu a intempestividade, isto é, que se trata de caso regido pelo § 3º do art. 98 e não pelo § 1º do art. 97, o Tribunal retome o julgamento da apelação.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Acompanho V. Exa. É indispensável que as habilitações sejam julgadas por um único órgão sob pena de ameaçar-se **a par conditio**.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Tive ocasião, como os eminentes colegas, de receber substanciosos memoriais, ofertados por ambas as partes, e me preocupava com um aspecto: se poderíamos cuidar aqui da eventual nulidade da intimação, feita via publicação do quadro de credores, à míngua de prequestionamento de suas eventuais irregularidades.

Entretanto, parece-me que o Sr. Ministro Relator colocou bem a questão.

Tenho uma certa dificuldade em aceitar como fundamento do acórdão aquele que foi dado **ad argumentandum tantum**. É que muitas vezes — freqüentemente isso ocorre — reflete apenas a opinião pessoal de quem o enuncia pois, exatamente, porque colocado sem relevo, os outros integrantes do colegiado se abstêm de considerações sobre o tema, já que não é decisivo.

A causa merece ser examinada também sob este outro aspecto, na instância de origem.

Acompanho o Ministro Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, o que me preocupou a respeito desta causa é que o entendimento de contar-se prazo do quadro de credores acarreta a extensão do período para o recurso. Na verdade, ciente a parte, anteriormente, de que o seu crédito, a sua habilitação, foi julgada de uma determinada forma e não se contando daí o prazo, acaba dispondo ela de um prazo maior. Mas a Lei de Falências equipara todas situações. Isto pode ocorrer também com o credor que se habilita em tempo hábil, havendo impugnação. É o que entendo da interpretação conjunta dos artigos 97 e 98 da lei falimentar. Cuidando-se de crédito habilitado em tempo normal, desde

que impugnado, o prazo para recorrer de seu julgamento é o da publicação do Quadro Geral de Credores.

Neste caso, a situação é a mesma, desde que a decisão ocorra, com relação ao credor tardio, antes de publicado o Quadro Geral de Credores.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Aparte): Seria muito estranho que o credor retardatário tivesse sua situação definitivamente decidida antes daquele que obedeceu o prazo.

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Claro; e o prazo só será contado da sentença se o julgamento ocorrer depois de publicado o Quadro Geral de Credores.

Estou de acordo com a tese exposta pelo Sr. Ministro-Relator no sentido de que esse prazo deve ser contado da publicação do Quadro Geral de Credores.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.060-1 — GO — (93.0013339-0) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Rectes.: Ultrafértil S/A, Indústria e Comércio de Fertilizantes — Grupo Petrofértil e outros. Advogados: Ronaldo Rebello de Britto Poletti e outros. Recda.: Sotave Centro Oeste S/A — Massa Falida. Advogados: Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros. Sustentaram oralmente o Dr. Ronaldo Rebello Britto Poletti, pelos Recorrentes e o Dr. Joaquim Jair Ximenes Aguiar, pela Recorrida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, negou provimento ao agravo regimental da massa falida de Sotave Centro Oeste S/A. Prosseguindo no julgamento, unanimemente, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento parcial (em 15.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.245-2 — MG

(Registro nº 93.0014063-9)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Relator para Acórdão: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *João Antônio Martins*

Recorrido: *Fayal S/A*

Advogados: *Drs. Maria Zilda Fontes Mol e outros, e Gustavo Capanema de Almeida*

EMENTA: ***Processual Civil — Honorários advocatícios — Elevação do percentual incidente sobre o valor atribuído à causa.***

I — Jurisprudência e doutrina firmaram entendimento no sentido de que é admissível recurso adesivo com objetivo de revisão dos honorários ou sua elevação do percentual arbitrado sobre o valor da causa.

II — Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retomando o julgamento, renovado o Relatório, por maioria, conhecer do Recurso Especial, mas negar-lhe provimento. Vencidos os Senhores Ministros Relator e Nilson Naves. Lavrou o Acórdão o Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 14 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator para Acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Mandei autuar como recurso especial o agravo de instrumento, nos termos do art. 28, § 3º da Lei 8.038/90 e do art. 254, § 2º do Regimento Interno.

O Recurso é por contrariedade aos arts. 973 do Código Civil e 890 e mais ao art. 500 do Código de Processo Civil, além de dissídio sobre a interpretação deste último.

É como relato.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Não tenho por contrariados os arts. 973 do Código Civil e 890 do Código de Processo Civil, visto como a pretensão de consignar duas dívidas foi obstada pela justa recusa em relação a uma delas, não comprovada a sua existência e a insuficiência do depósito, quanto à outra, por isso que, expressa em BTNs, se quis pagar, uma em valores nominais da data do contrato, quando a ação foi ajuizada meses depois do vencimento, a demonstrar a insuficiência do que fora depositado; e a outra dívida, por não provada a sua existência, não poderia ser quitada e, ainda que se admitisse como integrante do mesmo contrato, por certo não poderia ser tida como complementação do depósito da outra.

São dívidas distintas, como descreve a inicial, daí porque o depósi-

to, com o objetivo de quitá-las, não poderia servir para a quitação de uma só, como quer o ora recorrente.

Estou, no entanto, porque contrariado o art. 500 do Código de Processo Civil, porquanto não vencida a recorrida, na primeira instância, não poderia ser conhecido o seu recurso, tanto mais quando não pedira ela, na contestação a condenação em honorários de advogado, pelo percentual máximo, não poderia ser considerada vencida se a sentença fixou o mínimo.

Isto posto, voto no sentido de conhecer, em parte, do recurso, para modificar o acórdão recorrido, e não conhecer da apelação adesiva.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.245-2 — MG — (93.0014063-9) — Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade. Relator p/Acórdão: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: João Antônio Martins. Advogados: Maria Zilda Fontes Mol e outros. Recdo.: Fayal S/A. Advogado: Gustavo Capanema de Almeida.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo e provendo o recurso, pediu vista o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Aguardam os Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro (em 29.06.93 — 3ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: O Acórdão recorrido deu provimento ao recurso adesivo, interposto pela ré da ação de consignação em pagamento, julgada improcedente, para elevar a verba honorária de 10% para 20% sobre o valor atribuído à causa.

O Eminente Senhor Ministro Relator *Dias Trindade* mandou autuar como Recurso Especial este Agravo de Instrumento, dele conhecendo em parte para, nesse ponto, ter como vulnerado o art. 500, do *CPC* e "modificar o acórdão recorrido e não conhecer da apelação adesiva".

Fê-lo ao fundamento de que:

> "Estou, no entanto, porque contrariado o art. 500 do *CPC* porquanto não vencida a recorrida, na primeira instância, não poderia ser conhecido o seu recurso adesivo, tanto mais quando não pedira ela, na contestação a condenação em honorários de advogado, pelo percentual máximo, não poderia ser considerada vencida se a sentença fixou o mínimo."

Quanto ao tema, colho da excelente obra "Honorários Advocatícios" (2ª ed. — Revista dos Tribunais), de **Yussef Said Cahali**, págs. 102/103 os seguintes trechos:

> "... se o vencedor ao qual não foram concedidos honorários de advogado, ainda que não pedidos, desfruta de legitimidade para apelar como recorrente principal, a fim de ver acrescentada à sentença a verba pretendida, enquadrando-se a sua situação no elastério da *sucumbência recíproca*

do art. 500 ("sendo vencidos autor e réu"), pois desatendido em pretensão a que teria direito, se pode apelar ante o pressuposto da lesividade, pode, igualmente, manifestar a sua adesão ao recurso do outro sucumbente, visando a obter a **reformatio in melius**; daí a tranqüila admissibilidade do recurso adesivo para a obtenção de honorários advocatícios não concedidos pela sentença; anotando-se, a respeito, que "a falta de fundamentação do recurso adesivo não é motivo suficiente para o seu não conhecimento, quando ele apenas reclama honorários de advogado".

Pelas mesmas razões, é de admitir-se o recurso adesivo pelo vencedor, que pretende ver reajustado o **quantum** dos honorários, carregado à responsabilidade do sucumbente-apelante principal, por arbitrado em desconformidade com os parâmetros legais ou com excessiva moderação."

E, ainda, citando nosso Eminente Colega Ministro **Athos Gusmão Carneiro:**

"Conforme assinala Athos Gusmão Carneiro, "orientação dominante, embora não uniforme, é no sentido de admitir o recurso adesivo interposto pela parte vencedora, objetivando tão-só sejam majorados seus honorários advocatícios, máxime quando fixados em limite inferior ao pretendido na inicial ou na resposta, ou em percentual aquém do mínimo previsto em lei. Considera-se ocorrer, então, parcial sucumbência no alusivo à verba honorária"."

Conclui:

"Se mesmo sob a égide da sistemática processual anterior, admitia-se recurso do vencedor tão-apenas para a elevação da honorária, pode-se afirmar, hoje, mais certamente, estar consolidada a jurisprudência no sentido da admissibilidade do recurso adesivo com objetivo específico de revisão dos honorários advocatícios arbitrados."

Fiel a essa doutrina, peço licença ao Senhor Ministro Relator para dissentir de seu Voto e não conhecer do recurso; mantendo em sua integralidade o Acórdão impugnado.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.245-2 — MG — (93.0014063-9) — Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade. Relator p/Acórdão: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: João Antônio Martins. Advogados: Maria Zilda Fontes Mol e outros. Recdo.: Fayal S/A. Advogado: Gustavo Capanema de Almeida.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Nilson Naves. Aguarda o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (em 21.09.93 — 3ª Turma).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Cláudio Santos, (§ 2º, art. 162, RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Tocante à alegação de ofensa ao art. 500 do Cód. de Pr. Civil, estão divergindo os Srs. Ministros Dias Trindade (relator) e Waldemar Zveiter. Leio os votos (lê).

Porém, no caso presente, a ré, ora recorrida, que se tornou vencedora, porque a sentença julgou improcedente a ação de consignação em pagamento que lhe fora movida, não se tornou vencida quanto aos honorários que lhe foram arbitrados. Isto porque, quando contestou, cingiu-se a pleitear fosse a ação julgada improcedente, "condenando-se a parte adversa ao pagamento de custas e demais encargos próprios da sucumbência,...". Portanto, lícito era ao juiz fixar livremente os honorários advocatícios. Fixando-os em dez por cento (10%), não se pode dizer que os tenha fixado em limite inferior ao pretendido na resposta. A propósito, confira-se a lição de Athos Gusmão Carneiro, citada pelo Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Não andou bem o acórdão recorrido, acolhendo e dando provimento ao recurso adesivo. É que não se cuidava originariamente de pleito vencido, que pudesse justificar a interposição de recurso adesivo. Considerando, também eu, ofendido o art. 500, acompanho o voto do Sr. Ministro Dias Trindade (relator), **data venia** do voto do Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Peço vênia para acompanhar o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. O recurso adesivo, além do requisito que lhe é específico, de existir recurso da parte adversa, não tem outro que não seja próprio daquele que poderia ter sido interposto em via principal.

Importa, assim, que o recorrente não haja obtido, com a sentença, tudo o que poderia obter. Considera-se vencido, e tem interesse em recorrer, se a sentença deu-lhe menos do que poderia, em tese, alcançar. Se os honorários foram fixados em 10% e o poderiam ter sido em 20%, ficou vencido nessa parte. Indiscutível que o recorrente poderia apelar em via principal, não há razão para que se lhe negue o recurso na adesiva.

Objeta-se que, ao contestar, o recorrente não formulou pedido no sentido de que os honorários devessem ser arbitrados no máximo legal. Com a devida vênia, não me parece que proceda a objeção. A rigor, o réu, ao contestar, sequer formula pedido em sentido técnico; não amplia os limites da lide. Limita-se a opor-se à pretensão do autor.

No que diz respeito à condenação em honorários e custas, de qualquer sorte, prescinde-se por completo de pedido. A Lei Processual determina

que o Juiz condene no pagamento dessas verbas, independentemente de qualquer postulação por parte daquele que dela se beneficie. No caso, superfluamente embora, o contestante mencionou que a sentença deveria condenar o autor em custas e honorários, sem referência a percentuais. O Juiz poderia perfeitamente ter fixado em 20%. Se poderia tê-lo feito, mas não o fez, o contestante, malgrado vencedor na causa, não obteve da sentença tudo o que poderia haver obtido, tendo, pois, interesse em recorrer.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.245-2 — MG — (93.0014063-9) — Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade. Relator p/Acórdão: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: João Antônio Martins. Advogados: Maria Zilda Fontes Mol e outros. Recdo.: Fayal S/A. Advogado: Gustavo Capanema de Almeida.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro, verificou-se empate na votação. Aguarda-se oportunidade para dar continuidade ao julgamento, renovando-se o relatório (em 28.09.93 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — DESEMPATE

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, lerei o relatório, sucinto e objetivo, como de resto, todos os relatórios e votos de S. Exa., Ministro Dias Trindade:

> "Mandei autuar como recurso especial o agravo de instrumento, nos termos do art. 28, § 3º, da Lei 8.038/90 e do art. 254, § 2º do Regimento Interno.
>
> O recurso é por contrariedade aos arts. 973, do Código Civil e 890 e mais ao art. 500 do Código de Processo Civil, além de dissídio sobre a interpretação deste último."

Questiona-se, aqui, sobre a possibilidade da parte apelar adesivamente, apenas para discutir o tema dos honorários de advogado. O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade entendeu que não tendo sido sucumbente, não vencida a recorrida na Primeira Instância, não poderia ser conhecido o seu recurso adesivo, tanto mais quanto não pediu, na contestação, a condenação em honorários de advogado pelo percentual máximo, razão pela qual não poderia ser considerada vencida, ainda que a sentença tenha fixado o mínimo.

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter proferiu o primeiro voto discordante do Exmo. Sr. Ministro-Relator, invocando lições de **Yussef Said Cahali**, na sua obra "Honorários Advocatícios", e, ainda, opinião manifestada pelo Eminente Colega Ministro Athos Carneiro, a entender que a parte poderia recorrer adesivamente em situações análogas.

Peço vênia ao Eminente Ministro-Relator, para acompanhar o Sr. Ministro Waldemar Zveiter, porquanto, entendo, também, que, podendo apelar da sentença, no caso em que a condenação em honorários for mínima, para pleitear mais, ainda que não tenha postulado em contestação uma condenação honorária no máximo permitido, pode a parte adesivamente pleitear a elevação desses honorários e, assim, em face dessas razões e nos termos do primeiro voto discordante, também conheço do recurso, mantendo em sua integralidade o acórdão impugnado. Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.245-2 — MG — (93.0014063-9) — Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade. Relator p/Acórdão: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: João Antônio Martins. Advogados: Maria Zilda Fontes Mol e outros. Recdo.: Fayal S/A. Advogado: Gustavo Capanema de Almeida.

Decisão: Retomando o julgamento, renovou-se o relatório, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial, mas negou-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Relator e Nilson Naves. Lavrará acórdão o Sr. Ministro Waldemar Zveiter (em 14.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Sr. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.826-4 — SP

(Registro nº 93.0016231-4)

Relator: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Município de São Paulo*

Recorridos: *Ludens Diversões Eletrônicas Ltda. e outros*

Advogados: *Drs. Lúcia Pereira de Azevedo e outros, e Jayme Queiroz Lopes Filho*

EMENTA: ***Processual — Processo cautelar — Honorários — Sucumbência — Condenação.***

I — A sentença que decidir o mérito do processo cautelar, "condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios." (CPC, art. 20)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Milton Luiz Pereira e Demócrito Reinaldo. Ausentes, justificadamente, os Ministros Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Brasília, 23 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O E. Tribunal de Justiça de São Paulo declarou acertada a condenação do sucumbente, em processo cautelar, ao pagamento de honorários advocatícios do vitorioso (fl. 390).

O Município de São Paulo interpôs recurso especial, fincado na alínea **c**.

Trouxe a confronto arestos dos EE. Tribunal de Justiça do Paraná e 1º Tribunal de Alçada Civil de S. Paulo (fl. 425).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): A Jurisdição civil atua em três grandes ramos, a saber: de conhecimento, de execução e cautelar.

Os dois primeiros ramos têm como escopo a entrega definitiva da prestação jurisdicional.

A jurisdição cautelar destina-se a manter as circunstâncias da lide, de tal modo que a pretensão vitoriosa no processo de conhecimento ou de execução venha a ser, efetivamente satisfeita.

Nesta circunstância, a tutela cautelar guarda natureza instrumental, em relação aos dois outros ramos da jurisdição.

As providências dela resultantes, embora possam gerar coisa julgada, têm caráter provisório.

Por ser acessória, a jurisdição cautelar não deixa de ser autônoma. Através dela se resolve um litígio bem diferenciado daqueles em que se envolvem os dois outros ramos da atividade jurisdicional.

Atento para a autonomia, o Direito Processual Civil brasileiro consagrou o processo cautelar, cujo rito é disciplinado pelo Código de Processo Civil. Sua existência começa com a citação e tem como termo final, a sentença.

Ora, se o ato judicial que encerra o processo cautelar é sentença. Se o encerramento ocorre com o reconhecimento de que a pretensão cautelar é procedente (ou improcedente), haverá sentença de mérito. Se há sentença de mérito, haverá definição de vencedor e vencido.

Em havendo sucumbente, incide o preceito contido no Art. 20 do CPC, a determinar a condenação deste, no pagamento de despesas e honorários de advogado.

Como se percebe, a condenação do sucumbente, no pagamento de honorários advocatícios, é uma imposição do Art. 20.

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, conduzida pelo E. Min. Nilson Naves, consagrou este entendimento (REsp 12.554).

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.826-4 — SP — (93.0016231-4) — Relator: O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Recte.: Municipalidade de São Paulo. Advogados: Lúcia Pereira de Azevedo e outros. Recdos.: Ludens Diversões Eletrônicas Ltda. e outros. Advogado: Jayme Queiroz Lopes Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 23.03.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Demócrito Reinaldo.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.170-2 — SP

(Registro nº 93.0017393-6)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Paulo Sérgio Consoni Crosta*

Recorrida: *Maria Aparecida Britto Arantes Consoni Crosta*

Advogados: *Fernando Antônio Neves Baptista e outros, e Regina Maria Machado Costa e outro*

EMENTA: *Alimentos*. Medida Cautelar. Alimentos Provisionais. Prestações vencidas e não pagas. Sentença definitiva favorável ao alimentante. Execução (possibilidade).

Tendo a mulher obtido a concessão de alimentos provisionais, através de medida cautelar, a superveniência de sentença favorável ao alimentante, na ação principal de separação judicial, não lhe afeta o direito de executar as prestações vencidas e não pagas. A

característica de antecipação provisória da prestação jurisdicional, somada à de irrepetibilidade dos alimentos garantem a eficácia plena da decisão concessiva dos alimentos provisionais. Do contrário, os devedores seriam incentivados ao descumprimento, aguardando o desfecho do processo principal.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Brasília, 13 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Maria Aparecida B. A. C. Crosta promoveu contra o marido medida cautelar para obtenção de alimentos provisionais, — enquanto tramitavam ações entre o casal, — tendo sido fixada a verba mensal de 20 salários mínimos. A ação de separação movida pelo marido veio a ser julgada procedente, restando a mulher sem direito à guarda dos filhos e aos alimentos. Constou da sentença: "Observo, contudo, que as liminares concedidas só perderão a sua eficácia com o trânsito em julgado desta" (fls. 43).

Com a carta de sentença, a mulher promoveu a execução provisória, pleiteando o pagamento das parcelas alimentícias vencidas e não pagas. Homologado o cálculo de liquidação, apelou o cônjuge varão, inconformado com a exigência de alimentos pretéritos depois de decretada a separação do casal por culpa exclusiva da mulher e negado seu direito a alimentos.

A eg. 7ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, negou provimento à apelação, sob o argumento de que são devidos os alimentos provisionais até o trânsito em julgado da sentença de separação judicial, não cabendo a discussão sobre a culpa entre os cônjuges (fls. 265/267).

Inconformado, interpôs o sucumbente recurso especial, pelas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, alegando negativa de vigência aos arts. 808, III, do CPC e 13, §§ 2º e 3º, da Lei 5.478/68, além de dissídio com aresto do Pretório Excelso. Invoca, também, julgados do próprio

TJSP. Em suma, sustenta indevidos os alimentos provisionais que não pagou, porque obtidos em medida cautelar que, por ter caráter provisório, teve cessados seus efeitos quando vencida a credora na demanda principal de separação judicial; a decisão proferida na cautelar não subsistirá aos efeitos da decisão principal (fls. 277/286).

O il. 3º Vice-Presidente do Tribunal de origem, Des. Yussef Cahali, admitiu o apelo especial pela alínea **a** (fls. 304/305), subindo os autos a esta Superior Instância, com as contra-razões de fls. 288/298. Opinou o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso (fls. 312/314).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): O recurso propõe o exame de dois princípios, aparentemente antagônicos: de um lado, a irrepetibilidade dos alimentos; de outro, a provisoriedade das medidas cautelares. Enquanto o primeiro sugere a idéia de prestação irreversível, o outro lembra que a cautela tem o seu destino ligado à ação principal, daí as regras sobre a cessação da eficácia (art. 808) e reposição das coisas assim como eram antes (art. 811). No entanto, como se disse, o antagonismo é apenas aparente. As cautelas admitem, na sua classificação segundo a finalidade, na lição do mestre, a categoria das que têm por finalidade obter segurança mediante a antecipação provisória da prestação jurisdicional, na qual se incluem os alimentos (**Galeno Lacerda**, Comentários ao CPC, Forense, VIII, I, p. 15). Essa característica de antecipação, que leva a decisão sobre a concessão de alimentos provisionais para as proximidades das liminares (**Humberto Theodoro Jr.**) ou de esquema de execução provisória (**Ovídio Baptista da Silva**), não elimina sua cautelaridade (idem, v. VIII, p. 368 e seguintes), enquanto que a irrepetibilidade garante a eficácia plena, enquanto persistente a medida, da decisão concessiva da prestação alimentar. Isto é, enquanto viger a decisão que concede alimentos provisionais, o direito dela decorrente se incorpora no patrimônio jurídico do credor e pode ser objeto de execução. Pouco importa a solução final a ser dada ao processo principal, no caso, à ação de separação do casal; importa ainda menos saber se o devedor cumpriu ou não com a sua obrigação, no tempo devido, pois o caráter antecipatório da medida a torna infensa a tais aspectos.

Disse o recorrente que o reconhecimento do nenhum direito da mulher aos alimentos, nas decisões que julgaram definitivamente as ações, elimina a possibilidade dela vir querer receber aquilo que lhe fora deferido provisionalmente. Não tendo ainda sido pagas as prestações, desapareceu o direito à sua cobrança. A tese é sedutora, na medida em que dá realce à acessoriedade da

medida cautelar, e porque suscita, em alguns casos, sentimentos éticos, a que estão comumente ligadas as questões familiares. Contudo, não tem procedência. A acessoriedade, assim como a provisoriedade da cautela devem ser examinadas no caso específico dos alimentos provisionais, cuja regulação de direito material não permite se lhes dispense o mesmo tratamento de outras situações jurídicas, adequadas à cautela de segurança para a execução ou para a produção de provas.

Cumpre ainda referir que a aceitação do entendimento manifestado no recurso seria incentivo ao descumprimento da obrigação de prestar alimentos não definitivos, com ofensa grave aos interesses que o sistema jurídico pretende proteger, pois a obrigatoriedade do pagamento das prestações mensais ficaria condicionada ao desenlace na ação principal. Se fosse correta essa interpretação, o comportamento esperável dos devedores seria o descumprimento da obrigação, no aguardo de uma decisão favorável.

Não excluo a possibilidade de, tais sejam as circunstâncias de fato, possa o juiz do feito decidir pela inexigibilidade de uma parcela dos alimentos ainda não pagos, atendendo ao que dispõe os artigos 811 e 16 do CPC, mas isso constitui matéria de fato inapreciável neste recurso especial.

Isto posto, penso que o v. acórdão recorrido não violou o disposto no artigo 808, III, do CPC, ao manter a exigibilidade dos alimentos pretéritos.

De igual modo, não há ofensa aos parágrafos 2º e 3º do artigo 13, da Lei 5.478/68. O § 3º afirma, em vez de negar, a obrigatoriedade de pagamento dos alimentos provisórios até decisão final, o que se contrapõe, em princípio, à pretensão do recorrente. O § 2º contém uma regra própria às ações de alimentos ajuizadas nos termos da lei especial, isto é, por quem dispõe de prova preconstituída da obrigação alimentar, que tem direito, desde logo, aos alimentos provisórios; a eventual modificação do que foi estipulado no despacho liminar é que retroage à data da citação. Não é o caso dos autos.

Sobre a divergência, deixou o recorrente de indicar paradigma que tenha apreciado de modo diverso o tema decidido no v. acórdão recorrido. Além de respeitáveis acórdãos do mesmo eg. Tribunal, que não se prestam para o especial, os acórdãos do Tribunal Excelso apenas referem, nas partes indicadas, as características das medidas cautelares, sem que tenham enfrentado a possibilidade de cobrança de alimentos provisionais deferidos mas não pagos, sobrevindo sentença desfavorável à alimentanda, que é o nosso assunto.

Por último, é de ser dito que o recorrente deveria ter recorrido da decisão que mantivera a eficácia da medida liminar até o trânsito em

julgado da sentença na ação de separação judicial, e não apenas se insurgir agora, das decisões que simplesmente homologaram o cálculo do débito, na execução do que fora anteriormente decidido.

Por isso, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.170-2 — SP — (93.0017393-6) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recte.: Paulo Sergio Consoni Crosta. Advogados: Fernando Antonio Neves Baptista e outros. Recda.: Maria Aparecida Britto Arantes Consoni Crosta. Advogados: Regina Maria Machado Costa e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 13.06.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.293-8 — CE

(Registro nº 93.0017697-8)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Mercantil Factoring Faturização Ltda.*

Recorrido: *Unit — Construtora e Incorporadora Ltda.*

Advogados: *Drs. Carlos Otávio de Arruda Bezerra e Marcus Vinicius Cavalcanti Soares e outro*

EMENTA: ***Execução. Nota promissória. Endosso em branco. Legitimidade de parte.***

Tratando-se de endosso em branco, prescindível é que o endossatário, portador do título, aponha o seu nome no verso da cártula antes de ajuizar a execução.

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 unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relató-

rio e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antonio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 08 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Na execução por nota promissória que lhe move "Mercantil Factoring Faturação Ltda.", "Unit — Construtora e Incorporadora Ltda." opôs embargos do devedor, alegando ilegitimidade da exeqüente, pois o título foi emitido em favor de "Ortecal Org. Téc. de Concreto Armado Ltda." e por ela endossado em branco. Acentuou que não se admite nota promissória ao portador, pois a lei exige expressamente o nome do credor ou do beneficiário.

O MM. Juiz de Direito julgou improcedentes os embargos, ao argumento de que "a nota promissória é transferível pela via de endosso o que não se constitui em nenhuma novidade, podendo o endosso ser em branco como acontece no caso em apreciação. O endosso em branco consiste simplesmente na assinatura do endossante e neste caso para ser válido deve ser escrito no verso do título como aconteceu" (fls. 44).

A Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Ceará, porém, deu provimento à apelação interposta pela embargante para concluir pela procedência dos embargos, em Acórdão que porta a seguinte ementa:

> "Execução. Não é nota promissória o escrito a que faltar o nome da pessoa que se apresenta em Juízo dizendo-se dela credora. Sem tal requisito o título desnatura-se: o exeqüente é parte ilegítima para promover sua cobrança por ser o dito título inexeqüível.
>
> Apelação provida. Sentença reformada. Decisão unânime" (fls. 77).

Rejeitados os declaratórios, a embargada manejou recurso especial com supedâneo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, asseverando vulneração dos arts. 14, 75, nº 5, e 76 da Lei Uniforme, promulgada pelo Dec. nº 57.663/66, além de dissenso interpretativo com aresto do Tribunal de Alçada do Paraná (Jurisprudência Brasileira 148/61). Segundo a recorrente, a lei exige a indicação do nome do beneficiário da cártula em seu anverso, mas não o nome do endossatário para legitimá-lo à propositura da execução.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Observo, preambularmente, que se satisfaz **in casu** o requisito do prequestionamento, porquanto desde os embargos opostos pela ora recorrida se vem discutindo acerca da necessidade ou não da identificação do endossatário, a fim de legitimá-lo ao ajuizamento da execução.

O V. Acórdão decidiu pela ilegitimidade da recorrente sob o fundamento de que, feito o endosso em branco, do título deveria constar o nome do credor, ou seja, do endossatário.

A Lei Uniforme, no entanto, impõe como requisito formal à validade da nota promissória a "indicação da pessoa a quem ou à ordem de quem deve ser paga" (art. 75, nº 5). Isto, em verdade, o título objeto da presente execução contém: a beneficiária da cártula é a empresa 'Ortecal Org. Téc. de Concreto Armado Ltda.', que a endossou em branco" (fls. 5 v.).

Para o exercício da ação de execução, não é de rigor que se faça consignar no verso da cambial o nome do endossatário, pois que, como dito, se cuida na espécie de endosso em branco. Conforme dimana do art. 16 da mesma Lei Uniforme, "o detentor de uma letra é considerado portador legítimo se justifica o seu direito por uma série ininterrupta de endossos, mesmo se o último for em branco".

Fran Martins a propósito leciona que:

"Entende-se por *endosso em branco* aquele em que o endossante não designa a pessoa a quem transfere a letra. Nesse caso, o endosso é feito mediante a simples assinatura, de próprio punho, do endossante no verso da letra, ou a assinatura de mandatário que tiver poderes especiais para tal.

Com o endosso em branco o título passa a assemelhar-se a um título ao portador, podendo o seu detentor transferi-lo a qualquer pessoa mediante a simples tradição manual, considerando-se legítimo proprietário da letra aquele que a detiver (Lei Uniforme, art. 16). Trata-se, apenas, como bem esclarece **Carvalho de Mendonça**, de uma simples semelhança, não passando o título a ser juridicamente uma letra ao portador" (Títulos de Crédito, vol. I, págs. 170/171, 2ª ed.).

Idêntica a diretriz traçada pelo insigne mestre **J. X. de Carvalho Mendonça, in verbis:**

"O possuidor da letra de câmbio endossada em branco é o seu legítimo proprietário, devendo, porém, achar-se ininterrupta a série de endossos anteriores desde o primeiro até o endossador do endosso em branco.

Seguindo-se ao endosso em branco outro endosso, presume-se

haver o endossador deste adquirido por aquele a proprietário da letra" (Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. V, pág. 280, ed. 1934).

Mais adiante, o ilustre comercialista assim pontifica;

"O endosso em branco empresta à letra de câmbio a semelhança de um título ao portador. A transmissão se efetua pela simples tradição; o possuidor nenhuma responsabilidade cambial assume.

Note-se, porém, que a letra de câmbio endossada em branco não é juridicamente um *título ao portador*; ao contrário, mantém o caráter de *título à ordem*:

1º porque o possuidor para receber a soma cambial precisa justificar a legitimidade da sua posse com a série contínua de endossos, visto como o endosso em branco, como o em preto, somente á válido quando se liga à cadeia dos endossos anteriores, isto é, quando se inicia com o tomador indo sem interrupção até o último endossatário, que figura na letra de câmbio;

2º porque o possuidor pode em qualquer momento transformar de novo a letra endossada em branco em letra endossada em preto, e designar o endossatário, escrevendo acima da assinatura do endossador em branco o seu próprio nome ou de terceiro a quem a transfira, ou colocando abaixo do endosso em branco já existente outro endosso em branco com a sua assinatura" (ob. cit., pág. 281).

Não discrepa o ensinamento de **Pontes de Miranda**, para quem:

"O endosso em branco é à semelhança do título ao portador, sem que uma nota promissória em branco se considere título ao portador. O que recebe uma nota promissória endossada em branco e não lança o seu nome no título é possuidor, sem se fazer obrigado cambiário" (Direito Cambiário, II, Nota Promissória, pág. 127, José Olympia Editora).

Conseqüentemente, não se tem no caso um título ao portador, mas sim um título à ordem. Como tal, a lei não exige que o endossatário tenha que apor o seu nome no verso do quirógrafo antes de ingressar com a ação de execução.

Nessas condições, tenho que o Acórdão hostilizado malferiu ao menos o art. 75, nº 5, c.c o art. 76 da Lei Uniforme (Dec. nº 57.663/66). Apenas não vejo lavrado o dissídio de julgados, uma vez que o paradigma selecionado não enfoca precisamente a mesma questão de direito versada no **decisum** recorrido.

Ante o exposto, conheço do recurso pela letra **a** do admissivo constitucional e dou-lhe provimento, a fim de restabelecer a decisão de 1ª instância.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.293-8 — CE — (93.0017697-8) — Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Mercantil Factoring Faturização Ltda. Advogado: Carlos Otávio de Arruda Bezerra. Recdo.: Unit — Construtora e Incorporadora Ltda. Advogados: Marcus Vinicius Cavalcanti Soares e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 08.02.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.310-1 — SP

(Registro nº 93.0017715-0)

Relator: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Estado de São Paulo (Fazenda Estadual)*

Recorrida: *Masoneilan e Companhia Ltda.*

Advogados: *Drs. Carlos Weis e Luiz Antônio Alvarenga Guidugli e outros*

EMENTA: ***Processual — Recurso especial — Acórdão obscuro e omisso — Embargos declaratórios.***

— Acórdão obscuro ou omisso não se expõe, de imediato, a recurso especial. O recurso específico, para suprir tais deficiências é o de embargos declaratórios (CPC, Art. 530).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 11 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Estado de São Paulo interpõe recurso especial contra o V. Acórdão de fls. 285, expresso nestes termos:

> "Julgada procedente a ação proposta por Masoneilan & Cia., para anular débito fiscal, sujeita a sentença ao reexame necessário, apelou a Fazenda do Estado de São Paulo.
>
> Contra-arrazoado o apelo, vieram os autos a este Tribunal.
>
> É o que se acrescenta ao relatório de fls. 261.
>
> O MM. Juiz analisou muito bem a causa, dando-lhe correta decisão, que se adota.
>
> As alentadas razões de apelação, bem rechaçadas pela apelada, não conseguiram abalar a boa fundamentação da sentença.
>
> Ante o exposto, negam provimento aos recursos."

O Recurso, fomentado na alínea **a**, acusa o Acórdão, de haver desrespeitado os Arts. 165 e 458, II do Código de Processo Civil. Assevera que o Aresto, "como se percebe de sua leitura, não traz em seu bojo qualquer fundamentação para sua decisão, como exigido pela Lei Processual Maior nos citados dispositivos, garantidores da segurança inerente ao estado de Direito" (fls. 303).

O Recorrente sustenta, ainda, que o Aresto feriu, frontalmente, o Art. 178 do Código Tributário Nacional.

Esta, a controvérsia que nos traz o recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O Art. 105, III da Constituição Federal outorga competência ao Superior Tribunal de Justiça, para "julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância..."

Decisão de última instância é aquela contra a qual não se admita qualquer recurso ordinário.

Ora, se o Acórdão padece, como afirma o Recorrente, de manifesta obscuridade e omissão, nosso Direito Processual reserva um recurso ordinário para o aprimorar: os embargos declaratórios (CPC, Art. 530).

Neste circunstância, antes de interpor o recurso especial, o Estado recorrente deveria ter-se utilizado dos embargos declaratórios, exaurindo a "instância ordinária".

Como não o fez, deixou de adimplir um dos pressupostos do recurso especial: a existência de decisão de última instância.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.310-1 — SP — (93.0017715-0) — Relator: O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogado: Carlos Weis. Recdo.: Masoneilan e Companhia Ltda. Advogados: Luiz Antonio Alvarenga Guidugli e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 11.04.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.660-7 — RJ
(Registro nº 93.0018750-3)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*
Recorrente: *Paulo Ferreira da Silva*
Advogados: *Drs. Luiz Eduardo Peregrino Fontenelle e outro*
Recorrido: *Instituto Nacional de Seguro Social — INSS*
Advogados: *Drs. Aline Rodrigues Santos e outros*

EMENTA: ***Previdenciário. Acidente do trabalho. Auxílio suplementar. Hipoacusia.***

— Comprovado por meio de perícia de que o empregado sofreu redução, em grau mínimo, da capacidade auditiva, exigindo maior esforço na realização laborativa, face as condições ambientais de trabalho, faz ele jus ao auxílio complementar previsto na Lei nº 6.367/76.

— Aplicação da Súmula nº 44 do STJ.

— Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Brasília, 22 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. O Presente Acórdão deixa de ser assinado por motivo de licença do Sr. Ministro-Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Trata-se de recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, por Paulo Ferreira da Silva, obreiro, eis que irresignado com o venerando acórdão proferido pela egrégia Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

> "Acidente do Trabalho. Redução da capacidade auditiva. Hipoacusia bilateral. A indenização, segundo disposição expressa da legislação, somente é devida quando constatada a redução da capacidade auditiva acima de 50 decibéis em ambos os ouvidos" (fls. 74).

Aduz o recorrente, em síntese, que o venerando **decisum** contra o qual investe contrariou o artigo 9º da Lei nº 6.367/76, bem assim dissentiu da esteira jurisprudencial de outros Tribunais e, em particular, desta egrégia Corte.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 109/110.

Subindo os autos, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em o seu parecer, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Sobre o **thema decidendum**, não lavra controvérsia no âmbito desta Corte, que sintetizou seu entendimento na Súmula nº 44, com o seguinte verbete:

> "A definição, em ato regulamentar, de grau mínimo de disacusia, não exclui, por si só, a concessão do benefício previdenciário."

Atento à orientação firmada a respeito, expressa na jurisprudência sumulada do Tribunal, dou provimento ao recurso para, reformando o v. acórdão recorrido, condenar a autarquia previdenciária — Instituto Nacional de Seguro Social — INSS — a pagar ao recorrente o auxílio suplementar previsto no art. 9º da Lei nº 6.367/76, a partir do laudo pericial.

Condeno, ainda, o recorrido em juros moratórios, a partir da citação, e em honorários advocatícios de 10% sobre o valor das prestações vencidas mais um ano das vincendas.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.660-7 — RJ — (93.0018750-3) — Relator: O Sr. Ministro Anselmo Santiago. Recte.:

Paulo Ferreira da Silva. Advogados: Luiz Eduardo Peregrino Fontenelle e outro. Recdo.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogados: Aline Rodrigues Santos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 22.03.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.228-3 — SP

(Registro nº 93.0020917-5)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Município de São Bernardo do Campo*

Advogados: *Drs. Wladimir Cabral Lustoza e outros*

Recorridos: *Vicente de Paulo Oliveira e cônjuge*

EMENTA: Desapropriação. Imissão provisória na posse. Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, art. 15, § 1º, c.

I — Não nega vigência ao § 1º do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, o acórdão que condiciona a imissão provisória na posse do imóvel expropriado ao prévio depósito do seu valor fixado em avaliação prévia.

II — Tal entender implica considerar que o referido dispositivo não se harmoniza com o art. 5º, XXIV, da Constituição, que exige, para a desapropriação, "justa e prévia indenização em dinheiro", achando-se, pois, revogado. Com efeito, não se pode olvidar que a perda da posse significa, em última análise, a supressão de quase todos os poderes inerentes ao domínio.

III — 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimida-

de, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Brasília, 24 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Em ação de desapropriação, o *Município de São Bernardo do Campo* agravou de instrumento contra decisão de primeira instância que determinou a prévia imissão provisória na posse, somente após o depósito integral do valor do imóvel fixado em avaliação prévia.

Ao manter a decisão monocrática a Décima Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negou provimento ao recurso, aduzindo (fls. 54-55):

> "Ora, a retirada do uso e gozo do bem expropriando por parte da expropriante significaria, no plano econômico-jurídico, o início da desapropriação, porque "desapropriar", escreve **Pontes de Miranda**, "não é só atingir o poder de dispor. Desapropria-se mesmo se deixa a propriedade ao titular do direito, como, por exemplo, se só se lhe tira o uso" (**Op. Cit.** pág. 401). Em suma: o Poder Público estaria já desapropriando, já obtendo dois dos três atributos da propriedade, sem pagar ao expropriado a indenização prévia, isto é, estaria primeiro desapropriando e depois pagando em desobediência ao texto constitucional.
>
> Assinale-se, por derradeiro, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "apenas o **caput** do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41 foi recepcionado pela nova Carta. São incompatíveis com o princípio constitucional da prévia e justa indenização os demais parágrafos do citado art. 15" (Recurso Especial nº 25.811-3 — São Paulo).
>
> Assim, mostra-se correta a r. decisão agravada ao condicionador eventual deferimento da imissão provisória ao depósito do valor do bem desapropriado.
>
> Daí o improvimento do recurso."

Inconformado com essa decisão, o recorrente interpôs recurso especial com esteio no art. 105, III, letras **a** e **c** da Constituição Federal, alegando negativa de vigência ao art. 15, § 1º, **c** do Decreto-lei nº 3.365/41, como também dissídio jurisprudencial.

Sem contra-razões (fls. 68), o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 69-71), subiu a esta Corte, onde me veio distribuído.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): O acórdão guerreado não merece nenhuma censura. Sua fundamentação não afronta, a meu ver , o art. 15, § 1º, letra **c**, do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, porquanto, segundo vem entendendo esta Turma, o citado preceito não se harmoniza com o art. 5º, XXIV, da Constituição, que exige para a desapropriação, como a presente, "justa e prévia indenização em dinheiro". Não se pode olvidar que a perda da posse significa, em última análise, a supressão de quase todos os poderes inerentes ao domínio.

A propósito do assunto, transcrevo, a seguir, ementas relativas a processos de que fui relator, todos julgados por unanimidade, que refletem bem o posicionamento da Turma sobre a matéria:

"Desapropriação. Imissão provisória na posse. Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, art. 15, § 1º.

Recurso especial. Revogação de lei ordinária por texto constitucional superveniente. Questão infraconstitucional. Cabimento.

I — Não nega vigência ao § 1º do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, o acórdão que condiciona a imissão provisória na posse do imóvel expropriado ao prévio depósito do seu valor fixado em avaliação prévia.

II — Tal entender implica considerar que o referido dispositivo não se harmoniza com o art. 5º, XXIV, da Constituição, que exige, para a desapropriação, "justa e prévia indenização em dinheiro". Com efeito, não se pode olvidar que a perda da posse significa, em última análise, a supressão de quase todos os poderes inerentes ao domínio.

III — A questão relativa à revogação de lei por texto constitucional superveniente é de índole infraconstitucional, achando-se no âmbito do recurso especial.

IV — Recurso especial não conhecido." (REsp nº 12.350-0-SP, Julg. 03.05.93, DJ 17.05.93)

"Desapropriação. Imissão provisória na posse. Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-41, art. 15, § 1º, **c**.

I — Não nega vigência ao art. 15, § 1º, **c**, do Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-41, o acórdão que condiciona a imissão provisória na posse do imóvel expropriado ao prévio depósito da metade do seu valor fixado em avaliação provisória. Dissídio pretoriano não configurado.

II — Recurso especial não conhecido." (REsp nº 17.869-SP, Julg. 03.05.93, DJ 14.06.93)

"Desapropriação. Imissão provisória na posse. Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, art. 15, § 1º.

Recurso especial. Revogação de lei ordinária por texto constitucional superveniente. Questão infraconstitucional. Cabimento.

I — Não nega vigência ao § 1º do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, o acórdão que condiciona a imissão provisória na posse do imóvel expropriado ao prévio depósito do seu valor fixado em avaliação prévia.

II — Tal entender implica considerar que o referido dispositivo não se harmoniza com o art. 5º, XXIV, da Constituição, que exige, para a desapropriação, "justa e prévia indenização em dinheiro". Com efeito, não se pode olvidar que a perda da posse significa, em última análise, a supressão de quase todos os poderes inerentes ao domínio.

III — A questão relativa à revogação de lei por texto constitucional superveniente é de índole infraconstitucional, achando-se no âmbito do recurso especial.

IV — Recurso especial não conhecido." (REsp nº 33.480-2-SP, Julg. 17.05.93, DJ 18.06.93)

"Desapropriação. Imissão provisória na posse. Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, art. 15. Decreto-lei nº 1.075, de 22.01.70, art. 3º.

Recurso especial. Revogação de lei ordinária por texto constitucional superveniente. Questão infraconstitucional. Cabimento.

I — O **caput** do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41 está em vigor, estando os seus parágrafos derrogados pelo texto constitucional superveniente.

II — Não nega vigência ao § 1º do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, nem ao art. 3º do Decreto-lei nº 1.075, de 22.01.70, o acórdão que condiciona a imissão provisória na posse do imóvel expropriado ao prévio depósito do seu valor fixado em avaliação prévia.

III — A questão atinente à revogação de lei ordinária por texto constitucional subseqüente é de índole infraconstitucional, achando-se no âmbito do recurso especial.

IV — Recurso especial não conhecido." (REsp nº 11.984-0-SP, Julg. 03.05.93, DJ 17.05.93)

Finalmente, não há divisar o alegado dissídio pretoriano, porquanto o acórdão atacado foi proferido com a mesma orientação adotada por esta Corte. É o que diz a Súmula nº 83:

"Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Em conclusão, pois, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.228-3 — SP — (93.0020917-5) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Município de São Bernardo do Campo. Advogados: Wladimir Cabral Lustoza e outros. Recdos.: Vicente de Paulo Oliveira e cônjuge.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 24.11.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.363-8 — SP

(Registro nº 93.0021287-7)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrente: *Bongiovanni Restaurante Ltda.*

Recorrida: *Isabel Aparecida de Toledo Balsabino*

Advogados: *Drs. Maurício Barbante Melo e Antônio de Pádua Ramos Paulinetti*

EMENTA: ***Responsabilidade civil. Furto de veículo entregue a preposto de restaurante.***

— A responsabilidade pela indenização assenta no dever de guarda que decorre da entrega do veículo ao preposto do estabelecimento para tal fim designado, pouco importando a existência, ou não, de estacionamento próprio.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, 13 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: O recurso espe-

cial foi admitido mediante despacho do seguinte teor (fls. 89/90):

"Cuida-se de recurso especial, fundado no art. 105, III, **a** da Constituição Federal, contra acórdão da 7ª Câmara Civil, que deu provimento à apelação, para julgar procedente a ação de indenização decorrente de furto de veículo, que havia sido entregue a manobrista de restaurante, ocorrida a subtração em via pública.

Alega o recorrente que o aresto contrariou o art. 159 do Código Civil, ao responsabilizá-lo por fato para o qual não concorreu de nenhuma forma.

Na espécie estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, pois a questão jurídica suscitada, relativamente a saber se o estabelecimento comercial responde pelo furto de veículo entregue a manobrista seu para estacionamento na via pública, deve ser submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe velar pela uniformidade de interpretação da legislação federal ordinária.

A matéria foi razoavelmente exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, assim o requisito do prequestionamento, não incidindo os demais vetos regimentais ou sumulares.

Em tais condições, dou seguimento ao recurso."

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): Os precedentes do STJ são no sentido de que a obrigação de indenizar, em casos tais, funda-se no dever de guarda que decorre da entrega do veículo, pelo cliente, ao preposto do estabelecimento.

É verdade que, no caso concreto, embora entregue o veículo ao manobrista, a subtração ocorreu em via pública, o que lhe dá conotação específica.

Tal circunstância, porém, me parece irrelevante, porquanto a obrigação de ressarcir nasce da tradição do veículo que dá origem ao dever de guarda, como bem anotou o v. acórdão recorrido, **verbis** (fls. 74/75):

"Com efeito, é inequívoco que, no preâmbulo da relação contratual que se estabelece entre o cliente do estabelecimento e seus responsáveis, existe tradição do veículo, ocorrida com a entrega das chaves ao manobrista, que lá está postado não apenas para estacionar os veículos. Ao contrário, tratando-se de indivíduo uniformizado e portando crachá de identificação, ele aparenta ser responsável também pela segurança do veículo que irá se estacionado, e durante todo o tempo de permanência do cliente no interior do estabelecimento. Refoge do razoável pretender

supor que os serviços do manobrista estejam limitados a estacionar o veículo, tanto assim, que, inquirida a testemunha a fls. 51, justamente um dos manobristas, ele esclareceu que recebe orientação para "olhar" os veículos, ou seja, zelar pela segurança dos automóveis."

Aliás, os precedentes já referidos desta Corte partem do pressuposto de que a responsabilidade pela indenização assenta no dever de guarda que decorre da entrega do veículo ao preposto do estabelecimento, pouco importando a existência, ou não, de estacionamento próprio.

No meu sentir, o acórdão recorrido aplicou corretamente o art. 159 do Código Civil, razão pela qual não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.363-8 — SP — (93.0021287-7) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Recte.: Bongiovanni Restaurante Ltda. Advogado: Maurício Barbante Melo. Recda.: Isabel Aparecida de Toledo Balsabino. Advogado: Antônio de Pádua Ramos Paulinetti.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 13.12.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º, da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.907-5 — PR

(Registro nº 93.0023315-7)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrente: *João Seikame Sakihama*

Recorrida: *Indústria de Máquinas Agrícolas Ideal S.A.*

Advogados: *Drs. Alir Ratacheski e outros, e Arlei Hervel Martins da Silva e outros*

EMENTA: ***Duplicata aceita. Endosso antes do protesto. Pagamento ao endossante em documento em separado.***

— O recibo pode ser passado em documento à parte, em que haja referência expressa à duplicata. Todavia, ocorrendo circulação do título, o devedor só ficará livre de repetir o pagamento se provar a má-fé do endossatário ou conluio entre este e o endossante.

— Alegação, que se repele, de ofensa ao art. 9°, § 1º, da Lei nº 5.474/68, bem assim de dissídio pretoriano.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, 14 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: *João Seikame Sakihama* ofereceu embargos à execução que lhe promoveu Indústria de Máquinas Agrícolas Ideal S.A., na qualidade de endossatária de duplicata emitida em favor de Colhe Sul Tratores e Máquinas Ltda. Argüiu que já havia efetuado o pagamento do título à endossante em documento separado.

A sentença de inferior instância julgou procedentes os embargos, mas a E. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná a reformou em acórdão assim ementado (fls. 162/163):

> *"Duplicata aceita — Endosso antes do protesto — Execução promovida pela endossatária — Embargos do devedor alegando pagamento, mediante recibo, diretamente ao endossante — Ineficácia — Defesa oponível somente ao signatário."*
>
> O pagamento da duplicata deve ser feito ao legítimo portador ou ao seu representante legal com poderes especiais (art. 9º, § 1º, da Lei 5.474/68), pois "o devedor que abrir mão de seu direito — de só pagar contra a restituição do título — e contentar-se com a quitação em documento em separado, corre o risco de pagar segunda vez ao legítimo portador do título. A quitação fora do título é defesa oponível unicamente ao signatário dela, incapaz evidentemente, de prejudicar o direito de qualquer legítimo portador de boa-fé" (**João Eunápio Borges**, Títulos de Crédito, pág. 219, 2ª edição, 7ª tiragem)."

Daí o recurso especial, fundado nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, em que o embargante

alega contrariedade ao artigo 9º, § 1º, da Lei nº 5.474, de 18.07.1968, além de dissídio pretoriano.

O recurso subiu a esta Corte em virtude de provimento de agravo interposto contra decisão da Presidência do E. Tribunal **a quo**, que não o admitiu.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): Está dito na decisão monocrática (fls. 107):

> "Tem razão o embargante. A duplicata de fls. 05 dos autos nº 422/84 refere-se a negócio mantido pela Embargante com a firma Colhe Sul Tratores e Máquinas Ltda., tendo sido endossada para a Exeqüente em 25/06/84 — data do protesto (vide verso do título).
>
> Acontece, porém, que 10 (dez) dias antes — em 15/06/84 — o título fora quitado, com o pagamento inclusive de comissão e juros de permanência, conforme rezam os recibos de fls. 08 e 09."

A afirmação não corresponde à realidade emergente dos autos da execução (em apenso), pois o documento de fls. 06 do aludido processo, expedido pelo oficial público de notas, assevera que a duplicata foi apresentada para protesto, pela endossatária, em 15.06.84, resultando daí a evidência de que o endosso se realizou nessa mesma data ou em data anterior.

A propósito do tema, escreveu **Pontes de Miranda** ("Tratado de Direito Privado", Borsoi, 1961, Tomo XXXVI, pág. 280):

> "Nem induz pagamento a posse da duplicata mercantil pelo comprador se não foi lançado o recibo. O que o comprador pode provar é que o recibo em separado foi feito, ou que enviou a quantia e o subscritor ou endossatário a recebeu e por isso está de posse da duplicata mercantil. Se enviou a quantia e o subscritor ou o endossatário lhe não remeteu a duplicata mercantil, tem o aceitante a ação para haver a posse da duplicata mercantil, ou se arrisca a que lhe cobre a quantia o último endossatário."

No mesmo sentido e de modo mais explícito é o magistério de **Rubens Requião** ("Curso de Direito Comercial", Saraiva, 19ª ed., 2º vol. pág. 452):

> "O recibo pode, excepcionalmente, ser passado em documento à parte, com referência expressa à duplicata, havendo, todavia, o perigo de, ficando o título em circulação, sem a averbação do pagamento no seu verso, ser exigido por endossatário, portador de boa-fé. É, por isso, um risco que corre o devedor. Esse, não podendo opor exceção de pagamento ao portador de boa-fé, estará sujeito a pagá-lo outra vez."

Para livrar-se da obrigação de repetir o pagamento, seria mister, portanto, que o ora recorrente tivesse provado a má-fé da endossatária ou o conluio entre esta e a endossante. Tal prova, entretanto, não foi feita, consoante ressalta o acórdão recorrido.

Em suma, não procede a alegada ofensa ao art. 9º, § 1º, da Lei nº 5.474/68, nem ficou demonstrada a divergência jurisprudencial, porquanto o paradigma não guarda identidade com a espécie em julgamento. Nesta houve endosso e naquele não há referência alguma à circulação do título.

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.907-5 — PR — (93.0023315-7) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Recte.: João Seikame Sakihama. Advogados: Alir Ratacheski e outros. Recda.: Indústria de Máquinas Agrícola Ideal S/A. Advogados: Arlei Hervel Martins da Silva e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 14.12.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.474-0 — RJ

(Registro nº 93.0027820-7)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Recorrente: *Instituto Nacional de Seguro Social — INSS*

Advogados: *Drs. Hélio Rosalvo dos Santos e outros*

Recorrido: *José Pereira Cunha*

Advogado: *Dr. Luiz Eduardo Peregrino Fontenelle*

EMENTA: ***Previdenciário e Processual Civil. Autarquia. Prazo em dobro para recorrer. Art. 188 do CPC.***

1. O Instituto Nacional de Seguro Social — INSS, como autarquia que é, goza dos mesmos privilégios assegurados à Fazenda Pública, no que pertine ao prazo recursal, art. 8º da Lei nº 8.620/93.

2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso pela alínea **c**, conhecer pela alínea **a**, do permissivo constitucional, e lhe dar provimento. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Brasília, 22 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Trata-se de ação acidentária, julgada procedente pela sentença de fls. 23.

Apelou o vencido, Instituto Nacional de Seguro Social — INSS.

A Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro declarou intempestiva a apelação, por ter sido apresentada além do prazo de quinze (15) dias. O acórdão restou assim ementado:

> "*Acidente do trabalho*. Recurso intempestivo. Ao INSS não se aplica o prazo em dobro para recorrer previsto no art. 188 do Código de Processo Civil, visto nas ações acidentárias exercer atividade comum de simples segurador." (fls. 42)

Declarando o seu inconformismo, manifestou o INSS recurso especial, com arrimo no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, alegando violação ao art. 188 do Código de Processo Civil e ao art. 8º da Lei nº 8.620/93, além de dissídio pretoriano (fls. 45/47).

Admitido o recurso (fls. 58/59), subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Sr. Presidente: Ao acolher a preliminar de intempestividade da apelação interposta pelo ora recorrente, o acórdão recorrido afirmou:

> "Esta E. Câmara já decidiu que o art. 188 do CPC, não se aplica à ações de acidente do Trabalho em que é recorrente o INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social).
>
> E que, no caso, o apelante não está atuando em nome da Fazenda Pública, visto exercer funções de natureza comum, ou seja, de simples segurador." (fls. 42/43)

Para afastar a intempestividade, alegou o recorrente que o acórdão

violou o dito art. 188 do CPC e o art. 8º da Lei nº 8.620/93.

Penso assistir razão ao recorrente.

Exerça, ou não, função "de simples segurador", o Instituto Nacional de Seguro Social não deixa de ser uma autarquia e como tal, nas causas de qualquer natureza em que seja interessada na condição de autora, ré, assistente ou opoente, goza das mesmas prerrogativas e privilégios assegurados à Fazenda Pública, como expressamente dispõe a Lei nº 8.620/93, art. 8º.

No caso, o recorrente é parte no feito, na condição de réu, razão por que lhe beneficia o disposto no art. 188 do CPC, que estabelece, em favor das autarquias, o privilégio do prazo em dobro para recorrer.

Nesse sentido, as Egrégias 1ª e 2ª Turmas do Excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu:

"1) Prazos. Estende-se às autarquias o benefício do art. 188 do Código de Processo Civil. Tempestividade do recurso extraordinário.

2) Cheque. Contra-ordem não cumprida. Prejuízo que reside na própria utilização indevida da provisão do emitente, em poder do sacado. Recurso extraordinário não conhecido." (RE nº 90.574-MG; Rel. Min. Xavier de Albuquerque, **in** RTJ nº 90/1.091)

"Ação de indenização na chamada desapropriação indireta. Autarquia estadual. Duplo grau de jurisdição. Inocorrência de negativa de vigência ao disposto no art. 475, Inc. II, do Código de Processo Civil. Prazo para a interposição do recurso. Extensão às autarquias do benefício assegurado no art. 188 do Código de Processo Civil. Dissídio jurisprudencial comprovado, ensejando o conhecimento do recurso, no particular, e o seu provimento." (RE nº 90.424-MG; Rel. Min. Djaci Falcão, **in** RTJ nº 95/321).

Com essas ligeiras considerações, conheço do recurso pela alínea **a**, da faculdade constitucional. Dele, no entanto, não conheço pela alínea **c**, porque inexiste a comprovação do dissídio jurisprudencial nos moldes requerido pelo art. 255 e seus parágrafos do Regimento Interno do STJ.

Concluindo, dou provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.474-0 — RJ — (93.0027820-7) — Relator: O Sr. Ministro Anselmo Santiago. Recte.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogados: Hélio Rosalvo dos Santos e outros. Recdo.: José Pereira Cunha. Advogado: Luiz Eduardo Peregrino Fontenelle.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso pela alínea **c**, conheceu pela alínea **a**, do

permissivo constitucional, e lhe deu provimento (em 22.03.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.879-2 — SP

(Registro nº 93.0032234-6)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Banco Bradesco S/A*

Recorrida: *Indústria de Engrenagens Roller Ltda.*

Advogados: *Drs. Ailton Ronei Victorino da Silva e outros, e Adriano Nogaroli e outros*

EMENTA: ***Anulação de sentença. Ônus do sucumbimento.***

Anulada a sentença e determinada a prolação de outra, não há inverter ônus que resultaria da decisão invalidada.

Recurso especial atendido.

Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 05 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: *Indústria de Engrenagens Roller Ltda.* opôs embargos à execução promovida pelo Banco Brasileiro de Descontos S/A.

O MM. Juiz da 5ª Vara Cível de Campinas considerou os embargos

improcedentes por entender que o prazo para o seu oferecimento era de 48 horas, conforme o § 4º do art. 41 do Dec.-Lei 413/69, sendo, portanto, extemporâneo, razão pela qual condenou a embargante em honorários advocatícios.

A E. Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo acolheu o recurso e decidiu

> *"anular a sentença de primeiro grau, a fim de que o ilustre magistrado prolate outra."*

E acresce o aresto recorrido:

> *"Portanto, dá-se provimento ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência."*

Houve embargos declaratórios, que foram rejeitados.

Inconformada, a recorrente interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 20, 1ª parte, do Código de Processo Civil além de dissídio jurisprudencial. Sustenta que uma vez anulada a sentença inexiste vencedor ou vencido, razão pela qual, não ocorre a sucumbência.

Pelo despacho de fls. 156 a 157 foi o recurso admitido.

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Tem razão o recorrente.

O acórdão anulou a sentença e determinou de outra a prolação. Logo, ainda não há parte vencida. Em conseqüência, não é possível a inversão de ônus da sucumbência que resultaria da vitória do embargado, se invalidada não tivesse sido a sentença.

Dentro dessa diretriz, o Supremo Tribunal Federal no RE 85.406, relatado pelo saudoso Ministro Cunha Peixoto, em acórdão encimado pela seguinte ementa:

> "Se o processo é anulado para prosseguir após supridas as nulidades, não há parte vencida, não se aplicando o princípio da sucumbência (**in** RTJ 93/1.151).

Yussef Said Cahali, em sua monografia sobre honorários advocatícios, anota as decisões no sentido do mencionado precedente do STF.

Tenho, pois, que violado ficou o art. 20, do Código de Processo Civil.

Em face do exposto conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a condenação em honorários advocatícios conseqüente à inversão do ônus do insucesso da parte.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.879-2 — SP — (93.0032234-6) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Banco Bradesco S/A. Advogados: Ailton Ronei Victorino da Silva e outros. Recda.: Indústria de Engrenagens Roller Ltda. Advogados: Adriano Nogaroli e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 05.04.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.095-9 — SP

(Registro nº 93.0032789-5)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Auto Posto Sinhá Moça Ltda.*

Recorrido: *Maurício Luis Leal Rodrigues*

Advogados: *Drs. Salvador Ceglia Neto e Henrique Biguzzi Filho*

EMENTA: ***Civil e Processual Civil — Agravo de instrumento — Ação de indenização — Liquidação de sentença — Cálculo — Correção monetária — Atualização.***

I — Hipótese em que se cuida de mera atualização de cálculo, não se constituindo um plus, em decorrência da desvalorização da moeda. Aplica-se os índices de correção, correspondentes à inflação daquele período, que se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa do devedor, mormente quando, como no caso, tratar-se de indenizar dano, devendo ocorrer de forma ampla. Poder-se-ia, até de ofício, fazer incidila, inclusive, em processo de liquidação, ainda que não requerida na inicial, sem ofender a garantia constitucional da coisa julgada.

II — Precedentes do STJ.

III — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhe-

cer do Recurso Especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 14 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por *Auto Posto Sinhá Moça Ltda.*, nos autos da Ação de Indenização que lhe move *Maurício Luiz Leal Rodrigues* por furto de moto de sua propriedade que ali estacionava mediante paga mensal.

Insurgiu-se o Agravante contra despacho que determinou retorno dos autos ao contador para acertamento do cálculo tomando-se como índice corretor o IPC, sustentando haver coisa julgada na conta de liquidação.

Respondido o Agravo e mantida a decisão agravada, a Terceira Câmara Civil do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, negou-lhe provimento (fls. 43/44).

Opostos Embargos de Declaração (fls. 47/48), foram rejeitados (fls. 51/52).

Inconformado, ainda, interpôs a agravante Recursos Extraordinário e Especial, fundado, respectivamente, nos artigos 102, III, **a**, e 105, III, **a** e **c**, da Constituição.

No Especial alega, em síntese, contrariedade aos artigos 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil e 605, do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial com outros tribunais, inclusive, este Superior Tribunal de Justiça — REsp nº 7.252-0-MG, e o Supremo Tribunal Federal (fls. 54/64 e 66/75).

Oferecidas contra-razões (fls. 77/81 e 83/86), o nobre Terceiro Vice-Presidente daquela Corte indeferiu o Extraordinário e admitiu o Especial por ambas as alíneas (fls. 88/90).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Trata-se de Recurso Especial, fundado no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição. E, assim, o examino.

Ao revés do sustentado, não vislumbro qualquer ofensa aos dispositivos legais apontados.

Consoante anotado no Acórdão (fls. 43/44):

> "A conta, na situação mostrada, derivou do despacho de fls. 26, que facultou a apresentação de demonstrativo pelas partes, quanto ao que voltaram os autos ao contador (fls. 30).
>
> Portanto, não há falar em coisa julgada, uma vez que não houve processo de liquidação, como ressaltou o Magistrado a fls. 31.

A atualização pelo IPC está correta, pois de acordo com a jurisprudência de nossos pretórios.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 25.952-0-SP, do qual foi Relator o Ministro Garcia Vieira, **in** DJU de 16.11.92, assim ementou:

> *"Liquidação de sentença. Correção monetária. Condenação judicial. IPC.*
>
> Na vigência dos sucessivos planos econômicos implantados pelo Governo Federal permaneceu a inflação e o índice que a reflete é o IPC, não o BTN.
>
> Recurso improvido."

O entendimento tribunalício se baseia no fato de ter restado estático o BTN, deixando, dessa forma, de cumprir o seu papel refletidor da inflação real."

No que diz com a inexistência de coisa julgada melhor esclarece o Acórdão recorrido nos Declaratórios de fls. 51/52:

> "O acórdão reconheceu que não houvera ferimento de coisa julgada, por se cuidar de mera atualização de cálculo e aplicação de índices de inflação, tendo a conclusão sido baseada nos documentos que formaram o instrumento.
>
> A embargante não instruíra regularmente o agravo, de vez que não trouxe sequer a decisão homologatória que alega existir, muito menos a manifestação da parte contrária, embora tenha havido depósito de Cr$ 400.391,03 (fls. 23).
>
> Em suma, o julgamento ocorreu levando em conta as peças do agravo, ausente manifestação das partes quanto ao primeiro cálculo e, sobretudo, assinalada decisão homologatória que pretende a recorrente constitua coisa julgada.
>
> A instrução deficiente do agravo pode redundar em detrimento ao agravante, como pacificamente vem sendo decidido (RTJ 81/427, 83/782, 90/481 e 97/1.129; RJTJESP 110/387, 675/270). A pretensão contida nos embargos não tem cabimento, ostentando fundo infringente, ainda mais sem elementos essenciais comprobatórios das alegações."

Como se vê, cuida-se, portanto, de mera atualização de cálculo, não se constituindo um **plus**, em decorrência da desvalorização da moeda, aplicando-se os índices de correção, correspondentes à inflação daquele período, que se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa do devedor, mormente quando, como no caso, trata-se de indenizar dano, devendo ocorrer de forma ampla.

Demais disso, até de ofício, se poderia fazer incidir a correção, inclu-

sive, em processo de liquidação de sentença, ainda que não requerida na inicial, sem ofender a garantia constitucional da coisa julgada.

Nesse sentido foi a orientação adotada no precedente da Turma, quando do julgamento do REsp nº 4.147-0-SP, relatado pelo eminente Ministro Nilson Naves, cujo Acórdão por sua ementa dispôs:

> "Execução de sentença. Correção monetária. 1. A correção é simples instrumento de atualização, em decorrência da desvalorização da moeda. 2. Não ofende os arts. 467 e 468, do Código de Processo Civil, acórdão que, em execução, estende a correção monetária, ultrapassando a data prevista na sentença exeqüenda (02.86). 3. Recurso especial não conhecido." (DJ de 9.10.90)

E, assim, também, entende a Egrégia Primeira Turma, conforme decisão proferida ao julgar-se o REsp nº 9.359-0-SP, relatoria do eminente Ministro Garcia Vieira, onde se consignou:

> "A correção monetária não pode ser considerada acréscimo, por representar apenas simples atualização do valor da dívida, em decorrência da desvalorização da moeda. Possível, portanto, a sua inclusão de ofício na liquidação." (DJ de 10.6.91).

Tocante ao dissídio, não restou comprovado (art. 255, e seus §§, do RISTJ). E o único julgado que se poderia admitir como paradigma, o REsp nº 671-0-MS, ali a matéria versada diz com sentença de homologação de cálculo com trânsito em julgado. Questão, pois, diversa da discutida nos autos.

Por derradeiro, no pertinente à instrução deficiente, não comporta exame na via eleita do Especial, por implicar em revolver matéria de fatos e provas, a teor do disposto na Súmula nº 07, deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.095-9 — SP — (93.0032789-5) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Auto Posto Sinhá Moça Ltda. Advogado: Salvador Ceglia Neto. Recdo.: Maurício Luis Leal Rodrigues. Advogado: Henrique Biguzzi Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 14.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.257-9 — SP

(Registro nº 93.0033155-8)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Banco Central do Brasil*

Advogados: *Drs. Elisabete de Carvalho Pereira e outros*

Recorridos: *Antônio Giuseppe Di Crédico e outros*

Advogados: *Drs. Armando Micheleto Júnior e outros*

EMENTA: Processual civil. Honorários de advogado. Ação cautelar. Cabimento. Duplo grau obrigatório. Reforma da sentença em detrimento da entidade pública dele beneficiária. Impossibilidade.

I — Nas lides cautelares há sucumbência e, portanto, condenação da parte vencida ao pagamento da verba advocatícia.

II — No reexame necessário, é defeso ao Tribunal agravar a condenação imposta à Fazenda Pública (Súmula nº 45-STJ).

III — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide à Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça , na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 07 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial interposto pelo Banco Central do Brasil, com fundamento no artigo 105, III, letras **a** e **c** da Constituição Federal, contra o v. acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (fls. 110):

"Constitucional — Tributário — Bloqueio de cruzados novos — Inconstitucionalidade dos arts. 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 8.024/90 — Medida cautelar.

— Ao Banco Central do Brasil foi cometido o controle de indisponibilidade instituída pela Lei

nº 8.024/90 (art. 9º). Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva quanto ao desbloqueio de cruzados novos.

— Cabível a execução provisória do julgado, eis que o Plenário desta Corte, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.076/90 (Argüição de Inconstitucionalidade no Mandado de Segurança nº 90.03.37625-5). Rejeitada a preliminar de nulidade absoluta da sentença nesta parte.

— O plenário desta Corte declarou a inconstitucionalidade dos arts. 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 8.024/90, em que se converteu a Medida Provisória nº 168/90 (Argüição de Inconstitucionalidade na AMS nº 90.03.32177-9).

— Condenado o Banco Central do Brasil a pagar ao(s) autor(es) honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

— Apelação improvida e remessa oficial parcialmente provida."

Alega o recorrente negativa de vigência aos artigos 474 e 796 do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial, ao argumento de que são indevidos honorários advocatícios em medida cautelar. Sustenta, ainda, ofensa ao princípio da **reformatio in pejus**, por fixar a verba honorária sem que a parte adversa tivesse recorrido voluntariamente.

Sem contra-razões (fls. 128), o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 130-132), subiu a esta Corte, onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Duas são as questões postas no recurso especial: a relativa ao cabimento, ou não, de condenação em honorários na ação cautelar e a atinente à **reformatio in pejus**, porquanto, ao julgar a remessa **ex officio**, o acórdão recorrido impôs e fixou a condenação na verba advocatícia em detrimento da entidade beneficiária do duplo grau obrigatório.

Quanto à sucumbência em ação cautelar, preleciona **Humberto Theodoro Júnior**:

> "Da autonomia e contenciosidade da ação cautelar, decorre sua sujeição aos princípios comuns da sucumbência, de sorte que a sentença final deverá impor ao vencido o ônus das custas processuais e dos honorários advocatícios do vencedor (artigo 20) (21).
>
> Sendo, contudo, contrária a sentença de mérito ao autor da ação cautelar, esses gastos de sucumbência na esfera cautelar incluir-se-ão no montante da reparação a ser feita ao vencedor, nos termos do artigo 811 (22).

Urge, por outro lado, distinguir entre ação cautelar e simples medida cautelar. A ação pressupõe litigiosidade, ao passo que a mera medida cautelar pode cumprir sua missão preventiva sem a contestação ou oposição do requerido. Uma antecipação de prova, um depósito, uma caução e quase todas as outras medidas cautelares, em determinadas circunstâncias, podem perfeitamente ser requeridas e promovidas até mesmo com o assentimento da parte contrária.

Sem a lide cautelar (isto é, sem o conflito de interesses em torno da providência preventiva), não há ação cautelar, mas apenas medida cautelar. E não havendo lide (o que, praticamente, se revela pela falta de contestação ao pedido do provimento preventivo), não haverá, também, sucumbência, o que exclui a condenação de custas e honorários advocatícios.

Sendo certo que as medidas cautelares nem sempre reclamam ação cautelar, deve-se concluir que a incidência da verba advocatícia estará sempre condicionada à existência da situação contenciosa caracterizadora da verdadeira ação cautelar, situação essa que não se revela pelo simples pedido de providência preventiva, mas sim pela atitude assumida pela parte contrária diante da postulação provocadora do acionamento da atividade jurisdicional cautelar." (Processo Cautelar, págs. 130-131, 3ª edição, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1978).

A propósito, ensina **Galeno Lacerca** sobre a matéria:

"Sucumbência existe onde houver lide instaurada, o que ocorre sempre nos processos jurisdicionais e eventualmente nos voluntários, quando nestes surgir litígio. Daí, a obrigação de o vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios (artigo 20), obrigação extensiva ao desistente e àquele que reconheceu o pedido (artigo 26).

A jurisprudência divide-se quanto ao cabimento de condenação ao pagamento de honorários no processo cautelar, com predominância da corrente afirmativa.

A matéria comporta distinção. Em princípio, os honorários são sempre devidos nas cautelas jurisdicionais antecedentes. Nelas se manifesta lide parcial, há despesas com o processo e honorários a cargo das partes em remuneração ao trabalho dos advogados. A aplicação do princípio da sucumbência enquadra-se, assim, no sistema do Código. Além do mais, nem sempre haverá processo principal, ou porque o autor da ação cautelar decaiu da medida, ou nela obteve sentença contrária, e não ingressou com a ação principal. Se nestas circunstâncias, cabe sucumbência porque

um só o processo contencioso, o mesmo deverá ocorrer se a cautelar seguir-se o processo principal.

A condenação em honorários e despesas, porém, pode padecer da transitoriedade peculiar às medidas cautelares, segundo o **eventum litis**. Assim, se o autor da ação cautelar vier a perder a ação principal, devolverá ao réu os honorários e despesas recebidos no processo acessório, nos termos do artigo 811. O mesmo deverá acontecer, **mutatis mutandis**, se o réu, vencedor na cautela, sucumbir na ação principal. Donde concluir-se que a sucumbência na cautela só permanece quando o vencedor, nesta, também vencer a ação principal, ou quando não intentada a demanda depois da vitória do réu na ação cautelar.

Quanto às cautelas jurisdicionais incidentes, a condenação autônoma à sucumbência deverá ocorrer nas repressivas, isto é, no atentado e na argüição de falsidade, porque aí sempre haverá sentença própria em virtude da suspensão do processo principal (artigos 881 e 394). Nas demais cautelas incidentes, a freqüente cumulação e absorção da sentença cautelar pela principal, como se viu do número anterior, faz com que a avaliação dos honorários e o montante das despesas venham a abranger as duas ações, convindo, mesmo, por economia processual, haja uma só sucumbência. O mesmo acontecerá se, pelo retardamento do processo cautelar antecedente, a respectiva sentença cumular-se com a principal.

Se houver desistência da ação cautelar, após citação e comparecimento do réu ao respectivo processo através de advogado constituído, cabe condenação do autor em despesas e honorários, de acordo com o artigo 26 (R.T., 496/143). **Idem**, se o autor desistente obteve liminar, com prejuízo para o réu, embora não haja este ainda respondido à ação.

Nas cautelares voluntárias, em regra, não há sucumbência porque ausente o litígio. Isto não significa, porém, que o vencido na ação principal não deva arcar com as despesas do vencedor pagas em cautelas voluntárias anteriores, como vistorias, notificações, justificações, etc. (R.T., 492/93). Da mesma forma, se surgir litígio no processo voluntário, p. ex., se impugnado o direito à vistoria, haverá vencido e vencedor, cabendo condenação em sucumbência (R.T., 491/62, 502/215)" (Comentários ao Código de Processo Civil, págs. 334-336, Forense, 1980, 1ª edição).

Em suma, nas lides cautelares há sucumbência e, portanto, condenação da parte vencida ao pagamento de verba advocatícia. Todavia, a sucumbência na cautelar pode padecer de transitoriedade **secundum eventum litis**. Ou nas palavras de **Galeno Lacerda**: "a sucumbência na

cautela só permanece quando o vencedor, nesta, também vencer a ação principal, ou quando não intentada a demanda depois da vitória do réu na ação cautelar."

No caso, em se tratando de lide cautelar, cabível era a condenação em honorários. Todavia, tendo a sentença deixado de condenar naquela verba, ao argumento de inexistir sucumbência no processo cautelar, não podia o acórdão, sem recurso voluntário, apreciando remessa oficial, impor e fixar a condenação naquela verba honorária. A propósito, a Súmula nº 45, desta Corte:

> "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública."

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.257-9 — SP — (93.0033155-8) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Banco Central do Brasil. Advogados: Elisabete de Carvalho Pereira e outros. Recdos.: Antônio Giuseppe Di Crédico e outros. Advogados: Armando Micheleto Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 07.02.94 — 2ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.792-9 — MG

(Registro nº 93.0034791-8)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Siderúrgica Globo Ltda.*

Recorrido: *Banco do Brasil S.A.*

Advogados: *Drs. José Anchieta da Silva e outros, e Afonso de Araújo Campos e outros*

EMENTA: ***Embargos à execução. Rejeição liminar por intempestivos. Apelação. Efeito devolutivo tão-somente.***

É de ser recebida apenas no efeito devolutivo a apelação interposta contra a decisão que rejeita in limine **os embargos à execução.**

Recurso especial conhecido pelo dissídio, mas improvido.

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, mas negar-lhe provimento, na forma do relatório e das notas taquigráficas precedentes que, integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 28 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: O Tribunal de Alçada de Minas Gerais negou provimento a agravo de instrumento interposto de decisão que recebera tão-somente no efeito devolutivo a apelação manifestada contra a rejeição **in limine** dos embargos do executado, por intempestivos, sob os seguintes fundamentos: a) os embargos rejeitados liminarmente em face de sua intempestividade não podem produzir efeito algum; b) a apelação só poderia ser recebida no efeito devolutivo por força do disposto no art. 520, V, do CPC; c) o agravo representado não possui efeito suspensivo; d) apenas mediante a impetração de mandado de segurança é que se viabilizaria a suspensão da execução.

Daí o recurso especial aforado pela agravante com arrimo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência do art. 520, inc. V, do CPC e dissenso interpretativo com aresto publicado na Rev. dos Tribs. 492/410. Sustentou a recorrente que, na exceção aberta pelo art. 520, nº V, da lei processual, não se acha incluída a rejeição liminar dos embargos.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A apelação interposta de decisão, que rejeitou **in limine** os embargos, realmente não possui efeito suspensivo.

Assim já decidira o Sumo Pretório ao tempo em que lhe estava afeto o controle da legislação infraconstitucional (RTJ 105/430 e 107/317). No primeiro desses precedentes o Relator, Ministro Soares Muñoz, enfocara aspecto de toda a pertinência também na espécie presente, **in verbis**: "portanto, rejeitados, liminarmente, os embargos do devedor, porque apresentados fora do prazo, não têm eles o efeito de suspender a execução e, por via de conseqüência, a apelação, interposta contra aquela decisão, não poderá emprestar aos embargos o efeito suspensivo, que eles não têm" (RTJ 105/431).

Essa orientação tem, por igual, prevalecido nesta Corte. Em acórdão de que foi relator, o Ministro Dias Trindade acentuadara que não encontrava razão lógica "para que, examinados no mérito, tidos por não provados os embargos, a apelação não tenha efeito suspensivo, por força do que diz o art. 520 do Código de Processo Civil, enquanto que a sua rejeição liminar, por qualquer dos motivos que o art. 739 contempla, entre os quais a intempestividade, proporcione efeito suspensivo à apelação" (REsp nº 32.036-0/SP).

Nesta Quarta Turma também se considerou que a apelação, em tais hipóteses, será recebida apenas no efeito devolutivo (RMS nº 1.064-SP, relator Ministro Athos Carneiro).

Em sede doutrinária, vale lembrar o escólio de **Edson Ribas Malachini**, para quem "a conclusão a que se chega, pois, é a de que em qualquer caso, rejeitados os embargos, não há suspensão da execução: ou porque não chegou a ser suspensa (rejeição liminar) ou porque essa suspensão cessou (sentença final). No caso da rejeição liminar isso decorre da lógica dos fatos e do sistema da lei, sem se necessitar da disposição do art. 520, V. Mas este também pode ser interpretado no sentido de abarcar também a sentença de rejeição liminar, dando-se extensão maior (atécnica, embora) ao sentido da expressão *julgar improcedentes os embargos opostos à execução*. Não há absurdo na proposição, pois, consoante antes mostramos, esse significado atécnico também tem de ser adotado quando se trata de sentença final, quando esta não decide o mérito" (Questão Sobre a Execução e os Embargos do Devedor, pág. 148, ed. 1980).

Por conseguinte, não há no caso a alegada negativa de vigência da lei federal. Apenas, vejo lavrado o dissídio de julgados, porquanto a recorrente logrou carrear à colação aresto proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que retrata, todavia, a posição francamente minoritária da jurisprudência relativa ao tema ora em apreciação.

Ante o exposto, conheço do recurso pela letra **c** do admissivo constitucional, mas a ele nego provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.792-9 — MG — (93.0034791-8) — Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Siderúrgica Globo Ltda. Advogado: José Anchieta da Silva e outros. Recdo.: Banco do Brasil S/A. Advogado: Afonso de Araújo Campos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 28.02.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.799-6 — PR

(Registro nº 93.0034798-5)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Bradesco Seguros S/A*

Recorrida: *Serraria Castelo Branco Ltda.*

Advogados: *Drs. Robison Neves Filho, Cristina Rodrigues Gontijo e outros e Ricardo Baitler e outro*

EMENTA: ***Seguro. Prescrição.***

— Prescrição não constatada.

— O art. 169 do Código Civil comporta interpretação extensiva.

— Recurso especial conhecido pelo contraste de julgados, mas não atendido.

Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Torreão Braz. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Brasília, 19 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de recurso especial com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra decisão proferida pela E. Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná que confirmou a sentença, em que se afastou a preliminar de prescrição e condenou-se a seguradora ao pagamento de indenização pelo furto do veículo da autora.

Eis a sua ementa:

"Contrato de seguro. Ação da segurada contra a seguradora. Prescrição. Art. 178, § 6º, II, do Código Civil. Prova da ocorrência do furto (risco coberto), fato constitutivo do direito da autora. Inexistência de prova dos fatos extintivos alegados pela ré na contestação. Inviabilidade da dedução de alegações novas pela demandada (abrangentes de matéria de fato e de direito) após oferecida a defesa. Desprovimento da apelação da sentença de procedência.

1 — A despeito da expressão literal da disposição do art. 178, § 6º, nº II, do Cód. Civil, o prazo prescricional de que ali se cuida não passa a correr senão depois de a segurada tomar conhecimento da recusa de pagamento manifestada pela seguradora.

2 — Provando a autora o fato constitutivo de seu direito, e não patenteando a ré os fatos extintivos, alegados na contestação, a conseqüência natural é o triunfo da demandante (cf. art. 333, I e II, do CPC).

3 — Não se conhece de questões, abrangentes de matéria de fato e de direito, somente suscitadas pela ré após o oferecimento da contestação (cf. arts. 128 e 300 do CPC)." (fls. 150)

Em sua irresignação alega a recorrente violação do art. 178, § 6º, inc. II, do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial, sustentando que a prescrição ânua conta-se do dia do conhecimento do fato danoso.

Pelo despacho de fls. 183 a 186 foi o recurso admitido.

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Discute-se nos presentes autos se na ação do segurado contra a seguradora o prazo prescricional tem início na data da ocorrência do evento danoso ou quando da recusa do pagamento da indenização pela referida empresa que foi comunicada do sinistro.

O v. acórdão ao afastar a preliminar de prescrição assim aduziu:

"... de conformidade com iterativa Jurisprudência, a prescrição não passa a ter curso, em situações semelhantes, a partir da da-

ta do sinistro, ou do conhecimento das suas conseqüências; sim, a partir do conhecimento que o segurado tenha da recusa do pagamento da indenização, visto que, até essa exteriorização de parte da seguradora, há a dependência de "condição suspensiva", deflagrada pela disposição contratual que impõe ao segurado a obrigação de comunicar à seguradora a ocorrência do sinistro, para obter a indenização. Ora, se obrigado está a fazer a comunicação, indissociável dessa obrigação é a de aguardar a manifestação da seguradora. Só depois é que surge a ação em face da negativa de indenizar.

Para a matéria, colhe-se da Doutrina:

> ""Já mostramos anteriormente que subordinada a eficácia do ato jurídico a condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa (art. 118).
>
> Enquanto não nasce a ação não pode ela prescrever. É o princípio da **actio nata (actione non nata praescribitur)**. A prescrição há de concernir a um tempo útil para o exercício da ação. Se o credor não pode agir porque penda condição suspensiva, ainda não verificada, a prescrição não tem curso. Como dizia **Bartolo** contra **non valeten agere non currit praescriptio**, regra a ser aplicada com prudência e reserva, no conselho de **Carbonnier**". (**Washington de Barros Monteiro, in** Curso de Direito Civil, Saraiva, 23ª ed., 1984, v. 1, p. 297).""

Na espécie, pois, não é a negativa da seguradora que atribuirá ao segurado-beneficiário a qualidade de credor, visto que o crédito à indenização nascerá do preenchimento da situação contratualmente prevista. No entanto, enquanto não lhe for comunicada a negativa do pagamento, suspensa se encontra a exigibilidade do crédito, por força da disposição contratual que impõe ao pretenso credor a obrigação de comunicar o sinistro à seguradora e disso é indissociável, por conseqüência lógica, a manifestação da mesma seguradora a propósito da reclamada indenização.

A Jurisprudência não tem sido diversa:

> "Seguro — Ação de segurado contra seguradora — Prescrição — Preliminar rejeitada — Termo inicial do prazo prescricional — Apelação improvida.
>
> O prazo de prescrição da ação de segurador (art. 178, § 6º, II, do C.C.) tem seu termo inicial não na data em que o evento danoso ocorreu, pois o direito do segurado, ao formular o pedido de pagamento da respectiva indenização, fica su-

bordinado à condição suspensiva (art. 170, I), que impossibilita, enquanto pendente, o titular do direito de agir judicialmente para torná-lo efetivo, mas, sim, na data em que toma conhecimento da recusa do pagamento pleiteado.

Vale dizer, então, que o direito subordinado à condição suspensiva não é, ainda, direito adquirido, ao qual corresponda uma ação, nos termos do art. 118, do C.C.

Aplica-se, pois, em tal hipótese, o princípio da **actio nata**, segundo o qual enquanto não nasce a ação não pode ela prescrever.

Apelação Cível nº 157/80 — Foz do Iguaçu — Apelante: Itaú — Seguradora S/A — Apelada: Zilio, Bortolazzi e Cia. Ltda." (TA-PR, rel. Silva Wolff, **in** RT 544/229).

"No mesmo sentido, deste Tribunal, Ac. nº 22.702, 22.703, 22.704 e 22.705, rel. Juiz Maranhão de Loyola; Ac. nº 29.271, rel. Juiz Ulysses Lopes; Ac. nº 29.657, rel. Juiz Alfredo Augusto Malucelli; Ac. nº 29.596, rel. Juiz Paula Xavier. De igual sentido o entendimento do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, cf. RT 502/116 e JTA 98/154" (acórdão nº 23, de 16.11.88, da 3ª Câm. Cível, Rel. Juiz **Pacheco Rocha**).

Ora, como deflui do documento de fl. 16-TA, em 3 de abril de 1989, a apelante, em impresso próprio, chegou a emitir recibo alusivo ao pagamento da indenização; logo, só a partir dessa data é que se recusou a fazê-lo. Como entre 3 de abril de 1989 e 6 de fevereiro de 1990 (data do ajuizamento da ação) decorreu menos de ano (notando-se que a citação foi realizada em 2 de março de 1990), a prescrição, na hipótese, evidentemente não se consumou." (fls. 152/155)

Esta Turma ao julgar o REsp 8.770, relatado pelo Ministro Athos Carneiro, decidiu diferentemente. Eis a ementa do aresto respectivo:

"Contrato de seguro. Incêndio. Prazo prescricional do artigo 178, § 5º, II, do Código Civil. Modo de contagem do prazo. Reclamação perante o segurador.

A comunicação do sinistro, feita pelo segurado ao segurador nos termos do artigo 1.457, do Código Civil, não constitui "condição suspensiva" do contrato de seguro, e nem causa interruptiva do prazo prescricional.

Durante o tempo em que a seguradora estuda a comunicação, e até que dê ciência ao segurado de sua recusa ao pagamento da indenização, considera-se apenas **suspenso** o prazo prescricional, que recomeça, de então, a correr pelo tempo faltante.

Recurso especial conhecido e provido."

Tal orientação ficou mantida quando do julgamento do REsp 807, de relate do Ministro Bueno de Souza.

Tenho que o entendimento deste Colegiado afeiçoa-se à boa doutrina. **Câmara Leal**, em sua clássica obra *Da Prescrição e da Decadência*, conquanto afirme que o prazo prescricional relativo à ação decorrente de contrato de seguro.

> "só começa a correr do dia em que o titular da ação tiver conhecimento do fato, que a justifica" (p. 283, Saraiva, S.P., 1939),

sustenta:

> "No art. 169 do Código há uma norma geral implícita que o legislador não exprimiu objetivamente, mas que presidiu a sua elaboração, e, por isso, nele se acha virtualmente contida. E é a seguinte: não corre a prescrição contra aqueles que se acham, por motivo legal, impedidos de exercer a ação" (**ib**, p. 193).

Trata-se (explicita o renomado jurisconsulto) de interposição extensiva do mencionado dispositivo de lei, e elucida:

> "... sendo taxativa a enumeração, pelo Código, das causas suspensivas da prescrição, não se lhe podem acrescer outras causas, por analogia, mas apenas ampliar a sua enumeração, aditando-lhe aquelas que, embora não expensas, se acham, virtualmente, nela contidas" (**ib.**, p. 192)

Na atualidade, o Prof. **Marco Amélio S. Viana**, com apoio em **Orlando Gomes** e **Caio Mário da Silva Pereira**, observa que

> "a suspensão encontra sua razão de ser na consideração legal de que certas pessoas, ou quem se encontre em determinadas situações, ficam ou devem ficar na impossibilidade de agir" (**Curso de Direito Civil**, vol. 1, p. 279, Del Rey, B.H., 1993)

E acrescenta ele:

> "É possível haver suspensão da prescrição todas as vezes em que houver impossibilidade absoluta de agir. Em decorrência de determinação legal, de convenção entre as partes ou motivo de força maior, a prescrição suspende-se, porque há reconhecimento que inibe a ação do indivíduo" (**ib**, 280).

O mestre **Clóvis**, ao comentar os §§ 6º, II, e 7º, V, do art. 178 do Código Civil, já recomendava

> "... esclarecer o pensamento destes preceitos, com a leitura dos arts. 1.432 e seguintes, que regulam a matéria de seguro" (**Código Civil**, vol. I, p. 459, 3ª ed., Liv. Francisco Alves, 1927).

De sua vez, o Prof. **Washington de Barros Monteiro**, tratando da obrigação que o art. 1.457 do Código Civil impõe ao segurado, aclara com luz forte:

> "Essa comunicação tem por fim colocar o segundo (o segurador) a par do sucedido, para que tome providências e satisfaça as obrigações contratuais" (**Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações, 2ª parte,** Saraiva, SP — 1969).

Sublinho:

> **"... e satisfaça às obrigações contratuais."**

De todo o exposto resulta que não há, no caso, como entendeu o acórdão recorrido,

> "... dependência de "condição suspensiva, deflagrada pela disposição contratual que impõe ao segurado a obrigações de comunicação à seguradora a ocorrência do sinistro, para obter a indenização."

Há, sim, causa suspensiva da prescrição, pois, comunicado o sinistro ao segurador, aguarda o segurado que ele

> "... satisfaça às obrigações contratuais."

Vale memorar, por oportuno, o que expressou o proficiente Ministro Athos Carneiro ao votar no precedente de que foi relator, o REsp 8.770 — SP:

> "... o prazo prescricional não deverá correr, ficando portanto **suspenso**, durante o tempo gasto pelo segurador no exame da comunicação feita pelo segurado, em cumprimento ao artigo 1.457 do Código Civil...
>
> .....
>
> A não ser assim, poderia evidentemente o segurador, em procrastinando na solução do pedido indenizatório lesar o segurado de boa-fé, e confiante em que a reclamada estaria bem encaminhada, a perda de seu direito pelo transcurso da prescrição anual."

Na hipótese vertente o dano ocorreu a 4 de setembro e 1989, segundo a inicial de fl. 02, que foi ajuizada a 6 de fevereiro do ano seguinte, o de 1990. O dia 4 de fevereiro de 1989 foi em sábado. O Código Civil agasalhou, no art. 125, o que consagrado já estava no direito velho: **dies a quo non computatur in termino: dies termini computatur in termino**.

A propósito de **dies a quo** do lapso prescricional, o Prof. **Marco Amélio S. Viana**, dá lição precisa:

> "... o momento inicial corporifica-se a partir do instante em que o sujeito podia exercer o direito e deixou de fazê-lo. **Caio Mário da Silva Pereira** ponde-

ra que essa regra genérica deve ser acolhida com cautela, porque nem sempre a falta de exercício pode ser tachada de inércia do titular. Reporta-se, então, à doutrina alemã, para concluir que o prazo de decadência ou prescrição inicia-se ao mesmo tempo em que nasce para alguém uma **pretensão acionável**, ou seja, no momento em que o sujeito pode, pela ação contrária ao seu direito" (**op. cit.**, pág. 278).

A prescrição, destarte, começou a correr no primeiro dia útil seguinte ao sábado em que se verificar o furto do veículo, ou seja, o dia 6 de fevereiro de 1989, uma segunda-feira. Destarte, ajuizada a ação no dia 6 de fevereiro de 1990, teria agido o segurado-autor no último dia do lapso estabelecido em lei, um ano, pois como dita o art. 1º da Lei 810/49,

> "considera-se ano o período de doze meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte."

Ocorre que no caso há outro aspecto a considerar relativamente à prescrição. Refiro-me à causa suspensiva do seu curso, resultante da norma geral implícita a que alude **Câmara Leal**; aquela **suspensão**

> "durante o tempo gasto pelo segurador no exame da comunicação feita pelo segurado, em cumprimento ao art. 1.457 do Código Civil,"

como deixou expresso em seu voto o Ministro Athos Carneiro no REsp 8.770 — SP.

A sentença afirmou que ocorrera interrupção da prescrição, retomada a contagem do prazo a partir de 3.4.89 (fl. 118).

Já o acórdão recorrido contém:

> "... como deflui do documento de fl. 16-TA, em 3 de abril de 1989, a apelante, em impresso próprio, chegou a emitir recibo alusivo ao pagamento da indenização; logo, só a partir dessa data é que se recusou a fazê-lo" (154/155).

E o recorrente, em suas razões, lembra que quando da apelação

> "repugnou o entendimento de Juízo **a quo** de que até 03.04.89, havia uma concordância implícita da seguradora em pagar a indenização, pois não houve qualquer negativa oficial da seguradora quanto ao pagamento da indenização, esta simplesmente não efetuou o pagamento" (fl. 161)

Em nehum instante negou a emissão do documento de fl. 167-A, o recibo; antes buscou justificá-la (fls. 120).

Tenho que houve **suspensão** da prescrição. Nada obstante os dados do processo não permitam precisar o tempo em que a prescrição suspensa esteve, tal circunstância, **per se**, bastaria a conclusão de que se

não perfizera a prescrição, mesmo que, **ad absurdo**, fosse admitido como **dies a quo** 05 de fevereiro de 1989.

Deixo o registro de que não estive com tal análise afastado das limitações do recurso. É que a prescrição surge do ingresso do fato no direito, como ensina o mestre Pontes de Miranda, e tem esta Turma admitido (precedentes; REsp 29.904-8/RJ. REsp 21.541-2/DF).

De tudo que expus concluo que o art. 178, § 6º, II, do Código Civil, não foi malferido pelo acórdão, até porque pretende a recorrente.

"seja reconhecida a prescrição" (fls. 166).

Quanto ao argüido dissídio jurisprudencial, eu o dou por comprovado em relação ao acórdão do REsp 23.554-0-SP, da Colenda 3ª Turma desta Corte, o que me leva a conhecer do recurso pela alínea **c**. Todavia, lhe nego provimento porque prescrição, uma questão trazida pela via especial, não ocorrera.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.799-6 — PR — (93.0034798-5) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Bradesco Seguros S/A. Advogados: Paulo César Braga Menescal e outros. Recda.: Serraria Castelo Branco Ltda. Advogados: Ricardo Baitler e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 19.04.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Antônio Torreão Braz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 42.082-2 — RS

(Registro nº 93.0035604-6)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Indústria de Calçados Flama Ltda. — em concordata*

Recorrido: *Banco do Estado do Paraná S/A*

Interessado: *Luiz Carlos Sefrin — Comissário*

Advogados: *Drs. Cladimir Luiz Bonazza e outros, Anerildo Sprenger da Cunha e outros e Ernesto Flocke Hack*

EMENTA: ***Falimentar.***

Decidida por maioria dos votos a apelação manifestada em processo falencial, cabíveis os embargos infringentes.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro **Sálvio de Figueiredo**.

Brasília, 05 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra decisão proferida pelo Eg. Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, por maioria de votos, acolhendo preliminar, não conheceu, por incabíveis em matéria falimentar, embargos infringentes opostos a aresto resultante também de decisão majoritária que dera provimento à apelação concernente à restituição de adiantamentos concedidos à conta de contratos de câmbio, na concordata preventiva de Indústria de Calçados Flama Ltda. Alega a recorrente violação do art. 207 do Decreto-lei nº 7.661/41, art. 530, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial.

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Assentou a jurisprudência desta Corte que há cabida de embargos infringentes em matéria falimentar.

Sobre o tema, assim decidiu esta Turma, no REsp nº 25.941, relatado pelo Ministro Barros Monteiro, de acórdão em cuja ementa se lê:

> *"Embargos infringentes. Feito falimentar. Cabimento.*
>
> São admissíveis os embargos infringentes quando, em processo de natureza falimentar, o julgamento da apelação for tomado por maioria de votos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido."

Igualmente, o REsp nº 4.155, 3ª Turma, Relator Ministro Cláudio Santos:

"Embargos infringentes. Ações falimentares. Cabimento.

Cabíveis embargos infringentes em quaisquer ações previstas na lei de falências de decisões não-unânimes proferidas em apelação."

Acrescento, ainda, o REsp nº 33.243, por mim relatado.

Adotando o mesmo posicionamento dos precedentes referidos, conheço do recurso e lhe dou provimento, para que, afastada a preliminar que deu pelo não conhecimento dos embargos infringentes, o Tribunal **a quo** julgue a causa como entender de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 42.082-2 — RS — (93.0035604-6) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Indústria de Calçados Flama Ltda. — em concordata. Advogados: Cladimir Luiz Bonazza e outros. Recdo.: Banco do Estado do Paraná S/A. Advogados: Anerildo Sprenger da Cunha e outros. Interes.: Luiz Carlos Sefrin — Comissário. Advogado: Ernesto Flocke Hack.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 05.04.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 42.268-0 — MT

(Registro nº 94.0000288-2)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de Mato Grosso*

Recorrido: *Pedro Fidélis da Silva*

Advogados: *Drs. Vicente Bezerra Neto e outros*

EMENTA: ***Penal. Prefeito municipal. Crime de responsabilidade. Pena de dois anos de reclusão sem perda de mandato. Possibilidade. Harmonização do § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67 com o art. 92, inciso I, do CP. Recurso especial não conhecido (alínea a do autorizativo constitucional).***

I — O recorrido, prefeito municipal, foi condenado a dois anos de reclusão por violação do inciso II do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67. O Tribunal a quo, todavia, não lhe tirou o cargo. Não se dando por satisfeito, o Ministério Público Estadual recorreu, insistindo que a perda do cargo é efeito automático da condenação.

II — Os dispositivos de regência — CP e Dec.-lei nº 201/67 — podem ser perfeitamente harmonizados. Com a Reforma Penal de 1984 (art. 92, I), a sentença, ainda que relativa a crime de responsabilidade de prefeito municipal (Dec.-lei nº 201/67, art. 1º), tem que declarar expressamente a perda do cargo. No caso concreto, ainda que por pura questão hermenêutica, o Tribunal sentenciante não declarou a perda do cargo, o que se admite e respeita. O § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, se interpretado ao pé da letra, levará a absurdos e injustiças diante do disposto no inciso I do art. 92 do CP.

III — Recurso especial não conhecido (alínea a do autorizativo constitucional).

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, 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. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Pedro Acioli. Ausente, por motivo de licença médica, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 09 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público de Mato Grosso com arrimo no art. 105, III, **a**, da CF, contra acórdão proferido pelo TJMT.

2. Pedro Fidélis da Silva, prefeito do Município de Jauru-MT, foi condenado por utilização indevida de rendas públicas em proveito pró-

prio e de terceiro (art. 1º, II, Decreto-lei nº 201/67) à pena de 2 anos de reclusão com *sursis*. Entendeu ainda o TJMT em não afastá-lo do cargo (art. 1º, § 2º, Decreto-lei nº 201/67) em virtude de a Lei nº 7.209/84 (posterior ao referido decreto-lei e que introduziu modificações no Código Penal) não admitir a cumulação de penas privativas de liberdade com as restritivas de direito.

3. Tanto o Ministério Público Estadual como o réu recorreram. Somente o especial do primeiro recorrente chegou a esta Corte por força de decisão proferida no AG nº 32.079-5/MT.

4. O recorrente especial indica violação ao artigo 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 201/67. Sustenta, em síntese, que a perda do cargo nada mais é do que efeito da condenação e não pena acessória. Não se trata, portanto, de cumulação de penas privativas de liberdade com penas restritivas de direitos previstas na Lei nº 7.209/84.

5. O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do especial, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Wágner Natal Batista. Assevera que a perda da função pública não é pena, mas efeito da sentença condenatória. Na lei especial (**in casu** o Decreto-lei nº 201/67), a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, constituem efeitos da condenação nos crimes ali definidos. Já no CP, o efeito não é automático, depende de manifestação judicial expressa. Como há para cada tipo de crime regras próprias, não se pode deixar de aplicar a regra específica expressa.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Como acabamos de ouvir do relatório, o recorrente especial, o Ministério Público do Estado do Mato Grosso, entende que se o recorrido, prefeito municipal de Jauru, foi condenado por utilização indevida de dinheiro público municipal, deve, automaticamente, perder seu cargo. A perda do cargo é decorrência lógica e legal da condenação (Decreto-lei nº 201/67, art. 1º, § 2º).

O aresto hostilizado (ementado à fl. 489) entendeu que a pena privativa de liberdade (dois anos de reclusão) é inacumulável com a pena restritiva de direitos (Lei nº 7.209/840). Em seu voto, o Des. **Mauro José Pereira**, ponderou:

> "Sobre o afastamento, ou não, do acusado da Prefeitura Municipal de Jauru, lembro os eminentes pares que o Decreto-lei nº 201 de 27 de fevereiro de 1967, no § 2º do artigo 1º, estabelece, como conseqüência da condenação, o seu afastamento do cargo.
>
> "Ocorre, porém, que a Lei nº 7.209/84, que introduziu no Código Penal a chamada pena de res-

trição de direito veda a aplicação cumulativa das penas privativas de liberdade e restritivas de direito, previstas na Lei nº 7.209/84" (fl. 484).

Senhor Presidente, o recorrente, pelo menos sob o ângulo teorético, não deixa de ter razão. Senão, vejamos.

O art. 92 do CP, com a redação dada pela Lei nº 7.209/84, ficou assim redigido:

"São efeitos da condenação:

I — a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena for superior a quatro anos".

O art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, por turno, já dispunha:

"São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I ..... **omissis** .....

.....

XV ..... **omissis** .....

§ 1º ..... **omissis** .....

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou pela função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil causado ao patrimônio público ou particular."

Pela leitura atenta da **lex specialis** e da **lex generalis**, verifica-se que não há incompatibilidade entre elas. Em decorrência, não há dificuldade de entrelaçá-las: o prefeito, no caso de condenação por crime de responsabilidade, só perderá o cargo administrativo-eletivo se a sentença condenatória o declarar expressamente. Depois da Reforma Penal de 1984, mister se faz, ainda que se trate de crime de responsabilidade de prefeito, que a sentença condenatória declare expressamente a perda do cargo. No caso de condenação a mais de quatro anos, a sentença deve declarar, obrigatoriamente, a perda do cargo. Na hipótese dos autos, outra é a situação: o recorrido foi apenado com dois anos e a sentença do TJ, por fás ou por nefas, houve por bem preservar o seu cargo eletivo. Trata-se, como se percebe claramente, de mera questão de dosimetria da pena imposta, ainda que o seja, no fundo, por questão hermenêutica. O Tribunal recorrido — chamo a atenção dos Senhores Ministros para esse ponto — poderia, sem nenhuma mácula ao disposto no inciso I do art. 92 do CP, ter decretado, de imediato, a perda do cargo do recorrido. A decretação se faria com base no § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67.

Comentando o § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, **Rui Stoco** diz:

"A perda do cargo e a inabilitação pelo prazo de cinco anos, para o exercício do cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação, prevista no § 2º do art. 1º do Dec.-lei 201/67, constituem efeitos da condenação definitiva em qualquer dos crimes ali definidos.

Para os delitos comuns, o CP/40 previa a hipótese de perda de função pública, eletiva ou de nomeação, definindo-a como pena cessória no art. 67, I.

"A reforma da Parte Geral do Código Penal, através da Lei 7.209/84, implicou modificações substanciais, fazendo desaparecer as chamadas penas acessórias.

"Previu, contudo, como efeito da condenação, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, quando a pena aplicada for superior a quatro anos (art. 92, I).

"Como não há perfeita correspondência entre a hipótese de perda do cargo prevista no Dec.-lei 201/67 e aquela contida no Código Penal, prevalece a lei especial, em face do princípio da especialidade, nos termos do que dispõe o art. 12 deste último estatuto penal.

"Mas a perda do cargo ou a inabilitação para o seu exercício pelo Prefeito Municipal, com efeito da condenação definitiva, com base em um dos incisos da lei especial, não é de aplicação automática.

"Como a lei que prevê e define os crimes de responsabilidade de Prefeitos é omissa a respeito, incide o parágrafo único do art. 92 do CP, dispondo que os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença, por força do próprio art. 12 do CP, considerando que a omissão ou imprevisão redunda em não dispor de modo diverso, na expressão do texto citado."

.....

.....

"Ora, em 13 dos 15 incisos do art. 1º do Dec.-lei 201/67, a pena prevista **in abstracto** tem suas margens em três meses e três anos. O Prefeito Municipal condenado à pena mínima de três meses, por não ter emitido uma nota de empenho, perderá o cargo e ficará inabilitado, por cinco anos, para o exercício de qualquer outro cargo ou função pública, enquanto que um funcionário público, que no exercício do cargo se apropria de numerário de que tem a guarda, ou desvia valores ou bens e que venha a ser condenado a pena inferior a quatro anos, manterá esse cargo. Aliás, mesmo recebendo pena superior a quatro anos poderá não perder o cargo, se o magistrado optar pela não imposição do efeito da condenação.

"Por aí já se depreende que aquele efeito da condenação não é de aplicação automática, devendo o julgador analisar cada caso concreto e, motivadamente, decidir pela sua imposição, ou não, sob pena de se cometer injustiças, premiando os maus funcionários e alijando aqueles que terão praticado meras irregularidades administrativas, as que a lei especial, por excesso de rigor, erigiu em fatos delituosos típicos" ("Cód. Penal e sua interpretação jurisprudencial", 4ª ed., RT, p. 1.911).

Com tais considerações, Senhor Presidente, não conheço do recurso especial.

É meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 42.268-0 — MT — (94.0000288-2) — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Maciel. Recte.: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Recdo.: Pedro Fidélis da Silva. Advogados: Vicente Bezerra Neto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 09.05.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Pedro Acioli. Ausente, por motivo de licença médica, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO ESPECIAL Nº 42.401-1 — RS

(Registro nº 94.0000542-3)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Banco do Brasil*

Recorrido: *Calistrato Lopes Machado*

Advogados: *Drs. Maria Celina Ribeiro Maya e outros e Guilherme Poester Nunes e outros, e Izaias Batista de Araújo*

EMENTA: ***Cédula rural pignoratícia. PROAGRO. Inexigibilidade do título, enquanto pendente recurso administrativo interposto contra a decisão que indeferiu a cobertura securitária.***

A exigibilidade do título de crédito não se subordina à solução final a ser dada à cobertura do seguro, na esfera administrativa.

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 e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Vencido o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Ementa Regimental 03/93. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 28 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: 1. Cuida-se de embargos do devedor opostos por Calistrato Lopes Machado à execução que lhe move o Banco do Brasil S/A com suporte em cédula rural pignoratícia. Entre outras alegações, aduziu o embargante que, por ser beneficiário do seguro do PROAGRO e achar-se pendente em instância administrativa o recurso que interpôs acerca da cobertura securitária, inexigível é o título executado.

Em primeira instância o MM. Juiz de Direito, acolhendo tal fundamento, julgou procedentes os embargos.

Confirmou o Eg. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul o **decisum** de primeiro grau, em Acórdão cuja ementa porta o seguinte teor:

"Embora o PROAGRO tenha a natureza de verdadeiro seguro agrícola e o banco credor seja mero agente do BACEN, não é menos verdade que a Resolução que estabelece o programa — Res. 1.507/88 (BACEN), no capítulo das Disposições Finais (4 e 5) que só haverá mora do produtor se indeferido o recurso.

O Banco, portanto, não é absolutamente estranho à relação. É beneficiário da cobertura e se a ela também aderiu, deve se sujeitar às regras. Assim, a cédula rural, mesmo vencida só se torna exigível após a decisão do recurso quanto à cobertura.

Só após isso é que o Banco passa a ser estranho à relação securitária, que permanece apenas entre o produtor e o BACEN". (f. 79).

Daí o recurso especial manifestado pela instituição financeira com supedâneo na alínea **a** do permissor constitucional, alegando negativa de vigência da Lei nº 5.969/73, dos arts. 580, 585, 587 e 618 do CPC; 10 do Dec.-Lei nº 167/67 e da Resolução nº 1.507/88 do BACEN. Sustentou o recorrente, em suma, que ocorrem no caso duas relações jurídicas autônomas: uma entre o segurado e o PROAGRO e outra, de mútuo, entre o Banco e o produtor. Eis por que — segundo ele — a exigibi-

lidade do título não fica subordinada à solução de cobertura do seguro contratado.

Inadmitido o apelo extremo na origem, os autos vieram a esta Corte em razão de provimento a agravo, para melhor exame da controvérsia.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Penso que assiste razão ao recorrente em sua irresignação. Há duas relações jurídicas autônomas: uma, de seguro, firmada entre o PROAGRO e o produtor, na qual o Banco é mero agente; outra, de mútuo, entre a instituição financeira e o produtor. Assim, eventual pendência de natureza administrativa quanto à solução final a ser dada à cobertura do seguro, não deve interferir na exigibilidade do título de crédito emitido. Qualquer questão que surja entre o mutuário segurado e o PROAGRO deve ser resolvida entre eles tão-somente, alheio que se acha em relação a este conflito o banco credor.

Tal orientação, aliás, já mereceu o beneplácito desta C. Turma. Quando do julgamento do REsp nº 12.543-RS, o eminente Ministro Athos Carneiro, Relator do feito, tivera a ocasião de assinalar:

> "Juridicamente, o segurado é o produtor rural; o PROAGRO é o segurador que, ocorrido o sinistro, pagará ao credor, nos limites da responsabilidade assumida. Se ocorre dúvida, se conflito surge relativamente ao ano e ao **quantum** a ser coberto pelo segurador, a tal conflito permanece alheio o credor, mesmo se, quando da contratação do seguro, houver atuado como agente do PROAGRO. A posição de *agente* não implicará, salvo expressa previsão legal e anuência contratual, na assunção pessoal de prejuízos".

Nesses termos, o exercício do direito assegurado pelo mútuo não é de ser subordinado ao desfecho que for dado quanto à cobertura do seguro contratado pelo produtor rural. Tenho, assim, que considerando inexigível a cártula enquanto não dirimido o recurso interposto na esfera administrativa pelo segurado, o V. Acórdão recorrido realmente negou vigência aos arts. 580, 585, inc. VII, ambos do CPC, e 10 do Dec.-Lei nº 167, de 1967.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de que, afastada a inexigibilidade do título de crédito, retornem os autos ao MM. Juízo de 1º grau, a fim de serem apreciadas as demais questões suscitadas nos embargos.

É como voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, não obstante

precedente da Turma, tenho que não se pode ignorar o liame contratual entre o banco que atua como agente do Banco Central na relação do Pró-Agro. Ele aderiu ao programa, para funcionar como agente, e, portanto, teve que se subordinar às disposições que contem as regras do programa, que estabelecem: enquanto não solvidas na esfera da administração do Pró-Agro as questões relativas ao seguro, não há como ajuizar a ação de execução do mútuo".

Peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para não conhecer do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, reservando-me, porém, a um futuro reexame da matéria.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 42.401-1 — RS — (94.0000542-3) — Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Maria Celina Ribeiro Maya e outros. Recdo.: Calistrato Lopes Machado. Advogados: Guilherme Poester Nunes e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Izaias Batista de Araújo, pelo Recorrente.

Decisão: A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93 (em 28.02.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 42.774-6 — SP

(Registro nº 94.0001175-0)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Município de São Paulo*

Recorrida: *Carrocerias Buoro Ltda.*

Advogados: *Drs. Deborah R. L. Ferreira da Costa e Luiz Carlos Borges da Silveira e outro*

EMENTA: ***Execução. Fazenda Pública. Título extrajudicial.***

A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública pode fundar-se em título executivo extrajudicial. Recurso conhecido, pelo dissídio, mas não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, após o voto vista do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas negar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Brasília, 09 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: O Município de São Paulo manifestou recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, alegando que negou vigência ao art. 730, do Código de Processo Civil e dissentiu dos julgados que arrola, ao admitir execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública.

Negativo o juízo de admissibilidade, dei provimento ao agravo e determinei fosse autuado como recurso especial, na forma do disposto no art. 28, § 3º, da Lei nº 8.038/90.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A questão trazida a lume é controvertida, mas, em verdade, não há razão lógica ou jurídica para que se arrede a possibilidade de a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública fundar-se em título executivo extrajudicial. A necessidade de observância da disciplina do art. 730, do CPC, não induz o raciocínio de que a execução pressupõe título judicial.

Como observa **Celso Neves**, "eliminada a ação executiva e unificada a via executória, já agora hábil tanto para os casos de sentença condenatória quanto para os de títulos extrajudiciais dotados de executividade, a disciplina do art. 730 atende às particularidades de um processo executório em que não pode haver a penhora de bens sobre os quais verse a atividade **juris-satisfativa** que lhe é própria" ("Comentários ao Código de Processo Civil", Vol. VII, Forense, pág. 166).

Só uma interpretação estreita da norma constitucional conduziria ao absurdo de obrigar o credor ao processo de conhecimento porque o sujeito passivo na relação creditícia de direito material é a Administração, como enfatiza **Araken de Assis**, em escólio transcrito no voto condutor do aresto recorrido. Ressalte-se que o extinto Tribunal Federal de Recursos já se posicionara sobre o tema, nestes termos do acórdão proferido pela Quinta Turma na Apelação Cível nº 164.425-SP:

"Tem validade a execução contra a Fazenda Pública fundada tão-somente em título executivo extrajudicial, porquanto inexiste o excepcionamento pretendido para a r. decisão **a quo**".

Conhecendo do recurso, pela letra **c**, nego-lhe provimento. É como voto, Senhor Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 42.774-6 — SP — (94.0001175-0) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Município de São Paulo. Advogada: Deborah R. L. Ferreira da Costa. Recda.: Carrocerias Buoro Ltda. Advogados: Luiz Carlos Borges da Silveira e outro.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro, conhecendo do recurso especial, mas negando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Aguarda o Sr. Ministro Cláudio Santos (em 01.03.94 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, a hipótese versa a aplicação do artigo 730 do Código de Processo Civil. A matéria, embora controvertida na jurisprudência, como diz o Eminente Ministro-Relator, não oferece neste caso dificuldade alguma.

Faço apenas uma ressalva: fiquei vencido em caso anterior, acompanhando o parecer exarado pela douta Subprocuradoria-Geral da República. Cuidava-se de execução por título extrajudicial contra prefeitura do interior num Estado do Nordeste, em face da peculiaridade apresentada. O Doutor Juiz intimara o exeqüente para explicitar a origem da dívida assumida pelo Prefeito que já deixara o cargo. Limitou-se o Autor a dizer que o título originara-se em fornecimento de material não especificado ou sobre comissões devidas.

Ante tal circunstância, sem dúvida estranha, como Relator, entendi não aplicar, de logo, os princípios insertos no artigo 730 do Código de Processo Civil, para que pudesse a Prefeitura melhor defender-se na ação ordinária.

Na hipótese em julgamento, embora, controvertido o entendimento, tenho que plenamente possível a execução por título extrajudicial contra o Município.

Assim, como Sua Excelência, o Senhor Ministro Relator, conheço do recurso pela letra **c**, mas nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 42.774-6 — SP — (94.0001175-0) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Municí-

pio de São Paulo. Advogada: Deborah R. L. Ferreira da Costa. Recda.: Carrocerias Buoro Ltda. Advogados: Luiz Carlos Borges da Silveira e outro.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, mas negou-lhe provimento (em 09.08.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 43.389-4 — RJ

(Registro nº 94.0002481-9)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrentes: *César Rangel Barroso e cônjuge*

Recorrida: *Companhia Construtora Socico*

Advogados: *Drs. Louis A. Piereck Galvão de Sá e outros, e Denise Barreto Conde e outros*

EMENTA: ***Processual Civil — Preceito cominatório — Limitação — Inexistência.***

I — A lei processual civil de 1973 não estabeleceu limites à fixação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer. Impossibilidade de aplicação analógica do art. 920 **do** Código Civil **porque aquele dispositivo visa coibir abusos nas penas convencionais enquanto que a cominação judicial objetiva garantir a efetividade do processo.**

II — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 22 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: César Rangel Barroso e Cônjuge, contra o acórdão de fls. 85/87, interpõem Especial e, arrimados nas alíneas **a** e **c**, pretendem que o **decisum** teria negado vigência ao artigo 644 do CPC, e divergido de precedentes que arrolam (fls. 89/97), por haver fixado limite à pena pecuniária.

O acórdão impugnado concluiu que a multa, na Cominatória, é análoga à cláusula penal, não podendo seu valor exceder o da obrigação principal (CPC — art. 920) e incide a partir do descumprimento da obrigação, no prazo fixado pela sentença, que é a partir da citação do obrigado. (CPC, arts. 287; 632 e 644)

Às fls. 100/101, exarou-se despacho no qual se deferiu o processamento do apelo pela alínea **c**, já que, pela **a**, o aresto logrou razoável interpretação do direito cabente à espécie (Súmula nº 400-STF).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): A primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferiu, quanto à espécie, que (fls. 86/87):

"Nas ações cominatórias o prazo para o cumprimento da obrigação conta-se da citação para cumprir o julgado, se outro não estiver já determinado (CPC, art. 632).

Assim, normalmente, é da citação que se conta o prazo para cumprimento da obrigação de fazer, findo o qual incide a multa.

O artigo 632 do CPC há de ser interpretado em conjugação com os artigos 287 e 644 do CPC.

O artigo 287 dispõe que na petição inicial deverá constar a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença.

A melhor interpretação, aliás a mais corrente, há de harmonizar os artigos 287 e 632 do CPC, resultando que o descumprimento da sentença só se caracteriza se o obrigado, citado para cumprir a obrigação, não o fez no prazo assinado pela sentença.

O artigo 644 do CPC, também se harmoniza com esse entendimento.

A ressalva contida na parte final do artigo 632, "se outro prazo não estiver já determinado, só pode significar que, omitindo-se a sentença do processo de conhecimento na fixação do prazo, este será fixado pelo juiz da execução."

Pede ainda a apelante que o valor da multa seja limitado ao da obrigação hipotecária.

A multa cominatória, em que pese relevantes opiniões em contrário, não pode ser limitada.

A multa imposta em ação cominatória é análoga à da cláusula penal e a teor do artigo 920 do Código Civil, "o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal."

Na hipótese visa-se a liberação da hipoteca, que incide sobre o imóvel na sua totalidade, a acessão e a cota de terreno.

A hipoteca impossibilita ou dificulta extremamente a negociação do imóvel, tornando-o praticamente indisponível. O limite da multa há de corresponder ao valor do imóvel na época da execução."

Com apoio na alínea **c** do permissivo, examino a espécie.

Trata-se de hipótese já resolvida em precedente do STJ.

Assim dispôs o Acórdão recorrido: fls. 86/87):

"Nas ações cominatórias o prazo para o cumprimento da obrigação conta-se da citação para cumprir o julgado, se outro não estiver já determinado (CPC, art. 632).

Assim, normalmente, é da citação que se conta o prazo para o cumprimento da obrigação de fazer, findo o qual incide a multa.

O artigo 632 do CPC há de ser interpretado em conjugação com os artigos 287 e 644 do CPC.

O artigo 287 dispõe que na petição inicial deverá constar a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença.

A melhor interpretação, aliás a mais corrente, há de harmonizar os artigos 287 e 632 do CPC, resultando que o descumprimento da sentença só se caracteriza se o obrigado, citado para cumprir a obrigação não o fez no prazo assinado pela sentença.

O artigo 644 do CPC, também se harmoniza com esse entendimento.

A ressalva contida na parte final do artigo 632, "se outro prazo não estiver já determinado", só pode significar que, omitindo-se a sentença do processo de conhecimento na fixação do prazo, este será fixado pelo juiz da execução.

Pede ainda o apelante que o valor da multa seja limitado ao da obrigação hipotecária.

A multa cominatória, em que pese relevantes opiniões em contrário, não pode ser limitada.

A multa imposta em ação cominatória é análoga à da cláusula penal e a teor do artigo 920 do Código Civil, "o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal".

Na hipótese visa-se à liberação da hipoteca, que incide sobre o imóvel na sua totalidade, a acessão e a cota de terreno.

A hipoteca impossibilita ou dificulta extremamente a negociação do imóvel, tornando-o prati-

camente indisponível. O limite da multa há de corresponder ao valor do imóvel na época da execução."

Destaco, primeiramente, que a Turma, em duas oportunidades, decidindo os REsp's nº 8.930-SP e 35.515-0-RJ, de minha relatoria, embora envolvendo o tema sobre limites à fixação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer, em verdade não os enfrentou diretamente.

Na primeira, por cuidar-se de recurso interposto contra acórdão proferido em Ação Rescisória cujo fundamento era violação de literal a disposição de lei; na segunda, por envolver matéria de fatos e provas dos autos, bem como, a exegese que se fez, com base nos termos e regras da convenção de consórcio, resultando, ambos não conhecidos.

Todavia, ao decidir-se o REsp nº 8.065-SP, relator o Sr. Ministro Cláudio Santos a matéria obteve unânime desate entendendo-se que a lei processual civil editada em 1973 não estabeleceu qualquer limitação à fixação de pena pecuniária em casos tais.

Transcrevo do Acórdão citado do voto condutor, no que interessa, os seguintes trechos:

"Não há na legislação do processo civil limite para a fixação de preceito cominatório.

A doutrina do direito processual pertinente à codificação de 1973, por alguns de seus expoentes, é harmônica no sentido de que o art. 644 do CPC, "referindo **expressis verbis** à multa progressiva ("pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento"), abstém-se de estabelecer limite de valor "e isso significa" exclusão de tal limite; à semelhança do que dá nas *astreintes* do direito francês, fonte inspiradora do legislador nacional, o montante exigível pode ultrapassar o valor da obrigação: nisso precisamente se revela a índole coercitiva, e não de *ressarcimento*, que tem a imposição" (**Barbosa Moreira**, "Tutela Específica do Credor nas obrigações negativas" **in** "Temas de Dir. Processual" segunda série, Saraiva, 1980, nº 10, p. 40) (cfr., t.b. **Pontes de Miranda** "Comentários ao Cód. de Proc. Civil", T. X. Forense, 1976, p. 156; **Alcides Mendonça Lima**, "Comentários ao Cód. de Proc. Civil, Forense, v. VI, t. II, 2ª ed., 1977, p. 846; **Amílcar de Castro** "Comentários ao Cód. de Proc. Civil", RT, v. VIII, 1974, p. 189; **José Frederico Marques**, "Manual de Dir. Proc. Civil", v. IV, 1976, Saraiva, p. 134; **Vicente Greco Filho**, "Dir. Proc. Civil Brasileiro", 3º vol., Saraiva, 1985, nº 115, p. 69; **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, "Cód. Proc. Civil", Forense, 1ª ed., 1979, nota, p. 152).

Acentua-se essa ausência de limitação porque na vigência do Código de 1939, às claras, o art. 1.005 dispunha não poder a cominação pecuniária exceder o valor da prestação.

Em boa hora, a lei em vigor desvinculou o preceito cominatório do valor da obrigação ou da prestação, porque não se cuida de pena civil, mas de pena judicial, que diz com a efetividade do processo e com a compulsividade da ordem do juiz. O preceito cominatório não tem caráter compensatório; tanto que não exclui perdas e danos. É pena que tem a ver com a coercitividade do provimento judicial.

Daí não se poder pensar na aplicação analógica do art. 920 do Código Civil, porque o espírito da lei, naquela disposição, é diverso da inteligência do art. 644 do CPC. Aquele visa coibir o abuso nas convenções particulares que podem proporcionar benefícios extraordinários ao credor ou mais do que os danos resultantes no inadimplemento da obrigação pelo obrigado. Este, como já afirmei, é uma cominação que visa obrigar o cumprimento da decisão judicial. Onde não há a mesma razão inaplicável é a mesma disposição."

Esse Acórdão, trazido como paradigma pelo recorrente para demonstrar a divergência foi sumariada pela ementa seguinte:

"Preceito cominatório. Limitação. Inexistência.

A lei processual civil de 1973 não estabeleceu limites à fixação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer.

Impossibilidade de aplicação analógica do art. 920 do Código Civil porque aquele dispositivo visa coibir abusos nas penas convencionais enquanto que a cominação judicial objetiva garantir a efetividade do processo.

Recurso especial não conhecido."

Ora, no caso versante, o aresto limitou a multa imposta ao valor do imóvel na época da execução, certo que a ação tem por objeto liberar o bem — apartamento — de gravame hipotecário que o onera em sua totalidade, a acessão e a cota do terreno.

Evidente pois que assim decidido discrepou o acórdão do paradigma violando os dispositivos legais apontados.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento para excluir do **decisum** o limite imposto à pena pecuniária.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.389-4 — RJ — (94.0002481-9) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Waldemar Zveiter. Rectes.: César Rangel Barroso e cônjuge. Advogados: Louis A. Piereck Galvão de Sá e outros. Recda.: Companhia Construtora Socico. Advogados: Denise Barreto Conde e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 22.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 43.650-8 — SP

(Registro nº 94.0003017-7)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrentes: *Sônia Maria Grisanti Mausbach e cônjuge*

Recorrida: *Americana Tur Operadora Turística Ltda.*

Advogados: *Drs. Sílvia Feola Lencioni e outros, e Paulo Nicodemo Júnior e outro*

EMENTA: ***Código de defesa do consumidor. Tutela específica.***

Pacote turístico. Inadimplemento contratual. A tutela específica da obrigação deve ser de modo a que se realize na ordem prática o que foi contratado. Assim é que, descumprida a avença quanto à parte terrestre da excursão, impõe-se o fornecimento da passagem aérea, para o correto adimplemento do contrato. Inteligência do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Brasília, 30 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: A espécie foi assim sumariada pela sentença:

"Sônia Maria Grisanti Mausbach e seu marido Artur Henrique Mausbach Filho movem esta ação contra Nacional Turismo Agência de Viagens. Alegam, em síntese, que, a 28 de junho de 1991, contrataram com a ré um pacote de excursão a Bariloche e a Buenos Aires, incluindo três dependentes, com saída programada para 19 de julho e retorno a 27 desse mesmo mês, mediante pagamento à vista de Cr$ 1.479.438,00, sendo Cr$ 783.322,00 pela parte aérea e Cr$ 696.116,00 pela terrestre, compreendendo hospedagem no Hotel Edelweiss, em Bariloche e Hotel Collon, em Buenos Aires, tudo confirmado através de *vaucher*. O Hotel Edelweiss não dispunha das acomodações previstas, permanecendo os autores hospedados no Hotel Tanquelen, de padrão bem inferior, e situado longe do centro urbano. Promoveram notificação objetivando o fornecimento de novas passagens aéreas São Paulo-Bariloche-São Paulo para cinco pessoas e quatro pernoites no hotel antes contratado, com meia pensão e mais passeios típicos, ou o numerário suficiente para contratação da mesma excursão por outra empresa do ramo, além do pagamento de Cr$ 1.000.000,00 referidos a julho de 1991 e corrigidos a título de indenização pelo custo de tempo para aquisição de novo período de férias, o que restou desatendido. É o que pretendem por via desta demanda, com a cominação de multa a ser judicialmente fixada. Juntam documentos".

A ação foi julgada procedente, nos termos do dispositivo sentencial, "para condenar a ré a fornecer cinco passagens aéreas São Paulo-Bariloche-São Paulo e quatro diárias com meia pensão no Hotel Edelweiss, para período do interesse dos autores, e no prazo de quinze dias, sob pena de multa diária de Cr$ 200.000,00, ou converter essa obrigação de fazer em indenização por perdas e danos consistente no pagamento do valor pecuniário devidamente atualizado para que eles possam obter o mesmo resultado em outra empresa do ramo, pagando, em qualquer alternativa, a indenização de Cr$ 1.000.000,00, igualmente corrigida, esta desde julho de 1991".

Em sede de apelação, a e. Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo expungiu da condenação imposta o fornecimento das passagens aéreas São Paulo-Bariloche-São Paulo e a multa diária, modificando, outrossim, o termo inicial da correção monetária, de modo a que se atualize o valor da indenização a partir da sentença.

Daí o presente recurso especial dos autores, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sob a alegação de que o acórdão contrariou o art. 84, §§ 3º e 2º, do Código de Defesa ao Consumidor, quanto ao fornecimento das

passagens aéreas e à multa diária, e o art. 1º e § 2º, da Lei nº 6.899/81, além de dissentir de julgados deste Tribunal, no tocante ao termo inicial da correção monetária.

Processado e admitido o recurso, subiram os autos.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A despeito de não fazer menção expressa ao art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, certo é que o acórdão recorrido cuidou das questões que envolvem a alegação de negativa de vigência a esse dispositivo, o que basta a dizer-se satisfeito o requisito do prequestionamento.

A teor do disposto no **caput** do mencionado artigo, na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento do contrato.

Consoante enfatizado na obra de **Arruda Alvim** e outros insignes juristas, o sentido prático deste art. 84, **caput**, cujo pressuposto é o de que tenha havido um ilícito, traduzido pelo inadimplemento do fornecedor — é de que se realize na ordem prática o que foi contratado ("Código do Consumidor Comentado", Editora Revista dos Tribunais, 1ª ed., pág. 189).

Pois bem. No caso dos autos, assentaram as instâncias ordinárias que a empresa de turismo não cumpriu o avençado quanto ao hotel de Bariloche. Não obstante, o acórdão expungiu da condenação imposta em primeiro grau o fornecimento das passagens aéreas, sob o fundamento de que a viagem aérea foi feita a contento e nos termos contratados. Mas isso não assume relevo, **data venia**.

Para que se realize na ordem prática o que foi contratado, em relação à parte terrestre da excursão, é mister o fornecimento das passagens aéreas. Do contrário, frustrar-se-á a tutela específica demandada, perfeitamente possível, visando ao correto adimplemento do contrato.

No que diz com a multa diária, assiste razão por igual aos recorrentes. De acordo com o que estabelece o § 2º do citado art. 84, a indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). Observa-se que, na espécie vertente, o juiz fixou prazo razoável para o cumprimento da obrigação, cominando a multa diária, para o caso de inobservância, em estrita conformidade com a legislação de regência.

Finalmente, é injustificável atualizar-se o valor da indenização a partir da sentença, como determinou o acórdão. Todavia, não pode ter lugar desde o inadimplemento da obrigação, como estabeleceu a sentença. Com efeito, postulou-se na

inicial o pagamento de valor certo a título de indenização, já atualizado, portanto, o que induz o raciocínio no sentido de que o termo inicial da correção monetária deva corresponder à data do ajuizamento da ação.

Tais as circunstâncias, Senhor Presidente, conheço do recurso, e lhe dou parcial provimento, para cassar o acórdão e restabelecer a sentença, salvo no tocante à correção monetária, que incidirá nos termos explicitados. É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, fico com a sentença, salvo no tocante à correção monetária. Creio que estariam aí as providências que asseguram o resultado prático, a que se refere o art. 84, do Cód. do Consumidor. A propósito, em "Comentários..." de **Kazuo Watanabe**, está dito: "o legislador deixa claro que, na obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, o que importa, mais do que a conduta do devedor, é o resultado prático assegurado pelo direito".

Acompanho o Sr. Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.650-8 — SP — (94.0003017-7) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Rectes.: Sônia Maria Grisanti Mausbach e cônjuge. Advogados: Sílvia Feola Lencioni e outros. Recda.: Americana Tur Operadora Turística Ltda. Advogados: Paulo Nicodemo Júnior e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento parcial (em 30.08.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 43.746-6 — SP

(Registro nº 94.0003350-8)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Vera Maria Publio Dias*

Recorrido: *Aristides Negrão de Vilhena Moraes*

Advogados: *Drs. Luciano Ferreira Leite e outro, e Luiz Carlos de Azevedo Ribeiro e outro*

EMENTA: ***Processual Civil. Imissão de posse. Legitimidade passiva do cônjuge separado. Conteúdo do acordo da partilha.***

Não cabe, em recurso especial, rever e reinterpretar o conteúdo de acordo de que resultou partilha entre cônjuges, de modo a definir da legitimidade de um deles para figurar no pólo passivo de ação petitória de imissão de posse de bem que fora por ambos alienado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, não conhecer do recurso, vencidos os Srs. Sálvio de Figueiredo e Antônio Torreão Braz, que dele conheciam em parte e, nessa parte, davam-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro.

Brasília, 10 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Com fundamento no art. 105, III, **a** e **c** da Constituição Federal recorre *Vera Maria Publio Dias* de acórdão proferido pela 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo que deu parcial provimento a apelação para afastar a carência de ação em relação à ora recorrente decretada na sentença que também acolheu a cautelar de seqüestro e ação de imissão de posse cumulada com perdas e danos contra **Aurélio Borges Corrêa**, em autos de ação cautelar de seqüestro promovida por **Aristides Negrão de Vilhena Moraes**. Sustenta o recorrente ter o acórdão contrariado os arts. 267, VI, 3º; 331, II; 515, § 1º e 927, II do Código de Processo Civil e divergido de acórdãos de outros Tribunais.

Processado o recurso vieram os autos a este Tribunal por força de agravo.

É como relato.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Não se configurou o dissídio, posto para sustentar cerceamento de provas, em virtude do julgamento antecipado da lide, porquanto aqui se teve como irrelevante a prova oral pretendida, para indicar a existência de separação de fato do casal, de modo a definir legitimidade da recorrente, para figurar no pólo passivo de ação petitória de imissão de posse, juntamente

com o marido, enquanto nos paradigmas se teve por influente a prova.

A superveniente separação judicial do casal, com homologação de partilha, em que teria ficado com o marido o resultado da alienação do bem objeto da ação, envolve o reexame do conteúdo do acordo entre os cônjuges, não servindo o recurso especial para esse reexame e eventual reinterpretação, que não constituem questão federal capaz de conduzir tal recurso.

De resto, o acórdão fez exame das provas, para concluir pela legitimidade da recorrente para a ação, posta diante de alienação de imóvel, da qual participara como cônjuge do co-réu, tanto mais quando cumulada petição indenizatória de danos decorrentes da retenção do bem pelos alienantes, provas que não cabe reexaminadas em recurso especial.

E nem se diga contrariado o art. 515, § 1º do Código de Processo Civil, porquanto, fundando-se a defesa da ora recorrente, em primeira instância apenas na argüida ilegitimidade passiva, acolhida pela sentença, nada mais havia a decidir em primeiro grau, inexistindo, portanto, supressão daquela instância.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, por ofensa ao art. 515 do Código de Processo Civil, por entender que, tendo o Tribunal dado provimento à apelação, afastando a carência, ao ingressar no mérito teria suprimido uma instância de julgamento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.746-6 — SP — (94.0003350-8) — Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Vera Maria Publio Dias. Advogados: Luciano Ferreira Leite e outro. Recdo.: Aristides Negrão de Vilhena Moraes. Advogados: Luiz Carlos de Azevedo Ribeiro e outro. Sustentou, oralmente, o Dr. Luciano Ferreira Leite, pela Recorrente.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Fontes de Alencar, não conhecendo do recurso, e do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, dele conhecendo em parte, e nessa parte, dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Barros Monteiro (em 14.03.94 — 4ª Turma).

Aguarda o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de ação de imissão na posse proposta por Aristides Negrão de Vilhena Moraes

contra Aurélio Borges Corrêa e Vera Marta Publio Dias, visando à entrega de imóvel objeto de contrato de promessa de venda e compra, mais perdas e danos. Além disso, o demandante aforou contra os mesmos requeridos ação cautelar de seqüestro.

No estado de casados, os réus prometeram vender ao autor o imóvel sito à rua Condessa de Pinhal, nº 100. Desavindo as partes acerca do pagamento de uma das prestações, os promitentes-vendedores intentaram contra o compromissário-comprador ação de rescisão contratual (julgada improcedente), enquanto que este último contra aqueles moveu ação consignatória (julgada procedente). Nesse ínterim, os demandados separaram-se consensualmente, fazendo-se inserir no acordo cláusula segundo a qual a separanda abria mão em favor do varão da sua meação constante do depósito feito na aludida ação de consignação em pagamento. Daí a pretensão da co-ré de ver-se excluída do pólo passivo de ambas as causas de início referidas, responsável que é, segundo alega, exclusivamente o seu ex-marido.

O MM. Juiz de Direito acolheu tal defesa. Mas, o Tribunal de Justiça de São Paulo, dando provimento parcial ao apelo interposto pelo autor, houve por bem condená-la solidariamente, não só quanto à imissão na posse, mas também no que concerne às perdas e danos. Considerou o V. Acórdão escorreito o julgamento antecipado da lide, e, quanto ao mérito, deu pela responsabilidade solidária dos réus, tida ainda como irrelevante eventual separação de fato do casal.

Inconformada, a co-ré manejou recurso especial, apontando como vulnerados os arts. 3º, 331, nº II, 267, nº VI, 515, § 1º, e 927, nº II, do CPC, além de dissenso interpretativo com arestos de outros Tribunais.

Na assentada anterior, o eminente Relator e o Sr. Ministro Fontes de Alencar não conheceram do recurso; o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, reputando contrariado o art. 515 do Código de Processo Civil, conheceu do apelo extremo, em parte, e, nessa parte, deu-lhe provimento. S. Exa. entendera que, tendo o Tribunal **a quo** afastado a carência, não lhe era permitido ingressar no mérito da lide, e, assim, suprimir uma instância de julgamento.

Por primeiro, não vejo configurado o dissenso de julgados, seja porque não observadas as normas regimentais (art. 255, § 2º, do RISTJ), seja porque, demasiados genéricos os casos trazidos como paradigmas, não se prestam a confronto com a hipótese ora em apreciação.

Não vislumbro, outrossim, afronta à lei federal invocada pela recorrente.

Foi ela tida como parte legítima **ad causam** não só quanto à imissão na posse, mas também no que

diz com as perdas e danos. A par da circunstância de que a co-ré — ora recorrente — participara do contrato de promessa de venda e compra e, portanto, contraíra a obrigação de entregar o imóvel ao compromissário-comprador, o V. Acórdão alinha outras razões pelas quais a considera como responsável juntamente com o ex-marido. Ei-las: a) obrigação de pagar ao ex-consorte certa quantia em dinheiro quando da quitação do preço por parte do ora recorrido; b) aditamento à partilha, a fim de que se anotasse que o varão assumia 'com exclusividade os direitos de promitente-vendedor do imóvel em questão'; c) no Registro Imobiliário figuram como transmitentes ao autor os dois réus, não obstante os termos da partilha efetuada.

Daí por que o julgado recorrido teve como irrelevante a alegação de separação de fato do casal ocorrida anteriormente, afigurando-se, por via de conseqüência, prescindível a realização de prova oral a respeito. Não se vê como ofendido, pois, o art. 331, inc. II, do CPC, até porque, segundo o **decisum** combatido os elementos constantes dos autos já eram suficientes para a prolação de uma decisão pelo Dr. Juiz de Direito. A discussão que se pretende reabrir nesse particular pela recorrente envolve necessariamente o reexame de matéria probatória, o que é defeso na via angusta do recurso especial (Súmula nº 07-STJ).

Por igual, está a exigir a reapreciação de matéria de fato o inconformismo da co-ré tocante à sua responsabilidade solidária pela entrega do imóvel e pelas perdas e danos. Como assinalado acima, o aresto recorrido discriminou as razões pelas quais ambos os réus respondiam perante o compromissário-comprador e não somente o ex-marido da ora recorrente. Evidente que descabe aqui, em sede de apelo excepcional examinar-se se a posse e o domínio daquele imóvel passaram a ser exercidos, com exclusividade, pelo co-réu varão. É tema que diz com as provas coligadas, como, aliás, salientou o eminente Ministro Relator: "A superveniente separação judicial do casal, com homologação de partilha, em que teria ficado com o marido o resultado da alienação do bem objeto da ação, envolve o reexame do conteúdo do acordo entre os cônjuges, não servindo o recurso especial para esse exame e eventual reinterpretação, que não constituem questão federal capaz de conduzir tal recurso. De resto, o acórdão fez exame das provas, para concluir pela legitimidade da recorrente para a ação, posta diante de alienação de imóvel, da qual participara como cônjuge do co-réu, tanto mais quando cumulada petição indenizatória de danos decorrentes da retenção do bem pelos alienantes, provas que não cabem reexaminadas em recurso especial".

Por derradeiro, não há se falar **in casu** em supressão de uma instância de julgamento, desde que a matéria oposta como defesa pela co-ré se concentrava na assertiva de ilegitimidade de parte; este o ponto

nodal de suas alegações, razão pela qual, uma vez arredado pelo V. Acórdão, só lhe restava concluir pela responsabilidade da co-ré, sem necessidade alguma de remessa dos autos ao primeiro grau de jurisdição.

Nesses termos, rogando vênia ao ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, acompanho o voto do preclaro Ministro Relator, não conhecendo do presente recurso especial.

É como voto.

VOTO — VENCIDO EM PARTE

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.746-6 — SP — (94.0003350-8) — Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Vera Maria Publio Dias. Advogados: Luciano Ferreira Leite e outro. Recdo.: Aristides Negrão de Vilhena Moraes. Advogados: Luiz Carlos de Azevedo Ribeiro e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, vencidos os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Antônio Torreão Braz, que dele conheciam em parte e, nessa parte, davam-lhe provimento (em 10.05.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 44.920-0 — MA

(Registro nº 94.0006410-1)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Relator Desig.: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrida: *Maria Eremias da Costa Cardoso*

Advogados: *Drs. Acélio Jacob Roehrs e outros, e Francisco Carlos Ferreira e outros*

EMENTA: Apelação — Exame do mérito

O exame do mérito, em segundo grau, condiciona-se a que o haja sido em primeiro. Para verificar se o foi, há que se pesquisar se

decidida a pretensão formulada na inicial. Isso tendo ocorrido, não importa que a sentença, equivocadamente, haja afirmado que o autor era carecedor da ação.

Legitimação para a causa — Mérito

Afirmando o autor ser titular de relação jurídica, nela fundando seu pedido, a sentença que o negue, recusando, em conseqüência, sua pretensão, terá decidido a lide, julgado o mérito. Nada importa se considere que outro o credor. Releva, para o processo, unicamente a lide nele deduzida.

Superada a questão em segundo grau, devem os juízes do recurso prosseguir no exame da causa, pois não se trata de sentença simplesmente terminativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Cláudio Santos e Costa Leite.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Brasília, 30 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente e Relator designado.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Da sentença que extinguiu o processo, ao acolher a preliminar de ilegitimidade ativa alegada pelo réu, apelou a autora, e o Tribunal, repelindo a preliminar, apreciou de logo o mérito, julgando procedente o pedido, **verbis**:

"É inconcebível a alegação de ilegitimidade de parte. A Apelante é sim parte legítima no feito, pois tem os requisitos exigidos pelo artigo 3º do Código de Processo Civil.

No mérito, há que se dar razão à Apelante. Esta bem comprovou que se utilizou dos serviços da Instituição Financeira, para a transferência de ordem de pagamento. Vale ressaltar que tais serviços são de exclusiva competência dos Bancos.

Ora, pactuado o serviço, pagas as taxas, está celebrado o contrato. Se a ordem de pagamento não foi alcançada pelo beneficiário, terá o Banco, ora Apelado, que responder pela importância depositada.

Em momento algum a Apelada nega que tenha recebido o numerário que seria destinado ao beneficiário. Sabe-se, todavia, que o recebeu da Apelante.

Se o Apelado obrigou-se a prestar os serviços, é de se ver que, se não o faz, infringe o contrato. Esta é a regra. Os Contratos a título oneroso são sempre bilaterais; trazem consigo uma pluralidade e reciprocidade de encargos. As partes se vinculam mutuamente, na qualidade de uma credora e uma devedora.

Por essas razões dou provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida, condenando o Apelado ao pagamento da importância depositada, acrescida de juros e correção monetária, invertidos os ônus da sucumbência."

Rejeitados os embargos de declaração, o réu interpôs recurso especial, fundando-o nos arts. 463 e 515 do Cód. de Pr. Civil e pleiteando volte o processo "ao juízo de primeira instância para apreciação do mérito da causa". Citou julgados deste Tribunal, inclusive desta 3ª Turma.

Recurso admitido pelo despacho de fl. 89, **verbis**:

"Assim, ao exame destes autos verifica-se que o recurso ora interposto merece ser admitido, para que o mesmo possa ser submetido a apreciação de um tribunal superior.

Em verdade, a jurisprudência dominante no País, diz que: '— se extinto o processo sem apreciação do mérito, o Tribunal não poderá julgar este' (STJ-RSTJ-6/459 e RT. 651/188; STJ — 4ª Turma, REsp 2.344-SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, J. 3.4.90, deram provimento, DJU 28.5.90, p. 4.736, 1º Col.).

Dessa forma, evidenciamos que o acórdão atacado ao reformar a decisão do juiz monocrático que julgou extinto o processo sem apreciação do mérito contrariou os artigos 463 e 515 do Código de Processo Civil.

À vista do exposto, enquadrando a hipótese dos autos ao determinado no art. 105, inciso III, alínea **a** da Constituição Federal, admito o presente recurso por ter amparo legal."

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): O caso destes autos é semelhante ao que foi objeto do REsp-16.091 do Paraná, onde votei dessa forma:

"Ao dar seguimento ao recurso especial, o Sr. Presidente, em exercício, do Tribunal de origem, citou precedentes desta Corte, firmados em sessões da 3ª e 4ª Turmas, que compõem, exatamente, a 2ª Seção. Declinou o voto do Sr.

Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp-1.418, **in** RSTJ-7/447, que tem essa ementa: 'Sentença terminativa — Apelação — Limitações a que se sujeita ao julgamento desta. Se a sentença extingue o processo, sem julgamento do mérito, não é lícito ao julgador de segundo grau, a pretexto de modificar-lhe os fundamentos, decidir o mérito da causa'.

Quanto ao precedente desta 3ª Turma, nele encontrei semelhança, e bastante, com a espécie descrita nestes autos. Em ambos, estava em causa questão relativa à propriedade do imóvel: naquele, o juiz extinguiu o processo sem julgamento do mérito, porque o autor não seria o proprietário do imóvel objeto da ação de despejo ('proprietário do imóvel é aquele em cujo nome se acha transcrito'); neste, também uma ação de despejo, o juiz extinguiu, igualmente, o processo sem julgamento do mérito, porque, palavras suas, o autor 'não fez prova de ser o titular do domínio do imóvel retomando'. Em ambos, ainda, os Tribunais, respectivos, julgando as apelações, superaram a preliminar e decretaram o desejo.

Esta Turma teve oportunidade de apreciar outro caso, que lhe veio no REsp-11.747, com a relatoria do Sr. Ministro Dias Trindade, assim ementado: 'Civil/Processual. Extinção do Processo. Limites de dev lução. Julgado extinto o processo, por ilegitimidade de parte, sem exame do mérito, a apelação devolve ao Tribunal apenas essa matéria, a impedir que seja julgada, pelo mérito, a causa, com supressão de instância'.

Conquanto reconheça o bom propósito do acórdão recorrido, bem assim a excelência de sua fundamentação, o certo é que este Tribunal, a respeito da questão em debate, tem pensamento diverso, tal contido nos precedentes citados, por detectar, em casos assim, ofensa ao art. 515 do Cód. de Pr. Civil. Por isso, conheço do recurso especial, pelo fundamento da alínea **a**, e lhe dou provimento, para que, superada a preliminar, seja proferida, retornando os autos ao juiz, outra sentença, como for de direito."

Acolhido naquela ocasião o meu voto, redigi para o acórdão a seguinte ementa:

"Extinção do processo sem julgamento do mérito. Ilegitimidade ativa de parte. Apelação. Efeito devolutivo. Em caso dessa espécie, não é lícito ao tribunal, afastando a preliminar de ilegitimidade, proferir julgamento de mérito. Impõe-se o retorno do processo ao juiz, em observância ao princípio do duplo grau de jurisdição. Art. 515 do Cód. de Pr. Civil. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido" (DJ de 13.4.92).

Ante tal circunstância, conheço do presente recurso especial e lhe dou provimento, para o mesmo fim.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 44.920-0 — MA — (94.0006410-1) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Relator designado: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Acélio Jacob Roehrs e outros. Recda.: Maria Eremias da Costa Cardoso. Advogado: Edilberto Machado Neto.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo e provendo o recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite (em 10.05.94 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Extrai-se da inicial que a autora remeteu determinada importância, a ser paga a um terceiro, utilizando-se dos serviços do réu. Aquela, entretanto, não foi recebida pelo beneficiário, mas por um estranho. Pediu fosse o réu condenado a "devolver o valor da ordem, fazendo creditar em sua conta corrente, acrescido de juros e correção monetária". A sentença entendeu que, com a ordem de pagamento, a posse do dinheiro fora perdida em favor do beneficiário, carecendo a autora de legitimidade para pleiteá-la. Extinguiu o processo.

O acórdão reformou a sentença e julgou procedente a ação. O recurso especial funda-se em que, não apreciado o mérito em primeiro grau, não o poderia ser em segundo e, nesse sentido, arrola diversos julgados.

Correta a tese de que o exame do mérito, em segundo grau, condiciona-se a que o tenha sido em primeiro. Cumpre verificar, entretanto, se isso ocorreu ou não, importando pouco haja a sentença afirmado que se absteve de fazê-lo, pois, malgrado a assertiva, pode ter sido o mérito apreciado. A propósito decidiu esta 3ª Turma, em acórdão de que fui relator (REsp 31.766), e que recebeu a seguinte ementa:

"*Processo Civil. Mérito.*

Para verificar se houve exame do mérito há que pesquisar se a pretensão formulada foi decidida. Isso tendo ocorrido, não importa que a sentença haja, equivocadamente, afirmado que o autor era carecedor da ação. Fica o Tribunal, no julgamento da apelação, autorizado a examinar todas as questões pertinentes ao merecimento."

No caso em julgamento, tenho como certo que o mérito foi julgado. A autora pretendia ser credora de determinada importância. A sentença, ao dar pela ilegitimidade para a causa, decidiu que não havia, entre as partes, a afirmada relação jurídica. E objeto do processo era exatamente reconhecer a existência dessa, com a conseqüente condenação do réu. Parece certo que a lide exposta na inicial foi examinada e

julgada, decidido, pois, o mérito. Também a respeito desse tema há precedente. Trata-se do REsp 21.544 (RSTJ 36/482), por mim relatado, em que proferi o seguinte voto, acompanhado pelos demais integrantes desta Turma:

"Costuma-se afirmar, sem maior exame, que, constituindo a legitimação para a causa uma das condições da ação, sua falta conduz à carência, impossibilitado o exame do mérito. Ocorre que o tema demanda algumas distinções, nem sempre feitas.

Por certo que, tratando-se de legitimação extraordinária, destaca-se claramente a questão da legitimidade para agir da pertinente ao mérito, por isso mesmo que a parte apta a postular o reconhecimento do direito é outra que não o seu titular. Desse modo, ao se decidir sobre a titularidade para propor a demanda, nada se dirá, necessariamente, quanto a titularidade do direito.

Na legitimação ordinária, impõe-se discernir. Apresenta-se, por vezes, uma relação legitimante, estranha à litigiosa. Pode-se exemplificar com a hipótese da ação intentada pelo sócio, visando à anulação de ato praticado por diretor, contrário aos estatutos. A condição de sócio é necessária para que a parte seja legítima. Negando-a ou afirmando-a, nada se estará adiantando sobre a validade do ato impugnado.

Muito mais freqüente, entretanto, que a relação jurídica, capaz de autorizar uma pessoa a pleitear determinado direito, confunda-se com a existência da própria relação jurídica cujo reconhecimento se demanda. Natural que assim seja. Se ordinariamente pode pretender o reconhecimento do direito quem como seu titular figura na relação jurídica material, a decisão sobre uma coisa implicará decisão sobre a outra. Se a sentença afirma que A não é credor de B, nada mais haverá a decidir.

Procura-se, por vezes, discriminar essa situação de outra, em que exista a relação jurídica, mas dela seja titular, não o que como tal se afirma, e sim um terceiro. A distinção é destituída de qualquer conseqüência, se o objetivo é verificar se o mérito foi ou não examinado.

Tome-se o exemplo, costumeiramente apontado, da cessão de crédito. Ingressando em Juízo aquele que diz cessionário, o litígio existente será o que deriva da afirmação de ser credor do réu por determinada importância. Esta a lide. Única existente, pois, para o processo só importa o que nele se deduziu. Se a sentença concluir que não houve a cessão, haverá de declarar que o autor não é credor. Sua pretensão, por conseguinte, é infundada. Não se limita o julgado a uma questão processual, pertinente a quem pode postular em juízo. Nega a existência da relação em que se funda o pedido do autor.

Dir-se-á que a relação jurídica de débito e crédito continua a existir, podendo ser o pagamento exigido pelo verdadeiro titular. Sucede que isso é de todo irrelevante para o processo em que houve o julgamento. A lide nele deduzida referia-se a um vínculo entre autor e réu. Afirmando que este inexiste, o pedido foi apreciado, a lide examinada e decidida, a pretensão recusada. Se subsiste uma relação, entre o réu e terceiro, poderá constituir conteúdo de outra lide, objeto de processo distinto. Claro está que a decisão proferida será inteiramente neutra relativamente a essa eventual demanda. Mas, para assim concluir, basta recorrer às regras pertinentes aos limites subjetivos da coisa julgada. De há muito observou **Lopes da Costa** que, em casos como este, não interessa "que o réu deva a outrem que não a ele, autor" (Rev. de Direito Proc. Civil — nº 3, p. 22)."

Tenho como certo, pois, que o mérito foi examinado. E o tendo sido, o Tribunal, no julgamento da apelação, poderia cuidar de todos os temas que a ele dissessem respeito, como já decidiu esta Terceira Turma em mais de uma oportunidade. Assim no julgamento do REsp 2.218, relator para o acórdão o Ministro Nilson Naves, e do REsp 2.306, de que fui relator, e de que transcrevo trecho:

"A devolução ao tribunal poderá ser limitada pela parte, na medida em que se conforme com algum capítulo da sentença que lhe seja desfavorável. A impugnação será parcial e o recurso, por conseguinte, não ensejará apreciação pelo Tribunal, se não na medida em que as partes quiseram submeter a lide a novo julgamento. Entenda-se, entretanto. Trata-se de deixar que a preclusão atinja parte da decisão sobre a lide, formando-se a coisa julgada. A restrição, resultante da faculdade dispositiva deferida às partes, é quanto à extensão da matéria a ser decidida no recurso. Poderá o recurso, por exemplo, cingir-se à verba honorária. Ou conformar-se o réu com a condenação no principal mas insurgir-se quanto a juros ou correção monetária. Esta opção do recorrente marcará os lindes a serem observados no julgamento da apelação.

Coisa diversa é a matéria suscetível de exame, pelo tribunal, para decidir a respeito daquela que foi impugnada. Trata-se, aí, da profundidade e não da extensão, como faz notar **Ada Pellegrini** em nota a trabalho de **Liebman** sobre o "Recurso da decisão que declara prescrita a ação". (**in** Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro — Bushatsky — 1976 — p. 194) em que, aliás, aquele ilustre processualista já sustentava, mesmo na vigência do Código de 39, que, afastada a alegação de prescrição, acolhida na sentença, o Tribunal haveria

de prosseguir no exame da causa. Matéria impugnada é a decisão de improcedência da ação. Para decidir se a sentença deve ser mantida ou não, ou seja, se a ação deve ter-se como procedente ou improcedente, o Tribunal haverá de considerar tudo que a isso for necessário.

Essas conclusões encontram respaldo firme no § 1º do artigo 515 do Código de Processo Civil. Afastada a hipótese de sentença terminativa, de que aqui não se cogita, há de ter-se em conta que a lide, forçosamente, terá sido julgada por inteiro. Assim não fosse, a sentença seria nula, já que **citra petita**. O que pode deixar de ter sido apreciado são questões que interessem ao julgamento do mérito. E tais questões serão apreciadas pelo Tribunal, não importando a razão por que deixaram de o ser em primeiro grau.

O § 2º do mesmo artigo deixa claro, também, que o duplo grau não significa que todas as questões hajam de ser examinadas pela sentença para que seja lícito ao Tribunal fazê-lo. Assim, se o réu alega inexistir a dívida, por ser nulo o contrato, e aduz ainda que, fosse válido, o débito ter-se-ia extinguido em virtude de compensação, poderá o Juiz acolher a primeira alegação, abstendo-se de pronunciamento quanto à segunda. Se o Tribunal, deliberando sobre recurso de apelação, concluir por inexistir nulidade, haverá de examinar a compensação de que em primeiro grau não se cuidou.

Observe-se, ainda, que o artigo 463 do C.P.C. explicita que, com o julgamento do mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-lo nas restritas hipóteses ali previstas. Este dispositivo, por um lado, deixa claro que, sem apreciar o mérito, o juiz não terá cumprido seu ofício no exercício da jurisdição. Deste modo, tratando-se de sentença terminativa reformada, os autos devem voltar-lhe para decidir quanto ao mérito. De outra parte, entretanto, dele pode-se concluir que, examinando o mérito, o juiz não mais se pronunciará sobre a causa, salvo, evidentemente, se anulada a sentença, por algum vício processual.

Permito-me repetir o que, a propósito, escreveu **Barbosa Moreira**:

> "Tem-se aí mais um dado relevante para a configuração exata do princípio do duplo grau de jurisdição, tal como o acolhe o Código de 1973. Como já se frisou, à luz do disposto no art. 463, é inadmissível que o órgão superior se pronuncie sobre o **meritum causae**, sem que antes o tenha feito o juízo inferior. Não é necessário, porém, que a atividade cognitiva deste haja esgotado a matéria de mérito. O princípio do duplo grau, no sistema do estatuto vigente, não reclama que só

passem ao exame do tribunal as questões efetivamente resolvidas na primeira instância: fica satisfeito com a simples possibilidade de que essas questões fossem legitimamente apreciadas ali." (Comentários ao CPC — V volume — 5ª ed. — Forense, p. 428)."

Conheço pelo dissídio com o julgamento proferido no REsp 12.348, citado à fl. 85, mas nego provimento, **data venia** do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 44.920-0 — MA — (94.0006410-1) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Relator designado: Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Acélio Jacob Roehrs e outros. Recda.: Maria Eremias da Costa Cardoso. Advogado: Edilberto Machado Neto.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista, do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negou-lhe provimento. Lavrará acórdão o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (em 30.06.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Cláudio Santos e Costa Leite.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 45.755-6 — RS

(Registro nº 94.0008091-3)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS*

Advogados: *Laerte Luiz Lara e outro*

Recorrido: *Jackson Marcelo Teixeira da Cruz*

Advogados: *Sérgio Cruz Fabre e outro*

EMENTA: ***Direito Administrativo. Estudante universitário. Funcionário estadual. Transferência. Aplicação da Lei nº 7.037/82.***

Firmou-se a jurisprudência no sentido de que a transferência de estudante universitário, prevista na Lei nº 7.037/82, alcança não somente os servidores públicos da administração federal, mas também as hipóteses de servidores dos Estados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Amérito Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Brasília, 18 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, fundado no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, guarnecido pela seguinte ementa:

> *"Direito administrativo. Transferência de estudante universitário. Funcionário estadual. Lei nº 7.037/82.*
>
> A jurisprudência das Cortes Federais é no sentido de que a transferência de estudante universitário alcança as hipóteses de servidor Público de Estado-membro e não apenas os da administração federal."

Sustenta a recorrente, em resumo, que o **decisum** contrariou o artigo 1º, § 1º, I, da Lei nº 7.037/82, que estabelece que a transferência será concedida somente aos servidores públicos federais e das forças armadas.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor Presidente, o tema, em caso inteiramente idêntico, já foi muito bem analisado, sob todos os aspectos, pelo eminente Ministro Dias Trindade, quando integrante da Primeira Turma do extinto TFR, na Remessa **ex officio** nº 107.892-MG. O acórdão, cuja ementa vai transcrita, responde a todas as alegações do presente recurso:

> *"Ensino superior. Transferência. Artigo 158 da Lei nº 1.711, de 1952, e artigo 100 da Lei nº 4.024, de 1961. Redação da Lei nº 7.037, de 1982. Exegese extensiva.*
>
> A jurisprudência deste Tribunal tem dado exegese extensiva aos dispositivos legais que admitem a transferência de alunos, para admiti-la a todas as classes de servidores, federais, estaduais ou municipais, nas condições estabelecidas e mesmo em casos de primeira nomeação ou de remoções voluntárias, presentes o caráter social dessas normas e o dever de prestar o Estado os benefícios da educação."

S. Exa. deixou assim resumido o seu voto, acolhido à unanimidade:

"Tem sido destacada a finalidade social da norma, assim como o dever do Estado para proporcionar educação a todos, sem discriminação, para a ampliação de sua exegese, embora o abuso que podem ser — e vêm sendo praticados, ao abrigo dessa liberalidade, pelo que oponho minha ressalva, para me possibilitar um reexame dessa interpretação, em casos em que se patenteie esses abusos."

A hipótese vertente trata de pedido de transferência de dependente de servidor público estadual, Promotor de Justiça, promovido por antigüidade, da 2ª Curadoria Cível, de entrância intermediária, da Comarca de Rio Grande, para a Comarca de Porto Alegre, de entrância final.

"A transferência de alunos integra o sistema porque relacionado com a identidade do curso, aspecto que interessa à própria educação. A lei se preocupou também com a dinâmica do ensino. A Universidade, em si mesma, é vazia: só faz sentido com o corpo docente (entre os quais os pesquisadores) e o corpo discente" (REsp nº 695-SP, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro).

Não conheço, pois, do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 45.755-6 — RS — (94.0008091-3) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS. Advogados: Laerte Luiz Lara e outro. Recdo.: Jackson Marcelo Teixeira da Cruz. Advogados: Sérgio Cruz Fabre e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 18.05.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Amérito Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 46.436-6 — RJ

(Registro nº 94.0009465-5)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Eluzia da Silva*

Recorrido: *Mozart Amaral*

Advogados: *Drs. Ibevan Melo e Rubens Rodrigues*

EMENTA: ***REsp — Civil — Locação — Separação de fato — Substituição processual — Lei nº 8.245, de 18.10.91*** **— A substituição processual pela companheira atende ao disposto no art. 12, da Lei nº 8.245/91; todavia, somente isso, não impede o pedido ser julgado procedente, caso ela não purgue a mora.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Brasília, 13 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso especial interposto por Eluzia da Silva, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, contra v. acórdão do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, confirmatório da r. sentença que considerou rescindida a locação e decretou o despejo após haver o juiz efetuado a substituição processual, passando a recorrente a integrar a lide no pólo passivo da demanda, assim ementado:

"Locação residencial. Falta de pagamento. Citação do réu com cientificação de sua ex-companheira, que ficou residindo no imóvel e ficando aquele revel e esta tendo ingressado nos autos através de advogado para meramente formular proposta de acordo, que não foi aceita. Correta a sentença decretatória do desalijo, inexistindo as nulidades de segurança pela substituição processual feita pelo Juiz no pólo passivo e bem assim pela não intervenção no processo do MP, inteiramente incabível na espécie".

A recorrente pretende a anulação da r. sentença, e, em conseqüência, a sua exclusão da relação processual. Sustenta que não poderia haver ocorrido a substituição processual do réu pela recorrente quando ela ingressou nos autos unicamente para propor ao locador a transferência da locação a partir do mês de setembro/92, proposta esta não aceita pelo locador, ora recorrido. Alega, assim, afronta nos artigos 2º, 6º, 214, 246 e 460 do C.P.C.

Contra-razões às fls. 38/41.

Recurso especial admitido por força do Agravo de Instrumento (fls. 77).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Consta do relatório de fls. 22:

"O réu foi citado e não contestou, enquanto que a sua companheira foi cientificada, tendo esta ingressado nos autos às fls. 23 não pedindo a purga da mora, mas fazendo proposta ali contida para que fosse o ex-companheiro intimado para se pronunciar, ficando ela com o compromisso de pagar os alugueres dali para a frente". (fls. 22)

Em sendo assim, e o pormenor não foi infirmado, outra conclusão não seria senão, como fez a r. sentença, prestigiada pelo v. acórdão, julgar o pedido procedente, decretando, pois, o despejo.

A substituição processual, na espécie, não acarreta o efeito pretendido pela Recorrente.

Dispõe o art. 12, Lei nº 8.245, 18/10/91:

"Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da sociedade concubinária, a locação prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel".

O despacho acima transcrito noticia que a companheira não postulara a purgação.

Em razão disso, incensurável se revela o v. acórdão.

Não conheço do Recurso Especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 46.436-6 — RJ — (94.0009465-5) — Relator: O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Recte.: Eluzia da Silva. Advogado: Ibevan Melo. Recdo.: Mozart Amaral. Advogado: Rubens Rodrigues.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 13.06.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 48.047-7 — PR

(Registro nº 94.0013875-0)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Recorrida: *Fertibrás S/A Adubos e Inseticidas*

Advogados: *Maria da Graça Hahn e outros, e Manoel Moreira Neto e outros*

EMENTA: ***Processual Civil. Recurso especial — Admissibilidade.***

— O acórdão recorrido proclamou a inconstitucionalidade da legislação ordinária instituidora do AFRMM, não se manifestando sobre a questão da isenção da referida exação.

— Os arestos trazidos como paradigmas também abordam matéria constitucional e, quanto à isenção não configuram divergência com a decisão atacada, por isso que não se manifestou sobre o tema.

— Ausente o prequestionamento da matéria objeto do recurso especial.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

Brasília, 18 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Recurso especial manifestado pela Fazenda Nacional, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c** da Constituição Federal, contra acórdão do TRF da 3ª Região que negou provimento à apelação e à remessa oficial em mandado de segurança impetrado por Fertibrás S/A Adubos e Inseticidas, com a finalidade de eximir-se do pagamento do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante — AFRMM, exigido como condição para liberação alfandegária das mercadorias importadas.

Diz ter o v. acórdão recorrido, ao manter a sentença concessiva da segurança, negado vigência ao art. 1º do Decreto-lei nº 2.404, de 23.12.87 com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei nº 2.414/88. Alega, ainda, divergência com acórdãos de outros Tribunais Regionais Federais.

Interposto, simultaneamente, recurso extraordinário para o STF.

Admitidos ambos os recursos no Tribunal de origem.

Subiram os autos a esta instância superior, onde dispensei a ouvida da Subprocuradoria Geral da República, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O acórdão recorrido ficou assim ementado (fls. 188):

> *"Tributário. Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM). Exigibilidade na vigência da Constituição Federal de 1988.*
>
> 1. A nova moldura constitucional tributária, estampada pela Carta Fundamental de 1988, inviabilizou a vigência da legislação ordinária, instituidora do AFRMM, que não se viu recepcionada pelo texto constitucional, já que a referida exação ostenta fato gerador e base de cálculo próprios do ICMS, o que implica em invasão de competência tributária, repelida pelo Sistema Tributário Nacional.
>
> 2. Prejudicado, pois, o exame de isenção do aludido gravame.
>
> 3. Apelação e remessa improvidas." (fls. 188).

A questão que se discute nos autos e ventilada na v. decisão recorrida, diz quanto à constitucionalidade do AFRMM.

Em suas razões de recurso a recorrente diz textualmente:

> "Portanto, na lógica do Acórdão recorrido, a questão tomba na esfera do critério temporal da lei posterior que derroga lei anterior, sujeitando-se, assim, à sede não-ordinária do recurso especial." (fls. 192).

Insurge-se, em síntese, contra a tese defendida pelo acórdão recorrido, que entendeu que os artigos do Decreto-lei nº 2.404/87, com as alterações do Decreto-lei nº 2.414/88 "foram revogados, por não-recepção, pela superveniência do art. 155, I, **b** da Constituição Federal de 1988, que recorta o campo da incidência do imposto estadual sobre serviços de transportes incluído no ICMS."

O aresto recorrido, em sua parte final, face à proclamação de inconstitucionalidade dos Decretos-leis referidos, julgou prejudicado o exame da isenção do AFRMM, não se manifestando, pois, sobre a matéria.

Por outro lado, os acórdãos trazidos aos autos para demonstração da divergência, abordam a inconstitucionalidade dos diplomas legais instituidores do AFRMM e, na parte relativa à isenção não podem ser considerados divergentes por isso que a decisão recorrida não se manifestou sobre o tema.

A matéria deve, pois, ser discutida em sede de recurso extraordinário, próprio para os deslindes das questões constitucionais.

Demais disso, ausente o prequestionamento da matéria objeto do recurso, se a recorrente não opôs os embargos declaratórios cabíveis contra o acórdão ora recorrido.

Do exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 48.047-7 — PR — (94.0013875-0) — Relator: O Sr. Ministro Peçanha Martins. Recte.: Fazenda Nacional. Procs.: Maria da Graça Hahn e outros. Recda.: Fertibrás S/A Adubos e Inseticidas. Advogados: Manoel Moreira Neto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 18.05.94 — 2ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 48.205-4 — RJ
(Registro nº 94.0014238-2)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Nolde Modas e Confecções S/A e outros*

Recorridos: *Abílio José Correia Vaz e cônjuge*

Advogados: *Drs. Aldo Paulino Carneiro da Cunha Ferro e outros, e José Thomaz Nabuco de Araújo Filho e outros*

EMENTA: Sociedade por cotas — Transformação em anônima — Retirada de sócio — Apuração de haveres.

Dando-se a retirada exatamente em razão de o sócio discordar da transformação, incidem as normas que cuidam das sociedades por cotas e não das anônimas.

Decreto 3.708/19 — artigo 18 — A aplicação das regras, pertinentes às sociedades anônimas é subsidiária, devendo as relações entre os sócios se regular, antes, pelo contrato social.

A determinação, constante do artigo 15 do Decreto 3.708, de que a apuração de haveres se fará pelo último balanço aprovado não impede que, no contrato, disponham os sócios de forma diversa.

Na interpretação dos contratos são soberanas as instâncias ordinárias, não podendo a matéria ser revista no especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 9 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de ação ordinária de apuração de haveres, ajuizada pelos ora recorridos, que dissentiram de transformação das sociedades por cotas de responsabilidade limitada em sociedades anônimas.

O acórdão relativo à apelação reformou parcialmente a sentença, para que a apuração se faça na forma convencionada nos respectivos contratos sociais, prevalecendo os valores atuais e de mercado, sendo que nas sociedades imobiliárias o pagamento deve ser feito em imóveis.

O aresto veio fundamentado em que "em se tratando de dissidentes não-acionistas, porquanto resistem à transformação, os sócios retirantes foram coerentes, pedindo a apuração de seus haveres, o que é incompatível com a sociedade por ações, onde o reembolso se dá na base do valor destas". Acrescenta que não tem cabimento aplicar-se o art. 45 e seu § 1º, da Lei das Sociedades por Ações, expressamente vinculadas a "acionistas", qualidade que os dissidentes não têm e recusam. Afirma que, no caso, aplica-se o art. 15 do Decreto 3.708, de 1919, que regula as sociedades por cotas de responsabilidade limitada, forma societária das demandadas, antes de sua transformação, salientando que "o "último balanço aprovado", a que se refere o texto legal aludido, não afasta a convenção, no caso existente, de levantamento de um balanço especial para reembolso dos sócios retirantes (...)". Acentua que a convenção neste sentido tem razão de ser, pois pretende-se um balanço atual e "não se vê como esta atualidade não diga respeito a que os valores sejam efetivamente *reais* ao tempo, ou *valores de mercado* como postulam os apelantes".

As rés manifestaram recurso especial, pelas alíneas **a** e **c**, apontando contrariedade dos arts. 15 e 18 do Decreto 3.708/19 e dos arts. 45, 219 e 220 da Lei 6.404/76, além de apontar dissídio de jurisprudência. Afirmam que a transformação ocorrida se constitui em ato jurídico perfeito e acabado e o direito de retirada dos recorridos e o valor do reembolso a eles devido há de ser examinado à luz dos estatutos sociais e da Lei das Sociedades Anônimas, pois foi com base nessa que os

autores exerceram o seu direito de recesso e realizada a prova pericial. Asseveram que "se se seguir o critério previsto nos contratos sociais das sociedades transformadas, a situação não muda, pois tal critério se ajusta perfeitamente ao preconizado pela Lei das Sociedades Anônimas", acrescentando que "o balanço especial" (extraordinário) só difere do "balanço normal" (ordinário) quanto ao momento de seu levantamento, já que o segundo se dá ao final de cada exercício social e o primeiro sempre que uma razão especial (p. e., retirada ou morte de sócio) o justifique "e, assim, o valor dos reembolsos não pode ser calculado a valores de mercado."

Não admitido o recurso, provi o agravo para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Examina-se, em primeiro lugar, a alegação de que a questão haveria de ser decidida com base no que dispõe a Lei das Sociedades por Ações.

Tenho que correto o acórdão quando consigna que o direito de retirada do sócio deve ser examinado, em princípio, não com base nas disposições pertinentes ao recesso, próprio das sociedades anônimas, mas em função das normas que regulam as sociedades por cotas. Se a saída se deu exatamente em razão da discordância quanto à transformação em sociedade anônima, injustificável fosse tratado como sócio dessa. Haverá de sê-lo pelas regras atinentes à sociedade a que quis aderir e não consoante as que se referem àquela de que recusou participar. Isso me parece indiscutível. Pretende-se, entretanto, que a regulamentação das sociedade por ações incidiria de qualquer sorte, por força do disposto no artigo 18 do Decreto 3.708/19.

Considero que improcede a alegação. Basta ter-se em conta que o dispositivo invocado determina sejam observadas as normas da Lei das Sociedades Anônimas, no que for aplicável, quando omisso o estatuto social. Este não está condicionado por aquela lei, de invocação subsidiária. Acresce que a matéria relativa ao título constitutivo rege-se pelos artigos 300 e 302 do Código Comercial, como estabelece o artigo 2º do Decreto 3.708.

Tenho, pois, como certo que, havendo previsão no contrato social, por esse se regularão os direitos dos sócios e não pela Lei das Sociedades por Ações.

Indica-se, mais, como contrariado, o artigo 15 do Decreto 3.708. Ali prevê o direito de o sócio retirar-se da sociedade, por divergir de alteração do contrato social, assegurando-se-lhe "o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado". Manifesto, entretanto, que não se trata de disposição de ordem pública, insuscetível de ser afastada pe-

la vontade das partes. Cuida-se de questão de interesse privado, sem maior repercussão no interesse coletivo, não havendo razão para vedar aos particulares regular suas relações como melhor lhes parecer.

No caso em julgamento, o acórdão recorrido acertadamente afirmou que haveria de ser levantado um balanço especial, porque assim previsto no contrato. E acrescentou:

> "Não parece justo e nem consentâneo com as vontades dos sócios, nos contratos referidos, que a sua retirada da sociedade, prevista contratualmente, se dê por valores meramente escriturais. A convenção, em todos os contratos, de um *balanço especial* para o caso, ainda que se interpretando no sentido de que se trata de um balanço fora do tempo do balanço regular previsto no art. 10, § 4º, do velho Código Comercial, tem sua razão de ser. Pretende-se um *balanço atual*! Não se vê como esta atualidade não diga respeito a que os valores sejam efetivamente *reais* ao tempo, ou *valores de mercado* como postulam os Apelantes."

Devendo a questão resolver-se nos termos em que pactuado, o mais diz com a interpretação do contrato, e nisso são soberanas as instâncias ordinárias.

Vale notar, ainda, que a tendência doutrinária e jurisprudencial é no sentido de assegurar ao sócio, que se retira da sociedade, receber o valor de sua cota com base em apuração de haveres que encontre valores reais e não apenas contábeis. Assim é que no julgamento, feito por esta Turma, do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 22.353, afirmou-se devesse a hipótese ser tratada como de dissolução, embora pessoalmente faça hoje alguma ressalva à amplitude que talvez se possa encontrar naquela decisão, o que, entretanto, não releva para o caso em exame. E **Requião** assinala "que o juiz ao verificar a desatualização dos valores do balanço tem o arbítrio de determinar que a apuração dos haveres seja efetuada pelos valores reais, e não pelos valores contabilizados" (Curso de Direito Comercial — Saraiva — 17ª ed — 2º v. — p. 274).

Menciona-se, ainda, no recurso, que o saneador decidira sobre a incidência das normas pertinentes a sociedades anônimas e a matéria ficara preclusa. Sem razão a assertiva. O Juiz determinou se procedesse a perícia porque entendeu que aquelas regras seriam aplicáveis. Não existe aí, entretanto, qualquer decisão vinculativa do mérito. Preclusão pode ter havido quanto à realização de perícia, mas não dos motivos que conduziram a que assim se decidisse.

Por fim, o tema relativo aos laudos periciais não foi prequestionado, não podendo ser objeto de exame no especial.

Inexiste o dissídio, já que o caso em julgamento envolve interpretação de contrato.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 48.205-4 — RJ — (94.0014238-2) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Nolde Modas e Confecções S/A. Advogados: Aldo Raulino Carneiro da Cunha Ferro e outros. Recdos.: Abílio José Correia Vaz e cônjuge. Advogados: José Thomaz Nabuco de Araujo Filho e outros. Sustentaram oralmente, o Dr. Aldo Raulino Carneiro da Cunha Ferro, pela Recorrente e o Dr. José Thomaz Nabuco de Araujo Filho, pelos Recorridos.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Aguardam os Srs. Ministros Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves (em 17.05.94 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, leio a ementa que Vossa Excelência escreveu por retratar bem a espécie deste julgamento, que diga-se se coaduna com vários precedentes da Turma:

"Sociedade por cotas — Transformação em anônima — Retirada de sócio — Apuração de haveres.

Dando-se a retirada exatamente em razão de o sócio discordar da transformação, incidem as normas que cuidam das sociedades por cotas e não das anônimas.

Decreto nº 3.708/19 — artigo 18 — A aplicação das regras, pertinentes às sociedades anônimas é subsidiária, devendo as relações entre os sócios se regular, antes, pelo contrato social.

A determinação, constante do artigo 15 do Decreto nº 3.708, de que a apuração de haveres se fará pelo último balanço aprovado não impede que, no contrato, disponham os sócios de forma diversa.

Na interpretação do contrato são soberanas as instâncias ordinárias, não podendo a matéria ser revista no especial."

Solicitei vistas destes autos apenas para conferir referência feita a uma dessas decisões: o Agravo de Instrumento nº 22.353-4/SP. Feita a conferência, estou do inteiro acordo com o voto proferido por Vossa Excelência que, como disse, soma-se a vários precedentes da Turma, dos quais, de alguns, fui Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 48.205-4 — RJ — (94.0014238-2) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Rectes.: Nolde Modas e Confecções S/A e outros. Advogados: Aldo Raulino Carneiro da Cunha Ferro e outros. Recdos.: Abílio José Correia Vaz e cônjuge. Advogados: José Thomaz Nabuco de Araujo Filho e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 09.08.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 48.991-1 — ES

(Registro nº 94.0015853-0)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *BCN Leasing Arrendamento Mercantil S/A*

Recorrida: *Madeiras Tropicais do Brasil Ltda.*

Advogados: *Drs. Ronaldo Louzada Bernardo e outros, e Rodrigo Loureiro Martins e outro*

EMENTA: Reú revel — Sentença — Publicação em cartório — Início do prazo

No sistema do Código de 73 não é obrigatória a publicação da sentença em audiência, mesmo porque, havendo julgamento antecipado da lide não há lugar para realização daquela. Em tais circunstâncias, tem-se por publicada com sua entrega em cartório, momento em que ganha a natureza de ato processual. Coisa diversa é a intimação, ato de comunicação para dar às partes ciência de que aquela foi proferida.

Ocorre que, tratando-se de revel, os prazos correm independentemente de intimação (CPC art. 322). Desse modo, publicada a sentença em cartório, daí fluirá o prazo para apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 16 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: BCN — Leasing Arrendamento Mercantil S/A, apresentou recurso especial, objetivando desconstituir acórdão que não conheceu, por intempestiva, da apelação interposta no processo em que contende com Madeiras Tropicais do Brasil Ltda.

O recorrente alegou que a decisão impugnada, no que se refere ao termo inicial para a contagem de prazo para o revel, dissentiu de outros julgados, interpretando de forma equivocada o disposto nos arts. 242 e §§, 506 e §§, 322 e 508 do CPC.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Verificada a revelia, foi prolatada a sentença, entregue em Cartório no dia 23 de novembro de 1990. No dia 13 de março seguinte fez-se a publicação no "Diário Oficial". Apresentada a apelação a 26 seguinte, considerou-a intempestiva o Tribunal, tendo em vista o disposto no artigo 322 do Código de Processo Civil.

Correta a decisão, como já entendeu esta Turma no julgamento dos Recursos Especiais 4.787, DJ de 11.03.91, 10.235, DJ de 01.07.91 e 24.908, DJ de 05.10.92. Transcrevo trecho de voto que, a propósito proferi:

"O Código de Processo Civil, à semelhança do Código de 39, estabelece, em seu artigo 322, que os prazos correrão, contra o revel, independentemente de intimação. O eminente Relator, entretanto, considera que a norma não se aplica às sentenças. Invoca as opiniões de **Calmom de Passos** e **Rita Gianesini**, acrescentando que a Constituição fez obrigatória a publicidade da atividade jurisdicional.

Peço vênia para respeitosamente divergir e passo a expor as razões por que o faço.

Não há dúvida, observe-se de início, que a publicidade é própria do processo e, em nosso direito, erigida à categoria de garantia constitucional. Entretanto, a publicidade do processo não se confunde com a necessidade da prática de atos de comunicação processual, notadamente a intimação, que importa no caso. O processo é público porque, salvo as exceções previstas em lei, e admitidas pelo artigo 5º, LX da Constituição, todas as pessoas a ele têm acesso. Os julgamentos são abertos ao público. Os autos, de livre consulta. Coisa diversa é a imposição legal de que as partes sejam cientificadas de que determinados atos serão praticados ou de que já o foram, quando se trate de decisões ou sentenças. O processo pode, em tese, desenvolver-se sem publicidade, malgrado sejam as partes intimadas dos atos decisórios.

A publicação da sentença não se confunde com sua intimação às partes. A sentença considera-se publicada quando passou a ter a natureza de um ato processual. Isso ocorre ao ser lida em audiência, ou entregue em cartório para juntar-se aos autos. A partir desse momento, assumiu a natureza de um ato do processo, de um ato do Estado. Não pode mais ser modificada por seu prolator. Nesse sentido a doutrina. Consulte-se, a propósito, e dentre outros, **Barbosa Moreira** (O Novo Processo Civil Brasileiro — 1ª edição — p. 136), **Wellington Moreira Pimentel** (Comentários ao Código de Processo Civil — Rev. Trib. 1975 — p. 526) e **Frederico Marques** (Instituições de Direito Processual Civil — 1959 — Forense — p. 521).

O entendimento exposto apóia-se, ainda, na própria letra do Código. Assim, os parágrafos 1º e 2º do artigo 242. Ali se consigna que os advogados reputam-se intimados na audiência, quando neste é publicada a decisão ou sentença, desde que, para aquele ato, tenha havido intimação prévia. Isto não se verificando, observar-se-á o disposto nos artigos 236 e 237 que cuidam da intimação. Em outras palavras, publicada a sentença em audiência, os advogados ter-se-ão por intimados, ou não, conforme as circunstâncias, o que evidencia que as duas coisas não se confundem.

A distinção é também de relevo na interpretação do artigo 463 do C.P.C., a estabelecer a imutabilidade da sentença, uma vez publicada. A entender-se que a publicação estaria a depender da intimação, forçoso seria concluir que, até ocorrer esta última, a sentença poderia ser livremente alterada pelo Juiz; eventualmente substituída por outra. Desconheço quem sustente, entretanto, seja isso admissível, quando a sentença já juntada aos autos, ou prolatada em audiência para a qual as partes não houvessem sido intimadas.

Em suma, publicação corresponde a que o ato faça parte do processo; intimação, define-a o artigo 234 do C.P.C.

A dificuldade que por vezes se coloca está em que a mesma palavra apresenta-se com dois sentidos diversos. Publicação da sentença tem o significado já exposto. Entretanto, uma das formas de intimação é a publicação pela imprensa. Modo de intimação de sentença já publicada. Não há confundir as duas coisas.

Insista-se. A publicação pela imprensa é um dos meios de proceder-se à intimação. Nas comarcas onde não existir órgão que disso seja encarregado, o escrivão haverá de fazê-la pessoalmente, ou por carta registrada (C.P.C. art. 237). Aí não haverá qualquer publicação pela imprensa. Nem por isso a sentença deixa de ser publicada.

A possibilidade dessa outra forma de intimação — comuníssi-

ma, aliás — mostra ser insustentável a opinião de que os prazos haverão de correr, para as partes, a partir de um mesmo termo. Isto só será verdade quando a intimação de ambas der-se simultaneamente. Normalmente sucede com as feitas pela imprensa. Não quando é pessoal.

Ademais, pode não haver intimação alguma. Basta que as partes compareçam espontaneamente e ofereçam recurso.

Exigir-se que o revel seja pessoalmente cientificado da sentença oferece dificuldades que os defensores da tese não conseguiram superar. Assim é que o eminente **Calmon de Passos**, citado pelo douto relator, afirma que, proferida a sentença em audiência, a publicação do despacho que a designou "vale ciência por parte do revel". Adotou-se **data venia**, uma ficção. Com efeito, se há revelia, o réu não tem advogado constituído nos autos. Não poderá ser atendido o disposto no § 1º do artigo 236. E de que valerá a intimação, mediante publicação no expediente forense, de quem não tem advogado?

De outra parte, menciona-se sempre publicação na imprensa. E quando não houver órgão que a faça? Seria necessário intimar pessoalmente o revel. E não se sabe exatamente como fazê-lo, pois o artigo 237 cuida deste ato relativamente a advogados.

Considero, do exposto, não haver lugar, em nosso direito, para a pretendida exceção à regra do artigo 322 do C.P.C. Apontaremse exemplos de outros países, ainda mais enfraquece a tese. O legislador pátrio tinha diante de si aqueles modelos mas não os quis acolher, abstendo-se de conferir à dispensa de intimação do revel, tratamento especial, quando se cuidasse de sentença.

Observo, por fim, que no sentido exposto tem-se orientado a jurisprudência do Supremo Tribunal, como se vê, dentre outros, do julgado no RE 100.311 de cuja ementa se lê que "o prazo de recurso para o revel começa a fluir a partir do momento em que publicada a sentença, independentemente de intimação."

No especial aponta-se divergência com o julgamento proferido no REsp 6.381, dele reproduzindo-se apenas o seguinte trecho:

> "Não sendo a sentença publicada em audiência, o prazo para o recurso, mesmo para o revel, contar-se-á da intimação".

Localizei o acórdão citado e verifiquei ser duvidosa a identidade das hipóteses. É que o Relator consignou haver sido intimada a procuradora do réu. Ora, se esse tinha advogado constituído nos autos, passara a ter direito a intimação pessoal, consoante já decidiu esta Turma ao apreciar o REsp 43.525. Cumpre reconhecer, é verdade, que não foi essa a razão que serviu de fundamen-

to à decisão. De qualquer sorte, entretanto, a dúvida se justifica se efetuada a consulta aos precedentes do Supremo Tribunal Federal citados pelo Relator do paradigma. São eles os Recursos Extraordinários 78.921, 86.814 e 86.680. Examina-se o que neles se contém.

No primeiro (RTJ 71/884), entendeu-se que só a publicação da sentença em audiência atendia à exigência legal. Ocorre que se tratava de sentença prolatada na vigência do Código de 39. No regime daquela lei era realmente de rigor a publicação em audiência. Por isso o acórdão teve como inoperante a que se fez em mãos do escrivão. Nos outros dois julgados, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal não discrepa do entendimento sustentado no acórdão recorrido e que vem sendo acolhida por esta Turma.

Assim é que no RE 86.814, tendo sido publicada a sentença em audiência, considerou-se que em relação ao revel fluía o prazo, a partir da data daquela, independentemente de qualquer intimação. Não se afirmou que a publicação por aquele meio fosse necessária. Apenas, tendo-se verificado a data em que realizada, seria aquela o termo **a quo**.

Por fim, o entendimento consagrado no RE 86.680 (RTJ 83/591) coincide exatamente com o acolhido pelo acórdão recorrido e que tem sido adotado por esta Turma. É a seguinte a sua ementa:

"Revel. O prazo de recurso para o revel começa a fluir a partir do momento em que a sentença se torna pública, em cartório, independentemente de qualquer intimação (art. 322 do Código de Processo Civil).

Recurso extraordinário conhecido e provido."

O Relator desse julgado, eminente Ministro Rodrigues Alckmin, proferiu voto bastante esclarecedor:

"O novo Código de Processo Civil, permite a prolação de sentença fora da audiência de instrução e julgamento, pois admite o julgamento antecipado da lide.

Nenhum préstimo têm assim, para abonar a tese do acórdão recorrido, julgados que, à vista de irregular supressão daquela audiência ao tempo do anterior Código de Processo Civil, fixavam o início do prazo, para o revel, com a intimação da sentença.

No vigente Código de Processo Civil, em não sendo proferida em audiência a sentença, o prazo para recorrer se conta a partir "da intimação às partes" (Código de Processo Civil, art. 506, II). Mas é expresso o Código no sentido de que não se intima ao revel: contra ele, os prazos correm sem dependência de intimação (Código de Processo Civil art. 322)."

E adiante:

"Impõe-se a conclusão, assim, de que, para o revel, o prazo de

recurso começa a fluir desde o momento em que a sentença se torna pública, em cartório. Não depende, o início do prazo, de qualquer intimação do revel, intimação excluída, expressamente, pelo art. 322 do Código de Processo Civil.

A não ser assim, inócuo será o mandamento do art. 322".

Tenho como insuficiente demonstrado o dissídio, razão por que não conheço do recurso. De qualquer sorte, se dele conhecesse, negar-lhe-á provimento, pelas razões acima expostas.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 48.991-1 — ES — (94.0015853-0) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: BCN Leasing Arrendamento Mercantil S/A. Advogados: Ronaldo Louzada Bernardo e outros. Recda.: Madeiras Tropicais do Brasil Ltda. Advogados: Rodrigo Loureiro Martins e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 16.08.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 49.689-6 — MG

(Registro nº 94.0016851-9)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Club Sul Beneficente e Recreativo*

Recorridos: *Maria Rita Porto e Silva e outros*

Advogados: *Drs. Antonio Francisco Caetano e outros, e Paulo Antonio da Silva Passos e outros*

EMENTA: Civil. Seguro facultativo em grupo. Entidade estipulante.

Execução de contrato de seguro. Ilegitimidade da entidade estipulante do seguro facultativo em grupo para figurar no pólo passivo da relação processual, eis que se qualifica como mandatária dos segurados (art. 21, § 2º, do Decreto-lei nº 73/66). Somente reponta legitimidade ad causam **da entidade estipulante quando esta incorre em falta que impeça a cobertura do sinistro pela seguradora.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Brasília, 08 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de embargos opostos por Club Sul Beneficente e Recreativo à execução fundada em título extrajudicial — contrato de seguro de vida em grupo — que lhe movem Maria Rita Porto Silva e outros.

Os embargos foram julgados improcedentes em primeiro grau, tendo a e. Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais confirmado a sentença, na conformidade do v. acórdão de fls. Daí o presente recurso especial manifestado pelo embargante, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sob a alegação de que a decisão recorrida, ao reconhecer a legitimidade passiva **ad causam** de entidade estipulante de seguro facultativo em grupo, negou vigência ao art. 21, § 2º, do Decreto-lei nº 73/66, além de dissentir de julgados de outros tribunais.

Negativo o juízo de admissibilidade na origem, dei provimento ao agravo, determinando a subida dos autos principais, para melhor exame.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A questão controvertida envolve a legitimidade de a entidade estipulante do seguro facultativo em grupo figurar no pólo passivo da relação processual. Em princípio, a entidade estipulante é parte ilegítima, porquanto a responsabilidade pelo seguro é da empresa seguradora, que deve ser acionada diretamente para a cobertura dos sinistros, tal como expresso na ementa do acórdão desta Turma no REsp nº 12.002-RS:

> *"Civil. Seguro em grupo. Entidade estipulante. Posição no contrato.*
>
> Nos seguros em grupo, de caráter facultativo, a entidade estipulante figura como mandatária dos seus filiados que aderem ao plano de seguro (art. 21, parágrafo 2º, Decreto-lei 73/66), sendo, assim parte ilegítima para figurar na relação processual no lugar das seguradoras, que têm de ser acionadas diretamente para a cobertura dos sinistros."

No percuciente voto condutor do julgado, acentuou o eminente Ministro Dias Trindade que "plausível a possibilidade de se apresentar legitimada para figurar no pólo passivo da relação processual, em ação de seguro, a estipulante, desde que a ela atribuída responsabilidade de mandatária que acarrete o não pagamento da obrigação securitária".

Segundo entendimento assente nas duas Turmas que integram a Seção de Direito Privado, no seguro facultativo em grupo a estipulante se qualifica como mandatária do segurado, de modo que só terá legitimidade se incorrer em falta que impeça a cobertura do sinistro, como enfatizado no precedente, sendo importante ressaltar que o acórdão no REsp nº 21.105-ES, da lavra do eminente Ministro Waldemar Zveiter, a que se apegou o despacho que não admitiu o recurso, apresenta-se em perfeita consonância com essa orientação.

É bem de ver que, na espécie vertente, não se apontou qualquer falta atribuível à entidade estipulante, que tivesse acarretado o não pagamento de obrigação securitária, prendendo-se a sentença e o acórdão que a confirmou à circunstância de ter ela firmado o contrato e recebido os valores das prestações do pagamento do prêmio, para concluir, com base nisso, que apresenta-se, em verdade, como mandatária da seguradora. Tal descaracterização, porém, não se conforma ao disposto no art. 21, § 2º, do Decreto-lei nº 73/66 e à jurisprudência desta Corte.

Tais as circunstâncias, Senhor Presidente, conheço do recurso, por ambas as alíneas, e lhe dou provimento, para reconhecer a ilegitimidade **ad causam** do recorrente, com a conseqüente extinção do processo de execução, sem julgamento do mérito, em relação a ele, nos termos do art. 267, VI, do CPC, invertidos os ônus da sucumbência. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 49.689-6 — MG — (94.0016851-9) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Club Sul Beneficente e Recreativo. Advogados: Antonio Francisco Caetano e outros. Recdos.: Maria Rita Porto Silva e outros. Advogados: Paulo Antonio da Silva Passos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 08.08.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.