

**REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

**REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

ano 4 número 30 fevereiro 1992

© SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Praça dos Tribunais Superiores
70.095-900 — Brasília — DF

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

Tiragem 5.000 exemplares

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

Mensal

ISSN 0103-4286

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

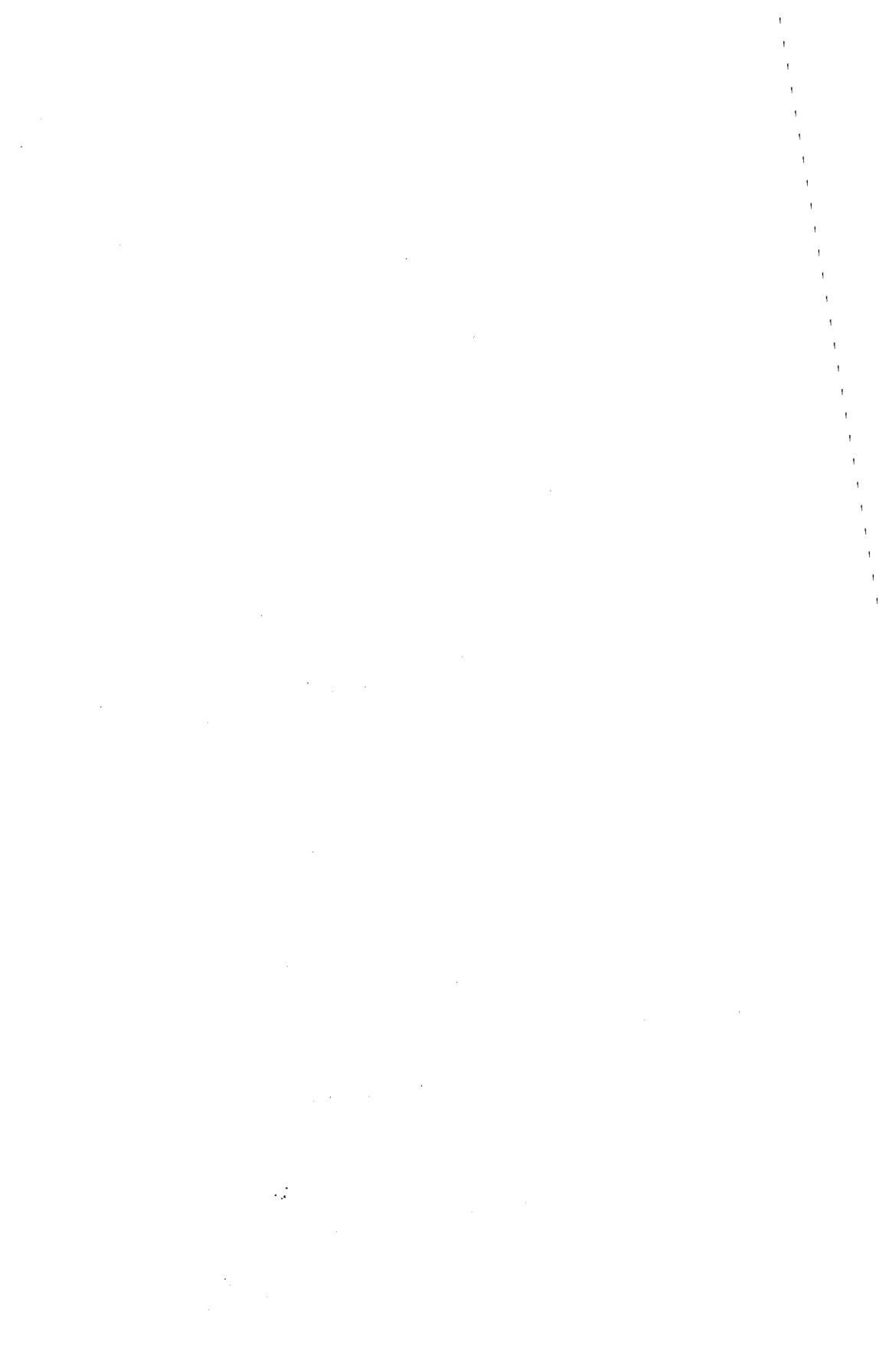
CDD 340.605

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA

Ministro FRANCISCO DIAS TRINDADE

Diretor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

(*) Não integra as Turmas, preside a Sessão Plenária e a Corte Especial, onde tem, apenas, voto de qualidade (Art. 21, itens III e VI, do RI).

(**) Não integram as Turmas, integram o Plenário e a Corte Especial, com as funções de Relator e Revisor (Art. 22, § 1º, e 23, § 1º, do RI).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENÁRIO(*)

Presidente: Ministro TORREÃO BRAZ

CORTE ESPECIAL

(2ª quinta-feira de cada mês)

Presidente: Ministro TORREÃO BRAZ

Vice-Presidente: Ministro WILLIAM PATTERSON

Ministro JOSÉ DANTAS

Ministro BUENO DE SOUZA

Ministro JOSÉ CÂNDIDO

Ministro PEDRO ACIOLI

Ministro AMÉRICO LUZ

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI

Ministro COSTA LIMA

Ministro GERALDO SOBRAL

Ministro CARLOS THIBAU

Ministro COSTA LEITE

Ministro NILSON NAVES

Ministro EDUARDO RIBEIRO

Ministro DIAS TRINDADE

Ministro GARCIA VIEIRA

Ministro ATHOS CARNEIRO

Ministro VICENTE CERNICCHIARO

Ministro WALDEMAR ZVEITER

Ministro FONTES DE ALENCAR

Ministro CLÁUDIO SANTOS

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO

Ministro BARROS MONTEIRO

Ministro HÉLIO MOSIMANN

PRIMEIRA SEÇÃO

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

Presidente: Ministro PEDRO ACIOLI

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

Ministro PEDRO ACIOLI — Presidente

Ministro GARCIA VIEIRA

Ministro DEMÓCRITO REINALDO

Ministro GOMES DE BARROS

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

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

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

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

Presidente: Ministro BUENO DE SOUZA

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

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

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

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

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

Presidente: Ministro JOSÉ CÂNDIDO

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

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

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

Ministro JOSÉ CÂNDIDO — Presidente
Ministro PEDRO ACIOLI
Ministro CARLOS THIBAU
Ministro COSTA LEITE
Ministro VICENTE CERNICCHIARO

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL
(terças-feiras)

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

Membros Efetivos

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

Membros Suplentes

Ministro NILSON NAVES
Ministro EDUARDO RIBEIRO
Ministro DIAS TRINDADE

COMISSÕES PERMANENTES

Comissão de Coordenação

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

Comissão de Documentação

Ministro JOSÉ CÂNDIDO
Ministro FLAQUER SCARTEZZINI
Ministro ASSIS TOLEDO
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO — Suplente

Comissão de Regimento Interno

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

Comissão de Jurisprudência

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

COMISSÃO TEMPORÁRIA

Comissão Especial de Obras

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

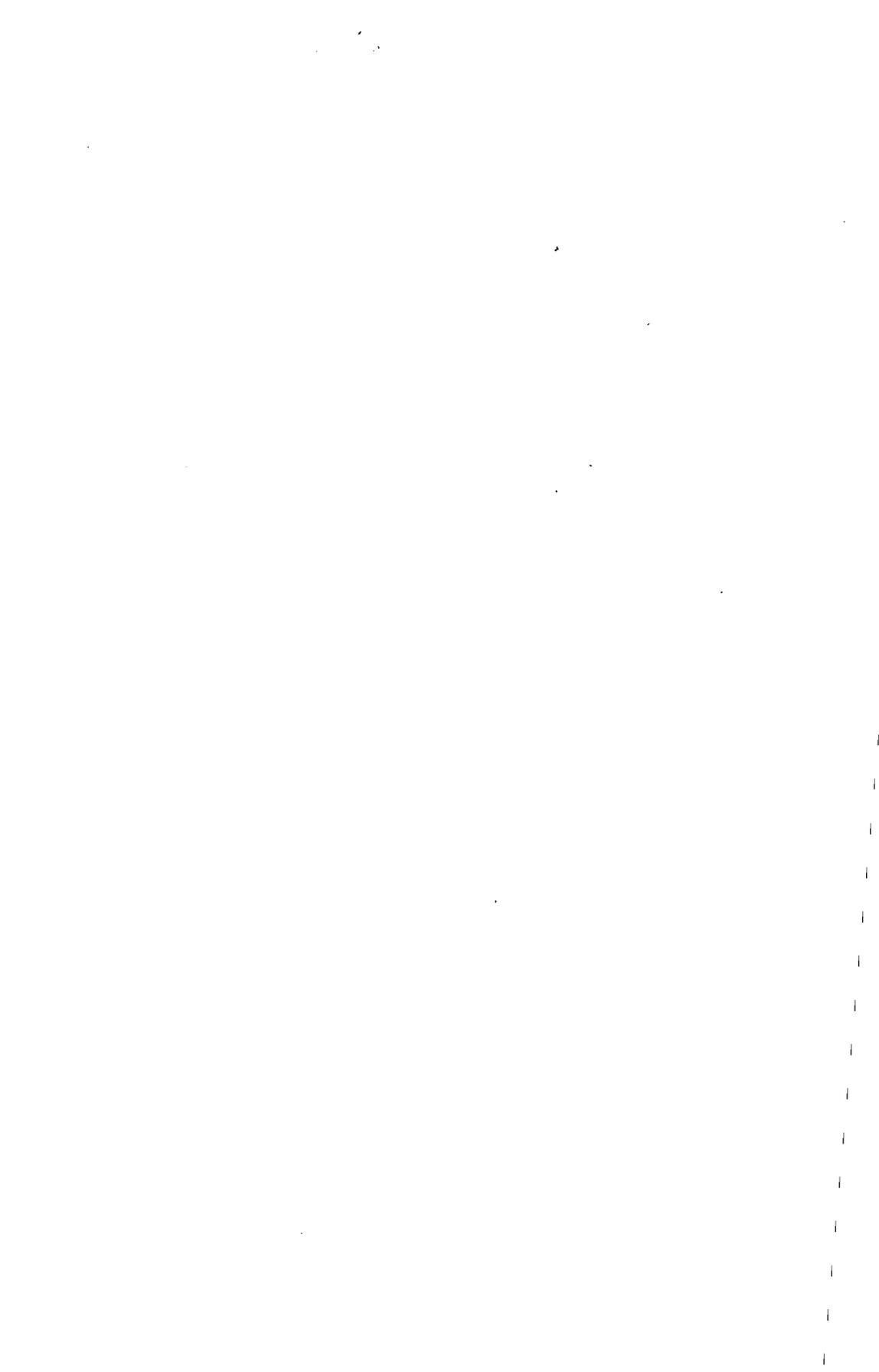
SUMÁRIO

	Pág.
JURISPRUDÊNCIA	13
Agravos Regimental no Agravo de Instrumento	15
Agravos Regimental na Petição	31
Conflito de Competência	45
<i>Habeas Corpus</i> e Recursos	77
Mandado de Segurança e Recursos	153
Recurso Especial — Embargos e Agravo Regimental	285
Índice Sistemático	547
Índice Analítico	553

JURISPRUDÊNCIA

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO



AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 7.953 — MG
(Registro nº 91.0000133-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*

Agravantes: *Aprígio Tavares Júnior e cônjuge*

Agravado: *R. Despacho de Fls. 199/200*

Advogados: *Drs. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho e outros*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ASSERTIVA DE COISA JULGADA. VALORAÇÃO DA PROVA.

1 — Se o autor, vencido em primeiro grau de jurisdição, apelou da sentença, pleiteando de maneira inequívoca a sua reforma, claro está que buscou por igual a improcedência da reconvenção, por incidíveis as questões envolvidas na ação e no pedido reconvenicional.

2 — Hipótese em que não se cuida de valoração da prova (o erro de direito quanto ao valor da prova abstratamente considerado), mas de reexame de matéria probatória, o que é defeso na via do apelo excepcional (Súmula nº 7 do STJ). Tema concernente ao *onus probandi*, ademais, não prequestionado.

Agravo regimental 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, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 4 de dezembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de agravo regimental interposto do seguinte despacho:

“Em razão da notificação recebida visando ao cumprimento do pacto de retrovenda, ajuizou o interpelado ação reivindicatória ao fundamento de que não foi feito o pagamento devido com o fim de resgate. Contestada a ação, reconvieram os réus com o fito de, valendo-se da cláusula de retrovenda, recobrar o domínio do imóvel. Julgada improcedente a reivindicatória e procedente a reconvenção, houve apelo, tendo a E. Corte Estadual invertido o julgamento de 1º grau para procedente a ação e improcedente o pedido reconvenicional.

Manifestados embargos declaratórios — rejeitados — interuseram os réus recurso especial dando como violados os arts. 333, 402, 471, 468, 467, 505, 474 e 538, parágrafo único, do CPC, além da divergência jurisprudencial. Inadmitido o apelo extremo, apresentam este agravo de instrumento.

A principal irresignação dos agravantes diz respeito a que, não recorrendo os agravados explicitamente da procedência da reconvenção, se operou no particular a coisa julgada, pelo que defeso era ao órgão colegiado apreciar novamente a questão sob pena de ofensa à imutabilidade do julgado, bem como ao art. 505 do CPC.

Entretanto, a apelação foi ampla, compreendendo em seu bojo a questão principal que deu suporte às duas lides, qual seja, a restituição do preço para fins da retrovenda.

Em verdade, a mera circunstância dos agravantes não se referirem expressamente à reconvenção não teria o condão de limitar a impugnação tão-só à decisão da reivindicatória, sob pena

da prestação jurisdicional tornar-se absolutamente inexequível na hipótese da procedência da reivindicatória (em grau superior) e a manutenção da decisão de 1º grau que julgara procedente a reconvenção. Nesse passo, afigura-se-me incensurável a lição de SÉRGIO BERMUDEZ, *verbis*:

“Haverá dependência de uma parte à outra, de modo a ficar indivisível o julgamento do recurso, sempre que forem logicamente incompatíveis a reforma da parte recorrida e a permanência da parte não impugnada. *‘La dipendenza di un capo dall altro si avvera in quanto non sia logicamente compatibile la riforma del capo impugnato con la conferma dela capo non impugnato’*.

Eis a lição de Carnelutti, segundo a advertência de que *‘la impugnazione, perquanto sia proposta espressamente solo per alcuni capi, si estende anche a queglialtri, i quali, per quanto non siano stati espressamente impugnati, dipendono dai capi impugnati.’* Quando a impugnação de um ponto se estende a todos os outros que estejam logicamente ligados a ele, dá-se o fenômeno que o maior processualista italiano chama de especificação implícita” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VII, RT, 1975, pág. 91).

Os demais temas aventados no recurso especial foram superiormente repelidos pelo eminente Desembargador José Fernandes Filho, que teve ocasião de assinalar:

“Argumentam os recorrentes que ‘não se reconhecendo no recibo de fls. um indício da prova, por escrito, negou — ainda — o v. aresto vigência ao art. 402’. Para o acórdão recorrido, tal recibo, que não foi elaborado e nem assinado pelo ora recorrido, não poderia ser apontado como um começo de prova por escrito. A pretensão, como se vê, gira em torno de reapreciação de provas, sabidamente impossível na via manejada, a teor do enunciado 279 da Súmula do Pretório Excelso.

O art. 333 do Código de Processo Civil, tido como violado, não foi prequestionado, inviabilizando o apelo (Súmula, enunciado 282). Ainda que assim não fosse, ao alegarem inversão do *onus probandi*, querem, na realidade, que se reconheça a existência de comprovação de pagamento feito com a finalidade de recobrar o imóvel vendido, pretensão de todo inadmissível em sede de recurso especial (Súmula, enunciado 279).

Quanto à alegação de vulneração ao parágrafo único do art. 538, também destituída de razoabilidade. Segundo o aresto hostilizado, os embargos declaratórios interpostos tinham caráter de infringência, pretendendo os embargantes, ora recorrentes, obter reforma no julgado em seus aspectos de mérito, aplicando, assim, a multa do parágrafo único do artigo 538.

Como afirma o revisor a fls. 389, não se pode 'imprimir a um recurso de finalidade específica e limites precisos um objeto que não tem — o de valer como fonte de consulta a órgão judiciário, que não se destina a dirimir dúvidas subjetivas da parte'. Este o entendimento do Supremo Tribunal Federal: Cfr. RTJ 105/1.047 — Código de Processo Civil e legislação processual em vigor — 19ª ed., pág. 291). Já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

'São manifestamente protelatórios, ficando, por isso, o embargante sujeito à multa prevista no parágrafo único do art. 538, os embargos de declaração confessadamente infringentes' — STF — RT 608/261, *apud* Theotônio Negrão — "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", 19ª ed." (fls. 174).

Por derradeiro, não se configura o dissídio pretoriano, uma vez que não foram obedecidas as exigências regimentais.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

Oportunamente, remetam-se os autos em apenso ao E. STF, para apreciação da matéria constitucional alegada." (fls. 199/200).

Sustenta o agravante, réu-reconvinte, a ocorrência de coisa julgada, pois o autor não recorreu da sentença na parte relativa à reconvenção. Vislumbra configurado, nesse tópico, o conflito pretoriano. Aduz, em seguida, que não pretende o reexame de prova e, sim, o reconhecimento de um princípio de prova que o Acórdão recorrido teimou em negar. Por derradeiro, afirmou que o Tribunal *a quo* se houve com excessivo rigor ao aplicar a multa pela interposição dos embargos declaratórios.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A espécie possui contornos singelos, conforme desde logo teve oportunidade de acentuar a r. decisão de 1º grau.

O autor adquiriu dos réus (marido e mulher) um imóvel com a cláusula de retrovenda. Às vésperas do encerramento do prazo para pagamento do resgate, recebeu u'a notificação dirigida pelos demandados para que cumprisse o pacto de retrovenda, sob a alegação de que já tinham eles devolvido a quantia de Cr\$ 80.000.000. O cerne da controvérsia prende-se à prova desse alegado pagamento: enquanto os réus asseveraram que tal importância foi entregue com a finalidade de recobrar o imóvel, o autor diz que recebeu uma determinada importância, mas com outra finalidade, concernente aos negócios relacionados com café. Pela ação intentada, o suplicante quer haver a posse do imóvel mantida injustamente pelos réus; através da reconvenção, querem estes ver efetivado o exercício da retrovenda.

A sentença deu ganho de causa aos réus, entendendo que comprovaram eles o pagamento do resgate. Já o Acórdão recorrido inverteu o desfecho da lide; arredou a prejudicial de coisa julgada e, *de meritis*, considerou que o recibo de fls. 43 não fora assinado pelo autor, não podendo ser tido assim como começo de prova por escrito. Acentuou, mais, que o cheque de Cr\$ 68.000.000 não teve qualquer indicativo quanto à sua finalidade. Em suma, concluiu pela ausência de quitação válida.

Tenho que o ora agravante não logrou infirmar os fundamentos do despacho agravado.

De coisa julgada não se pode realmente cogitar na espécie pelos motivos já expostos. Se o autor, vencido em primeiro grau de jurisdição, apelou da sentença, pleiteando de maneira inequívoca a sua reforma, claro está que buscou por igual a improcedência da reconvenção, por incidíveis as questões envolvidas na ação e no pedido reconvenicional.

Os paradigmas nesse tópico trazidos à colação não se mostram hábeis à configuração do dissenso pretoriano, seja porque não feita a demonstração analítica da divergência, seja porque não contêm a peculiaridade focalizada na espécie dos autos, vale dizer, a vinculação e dependência da reconvenção em relação à ação proposta.

De outro lado, os temas concernentes aos arts. 333 e 402 do CPC dizem sobretudo com matéria probatória, consoante já deixara assinalado o despacho presidencial da lavra do ilustre Desembargador José Fernandes Filho. Tal apreciação, todavia, é defesa na via estreita do apelo especial (Súmula nº 7 do STJ). Aliás, a questão atinente ao *onus probandi* sequer foi ventilada no julgado recorrido, pelo que ausente, no particular, o requisito do prequestionamento. Não se cuida, aqui, de qualquer forma, de valoração da prova, ou seja, o erro de direito quanto ao valor da prova abstratamente considerado (cfr. RTJ 86/558-559). A Eg. Terceira Turma desta Corte, em aresto de que foi Relator o eminente Ministro Cláudio Santos, assentou:

“A chamada ‘valoração de prova’ a ensejar recurso especial é aquela em que há errônea aplicação de um princípio legal ou negativa de vigência da norma de direito probatório” (AgRg no Ag nº 11.062-SP, julgado em 12.8.91).

Por derradeiro, no que tange à imposição da multa prevista no art. 538, parágrafo único, da lei instrumental civil, o agravante não impugna a assertiva constante do v. acórdão de que se cuidou, *in casu* de embargos procrastinatórios.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no Ag nº 7.953 — MG — (91.0000133-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Agrtes.: Aprígio Tavares Júnior e cônjuge. Agrdo.: R. Despacho de Fls. 199/200. Advs.: Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental (4ª Turma — 04/12/91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Nº 15.602 — MG

(Registro nº 91.0018478-0)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Agravantes: *Benzion Levy e cônjuge*

Agravado: *Prefeito Municipal de Belo Horizonte*

Advogados: *Drs. Paulo André Rohrmann e Antônio V. Boas T. de Carvalho (agrte.), José Sebastião de Oliveira e Robinson Neves Filho (agrdo.)*

EMENTA: Mandado de segurança. Lei nº 1.533, de 1951, art. 6º, parágrafo único.

I — A lei do mandado de segurança assegura ao impetrante o direito de requerer ao magistrado a requisição de documentos necessários à prova do alegado, se a autoridade recusar-se a fornecê-lo ou a fornecer certidão equivalente.

II — No caso, os impetrantes não fizeram a prova da recusa, nem sequer de que tenham requerido certidão daqueles documentos.

III — Inocorrência de negativa de vigência do aludido dispositivo legal e de dissídio pretoriano.

IV — Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de agravo regimental, interposto por BENZION LEVI e sua mulher contra o despacho de fls. 95-97, em que se aduz (fls. 100-105):

“O fulcro da questão *sub judice* é o direito inquestionável dos agravantes, embasado no parágrafo único do artigo 6º da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que requereram expressamente na petição inicial (fls. 9 — trasladada), “com base no parágrafo único, do artigo 6º da citada lei, que a ilustre autoridade impetrada forneça a esse r. juízo cópias autênticas dos dois processos administrativos (de descaracterização e do pedido de reconsideração), porque se tratam de documentos necessários à prova do alegado nesta petição e que a urgência desta impetração requer. Da juntada desses documentos os impetrantes pedem vista, desde já.”

2. O recurso especial se dirigiu e se restringiu, portanto, à negativa de vigência frontal, *data venia*, do indicado dispositivo da lei especial de Mandado de Segurança e à interpretação divergente dada por outro Tribunal.

3. Sobre a matéria o ilustre Professor Celso Agrícola Barbi, em sua obra “DO MANDADO DE SEGURANÇA”, Editora Forense, Rio de Janeiro — 1977, pág. 237, assim se expressou, *verbis*:

“208 — EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO — Prevê, ainda, a lei, a hipótese de o documento necessário à prova se encontrar em repartição pública ou em poder de autoridade, e haver recusa ao fornecimento de certidão. O parágrafo único do art. 6º da Lei nº 4.166, de 4 de dezembro de 1962, permite que o juiz ordene, por ofício, a exibição do documento, em original ou cópia autêntica, marcando para isso, prazo de dez dias.

Evidentemente, só deve o juiz assim proceder mediante requerimento do autor e comprovação da recusa ao fornecimento da certidão podendo entender-se como tal a excessiva demora no atendimento do pedido de certidão. A iniciativa da apresentação de provas cabe às partes, sendo excepcional a intervenção do juiz”.

4. Com relação à liquidez e certeza do direito dos agravantes, o mesmo renomado doutrinador, citado, leciona:

“Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos (vejam-se mais adiante os nºs 205 e segs.)”. (*in obra cit.*, p. 85).

5. Apenas, *ad argumentandum*, se os impetrantes de um *mandamus* ficassem dependentes para impetração da coleta de documentos em mãos da autoridade coatora, fácil seria a esta frustrar o direito constitucional dos cidadãos, simplesmente negando-lhes os documentos. É exatamente isto que o parágrafo único do artigo 6º, da Lei 1.533/51, visou impedir. A negativa de vigência da lei federal é evidente, clara e incontestável, *data venia*.

6. Acresce que o *writ* foi impetrado ao apagar das luzes do prazo decadencial, porque a publicação do ato da autoridade, objeto da segurança, ocorreu em 03 de janeiro de 1989 (fls. 18 trasladada) e o ajuizamento da medida se deu no último dia, em 02 de maio de 1989 (fls. 02, trasladada).

7. A divergência da interpretação está anotada por Theotônio Negrão, in “CPC e Legislação processual em vigor”, 20^a ed., p. 893, nestes termos: “Permite-se, todavia, o pedido liminar de exibição de documento (v. art. 6º, parágrafo único.)”. O Supremo Tribunal Federal (RT 594/248) já decidiu que a complexidade dos fatos não exclui o Mandado de Segurança. Ora, se a prova do direito líquido e certo depende de documentos que estão nas mãos de autoridade coatora, é elementar que a sua exibição tem que preceder o exame daquele direito.

8. Guarda consonância com a questão posta neste recurso o dever de informar que tem a autoridade coatora, conforme já reconhecido, na época, pelo E. Tribunal Federal de Recursos, Ac. unânime, 2ª Turma, publ. em 07.06.84 — AMS nº 96.715-SP.

9. Não é ocioso lembrar que, em caso análogo, esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em Acórdão unânime da Segunda Turma, publicado em 10.10.89 — REsp 523-SP, relator Ministro Carlos Velloso, decidiu:

“Destarte, se o Tribunal *ad quem*, entendendo de modo contrário, vale dizer, entendendo incontroversos os fatos, ou que é prescindível a comparação da circunstância que a sentença entendera de comprovação necessária, poderá completar o julgamento, praticando a operação de fazer incidir a norma de direito positivo aos fatos controversos, sem que isto represente violação do princípio do duplo grau de jurisdição”.

10. Sem quebra do respeito devido ao eminente Relator, as considerações que S. Exa. expendeu acerca do dissídio jurisprudencial não merecem prosperar, uma vez que o mesmo restou claramente demonstrado, com citação de julgados referidos por Theotônio Negrão versando casos similares, certo que a Lei nº 8.038, de 28.05.90, apenas exige a indicação do número e da página do diário oficial, exigência que os agravantes atenderam.

11. Diante do exposto, pedem a V. Exa. se digne reconsiderar o aludido despacho ou submeter o presente Agravo à Colenda

Turma, que certamente o proverá, para determinar o processamento do apelo denegado, como de direito e de JUSTIÇA”.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Mandado de segurança. Lei nº 1.533, de 1951, artigo 6º, parágrafo único.

I — A lei do mandado de segurança assegura ao impetrante o direito de requerer ao magistrado a requisição de documentos necessários à prova do alegado, se a autoridade recusar-se a fornecê-los ou a fornecer certidão equivalente.

II — No caso, os impetrantes não fizeram a prova da recusa, nem sequer de que tenham requerido certidão daqueles documentos.

III — Inocorrência de negativa de vigência do aludido dispositivo legal e de dissídio pretoriano.

IV — Agravo regimental desprovido.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao negar provimento ao agravo interposto pelas ora recorrentes contra o despacho presidencial denegatório da subida do recurso especial que manifestaram, aduzi (fls. 95-97):

“Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despacho do ilustre Vice-Presidente do Tribunal *a quo*, Desembargador Lincoln Rocha, que inadmitiu o recurso especial interposto pelos agravantes, aduzindo (fls. 48-51):

“Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado contra ato de Prefeito Municipal de Belo Horizonte. Indeferida liminarmente a inicial, nos termos do art. 8º da Lei 1.533/51, este Tribunal, em sede de apelação, confirmou a sentença. Pretendem os recorrentes tenha o aresto recorrido negado vigência ao art. 6º, parágrafo único, da Lei 1.533/51. Sustenta que a prova do direito líquido e certo dependeria de documentos que se encontravam em mãos da autoridade coatora que, por isso, na petição inicial, requereram expressamente sua exibição.

O acórdão hostilizado confirmou a decisão que indeferiu liminarmente o mandado de segurança, por dois fundamentos:

1º — ausência de prova de recusa por parte da autoridade coatora no fornecimento da documentação necessária à prova do alegado;

2º — “os impetrantes não provaram que o ato do Prefeito Municipal, que indeferiu o pedido de descaracterização de seus lotes, **ato discricionário e praticado nos termos da Lei nº 4.034, de 25 de março de 1985** (lei de uso e ocupação do solo) e **Decreto Municipal nº 5.094, de 19 de setembro de 1985**, tenha sido ilegal ou com abuso de poder, lesando direito líquido e certo seu”. (fls. 66).

Como registrou a douta Subprocuradoria, “o recurso deixou inatacado o segundo fundamento, no que incide a Súmula nº 283 do STF”, que tem merecido reiterada aplicação no Superior Tribunal de Justiça.

Ainda que possível fosse afastar o óbice apontado, inviável seria o apelo. Os recorrentes insistem em que “a prova do direito líquido e certo dependeria de documentos que estariam nas mãos da autoridade coatora”, sendo por isso requerido, na inicial, sua exibição.

O aresto guerreado, ao examinar a pretensão, asseverou:

“A lei de Mandado de Segurança assegura ao impetrante o direito de requerer ao magistrado a requisição de documentos necessários à prova do alegado, **se a autoridade recusar a fornecê-los ou a fornecer certidão equivalente.**” (fls. 65).

Portanto, necessária se faz a prova da recusa, o que, no caso dos autos, não ocorreu. Segundo o eminente relator, “os impetrantes tiveram acesso aos documentos que requisitaram, fazendo transcrições na inicial de partes do processo administrativo, e não provaram a recusa da autoridade coatora em fornecê-los”.

Este também o entendimento doutrinário. Neste sentido, o ilustre Professor Celso Agrícola Barbi, citado pelos recorrentes:

“Evidentemente só deve o juiz assim proceder mediante requerimento do autor e comprovação da recusa ao fornecimento da certidão, podendo entender-se como tal a excessiva demora no atendimento do pedido da certidão. A iniciativa da apresentação de provas cabe às partes, sendo excepcional a intervenção do Juiz”. (fls. 70, dos autos).

Não há falar, pois, em ofensa ao dispositivo legal invocado, mas sim em sua correta aplicação, pelo que, à ausência dos pressupostos de admissibilidade do apelo fundado na alínea *a*, inadmito o recurso.

O dissídio jurisprudencial, conquanto invocado, não restou demonstrado. Os recorrentes afirmam que “a divergência de interpretação está anotada por Theotônio Negrão, *in CPC e Legislação Processual em vigor*”, mencionam arestos tidos como divergentes, mas não há o confronto analítico das decisões. Não entenderam, assim, ao disposto no art. 255, parágrafo único, do RISTJ.

Por outro lado, os paradigmas não guardam semelhança com o acórdão recorrido. No REsp 523-SP fala-se em “possibilidade de ser complementado o julgamento, e o Tribunal entende incontroversos os fatos”, não se discute, ali, a hipótese ventilada no aresto guerreado, que pertine com a necessidade de provar a recusa da autoridade em fornecer documentos.

No acórdão publicado no DJ de 07.06.84 (AMS nº 95.715-SP), falam os recorrentes em “dever de informar que tem a autoridade coatora”. Aqui foi reconhecido o direito de requerer a requisição de documentos (e, conseqüentemente, o dever de informar que tem a autoridade coatora), sendo, porém, necessário provar a recusa.

Quanto ao acórdão publicado na RT 594/428, não exclui o caminho do mandado de segurança, desde que se encontrem comprovados de plano”.

Não demonstrado o dissídio, inviável o apelo também fundado na alínea *c*.”

A transcrita fundamentação não foi ilidida na minuta deste recurso, a que, por isso, nego provimento”.

Neste agravo regimental invocam os recorrentes, em última análise, os mesmos argumentos que, a meu ver, foram acertadamente descolhidos pela decisão agravada. Na verdade, o art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533, de 1951, assegura ao impetrante o direito de requerer ao magistrado a requisição de documentos necessários à prova do alegado, se a autoridade recusar-se a fornecê-los ou a fornecer a certidão equivalente. No caso, os impetrantes não fizeram a prova da recusa, nem sequer que tenham requerido certidão daqueles documentos. De outra parte, não restou demonstrado nenhum dissídio na consonância do exigido pelo art. 255 e parágrafos do Regimento Interno deste Tribunal.

Isto posto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no Ag nº 15.602 — MG — (91.0018478-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Agrtes.: Benzion Levy e cônjuge. Agrdo.: Prefeito Municipal de Belo Horizonte. Advs.: Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, Paulo André Rohrmann e outro, e José Sebastião de Oliveira.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator” (2ª Turma — 12.02.92).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO
(MEDIDA CAUTELAR) Nº 143 — SP
(Registro nº 91.0011531-2)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zeiter*

Agravante: *Selecta Comércio e Indústria S/A*

Agravado: *O R. Despacho de Fls. 45*

Partes: *Selecta Comércio e Indústria S/A, Ministério Público do Estado de São Paulo e Banco do Nordeste S/A — Litisconsorte Passivo*

Advogados: *Jofir Avalone e outros, Fernanda Guimarães H. G. de Andrade e Isabel Rodrigues Paes de Andrade e outros*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL — RECURSO ESPECIAL — EFEITO SUSPENSIVO — MEDIDA CAUTELAR (LIMINAR) — CONCORDATA PREVENTIVA — AGRAVO REGIMENTAL.

I — Presentes os pressupostos *fumus boni juris* e *periculum in mora*, é de se deferir, liminarmente, medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a Especial. Inteligência dos artigos 288 e 34, V e VI, do RISTJ.

II — Concedida concordata preventiva à empresa de grande porte, a decretação de sua quebra pode resultar problema sócio-econômico de insolúvel reparação, pelo desemprego que causa.

III — Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: A inicial do pedido Cautelar foi assim posta:

“SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S.A., sociedade comercial sediada em São Paulo, na Alameda Santos, nº 1.537, 5º andar, atualmente em regime de concordata preventiva, vem, por seu advogado (doc. nº 1), com fundamento nos arts. 288 e 34, V e VI, do Regimento Interno desse Egrégio Superior Tribunal de Justiça, requerer a concessão, liminarmente e em definitivo, de medida cautelar indispensável à proteção de direito seu suscetível de grave dano de incerta reparação (direito esse cuja relevância já foi expressamente reconhecida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo no r. despacho que admitiu e mandou processar recurso especial), aduzindo:

OS FATOS

I — A petionária impetrara junto ao MM. Juiz de Direito da Décima Oitava Vara Cível da Capital de São Paulo (Proc. nº 1.023/89) concordata preventiva, cujo processamento, nos termos do art. 161, § 1º, da Lei de Falências, foi ordenado pelo magistrado.

II — Contra mencionada decisão interpôs o Dr. Curador Fiscal agravo de instrumento, pleiteando decreto de falência.

III — Contraminutando o agravo, a petionária refutou longamente as alegações de mérito e suscitou as preliminares de ilegiti-

timidade recursal do Ministério Público e, fundamentalmente, irrecurribilidade do despacho que defere o processamento de concordata preventiva.

IV — O v. acórdão, entretanto, prolatado pela Oitava Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (doc. nº 2), conheceu do agravo e deu-lhe provimento para decretar a quebra da peticionária, afirmando, em síntese, quanto às preliminares:

a) que o Ministério Público teria legitimidade para recorrer, porquanto não se compreenderia o poder de fiscalização, que lhe é legalmente atribuído, sem o poder de interposição de recurso, conforme orientação que se teria cristalizado no art. 499, § 2º, do CPC;

b) que o recurso cabível do despacho que ordena o processamento de concordata preventiva seria o de agravo de instrumento, por expressa disposição do art. 146 da Lei de Falências.

V — E, quanto ao mérito, abordou questões que sequer haviam sido discutidas e decididas no juízo *a quo*, assentando:

a) que o fato de terem sido alguns livros da peticionária registrados na Junta Comercial após a data do ajuizamento da impetração indicaria fraude na pretensão à concordata;

b) que, no caso, a personalidade jurídica da concordatária deveria ser desconsiderada, por suposta falta de idoneidade de seu acionista controlador.

VI — Contra esse v. acórdão após a peticionária embargos de declaração, os quais foram rejeitados, à consideração de que teriam caráter infringente, pelo que, em seguida, interpôs recurso especial (doc. nº 3), fundado nas letras *a* e *c*, do inciso III, do art. 105 da Constituição, demonstrando o seu cabimento pelas razões que a seguir resume.

SÍNTESE DAS ALEGAÇÕES DO RECURSO ESPECIAL, CUJA RELEVÂNCIA FOI EXPRESSAMENTE RESSALTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM

VII — O v. acórdão rejeitara a preliminar de irrecurribilidade do despacho que se limita a deferir o processamento de concordata preventiva, ao único fundamento de que tal decisão seria recorrível por expressa determinação do art. 146 da Lei de Falências.

VIII — É sabido, porém, que o despacho que ordena o processamento da concordata preventiva se funda no art. 161, § 1º, da Lei de Falências, e é irrecurável (Pontes de Miranda, “Tratado”, Tomo 30, p. 176, § 3.490; Trajano de Miranda Valverde, “Comentários à Lei de Falências”, Forense, 1948, vol. II, p. 300; Walter T. Álvares, “Direito Falimentar”, Tomo II, § 653, item 5, etc.).

IX — No momento processual em que é proferido, a relação jurídica que se forma é apenas bilateral, entre o estado-juiz e o devedor. Sobre ele não se forma preclusão, tanto que, a qualquer momento, pode ser alterado (art. 162 da LF). A possibilidade de recursos contra o mesmo somente se abre na fase do art. 142, quando podem ser opostos embargos ao pedido de concordata, formando-se, só então, a relação angular (estado-juiz — devedor — credores).

X — Não pode ser confundido com a sentença que concede a concordata. Esta sim, é que é agravável, por expressa determinação do art. 146 da Lei Falencial, que não prevê, entretanto, recurso algum contra aquele despacho inicial.

XI — Eis porque, ao admitir o agravo unicamente com fulcro no art. 146 da Lei de Falências, o que fez o v. acórdão foi contrariar a lei, por aplicar à hipótese em julgamento texto legal que a ela não se ajusta (RTJ 98/324), divergindo, ademais, do v. acórdão da Colenda Sétima Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 7.634, proclamou ser irrecurável o despacho que ordena o processamento da concordata preventiva (RT 545/195).

XII — Assim, também, quando o v. acórdão fez assentar a legitimidade recursal, que conferiu ao Ministério Público, no art. 499, § 2º, do Código de Processo Civil, conseqüentemente reconheceu que a Lei de Falências não a admite. E isto importa em negar vigência a esta, da qual o Código de Processo Civil não é lei supletiva em matéria de recursos, como já proclamou o Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 93.955-RJ (RTJ, vol. 100, págs. 885 a 889).

XIII — Quanto ao mérito, primeiramente o v. acórdão supôs que a escrituração da peticionária não estaria em ordem apenas porque alguns de seus livros teriam sido registrados após o ajuizamento da concordata. Em segundo lugar, afirmou que “a não idoneidade do sócio controlador contamina em descrédito o pedido de moratória da sociedade controlada”, invocando, assim, inde-

vidamente, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Por essas duas razões, decretou a falência da peticionária.

XIV — Nenhuma delas, porém, se contém no limite da legalidade.

XV — A escrita da peticionária é feita pelo processo eletrônico. O registro dos livros assim escriturados é disciplinado pelos arts. 14 do Decreto-lei nº 486/69 e 1º e 2º da Portaria nº 14/72, do DNRC, que não fixam prazo algum para esse ato. Além do que, o registro se deu no prazo concedido pelo magistrado para complementação da documentação que instruíra o pedido da moratória, com expressa concordância do Ministério Público.

XVI — Daí porque, sem demonstrar-se (como não se demonstrou) que o conteúdo da escrituração seria falso, ou enganoso, ou divergente da realidade, não se poderia supô-la fraudulenta, apenas pelo registro dito tardio, como o fez o v. acórdão, negando vigência ao Decreto-lei nº 486/69 e à Portaria 14/72 do DNRC, que não fixam prazo para o registro dos livros escriturados eletronicamente. E ainda ao art. 161 da Lei de Falências, que exige fique a fraude “inequivocamente caracterizada”, não bastando que seja meramente suposta.

XVII — Finalmente, a identificação da pessoa do sócio com a sociedade, feita pelo v. acórdão, afronta o art. 20 do Código Civil, que distingue as pessoas jurídicas das dos seus membros.

XVIII — Ademais, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica não fora abordada ou debatida no juízo *ad quem*, tendo sido invocada e adotada originalmente apenas no julgamento do agravo, o que importa na violação do princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado no Código de Processo Civil e ínsito, igualmente, na Lei de Falências.

FUMUS BONI IURIS

XIX — As alegações resumidas nos itens VII a XVIII acima, que foram longamente desenvolvidas na demonstração do cabimento do recurso especial (doc. nº 3), são suficientes para evidenciar a aparência do bom direito da peticionária.

XX — Não foi por outra razão que, no próprio r. despacho que o admitiu na origem (doc. nº 4), seu eminente prolator reconheceu a pertinência e a relevância dos argumentos expendidos

no recurso e o seu cabimento por ambos os fundamentos invocados, afirmando:

“Não obstante fundamentada a conclusão da Turma Julgadora, **acolhe-se como relevante a argumentação da recorrente sobre os temas em discussão**, devendo ser processado o recurso para que o Superior Tribunal de Justiça possa pronunciar-se a respeito.

As matérias controvertidas foram bem expostas na petição de interposição e devidamente examinadas pelo acórdão, estando atendido, portanto, o requisito do prequestionamento.

No que tange à alegada divergência jurisprudencial, **também cabe o recurso**, pois está comprovado o dissídio...” (grifamos).

PERICULUM IN MORA

XXI — Dispõe o art. 207, § 2º, da Lei de Falências, que o acórdão proferido em agravo de instrumento pode ser executado mediante simples certidão do julgado.

XXII — Assim, durante o processamento do recurso especial, que não tem efeito suspensivo, a petionária corre o risco de, a qualquer momento, sofrer a execução do decreto de falência.

XXIII — Ora, a Selecta Comércio e Indústria S.A. é empresa fundada há mais de dezesseis anos que, por si ou através de outras sociedades por ela controladas ou a ela ligadas, exerce as mais diversas atividades empresariais, empregando nada menos do que 1.100 pessoas.

XXIV — A execução do decreto de quebra, com a lacração do seu estabelecimento e paralisação de suas atividades, causará sem dúvida, à petionária e à coletividade de seus empregados, gravíssimos danos, que mesmo o provimento do recurso especial não teria o condão de reparar.

PEDIDO

XXV — Isto posto, estando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pede a concessão da providência cautelar liminarmente, nos termos do art. 34, inciso VI,

do Regimento Interno, para que seja sustada a execução do v. acórdão proferido pela Egrégia Oitava Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento do Agravo de Instrumento nº 129.407-1 até o julgamento do recurso especial interposto, já admitido na origem, ou para comunicar-se efeito suspensivo”.

Os autos que foram conclusos em 26.06.91 e, na mesma data, proferi o seguinte despacho (fls. 40):

“A questão envolve matéria falimentar. Manifeste-se a dou- ta Subprocuradoria-Geral da República, com a brevidade possí- vel, a fim de não frustrar, se o caso, os fins a que se destina o pedido geral de cautela”.

A dou- ta Subprocuradoria-Geral em parecer subscrito pelo Dr. José Antônio Leal Chaves assim se manifestou no sentido do indeferimento da Medida Cautelar (fls. 41/43):

“Trata-se de medida cautelar impetrada “para que seja sus- tada a execução do v. acórdão proferido pela Egrégia Oitava Câ- mara do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento do Agra- vo de Instrumento nº 129.401-1 até o julgamento do recurso especial interposto, já admitido na origem, ou para comunicar-lhe efeito suspensivo”. (fls. 10, item XXV).

O pedido busca amparo no disposto nos arts. 288 e 34, V e VI, do Regimento Interno desse Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro dos citados ditames reza:

“Art. 288. Admitir-se-ão as medidas cautelares nas hipóteses e na forma da lei processual”.

A postulante, ao longo da sua inicial, de onze folhas, não indica ou refere nenhum dispositivo da lei processual civil capaz de autorizar o atendimento do seu anseio.

Na realidade, expresso na Lei nº 8.038, de 28.05.90, se en- contra o seguinte:

“Art. 27 — *omissis*.

§ 1º — *omissis*.

§ 2º — Os recursos extraordinário e especial serão re- cebidos no efeito devolutivo”.

E nada mais, sem nenhuma previsão facultando a conferên- cia de efeito suspensivo aos dois recursos de que se trata, em nenhuma hipótese.

O presente pedido espelha, ademais, definida contradição entre as teses sustentadas pela requerente, porquanto, em seu recurso especial, copiado às fls. 17/36, ao verberar o r. acórdão recorrido, no que este entendeu o Ministério Público legitimado a recorrer, com fundamento no estipulado § 2º, do art. 499 do CPC, disse:

“.....”, é porque não encontrou na Lei de Falências. Assim, a invocação do Código obviamente importa em negativa de vigência da lei falencial.

11. E isto porque, como já proclamou, por unanimidade, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, o Código de Processo Civil não é lei supletiva em matéria de recursos da Lei de Falências, nem mesmo após o advento da Lei nº 6.014/73, que a ele a adaptou...” (fls. 22).

E, aqui e agora, exorcizando seu pensar anterior, vindo de transcrever, busca a postulante, em vão, obter uma medida cautelar, admissível “nas hipóteses e na forma da lei processual”, *in casu*, civil, deslembada de que esta, no seu dizer, não é lei supletiva em matéria de recursos da Lei de Falências, porque, mesmo tendo presente a distinção existente entre recurso e medida cautelar, na espécie, a cautelar impetrada exhibe a nítida natureza de efeito recursal desejado emprestar ao apelo interposto, efeito suspensivo, que a lei processual civil nega ao recurso especial.

Isto posto, o parecer é no sentido do não deferimento da medida cautelar”.

Voltando-me os autos conclusos em 01.07.91, véspera do recesso forense do mês de julho, deferi a medida liminar nos seguintes termos:

Vistos, etc.

Cuida-se de deferimento no pedido de concordata preventiva requerida por Selecta Comércio e Indústria S.A.

Alega a Selecta Comércio e Indústria S.A. que requereu concordata preventiva, ordenando o Dr. Juiz seu processamento na forma do permissivo do art. 161, § 1º, da Lei 7.661/45.

Irresignado agravou o MP e a Oitava Câmara Civil do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo deu-lhe provimento “para que, denegado o pedido de moratória, ser decretada a quebra da recorrida, prosseguindo pelo juízo de Primeira Instância, os atos subseqüentes”.

Já admitido o recurso especial desse julgado, com fundamento nos arts. 288 e 34, V e VI, do Regimento Interno, ingressa a recorrente com esta medida cautelar, objetivando dar-lhe efeito suspensivo.

A douta Subprocuradoria-Geral oficia sustentando, em resumo, haver afirmado à autora não ser a lei processual civil supletiva da legislação falimentar em matéria de recurso, em suas razões, por isso que inviável a suspensividade que pleiteia.

Se afiguram presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, bem como a existência de dano de difícil ou impossível reparação, pela quebra.

Defiro, pois, a medida *si et in quantum*, para emprestar efeito suspensivo ao recurso especial interposto pela autora contra o acórdão proferido no Ag 129.407/1-SP, sustando-se, via de consequência, sua execução.

Comunique-se ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, intimando-se, desta decisão, o Excelentíssimo Curador-Geral da Comarca e Vara onde tramita o feito”.

Cumpridas as formalidades legais com a expedição de ofício ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo e publicação do despacho concessivo da liminar no DJ, ingressou nos autos com petição protocolada em 12.08.91. Banco Noroeste S.A, invocando a qualidade de litisconsorte passivo nos termos do art. 46 do CPC pois “é o síndico da falência decretada pela Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo... embora sem exercer o cargo em razão dos expedientes procrastinatórios de que vem se valendo a ora requerente — dentre eles, a presente Petição Medida Cautelar — ... requerendo reconsideração da liminar ou que se recebesse sua petição como agravo, sustentando, em 36 laudas, sua legitimidade, e ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*”.

Sobre tal petição e os documentos que a instruem, de fls. 89 a 237, determinei vista à autora que se manifestou às fls. 239/247, argüindo a ilegitimidade de causa do Agravante e, no mérito, a pertinência da medida e seu deferimento liminar.

Este o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator):
Sem que tivesse a oportunidade de trazer a *referendum*, como se vê do

relatório, a liminar deferida, ingressou a agravante com o presente recurso, no qual, em longo arrazoado, pretende seja a mesma revogada.

Ressalto que sua extensa fundamentação na verdade ataca o mérito do próprio recurso especial deixando, todavia, evidenciado, ao contrário do que sustenta, a existência dos pressupostos em que se arrimou o pedido cautelar e seu deferimento.

Essa evidência está retratada no fato, que traz ao conhecimento da Turma, de ter sido contra o acórdão objeto do Recurso Especial impetrado pela autora, também, Mandado de Segurança que no Tribunal de origem teve acolhido pedido de liminar obstativa da execução do aresto.

Some-se a isso os termos em que posto o despacho admissivo do Especial, para se ter como presente, não só a relevância dos temas em discussão, como, e notadamente, a existência da fumaça do bom direito, certo que difícil, senão impossível a reparação dos danos pelo perigo da demora, com a execução do julgado, que, abstraídos demais aspectos, deixaria à míngua de seus empregos cerca de mil servidores da Empresa autora desta cautelar.

Destaco, finalmente, que o parecer da douta Subprocuradoria-Geral, conquanto a inegável competência de seu digno prolator, deixou de examinar a existência dos requisitos de concessão ou não da medida, que, por óbvio, tive, como tenho presentes, limitando-se a questão da legitimidade do Ministério Público para recorrer e a alegada contradição da autora, ao sustentár aqui aplicável, subsidiariamente, as normas do CPC ao processo falimentar, negando-as, entretanto, para a atuação do *parquet*, na interposição do Agravo do Instrumento, na instância ordinária.

Questões essas, como já afirmado, todas envolventes ao objeto do Recurso Especial e que lá deverão ser examinadas e dirimidas.

Nesta Medida Cautelar cingi-me à aplicação da norma regimental que a admite, tendo como suficientemente demonstrados os pressupostos a seu deferimento, resumidos no despacho agravado, que mantenho, negando provimento ao Agravo e submetendo-o ao *referendum* da Turma.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg na Pet (MC) nº 143 — SP — (91.0011531-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Agrte.: Selecta Comércio e Indústria S/A. Agrdo.: O R. Despacho de Fls. 45. Partes: Selecta Comércio e Indústria S/A, Ministério Público do Estado de São Paulo, Banco do Nordeste S/A — Litisconsorte Passivo. Advs.: Jofir Avalone e outros,

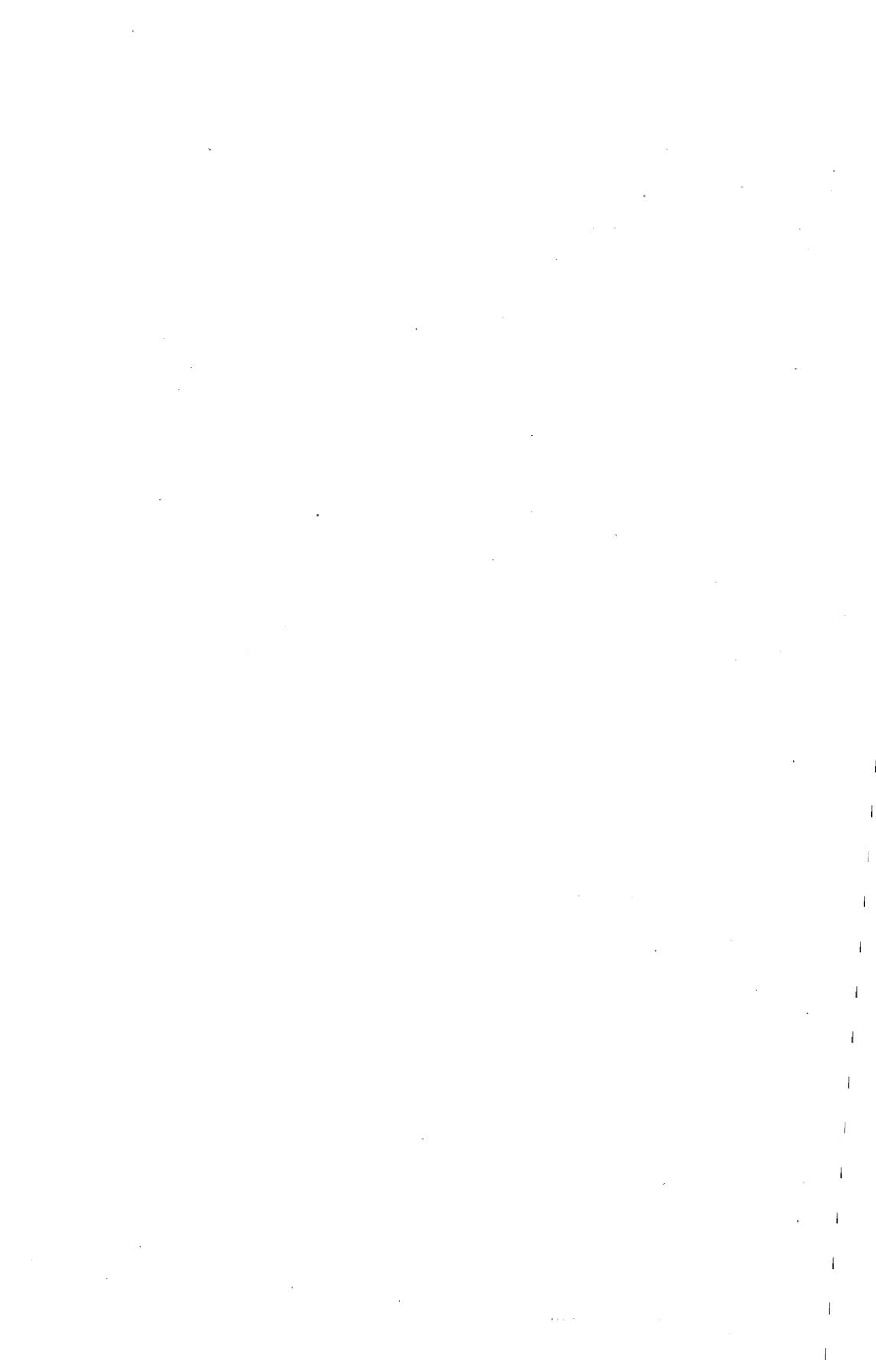
Fernanda Guimarães H. G. de Andrade, Isabel Rodrigues Paes de Andrade e outros.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, referendou a liminar e negou provimento ao agravo regimental” (3ª Turma — 17.09.91).

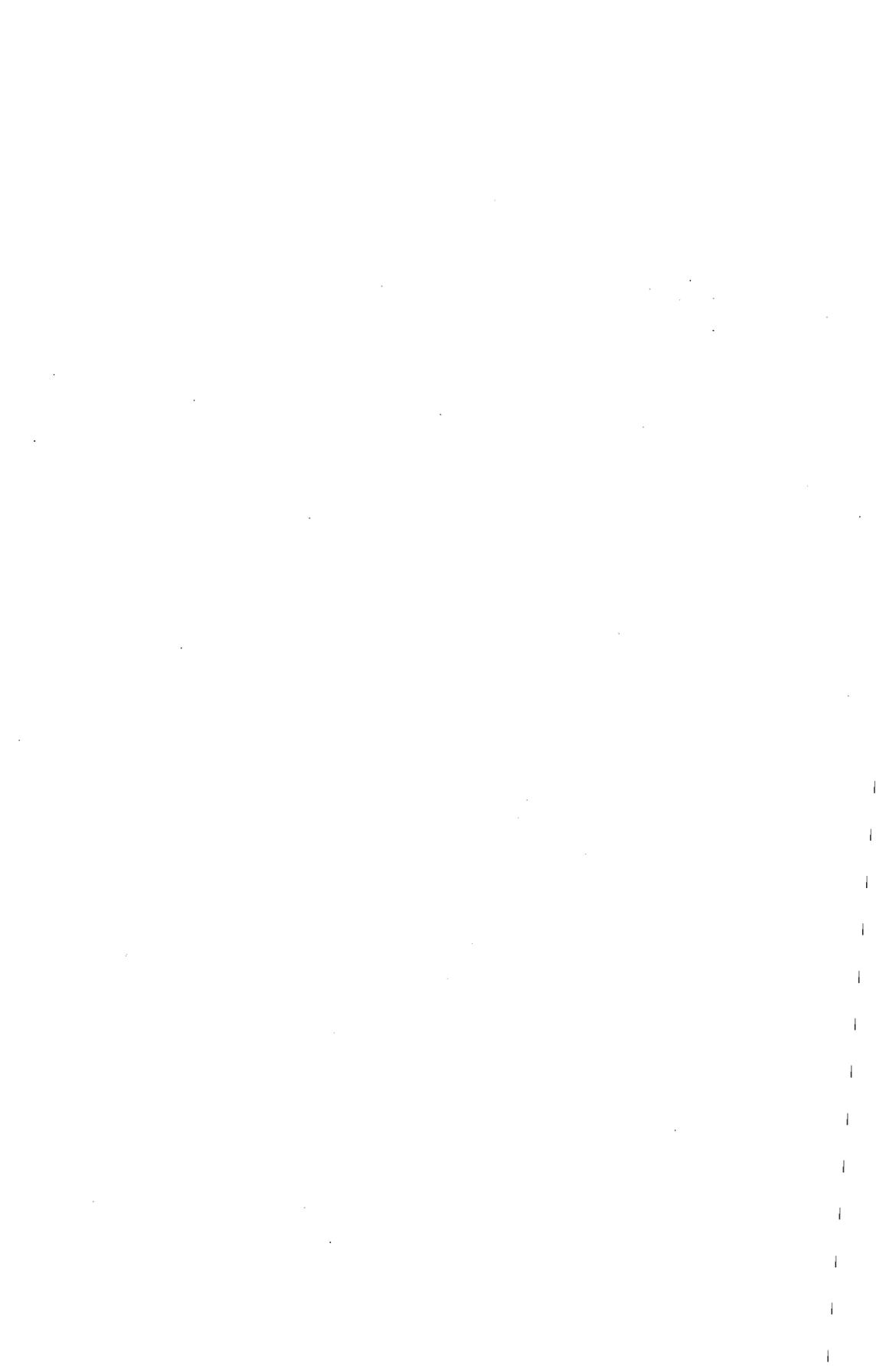
Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.



CONFLITO DE COMPETÊNCIA



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 846 — MG
(Registro nº 89.0012763-2)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Autor: *Instituto de Administração Financeira da Previdência Social — IAPAS*

Réus: *Federação Nacional das Associações de Servidores da Previdência Social e outros*

Suscte.: *Juízo Federal da 10ª Vara-MG*

Suscdo.: *Juízo Federal da 17ª Vara-RJ*

Advogados: *Drs. Marlene Campos de B. Cavalcanti, André Cinelli Fiúza da Cunha e outros*

EMENTA: RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. ARTIGO 651 DA CLT. COMPETÊNCIA.

1 — Reclamação trabalhista.

Propositura contra o IAPAS pela Federação Nacional das Associações dos Servidores da Previdência Social, a propósito de direitos de seus associados, em litisconsórcio com empregado que litiga em seu próprio direito.

2 — Ajuizamento da causa perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro.

3 — Questão sobre competência suscitada em razão da tese da primeira reclamante (Belo Horizonte) e do local de prestação de serviço pela segunda (Brasília).

4 — Competência da Justiça Federal do Rio de Janeiro, foro da sede do reclamado, também para decidir sobre a ilegitimidade *ad causam*; irrelevância, para o caso, do art. 651 da CLT.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal da 17ª Vara-RJ, o suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Federação Nacional das Associações de Servidores da Previdência Social e Cíntia Ferreira Oivante Caron ajuizaram reclamação trabalhista contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, perante a 17ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro, em 13.07.88, pleiteando condenação do reclamado a integrar, na remuneração, o reajuste mensal de que trata o art. 3º do Decreto-lei 2.335/87 (UPR de abril e maio).

2. Admitido ali o processamento do feito, por dependência, dada a preexistência de ação cautelar (cf. fls. 2, 20 e 20 v.), o reclamo opôs, em 15 de agosto seguinte, exceção de incompetência do Juízo Federal do Rio de Janeiro, ao sustentar que, consoante o art. 651 da Consolidação das Leis do Trabalho, competente é o foro do domicílio ou do local da prestação de serviço, certo, por outro lado, que o primeiro reclamante tem sede em Belo Horizonte-MG e a segunda reside em Taguatinga-DF.

Apontou, por isso, para a competência dos Juízes Federais, respectivamente, de Minas Gerais e Distrito Federal, consoante a distribuição de cada uma das reclamações (v. 04/05).

3. A exceção foi acolhida nestes termos (fls. 9/10):

“Examinando a questão em ações ordinárias, tenho decidido pela competência desta Seção Judiciária para conhecer e decidir pedidos formulados por funcionários e segurados domiciliados em outras Unidades da Federação, aliás com apoio na jurisprudência predominante do E. TFR.

Mas em se tratando de Reclamação Trabalhista, que na forma do artigo 651 da CLT devem ser propostas na localidade onde o Reclamante presta serviços ao Reclamado, não se aplica tal orientação jurisprudencial.

É certo que o 1º Reclamante não é empregado, mas tem sede em Belo Horizonte e representa os filiados que prestam serviços naquela Cidade. E a 2ª Reclamante presta os seus serviços na Capital da República.

Assim, atendendo ao disposto no texto consolidado, acolho a presente Exceção para declarar incompetente esta Seção da Justiça Federal para processar a Reclamatória em questão.

Baixada a distribuição, encaminhem-se os autos à Seção Judiciária Federal do Estado de Minas Gerais.”

4. O Dr. Juiz Federal da 10ª Vara de Belo Horizonte, entretanto, repudiou esse entendimento, razão pela qual suscitou o presente conflito negativo de competência, *verbis*:

“**Primeiro**, porque o disposto no artigo 651, da Consolidação das Leis do Trabalho, tem, evidentemente, natureza de norma supletiva. Visa proteger o **empregado**, que pode, no entanto, caso queira, demandar em outro local, principalmente, como é a hipótese, onde o **empregador**, que é uma instituição de caráter nacional, tem a sua Direção, *in casu*, no Estado do Rio de Janeiro. **Segundo**, porque a **Federação Nacional das Associações de Servidores da Previdência Social**, primeira Reclamante, não é, na verdade, **empregada**, sendo uma instituição, também de caráter nacional, embora com sede em Belo Horizonte. **Terceiro**, porque a segunda Reclamante, **Cíntia Ferreira Oivante Caron**, essa, sim, **empregada**, reside no Distrito Federal. Logo, na pior das hipóteses, o juiz competente seria um dos juízes federais da Seção Judiciária do Distrito Federal. Nunca, em hipótese alguma, juiz federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. **Quarto**, porque, como admite o próprio Juiz suscitado, com apoio na jurisprudência predominante do Tribunal Federal de Recursos, em ações ordinárias, tem “decidido pela competência desta Seção Judiciária (RIO DE JANEIRO), para conhecer e decidir

pedidos formulados por funcionários e segurados domiciliados em outras unidades da federação (cf. fls. 09/10)”.

5. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região dele não conheceu, ante os dizeres do art. 105, I, *d*, da Lei Maior (fls. 24).

6. O parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Yedda de Lourdes Pereira, conclui nestes termos (fls. 33):

“O artigo 651 da CLT firma a competência pelo local de prestação do serviço, no caso Brasília.

A ação foi proposta no Rio de Janeiro. O pretendido deslocamento para Belo Horizonte ou Brasília envolve competência *ratione loci*, que é relativa.

Nestas condições, não excepcionado o foro pela parte na forma da lei, não cabe ao Juiz declarar de ofício a sua incompetência relativa.

E não excepcionado, o foro ficará prorrogado como prevê o artigo 114 da lei processual civil.

Por tais fatos, opina-se pelo conhecimento do conflito, a fim de ser declarada a competência da 17ª Vara Federal, ora suscitada.”

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): A Consolidação das Leis do Trabalho assim preceitua:

“Art. 651:

A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviço ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.

§ 1º — Quando for parte no dissídio agente ou viajante, é competente a Junta da localidade onde o empregador tiver o seu domicílio, salvo se o empregado estiver imediatamente subordinado a agência, ou filial, caso em que será competente a Junta em cuja jurisdição estiver situada a mesma agência ou filial.

§ 2º — A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios, ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.

§ 3º — Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamações no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.”

2. Tenho como procedente a ponderação que fundamenta a suscitação deste conflito, ao se referir o D. Juiz Federal da 10ª Vara de Belo Horizonte ao interesse do reclamante, como aquele que a legislação especial (trabalhista) busca tutelar, ao dispor sobre competência, nessa preceituação.

Acresce considerar que o reclamado e excipiente nem mesmo deveria ser admitido a suscitar questão sobre competência meramente relativa, porque *ratione loci*, determinada, como já esclarecido, no interesse de parte contrária, ante a iniciativa dos reclamantes de eleger o foro do Rio de Janeiro.

3. Em outra ordem de idéias, bem é de ver que a questão sobre a legitimidade *ad causam* do primeiro reclamante integra o elenco das demais, a serem apreciadas e decididas pelo Juízo competente, não podendo ser objeto deste conflito.

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo suscitado.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 846 — MG — (89.0012763-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Autor: Instituto de Administração Financeira da Previdência Social — IAPAS. Advogada: Marlene Campos de B. Cavalcanti. Réus: Federação Nacional das Associações de Servidores da Previdência Social e outros. Advs.: André Cinelli Fiúza da Cunha e outros. Suscte.: Juízo Federal da 10ª Vara-MG. Suscdo.: Juízo Federal da 17ª Vara-RJ.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo Federal da 17ª. Vara-RJ, o suscitado (2ª Turma — 26/02/92).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Athos Carneiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 859 — SP (Registro nº 89.0012885-0)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar

Suscte.: Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

Suscdo.: *Tribunal de Justiça de São Paulo*

Partes: *Silvério Luiz Bergami e Camargo Soares Empreendimentos Ltda.*

Advogados: *Drs. Ruy Soares Macedo e Domingos Palmério*

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA E TRIBUNAL DE ALÇADA DO MESMO ESTADO.

I — Ressalvada a indicação do órgão julgante competente para a causa, há, no que interessa à espécie, perfeito paralelismo entre a alínea *e* do inciso I do art. 119 da Constituição Federal de 1967 e a alínea *d* do inciso I do art. 105 da Lei Estrutural de 1988.

II — Em virtude da posição institucional conferida pela Lei Maior ao Tribunal de Justiça, inexistente conflito de competência entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada de um mesmo Estado membro da Federação.

III — Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

IV — Conflito não conhecido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, prosseguindo no julgamento, não conhecer do conflito e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça de São Paulo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de Conflito de Competência entre o Primeiro Tribunal de Alçada Cível de

São Paulo e o Tribunal de Justiça do mesmo Estado, acerca da competência para julgar agravo de instrumento interposto contra decisão de Juiz de Direito.

A Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos ao Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Cível (fl. 58 verso).

A Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Cível suscitou dúvida de competência perante o plenário, que resolveu levantar perante o Superior Tribunal de Justiça o presente conflito de competência, nos termos do acórdão de fls. 74/76.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do conflito, e remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): No Conflito de Competência nº 760-SP, de que fui relator, ao votar fiz as seguintes considerações:

“A Constituição de 1946 situou na competência originária do Supremo Tribunal Federal,

“Os conflitos de jurisdição entre Juízes e Tribunais Federais de Justiça diversas, entre quaisquer Juízes ou Tribunais Federais e os dos Estados, e entre Juízes ou Tribunais de Estados diferentes, inclusive os do Distrito Federal e os dos Territórios.” (art. 101, I, f).

Em escólio sobre o texto supratranscrito, registrou Themístocles Cavalcanti:

“Fundou-se aqui a Constituição no pressuposto de que o conflito transcenda dos limites territoriais dos Estados, isto porque, havendo unidade de organização judiciária em cada Estado, os conflitos dentro da estrutura judiciária de cada um devem ser resolvidos pelo órgão mais eminente de sua justiça.

O Supremo Tribunal restringe a sua competência às divergências que transcendem da ordem jurisdicional das justiças autônomas ou dos limites territoriais dos Estados.”

(A Constituição Federal Comentada, 2ª ed., vol. II, p. 333, Koufino, Rio de Janeiro — 1952).”

De outro modo entendia então J. Frederico Marques, para quem

“Entre o Tribunal de Alçada e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o conflito de jurisdição surgido deve ser apreciado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de competência implícita deste, que decorre da Constituição” (**Da Competência em Matéria Penal**, p. 313, Saraiva, São Paulo — 1953).”

O Supremo Tribunal Federal, na primeira metade da década de 50, superou a controvérsia com o entendimento de que inexistente conflito de competência entre o Tribunal de Justiça e o de Alçada de um mesmo Estado-membro da Federação, como se constata das decisões registradas pelo Ministro Xavier de Albuquerque em voto que proferiu no Conflito de Jurisdição Criminal nº 6.164-SP, de que foi Relator (RTJ-90/435).

Ressalvada a indicação do órgão judicante competente para dirimir a causa, há, no que interessa à espécie, perfeito paralelismo entre a alínea *e* do inciso I do art. 119 da Constituição Federal de 1967, com a redação da Emenda 7, de 1977, e a alínea *d* do inciso I do art. 105 da Constituição da República de 1988. Com efeito, ambas cuidam do conflito de competência (CF/67, *verba legis*: conflito de jurisdição) entre quaisquer Tribunais, salvantes as hipóteses cogitadas no art. 102, I, *o*, do Estatuto Estrutural vigente.

Ao tempo da Carta Política caduca, a de 67, em sede doutrinária, voz prestigiosa ainda sustentava que à Suprema Corte caberia solver eventual conflito de competência entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada de um mesmo Estado federado. Assim, Hélio Tornaghi:

“Se um Estado tem dois ou mais Tribunais de Segunda Instância (Tribunal de Justiça, Tribunal de Alçada), o conflito entre eles terá de ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal (por aplicação, *a fortiori*, *a maiori ad minus*, da Constituição) ainda que um dos Tribunais seja hierarquicamente superior ao outro para os fins do Direito Administrativo (**Curso de Processo Penal**, vol. 1, ps. 191/192, 4ª ed., Saraiva, São Paulo — 1987).”

Mas, também sob o império da Lei Maior de 67, manteve a Corte Excelsa o seu entendimento sobre o tema, como se verifica do acórdão resultante do CJC nº 6.164-SP, já referido, e da decisão no CJ nº 6.168-SP, ambos relatados pelo Ministro Xavier de Albuquerque; e, ainda, do que resolvido ficou no CJ nº 6.124-RJ, que teve como Relator o Ministro Soares Muñoz:

“O Supremo Tribunal Federal é competente, sim, para julgar os conflitos de jurisdição entre quaisquer Tribunais, suposto, porém, que se trate de Tribunais entre os quais o conflito é suscetível de se instalar. A posição institucional do Tribunal de Justiça, erigido pela Constituição em órgão de cúpula do Poder Judiciário de cada Estado, impede que ele possa entrar em conflito com o Tribunal de Alçada da mesma unidade da Federação, qualificado pela Constituição como Tribunal inferior (RTJ-07/1.012).”

É certo, como assinala Walter Ceneviva, que

“Em matéria de sua competência o Superior de Justiça não está preso à jurisprudência criada pelo Supremo Tribunal Federal, nem às súmulas, nos longos anos em que a mais alta Corte teve a seu cargo o julgamento das mesmas questões.” (**Direito Constitucional Brasileiro**, p. 197, Saraiva, São Paulo — 1989).

Em matéria constitucional, todavia, mais alta é a voz do Supremo Tribunal Federal, pois que lhe compete, de modo precipuo, a guarda da Constituição (Cfr. CF, art. 102, *caput*, I — a, II — a, b e e; e parágrafo único).

Destarte, vista a simetria entre os textos constitucionais antes apontada, é de ser prestigiada a posição da Corte Suprema sobre a matéria de que tratam os autos, como, aliás, já decidiu este Colegiado, em 25 de outubro último, no Conflito de Competência nº 487-SP, que teve como Relator o Ministro BARROS MONTEIRO.”

A matéria é a mesma. Mantenho o ponto de vista que então adotei.

Destarte, não conheço do conflito. Retornem os autos ao Egrégio Tribunal suscitante.

Assim voto.

VOTO — VISTA

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Movido por algumas inquietações no tema, pedi vista, buscando reexaminá-lo. Logo após, no

entanto, a eg. Terceira Seção deste Tribunal, onde adotado entendimento diverso do que vinha tendo esta Segunda Seção, houve por bem submeter a matéria ao crivo da Corte Especial.

Esta, provocada, por maioria sufragou o mesmo posicionamento até aqui agasalhado por esta Segunda Seção, dirimindo de vez qualquer dúvida (CC 1.364-SP, de 8.11.90).

Destarte, com o Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, tenho conhecimento da matéria, porque votei na Corte Especial sobre o tema — a questão da inexistência de conflito entre o Tribunal de Alçada e o Tribunal de Justiça. Acompanho o Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 859 — SP — (89.0012885-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Fontes de Alencar. Suscte.: Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Suscdo.: Tribunal de Justiça de São Paulo. Partes: Silvério Luiz Bergami e Camargo Soares Empreendimentos Ltda. Advs.: Drs. Ruy Soares Macedo e Domingos Palmério.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, não conheceu do conflito e determinou a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Ausente o Sr. Min. Bueno de Souza (2ª Seção — 14.11.90).

Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Eduardo Ribeiro, Athos Carneiro, Waldemar Zveiter e Nilson Naves votaram com o Relator. Ausente o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES.



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 994 — RJ (Registro nº 90.0000873-5)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Autores: *Jorge de Freitas Pires e outros*

Réus: *Sebastião Cerqueira Pinto e cônjuge*

Suscte.: *Tribunal Federal de Recursos*

Suscdo.: *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Carlos Henrique Peralta e Carlos Henrique Mariz
Moreira*

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓ-
RIA. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA.**

**1 — O Superior Tribunal de Justiça é competen-
te para dirimir conflito entre Tribunal de Justiça
Estadual e Tribunal Regional Federal (art. 105, I, *d*,
Constituição/88).**

**2 — Necessário se faz, portanto, pronunciamen-
to do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre
sua competência para processar e julgar a ação res-
cisória, na qual a União manifestou seu interesse.**

**3 — Conflito que não se conhece; remessa dos
autos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do conflito e remeter os autos ao Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro-RJ, para que se pronuncie sobre a sua competência, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Em ação possessória (impropriamente chamada de reivindicatória de posse) relativa a imóvel que os autores dizem ter adquirido por usucapião, a União ficou alheia. Julgada procedente a demanda, a sentença transitou em julgado.

2. Tendo os réus dessa primeira demanda proposto perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ação rescisória da referida sentença, requereram a citação da União.

Da inicial, extraio os seguintes tópicos, necessários à adequada apreciação da espécie (fls. 3/4 e 14):

“Os suplicantes são todos filhos de NILZA DE FREITAS PIRES, falecida em novembro de 1982, conforme prova que se faz com o documento anexo, e que, em vida, era detentora dos direitos de aforamento do lote nº 336, da Rua Sete de Março, em Bonsucesso, do qual tinha título legal de ocupação deferido pelo Serviço de Patrimônio da União, e que pagava regularmente em vida todos os emolumentos inerentes a esta ocupação.”

“... é a presente para requerer se digne V. Exa. mandar citar a União, para responder presente, querendo, para acompanhar a presente, intimando, ainda, o Órgão do *Parquet* para acompanhar o feito e, procedida a instrução, julgar a presente ação procedente, a fim de que se devolva a posse aos Suplicantes, por ser a única maneira de se fazer Justiça conforme o Direito.”

3. Citada, a União Federal veio aos autos (fls. 186), dizendo de seu interesse na causa, nestes termos:

“A UNIÃO FEDERAL, nos autos da ação rescisória em epígrafe, vem expor e requerer a V. Exa., o seguinte:

I — Trata-se de ação rescisória que objetiva a desconstituição de sentenças proferidas em Ação Reivindicatória e Ação de Usucapião referentes ao imóvel da Rua Sete de Março nº 336, em Bonsucesso, nesta cidade, **de propriedade da União**.

II — V. Exa. pelo r. despacho de fls. 170 determinou se desse ciência à União Federal. Sucede que, tal ciência, foi dada à Procuradoria da Fazenda Nacional neste Estado que não tem a representação da União em Juízo, ao invés da Procuradoria da República neste Estado que representa a União Federal em Juízo.

III — Assim, pois, nesta data, a União Federal se dá por ciente desta ação rescisória.

IV — Pelo documento em anexo, da Delegacia do Patrimônio da União do Rio de Janeiro, verifica-se que, o imóvel da Rua Sete de Março nº 336, em Bonsucesso é **de propriedade da União**, ocupado por Nilza Freitas Pires, tendo em vista o que consta no Processo nº 48.137/86.

V — Por isso mesmo, tal imóvel é insuscetível de ser usucapido, sendo nula, absolutamente, qualquer decisão judicial neste sentido.

VI — Ademais disso, qualquer ação que tenha por objeto a reivindicação, a Usucapião, a posse de imóveis da União, só pode ser aforada na Justiça Federal que é a competente para o processo e julgamento, **inclusive desta ação rescisória.**

VII — Em conclusão, é a presente para requerer a V. Exa. decline de sua competência, determinando a remessa destes autos ao Colendo Tribunal Federal de Recursos.”

4. O v. acórdão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro teve por suficiente essa manifestação da União Federal, a fim de declinar do feito e determinar a remessa dos autos ao extinto Tribunal Federal de Recursos, nos termos desta ementa (fls. 194):

“Se a União, citada, se dá como interessada no feito, por ser o imóvel de sua propriedade, a competência desloca-se para o Tribunal Federal de Recursos.”

5. Em parecer nos autos da ação rescisória, no Tribunal Federal de Recursos, a Subprocuradoria-Geral da República assim opinou, *verbis* (fls. 211):

“Em conclusão, por entender que a espécie configura a hipótese prevista no art. 485, V, do CPC, espera-se que seja julgada procedente a presente ação rescisória para que sejam desconstituídas as sentenças proferidas na ação que declarou a prescrição aquisitiva do imóvel em favor dos ora réus e na ação reivindicatória, ajuizada pelos mesmos réus, tendo como objeto o terreno questionado.”

6. Levada a julgamento pelo eminente Ministro WILLIAM PATTERSON, decidiu, por maioria, a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, consoante esta ementa (fls. 231).

“PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO REIVINDICATÓRIA DE POSSE. INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL INOCORRENTE. CONFLITO DE JURISDIÇÃO PARA O STF.

Discutindo-se, entre particulares, questão exclusivamente possessória, pois o domínio foi resolvido em ação de usucapião, não se há de reconhecer legítimo interesse da UNIÃO FEDERAL para integrar o feito e, em consequência, deslocar a competência.

Manifestação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Conflito de Jurisdição que se suscita perante o STF.”

7. O Supremo Tribunal Federal, sendo Relator o eminente Ministro MOREIRA ALVES, acolhendo parecer da Procuradoria-Geral da República, assim decidiu (fls. 248):

“Conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Tribunal Federal de Recursos.

Tendo o então Tribunal Federal de Recursos, no exercício de competência que passou aos Tribunais Regionais Federais em virtude da atual Constituição, suscitado o presente conflito, e já estando instalado o Superior Tribunal de Justiça, é este o competente para julgá-lo, nos termos do artigo 105, I, *d*, do texto constitucional em vigor.

Conflito negativo de jurisdição não conhecido, determinando-se a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.”

8. Nesta Corte, a Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo conhecimento do conflito, no sentido de ser declarada a competência do Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, no propósito de tornar ainda mais claro o teor da questão de competência submetida a esta Corte, colho o tópico central do diligente parecer da ilustre Subprocuradora-Geral, Dra. YEDDA DE LOURDES PEREIRA (fls. 258/260):

“Segundo consta dos autos, Sebastião Cerqueira Pinto requereu usucapião de uma área. Com fundamento na sentença usucapienda, ingressou com ação reivindicatória de posse contra os moradores.

Estes detinham a posse direta há mais de vinte anos, através de arrendamento feito por sua mãe — Nilza de Freitas Pires — com a União, titular do domínio e posse — mediante o pagamento anual de taxas de ocupação. Irresignados, ingressaram com rescisória, onde a União alegou interesse. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro remeteu os autos ao Tribunal Federal de Recursos. Este suscitou conflito, afirmando a competência do Tribunal Estadual porque a reivindicatória de posse, processada e julgada entre particulares, decorreu de ação anterior de usucapião, também processada e julgada entre particulares.

Tal fato não justificava a manifestação de interesse da União, visto não ter participado das ações anteriores e não mais deter o domínio da área, por força da sentença usucapienda.

Em que pese a argumentação, permito-me divergir porque entendo que a função da Justiça não é simplesmente julgar e sim julgar bem, dando a cada um o que é seu.

E para isso a interpretação não deverá se limitar à frieza dos resultados apresentados, mas incidir sobre o conteúdo da relação, com a pesquisa e o exame paralelo dos fatos e dos atos processuais.

Só assim se evitará “inocente” burla ao direito e a utilização do poder judiciário como simples máquina computadorizada. O exame somatório dos fatos condutores e determinada conclusão pode ser feito pela informática, que dá uma sentença formalmente correta mas em seu conteúdo pode ser ofensiva ao direito, porque destituída do juízo crítico que só ao homem ainda pertence.

E nesta linha de raciocínio, considerando que foi dado à sentença usucapienda o valor *erga omnes*, indaga-se, pode ser ela oponível ao titular do domínio pleno que não foi chamado ao processo, o qual, em relação a este, é *res inter alios acta*? Não terá, também, o título dominial valor *erga omnes*?

Responde o artigo 472 da lei processual:

“A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros...”

Em resumo, verifica-se o interesse da União na rescisória porque:

1) a **União** é titular do domínio e posse do imóvel objeto da ação rescisória, bem impossível de ser usucapido (CF, art. 191, parágrafo único);

2) o imóvel lhe proporciona renda, no caso taxa de ocupação, em decorrência de contrato de arrendamento previsto em lei federal;

3) se julgada improcedente a rescisória, os autores deixarão de pagar as taxas à União.

Justificando o interesse da União na rescisória, o Ministério Público se manifesta pelo conhecimento do conflito, a fim de ser declarada a competência do Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro.”

2. Sem desmerecer as oportunas considerações expendidas no pronunciamento do Ministério Público, não me parece apropriada a conclusão ali preconizada.

É o que penso, porque, competente, sem dúvida, o Superior Tribunal de Justiça para dirimir conflito entre Tribunal de Justiça Estadual e Tribunal Regional Federal, em face da instalação desta Corte superior após a suscitação do conflito submetido ao Supremo Tribunal, tal como ali decidido, é mister, porém, atentar para o fato de que o Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro (que seria o competente, se procedente a recuso do feito pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro) não teve ainda ensejo de se pronunciar sobre sua competência para julgar a ação rescisória em que a União se diz interessada.

Preliminarmente, portanto, tenho por inexistente o conflito e determino o envio dos autos ao Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro, pois somente no caso em que recuse sua competência é que haverá ensejo para suscitar conflito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 994 — RJ — (90.0000873-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Autores: Jorge de Freitas Pires e outros. Adv.: Carlos Henrique Peralta. Réus: Sebastião Cerqueira Pinto e cônjuge. Adv.: Carlos Henrique Mariz Moreira. Suscte.: Tribunal Federal de Recursos. Suscdo.: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do conflito e remeteu os autos ao Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro-RJ, para que se pronuncie sobre a sua competência (2ª Seção — 26/02/92).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Athos Carneiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.309 — RS (Registro nº 90.0006213-6)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Autora: *Zélia Auxiliadora da Silva Crisóstomo*

Réus: *Serviço Federal de Processamento de Dados — Serpro e outro*

Suscte.: *Juízo Federal da 7ª Vara-RS*

Suscda.: *Quinta Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre-RS*

Advogada: *Sandra Albuquerque*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL — MEDIDA CAUTELAR — COMPETÊNCIA RESIDUAL — RECLAMAÇÃO TRABALHISTA.

1 — Ação cautelar proposta, antes da promulgação da Constituição de 5.10.1988, perante a Justiça Federal, versando sobre matéria trabalhista, não exerce força atrativa sobre a ação principal que, agora, deverá ser ajuizada na justiça laboral.

2 — Conflito conhecido; declarada a competência da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento do Rio Grande do Sul.

3 — Precedentes.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre-RS, o suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Adoto como relatório trechos do minucioso parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. YEDDA DE LOURDES PEREIRA, *verbis*: (fls. 15/17)

“Em 1971, o Serviço Federal de Processamento de Dados — SERPRO e a Caixa Econômica Federal firmaram um convênio para prestação de serviços de tratamento automático.

Em decorrência deste ato, Zélia Auxiliadora da Silva Crisóstomo passou a prestar serviços diretamente à CEF e, em 2.12.86, ingressou com reclamatória na Justiça Federal contra esta autar-

quia. Obteve decisão favorável, reconhecedora de relação empregatícia. Foi interposto recurso ordinário, ainda não julgado.

O SERPRO, apoiado na decisão supra, rescindiu seu contrato com a reclamante. Esta requereu medida cautelar inominada em 28.9.88, perante a Justiça Federal, e obteve liminar determinando sua reintegração provisória.

Na vigência da nova Constituição, em 18 de novembro de 1988, ingressou na Justiça Trabalhista com reclamação contra o SERPRO, pretendendo a manutenção do vínculo empregatício.

Em resumo pretende, simultaneamente, manter dois contratos de trabalho com empregadores diferentes.

Na segunda reclamação, o titular da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento se julgou incompetente porque recebida e deferida a cautelar na Justiça Federal, a competência para a reclamatória permaneceu com aquele juízo por força do disposto no artigo 27, § 10, do ADCT, e também porque conheceu da reclamação anterior, distribuída em 1986, baseada na mesma relação empregatícia.

Remetidos os autos à Justiça Federal, o juiz da 7ª Vara afirmou:

“...a partir da promulgação da Constituição Federal, a Justiça do Trabalho é competente para julgar as causas de natureza trabalhista, inclusive aquelas precedidas de medida cautelar proposta perante o juízo que, à época, era o competente.

Conclui-se que, sendo cristalina a norma constitucional quanto à competência em matéria trabalhista, não há que discutir-se sobre tal, em se tratando de processo acessório (cautelar). Partindo-se da premissa que o acessório segue o principal, resta a certeza não ser este o juízo competente para apreciar e julgar ambos os feitos.”

E assim decidindo, devolveu a reclamação, a ação cautelar anteriormente proposta e o agravo de instrumento, suscitando conflito negativo.”

Opinou, enfim, o Ministério Público, louvando-se em precedente desta Segunda Seção, CC 280-RS, pelo conhecimento do conflito e competência da justiça especial trabalhista.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Ao suscitar o presente conflito negativo de competência, a ilustre Juíza Federal

da 7ª Vara do Rio Grande do Sul justificou a recusa da reclamação trabalhista proposta perante a 5ª Junta de Conciliação e Julgamento (fls. 8):

“Conclui-se que, sendo cristalina a norma constitucional quanto à competência em matéria trabalhista, não há que discutir-se sobre tal, em se tratando de processo acessório (cautelar).

Partindo-se da premissa que o acessório segue o principal, resta a certeza não ser este o Juízo competente para apreciar e julgar ambos os feitos.”

2. O judicioso parecer ministerial, reportando-se ao que foi decidido por esta Segunda Seção no CC 280-RS, do qual foi Relator, em 30.08.89, o eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, opina finalmente pela competência da Justiça do Trabalho.

No mesmo sentido, aliás, são também nossas decisões, assim ementadas:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA CONTRA O IAPAS.

Cautelar ajuizada, anteriormente à vigente Constituição, perante a Justiça Federal. Ação principal ajuizada já após a promulgação da Carta Magna.

A cautelar não previne a competência quando, por força de modificação legislativa, o juiz que dela conheceu não mais é competente, *ratione materiae*, para a ação principal. Competência absoluta. Prevalência da norma do art. 87 sobre a norma do art. 800 do CPC. Precedente desta Câmara no CC nº 280-RS.

Conflito julgado procedente, declarando-se competente a Junta de Conciliação e Julgamento.” CC 716-RS; Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, DJU 16.04.90.

“COMPETÊNCIA. AÇÃO CAUTELAR DE ÍNDOLE TRABALHISTA PROPOSTA ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CARTA POLÍTICA DE 1988.

Nos termos do art. 27, § 10, do ADCT, reconhece-se a competência residual da Justiça Federal.

Conflito conhecido, declarado competente o MM. Juiz Federal suscitado.” CC 1.080-MS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, DJU 10.12.90.

“PROCESSUAL CIVIL — CONFLITO DE COMPETÊNCIA — INQUÉRITO JUDICIAL — RESCISÃO DE

CONTRATO DE TRABALHO — FALTA GRAVE — RECLAMAÇÃO TRABALHISTA CAUTELAR.

I — Inquérito Judicial e Reclamação Trabalhista Cautelar calcados num mesmo fato — falta grave — reivindicando-se direitos tanto para rescisão do contrato, quanto para mantê-lo. Sua reunião se torna necessária ensejando um único julgamento, para evitar decisões contraditórias e cumprir o comando do § 10, do art. 27, do ADCT, que reservou, residualmente, competência à Justiça Federal para dirimir os litígios de relação de trabalho, nela propostos antes da edição da Carta Magna de 1988.

II — Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo Federal, suscitante.” CC 1.652-DF, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, DJU 24.06.91.

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo trabalhista.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 1.309 — RS — (90.0006213-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Autora: Zélia Auxiliadora da Silva Crisóstomo. Adva.: Sandra Albuquerque. Réus: Serviço Federal de Processamento de Dados — SERPRO e outro. Suscte.: Juízo Federal da 7ª Vara-RS. Suscdo.: Quinta Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre-RS.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre-RS, o suscitado (2ª Seção — 26.02.92).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Athos Carneiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.968 — ES
(Registro nº 91.0006349-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*

Autora: *Celeste Maria Pinto Teixeira*

Réu: *Banco do Estado do Rio de Janeiro — BANERJ*

Litisc.: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Suscitante: *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*

Suscitado: *Tribunal de Justiça do Espírito Santo*

Advogados: *Drs. Emanoel Antônio Santos Câmara e outros; Gilberto Martins Filho e outros, e Ignez Miranda Ferreira e outros*

EMENTA: COMPETÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA. INGRESSO NO FEITO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL POR MOTIVO SUPERVENIENTE.

Comparecendo à lide como litisconsorte necessária a empresa pública federal, competente para apreciar a ação rescisória, intentada com o objetivo de desconstituir julgado de Corte Estadual, é o Tribunal Regional Federal e não o prolator do acórdão rescindendo. Precedentes do STF.

Conflito conhecido, declarado competente o suscitante.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de novembro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Celeste Maria Pinto Teixeira propôs ação rescisória contra o Banco do Estado do Rio de Janeiro — BANERJ, visando à desconstituição de Acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, confirmatório de sentença que julgara improcedente os seus embargos à execução por título extrajudicial.

Citada a Caixa Econômica Federal como litisconsorte necessária, eis que arrematara o imóvel penhorado, ingressou ela no feito, propugnando pela competência da Justiça Federal. As Câmaras Cíveis Reunidas da Corte Estadual, por maioria de votos, houveram por bem acolher a argüição de incompetência, determinando a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em Acórdão que porta a seguinte ementa:

“AÇÃO RESCISÓRIA. INTERVENÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL A QUEM FOI ADJUDICADO O IMÓVEL. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.

Tendo a Caixa Econômica Federal do Estado do Espírito Santo foro privilegiado, na forma do § 1º do artigo 125 da anterior Carta Federal, e hoje no nº 1 do artigo 109 da vigente Constituição Federal, em razão de sua condição de autarquia federal, é de se dar pela incompetência desta Corte, declinando para o Egrégio Tribunal Regional Federal.” (fls. 89).

O Tribunal Regional Federal, de seu turno, também por maioria, deliberou suscitar o conflito negativo de competência perante o Superior Tribunal de Justiça pelos seguintes motivos expostos no voto condutor do Acórdão:

“Como o imóvel penhorado estava hipotecado à CEF, foi alienado e arrematado pelo credor hipotecário, que foi notificado (fls. 30 verso), como determinam os artigos 615, inciso II, e 619 do CPC, e 826 do Código Civil.

A jurisprudência é clara no sentido de que se o credor hipotecário foi notificado dos termos da execução e deixou o processo correr, sem manifestar o seu interesse, opera-se a extinção da hipoteca (RTJ 97/817, 99/901, JTA 104/235).

A credora hipotecária poderia, inclusive, ter-se insurgido contra a penhora, através de embargos de terceiro.

Verifica-se, portanto, que a interveniência da CEF nos autos da execução, em tese, poderia ter-se operado naquela ocasião.

A questão, portanto, de competência desta Corte, como decidido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, deve ser apreciada sob outro prisma, ou seja, talvez rescindindo o seu acórdão por entender, então, que a competência para processar e julgar a execução se teria deslocado para a Justiça Federal naquela época e, em conseqüência, nulos seriam os atos decisórios, por se tratar de incompetência absoluta (CPC, art. 113, § 2º).

Somente o Tribunal que proferiu o Acórdão rescindendo poderá se manifestar a respeito.” (fls. 102/103).

A Subprocuradoria-Geral da República é pela competência do suscitante, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Em princípio, a competência para processar e julgar a ação rescisória é do Tribunal que proferiu a decisão rescindenda. Essa regra, porém, cede diante do comparecimento à lide, na qualidade de litisconsorte necessária, por motivo superveniente, da Caixa Econômica Federal, uma empresa pública federal.

Como deixou observado a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, “este princípio, todavia, cede ante outro maior, que preside o julgamento das causas em que o Poder Central ingresse como autor, réu, assistente ou oponente”. (fls. 121).

A Suprema Corte, em precedentes evocados pelo parecer citado, da lavra da Dra. Yedda de Lourdes Pereira, ilustre Subprocuradora-Geral da República, conquanto que à luz da Constituição pretérita, reconheceu em todos eles a competência para apreciar a ação rescisória, em situações similares, do Tribunal Federal.

No Conflito de Jurisdição nº 6.282-BA, o Relator designado, Min. Rafael Mayer, teve ocasião de assinalar que:

“... ordinariamente, a ação rescisória não envolve apenas a desconstituição do julgado, o *judicium rescindens*, mas o *judicium rescisorium*, o novo julgamento da causa, o que confirma a razão da competência federal para o julgamento, quando a União nela intervenha, nas posições previstas no texto constitucional.” (RTJ nº 99, pág. 67).

Do mesmo sentir revestiu-se o voto prolatado pelo Ministro Moreira Alves naquele julgamento, *in verbis*:

“O Tribunal que prolatou a decisão rescindenda perdeu a jurisdição por força do preceito constitucional, não se podendo, portanto, aplicar a norma legal de competência processual que não atribui, evidentemente, jurisdição a quem não a possui. Ademais, a rescisória não visa apenas a rescindir a decisão que se pretende nula, mas também a obter novo julgamento da causa. E como é

que o Tribunal, que perdeu a jurisdição, iria, se rescindida a decisão anterior, julgar novamente a causa?" (in RTJ vol. 99, pág. 68).

A mencionada orientação, que prevalecera, outrossim, no CJ nº 6.278-GO, Rel. o Min. Décio Miranda (RTJ 96/999), foi reiterada mais recentemente pelo Sumo Pretório, em julgado de que foi Relator o Min. Sydney Sanches. S. Exa. procedeu à interpretação sistemática dos arts. 122, incisos I, *a*, e III, e 125, I, da Constituição Federal de 1967, com a redação da Emenda nº 1/69.

Do voto do eminente Relator transcrevo este significativo excerto:

“13. Não tendo tido conhecimento da sentença, a tempo, pretendeu a União Federal se socorrer da ação rescisória.

Como goza de jurisdição privilegiada, deveria propô-la perante o Tribunal Federal de Recursos.

Não o fez, é verdade, concorrendo para que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal a julgasse.

Mas nem por isso, com tal equívoco, alterou as regras constitucionais de jurisdição, que atribuem aos Juízes Federais de 1ª instância o julgamento das causas de interesse da União (art. 125, I), ao Tribunal Federal de Recursos o julgamento dos recursos interpostos contra as sentenças proferidas nessas causas (art. 122, I) e das ações rescisórias de seus acórdãos (art. 122, I, *a*).

E, por via de conseqüência lógico-jurídica, em razão do sistema todo, ainda que sem norma expressa, mas naturalmente implícita, só lhe pode atribuir também a jurisdição e competência para julgar ação rescisória, quando propostas pela União, mesmo quando o julgado rescindendo haja sido proferido por Tribunal Estadual ou do Distrito Federal.

Aliás, só a Justiça Federal pode dizer se a União tem, ou não, legitimidade ativa para a ação rescisória. Só a Justiça Federal pode dizer se a União foi, ou não, prejudicada em seus direitos e interesses legítimos, com o julgado rescindendo, ainda que proferido por órgão judiciário estadual ou do Distrito Federal.

Só a Justiça Federal pode dizer, em ação proposta pela União, se esta deveria, ou não, ter sido convocada para os termos de outro processo, que teve curso na Justiça Estadual ou do Distrito Federal.

14. Aliás, também no caso dos autos, a União não se limita a pedir a rescisão do julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal *judicium rescindens*, mas, pretende também o

novo julgamento *judicium rescisorium* da causa entre o Clube Sírio-Libanês de Brasília e a Companhia Imobiliária de Brasília — TERRACAP, com sua integração na lide (v. fl. 14).” in RTJ vol. 121, págs. 697-698).

Na vigente ordem constitucional, a situação não se alterou substancialmente, pois, na conformidade com o estatuído no art. 109, I, aos Juízes Federais compete o julgamento das demandas em que for interessada a empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente. E, aos Tribunais Regionais Federais, processar e julgar originariamente “as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos Juízes Federais da região (art. 108, I, letra b); em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição” (art. 108, inciso II, também da Lei Maior).

A interpretação conjugada e sistêmica de tais preceitos induz sem sombra de dúvida a competência do Tribunal Regional Federal para julgar a ação rescisória em que, por razões supervenientes, passe a figurar como parte uma empresa pública federal.

Ante o exposto, e nos termos do parecer do Ministério Público Federal, conheço do conflito e declaro competente o suscitante, ou seja, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

É como voto.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: O Sr. Relator descreveu o caso desta forma, leio: (lê). S. Exa conhece e declara competente o suscitante, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Pedi vista, preocupado com a orientação desta 2ª Seção segundo a qual, num dos seus precedentes por mim relatado: “Ação de usucapião intentada perante juiz estadual. Intervenção da União, requerendo o deslocamento do processo para juiz federal. Pedido indeferido. Agravo de instrumento. Competência. Juiz estadual, no exercício de competência própria, não tem os seus atos sujeitos à jurisdição de Tribunal Regional Federal. Teve-os, no passado, em relação ao Tribunal Federal de Recursos, mas em decorrência da dupla natureza do Tribunal extinto. Conflito conhecido e declarado competente, para processar e julgar o agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, suscitante” (CC 1.357). Pelo visto, asseríamos a competência estadual.

Diferente quero crer o caso presente, tendo ocorrido a participação do ente público somente na ação rescisória. Concluiu o Sr. Relator: “A interpretação conjugada e sistêmica de tais preceitos induz sem sombra de dúvida a competência do Tribunal Regional Federal para julgar a ação rescisória em que, por razões supervenientes, passe a figurar como parte uma empresa pública federal”. Leia-se o que disse, no Tribunal Regional Federal, a Dra. Juíza:

“A questão se originou de execução por título extrajudicial proposta pelo BANERJ para cobrança de dívida consubstanciada na nota promissória de fls. 12, vencida em 25/05/82, perante a 3ª Vara Cível de Vitória — ES, em 27/05/83 (fls. 10/11).

Foi penhorado, em conseqüência, o imóvel pertencente à executada e seu marido, hipotecado à Caixa Econômica Federal, em garantia de empréstimo para sua aquisição (fls. 15/17).

O casal era casado pelo regime de comunhão de bens (fls. 18), sendo que estavam separados, por medida de separação de corpos, desde 1978, tendo o cônjuge mulher permanecido no imóvel penhorado (fls. 09).

Da penhora foi intimada a ora autora, deixando de ser intimado o marido por se encontrar em lugar incerto e não sabido.

Ofereceu, então, embargos à execução, ao fundamento de que não teria instrumentalizado, formalmente, a procuração, inserida no texto contratual de abertura de crédito. Os embargos foram julgados improcedentes, decisão mantida pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Esse acórdão transitou em julgado em 26/11/84 e a presente ação foi proposta em 12/11/86, visando rescindi-lo.

Prosseguindo a execução, o imóvel foi levado a leilão e arrematado pela Caixa Econômica Federal, credora hipotecária, em 16/12/85 (fls. 31).

A ação foi distribuída ao Tribunal de Justiça daquele Estado. Preparados, os autos foram conclusos ao relator, que determinou que a autora emendasse a inicial, a fim de que fosse citada a Caixa Econômica Federal, como litisconsorte necessário superveniente.

A CEF argüiu o seu privilégio de foro, requerendo que os autos fossem remetidos à Justiça Federal.

Aquela Egrégia Corte, por maioria, decidiu que a competência seria do Tribunal Regional Federal.

O próprio Relator sustentou que para o julgamento da ação rescisória prevalece a regra geral de que a cada Tribunal compete processar e julgar a ação rescisória de seus acórdãos.

Tendo, entretanto, a arrematante, empresa pública federal, vindo a integrar a lide, no pólo passivo, entendeu que a competência seria desta Corte, voto que prevaleceu, contra o voto de dois desembargadores, que sustentaram a competência daquele Tribunal de Justiça.”

Em casos desse porte, já que, neles, é normal a cumulação dos dois juízos, próprios da rescisória, quero crer, também, competir ao órgão jurisdicional federal o processo e julgamento da ação. Por isso, conheço do conflito e declaro competente o suscitante.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 1.968 — ES — (91.0006349-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Autor: Celeste Maria Pinto Teixeira. Réu: Banco do Estado do Rio de Janeiro — BANERJ. Litis.: Caixa Econômica Federal — CEF. Suscte.: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Suscdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Advs.: Emanuel Antônio Santos Câmara e outros, Gilberto Martins Filho e outros, e Ignez Miranda Ferreira e outros.

Decisão: Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, a Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região (2ª Seção — 27.11.91).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Athos Carneiro, por estar ausente na primeira assentada.

Na ausência justificada do Sr. Ministro Bueno de Souza, assumiu a Presidência o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2.405 — SP (Registro nº 91.0020466-8)

Relator: *O Senhor Ministro Costa Leite*

Autora: *Justiça Pública*

Suscitante: *Juízo Auditor da 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição
Judiciária Militar*

Suscitado: *Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Santos-SP*
Réus: *Carlos Pereira da Silva e Luiz Carlos Cardoso*

EMENTA: COMPETÊNCIA. FALSIFICAÇÃO. DOCUMENTO DE IDENTIDADE MILITAR.

Se o falso concerne à atribuição da condição de militar no meio civil, sem repercussão no patrimônio ou na administração militar, não se caracteriza o crime militar.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal de Santos-SP, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de conflito negativo de competência entre o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santos/SP e o MM. Juízo Auditor da 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar, que se estabeleceu em torno do processo e julgamento de crime de falsificação de documento público, suscitado pelo último, sob os seguintes fundamentos:

“Pela cota de fl. 84, reconhece o órgão ministerial do Estado de São Paulo a existência, em tese, do delito-tipo de falsidade documental, sendo que considerou esta Justiça Militar Federal como competente para apreciação da espécie.

Conclusos a S. Exa. o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santos, pelo despacho de fl. 85, o nobre Juiz houve por bem encaminhar os autos a esta Justiça Militar, por considerá-la competente para deliberar sobre a matéria.

Eis, em apertada síntese, o RELATÓRIO. DECIDO:

A circunstância do documento não ser usado no âmbito militar, mas sim no meio civil, evidencia a inocorrência de lesão à administração militar ou turbação à regularidade de seus misteres.

Neste passo, copiosa e torrencial é a jurisprudência dos Tribunais Superiores, isto porque dentre os critérios de classificação do crime militar existe o *Ratione Materiae* que leva em consideração, sobretudo, a própria essência do fato. Portanto, é da própria ontologia do crime de falsidade, no CPM, o fato atentar contra a administração ou o serviço militar.

A propósito, o que soa do artigo 311, do CPM, *in fine*:

‘desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar’.

Como se observa, a sobredita figura típica possui elementos normativos relacionados com a própria ilicitude — lesão à administração militar.

Como o fato-delito refoge ao âmbito de apreciação desta Justiça Especializada, falece a este Juízo atribuição para proferir um despacho de arquivamento, o qual deverá ou deveria ser prolatado pelo órgão jurisdicional pertinente.

Aliás, o egrégio STJ, julgando conflito idêntico, entre este Juízo e o Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária, sendo relator o Ministro Edson Vidigal, assim deixou assentado:

‘A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente a Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo’ (3ª Seção, Conflito de Competência 2.044/SP, Reg. nº 91.8571-5, em 06 de junho de 1991).”

O parecer do Ministério Público Federal é pelo não conhecimento do conflito.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Na verdade, o fato não se enquadra na hipótese do art. 9º, III, *a*, do Código Penal Militar, de modo a caracterizar o crime militar, porquanto o falso, *in casu*,

concerne à atribuição da condição de militar no meio civil, não repercutindo no patrimônio ou na administração militar.

A propósito, vem a talho o acórdão desta Seção no CC 1.448/PR, da lavra do eminente Ministro Assis Toledo, assim enunciado:

“COMPETÊNCIA. FALSIFICAÇÃO. DOCUMENTO DE IDENTIDADE MILITAR.

Não constitui crime militar a falsificação de identidade provisória do Exército, utilizada apenas na prática de fraudes sem repercussão no patrimônio ou na administração militar”.

A questão competencial relevante que surge consiste em saber se a espécie situa-se na esfera de influência do art. 109, I, da Constituição Federal. Tal questão, porém, já se encontra pacificada no âmbito desta Seção especializada. Tanto no precedente aludido como no acórdão do CC 2.044/SP, da lavra do eminente Ministro Edson Vidigal, versando hipóteses análogas, declarou-se a competência da Justiça Federal.

Assim sendo, Senhor Presidente, conheço do conflito, para declarar a competência do MM. Juízo Federal em Santos/SP, a quem devem ser remetidos os autos. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 2.405 — SP — (91.0020466-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Autora: Justiça Pública. Réus: Carlos Pereira da Silva e Luiz Carlos Cardoso. Suscte.: Juízo Auditor da 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar. Suscdo.: Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Santos-SP.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo Federal em Santos-SP (3ª Seção — 06.02.92).

Votaram de acordo os Srs. Mins. José Dantas, Pedro Acioli, Flaque Scartezzini, Costa Lima e Carlos Thibau. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Mins. Assis Toledo e Edson Vidigal, e ocasionalmente o Sr. Min. Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

HABEAS CORPUS E RECURSOS

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 537 — SP
(Registro nº 90.0001360-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Ronaldo de Souza*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*

Paciente: *João Gilberto da Silva*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL — *HABEAS CORPUS* — ALEGAÇÕES FINAIS — DEFENSOR NÃO HABILITADO — CERCEAMENTO DE DEFESA — NULIDADE.

A apresentação das alegações finais em processo-crime — ato privativo de advogado —, por defensor não habilitado legalmente, importa nulidade absoluta (art. 76 do Estatuto da OAB), pois configurada a preterição ao direito de defesa.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso, para decretar a nulidade do processo a partir das alegações finais, inclusive, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de abril de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: O policial José Wellington Peixoto da Silva estava à paisana mas tinha um revólver na cintura, visível sob a jaqueta, quando entrou na mercearia de Manoel Gonçalves da Silva para comprar pão.

Demorou-se ainda um pouco por ali, lendo um jornal, quando chegaram João Gilberto da Silva, o ora paciente e o garoto Fabrício Augusto Cabral, este com passagem na FEBEM e na Polícia, o outro de revólver em punho, os dois armados lhe perguntando se era assaltante.

Desarmaram o policial e foram embora, sendo presos dois dias depois numa troca de tiros com a Polícia. Os dois disseram em juízo que pensaram mesmo tratar-se de um assaltante e por isso o imobilizaram, tomando-lhe a arma, um "taurus", calibre 38.

O dono da mercearia, que fica à Rua José Eidy Maluf nº 06, no bairro Cidade Ademar, em São Paulo-Capital, confirmou, também em Juízo, que José Wellington Peixoto da Silva adentrou para comprar pão; que enquanto se encontrava ali surgiram o ora paciente e o garoto, que estavam armados e se dirigiram a José Wellington perguntando se ele ia roubar a mercearia e fizeram essa pergunta mais de uma vez e finalmente acabaram lhe subtraindo a arma. Diz que não viu se ele sofreu alguma violência física porque abaixou a cabeça e não viu mais nada; que conhecia os três, tanto José Wellington quanto João Gilberto e Fabrício e que nunca soube de nada contra eles.

O policial conta mais, inclusive que recebeu de João Gilberto uma coronhada na cabeça, na manhã de 15 de fevereiro de 1984 quando, por volta das 8:00 h, foi desarmado dentro da mercearia. Lembra que os dois estavam armados de revólver e que diante da grave ameaça não teve outra alternativa.

João Gilberto da Silva, natural de Diadema, São Paulo, preto, 21 anos, solteiro, fixador de cartazes da empresa Espaço Propaganda, foi enquadrado no Código Penal, art. 157, § 2º, incisos I e II, e condenado a 05 (cinco) anos de reclusão e multa de Cr\$ 8.000,00 (oito mil cruzeiros).

Neste recurso ele alega nulidade do processo porque, na fase das alegações finais, foi defendido por falso advogado. Esse argumento não foi aceito pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que, acolhendo Parecer do Ministério Público Estadual, denegou a ordem.

O Parecer que inspirou o Acórdão aqui atacado sustenta que “o deslinde da questão não pode ser obtido nos estreitos limites impostos ao *writ*, que por não permitir dilação probatória, não permite avaliar corretamente, nem o eventual prejuízo, nem a co-participação do paciente no surgimento da nulidade ora argüida”. (Fls. 23).

“É que foi o paciente — acrescenta — defendido durante toda a instrução por advogada legalmente constituída que, na fase do art. 500, do CPP, renunciou ao mandato recebido (fls. 9). Intimado, o réu outorgou poderes de representação processual para três advogados (fls. 11), sendo certo que, inexplicavelmente, aquele não habilitado é que produziu a peça processual questionada. Prolatada a sentença, em virtude do substabelecimento, outra advogada, Dra. Maria Izilda Pereira, tomou ciência da r. decisão e entendendo não ter havido prejuízo à defesa, deixou-a irrecorrida.” (fls. 23/24).

O paciente, por seu advogado, responde:

“Primeiramente, quanto a uma das questões levantadas no REsp julgado, a respeito de ter o paciente outorgado, *a posteriori*, após a sentença, mandato a uma outra advogada, que deixou a decisão irrecorrida, não ter ele responsabilidade no tocante à eventual inoperância da profissional, ou a respeito de sua deficiência, ou pouco conhecimento para o exercício do *munus*, posto que a constituiu com o intuito de que a mesma vislumbresse a falha, mesmo porque alertada para ela, a exemplo do que acontecera perante o Juízo da 4ª Vara Criminal, no Proc. nº 195/84, onde chegou comunicação feita pelo réu, ora paciente, a respeito da atuação indevida do falso advogado, Antonio Paulino de Andrade, junto à Corregedoria da Polícia Judiciária, datada de 12 de novembro de 1985 (fls. 70/71, do apenso, juntado por linha).

“Ora — continua o recurso — esta comunicação põe por terra a alegação de que tenha o paciente contribuído de qualquer forma para o vício, posto que, logo que soube da falsidade do exercício profissional de Antonio Paulino Andrade, comunicou às autoridades competentes, para que tomassem providências. E se alguma coisa não foi feita, se houve desídia na defesa dos seus direitos, nenhuma responsabilidade lhe cabe. Cumpriu com o seu dever, mas no entanto as autoridades e entidades incumbidas de coibir a falha, nada fizeram e, assim, contribuíram, para que o vício fosse encoberto, permanecendo até hoje, e agora querem jo-

gar sobre o paciente a responsabilidade pelo vício, pela falha processual, pela desídia de quem deveria fiscalizar o regular exercício da profissão. Ninguém solicitou, ao longo do tempo, ao falso advogado, comprovasse ele a sua capacidade profissional. Retirou ele, sem ser contestado, processos de cartórios, fez o que bem quis, na sua ousadia produziu defesa aquém das expectativas do paciente”. (Fls. 34/35).

Opinando em face deste recurso, o Ministério Público Estadual, em Parecer lavrado pelo Procurador de Justiça, Optaciano Capistrano da Silva, conclui afirmando que “o alegado prejuízo (ausência de defesa técnica) precisa ser demonstrado, mesmo porque, a decisão do processo decorreu das provas colhidas na fase da instrução, quando o paciente se encontrava assistido por defensora devidamente habilitada, sendo pouco (ou de nenhuma repercussão) para o desfecho da ação as alegações finais lançadas”.

“Face a isso — ajunta — somente numa dilação probatória, incabível em sede de *habeas corpus*, se poderia concluir sobre a existência ou não da alegada nulidade (pelo eventual prejuízo havido), desde que o paciente, ao outorgar o instrumento do mandato, ignorasse realmente não ser um dos defensores eleitos advogado regularmente inscrito na OAB” (fls. 43).

Conclui pelo “não acolhimento da súplica”.

Por sua vez, o Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República, José Taumaturgo da Rocha, opina pelo provimento, anulando-se o feito desde as alegações finais.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): As alegações finais em favor do ora paciente foram, de fato, apresentadas por quem não tinha habilitação legal para fazê-lo.

O número 55.694 que Antônio Paulino de Andrade indicou como sendo o de sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado de São Paulo, pertenceu, na verdade, a Eliana Passarelli Lepora, entre 27.12.79 e 30.12.86, quando ela pediu cancelamento por ter assumido cargo de Promotora Pública.

As alegações finais foram datilografadas em papel timbrado de uma empresa denominada “KCP — Escritório de Prestação de Serviços Ltda. Advocacia — Contabilidade — Despachante”, com endereço à Avenida Cupecê nº 1.500, no bairro de Jardim Prudência, São Paulo, Capital.

Certidão expedida pela OAB-SP garante que Antônio Paulino de Andrade apenas integra o quadro de estagiários, desde 25 de maio de 1988, devendo assim continuar até o dia 30 de dezembro de 1990. Ou seja, quando apresentou, em 06 de março de 1985, ao MM. Dr. Juiz da 10ª Vara Criminal da Capital as alegações finais em favor do ora Paciente, nem estagiário era.

É nisso que se baseia o recurso pretendendo a anulação do processo, a partir das alegações finais. “Se quem exerceu a defesa — anota o recorrente — foi falso, não possuía a habilitação legal para tanto, evidente que não poderia, nem pode, produzir uma defesa técnica adequada e competente, nos limites mínimos exigidos, mesmo porque não tinha preparo suficiente para isso. Equivale a dizer que, não possuindo o advogado habilitação, não teve o paciente defesa alguma, contrariando-se o princípio constitucional da ampla defesa, assim como aquele de que é o advogado elemento essencial para a distribuição de justiça”. (Fls. 35).”

Por sua vez, o Ministério Público estadual alinha que “dois pilares mestres sustentam a teoria das nulidades processuais: a comprovação do prejuízo (art. 563, do CPP) e que a própria parte não tenha dado causa à alegada nulidade (art. 565, do CPP), posto que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”. (Fls. 42). E mais adiante observa que “o paciente foi defendido durante toda a instrução por advogada regularmente constituída que, na fase do art. 500, do CP Penal, renunciou ao mandato recebido, fls. 9. Intimado, o réu outorgou poderes de representação processual para três advogados, fls. 11, sendo certo que, inexplicavelmente, aquele não habilitado produziu a peça processual que ora se afronta. Prolatada a decisão, em virtude de substabelecimento havido, outra advogada tomou ciência da r. sentença, quedando-se inerte”. (Fls. 42/43).

O Parecer entende ainda que as alegações finais lançadas por quem não tinha habilitação legal é de pouca ou nenhuma repercussão para o desfecho da ação, uma vez que até aquele momento processual o ora paciente vinha sendo assistido por defensora devidamente habilitada. Deste entendimento, contudo, não compartilha o Ministério Público Federal que, lembra, a propósito, decisão do Supremo Tribunal Federal no RHC 50.703, Relator o Ministro Antônio Neder, *in verbis*:

“Na verdade, é de considerar inexistente a “defesa” feita pelo falso advogado, tanto mais justa esta conclusão quando é certo não conter o processo a prova de que o recorrente soubesse que o defensor por ele constituído não se achava habilitado a defendê-lo”. (*in RTJ 64/634*).

Reconhecendo que as circunstâncias particulares divergem, ressalta, no entanto, que em linhas gerais há uma evidente identidade. “Aqui, — registra o Subprocurador-Geral da República, José Taumaturgo da Rocha — a figura do falso advogado somente aparece por ocasião das alegações finais, enquanto ali, desde a defesa preliminar”. E adiante: “O prejuízo, no entanto, se manifesta evidente, posto que inexistente o ato, inexistente a defesa. Depois, não se diz tenha o prejudicado dado causa à inexistência. Nem mesmo por haver outorgado procuração a vários advogados de um escritório, onde se albergava o falso profissional”.

“Ademais, como do texto constitucional, a amplitude de defesa é um princípio do sistema. Ou seja: a defesa carece de ser a mais ampla possível. Possibilidade que não renega a exigência da participação efetiva (entenda-se eficaz) da parte nos atos do processo. Eficácia que se conjuga com outro princípio constitucional, a indispensabilidade da advocacia na administração da justiça”. (Fls. 47).

Assim, examinadas estas duas respeitáveis posições, uma do Ministério Público Estadual e a outra, divergente, do Ministério Público Federal, tenho também como ferido, neste caso, o direito do ora paciente à ampla defesa, prejudicado, conforme já demonstrado por atuação, nos autos, de quem não tinha habilitação legal para fazê-lo.

Oportuno registrar, ainda a propósito, os seguintes precedentes:

01. HC nº 61.889-RJ, STF, 1ª Turma, DJ de 16.11.84, pág. 19.292, Rel. Min. Rafael Mayer.

Ementa: “Processual Penal. Defensor dativo. Estagiário. Ausência de defesa prévia e alegações finais. Cerceamento de defesa. Nulidade.

Réu que teve a defesa técnica entregue a acadêmica que não ofereceu defesa prévia e produziu alegações finais inócuas. Cerceamento de defesa configurado.

A elaboração e subscrição por estagiário, das alegações finais no processo-crime — ato privativo de advogado — acarreta nulidade absoluta (art. 76 do Estatuto da OAB).

Concessão da ordem para anular o processo a partir da fase do art. 499 do CPP, dando-se ao paciente defesa adequada e repetindo-se os atos subseqüentes, mantida a situação prisional do acusado.

Extensão da ordem a co-réu.

Writ deferido”.

02. ACr nº 6.155-CE, TFR, 3ª Turma, DJ de 13.06.85, pág. 06, Rel. Min. Carlos Madeira.

Ementa: “Criminal. Preterição ao direito de defesa. Alegações finais. Sendo essencial à defesa, a apresentação de alegações finais (art. 500 do Código de Processo Penal), e não o fazendo o advogado constituído, deve o juiz nomear defensor para apresentá-las, pois sua falta importa nulidade da sentença”.

03. HC nº 53.890-DF, STF, 2ª Turma, RTJ 82/352, Relator Min. Thompson Flores.

Ementa: *Habeas Corpus*. Processo Penal. Defensor. Estagiário. Nulidade.

II. A ele não pode ser cometida a defesa do réu, se desacompanhado de profissional habilitado. Nulidade do processo em que funcionou irregularmente, praticando atos da competência privativa de advogado (art. 71, § 3º, da Lei nº 4.215/1963).

III. *Writ* deferido”.

04. HC nº 61.889 — RJ, STF, 1ª Turma, RTJ 111/1041, Rel. Min. Rafael Mayer.

Ementa: “Processo-crime. Estagiário. Alegações finais. Nulidade. Arts. 71, § 3º, 72 e 76, da Lei nº 4.215/63.

Constituindo ato privativo do advogado, nos termos do art. 71, § 3º, da Lei nº 4.215/63, elaboração e subscrição das alegações finais, em processo-crime, somente por estagiário, acarreta nulidade absoluta, expressamente prevista no art. 76 do Estatuto da OAB.

— *Habeas Corpus* deferido”.

Entendendo que a questão está bem examinada à luz dos doutos pronunciamentos do Ministério Público, tanto o federal quanto o estadual, recuso, contudo, os fundamentos do Acórdão e, acolhendo os supri-mentos dos precedentes aqui mencionados, dou provimento ao recurso, decretando a anulação do processo, a partir das alegações finais.

É o voto.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Os precedentes mencionados pelo eminente Ministro-Relator estão corretos quando se referem a defensor dativo. O juiz nomeia estagiário para officiar como defensor dativo. Isso implica em responsabilidade pela má escolha.

No caso dos autos, entretanto, há informação de que o réu teve defensor constituído, legítimo, durante toda a instrução do processo. No momento das alegações finais, tendo renunciado esse defensor, o réu tomou a iniciativa de constituir outros, em número de três, se não me engano, dentre os quais o que subscreveu as alegações finais. Não há, portanto, réu indefeso do processo. O que se cuida aqui é de um ato processual mal praticado por opção do próprio réu.

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Aparte): V. Exa. me permite um aparte? Cito um caso que não está no meu voto, contrariamente ao argumento respeitável de V. Exa., e também outra decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso em *Habeas Corpus* nº 50.702-SP: (lê)

“Falso Advogado constituído para defensor do réu, que ignorava não ser ele formado em Direito. Comprometida a defesa. Anula-se o Processo”.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Muito obrigado pelo esclarecimento. Nesses precedentes, dizia eu, em determinados casos, tratava-se de defensor dativo. No caso que acaba de mencionar o Ministro-Relator, trata-se de um falso Advogado constituído para a defesa no processo, sem outro Advogado. Nessa hipótese, poder-se-ia chegar à conclusão de comprometimento da defesa do réu.

Todavia, no caso que estamos examinando, nesta sessão de julgamento, o réu, repito, teve defensor legítimo e constituído durante todo o processo. O problema surgiu apenas nas alegações finais e foi provocado pelo réu.

Nesta hipótese, não em outras, aplico estritamente o art. 565 do Código de Processo Penal, segundo o qual ninguém pode alegar nulidade a que haja dado causa.

Nego provimento ao recurso, *data venia*.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 537 — SP — (90.0001360-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Ronaldo de Souza. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Paciente: João Gilberto da Silva.

Decisão: A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, para decretar a nulidade do processo a partir das alegações finais, inclusive (em 18.04.1990 — 5ª Turma).

Votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator, os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezini e Costa Lima. Votou vencido o Sr. Min. Assis Toledo.

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



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 545 — RO
(Registro nº 90.1586-3)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Fernando Toffoli de Oliveira*

Recorrido: *Tribunal de Justiça de Rondônia*

Paciente: *Reginaldo Ricardo Dacin (réu preso)*

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. Tóxicos. Cocaína. Éter e acetona. Produtos considerados “matéria-prima” apta para a preparação de substância entorpecente ou causadora de dependência. Configuração do delito do art. 12, § 1º, I, da Lei 6.368/76, quando tais produtos são comercializados em circunstâncias que tornem evidente a destinação criminosa.

Precedentes jurisprudenciais.

Sentença. Motivação concisa mas suficiente.

Exigência de recolhimento à prisão, para apelar (art. 35 da Lei de Tóxicos). Vigência. Não há incompatibilidade entre essa exigência e a norma constitucional do inciso LVII do artigo 5º. A prisão, no caso, decorre de ordem judicial (art. 393, I, do CPP) sob o pálio do art. 5º, LXI, da Constituição, que precinde da prova de culpa, em matéria de prisão processual, provisória, bastando prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria. E nada impede que o legislador afaste o benefício de apelar em liberdade, ante a presunção de periculosidade que pesa sobre o traficante.

Recurso de *habeas corpus* a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de março de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Em favor de Reginaldo Ricardo Darin, condenado por sonegação fiscal (art. 1º, I, da Lei 4.729/65) e tráfico de drogas (art. 12, § 1º, I, da Lei nº 6.368/76) sem direito a apelar em liberdade, impetrou-se ordem de *habeas corpus*, sob os seguintes fundamentos, em resumo:

a) éter e acetona não são matérias-primas para fabricação de cloridrato de cocaína, razão pela qual a conduta do paciente, ao vender tais produtos, não constitui ação típica, faltando pois justa causa para o processo;

b) a sentença é omissa na individualização da pena, não tendo respeitado o critério trifásico, pelo que padece de nulidade; além disso, apresenta contradição por ter afastado a associação do art. 14 ao tempo em que duplicava o mínimo legal da pena pelo argumento da formação de quadrilha;

c) a sentença não refutou motivadamente as alegações da defesa, além disso não está devidamente motivada por revelar-se “subjéctiva e dissociada de provas”, cuja análise não procedeu;

d) não houve exame de corpo de delito, por falta de perícia contábil;

e) não poderia ter sido negado ao paciente o direito de apelar em liberdade já que a vedação do art. 35 da Lei de Tóxicos tornou-se inócua com o advento da Lei 6.416/77 e o preceito do inciso LVII, art. 5º, da Constituição.

A Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, pelo voto do Des. Dimas Fonseca, denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

“EMENTA — *HABEAS CORPUS* — FALTA DE JUSTA CAUSA INDEMONSTRADA — COMÉRCIO DE MATÉRIA-PRIMA DESTINADA AO FABRICO DE ENTORPECENTE — INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA — OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS — MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA — FALTA DE PERÍCIA CONTÁBIL — MATÉRIA DE PROVA — PRETENSÃO DO APELO SEM RECOLHIMENTO DO PACIENTE À PRISÃO.

O éter e a acetona constituem substâncias que servem para o refino de cocaína, razão porque o seu comércio fora dos casos permitidos em lei configura o crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76.

Na individualização da pena a Juíza sentenciante observou as diretivas do art. 59 do CP, justificando, razoavelmente, a sua imposição.

A periculosidade do agente condenado pelo crime de tráfico de entorpecentes é presumida, impedindo-o de apelar em liberdade, na conformidade do art. 35 da Lei de Tóxicos.

O exame analítico da prova refoge ao âmbito estreito do *WRIT*.

Ordem conhecida e denegada.

Decisão unânime.” (Fls. 279).

Inconformado, recorreu o impetrante reiterando as alegações da inicial, a seu ver não refutadas, ou não afastadas, pelo Tribunal.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Vicente de Paulo Saraiva, opina pelo improvimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A questão de saber se o éter e a acetona podem ser considerados **matéria-prima** “destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” (art. 12, § 1º, I, da Lei 6.368/76) tem sido resolvida positivamente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo extinto Tribunal Federal de Recursos.

Assim se decidiu, no RECr 108.726, Rel. Min. Oscar Corrêa, com esta ementa:

“Entorpecentes. Cocaína. Matéria-prima. Artigo 12, § 1º, I, da Lei nº 6.368/76 — Éter sulfúrico e acetona, substâncias que, reconhecidamente, servem para o refino da cocaína.

A expressão “matéria-prima”, constante do inciso I do § 1º do art. 12 da Lei nº 6.368/76, compreende não só as substâncias destinadas exclusivamente à preparação da droga, como as que, eventualmente, se prestem a essa finalidade.

Recurso extraordinário conhecido, mas improvido.”

No mesmo sentido o RHC 64.340, Rel. Min. Sydney Sanches (RTJ 119/173) e a Apelação Criminal 7.129, do extinto TFR, Rel. o então Min. Edson Vidigal, hoje integrando esta Corte.

No caso dos autos, o paciente foi condenado por ter fornecido 10 tambores de éter e 06 tambores de acetona, com capacidade de 200 litros cada, em circunstâncias que tornaram evidente a sua destinação criminosa (transporte camuflado e por traficantes já condenados, etc.).

Correto, pois, o acórdão recorrido ao rejeitar tal alegação.

A sentença, embora não seja um primor de técnica, contém motivação. Foi um tanto simplista na dosimetria da pena, mas o acórdão justifica essa opção pela ausência de agravantes, atenuantes e causas de aumento ou de diminuição. Poder-se-ia, então, contra-argumentar com a injustificada exacerbação. Isso, porém, conduziria à necessidade de reexame dos elementos que influíram na opção do Juiz, o que só poderia ser feito no âmbito do recurso de apelação ou da revisão criminal. Nessa via processual poderá o paciente discutir, com maior amplitude, a questão da individualização da pena.

Em matéria de tóxicos não se exige perícia contábil e sim exame de droga. De resto o Juiz justificou a impossibilidade de perícia contábil em tráfico de drogas (fls. 57).

O art. 35 da Lei 6.368/76, que veda a apelação em liberdade aos condenados pelos crimes dos arts. 12 e 13, está em plena vigência, assim como o art. 594 do CPP. (Sobre este último, consulte-se o RHC 270-SP). Tratando-se o mencionado art. 35 de norma especial afasta a incidência da geral, segundo conhecido princípio de hermenêutica. Não há incompatibilidade entre aquele preceito e a Constituição. A prisão, no caso, decorre de ordem judicial (art. 393, I, do CPP), sob o pálio do art. 5º, LXI, da Constituição. E nada obsta que o legislador, nessa hipótese, considerando a presunção de periculosidade que pesa sobre o traficante, exclua o benefício de apelar em liberdade ao réu condenado, sem que isso implique, ainda, em juízo prematuro e definitivo de culpabilidade (inciso LVII).

Note-se que a prisão processual provisória, expressamente autorizada pelo inciso LXI, prescinde da prova da culpa, bastando para sua efetivação “prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria” (art. 312 do CPP). Daí a legalidade dessa prisão, antes ou no curso do processo.

Ora, seria evidentemente desarrazoado negar-se a existência daqueles dois requisitos na hipótese do réu já condenado em primeira instância.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 545 — RO — (90.1586-3) — Rel.: O Sr. Min. Assis Toledo. Recte.: Fernando Toffoli de Oliveira. Recdo.: Tribunal de Justiça de Rondônia. Pacte.: Reginaldo Ricardo Dacin (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 28.03.90 — 5ª Turma).

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



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 555 — RJ (Registro nº 90.0001889-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Paulo Goldrajch*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*

Paciente: *Inácio Andrade da Cunha*

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR. SOLDADO BOMBEIRO MILITAR. RECURSO IMPROVIDO.

Não cabe *habeas corpus* nos casos de transgressão disciplinar (CF, art. 142, § 2º).

Os integrantes dos Corpos de Bombeiros atuam como força auxiliar e reserva do Exército, aplicando-se-lhes, portanto, as sanções que em resguardo da disciplina militar forem estabelecidas em lei (CF, art. 144, IV, § 6º).

Regulamento Disciplinar do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro foi editado em virtude de lei e consagra a hierarquia e a disciplina como bases institucionais da corporação.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de abril de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Por conta de uma entrevista à imprensa reclamando contra os baixos vencimentos pagos à Corporação, o soldado Inácio Andrade da Cunha, presidente do Centro Social Beneficente dos Cabos e Soldados do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, foi punido com 30 (trinta) dias de prisão.

A pena, aplicada pelo Secretário de Estado da Defesa Civil e Comandante Geral do Corpo de Bombeiros, é justificada no Boletim nº 214, de 14.11.89, que classifica o comportamento do soldado, ora paciente, como atentatório à disciplina bombeiro-militar. Acrescenta que ele foi submetido a Conselho de Disciplina “por envolvimento em fato semelhante, não justificando as alegações apresentadas (nºs 69 e 70 do Anexo I, com as agravantes de nºs 03 e 08 do art. 19 e a atenuante de nº 1 do

art. 18, tudo do RDCBERJ — Regulamento Disciplinar do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro — transgressão grave)”.

A 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recusou-se a conceder ordem “para que seja cancelada a punição de restrição de liberdade, com 30 (trinta) dias de prisão”.

O acórdão atacado neste recurso registra que não cabe *habeas corpus* nos casos de punição disciplinar, embasando esse entendimento em dispositivos constitucionais, da anterior e da atual Carta Magna e ainda do Código de Processo Penal, art. 647.

Reprisando sua argumentação, a defesa do ora paciente sustenta neste recurso que a punição foi baseada em dispositivos das Transgressões Disciplinares revogadas pelas novas Disposições Constitucionais. Caso contrário — comenta — teríamos uma situação curiosa: o regulamento (que as Transgressões Disciplinares são mero regulamento) revogaria a Constituição.

“Parece duro, difícil face à cultura dos Exmos. Srs. Ministros, mas uma afirmação se faz mister: não caberá *habeas corpus* para as transgressões disciplinares quando estas não se chocam com as leis vigentes, e principalmente, como no caso, com a Constituição”. (Fls. 27).

Por sua vez, o Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República, José Taumaturgo da Rocha, assinala que “é por demais frágil essa argumentação em face do que ficou registrado no acórdão recorrido, assim ementado:”

“Habeas Corpus.

Punição disciplinar. Bombeiro-militar. Hierarquia e disciplina. Poder discricionário. Formalidades extrínsecas. Controle judicial. Liberdades de manifestação do pensamento e de associação. Garantias constitucionais. Poder disciplinar preservado. Não conhecimento.

Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

A punição disciplinar por transgressão militar, salvante os pressupostos constitutivos, escapa ao controle judicial.

As liberdades de manifestação do pensamento e de associação, garantias constitucionais, não excluem o poder disciplinar.

A liberdade de expressão do pensamento não é um direito soberano”.

Conclui pelo improvimento.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Impossível atender à pretensão do ilustre recorrente porque a atual Constituição Federal consagrou, em mais de um momento, a impossibilidade de *habeas corpus* nos casos de transgressão disciplinar.

No Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, LXI, lê-se que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

No Título V, que trata da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, está escrito no Capítulo II sobre as Forças Armadas, no art. 142, § 2º, que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

O art. 144, IV, § 6º, consagra as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros como “forças auxiliares e reservas do Exército”, aplicando-se-lhes, portanto, as sanções que em resguardo da disciplina militar forem estabelecidas em lei.

Determina a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ora, o Regulamento Disciplinar do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro foi editado em virtude de uma lei, a de nº 880, de 25 de junho de 1985, quase da idade da nova Constituição, consagrando a hierarquia e a disciplina como bases institucionais da corporação.

O digno recorrente não demonstrou objetivamente, apontando qual ou quais dispositivos do Regulamento Disciplinar estariam revogados em face da nova Constituição ao ponto de, não se podendo admitir a conduta do ora paciente como transgressão à disciplina, ter-se então cristalina a alegada ilegalidade ensejadora do *habeas corpus*.

É a própria Constituição que estabelece as fronteiras entre o uso e o abuso das liberdades que assegura. Dizer o que se pensa é direito sagrado que se transforma em crime se resvala para a ofensa à honra de outrem, por exemplo. Do mesmo modo, pode se constituir transgressão se atenta contra os valores disciplinares em que se sustentam as corporações militares. A coação que possa resultar contra o transgressor não será, em tese, ilegal — incabível, portanto, o remédio heróico do *habeas corpus*. No caso dos militares a Constituição não admite sequer discussão, excluindo pura e simplesmente as hipóteses de transgressões

disciplinares e dos crimes militares da área de proteção do *habeas corpus*.

Por isso, nego provimento ao recurso.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, acrescentando que, sobre o incabimento do *habeas corpus* contra transgressão disciplinar, a regra constitucional vigente vem de longe. E, ao longo dela, os tribunais, inclusive o saudoso Tribunal Federal de Recursos, abriram exceção à taxatividade da norma, para admitir *habeas corpus* em tais casos, desde quando incompetente a autoridade para o ato, ou demonstrável, a olho nu, a transgressão da forma legal do processamento.

Não sendo realmente esse o caso dos autos, pois que é o do mérito da transgressão em si mesma, acompanho S. Exa. na linha dos seguros fundamentos do seu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, não posso discutir o regulamento militar; nem sei como está redigido. Contudo, tenho dificuldade em conceber como infração disciplinar reclamar contra miserabilidade de salário. Aqui, penso, ao modo do que se procedia no extinto TFR, pode-se conhecer de *habeas corpus* contra punição disciplinar, se a autoridade não tinha competência para baixar o ato ou a ilegalidade é gritante.

Feitas estas observações, acompanho o Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 555 — RJ — (90.0001889-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Paulo Goldrajch. Recorrido: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Paciente: Inácio Andrade da Cunha.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 18.04.90 — 5ª Turma).

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

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



HABEAS CORPUS Nº 842 — SC
(Registro nº 91.0014143-7)

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

Impetrante: *Manoel Cunha Lacerda*

Impetrada: *Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*

Pacientes: *Raul Antelo Rivera e Abdul Antelo Rivera*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE DE ACUSADOS DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. REMESSA DO PROCESSO À JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA.

A superveniente declaração de incompetência da Justiça Estadual não afeta a legalidade da custódia, porque a apreciação da prisão em flagrante caberá ao MM. Juiz Federal a quem o feito for distribuído.

Aplicação da Lei nº 8.072/90 quanto à contagem dos prazos processuais e à obtenção da liberdade provisória.

Impossibilidade de aplicação do princípio de isonomia processual a pessoas que se encontram em situações diferentes perante o processo.

Habeas Corpus que se indefere em relação a um paciente e não se conhece em relação a outro.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o pedido em relação ao paciente ABDUL ANTELO RIVERA, e não conhecer do mesmo pedido quanto ao paciente RAUL ANTELO RIVERA, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na for-

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

Custas, como de lei.

Brasília, 01 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Em favor de Abdul Antelo Rivera foi impetrado *habeas corpus* contra acórdão denegatório de *habeas corpus* da Segunda Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Alega o impetrante: que o paciente foi preso em flagrante, e denunciado, juntamente com outras pessoas, perante a Justiça Estadual, pelo crime de tráfico internacional de entorpecentes; que a Justiça Estadual seria incompetente para processá-lo e julgá-lo; além disso, ocorreria excesso de prazo na formação da culpa, pois o paciente se encontra preso há 107 dias, estando a audiência de instrução e julgamento designada para o dia 23.08.91, e, assim mesmo, por juízo incompetente; que foi relaxada a prisão de co-réus, presos em idênticas condições, implicando a manutenção da custódia do paciente em violação ao princípio da isonomia.

O presente *habeas corpus* também foi impetrado, com os mesmos fundamentos, em favor de Raul Antelo Rivera, irmão e supostamente comparsa de Abdul.

Embora requerida, a concessão de medida liminar foi por mim indeferida.

Informou a eminente Desembargadora relatora do *habeas corpus* originário que este foi denegado por não ter ocorrido excesso de prazo na formação da culpa; mesmo que a instrução se revelasse morosa, o processo já teria retornado à normalidade, com a designação da audiência para o dia 23 de agosto do corrente ano. Sustentou que o princípio da isonomia não teria sido ferido, porque o paciente não faria jus ao benefício da liberdade provisória, informando que o julgamento do *habeas corpus* impetrado em favor do outro paciente foi convertido em diligência. Instruiu as informações com cópias dos acórdãos dos *habeas corpus* e do processo penal a que respondem os pacientes (fls. 35/315).

O ilustre advogado impetrante requereu, às fls. 318/323, o reexame do indeferimento da liminar, uma vez que a Justiça Estadual deu-se por

incompetente, em 12 de setembro, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal, sendo, assim, nulo o processo a partir da denúncia, inclusive do despacho que tomou conhecimento do auto de prisão em flagrante, ocorrida em 30 de abril.

Parecer da douta SGR, às fls. 326/333, opinando para que a impenção seja julgada prejudicada, em relação à incompetência da Justiça Estadual, e deferida quanto ao excesso de prazo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Os dois pacientes, de nacionalidade boliviana, e mais outras três pessoas, uma argentina e dois brasileiros, foram denunciados perante o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis pelos seguintes fatos:

“Que, há aproximadamente 30 dias, Policiais da Delegacia de Entorpecentes começaram a investigar a relação de pessoas residentes nesta Capital com traficantes de drogas com países limítrofes do Brasil, como Bolívia, Paraguai e Colômbia; que as investigações giravam em torno de Guadalupe Bravo e seu companheiro, conhecido por “ABDUL”, residentes na Rua Virgílio Vaz, 970, casa 4, Saco Grande, nesta Capital; que aproximadamente 20 dias atrás, Guadalupe e seu companheiro viajaram com destino a Corumbá/MS, com a finalidade de contactar com outros componentes da quadrilha na Bol, digo, em Corumbá, responsáveis pela aquisição de cocaína, junto a traficantes colombianos” (fls. 12).

Os dois pacientes foram acusados da prática dos crimes tipificados nos artigos 12, 14 e 18, da Lei de Tóxicos, sendo que, em relação a Abdul Antelo Rivera, foram atribuídos, também, os delitos dos artigos 253 e 307 do Código Penal.

Todos os denunciados foram presos em flagrante no dia 30 de abril deste ano, sendo que os réus Guadalupe e Richard, posteriormente, foram postos em liberdade por considerar o MM. Juiz que os dois teriam residência certa e emprego definido no País, ao contrário dos demais (fls. 206 e 295).

Em favor de Abdul Antelo Rivera foi impetrado *habeas corpus* perante a Segunda Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. A ordem foi negada pelos motivos que constam do acórdão respectivo,

bem esclarecidos nas informações da Desembargadora Thereza Tang, Presidente daquela Câmara e relatora do *habeas corpus*, *in verbis*:

“O Doutor Cláudio Gastão da Rosa impetrou ordem de *Habeas Corpus*, que recebeu o nº 9.994 (Capital), em favor de ABDUL ANTELO RIVERA, alegando, em síntese, que este sofre coação ilegal, já que preso desde 30 de abril do corrente ano, em razão de flagrante homologado pelo MM. Juiz da Primeira Vara Criminal da Capital, não tendo, até aquele momento, se encerrado a instrução do processo pela prática dos delitos tipificados nos arts. 12, 14 e 18, I, todos da Lei de Entorpecentes. Assim, assevera, como evidente, o excesso de prazo na formação da culpa.

Por outro lado, questiona quebra do princípio da isonomia processual, pois a autoridade inquinada coatora concedeu a co-réu no processo, acusado das mesmas práticas delituosas, o benefício da liberdade provisória, não obstante, negou mesmo tratamento ao paciente.

Instruída a ordem, inclusive com manifestação do representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça, não restou outra solução senão a sua denegação.

Assim é que, preso em 30 de abril do ano em curso, juntamente com outros comparsas, nesta cidade, portava drogas (cocaína e maconha) e armamento (até granadas de mão). Em 22 de maio foi recebida a denúncia e em 24 de julho foi impetrado o *habeas corpus* em questão.

Verifica-se, então, que qualquer atraso ocorrido durante o inquérito foi superado pelo oferecimento da denúncia. Por outro lado, do recebimento desta ao dia da impetração do *habeas corpus* não extrapolou o procedimento qualquer prazo, vez que de 22 de maio a 24 de julho se passaram 62 dias, tempo inferior ao legalmente permitido (conforme Lei nº 6.368/76 e Lei nº 8.072/90, art. 35). Por fim, de se considerar que mesmo que a instrução se revelasse morosa, “a designação de data próxima para o julgamento, dia 23 do corrente (fls. 188), fez o processo retornar à normalidade, desaparecendo a coação que porventura tivesse ocorrido” (fls. 03 do acórdão).

Com relação ao segundo fundamento, consoante o art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, o paciente não faz jus ao benefício da liberdade provisória, vez que preso em flagrante e acusado dos crimes dos arts. 12 e 14, da Lei de Tóxicos. Ainda que por equívoco o magistrado de Primeira Instância tenha concedido tal benefício a outro réu em idênticas condições, não se pode entender como feri-

do o princípio da isonomia processual, nem tampouco pode esta Corte afastar a aplicação da lei.

Por tais razões, a Segunda Câmara Criminal, unânime, denegou a ordem.

Para maior clareza, segue em anexo cópia do acórdão do *Habeas Corpus* nº 9.994, da Capital” (fls. 37/38).

Como bem salientado nas informações da eminente relatora do *habeas corpus* originário, a demora na instrução é irrelevante para ter-se como caracterizada a coação ilegal, tanto mais que a Lei nº 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, da tortura, do terrorismo e do tráfico ilícito de entorpecentes, duplicou os prazos processuais da Lei nº 6.368/76, e impossibilitou a obtenção da liberdade provisória por parte dos réus respectivos.

Esta Turma, aliás, em relação aos prazos em processos de réus presos, vem-se orientando pelo critério da razoabilidade da demora, levando em consideração a realidade brasileira e a necessidade da preservação da incolumidade da sociedade, que não pode ficar à mercê de celerados, mormente se o crime de que são acusados se reveste da gravidade destes que estão em questão.

Quanto à isonomia processual argüida na impetração, não cabe aqui examinar-se o acerto ou desacerto do relaxamento da prisão de supostos integrantes de uma quadrilha de traficantes de entorpecentes. O certo é que todos foram presos em flagrante delito, mas o MM. Juiz entendeu que a liberdade de dois deles não poria em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ao contrário da dos demais.

Por isso mesmo que, presos em flagrante delito, e não por despacho de prisão preventiva, a superveniente declaração de incompetência da Justiça Estadual não afeta a legalidade da custódia, já que a apreciação dessa prisão caberá ao MM. Juiz Federal a quem foi o feito distribuído.

Pelo que consta das informações, em favor do paciente Raul Antelo Rivera foi, também, impetrado um *habeas corpus* perante a mesma Câmara Criminal, não tendo sido ainda julgada a impetração porque o respectivo julgamento foi convertido em diligência por provocação de seu próprio advogado, que juntou documento novo (fl. 43).

Ante o exposto, indefiro o pedido em relação a Abdul Antelo Rivera e não o conheço quanto a Raul Antelo Rivera, porque em relação a este não há, ainda, decisão que se possa impugnar.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 842 — SC — (91.0014143-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Impte.: Manoel Cunha Lacerda. Impdo.: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Pacte.: Raul Antelo Rivera (réu preso). Pacte.: Abdul Antelo Rivera (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido em relação ao paciente ABDUL ANTELO RIVERA e não conheceu do mesmo pedido quanto ao paciente RAUL ANTELO RIVERA, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (6ª Turma — 01.10.91)

Votaram os Srs. Ministros Washington Bolívar, Costa Leite e Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro José Cândido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.



HABEAS CORPUS Nº 865 — SP (Registro nº 91.0015923-9)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Impetrantes: *Ernesto de Oliveira Júnior e outro*

Impetrado: *Desembargador-Relator da Apelação 78.281.3/8, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *Carlos Eduardo Silveira Carvalho (réu preso)*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ADVOGADO SUBSTABELECIDO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PUBLICAÇÃO DA PAUTA.

Omissão. Segundo a reiterada orientação dos tribunais, a falta de intimação do advogado substabelecido na segunda instância importa nulidade do julgamento da apelação, inclusive quanto à determinada expedição de mandado de prisão.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deferir o pedido, para anular o acórdão, a fim de que outro seja proferido com as cautelas legais e que seja também expedido con-

tramandado de prisão, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI (RI, art. 101, § 2º), Presidente.
Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Inconformados com a sentença condenatória do ora paciente a 03 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão (art. 168, § 1º, III, e art. 299, do Código Penal), recorreram o Ministério Público e o réu; pelo que este último contratou advogado sediado na Capital, mediante substabelecimento com reserva de poderes. Como tal habilitou-se nos autos o substabelecido e, por isso, seu nome constou da intimação da decisão preliminar que, a pedido do Procurador de Justiça, determinou a complementação do laudo pericial. No entanto, cumprida a diligência, incluiu-se o feito em pauta, mas da respectiva publicação seu nome foi omitido, como omitido foi da publicação do julgamento das apelações — improvida a do réu e provida a do Ministério Público, elevando-se a pena para 05 anos e 03 meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, expedindo-se mandado de prisão.

A petição que reclamou a nulidade do julgamento e da expedição do mandado prisional foi desacolhida pelo relator, aconselhado o réu a postular pelos meios regulares.

Daí o presente *habeas corpus*, informado pela confirmação das alegadas omissões (fls. 65).

Oficiando, em parecer da **Subprocuradora-Geral, Lustosa Pierre**, o Ministério Público Federal é pela concessão da ordem, por fundamentos assim sumulados:

“Pela **concessão** do HC.

A falta de publicação na pauta de julgamento do nome do Adv. Substabelecido — para atuar em 2ª instância — acarreta a nulidade do julgamento.” (fls. 127).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, não há duvidar-se da nulidade do julgamento da apelação em causa, confor-

me jurisprudência dos tribunais, a exemplo do acórdão do qual fui relator nesta Eg. Turma, com esta ementa:

“CRIMINAL. DIREITO DE DEFESA. APELAÇÃO.

Publicação da pauta. Cabe declarar-se a nulidade do julgamento, de cuja pauta não constou o nome do advogado oportunamente habilitado, no processo, por via de substabelecimento sem reserva de poderes.” — HC nº 30-PE, in DJ de 16/10/89.

Donde virem ao caso os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em boa hora colacionados no parecer, em casos idênticos ao dos autos. Veja-se a relação:

“3. Assim a Jurisprudência:

I — HC nº 54.889, ementa:

Habeas Corpus — Intimação do advogado constituído pelo réu para acompanhar o recurso em segunda instância — Necessidade — Nulidade reconhecida.” (RTJ 84/403).

II — RE nº 110.976:

“Advogado. Substabelecimento. Intimação.

Advogado da capital do Estado, que recebe substabelecimento do patrono do réu, residente alhures, para atuar em segunda instância. A falta de Intimação do advogado substabelecido importa nulidade do julgamento do apelo.” (RTJ 120/441)

III — HC nº 62.431:

Habeas Corpus. Julgamento em segunda instância. Advogado substabelecido. Intimação. Advogado residente na capital do Estado, que recebe substabelecimento de patronos do réu, residentes em Município outro, para atuar junto ao Tribunal de Justiça. A falta de intimação do advogado substabelecido importa nulidade do julgamento do Apelo.

Habeas Corpus deferido. (DJ 1/4/85).

Como diz o Min. Moreira Alves, no HC nº 54.889 (RTJ 84/403-405):

“Também concedo a ordem, porque tenho julgado que, quando se constitui um advogado numa determinada Capital, como, por exemplo, Brasília, embora se mantenha a relação de mandato com o advogado que defendeu o réu em outra localidade, a publicação deverá sair em nome do advogado em favor de quem houve o substabelecimento. Neste caso, que não é, propriamente, de substabelecimento, mas

de uma segunda procuração passada pelo constituinte, o mesmo deverá ocorrer.”

Analisando, o Min. Cunha Peixoto (RTJ 84/403-405):

“É evidente que, encontrando-se o advogado que substabeleceu o mandato em local diverso do julgamento, não pode ele acompanhar a tramitação do processo. Essa obrigação foi transferida ao substabelecido.”

4. Constando da publicação da pauta de julgamento o nome do Adv. Substabelecete, omitindo-se o do Adv. Substabelecido — atuar em 2ª instância, sendo aquele do interior, evidente o cerceamento do direito ao exercício da ampla defesa, constitucionalmente assegurada, sendo hipótese de nulidade absoluta a ser decretada.” — fls. 129/31.

Pelo exposto, defiro o pedido para declarar a nulidade do acórdão, de modo que outro seja proferido com regularidade da publicação da pauta, e, via de consequência, cassar o mandado de prisão do paciente.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 865 — SP — (91.0015923-9) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Impetrantes: Ernesto de Oliveira Júnior e outro. Impetrado: Desembargador-Relator da Apelação 78.281.3/8, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Carlos Eduardo Silveira Carvalho (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu o pedido, para anular o acórdão, a fim de que outro seja proferido com as cautelas legais e que seja também expedido contramandado de prisão (em 07.10.91 — 5ª Turma).

Votaram de acordo com os Ministros Costa Lima, Assis Toledo e Flaquer Scartezzini. Ausente o Sr. Ministro Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 901 — SP

(Registro nº 90.12460-3)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrentes: *Joel Aholiab Rosa e Silva e outro*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*
Pacientes: *Cícero Gomes da Silva, Ciro Francisco Marçal e Wilson Nogueira Santiago*

EMENTA: PENAL. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO PELO ACÓRDÃO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, INTERPOSTO CONTRA DESPACHO DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

I — A prescrição interrompe-se na data desse julgamento e não na data de publicação do respectivo acórdão.

II — Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de junho de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: De acórdão denegatório de *habeas corpus* originário da Sétima Câmara do E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo recorrem os advogados Joel Aholiab Rosa e Silva e Valter Velloni, para que seja determinado o trancamento da ação penal a que respondem Cícero Gomes da Silva, Ciro Francisco Marçal e Wilson Nogueira Santiago, por incidência de prescrição da pretensão punitiva.

Em suas razões, alegam os recorrentes: que os pacientes estão sendo processados pela prática do crime de injúria (art. 140/CP), por have-

rem, em tese, através de requerimento de 19 de março de 1987, aprovado pela Câmara Municipal de Ribeirão Preto, proferido ofensas contra o MM. Juiz de Direito da Comarca; que, rejeitada em 1º grau, a denúncia foi recebida pelo Tribunal *a quo* em 09 de março de 1989, tendo o v. acórdão sido registrado em 11 de abril de 1989 e publicado em 16 de maio do mesmo ano, descendo os autos à Comarca de origem, onde foi designada audiência de interrogatório, quando a prescrição já havia se consumado, porque a sua interrupção só ocorreria na data da publicação do acórdão.

Contra-razões, às fls. 102/105.

Parecer da douta SGR, às fls. 109/115, pelo improvimento do recurso, por não ter ocorrido o prazo prescricional fixado em lei, que começou a fluir na data em que foi proferida a decisão que recebeu a denúncia.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Razão assiste ao acórdão recorrido, ao registrar o seguinte:

“O prazo da prescrição, pela pena máxima privativa de liberdade cominada ao crime imputado aos pacientes (art. 140, c/c art. 141, II, ambos do Código Penal) é, efetivamente, de dois anos.

Contudo, esse prazo não decorreu entre a data do fato (19.03.87) e a data do recebimento da denúncia (09.03.89) por este Tribunal, quando julgou o recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público contra a r. decisão que rejeitou a peça acusatória.

O recebimento da denúncia se verificou no dia do julgamento do recurso da acusação e, não, na data da publicação na imprensa oficial do acórdão referente a esse julgamento.

O artigo 117, inciso I, do Código Penal, estabelece que o curso da prescrição é interrompido pelo recebimento da denúncia ou da queixa.

O recebimento da denúncia, assim como as decisões de pronúncia (art. 117, II), confirmatória da pronúncia (art. 117, III) e condenatória recorrível (art. 117, IV), produzem seus efeitos interruptivos da prescrição na data em que se tornam públicos e, não, na data da intimação das partes.

Em primeira instância, o despacho ou decisão do Juiz se tornam públicos no instante em que ele entrega ao escrivão os autos com o despacho ou a sentença. Se a sentença condenatória é proferida em audiência, a interrupção da prescrição se dá nesse dia, porque a audiência é pública e a sentença, logicamente, é prolatada publicamente.

Nos Tribunais Superiores, porém, o sistema é diferente. O Tribunal, órgão colegiado, realiza os julgamentos em sessão pública, com intimação prévia de todos os interessados. A decisão se efetiva e se torna pública no momento em que o presidente da Câmara, após colher os votos de todos os integrantes da turma julgadora, proclama o resultado, lendo em voz alta a súmula do julgamento, que é lançada na tira própria.

Portanto, nos Tribunais Superiores, as decisões se tornam públicas e interrompem a prescrição no próprio dia da sessão em que são proferidas.

O acórdão, elaborado posteriormente, é uma simples documentação do julgamento já proferido e objetiva possibilitar a execução do julgado e a interposição dos recursos cabíveis, tanto que ele tem a mesma data do julgamento.

Tem, pois, pertinência a lição de DAMÁSIO E. DE JESUS, quando diz: “Se o juiz rejeita a denúncia ou a queixa, vindo uma ou outra, em face de recurso da acusação, a ser recebida pelo tribunal, a interrupção da prescrição ocorre na data do julgamento proferido em sessão” (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL, Parte Geral, 2º volume, Editora Saraiva, 2ª tiragem, 1985, pág. 880).

Entre a data do fato e a data do julgamento do recurso da acusação decorreram exatamente um ano, onze meses e vinte dias, não se atingindo, pois, o biênio prescricional.

Ante o exposto, denega-se a ordem.” (fls. 88/91).

Como bem esclarecido no acórdão recorrido, deve ser considerada como data de interrupção da prescrição a data em que foi realizado o julgamento em que se recebeu a denúncia, e não a data da publicação do acórdão respectivo.

Nesse sentido tem decidido a Suprema Corte, *in verbis*:

“Data do recebimento: Normalmente, considera-se a data do despacho que recebe a denúncia ou queixa, e não a da sua publicação” (STF, HC 51.923, RT 472/410).

“Prescrição. Causa interrupção do respectivo prazo. Tanto interrompe o prazo prescricional o despacho do magistrado do primeiro grau que recebe a denúncia (art. 117, I, do CP) quanto o acórdão que, reformando a decisão do Juiz singular que rejeitara a denúncia, a recebe determinando a instauração da ação penal.

Habeas corpus indeferido.” (HC 59.690, DJ de 02.04.82, pg. 2.884).

Ademais, a norma penal é clara, quando estabelece que a interrupção ocorre pelo recebimento da denúncia, e não pela publicação da decisão que a recebeu (CP, art. 117, I).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 901 — SP — (90.12460-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrentes: Joel Aholiab Rosa e Silva e outro. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Pacientes: Cícero Gomes da Silva, Ciro Francisco Marçal e Wilson Nogueira Santiago.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (25.06.91 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite, Vicente Cernicchiaro e José Cândido. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 919 — PE (Registro nº 900013029-8)

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

Recorrente: *Sebastião José da Silva*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco*

Paciente: *Sebastião José da Silva (réu preso)*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. DENÚNCIA. INÉPCIA.

A denúncia não é inepta, porquanto ainda que de forma sucinta descreve o fato delituoso, esclarecendo que os acusados se associaram para eliminar a vítima; se deixou de narrar a ação de cada acusado é porque o fato ocorreu sem testemunhas visuais e faltam elementos esclarecedores no inquérito.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Trata-se de recurso de *habeas corpus* interposto por SEBASTIÃO JOSÉ DA SILVA, através de seu advogado, denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos III e V, c/c o art. 29, todos do CP, inconformado com o v. acórdão de fls. 26/37, denegatório do *writ*.

Pretende o recorrente trancar a ação penal por inépcia da denúncia, eis que esta não teria descrito a atuação de cada um dos co-partícipes para o ato delituoso. Assim, contrariado o art. 41 do Código de Processo Penal, ensejando desrespeito ao princípio da ampla defesa.

A Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco denegou a ordem pelos seguintes fundamentos resumidos na ementa:

“EMENTA: *Habeas corpus* para trancamento de ação penal por inépcia da denúncia; fato, cujo ato final ocorreu em lugar deserto, sem testemunhas visuais, não dá ao Promotor condições de descrever, especificamente, a participação de cada um dos agentes na execução da vítima. Denúncia que, junto com o inquérito, dá perfeitas condições para a defesa dos acusados.” (fl. 25).

O Dr. VICENTE DE PAULO SARAIVA, ilustrado Subprocurador-Geral da República, opina pelo improvimento do recurso, assim se pronunciando:

“A denúncia não é inepta: parcimoniosa, muito embora, contém os elementos essenciais exigidos pelo art. 41 do CPP, inclusive por basear-se num inquérito policial bem feito, ensejando ao(s) acusado(s) defender(em)-se do crime que lhe(s) é imputado.

Por sua vez, há indícios suficientes, senão veementes, de autoria.

E é o *quantum satis* para justificar a propositura da ação penal.

As incriminadas imperfeições da peça inaugural se explicam por tratar-se de crime de autoria coletiva. O Supremo Tribunal permite, até, que a denúncia, nessas hipóteses, “faça uma descrição genérica do fato, sem especificar a conduta de cada participante, principalmente quando no inquérito policial não há elementos suficientes para uma descrição específica” — como ressaltou o d. Voto do il. Relator (fls. 34).” (*ut* fls. 60/61).

Relatei.

VOTO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. INÉPCIA.

A denúncia não é inepta, porquanto ainda que de forma sucinta descreve o fato delituoso, esclarecendo que os acusados se associaram para eliminar a vítima; se deixou de narrar a ação de cada acusado é porque o fato ocorreu sem testemunhas visuais e faltam elementos esclarecedores no inquérito.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): Assinala o voto do Desembargador SOUZA LEÃO:

“A denúncia tantas vezes referida, e já lida, por várias vezes, inclusive eu li no relatório um trecho que descreve, no meu entender, se bem que seja parcimoniosa em palavras, contém os elementos essenciais, principalmente quando se vê que ela se baseia num bem feito inquérito policial, e que tem todos os elementos para que o réu se defenda das acusações. Não se defende só da denúncia, se defende de todas as acusações.

Como se vê, a denúncia tem, cuidadosamente, o nome dos réus devidamente qualificados; o nome da vítima; o dia e o local do fato; e a maneira com que foi morta a vítima.

A parte atacada pelo impetrante é aquela em que diz: (fls. 03)

“... aqueles denunciados, **agindo em conjunto**, assassinaram o indivíduo ERIVAN SEVERINO DE MELO, com três disparos de arma de fogo, conforme positiva a perícia tansoscópica de fls. 73 do inquérito policial, anexo; apurou-se, ainda, que, em Aldeia, distrito do Município de Camaragibe-PE, na localidade denominada “Espaço Vinte e Um”, fora encontrado o corpo da vítima literalmente carbonizado.”

É evidente que se durante o inquérito os réus negaram a autoria, e sendo ermo o local do fato, sem testemunhas visuais, não pode ser detalhado, com minúcias, a participação de cada um dos co-autores. A denúncia não poderia conter o ato final, da morte da vítima, num lugar ermo, não podia definir, com detalhes, como eles atiraram, e em que situação estava a vítima. Mas se a denúncia diz que os três denunciados, agindo em conjunto, na mesma ocasião, mataram a vítima com três tiros de arma de fogo, em um determinado local, deserto, está tudo suficientemente descrito.

O paciente, como os outros, sabem de que se defender; sabem qual é a acusação que lhes é feita; sabem da acusação de que eles levaram a vítima, considerada um marginal, para um local deserto, e lá, agindo em conjunto, mataram a vítima com três tiros de revólver. São três os réus, três tiros de arma de fogo, e a descrição também de que o corpo foi encontrado carbonizado, conforme a denúncia, da qual eu discordo, parece-me que é semicarbonizado. Mas isso são detalhes sem importância.

Aliás, hoje, até em crime de autoria coletiva, o Supremo Tribunal permite que a denúncia faça uma descrição genérica do fato, sem especificar a conduta de cada participante, principalmente, quando no inquérito policial não há elementos suficientes para uma descrição específica. Essa decisão li no sempre citado Damásio de Jesus, no seu livro Código de Processo Penal Anotado.” (fls. 32/34).

O paciente, segundo as informações do Juiz, foi expulso da Polícia Militar e “é homem de repreensíveis antecedentes”, sendo acusado de “crimes de furtos e de homicídios, tudo consignado nos autos do Proc. nº 4.422/89 em tramitação nesta Vara”. (fl. 18).

Adite-se que, se três são os denunciados que atuaram em conjunto, em local sem testemunhas, se a vítima foi encontrada com três orifícios produzidos por bala, claro que a denúncia não podia dizer se foi A, B ou C, quem os produziu. No entanto, descreve que eles se associaram para eliminar a vítima. O inquérito não forneceu elementos para a descrição da conduta de cada um dos participantes.

Ainda quando integrava o Tribunal Federal de Recursos concluí:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. INÉPCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO.

A denúncia envolvendo mais de um acusado, apenas porque não minudencia os fatos delituosos imputados a cada um deles, não pode ser tida como inepta. Trancamento da ação penal denegado.” (HC nº 7.368, DJU de 05.06.89)

“HABEAS CORPUS. DENÚNCIA INEPTA E FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. A denúncia refere-se a infração penal praticada conjuntamente, o que dispensa a individualização da conduta de cada denunciado. Além disso, satisfaz os requisitos do art. 41, do CPP.

2. Havendo delito em tese a ser apurado, descabe o trancamento da ação penal.

3. Ordem denegada.” (HC nº 7.728, DJU de 19.04.89).

A eg. 6ª Turma deste STJ decidiu:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. NULIDADES PROCESSUAIS.

.....
2. Somente quando o fato imputado não constitua crime ou quando evidente que o paciente não praticou o delito, se apresenta possível o trancamento de ação penal, por *habeas corpus*.

3. Não se apresenta inepta a denúncia que descreve, ainda que sucintamente, como convém, o fato delituoso e imputa ao agente a sua prática, com base em indícios de autoria. A descrição detalhada da cota de participação dos co-réus, quando há pluralidade de agentes, em face das circunstâncias em que cometido o delito, não é de ser exigida para o aperfeiçoamento da peça de início da ação penal.

.....”
(HC nº 35/PE, Min. Relator: DIAS TRINDADE, DJU de 16.10.89).

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 919 — PE — (900013029-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima. Recorrente: Sebastião José da Silva. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Paciente: Sebastião José da Silva (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (5ª Turma — 12.12.90).

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



HABEAS CORPUS Nº 931 — MG
(Registro nº 91.0019235-0)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Impetrante: *Orlando Bruck*

Impetrado: *Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais*

Paciente: *Marcos Allan Paixão da Costa*

EMENTA: CRIMINAL. CRIME CONTRA A HONRA.

***Retratção cabal.* Como tal não se conceitua a conciliação acordada sob cláusula de publicação retratadora, afinal não cumprida integralmente.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o pedido, na forma do relatório e notas taquigráficas

constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Na queixa-crime movida ao ora paciente por crime contra a honra, reconciliaram-se as partes, sob condição de retratar-se o querelado por via de publicação reparadora no mesmo jornal local (fls. 25). Não cumprida a cláusula reconciliatória, houve por bem o juiz reabrir o curso da ação privada, a requerimento do querelante (fls. 31).

Daí a impetração de *habeas corpus*, denegado por acórdão deste teor:

“O SR. JUIZ CARLOS BIASUTTI:

1. Orlando Brück, advogado em Juiz de Fora, impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Marcos Allan Paixão da Costa, empresário, casado, residente à Rua Santo Antônio, nº 810, aptº 305, na cidade e Comarca, requerendo o “arquivamento” (*sic*) ou o trancamento da ação penal.

2. O presente *habeas corpus* foi dirigido inicialmente ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais onde o Desembargador Costa Lourdes (fls. 37 verso) indeferiu o pedido de liminar.

3. Em resumo, Paulo Pinto Carvalho moveu Queixa-Crime contra o paciente, Marcos Allan Paixão da Costa, por delito de calúnia, difamação e injúria, conforme os artigos 20, 21 e 22, da Lei 5.250 (Lei de Imprensa). Na audiência de Conciliação, o ora paciente comprometeu-se em publicar no mesmo jornal de Juiz de Fora uma retratação.

A notícia que deu origem à queixa-crime foi publicada no jornal Tribuna da Tarde de 31 de janeiro de 1990 (fls. 46). A retratação está no presente processo às fls. 70. A retratação não obedeceu aos termos feito em juízo para a vítima Paulo Pinto Carvalho.

A douta Procuradoria, em parecer do Bel. Antônio Carlos de Barros, opina no sentido de ser denegado o pedido de *habeas corpus* (fls. 87), É o relatório.

Evidentemente, pela documentação acostada no presente processo, está patente que o paciente não cumpriu rigorosamente o acordo.

Não se verificou no caso em tela uma publicação abrangente dos aspectos negativos apontados pelo queixoso. Lembra o douto Procurador, com razão:

“O MM. Juiz de Direito citou decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, pelo qual “... a retificação deve ser expressa, declarando-se na segunda notícia ter ocorrido erro ou inverdade na primeira. Não constitui retificação a simples inserção de notícia diferente da primeira.” (DOU 09/06/78, página 4.129 — HC, RJ (transcrição textual)”.

Não há motivo algum para trancamento da ação penal.” — fls. 38/40.

Sobreveio a presente impetração substitutiva, justificada a título de procrastinação do recurso ordinário intentado; refuta-se o acórdão, insistindo-se na valia daquela reconciliação, não vindo ao caso a exigência da retratação cabal, pois que a queixa não alude à Lei de Imprensa. Ler-se.

A par da juntada do acórdão atacado, as informações rechaçam a pecha da procrastinação, dado que houve foi a inadmissão do recurso em sentido estrito, grosseiramente interposto — fls. 52.

Nesta instância, o parecer do Subprocurador-Geral, Dr. **Ednaldo de Holanda**, é contrário à concessão da ordem — fls. 66/68.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Sr. Presidente, no que interessa ao pretendido trancamento da ação, não me parece que condicionalidade da **reconciliação** (arts. 520 e seguintes do CPP), atermada em juízo sob cláusula de futura **retratação** (art. 143 do CP, c.c. art. 26, §§ 1º e 2º, da Lei 5.250/67), imponha a extinção da punibilidade, se ao final não ocorreu a concertada publicação reparadora. É que, sob essa ótica conciliatória, requer-se seja cabal a retratação, não se atendendo por meios-terminos, consoante o disse o v. acórdão recorrido.

Cabíveis, portanto, se oferecem as razões do parecer, nestes tópicos:

“5. Não procede, como de plano de evidencia, a inconformação. A retratação deve ter suficiêcia retificativa a ponto de resguardar a honra agredida. E esse entendimento não depende de acordo entre as partes, como pretende o impetrante, mas dos termos expressos da norma, que usa o vocábulo “CABALMENTE”.

6. Expressiva a lição de MAGALHÃES NORONHA. Para ele, três são os requisitos da retratação: fazê-la o querelado; ser cabal e realizada antes da sentença. Pelo primeiro verifica-se que não aproveita o co-autor. Quanto ao segundo, **é mister ser plena, de modo inequívoco e incondicional** (Direito Penal, vol. 2, pg. 146/147).

7. No mesmo sentido é o magistério de NELSON HUNGRIA, segundo o qual, “PARA SER CONDIÇÃO RESTRITIVA DA PENA, A RETRATAÇÃO TEM DE SER CABAL, ISTO É, IMPORTAR, DE MODO IRRESTRITO OU INCONDICIONAL, A REVOCATIO DA OFENSA” (Comentários..., 3ª ed., vol. VI, pg. 121).

8. A retratação de fls. 26 dos autos não guarda nenhuma proporcionalidade com a nota de fls. 13. Ao contrário, revela a intenção de não se retratar, de pretender, em nota minúscula de “classificados” camuflar a retificação, utilizada com o único fim de evitar a *persecutio*.

9. Por outro lado, a homologação de um termo de reconciliação pelo Juiz, não impede o prosseguimento da ação, por descumprimento de exigência legal por parte de querelado. É que a retratação não é causa extintiva do crime, mas da punibilidade, verificando-se apenas o rompimento, na expressão de CARNE-LUTTI, do nexu jurídico entre o crime e a pena. E, em não se verificando a retratação, nos mandamentos da lei, nada processualmente impede o estabelecimento do referido nexu jurídico.” — fls. 67/68.

Pelo exposto, indefiro o pedido.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, tenho a questão da retratação no mesmo parâmetro em que a Constituição Federal estabelece sobre o direito de resposta. Há que ser proporcional à ofensa desferida contra a vítima.

Acompanho integralmente o Eminentíssimo Ministro-Relator.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 931 — MG — (91.0019235-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Impte.: Orlando Bruck. Impdo.: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Pacte.: Marcos Allan Paixão da Costa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido (5ª Turma — 13.11.91).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Costa Lima, Assis Toledo, Edson Vidigal e Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.



HABEAS CORPUS Nº 986 — RJ (Registro nº 91.0021232-6)

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

Impetrante: *Agnelo Maia Borges de Medeiros*

Impetrado: *Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Paciente: *Fernando Licínio Pereira e Souza*

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL — TRANCA-
MENTO DE AÇÃO PENAL — REJEIÇÃO DA DENÚN-
CIA — PEDIDO PREJUDICADO.**

**Desaparecendo o fato originador da impetração,
face haver sido rejeitada a denúncia oferecida, pre-
judicado restou o pedido de trancamento de Ação
Penal, por falta de objeto.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar prejudicado o pedido, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O advogado Agnelo Maia Borges de Medeiros requer ordem de *habeas corpus* em favor de Fernando Licínio Pereira e Souza, Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro, objetivando o trancamento da Ação Penal nº 03/91, por falta de justa causa, que foi contra esta intentada perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, por incurso nas penas do art. 21, c/c o art. 23, inc. II, da Lei nº 5.250/67.

O colendo Colegiado impetrado, atendendo requisição de informações de fls. 63, reiterada às fls. 67, comunica que em sessão de 30/09/91, o eg. Órgão Especial, por maioria, rejeitou a denúncia oferecida contra o ora paciente (fls. 70).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 72/73, opina pelo não conhecimento do pedido em face da perda do objeto do processo.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL — TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL — REJEIÇÃO DA DENÚNCIA — PEDIDO PREJUDICADO.

Desaparecendo o fato originador da impetração, face haver sido rejeitada a denúncia oferecida, prejudicado restou o pedido de trancamento de Ação Penal, por falta de objeto.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Srs. Ministros, face às informações prestadas pelo Colegiado impetrado (fls. 70), onde esclarece haver sido rejeitada a denúncia oferecida contra o ora paciente, extinguiu-se quaisquer resquícios de coação, esvaindo-se, destarte, o objeto da impetração, razão por que julgo prejudicada a ordem requerida.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 986 — RJ — (91.0021232-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Impte.: Agnelo Maia Borges de Medeiros. Impdo.: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pacte.: Fernando Licínio Pereira e Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o pedido (5ª Turma — 05.02.92).

Votaram de acordo os Srs. Ministros José Dantas e Costa Lima. Ausentes os Srs. Ministros Assis Toledo e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.



HABEAS CORPUS Nº 1.027 — DF

(Registro nº 91.22159-7)

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

Impetrante: *Marco A. Barreto*

Impetrado: *Desembargador-Relator da Apelação Criminal 11.498 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal*

Paciente: *Rosa Maria Rodrigues da Silva (ré presa)*

EMENTA: *HABEAS CORPUS* — LIBERDADE PROVISÓRIA.

Justifica-se o indeferimento do pedido para aguardar novo julgamento em liberdade, se persistem os fundamentos da r. sentença de pronúncia que negou o benefício.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o pedido, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O advogado Marco A. Barreto requer ordem de *habeas corpus* em favor de Rosa Maria Rodrigues da Silva, contra a r. decisão de fls. 19 do ilustre Desembargador-Relator da Apelação Criminal nº 11.498, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que indeferiu pedido de liberdade provisória, sob o argumento de que “a prisão resulta da sentença de pronúncia, continuando esta a produzir efeitos independentemente da espera do novo julgamento”.

Alega o impetrante que além da ora paciente preencher todos os pressupostos necessários, a concessão do benefício é um direito garantido pela Constituição Federal, em seu art. 5º, item LXVI.

Requisitadas as informações, foram as mesmas prestadas às fls. 26/53.

Com vista dos autos, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifesta-se pela denegação do pedido (fls. 55/57).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: *HABEAS CORPUS* — LIBERDADE PROVISÓRIA.

Justifica-se o indeferimento do pedido para aguardar novo julgamento em liberdade, se persistem os fundamentos da r. sentença de pronúncia que negou o benefício.

Ordem denegada.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Srs. Ministros, segundo se verifica dos autos (fls. 19), o ilustre Relator negou o pedido para que a paciente aguardasse o novo julgamento em liberdade, ao fundamento de que “a prisão remonta da sentença de pronúncia, continuando esta a produzir efeitos independentemente da espera de novo julgamento”.

As razões que levaram o prolator do d. decisório a negar o pedido, a meu sentir, não estão a merecer qualquer censura, pois, para que a Ré possa aguardar o julgamento em liberdade, não bastam, tão-só, os requisitos enumerados na peça preambular, como sejam bons antecedentes, residência fixa, primariedade, condições econômicas de manutenção, eis que somado a estes elementos é indispensável a ausência de periculosidade do agente, item este que não se faz presente *in casu* como esclareceu o ínclito Magistrado de Primeiro Grau, às fls. 34, *verbis*.

“A Ré não faz jus ao benefício de aguardar seu julgamento pelo Júri em liberdade na forma do § 2º, do art. 408, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 5.941, de 22.11.73, pois é portadora de periculosidade, conforme demonstra o seu exame de sanidade mental.”

Esta periculosidade torna-se mais patente na ação criminosa da paciente, a morte de uma criança de quatro anos, causada por instrumento perfurante, que repugna toda a sociedade e causa grave repercussão social, como fez notar o *Parquet* Federal em seu parecer.

Com estas considerações, não verificando a existência nos autos de elementos capazes de amparar a pretensão do presente, indefiro a ordem.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 1.027 — DF — (91.0022159-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Impte.: Marco A. Barreto. Impdo.: Desembargador- Relator da Apelação Criminal 11.498, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Pacte.: Rosa Maria Rodrigues da Silva (ré presa).

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido (5ª Turma — 05.02.92).

Votaram de acordo os Srs. Ministros José Dantas e Costa Lima. Ausentes os Srs. Ministros Assis Toledo e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.



HABEAS CORPUS Nº 1.053 — PE
(Registro nº 91.0023961-5)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro

Impetrante: Neusa Maria Correa Wanderley

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco*
Paciente: *Samuel Correa Batista (réu preso)*

EMENTA: HABEAS CORPUS — IMPETRAÇÃO CONCOMITANTE COM APELAÇÃO — ADMISSIBILIDADE — O *habeas corpus* é ação constitucional. Visa a impedir lesão ou restaurar o exercício do direito de liberdade. Dada sua natureza jurídica, nada impede a concomitância com qualquer recurso. Ainda que os argumentos sejam os mesmos. Prevenir ou fazer cessar a violência ou coação não encontra obstáculo por determinação de rito ou encerramento do processo.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do pedido e conceder a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente em exercício. Ministro VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): *Habeas Corpus* impetrado por Neusa Maria Correa Wanderley, em favor de Samuel Correa Batista, sob o fundamento de o Paciente estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

O Paciente foi condenado pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Abreu e Lima-PE à pena de três anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 129, § 1º, inciso I, do Código Penal.

A impetrante, sob o fundamento de falta de exame complementar, nulidade da sentença por falta de fundamentação, entre outros, impetrou ordem de *habeas corpus*, que não foi conhecida pelo Tribunal por existir recurso de Apelação pendente.

Informações às fls. 8/9 esclarecendo que:

“O pedido de HC foi julgado no dia 14 de novembro último, não tendo sido conhecido, sob o argumento de que, em se achando pendente de julgamento a apelação interposta pelo paciente e sendo os mesmos os fundamentos invocados nesta e no pleito do HC, é aconselhável, segundo entendimento do próprio STF, que se aguarde o julgamento da apelação, desde que nela se aprecie toda a matéria de fato e de direito, o que não cabe no âmbito do HC, como pretende o impetrante.”

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Edylcéa Tavares Nogueira de Paula, opina pela denegação da ordem (fls. 14/16).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): A Jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça, consagra o entendimento de ser da competência daquela Corte de Justiça processar e julgar *habeas corpus* que ataca decisão colegiada; quando resultar de conduta individual de integrante de Tribunal, será do STJ. Registre-se uma exceção: quando for substitutivo de recurso ordinário de *habeas corpus*.

A ressalva ocorre no caso *sub judice*.

Conheço da ação.

Não obstante a ausência, nos autos, do v. acórdão, os elementos exibidos, notadamente as informações de fls., afastam qualquer dúvida quanto ao ponto central da decisão, ou seja, a impossibilidade de conhecimento do *habeas corpus* porque pendente apelação interposta pelo paciente e sendo os mesmos os fundamentos invocados nesta e no pleito do HC.

O *habeas corpus*, respeitosamente, é ação constitucional: visa a impedir lesão ou restaurar o exercício do direito de liberdade. E o Paciente deve ser atendido com a devida presteza. Dada a sua natureza jurídica, nada impede a concomitância com qualquer recurso. Ainda que os argumentos sejam os mesmos. A primeira decisão, eventualmente, prejudicará o julgamento seguinte. Aliás, prevenir ou fazer cessar a violência ou coação não encontra obstáculo por determinação de procedimento ou mesmo de encerramento do processo.

Assim, o fato ressaltado, *data venia*, por si só, não afeta o juízo de conhecimento. Em se colocando a postulação nos limites próprios do *writ*, deverá, incontinenti, ser apreciado o mérito.

Concedo a ordem para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco prosseguir na apreciação do *habeas corpus*.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 1.053 — PE — (91.23961-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Impte.: Neusa Maria Correa Wanderley. Impdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Pacte.: Samuel Correa Batista (réu preso).

Decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu e denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” (6ª Turma — 10.02.92).

Votaram os Srs. Ministros Carlos Thibau, Pedro Acioli e Costa Leite. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.



HABEAS CORPUS Nº 1.057 — DF (Registro nº 91.0024012-5)

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

Impetrante: *Allan Kardec Carvalho Rodrigues*

Impetrados: *Ministro de Estado da Aeronáutica e Comandante do CINDACTA I*

Paciente: *Allan Kardec Carvalho Rodrigues*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL — HABEAS CORPUS — TRANSFERÊNCIA DE MILITAR — INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE — NÃO CONHECIMENTO.

O *habeas corpus* não é a via adequada para desfazer simples ato administrativo que não diz respeito à liberdade de locomoção do cidadão.

Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *Habeas Corpus*, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Allan Kardec Carvalho Rodrigues, militar, impetra em favor próprio *habeas corpus* preventivo, com pedido de liminar, contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Aeronáutica e do Sr. Comandante do CINDACTA I, objetivando a concessão de salvo-conduto para o fim de sustar sua transferência de Brasília-DF, para Belém-PA, até que seja solucionada, em definitivo, a pendência da venda dos imóveis funcionais administrados pelas Forças Armadas.

Em suas informações de fls. 53/64, o Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica alega impropriedade da via processual eleita e defende a legalidade do ato de transferência sob a justificativa de necessidade de serviço.

No mesmo sentido são as informações do Sr. Comandante do CINDACTA I, às fls. 69/74.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 66/67, entendendo inexistir qualquer ameaça a liberdade de locomoção do impetrante, revelando-se a reclamação absolutamente incompatível com o remédio do *habeas corpus*, opina pela denegação da ordem.

É como relato.

VOTO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL — *HABEAS CORPUS* — TRANSFERÊNCIA DE MILITAR — INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE — NÃO CONHECIMENTO.

— O *habeas corpus* não é a via adequada para desfazer simples ato administrativo que não diz respeito à liberdade de locomoção do cidadão.

— Ordem não conhecida.

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, pretende o ora impetrante-paciente, salvo-conduto para sustar sua transferência para Belém-PA, até que seja solucionada, definitivamente, a pendência da venda dos imóveis funcionais aos servidores militares da União.

Preliminarmente, entendo incabível a impetração, uma vez que não está em jogo a liberdade individual do ora paciente.

Reza o art. 647 do Código de Processo Penal que dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Pela leitura do texto retro, depreende-se que o remédio heróico é medida de caráter sumário, pronto a reprimir, de imediato, qualquer afronta a liberdade de locomoção do cidadão.

In casu, a indigitada transferência para outra Unidade da Federação, além de ser prática regular no âmbito das Forças Armadas, trata-se de questão de cunho meramente administrativo, não envolvendo restrição ao direito de liberdade de ir e vir do paciente, o que inviabiliza a utilização do *habeas corpus* para coibir possível abuso porventura existente no referido ato.

Isto posto, não conheço da impetração.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 1.057 — DF — (91.0024012-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Impte.: Allan Kardec Carvalho Rodrigues. Impdos.: Ministro de Estado da Aeronáutica e Comandante do CINDACTA I. Pacte.: Allan Kardec Carvalho Rodrigues.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do *Habeas Corpus*.

Votaram de acordo os Srs. Mins. Costa Lima, Costa Leite, Vicente Cernicchiaro, José Dantas e Pedro Acioli. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Mins. Carlos Thibau, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.068 — SP
(Registro nº 910003477-0)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Recorrentes: *Antonio Celso Di Munno Correa e outro*

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

Pacientes: *Clarence Noble Capps e Faustino Ilharco Mourão*

EMENTA: PENAL E CONSTITUCIONAL. LEI DE ECONOMIA POPULAR E MEDIDA PROVISÓRIA 153. ABOLITIO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA.

I — O inciso VI, do artigo 2º da Lei nº 1.521/51, não foi revogado pela Medida Provisória 153/90. Matéria relacionada com a punibilidade de uma conduta não pode ser objeto de regramento por parte do Poder Executivo (CF, artigo 5º, XXXIX). Ao contrário, submete-se ao devido processo legislativo. Além disso, liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Chefe do Ministério Público Federal, suspendeu os efeitos da aludida Medida Provisória, e o artigo 1º, da Lei nº 8.035, de 27.04.90, revogou-a “desde a sua edição”.

II — Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de maio de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: O presente recurso ordinário de *habeas corpus* interposto pelos advogados ANTÔNIO CELSO DI MUNNO CORRÊA e BRIAND COLLIN FERREIRA, em favor dos pacientes CLARENSE NOBLE CAPS e FAUSTINO ILHARCO MOURÃO, visa a desconstituir o acórdão de fls. 93/104, denegatório do *writ* proferido pela Sexta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

Os pacientes foram denunciados em 29 de março de 1990 como incurso nas penas do art. 2º, inciso VI, da Lei nº 1.521/51, por transgredirem tabelas oficiais de preços de mercadoria. Sustentam os impetrantes-recorrentes, com o objetivo de trancar a respectiva ação penal, que o dispositivo referenciado fora revogado pelo art. 2º, I, da Medida Provisória nº 153, de 15 de março de 1990 (DJU de 16.03.90), que definiu “os crimes do abuso de poder econômico”, resultando daí a *abolitio criminis*, mesmo tendo esta Medida sido declarada nula e nenhuma eficácia pouco tempo depois pela Medida Provisória nº 175, de 27 de março de 1990 (DJU de 28.03.90).

O Tribunal *a quo* denegou a ordem.

O Dr. VICENTE DE PAULO SARAIVA, ilustrado Subprocurador-Geral da República, opina pelo desprovimento do recurso, lavrando este verbete:

“RO em HC. Trancamento de ação penal e extinção da punibilidade. Infrações à legislação em favor do consumidor. Art. 2º, VI, da Lei nº 1.521/51, revogado pelas Medidas Provisórias nºs 153 e 156 que, além de inconstitucionais, sequer foram examinadas pelo Congresso Nacional. Sua revogação pela Medida Provisória nº 175 incidiu sobre meras propostas de lei, que não podiam revogar a legislação sobre a economia popular.

Desprovimento ao recurso.” (pág. 126).

Relatei.

VOTO

EMENTA: PENAL E CONSTITUCIONAL. LEI DE ECONOMIA POPULAR E MEDIDA PROVISÓRIA 153. *ABOLITIO CRIMINIS*. INOCORRÊNCIA.

I. O inciso VI, do artigo 2º, da Lei nº 1.521/51, não foi revogado pela Medida Provisória 153/90. Matéria relacionada com a punibilidade de uma conduta não pode ser objeto de regramento por parte do Poder Executivo (CF, artigo 5º, XXXIX). Ao contrário, submete-se ao devido processo legislativo. Além disso, liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Chefe do Ministério Público Federal, suspendeu os efeitos da aludida Medida Provisória e o artigo 1º da Lei nº 8.035, de 27.04.90, revogou-a “desde a sua edição”.

II. Recurso improvido.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator):

Diz a Constituição Federal:

“Art. 62 — Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso...”

Parágrafo Único — As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes.”

O *caput* do artigo inicialmente impõe somente 02 condições concomitantes:

“relevância e urgência”.

Não faz qualquer limitação sobre a matéria a ser regradada. Todavia, a interpretação do texto constitucional há que ser feita dentro de princípios legais insculpidos na própria Constituição. Assim, o art. 68, § 1º, II, da Constituição Federal (DAS LEIS) diz que:

“não será objeto de delegação a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre...”.

II ... direitos individuais... e o art. 5º, XXXIX, diz que:

“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Vale dizer, matéria referente a direitos individuais e, em particular, matéria referente à punibilidade de uma conduta, não podem ser objeto de regramento por parte do Poder Executivo. Somente a lei na sua concepção formal e estrita — aprovada pelo Congresso, obedecido de devido processo legislativo — será o

instrumento competente para definir condutas caracterizadoras de crimes e cominar-lhes sanções.

Importa, também, salientar que na definição de tipos penais e suas penas a total independência dos Poderes (Executivo — Legislativo) é de rigor absoluto. Não é pois sem razão que ALBERTO SILVA FRANCO, discorrendo sobre “MEDIDA PROVISÓRIA”, a certa altura diz enfaticamente:

“Com efeito, se através do Direito Penal se determina a imposição de uma pena, se estão em jogo direitos e liberdades que necessitam ser salvaguardados diante do próprio Poder Executivo, não se compreenderia que razões de urgência pudessem desguarnecer o cidadão de suas garantias e permitir a transferência de poderes legislativos ao Poder Executivo de forma que, nas mãos deste, ficasse a possibilidade de concretizar disposições penais. Além disso, como anota ROXIN (Claus Roxin, “La Parte General del Derecho Penal Substantivo” in *Introducción do Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, pág. 36, 1988) “o princípio constitucional da divisão de poderes exige que apenas o legislador, como representante direto da vontade popular, decida acerca da punibilidade de uma conduta”. No mesmo sentido, a manifestação de Fulgêncio Madrid Conesa (*La Legalidad del Delito*, 1983 — pág. 38) ao enfatizar que “a reserva legal no estado atual da evolução constitucional implica em que nas matérias abarcadas pela reserva, o princípio da separação absoluta de poderes mantém o seu vigor porque, para as matérias reservadas, a separação de poderes constitui uma garantia.” (*A MEDIDA PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE — Alberto Silva Franco — RT. 648/366 a 368*).

Por outro lado, observa-se que o próprio texto constitucional diz que as medidas provisórias têm “**força de lei** e que perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação...” (artigo 62 e parágrafo único da Constituição Federal).

Assim, o fato de terem somente força de lei e dependerem de aprovação pelo Legislativo sob pena de perda da eficácia *ab initio* (desde sua publicação) está a dizer que, não são leis na acepção jurídica da expressão. Somente serão consideradas leis após a manifestação regular do Legislativo. Com razão, pois, o professor MICHEL TEMER quando diz que:

“Lei é ato nascido no Poder Legislativo que se submete a um regime jurídico predeterminado na Constituição, capaz de inovar, originariamente, a ordem jurídica, ou seja, criar direitos e obrigações. Notem a primeira informação: “É ato nascido do Poder Legislativo”, capaz de criar direitos e obrigações. A medida provisória também cria direitos e obrigações, também obriga, porque o constituinte permitiu exceção ao princípio doutrinário, segundo o qual, legislar incumbe ao Legislativo. Não é lei porque não nasce no Legislativo. Tem força de lei, embora emane de uma única pessoa, é unipessoal, não é fruto de representação popular, estabelecida no art. 1º, § 1º (todo poder emana do povo). Medida provisória não é lei” (Michel Temer, ELEMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL — pág. 153 e 154 — 1989).

Não é demais, ainda, chamar à colação o ensinamento de LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, eminente Juiz do Egrégio Tribunal Superior de Justiça que, procurando conciliar as normas constitucionais, no que tange à matéria penal, diz:

“A teleologia do princípio da reserva legal está conectada com a participação dos representantes do povo na elaboração da lei penal. Não se pode transigir com essa conquista histórica. Se a dinâmica do País recomenda elaboração de leis, no campo repressivo, é necessário que as normas constem de lei formal. No particular, confiro a seguinte interpretação. Análise Sistemática da Constituição recomenda se conciliem as suas normas. O processo legislativo, é lógico, não pode ofender os direitos individuais de garantia. Urge, então, conciliar os respectivos princípios.

Nessa linha, entendo possível este raciocínio: admite-se a medida provisória tratar também de matéria penal, entretanto, nesse aspecto, só ganhará vigência, após aprovada pelo Congresso Nacional” (DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO — pág. 38 e 39 — ed. RT — 1990).

Em conclusão: em qualquer hipótese, ainda que se admita possível regradar matéria penal através de medida provisória, uma coisa é certa, indiscutível: em matéria penal ela somente poderia ter vigência a partir de regular aprovação pelo Congresso Nacional.

Retomando o caso objeto do presente *Habeas Corpus*, verifica-se que a Medida Provisória nº 153 regulou matéria penal, o

que não era admissível, flagrante a inconstitucionalidade diante do já exposto. Como essa medida não foi aprovada (nem examinada) pelo Congresso Nacional, está claro que como Lei Penal na acepção jurídica da expressão, ela nunca teve vigência. E, se judicialmente ela não vigorou como lei penal, ela não poderia revogar o art. 2º, VI, da Lei 1.521/51. A Medida Provisória 175, convertida na Lei 8.035, de 27.04.90, que expressamente revogou a questionada medida provisória (MP nº 153) em realidade não revogou lei penal mas sim e, no máximo, uma proposta de lei penal.

Face ao exposto, assentado que o art. 2º, VI, da Lei nº 1.521/51 não foi revogado pela Medida Provisória nº 153, denega-se a presente ordem de *habeas corpus*.” (94/104).

O voto que acabo de ler, proferido pelo Juiz RUBENS GONÇALVES mostra que, ao contrário do sustentado nas alentadas e douradas razões recursais, o Tribunal não examinou a constitucionalidade da Medida Provisória 153 para negar o *habeas corpus*. Limitou-se, em síntese, a uma análise do não cabimento de Medida Provisória quando pretende criar ou modificar novos tipos penais.

As Medidas Provisórias 153 e 156 tiveram a sua constitucionalidade questionada mediante ação direta proposta no Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República, Dr. ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, cuja liminar foi concedida suspendendo-lhes os efeitos.

Importa sublinhar, outrotanto, que a Medida Provisória 153 foi revogada, desde o seu nascedouro, pela Lei nº 8.035, de 27.04.90, *in verbis* .:

“Art. 1º — São revogadas, desde sua edição, a Medida Provisória nº 153, de 15 de março de 1990, que “define os crimes de abuso do poder econômico e dá outras providências”, e a Medida Provisória 156, de 15 de março de 1990, que “define crimes contra a Fazenda Pública, estabelecendo penalidades aplicáveis a contribuintes, servidores fazendários e terceiros que os pratiquem”.”

O princípio da reserva legal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CF, artigo 5º, XXXIX), não se compadece com a malfadada iniciativa do Poder Executivo. Logo, não se produziu efeito legal de **abolir** crime algum.

O Código Penal — artigos 1º e 2º — reafirma aquele princípio, e que ninguém será punido se **lei** posterior deixar de considerar o mesmo fato como crime, ou se de algum modo, for mais favorável ao réu. Se não existiu lei, em sentido material ou formal, com essa finalidade, o pedido não tem como ser atendido.

De conseguinte, incensurável a decisão recorrida, motivo pelo qual nego-lhe provimento.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, estou de acordo com o Eminentíssimo Relator, inclusive no entendimento de que não é defeso ao Presidente da República editar Medida Provisória, dispondo sobre matéria penal, porquanto esta é da competência privativa do Congresso Nacional. Nesse sentido, inclusive, já se manifestou liminarmente o Supremo Tribunal Federal, ao deferir o pedido do Sr. Dr. Procurador-Geral da República, ao arguir a inconstitucionalidade de uma Medida Provisória editada com incursão em matéria penal.

Nos autos, como observamos, discute-se se remanesce o enquadramento originário do ora recorrente na Lei da Economia Popular, e que, segundo a sua defesa, esse enquadramento teria se tornado ineficaz em razão da edição da Medida Provisória. Ora, inexistindo a eficácia da Medida Provisória, remanesce, portanto, o enquadramento feito com base na Lei da Economia Popular, esta, por si, em plena vigência.

Nestes termos, com estas observações, acompanho integralmente o Eminentíssimo Ministro-Relator.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.068 — SP — (910003477-0) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Rectes.: Antonio Celso Di Munno Correa e outro. Recdo.: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Pacientes: Clarence Noble Capps e Faustino Ilharco Mourão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 06.05.91 — 5ª Turma).

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



HABEAS CORPUS Nº 1.076 — DF

(Registro nº 92.0000020-7)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José Cândido*

Impetrante: *Edylla de Lima*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Distrito Federal*

Paciente: *Carlos Henrique Lima Pires de Oliveira (réu preso)*

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONDENADO POR USO DE TÓXICO E LESÃO CORPORAL, EM CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR.

Sentença que impôs a condenado pena em regime fechado, inicialmente. Inexistência de direito à pretendida prisão domiciliar, só deferida em casos expressamente definidos na Lei de Execuções Criminais.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de CARLOS HENRIQUE LIMA PIRES DE OLIVEIRA, condenado por infração do art. 12, da Lei 6.368/76, e ao art. 129, todos do Código Penal, em concurso material, objetivando a reconsideração da prisão domiciliar, que teve seu pedido denegado pelo E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República argumenta, preliminarmente, em seu Parecer, que o pedido de substituição de recurso próprio, visado pelo impetrante, foi interposto intempestivamente. No mérito transcreve a sentença *a quo* onde se esclarece não haver controvérsia no tocante à autoria e materialidade do delito, visto ter sido admitido pelo próprio réu, tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, que uma

considerável quantidade da droga realmente lhe pertencia. O mesmo se diga em delito, fl. 41, do art. 129, que ficou materialmente esclarecido.

Diz ainda o douto Ministério Público Federal, *verbis* (fl. 94):

“A quantidade de maconha encontrada em seu poder (5 quilos aproximadamente) é mais do que suficiente para caracterizar o tráfico de entorpecentes.

É extremamente objetivo o voto de S. Exa., o Desembargador Relator, acostado às fls. 83 a 85:

“Assim sendo, o fato de ser grande a quantidade de entorpecente apreendido não foi o que determinou a condenação do recorrente como equivocadamente entendeu a defesa, mas sim a concreta realização do tipo incriminado no art. 12 pelo mesmo, sendo a quantidade levada em consideração apenas para melhor caracterização do delito. Aliás, como determina a legislação cogente.”

O cumprimento da pena, na espécie, necessária e obrigatoriamente se deverá se fazer em regime fechado como comanda o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90.

Pelo exposto, se V. Exa. entender cabível a medida, merece seja indeferida como medida de boa aplicação do DIREITO e da JUSTIÇA.”

É o relatório.

VOTO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONDENADO POR USO DE TÓXICO E LESÃO CORPORAL, EM CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR.

Sentença que impôs a condenado pena em regime fechado, inicialmente. Inexistência de direito à pretendida prisão domiciliar, só deferida em casos expressamente definidos na Lei de Execuções Criminais.

Ordem denegada.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): A impetrante deixou de recorrer da decisão proferida no HC 5.570-DF, o que me leva a receber a inicial como substitutiva do recurso ordinário. Ali pretende-se “o reconhecimento do direito do paciente recorrer em liberdade ou mesmo prisão domiciliar...” (fl. 60), o que lhe foi negado.

Outra sorte não poderia ter a presente impetração, agora também com o pedido de absolvição para o paciente, que foi condenado a “3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, por infração do art. 12, da Lei 6.368/76, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela ofensa ao art. 129 do CPB” (fl. 59).

A sentença condenatória impôs ao réu o cumprimento da pena, inicialmente, em regime fechado, sendo confirmada, em grau de recurso, por decisão unânime do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Não assiste razão ao paciente. A fase do recurso em liberdade já se esgotou, com o trânsito em julgado da sentença, e a prisão domiciliar não lhe pode ser deferida por expressa proibição legal. Da pretendida absolvição, não há mais o que se considerar, diante da realidade do processo.

Isto posto, denego a ordem.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 1.076 — DF — (92.0000020-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Impte.: Edylla de Lima. Impdo.: Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Pacte.: Carlos Henrique Lima Pires de Oliveira (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (18.02.92 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli, Costa Leite e Vicente Cerinicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Carlos Thibau.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.565 — RS

(Registro nº 91.0019599-5)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Denilson Fernando Cazzonato*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Paciente: *Denilson Fernando Cazzonato*

Advogado: *Dr. Ivan Edson Bramatti*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR ESTUPRO. ARGÜIÇÃO DE NULIDADES. HABEAS CORPUS.

Conhecimento parcial do recurso. Não há conhecer-se, na via recursal, de matéria estranha às argüições originárias.

Oitiva da ofendida. Da frustração de sua intimação não decorre nulidade, se até o prazo do art. 499 do CPP não reclamou o Ministério Público arrolante, nem o fez subsidiariamente a defesa.

Pobreza da vítima. Improriedade do *habeas corpus*, por seu sumarismo, para examinar tardia controvérsia sobre o estado de pobreza oportunamente comprovado por documento hábil.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se da denegação de *habeas corpus*, decidido em síntese do seguinte parecer do Procurador de Justiça oficiante na instância, o Dr. Arnaldo Buede, *verbis*:

“Informa o paciente que se acha preso em decorrência de sentença condenatória, na comarca de origem. Da leitura da inicial termina-se por depreender que o paciente foi processado por crime de estupro. A ordem vem impetrada porque entende o pacien-

te ter ocorrido cerceamento de defesa durante a instrução do feito; ter a decisão se apoiado no inquérito policial e ser o Ministério Público parte ilegítima. Tudo visando nulidade processual. Diz ter pai comerciante e mãe membro de equipe litúrgica (?).

O cerceamento de defesa, alega, decorre de não se ter oportunizado manifestar-se sobre desistência do testemunho da ofendida; a decisão teria se apoiado unicamente na versão da vítima e só pelo que disse na esfera policial; a ilegitimidade do Ministério Público decorreria de falsa declaração de pobreza manifestada pelo representante da ofendida.

Pede a nulidade do processo, juntando cópias dos autos.

Com as informações de estilo, formou-se o segundo volume, eis que a magistrada substituta houve por bem remeter outra cópia do processo, sem qualquer comentário. Vieram os autos com vista.

A alegação de que a sentença condenatória se apóia apenas nas palavras da ofendida não procede. Basta a leitura dos depoimentos e mesmo da decisão condenatória para elidir-se o argumento. Ademais, o parecer de fls. 173 e seguintes, bem assim o venerando acórdão de fls. 184/185 afirmam a correção da condenação imposta: “A sentença apelada examinou a prova e fato com equilíbrio e muita propriedade, corretamente condenado os apelantes...”

A alegação de que o TIO-AVÔ da ofendida possuía terras, nesta fase, não elide o atestado de fls. 107, nem prova a ilegitimidade do Ministério Público para promover a ação penal. Um pouco serôdia a idéia de anular o processo por tal motivo. Finalmente, não vejo prejuízo ao paciente, com não se inquirir a ofendida durante a instrução do feito, porque, certamente, a vítima não iria agradecer ao paciente, de viva voz, o tê-la estuprado.

O pedido é totalmente inconsistente e desesperado.” — fls. 187.

O recurso ordinário repisa a argüição daquelas nulidades, acrescidas de mais uma, a da imprestabilidade do laudo pericial, desde que assinado por um só perito — fls. 197.

Nesta instância, oficiou o Subprocurador-Geral Haroldo da Nóbrega, consoante parecer assim ementado:

“Ementa: Recurso de *Habeas Corpus*. Estupro. Alegações, na impetração, de ilegitimidade de parte do Ministério Público e de cerceamento de defesa bem repelidas no venerando acórdão. Fundamento novo lançado no recurso,

de nulidade da perícia, que não deve ser conhecido — para que não ocorra supressão de instância — e que, se conhecido, não deve ser acolhido, por falta de argüição oportuna e ainda porque, ante o conjunto probatório, a conjunção carnal mediante violência — constrangimentos e constrições — ficou demonstrada, independentemente da perícia. Parecer pelo improvimento do recurso.” — fls. 209.

Vieram-me, então, os autos conclusos, em razão de redistribuição motivada pelas férias em cujo gozo se encontra o primitivo relator, o Sr. Ministro José Cândido — fls. 216.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, inicialmente, recuse-se conhecimento à matéria de nulidade tocante ao laudo médico-pericial, pois que somente foi suscitada na via recursal, escapando ao necessário crivo da instância *a quo*, cuja supressão não se admite.

No mais, pela ordem da respectiva sustentação, primeiro, tenha-se mesmo por inconcebível a alegação de cerceamento de defesa, à míngua da oitiva da ofendida em juízo: a uma, porque, arrolada na denúncia, a frustração da sua intimação (fls. 138 e 153) havia de ser reclamada pelo Ministério Público; e a outra, porque, ainda que subsidiariamente, não o fez a defesa no prazo do art. 499 do CPP (fls. 157), tudo isso, sem se falar (porque imprópria ao sumarismo do *habeas corpus*) na fortitude dos onze outros depoimentos louvados pela sentença, quanto ao fato de, em co-autoria com dois outros, ter o paciente constrangido a ofendida, de 16 anos, a manter conjunção carnal, mediante violência.

Por sua vez, de igual impropriedade padece, relativamente à via eleita, a contestação do estado de pobreza da vítima e seu representante legal, oportunamente atestado por documento hábil (fls. 107).

Em suma, não vejo como censurar o v. acórdão recorrido, tanto mais que fez ressalva ao reexame dessas matérias no curso processual adequado.

Pelo exposto, conheço parcialmente do recurso, e lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.565 — RS — (91.0019599-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Recte.: Denilson Fernando Cazzonato. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pacte.: Denilson Fernando Cazzonato (réu preso). Adv.: Ivan Edson Bramatti.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento (16.12.91 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Costa Lima e Flaquer Scartezzini. Ausentes os Srs. Mins. Assis Toledo e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.594 — SP

(Registro nº 91.20456-0)

Relator: *Ministro José Cândido*

Recorrente: *Elis Gonçalves de Godoi*

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

Paciente: *Elis Gonçalves de Godoi*

Advogado: *Dilson Gomes Ales*

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS*.

Pretendida nulidade do feito, porque exercida a defesa, em parte da instrução criminal, por suposto advogado.

Não ficou provado, nos autos, que a pessoa encarregada da defesa do réu, no início da instrução, e por ele constituída, não era advogado. Isso não invalida o processo, desde que não ficou demonstrado prejuízo para a defesa, que logo foi exercida por Defensora Pública especialmente nomeada pelo Juiz, e que nada argüiu nesse sentido.

O *Habeas Corpus* não é via adequada para a declaração de nulidade de processo criminal, quando subsiste dúvida do alegado.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Cuida-se de recurso ordinário interposto por ELIS GONÇALVES DE GODOI, contra o v. acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe denegou *Habeas Corpus* em que pretendia anular a ação penal contra si instaurada a partir da defesa prévia, eis que foi defendido por um falso advogado, o que representou nulidade absoluta, nos termos da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal. Alegando, também, falha do Ministério Público que não cumpriu o seu dever funcional estabelecido no art. 129, VI, da Constituição Federal, pelo que houve cerceamento de defesa nos termos do art. 5º, LV, da mesma Constituição.

Sustenta ainda que não se aplica o disposto no art. 565 do Código de Processo Penal pois não concorreu para a nulidade, eis que agiu de boa-fé ao contratar advogado.

O ilustrado Subprocurador-Geral da República, Dr. Lineu Escorel Borges, em seu parecer de fls. 130/134, argumenta, preliminarmente, que a admissão do presente recurso na instância inferior implica num desrespeito ao princípio da igualdade dos litigantes garantido não só para os indivíduos como para a sociedade em geral, pelo art. 5º, inciso LV, da CF, inclusive na fase recursal, princípio esse que resultaria contrariado se admitida for a tempestividade do recurso que só ingressou na Secretaria do STJ em 19/11/91 (fls. 126) além do quinquídio legal.

Quanto ao mérito, a Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal não pode ser interpretada e aplicada como quer o Recorrente, pois ela cuida da "falta" de defesa, o que não ocorreu na ação penal, pois o réu

indicou advogado, este fez defesa prévia, arrolou testemunhas, compareceu a uma audiência e fez perguntas (fls. 16 e 19).

Depois todos desapareceram, inclusive o réu, donde a decretação de sua revelia (fl. 23), e em seguida o defensor constituído no interrogatório volta a atuar (fl. 25), e depois desaparece novamente.

É inegável que, se nulidade houvesse, o Réu teria dado causa a ela, pelo seu próprio desaparecimento, só ajuizando o HC quando foi preso recentemente (fl. 97), donde sua pretensão esbarrar no art. 565 do CPP.

A falta de providências pelo Ministério Público, quanto à falsidade do registro profissional do advogado, não é alegação procedente como causa de nulidade, pois o que importava era assegurar o direito de defesa do réu, e este foi providenciado pelo Juiz, que nomeou o advogado dativo, na forma da lei.

Concluindo, opinou pelo desprovimento do recurso, se conhecido for, e pela manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS*.

Pretendida nulidade do feito, porque exercida a defesa, em parte da instrução criminal, por suposto advogado.

Não ficou provado, nos autos, que a pessoa encarregada da defesa do réu, no início da instrução, e por ele constituída, não era advogado. Isso não invalida o processo, desde que não ficou demonstrado prejuízo para a defesa, que logo foi exercida por Defensora Pública especialmente nomeada pelo Juiz, e que nada argüiu nesse sentido.

O *Habeas Corpus* não é via adequada para a declaração de nulidade de processo criminal, quando subsiste dúvida do alegado.

Recurso improvido.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Examino, inicialmente, as arguições preliminares do MPF, em seu PARECER, de fls. 130-4.

A primeira denuncia uma suposta intempestividade do recurso, desde que ele, embora manifestado *in tempore oportuno*, junto ao Tribunal *a quo*, “deveria ter sido interposto perante a Secretaria do STJ, à

qual caberia imediato registro, distribuição e vista ao MP, para em seguida o Relator submeter o feito a julgamento..." (fl. 131). E, a seguir, acrescenta, de modo enfático:

"Não há norma legal dispondo o contrário, a não ser com relação aos recursos especial e extraordinário em que a interposição se faz na instância *a quo*.

A admissão do presente recurso na instância inferior implica um desrespeito ao princípio da igualdade dos litigantes, garantido não só para os indivíduos como para a sociedade em geral, pelo art. 5º, inciso LV, da CF, 'inclusive na fase recursal, princípio esse que resultaria contrariado, se admitida for a tempestividade do recurso que só ingressou na Secretaria do STJ em 19/11/91 (fls. 126) além do quinquídio legal" (fl. 131).

Esta impugnação prévia, do MPF, não merece acolhimento.

Diz o artigo 31, da Lei 8.038/90:

"Distribuído o recurso, a Secretaria, imediatamente, fará os autos com vista ao Ministério Público, pelo prazo de 2 dias".

Em seguida, os autos serão conclusos ao relator (parágrafo único).

Destaque-se que, na hipótese em julgamento, há despacho do ilustre Desembargador Marino Emílio Falcão Lopes, 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, com observação expressa sobre a tempestividade do recurso, a justificar a sua remessa. Não há lei determinando que o recurso seja apresentado na Secretaria do STJ, como quer o Ministério Público Federal.

Com estas observações, rejeito a preliminar de intempestividade do recurso, entendendo que o lugar, para a apresentação do recurso ordinário de *habeas corpus*, é o próprio tribunal *a quo*.

O segundo ponto assinalado pelo MPF, como capaz de invalidar a presença do recorrente perante esta Corte, é o da falta de procuração ao advogado subscritor do recurso, sem cujo instrumento estaria ele impedido de chegar ao juízo revisional. Sugere, como medida saneadora, para corrigir a deficiência da representação judicial, a intimação do signatário recurso, para juntar, no prazo que lhe for consignado, o competente instrumento de procuração.

Não me parece ser indispensável a delegação de poderes a advogado para assinar o recurso de *habeas corpus*. Ora, o artigo 654, do Código de Processo Penal, dispõe, expressamente, que qualquer pessoa pode impetrar a medida extrema em seu favor ou de outrem. Por que exigir-se que essa mesma pessoa apresente procuração para recorrer do despacho indeferitório de *habeas corpus*? Os autos revelam que o advogado

OILSON GOMES ALES impetrou *habeas corpus* em favor do paciente (inicial, fl. 2). Indeferida a impetração, veio a esta Corte pedir a reforma do julgado, não sendo motivo para obrigá-lo a apresentar instrumento de procuração. Com estes fundamentos, rejeito a segunda argüição prévia do Ministério Público Federal.

Vencidas as preliminares, passo ao exame do mérito.

O recorrente insiste na declaração de nulidade do feito, a partir da defesa prévia, inclusive, porque defendido, durante a instrução criminal, por falso advogado. Não tem inscrição na Ordem dos Advogados.

O egrégio Tribunal venceu esta censura, considerando que “a impetração não se preocupou em anexar documentação que conteste esta afirmação e deveria tê-lo feito, se pretendesse, mesmo, provar o alegado” (fl. 108). O argumento parece-me válido, porque poderia o defensor ter inscrição em outra Seccional. E não é só isso, foi ele substituído no processo por defensora nomeada pelo Juiz (fl. 83), na pessoa da Dr^a ELZA DE OLIVEIRA LIMA, Procuradora da PAJ, que prosseguiu no feito sem argüir nulidade dos atos, até então praticados pela defesa.

O Doutor Procurador de Justiça de São Paulo trouxe ao processo a decisão proferida pela Suprema Corte, em caso semelhante, no HC 66.630-2/SP, relator, Min. Sydney Sanches, no Plenário, em 19.11.88 (DJU 24.2.89), assim ementada:

“Não se evidenciando nos autos que os defensores constituídos pelo paciente, no processo em que proferida a condenação, sejam mesmo falsos advogados, nem se demonstrando que a defesa, por eles apresentada, lhe haja causado qualquer prejuízo, não é o caso de se anular o processo”.

Tal como ocorreu na decisão do STF, o recorrente não oferece prova inequívoca de que seu ex-defensor não era advogado; nem demonstrou prejuízo à defesa, em grande parte exercida pela Procuradora do PAJ, nomeada pelo Juiz da causa.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.594 — SP — (91.0020456-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recte.: Elis Gonçalves de Godoi. Advogado: Oilson Gomes Ales. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacte.: Elis Gonçalves de Godoi (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (18.02.92 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli, Costa Leite e Vicente Cer-
nicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Carlos Thibau.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.706 — RJ
(Registro nº 91.0024137-7)

Relator: *Ministro José Cândido*

Recorrente: *Ricardo Pinto Signorelli*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Ja-
neiro*

Paciente: *Ricardo Pinto Signorelli (réu preso)*

Advogada: *Maryse Horta de Araújo*

**EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. RE-
GIME FECHADO. PROGRESSÃO. CONDENADO QUE
CUMPRE PENA EM REGIME SEMI-ABERTO. SAÍDA
TEMPORÁRIA, SEM VIGILÂNCIA. ART. 123, DA LEI
7.210/84.**

Consolida-se a jurisprudência do Superior Tri-
bunal de Justiça, no sentido de que, já atendida a
exigência de cumprimento de 1/6 da pena, no regime
fechado, está o recluso capacitado para desfrutar do
benefício, sem obrigação semelhante no regime semi-
aberto.

Precedentes do STJ.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indica-
das:

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Foi interposto recurso de *habeas corpus* contra decisão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro que negou ordem de *Habeas Corpus* a RICARDO PINTO SIGNORELLI, impedindo-o de usufruir do benefício da saída temporária, sem vigilância, para visita à família, sob o fundamento da obrigatoriedade do cumprimento de 1/6 da pena em cada regime.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 70/73, argumenta que:

“*In casu*, a questão cinge-se ao requisito objetivo, a ser preenchido pelos condenados que cumprem pena em regime semi-aberto, oriundos do regime fechado, por progressão, com vistas à saída temporária prevista no artigo 123, II, da Lei de Execução Penal.

Discute-se a necessidade do cumprimento mínimo de um sexto da pena, no regime progredido, para que seja autorizada a saída temporária — visita à família.

Ora, a saída temporária é própria daqueles condenados que cumprem pena em regime semi-aberto. Se, evidentemente, o condenado provém de outro regime, onde já cumpriu este requisito objetivo, com vistas à progressão, não há como se lhe impor novo prazo de cumprimento da pena, para obtenção de benefício previsto na Lei de Execução Penal. Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.”

Juntando jurisprudência desta E. Corte, opinou o Ministério Público Federal, pelo provimento do recurso, concedendo-se a ordem pleiteada.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. REGIME FECHADO. PROGRESSÃO. CONDENADO QUE CUMPRE PENA EM REGIME SEMI-ABERTO. SAÍDA TEMPORÁRIA, SEM VIGILÂNCIA. ART. 123, DA LEI 7.210/84.

Consolida-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, já atendida a exigência de cumprimento de 1/6 da pena, no regime fechado, está o recluso capacitado para desfrutar do benefício, sem obrigação semelhante no regime semi-aberto.

Precedentes do STJ.

Recurso provido.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): A questão é das mais simples, e já está resolvida, nos termos do pedido, pelo entendimento pacífico da 5ª TURMA, desta egrégia Corte, conforme decisões transcritas no Parecer do Ministério Público Federal, que se mostra favorável ao provimento do recurso (fls. 70-3).

Observa-se que o paciente está cumprindo pena no regime semi-aberto, onde chegou após cumprir mais de 1/6 de sua pena no regime anterior (fechado). Não é necessário que se espere, no novo regime, o cumprimento de mais 1/6 da pena.

Estou de acordo com a jurisprudência que já se formou na 5ª TURMA, de que é exemplo a decisão ali proferida pelo Ministro ASSIS TOLEDO no RHC nº 1.619, assim ementado:

“Execução de sentença. Execução penal. Saída temporária. Autorização. A exigência de cumprimento mínimo de um sexto da pena (art. 123, II). Considera-se satisfeita quando o condenado, recém-ingresso no regime semi-aberto, já cumprira esse requisito no regime anterior (fechado).

Provimento do recurso para concessão parcial da ordem”. (STJ — DJ de 16.12.91, p. 18.551” (fl. 72).

Isto posto, dou provimento ao recurso, para conceder a ordem.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.706 — RJ — (91.0024137-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recte.: Ricardo Pinto Signorelli. Advogado: Maryse

Horta de Araújo. Recdo.: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Pacte.: Ricardo Pinto Signorelli (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para conceder a ordem de *habeas corpus* (18.02.92 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli, Costa Leite e Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Carlos Thibau.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.803 — CE
(Registro nº 92.0002063-1)

Relator: *O Senhor Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Heraldo de Castro Matos*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

Paciente: *Heraldo de Castro Matos (réu preso)*

Advogados: *Drs. Paulo Roberto Pinheiro Sales e outro*

EMENTA: Processo Penal. *Habeas Corpus*. Prisão preventiva. Excesso de prazo.

Revogada a prisão preventiva, pode o juiz novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem, na conformidade do que preceitua o art. 316 do CPP.

Atraso na marcha do processo, provocado, em parte mais significativa, pela atuação da defesa, não caracterizando, pois, constrangimento ilegal.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas

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

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de fevereiro de 1992 (data do julgamento)

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Por bem resumir a espécie, adoto, à guisa de relatório, a parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal, da lavra da culta Subprocuradora-Geral, Dra. Delza Curvello Rocha, nestes termos:

“Os bacharéis Paulo Pinheiro Sales e José Wilson Pinheiro Sales, inconformados com decisão denegatória em *habeas corpus* por eles impetrado em favor de Heraldo de Castro Matos junto ao E. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, dela recorrem com fundamento no texto constitucional — art. 105, II, *a*.

Alegam, em resumo, que as informações que levaram às conclusões do acórdão recorrido não correspondem à realidade dos fatos, pois omitiram dados importantes que, se sopesados pelo Juízo, levariam a resultado diverso do adotado pelo Tribunal; alegam ainda excesso de prazo na formação da culpa bem como ausência de elementos de prova que vinculem o paciente ao delito.

O acórdão recorrido assim encontra-se redigido:

“A existência, ou não, de base fática para propositura da ação penal envolve matéria de alta indagação, nos termos propostos, sendo descabido o seu exame no âmbito restrito do processo de *habeas corpus*.

Com referência à incompatibilidade do decreto de prisão preventiva com as exigências da lei, os impetrantes não trouxeram aos autos cópia daquela peça, inviabilizando o seu exame, como bem detectou a douta Procuradoria-Geral da Justiça.

Quanto à alegada primariedade do paciente, e com referência à circunstância de ter endereço certo e profissão definida, é de se ver que tais afirmações, além de não provadas, não influenciam os critérios balizadores do decreto de custódia prévia. Vale acrescentar que, embora se dizendo primário, o paciente não trouxe aos autos certidões criminais das comarcas de Santarém-Pará, e de Itapagé, neste

Estado, onde responde a processos por crimes de homicídio. Acrescente-se que o endereço apontado como sendo o seu, não o é, de acordo com informação da autoridade policial ao Juiz processante.

Sobre a conveniência e necessidade da medida contra a qual se insurgem os impetrantes, o paciente deixou evidente e sua justeza quando descumpriu as condições estabelecidas pelo Juiz ao relaxá-la, viajando para outro Estado, e que levou o representante do Ministério Público a requerer a renovação da custódia, o que foi deferido.

Em relação ao excesso de prazo, consta dos autos que as testemunhas de acusação já foram inquiridas. E que a tardança na coleta dos depoimentos das arroladas pela defesa se deve, em grande parte, a atrasos provocados pela defesa.

A orientação jurisprudencial, em casos assim, é no sentido de que não pode beneficiar-se o réu da tardeza na ouvida das testemunhas que arrolou, para a qual contribuiu fortemente.

Na hipótese em foco, é inegável a responsabilidade da defesa por elevada parcela do serôdio desenvolvimento do feito, dando causa a adiamentos de audiência, retendo os autos indevidamente e não fornecendo dados corretos e atualizados das testemunhas que arrolou.

Assim, coerentemente com a jurisprudência emanada de nossos Tribunais, é de se acatar o parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça, denegando-se o *writ*.”

Opinando, o parecer é pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Este é o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O v. acórdão recorrido não merece censura. Tal como acentuou, “a existência, ou não, de base fática para propositura da ação penal, envolve matéria de alta indagação, nos termos propostos”, não comportando exame, pois, em sede de *habeas corpus*.

De outra parte, revogada a prisão preventiva, pode o Juiz novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem, na conformi-

dade do disposto no art. 316, do CPP, tal como ocorreu na espécie vertente, porquanto descumpridas as condições impostas pelo Juízo, como esclarecem as informações.

Por fim, quanto ao apontado excesso de prazo, é de ver-se que a prova de acusação já foi concluída, restando apenas a oitiva de testemunhas arroladas pela defesa. Embora se possa atribuir parte do atraso verificado na marcha do processo a falhas na condução do mesmo, observa-se que, em parte mais significativa, foi provocado pela atuação da defesa.

Assim sendo, Senhor Presidente, não se divisa constrangimento ilegal a reparar, pelo que nego provimento ao recurso. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.803 — CE — (92.0002063-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Heraldo de Castro Matos. Advs.: Paulo Roberto Pinheiro Sales e outro. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Pacte.: Heraldo de Castro Matos (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (24.02.92 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, José Cândido e Carlos Thibau. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSOS

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 175 — PB
(Registro nº 89126555)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrentes: *Ana Teresa Nóbrega e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça da Paraíba*

Impetrado: *Secretário de Estado da Administração da Paraíba*

Recorrido: *Estado da Paraíba*

Advogados: *Drs. Nizi Marinheiro e Paulo Américo de Andrade Maia*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. VANTAGENS PESSOAIS. DISPOSIÇÃO LEGAL.

I — Criada através de lei, com expressa disposição de ser vantagem pessoal, inclusive com vedações implícitas, não se configura direito que possa ser estendido indistintamente a toda gama de servidor.

II — Improvimento do recurso.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Cuidam os autos de Recurso em Mandado de Segurança onde figuram como recorrentes ANA TERESA NÓBREGA e outros que, inconformados com a denegação da Segurança pelo TJ-PB, buscam a reforma do v. acórdão.

Originalmente a segurança fora impetrada com a finalidade de obrigar a Administração Estadual a incluir nos vencimentos dos impetrantes, todos Procuradores do Tribunal de Contas Estadual, benefícios instituídos pela Lei Estadual nº 5.097/88.

Tal benefício se traduz em adicional por tempo de serviço concedido aos Magistrados e Procuradores Públicos estaduais, conforme faz ver a transcrição de fl. 37/38.

“Art. 8º — Aos Juízes de Direito, Promotores de Justiça, que contarem tempo de serviço público inferior a 15 (quinze) anos, é assegurada a percepção, em caráter excepcional, de adicional por tempo de serviço em valor que corresponda ao que fazem jus os integrantes dessas carreiras quando atingem, em obediência à legislação própria, o equivalente a 03 (três quinquênios).”

“Art. 3º — O benefício constante do art. 1º não se aplica aos **membros da Magistratura, do Ministério Público, da Procuradoria-Geral do Estado, aos Advogados de Ofício, aos Conselheiros, Auditores e Procuradores do Tribunal de Contas, Procuradores do Tribunal de Justiça, bem como aos integrantes dos Grupos Ocupacionais Outros Serviços Técnicos e Científicos — STC — 1900, Auditoria e Controle Interno ACI-1800, Atividades de Controle Externo TC-ACE e Inspetoria de Engenharia TC-IE.**”

Nesta instância a douta SGR, com vista, emitiu parecer pelo improvido do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Os artigos da Lei Estadual nº 5.072/88, em torno do qual se firmou a controvérsia, trazem a seguinte redação:

“Art. 8º — Aos Juizes de Direito, Promotores de Justiça, que contarem tempo de serviço público inferior a 15 (quinze) anos, é assegurada a percepção, em caráter excepcional, de adicional por tempo de serviço em valor que corresponda ao que fazem jus os integrantes dessas carreiras quando atingem, em obediência à legislação própria, o equivalente a 03 (três) quinquênios.” (fl. 37).

e outro artigo:

“Art. 3º — O benefício constante do art. 1º não se aplica aos **membros da Magistratura, do Ministério Público**, da Procuradoria-Geral do Estado, aos Advogados de Ofício, aos Conselheiros, Auditores e **Procuradores do Tribunal de Contas**, Procuradores do Tribunal de Justiça, bem como aos integrantes dos Grupos Ocupacionais Outros Serviços Técnicos e Científicos — STC-1900, Auditoria e Controle Interno ACI-1800, Atividades de Controle Externo TC-ACE e Inspeção de Engenharia TC-IE.” (fls. 37/38).

Por tal clareza já seria desnecessário alongar-se no assunto, no entanto, o faço, para adotar as razões do parecer da douta SGR, nestes termos:

“Dispõe a Constituição Estadual, no seu artigo 80, na redação dada pela Emenda 22, de 16/06/81:

‘Compõem o Ministério Público:

I. A Procuradoria-Geral da Justiça;

II. As Procuradorias da Justiça;

III. O Conselho Superior do Ministério Público;

IV. A Corregedoria-Geral do Ministério Público;

V. A Promotoria da Justiça;

VI. Mantidas as respectivas autonomias, o Procurador-Geral e os Procuradores do Tribunal de Contas do Estado.’

Em vigor, à época da sua edição, a Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e outras posteriores, verificamos ao ler o *caput* do art. 94 que o Ministério Público da União deveria funcionar junto aos juizes e Tribunais Federais.

A ilação que se infere a partir do texto da Lei Maior é a de que a Instituição foi criada, nos idos da antigüidade, e mantida por milênios, com a função primordial de *custos legis*, junto aos magistrados *d’assise*, para promover as ações e obter decisões judiciais.

Sempre e ininterruptamente assim funcionou, porque é sua característica fundamental: mover a máquina judiciária, que não pode andar de ofício.

Assim é que a Instituição tem contornos e estruturas típicos e especiais, ausentes em quaisquer outras.

Determinava, ainda, a Lei Maior, que o Ministério Público Estadual fosse organizado por Lei Complementar de iniciativa do Presidente da República, e, portanto, obedecendo as regras básicas estatuídas na Seção própria (arts. 94 a 96 da CF/67).

A partir de um determinado momento, para atender a apelos fisiológicos, os funcionários que exerciam cargos no Tribunal de Contas da União, cujas funções, julgavam, se assemelhavam às do Ministério Público, para obter a mesma remuneração, conseguiram impor a mesma designação a lhes ser destinada (Procuradoria do Tribunal de Contas e Ministério Público do Tribunal de Contas).

A par de não constituir este Tribunal, um órgão julgador, na acepção do termo, mas de assessoria técnica ao Poder Legislativo, as funções do Procurador junto a ele são assemelhadas às de auditores, exigindo conhecimentos de contabilidade e economia, não sendo jamais parecidas às do Ministério Público.

Não se trata de minimizar a sua atuação, porque relevantes e importantes. Porém não se pode é querer, por força de mudar uma designação, impor a mudança na natureza jurídica da Instituição.

Toda a digressão foi feita para clarear a impropriedade de ter o legislador paraibano incluído os Procuradores do Tribunal de Contas na composição do Ministério Público local, ainda que tivesse declarado a manutenção das respectivas autonomias.

Estava, assim, insito na mente do legislador a impossibilidade de fazê-los parte de uma Instituição que nada tem a ver com a sua natureza jurídica.

Daí resultam os problemas advindos, como por exemplo, o de que se trata nestes autos: os Procuradores são parte mas não são efetivamente parte do Ministério Público.

E por isso mesmo não podem ser beneficiados com vantagens conferidas aos membros da magistratura *début*.

Sim, porque *in casu* não se trata de **direito** como querem fazer crer os Recorrentes, mas de **vantagem**.

A disposição invocada da Constituição hoje em vigor — art. 130 — para fundamentar a tese dos Recorrentes, não tem, pois, pertinência à espécie, por isso que a determinação visa apenas à aplicação das disposições da seção do Ministério Público aos Procuradores do Tribunal de Contas, quando se tratar de direitos, vedações e forma de investidura.

E quais são estes?

Aqueles a que se refere os §§ 3º e 4º do artigo 129 (promoção, aposentadoria e forma de investidura) e o inciso II do artigo 128 (vedações).

A nova lei estadual, de nº 5.097, de 24/11/88, somente concedeu especificamente aos Magistrados e Membros do Ministério Público, um benefício em caráter excepcional. É o que se lê no artigo 6º ao dar nova redação ao artigo 8º da Lei 5.072, de 23/08/88:

‘Aos Magistrados e Membros do Ministério Público... é assegurada a percepção, **em caráter excepcional**, de adicional..’ (grifos nossos);

já que foram todos excluídos do outro benefício concedido pela mesma lei em seu art. 1º. Eis o texto do artigo 3º:

‘O benefício constante do art. 1º **não se aplica aos** Membros da Magistratura, do Ministério Público, da Procuradoria-Geral do Estado, aos Advogados de Ofício, aos Conselheiros, Auditores e **Procuradores do Tribunal de Contas...**’ (grifos nossos).

O próprio legislador aqui faz a nítida e expressa exclusão dos Recorrentes. Se quisesse proceder à concessão do adicional também a eles, tê-los-ia incluído na relação do art. 8º citado.

Foram, assim, os Recorrentes, expressamente excluídos pela vontade do legislador.

E se assim não fora, seriam também excluídos por força de não pertencerem ao Ministério Público como membros, mas apenas constarem na relação constitucional como composição espúria, mantendo sua autonomia.

Acresce aduzir que se trata de legislação especial, restrita, não cabendo ao intérprete admitir extensões absurdas de sua aplicação, sob pena de violar a ordem jurídica, por isso que não tem o Poder Judiciário competência para legislar, determinando existir uma vantagem pecuniária não expressa na lei.

De se aplicar, assim, na espécie, a Súmula 339:

‘Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.’” (fls. 73/77).

Por tudo o que se expõe nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DE MINUTA

RMS nº 175 — PB — (89126555) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrentes: Ana Teresa Nóbrega e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça da Paraíba. Impetrado: Secretário de Estado da Administração da Paraíba. Recorrido: Estado da Paraíba. Advogados: Drs. Nizi Marinheiro e Paulo Américo de Andrade Maia.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 06.03.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



ARG. INCONST. NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Nº 307 — SP

(Registro nº 90.1829-3)

Relator Originário: *Ministro Pedro Acioli*

Relator p/ Acórdão: *Ministro Américo Luz*

Recte.: *Wilson Baldini*

Recdo.: *Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo*

Advs.: *Joaquim de Paula Ribeiro e outros*

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 2/76 DO TJESP. DEMISSÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA.

O art. 78, I, da Resolução nº 2/76, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao estabelecer que as sindicâncias e correição nos proces-

sos administrativos serão realizadas pelo Juiz corregedor, não padece do vício de inconstitucionalidade. É da competência privativa dos tribunais organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva (CF, art. 96, I, b).

Argüição rejeitada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, rejeitar a argüição de inconstitucionalidade do art. 78, I, da Resolução nº 02/76, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Adoto integralmente o relatório posto no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República de fls., nestes termos (fls. 110/113):

“Por mandado de segurança investe o recorrente contra ato do Presidente do e. TJSP que o demitiu do cargo de Oficial de Justiça.

3. Alega cerceamento de ampla defesa no processo administrativo e incompetência daquela Corte porque o ato demissório é da competência do Governador do Estado, em razão do disposto no art. 144, § 5º, combinado com o art. 57, V, da EC nº 1/69, sendo este último dispositivo de adoção obrigatória por parte dos Estados, tanto é assim que a Constituição paulista adotou-o no seu art. 22, III.

Por estes dispositivos, só cabe ao Governador do Estado demitir funcionários públicos efetivos. O Presidente do Tribunal, conclui o recorrente, só pode demitir auxiliares eventuais (art. 209, III, do Código Judiciário do Estado de São Paulo).

4. Julgando o feito, decidiu o ven. acórdão pela inexistência de qualquer ilegalidade no processo administrativo, preservando-o, integralmente.

No que respeita à competência para o ato de demissão, entendeu o julgado estar o Presidente do Colegiado judicante autorizado a praticá-lo *ex vi* do art. 144, § 5º, da EC nº 1/69, que atribuiu competência aos Tribunais de Justiça dos Estados de propor ao Poder Legislativo a alteração da organização e da divisão judiciárias, o que ocorreu pela Lei 5.621/70, que regulamentou aquele dispositivo constitucional.

5. Esta Lei dispôs que a matéria organizacional e disciplinar poderia ser tratada por resolução do Tribunal (art. 6º, IV).

Refugou, também, a ilegalidade da inexistência da Comissão Processante, porque, pela Resolução nº 2/76, art. 78, I, as sindicâncias e processos administrativos são realizados pelo Juiz Corregedor Permanente colidindo o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, com o dispositivo da Resolução nº 2/76, prevalece esta, *ex vi* da LOMAN que reiterou a competência privativa dos Tribunais no tocante à direção e disciplina dos órgãos e serviços a eles subordinados (fls. 64/65).

6. Inconformado, recorre o impetrante reiterando os argumentos expendidos na inicial e dizendo a fls. 69/70, que: "O Egrégio Tribunal extrapolou em sua atribuição e competência ao estabelecer no art. 78, inciso I, que os processos administrativos sejam presididos pelo Juiz Corregedor Permanente. Com tal procedimento o Tribunal recorrido invadiu área de competência do Poder Legislativo. Veja-se que o artigo 144, § 5º, da Constituição Federal atribuiu, privativamente, aos Tribunais de Justiça dos Estados proporem ao Legislativo alteração da organização judiciária. Posteriormente, promulgou-se a Lei nº 5.621/70 que veio regulamentar a citada disposição constitucional. Referida Lei, em seu artigo 4º, inciso III, dispôs claramente que deverão ser enviadas ao Governador do Estado, para INICIATIVA DO PROCESSO LEGISLATIVO, as Resoluções dos Tribunais que implicarem na disciplina do REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES. Ora, o processo administrativo e a demissão de funcionário público está-

vel necessariamente estão compreendidos no regime jurídico dos servidores. De relevância, ainda, que o artigo 13, inciso V, da Constituição Federal, determina a obrigatoriedade para que os Estados apliquem a seus servidores as normas constitucionais relativas a servidores. De clareza meridiana, portanto, que o Regime Disciplinar dos servidores do Estado deverá ser feito através de Lei de iniciativa exclusiva do Governador.

Desta forma, a Resolução nº 2, de 1978, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no que concerne às disposições contidas em seu artigo 78, inciso I, é flagrantemente inconstitucional porque infringe os artigos 6º, parágrafo único; 13, inciso V; 57, inciso V, e 144, § 5º, todos da Constituição Federal”.

7. Toda a questão consiste em se saber se o Tribunal ao ter baixado a Resolução nº 2/76, e regulamentando o regime jurídico dos servidores, sem havê-la remetido ao Poder Legislativo, incorreu em inconstitucionalidade face ao disposto no art. 4º, III, da Lei nº 5.621/70”.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O artigo 4º da Lei nº 5.621/70, inciso III, estabelece que:

“Ressalvado o disposto na Constituição (art. 115, II, e 144, § 6º) deverão ser enviadas ao Governador do Estado, para a iniciativa do processo legislativo, as resoluções dos Tribunais de Justiça que implicarem em:

I — ...

II — ...

III — Disciplina do regime jurídico dos servidores;”

Quando analisou a *quaestio*, o eg. Tribunal, escudado no art. 78, I, da Resolução nº 2, de 15/12/76, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que assim dispõe:

“O regime disciplinar do pessoal das serventias não oficializadas é o constante do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado, no que for aplicável com as seguintes modificações:

I — As sindicâncias e processos administrativos serão realizados pelo Corregedor Permanente, podendo o Corregedor-Geral

avocá-los em qualquer fase, a pedido ou de ofício, e designar Juiz Auxiliar para coleta de provas”.

Entendeu, ainda, o acórdão recorrido, que correta a pena de demissão aplicada pelo Tribunal de Justiça.

Ora, a vista d'olhos, o confronto dos dispositivos acima elencados dá-nos a certeza que a pena de demissão a servidor é ato privativo do Chefe do Executivo, não podendo ser aplicada, em qualquer hipótese, senão pelo próprio.

Aliás, não discrepa desse entendimento o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, quando assim afirma — fls. 113/114:

“Aliás, o ven. ac., *data venia*, não enfrentou, de cara, a controvérsia. Tergiversou e situou-se, quase que exclusivamente, na legalidade do processo administrativo.

O fato é que a Lei Maior, a anterior no seu art. 13, a atual nos seus arts. 25 e 29 estabelecem que os Estados-membros e Municípios se organizam e se regem pelas respectivas constituições e leis, porém devem obedecer aos princípios básicos instituídos na Lei Fundamental Federal.

Dentre os princípios fixados no texto anterior, o art. 13, V, prescrevia:

“V — as normas relativas aos funcionários públicos,...”.

Desta forma, dentro do quadro constitucional de então, a lei estadual que regulasse o regime do servidor público deveria obedecer ao modelo federal, principalmente, no que tange à admissão e demissão de servidor.

No modelo federal, a demissão de servidor público efetivo é feita pelo Presidente da República, segundo preceitua o art. 210, I, da Lei nº 1.711/52 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

Ora, como a Resolução nº 2/76, neste particular, não obedeceu o que determina o art. 4º, III, da Lei nº 5.621/70, incidiu em manifesta inconstitucionalidade, pois que, o regime do servidor público, inclusive o disciplinar, deverá obedecer a uma única lei regencial, guardada apenas certas peculiaridades especiais reservadas a determinadas categorias funcionais, como é o caso da Magistratura e do Ministério Público, que tem para isto normas constitucionais expressas.

Diga-se, porém, que não é a falta da Comissão Processante que determinaria a nulidade do ato de demissão, pois que a figu-

ra do juiz corregedor supre aquela por força do disposto no art. 21, V, da LOMAN. Ainda mais, vê-se que o recorrente em sua defesa usou de todos os recursos administrativos indo até o Pleno do Tribunal paulista.

O que acarreta a nulidade da portaria demissória é que a mesma deveria ter sido emitida pelo Governador do Estado nos termos do art. 260 da Lei nº 10.261/68 — Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo.

Por todo o exposto, opina-se pelo parcial provimento do recurso para que, declarada a inconstitucionalidade da Resolução nº 2/76 naquilo que conflita com modelo constitucional federal e com o art. 4º, III, da Lei nº 5.621/70, seja decretada a nulidade da Portaria que demitiu o recorrente, garantindo-se a autoridade coatora a feitura do ato a ser subscrito pelo Governador do Estado.”

Diante do exposto, apreciando a alegação de inconstitucionalidade posta, *INCIDENTER TANTUM*, e pelo conflito existente entre a Resolução 2/76 e o que dispõe a Lei nº 1.711/52, que disciplina as relações jurídicas entre servidores e estado, entendo ser inconstitucional o art. 78 da RESOLUÇÃO 2/76, e por tal ilegal a Portaria que demitiu o recorrente, porquanto o ato demissionário só pode ser efetivado pelo Governador do Estado.

Dou, pois, provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente. Tenho dúvida quanto ao provimento do recurso, porque se se trata de arguição de inconstitucionalidade proposta pelo Ministro-Relator na Turma, creio que o mérito deverá ser apreciado; proclamada a inconstitucionalidade, os autos voltam à Turma, a menos que não haja resíduo.

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Vamos deixar para a Turma apreciar a parte que diz respeito ao recurso. Declaro a inconstitucionalidade e devolvo os autos à Turma para apreciar o julgamento do mérito.

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Estou de acordo em que, não havendo matéria residual a ser decidida na Turma, que se decida aqui. Agora, se houver, a meu ver, os autos têm que, proclamada a inconstitucionalidade, voltar à Turma.

Estou de acordo com a inconstitucionalidade. A meu ver, o ato é do Governador do Estado.

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Presidente): Eminentemente Ministro-Relator, o Sr. Ministro Américo Luz indaga se há ou não resíduo a ser apreciado pela Turma. Se não houver, entende que deva ser decidido agora, aqui.

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O que se discute aqui é a inconstitucionalidade e, conseqüentemente, o provimento do recurso. Anular portaria, anular o ato é em decorrência da inconstitucionalidade. É a conseqüência natural: quem pode mais pode menos. Se a Turma pode fazer, muito maior razão...

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Presidente): V. Exa. verifica que não há resíduo ou entende que deve dar provimento ao recurso?

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Dou provimento ao recurso.

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Gostaria, *data venia*, que o Ministro-Relator lesse o pedido no recurso.

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): (lê)

“Em razão do exposto, comprovada que está a ofensa à Constituição Federal, pelo manifesto de cerceamento de defesa, comprovada a ilegalidade de processo administrativo e a incompetência administrativa do Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, para demitir o impetrante, e estando provado os dois requisitos previstos no inciso II do artigo 7º da Lei nº 1.533/51, SOLICITA QUE A SEGURANÇA LHE SEJÀ CONCEDIDA LIMINARMENTE, para que o impetrante possa retornar incontinentemente a seu cargo, segurança esta que deverá ser afinal confirmada, no que farão os ilustres julgadores a mais lúdima JUSTIÇA.”

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Entendo que há resíduo.

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Presidente): V. Exa. acolhe a arguição de inconstitucionalidade ou declara a constitucionalidade?

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Acompanho no que toca à inconstitucionalidade.

QUESTÃO DE ORDEM

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, quando este julgamento teve início, na sessão do dia 13/06/91, que foi praticamente a última do ano forense, a Corte Especial tinha uma composi-

ção que hoje não é mais a mesma, por isso, ouvido o Sr. Relator, proponho a renovação do julgamento.

QUESTÃO DE ORDEM

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Sr. Presidente, declaro que não me oponho à renovação do julgamento.

É como voto na questão de ordem.

QUESTÃO DE ORDEM

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Sr. Presidente, como os que já votaram estão todos presentes, podemos renovar o julgamento sem prejuízo algum dos votos já proferidos.

QUESTÃO DE ORDEM

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, sou contra a renovação, porque entendo que o Órgão é o mesmo, *data venia*.

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, segundo salientado pelo Ministro Nilson Naves, só são possíveis 12 votos, os quais não permitem alcançar-se *quorum*, seja no sentido da constitucionalidade, seja no da inconstitucionalidade. Por isso, no caso concreto voto pela renovação do julgamento.

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: A Egrégia Primeira Turma, por entender inconstitucional o art. 78, I, da Re-

solução nº 2, de 15.12.76, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, remeteu os autos a esta Corte Especial, nos termos do art. 11, IX, do Regimento Interno deste Tribunal (fls. 118).

Nesta Corte Especial, após os votos dos Ministros Pedro Acioli, Relator, e Américo Luz, pedi vista dos autos e, após examinar a controvérsia, habilitei-me a proferir o meu voto, o que, ora, passo a fazer.

Esta é a fundamentação do voto do ilustre Relator:

“O artigo 4º da Lei nº 5.621/70, inciso III, estabelece que:

“Ressalvado o disposto na Constituição (art. 115, II, e 144, § 6º) deverão ser enviadas ao Governador do Estado, para a iniciativa do processo legislativo, as resoluções dos Tribunais de Justiça que implicar em:

I — ...

II — ...

III — Disciplina do regime jurídico dos servidores;”

Quando analisou a *quaestio*, o Eg. Tribunal, escudado no art. 78, I, da Resolução nº 2, de 15.12.76, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que assim dispõe:

“O regime disciplinar do pessoal das serventias não oficializadas é o constante do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, no que for aplicável com as seguintes modificações:

I — As sindicâncias e processos administrativos serão realizados pelo Corregedor Permanente, podendo o Corregedor-Geral avocá-los em qualquer fase, a pedido ou de ofício, e designar Juiz Auxiliar para coleta de provas”.

Entendeu, ainda, o acórdão recorrido que correta a pena de demissão aplicada pelo Tribunal de Justiça.

Ora, a vista d’olhos, o confronto dos dispositivos acima elencados, dá-nos a certeza que a pena de demissão a servidor é ato privativo do Chefe do Executivo, não podendo ser aplicada, em qualquer hipótese, senão pelo próprio.

Aliás, não discrepa desse entendimento o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, quando assim afirma a fls. 113/114:

“Aliás, o ven. ac., *data venia*, não enfrentou, de cara, a controvérsia. Tergiversou e situou-se, quase que exclusivamente, na legalidade do processo administrativo.

O fato é que a Lei Maior, a anterior no seu art. 13, a atual nos seus arts. 25 e 29 estabelecem que os Estados-membros e Municípios se organizam e se regem pelas respectivas constituições e leis, porém devem obedecer aos princípios básicos instituídos na Lei Fundamental Federal.

Dentre os princípios fixados no Texto anterior, o art. 13, V, prescrevia:

“V — as normas relativas aos funcionários públicos...”.

Desta forma, dentro do quadro constitucional de então, a lei estadual que regulasse o regime do servidor público deveria obedecer ao modelo federal, principalmente no que tange à admissão e demissão de servidor.

No modelo federal, a demissão de servidor público efetivo é feita pelo Presidente da República, segundo preceitua o art. 210, I, da Lei nº 1.711/52 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

Ora, como a Resolução nº 2/76, neste particular, não obedeceu o que determina o artigo 4º, III, da Lei nº 5.621/70, incidiu em manifesta inconstitucionalidade, pois que, o regime do servidor público, inclusive o disciplinar, deverá obedecer a uma única lei regencial, guardadas apenas, certas peculiaridades especiais reservadas a determinadas categorias funcionais, como é o caso da Magistratura e do Ministério Público, que tem para isto normas constitucionais expressas.

Diga-se, porém, que não é a falta de Comissão Processante que determinaria a nulidade do ato de demissão, pois que a figura do juiz corregedor supre aquela por forma do disposto no art. 21, V, da LOMAN. Ainda mais, vê-se que o recorrente em sua defesa usou de todos os recursos administrativos indo até o Pleno do Tribunal paulista.

O que acarreta a nulidade da portaria demissionária é que a mesma deveria ter sido emitida pelo Governador do Estado nos termos do art. 260 da Lei nº 10.261/68, Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo.

Por todo o exposto, opina-se pelo parcial provimento do recurso para que, declarada a inconstitucionalidade da Resolução nº 2/76 naquilo que conflita com modelo constitucional federal e com o art. 4º, III, da Lei nº 5.621/70, seja decretada a nulidade da Portaria que demitiu o recorrente,

garantindo-se à autoridade coatora a feitura do ato a ser subscrito pelo Governador do Estado.

Diante do exposto, apreciando a alegação de inconstitucionalidade posta, *INCIDENTER TANTUM*, e pelo conflito existente entre a Resolução 2/76 e o que dispõe a Lei nº 1.711/52, que disciplina as relações jurídicas entre servidores e Estado, entendo ser inconstitucional o art. 78 da RESOLUÇÃO 2/76, e por tal, ilegal a Portaria que demitiu o recorrente, porquanto o ato demissionário só pode ser efetivado pelo Governador do Estado.

Dou, pois, provimento ao recurso.

É como voto”.

Do estudo a que procedi, não diviso nenhuma inconstitucionalidade no art. 78, inciso I, da Resolução nº 2, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, antes transcrito. Com efeito, ao tratar do regime disciplinar do pessoal das serventias não oficializadas, nada mais fez do que regulamentar matéria disciplinar inerente ao Poder Judiciário. Em trabalho que escrevi sobre o assunto, aduzi os seguintes argumentos a meu ver aplicáveis à espécie:

“A fiscalização do exercício da atividade judiciária é muito antiga. A sua razão precípua é a de zelar pela correta atuação dos órgãos judiciários e de resguardar o prestígio da Justiça.

O ilustre Min. Alfredo Buzaid, ao tratar da origem e da evolução do instituto da correição parcial, cita expressivo rescrito pelo imperador Constantino dirigido a Máximo, presidente da província, nestes termos:

“Conferimos a todos o poder de louvar, com manifestações públicas, os juízes justíssimos e diligentíssimos, a fim de que os cubramos de maiores honras; e, pelo contrário, de acusar, com manifestações de queixas, os injustos e maus, a fim de que os atinja o rigor da nossa censura”.

Assinala aquele grande jurista que “os poderes dessa jurisdição censória passam para a Idade Média, identificando-se no sumo império da autoridade real”.

No velho direito português, texto das Ordenações Filipinas, muitos dos quais tendo por fonte dispositivos das Ordenações Manuelinas, cuidaram do tema. O Título LVIII do livro I, referindo-se aos Corregedores das Comarcas, em seu item 6, dizia:

“E mandarás pregoar, que venham perante ele os que se sentirem agravados dos Juízes, Procuradores, Alcaides, Tabeliães, ou de poderosos e de outros quaisquer, e que lhe fará cumprimento

de direito. E que assim venham perante ele todos os que tiverem demanda, e que lhes fará desembargar. E dado assim o pregão, mandará chamar os Juizes, e pô-los-á a par de si, far-lhes-á pergunta, quando vierem as partes, que feitos tem perante eles, assim cíveis, como crimes, e o por que os não despacham, mandando-lhes que logo os desembargues, mostrando-lhes o como os hão de despachar”.

E no Título LXV, ao versar as “Devassas Gerais”, ordenava:

“... a todos os Juizes das Cidades, Vilas e lugares de nossos Reinos e Senhorios, que do dia, que começarem a servir seus officios, a 10 dias primeiros seguintes, comecem tirar inquirições devassas sobre os Juizes que ante eles foram, a qual acabarão de tirar até 30 dias do dia, que fôr começada; e nela sejam perguntadas ao menos até 30 testemunhas pelo capítulo, que se seguem, que mais razão tenham de saber deles” (item 39).

E as perguntas, dentre outras, deveriam versar sobre se os Juizes faziam audiências aos tempos ordenados, e se despachavam os feitos sem delongas; se deixavam de fazer direito por temor, peita, amor, ódio ou negligência; se levaram serviços, jeiras, ou outras serventias, ou receberam dádivas de alguns Fidalgos, ou de outras pessoas; se com poder de seus Officios tomaram alguns mantimentos, ou outras coisas sem dinheiro, ou por menos preço do que valiam; se dormiram com algumas mulheres, que perante eles trouxessem demandas, ou requeressem alguns desembargos.

Diz João Mendes Júnior que foi a Lei de 03 de dezembro de 1841, no seu art. 26, que “deu nova face ao regime de correições, depois regulado pelo Decreto de 2 de outubro de 1851”.

Na verdade, o Decreto nº 834, de 02.10.1851, baixado por Eusébio de Queiroz, dispondo sobre o “Regulamento das Correições” cuida minuciosamente da matéria: trata de tempo e forma das Correições, dos empregados a elas sujeitos; dos autos, livros, e demais papéis, que devem ser apresentados; das atribuições do Juiz de Direito em correição quanto ao criminal e ao civil; e das penas disciplinares e da responsabilidade.

Sob a égide da nossa primeira Constituição Republicana, de 24.2.1891, continuou a ser aplicado o referido diploma. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo onde se promulgou o primeiro “Regimento das Correições”, baixado pelo Decreto nº 4.786, de 3.12.1930, com fundamento no art. 11, § 1º, do Decreto Federal nº 19.398, de 11.11.30, que instituiu o Governo Provisório.

Lê-se nos seus considerandos a preocupação de impor severa disciplina aos serviços da justiça, visando à sua moralização e boa ordem, pois, por falta de uma organização fiscalizadora adequada, os abusos se multiplicavam, diariamente, quer entre os funcionários subalternos, quer entre os funcionários superiores da justiça, com sacrifício do interesse público. Aduz que a velha instituição das correições, uma vez renovada e adaptada às condições de então, podia contribuir para a reforma dos maus costumes forenses e coibir inúmeros abusos.

Posteriormente, a matéria passou a ser regulada nas leis de organização judiciária dos Estados e do Distrito Federal e, no âmbito da Justiça Federal, pela Lei nº 5.010, de 30.05.66, que restabeleceu a Justiça Federal de 1ª Instância (arts. 6º a 9º), a qual, no tópico, continua em vigor mesmo após a promulgação da Constituição vigente, por força do art. 11 da Lei nº 7.727, de 9.1.89.

De assinalar que só a Constituição em vigor fez referência expressa à competência dos Tribunais de velar pelo exercício da atividade correicional das suas secretarias, serviços auxiliares e dos Juízos que lhe forem vinculados (art. 96, I, *b*). Tal inciso, contudo, nada mais fez do que respaldar os textos legais há muito editados sobre o assunto e que se harmonizaram com as Constituições anteriores, por serem a elas inerentes.

COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO JUDICIÁRIO PARA EFETIVÁ-LO

Em nosso sistema jurídico é, pois, imanente ao Poder Judiciário o exercício da função correicional, de natureza censória e disciplinar. Como assinalado, atualmente, a Constituição faz referência expressa ao exercício da função correicional pelos órgãos judiciários (art. 96, I, *b*, *in fine*). Todavia, não era indispensável que o explicitasse para que a legislação federal e estadual o estabelecesse não só por força da tradição histórica, mas, também, por conformar-se com os parâmetros constitucionais.

A propósito, é expressiva a ementa do acórdão proferido pela 1ª Turma, deste Excelso Pretório, ao decidir o RE nº 101.402-RJ, do qual foi Relator o eminente Ministro Rafael Mayer (RTJ 110/1.235):

“Não padece de inconstitucionalidade o dispositivo de lei estadual que autoriza permaneçam à disposição do Corregedor-Ge-

ral da Justiça Juízes de Direito, para o desempenho de funções de presidir inquéritos, sindicâncias e correições no âmbito dos serviços forenses, **que inerem ao desempenho do Poder Judiciário**, não exaurido apenas em sua típica função jurisdicional (grifei).

Argumenta, com percuciência, no seu douto voto, que, posta a função jurisdicional, “justificados estão os meios para a sua realização, e nem se poderia cogitar, pois aí residiria infringência à autonomia dos Poderes, que os processos disciplinares atinentes aos Membros do Poder Judiciário e aos serviços que lhe são inerentes fossem confiados aos agentes de um outro Poder”.

AUTOGOVERNO DO PODER JUDICIÁRIO

Dos aludidos subsídios de ordem constitucional e de índole tradicional resulta que o controle das atividades judiciárias só pode ser feito por órgãos do Poder Judiciário. Por isso mesmo o controle de tais atividades por órgãos ou entidades a ele estranhos não pode ser admitido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Sr. Presidente. O Ministro PEDRO ACIOLI teve a gentileza de remeter-me cópia do seu douto voto, o que me proporcionou melhor conhecimento da matéria submetida a esta Corte Especial.

Concluiu o ilustre Ministro Relator pela inconstitucionalidade “do art. 78, da Resolução 2/76 e, por igual, ilegal a Portaria que demitiu o recorrente, porquanto o ato demissionário só pode ser efetivado pelo Governador do Estado”. (fl. 4 do voto).

A Constituição de 1967, no art. 115, II, atribui competência aos Tribunais para organizarem os seus serviços, provendo-lhes os cargos, na forma da lei.

A seguir, no art. 144, § 5º, conferiu competência aos Tribunais de Justiça para propor a alteração da organização e da divisão judiciária.

Valendo-se dessa prerrogativa é que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo propôs a alteração, que foi aprovada através da Lei nº 5.261, de 1970, a qual dispôs que a matéria organizacional e disciplinar poderia ser estabelecida em Resolução. Foi o que ocorreu.

Ora, acaba de sublinhar o Ministro PÁDUA RIBEIRO, que a matéria trazida para nossa decisão “restringe-se ao disciplinado no artigo 78, I, da Resolução nº 2/76, que, como óbvio, trata do procedimento disciplinar, conferindo competência ao Juiz Corregedor para realizar sindicâncias e presidir processos administrativos.”

Ora, aí não reside nenhuma ilegalidade. Eu mesmo, quando fui Corregedor-Geral junto ao Tribunal do Estado do Ceará, realizei sindicância e processo administrativo, que veio a resultar em pena de demissão aplicada a um oficial de justiça.

Assim, com essas observações, com *venia* do Ministro Relator, acompanho o voto do Ministro PÁDUA RIBEIRO.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, esclarecido pelo voto do eminente Ministro Pádua Ribeiro, no sentido de que não está em discussão a questão relativa à competência para a prática do ato demissório, acompanho S. Exa., com a devida vênias do eminente Ministro-Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: O Sr. Relator assim descreveu a espécie contida nestes autos (lê). S. Exa. acolhe a alegação de inconstitucionalidade (lê).

2. Quando interpôs o recurso extraordinário, pelas precedentes alíneas *a* e *c*, o recorrente aduzira o seguinte, nas fls. 69/70:

“O recorrente impetrou Mandado de Segurança perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando anular o processo administrativo contra ele instaurado, que colimou a sua demissão do cargo de oficial de justiça, porque eivado de nulidades insanáveis.

O recorrente prequestionou junto ao Egrégio Tribunal recorrido a falha do procedimento administrativo nos seguintes tópicos:

- a) inexistência de comissão processante;
- b) cerceamento ao direito de defesa;
- c) ato de demissão expedido por autoridade incompetente.

A primeira das nulidades está na falta de nomeação de Comissão Processante determinada pelo Estatuto dos Funcionários

Públicos do Estado de São Paulo (Lei nº 10.261, de 28.10.1968) uma vez que se trata de servidor estável integrante do quadro do funcionalismo público. Entendeu o Egrégio Tribunal recorrido, fundamentado na Resolução nº 2/76 (art. 78-I), de sua própria edição, que os juízes corregedores permanentes têm a atribuição de presidir sindicâncias e processos administrativos, dispensada, assim, a constituição de comissão processante.

Observe-se que a Resolução nº 2 já referida, oriunda do próprio Tribunal recorrido, foi editada em cumprimento ao disposto no artigo 144, § 5º, da Constituição Federal, que foi regulamentado pela Lei Federal nº 5.621, de 4 de novembro de 1970. O Egrégio Tribunal extrapolou em sua atribuição e competência ao estabelecer no art. 78, inciso I, que os processos administrativos sejam presididos pelo Juiz Corregedor Permanente. Com tal procedimento o Tribunal recorrido invadiu área de competência do Poder Legislativo. Veja-se que o artigo 144, § 5º, da Constituição Federal atribuiu, privativamente, aos Tribunais de Justiça dos Estados proporem ao Legislativo alteração da organização judiciária. Posteriormente, promulgou-se a Lei nº 5.621/70 que veio regulamentar a citada disposição constitucional. Referida Lei, em seu artigo 4º, inciso III, dispôs claramente que deverão ser enviados ao Governador do Estado, para iniciativa do processo legislativo, as Resoluções dos Tribunais que implicarem na disciplina do regime jurídico dos servidores. Ora, o processo administrativo e a demissão de funcionário público estável necessariamente estão compreendidos no regime jurídico dos servidores. De relevância, ainda, que o artigo 13, inciso V, da Constituição Federal, determina a obrigatoriedade para que os Estados apliquem a seus servidores as normas constitucionais relativas a servidores. De clareza meridiana, portanto, que o Regime Disciplinar dos servidores do Estado deverá ser feito através de Lei de iniciativa exclusiva do Governador.

Desta forma, a Resolução nº 2, de 1978, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no que concerne às disposições contidas em seu artigo 78, inciso I, é flagrantemente inconstitucional porque infringe os artigos 6º, parágrafo único; 13, inciso V; 57, inciso V; e 144, § 5º, todos da Constituição Federal.”

3. Convertido o recurso extraordinário em recurso ordinário, o recorrente, tendo vista dos autos, acrescentou o seguinte:

“O recorrente quer acrescentar, apenas, às Razões do Recurso Extraordinário e à Minuta do Agravo que já se encontram nos autos, quer acrescentar, repete-se, que a Constituição vigente

(artigo 125, § 1º), reproduziu o mesmo princípio estabelecido na Constituição anterior (art. 144, § 5º) que diz respeito à competência privativa dos Tribunais de Justiça para propor ao Legislativo o projeto de lei de organização judiciária.

O principal motivo do recurso está em que o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo invadiu esfera de competência, ao estabelecer na Resolução nº 2/76, artigo 78, inciso I, que nos Processos administrativos o Juiz Corregedor teria atribuições para presidi-los, dispensada a constituição de comissão processante, como determina o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei 10.261, de 28 de outubro de 1968).”

4. Portanto, encontra-se impugnado, sob o rótulo de inconstitucionalidade (por contravenção aos arts. 6º, parágrafo único, 13, inciso V, 57, inciso V, e 144, § 5º, da anterior Constituição), o art. 78, em seu inciso I, da Resolução nº 2, de 15.12.76, editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “para dar cumprimento ao disposto no artigo 144, § 5º, da Constituição da República, regulamentado pela Lei Federal nº 5.621, de 4 de novembro de 1970”. Eis o inteiro teor do artigo 78, conforme publicação na LEX, 1976, págs. 811 e seguintes:

“Art. 78. O regime disciplinar do pessoal das serventias não oficializadas é o constante do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, no que for aplicável, com as seguintes modificações:

I — As sindicâncias e processos administrativos serão realizados pelo Corregedor Permanente, podendo o Corregedor-Geral avocá-los em qualquer fase, a pedido ou de ofício, e designar Juiz Auxiliar para coleta de provas.

II — O Corregedor Permanente é competente para a aplicação de qualquer das penas, exceto a de demissão dos Serventuários, que poderá propor ao Governador do Estado, através da Corregedoria-Geral da Justiça.

III — Sem prejuízo da competência do Corregedor Permanente (II), o Corregedor-Geral da Justiça poderá aplicar originalmente as mesmas penas. Também poderá, enquanto não prescrita a infração, reexaminar de ofício ou mediante provocação, as decisões absolutórias, ou de arquivamento, dos Corregedores Permanentes, e aplicar as sanções adequadas.

IV — Continua em vigor o regime disciplinar do Regimento das Correições, para as correições periódicas, ordinárias ou extraordinárias, gerais ou parciais (artigos 34, 36, 37 e 38 do Decreto nº 4.786, de 3 de dezembro de 1930), limitada a Cr\$ 500,00

(quinhentos cruzeiros) a pena de multa, com as atualizações decorrentes da legislação federal (Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975).

V — Das decisões do Corregedor Permanente caberá recurso para o Corregedor-Geral da Justiça, no prazo de 15 (quinze) dias. Das decisões originárias do Corregedor-Geral caberá recurso para o Tribunal Pleno, no mesmo prazo. O recurso terá efeito suspensivo no caso de prisão.

Parágrafo único. Os incisos anteriores são extensivos, no que couber, ao regime disciplinar do pessoal das serventias oficializadas.”

5. Com a vênia devida aos votos já proferidos, não me animo a acolher a argüição de inconstitucionalidade, sobretudo por me parecer que o indiciado-recorrente não foi prejudicado pelo fato do processo administrativo ter sido realizado pelo Corregedor Permanente (no caso, Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de São José do Rio Preto), e não por comissão processante.

6. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o presente mandado de segurança, apreciou o assunto em pauta desta forma:

“No mérito, tem-se que não merece acolhimento a segurança, na qual somente se pode apreciar o ato da demissão do requerente do ponto de vista de sua legalidade extrínseca (STF, RDA, 147/187). Não se vislumbra eiva de ilegalidade do processo administrativo. Em primeiro lugar, legítima sua realização pelo MM. Juiz Corregedor Permanente, em lugar de Comissão Processante. O art. 144, § 5º, da Emenda Constitucional nº 1/69, consoante registraram as informações, deu competência aos Tribunais de Justiça dos Estados, na conformidade da Lei nº 5.261, de 4 de setembro de 1970, que o regulamentou, de dispor, em resolução, sobre a organização judiciária, incluída em seu âmbito a disciplina dos serviços auxiliares da justiça (art. 6º, IV, deste último diploma legal). Daí haver a Resolução nº 2/76, em seu art. 78, inciso I, disposto que sindicâncias e processos administrativos são realizados pelo Corregedor Permanente, dispensada a constituição de Comissão Processante. Com o advento da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, reiterou-se a competência privativa dos Tribunais no tocante à direção e disciplina dos órgãos e serviços a eles subordinados...”

7. Realmente, a Lei nº 5.621, de 4.11.70, ao regulamentar o art. 144, § 5º, da Constituição de então, incluiu, entre os tópicos da organização judiciária, a disciplina dos serviços auxiliares da Justiça, *verbis*: “IV — organização, classificação, disciplina e atribuições dos serviços auxi-

liares da Justiça, inclusive Tabelionatos e Ofícios de registros públicos”. Por isso, a mim me ocorreu de bom aspecto o argumento usado pelo acórdão local. Mas, acaso não se aceite tal argumento, quero crer que a Resolução nº 2, no art. 78, em seu inciso I, não invadiu, como sustenta o recorrente, a esfera de competência de outros poderes. E não invadiu porque não alterou o procedimento administrativo previsto em lei, mas, simplesmente, definiu, na sua área de competência, qual a autoridade encarregada de promover o processo. A propósito deste argumento, veja-se este trecho do parecer da Subprocuradoria-Geral da República (que, no entanto, opinou pelo provimento do recurso mas por não se achar a portaria de demissão assinada pelo Governador):

“Diga-se, porém, que não é a falta da Comissão Processante que determinaria a nulidade do ato de demissão, pois que a figura do juiz corregedor supre aquela por força do disposto no art. 21, V, da LOMAN. Ainda mais, vê-se que o recorrente em sua defesa usou de todos os recursos administrativos indo até o Pleno do Tribunal paulista.”

8. Ao sofrer a pena, o então oficial de justiça Wilson Baldini recorreu ao ato de demissão ao Tribunal de Justiça, suscitando, entre outros pontos, o ponto que no momento esta Corte está examinando, e o Pleno daquele Tribunal decidiu:

“Nos termos do art. 196 do Regimento Interno deste Tribunal, na redação dada na Sessão Plenária de 31 de agosto de 1977, aplica-se, no tocante ao regime disciplinar a que sujeito o recorrente, o art. 78 da Resolução nº 2/76, e este dispositivo, no seu inciso I, reza que as sindicâncias em processos administrativos são realizadas pelo Corregedor Permanente. Não mais vigora, assim, a redação original do mencionado art. 196 do Regimento, que para a realização do processo administrativo exigia portaria do Presidente do Tribunal e a constituição de Comissão de Inquérito por ele designada.”

Ora, se competia ao Presidente do Tribunal, de acordo com o anterior Regimento, designar a Comissão, não vejo porque não pudesse a Resolução substituir a Comissão pelo Corregedor Permanente. Questão interna, própria do exercício de cada um dos Poderes, daí não resultando ofensa a norma de observância obrigatória. Creio que a alteração só beneficiou o pessoal das serventias, por colocar nas mãos do Corregedor o comando do processo.

9. Em resumo, estando em causa o inciso I do aludido art. 78, que cometeu ao Corregedor Permanente a realização das sindicâncias e processos administrativos, e não deparando eu com a inconstitucionalidade proposta, peço licença ao Sr. Relator para rejeitar a arguição.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, nos termos restritos em que colocada a questão pela Turma e submetida a esta Corte, não estando em questão competência para a prática do ato demissório, acompanho o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, com os acréscimos do Ministro Nilson Naves e com a devida vênias dos que entendem de modo contrário.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Acompanho o Ministro Pádua Ribeiro com a devida vênias.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: De acordo (sem explicitação).

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, não há dúvida nenhuma de que mesmo no regime da Constituição anterior, a atividade censória inseria-se dentro das normas de auto-governo da magistratura. O servidor da Justiça, sujeito à perquirição censória dos órgãos competentes do Tribunal de Justiça, onde exercerá seu amplo direito de defesa, ao fim do inquérito administrativo será absolvido ou lhe será imposta uma determinada penalidade. No caso concreto, este servidor teria, ao que consta do relatório, esgotado todos os recursos no plano administrativo, indo inclusive até o plenário do Tribunal de Justiça, que manteve, ou impôs, a pena de demissão.

Vamos supor que, remetida a proposta de demissão ao Governador do Estado, este, por um motivo ou outro, entendesse não ser caso de demissão e se recusasse à assinatura do respectivo ato. Criar-se-ia, então, um impasse de difícil solução no plano do relacionamento entre os poderes, pois teríamos o chefe de um dos Poderes praticamente reformando, anulando, desconsiderando, desconhecendo a Resolução censória, aplicada pela mais alta Corte da Justiça Estadual.

Parece-me, portanto, que mesmo no regime da Constituição anterior a atividade disciplinar, em sua plenitude, já era exercida pelo Poder Judiciário, e que, portanto, também a pena de demissão poderia ser imposta mediante ato da Presidência do Tribunal; caso contrário, estaremos admitindo verdadeira ingerência do chefe de outro Poder sobre matéria de competência do Poder Judiciário.

Postos assim os fatos concernentes com o mérito, no caso dos autos acompanho, no que tange à argüida inconstitucionalidade, rogando vênia ao eminente Relator, os votos dos eminentes Ministros Pádua Ribeiro e Nilson Naves.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, a matéria já está suficientemente esclarecida e debatida através dos votos dos doutos Srs. Ministros integrantes desta Corte. Segundo percebi, trata-se de matéria disciplinar, como muito bem esclareceu o Eminentíssimo Sr. Ministro Athos Carneiro.

Por isso, apesar daquelas indefinições observadas na Constituição passada, parece-me não haver dúvida de que não existe a alegada inconstitucionalidade.

Peço vênia ao Eminente Sr. Ministro-Relator, para acompanhar o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Quer-me parecer que, em face da ordem constitucional anterior, a competência era do Executivo, tanto assim que vários pronunciamentos na Suprema Corte do País foram realizados neste sentido, e é exatamente por tal razão que os tribunais, e a classe jurídica de modo geral, se bateram em favor do autogoverno da magistratura, da autonomia do Poder Judiciário.

Em face da ordem constitucional vigente, a situação é bem diversa da anterior, mas esta questão, pelo que foi exposto, não se encontra em debate dadas as limitações do objeto do incidente de inconstitucionalidade, razão pela qual, com vênia aos entendimentos em contrário, acompanho o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, com os acréscimos que foram feitos ao seu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, peço vênia para acompanhar o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Sr. Presidente, a esta altura dos debates está esclarecido que o ato normativo a ser examinado em face da Constituição é aquele que regulamenta o poder correicional e disciplinar da Justiça paulista, quanto a seus funcionários.

No mister, é consabido que nem mesmo a antiga Constituição Federal (pois a atual o explicita) estabelecia limite a esse poder.

Desse modo, se o impetrante queixa-se de cerceamento de defesa por irregularidade do procedimento administrativo a que respondeu, não tem razão em recusar a constitucionalidade da norma formal reguladora do dito procedimento. E se também se queixa contra o ato em si mesmo, de sua demissão, cabe remeter à Turma o conhecimento da matéria, posto que não está em causa na estreitíssima faixa do exame constitucional do ato normativo de que se trata.

Pelo exposto, acompanho o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator, rejeitando a argüição de inconstitucionalidade do referenciado dispositivo paulista.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, de início, também tive a mesma dúvida do eminente Ministro Costa Leite. Se se tratasse de examinar a questão da competência para a prática do ato demissório, teria posição divergente do eminente Ministro Pádua Ribeiro, que está liderando a rejeição da inconstitucionalidade. Todavia, ficou claro que se submete a este Colegiado a inconstitucionalidade do art. 78, I, da Resolução nº 02/76 do Tribunal paulista. Nesse dispositivo está dito, apenas, que os processos administrativos sejam presididos pelo Juiz-Corregedor Permanente. O assunto é matéria *interna corporis* do Tribunal; só ele poderia regular essa questão.

Salvo engano, o eminente Ministro Pádua Ribeiro, ao ler no seu voto o *caput* do art. 1º da Resolução, esclareceu que ele manda aplicar o regime estatutário, aprovado por lei, aos funcionários do Tribunal, no que couber e, no regime disciplinar, regulamenta a matéria para os seus servidores. Nenhuma ilegalidade e muito menos inconstitucionalidade.

Por isso, com a devida vênia do eminente Ministro-Relator, acompanho o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro PÁDUA RIBEIRO, com a devida vênia, pois o assunto já foi suficientemente debatido.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, havia acompanhado o Sr. Ministro-Relator na pressuposição já referida aqui pelos eminentes Ministros Costa Leite, José Dantas e William Patterson, mas, verificando o equívoco, peço vênia ao eminente Ministro-Relator para acompanhar o preclaro Ministro Pádua Ribeiro.

Rejeito, pois, a argüição de inconstitucionalidade.

EXTRATO DA MINUTA

Arg Inc no RMS nº 307 — SP — (90.1829-3) — Rel. Originário: Ministro Pedro Acioli. Rel. p/ acórdão: Ministro Américo Luz. Recte.: Wilson Baldini. Recdo.: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo. Advs.: Joaquim de Paula Ribeiro e outros.

Decisão: “Após os votos dos Srs. Ministros Pedro Acioli (Relator), Américo Luz, Costa Lima e Geraldo Sobral declarando a Inconstitucionalidade do art. 78, inciso I, da Resolução nº 2, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pediu vista o Sr. Ministro Nilson Naves. Aguardam os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Dias Trindade, José de Jesus, Assis Toledo, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Athos Carneiro, Vicente Cernicchiaro, Waldemar Zveiter, José Dantas, Torreão Braz, William Patterson e Bueno de Souza.” (Corte Especial — 13.06.91).

“Após decidir em questão de ordem, por maioria, vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar, renovar o relatório e depois de proferido o voto do Sr. Ministro Relator declarando a Inconstitucionalidade do art. 78, inciso I, da Resolução nº 2, do TJSP, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Américo Luz, pediu vista o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros Costa Lima, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Garcia Vieira, Athos Carneiro, Vicente Cernicchiaro, Fontes de Alencar, Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, José Dantas, William Patterson e Bueno de Souza.” (Corte Especial — 01.08.91).

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Pádua Ribeiro, a Corte Especial, por maioria, rejeitou a argüição de inconstitucionalidade do art. 78, I, da Resolução nº 02/76, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, vencido o Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator). Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Américo Luz.” (Corte Especial — 08.08.91).

Os Srs. Ministros Costa Lima, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Garcia Vieira, Athos Carneiro, Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, José Dantas, William Patterson e Bueno de Souza votaram com o Sr. Ministro Américo Luz.

Os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Waldemar Zveiter e José Cândido, não participaram do julgamento (art. 162, § 2º, RISTJ).

Os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Fontes de Alencar e Washington Bolívar, não compareceram à sessão por motivo justificado.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 310 — RJ

(Registro nº 9018846)

Relator originário: *Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Relator p/ Acórdão: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Sindicato dos Comissários e Consignatários do Estado do Rio de Janeiro — SINCOERJ*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*

Impetrado: *Secretário de Estado de Polícia Civil do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Paulo Zide e outro e Helena Cardoso Teixeira*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. SÚMULA 512.

I — Em face de mandado de segurança, a teor da Súmula 512 — STF, não se admite a condenação em verba honorária.

II — Parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro GERALDO SOBRAL, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator p/ Acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O SINDICATO DOS COMISSÁRIOS E CONSIGNATÁRIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — SINCOERJ, irresignado com o venerando acórdão do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que denegou a segurança por ele impetrado e o condenou em honorários de advogado (fls. 42/45) interpôs Recurso Ordinário com fundamento no artigo 105, item II, letra *b*, da Constituição Federal vigente, sustentando ter sido negada vigência ao artigo 23 do Decreto-lei nº 204/67, artigo 13, parágrafo único, do CTN, e artigo 150, item II, da Constituição Federal.

Entende que o ato impugnado (Resolução nº 0255/89) violou o artigo 23 do Decreto-lei nº 204/67, e é desnecessário porque o alvará de localização expedido pela Prefeitura Municipal elimina o procedimento idêntico por parte do Estado, de vistoria anual das lojas onde são vendidos os bilhetes de loteria esportiva.

Insurge-se também contra a sua condenação em honorários de advogado.

O recorrido, em suas razões (fls. 56/58), sustenta que a Resolução 0255/89 apenas fixou o calendário para a cobrança de taxas previstas no Código Tributário Estadual (Decreto-lei nº 05/75, com a alteração da Lei nº 383/80) que disciplina a hipótese de incidência e a base de cálculo da cobrança das taxas anuais de vistoria em estabelecimentos de venda de bilhetes de loteria.

Para a recorrida, esta taxa decorre de seu poder de polícia (art. 78 do CTN).

Opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo despro-
vimento do recurso (fls. 71/74).

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. O artigo 23 do Decreto-lei nº 204, de 27/02/67, garante a livre **circulação** dos bilhetes de loteria em todo o território nacional, sem a imposição de impostos ou taxas estaduais ou municipais. Acontece que a Resolução nº 0255/89 não trata de circulação de bilhetes de loteria. Ela apenas dispõe sobre os prazos de pagamento de taxas previstas nos artigos 106 e 107 do Código Tributário Estadual (Decreto-lei nº 05/75, com a redação da lei nº 383, de 04/12/80) e estas taxas são cobradas como pagamento das vistorias anuais, procedidas pelo Estado em lojas de vendas de bilhetes de loteria, loto e similares. Como se vê, referidas taxas não foram instituídas pelo ato impugnado (Resolução nº 0255/89) e sim por **lei** (Decreto-lei nº 05/75) e decorrem do Poder de Polícia conferido à União, aos Estados e aos Municípios (arts. 78/80 do CTN).

Não houve, também, qualquer violação ao artigo 13 do CTN porque não atinge “serviços públicos concedidos” a simples fixação de calendário para recolhimento de taxas previstas em Lei (Decreto-lei nº 05/75), cobradas por vistorias feitas pelo Estado em lojas de loterias.

Tem razão o Dr. Amir Sarti, em seu bem lançado Parecer de fls. 71/74, ao acentuar que:

“Se é verdade que **“a circulação** dos bilhetes da Loteria Federal é livre em todo o território nacional e não poderá ser obstada ou embaraçada por quaisquer autoridades estaduais ou municipais e nem onerada por quaisquer impostos ou taxas estaduais e municipais” (art. 23, Decreto-lei nº 204/67), também não é menos verdade que a questionada “Taxa de Serviço de Segurança e Censura” (fls. 14) não constitui “tributo que incida sobre a **atividade de circulação de bilhetes** da loteria federal, hipótese essa que conflitaria com a legislação federal, mas sim de taxa de serviço estadual, decorrente do poder de polícia expressamente prevista em lei, em consequência da prestação de serviço público” (fls. 31/32).

O argumento tirado da letra fria do referido artigo 23 do Decreto-lei 204/67, evidentemente, prova demais.

Fosse procedente a tese do recorrente, os donos das casas lotéricas estariam livres do Imposto de Renda sobre os resultados de seu negócio; estariam dispensados de pagar as taxas de lixo, água e luz; seriam isentos de recolher o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza — cuja lei de regência, o Decreto-lei nº 406/68, na “lista de serviços” tributáveis, contempla, expressamente, a “distribuição e venda de bilhetes de loteria” (item 64).

Data venia, a simples enumeração de tais hipóteses basta para evidenciar, à saciedade, a insustentabilidade da pretensão do sindicato impetrante.

Nada importa que as lojas de bilhetes já recolham a taxa de localização em favor do Município — essa alegação, aliás, funciona contra o recorrente: se a lei federal proíbe mesmo que tais estabelecimentos sejam onerados “por quaisquer impostos ou taxas estaduais e municipais”, como é que o recorrente não aceita pagar a taxa de segurança estadual, mais concorda placidamente em pagar pelo alvará de localização” (municipal)?”

Com referência à condenação do recorrente pela decisão recorrida, em honorários de advogado, entendemos não merecer qualquer censura.

Quando o artigo 20 do CPC determina a condenação do vencido a pagar ao vencedor os honorários advocatícios, não abre qualquer exceção para o mandado de segurança que é ação, conforme conceitua a esmagadora maioria da doutrina e reconhece o próprio Colendo Supremo Tribunal, na Súmula 512. Nele, como em qualquer outra ação, existem partes. A Lei nº 1.533/51, no artigo 10 fala em solicitação da parte. Havendo parte, existirá vencedor e vencido e a sentença, obrigatoriamente, deverá condenar este nos honorários de advogado. Hoje é tranquilo, entre nossos mais respeitados doutrinadores, o entendimento de que são devidos os honorários advocatícios na ação de mandado de segurança. Pontes de Miranda, com todo peso de sua autoridade, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed., 1974, ensina que:

“Hoje não há qualquer especialização de ações para que incida o art. 20. Não importa se a ação é declaratória, constitutiva, positiva ou negativa condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer que seja perdente.” (fls. 416).

Para Hely Lopes Meirelles, *in* Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e *Habeas Data*, 12ª Ed., 1988, pág. 65,

“Desde que o mandado de segurança é uma **causa**, vale dizer, uma **ação civil**, impõe-se a condenação do vencido em honorários. Não importa que o rito dessa ação seja especial, mesmo porque, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência vem sendo aplicado sem restrições. Não vemos razão para a exclusão dessa verba pela jurisprudência dominante (STF, Súmula 512), aliás, contrariada em recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio Grande do Sul.”

Celso Ribeiro Bastos, no seu livro *Do Mandado de Segurança*, 2ª ed., 1982, esclarece que:

“A nossa posição é no sentido de que o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência. A razão é que embora a Lei nº 1.533 alije o Código de Processo Civil, nas matérias por ela reguladas, nela nada consta acerca de honorários advocatícios, pelo que tem-se que necessariamente aplicar à espécie as leis genéricas do processo civil.”

Entende o emérito Professor Celso Agrícola Barbi, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 4ª ed., 1986, que:

“Realmente, sendo o mandado de segurança uma ação, em que há vencedor e vencido, não encontramos razões para afastá-lo das normas gerais do Código, a não ser naquilo em que sua natureza o exigir. A simples circunstância de estar ele regulado em lei especial não é decisiva, porque se lhe aplicam inúmeras regras gerais do Código, mesmo porque, se assim não fosse, seria necessário fazer um Código apenas para os processos de mandado de segurança”. (fls. 197).

Giuseppe Chiovenda em *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 2ª ed., 1945, tradução Guimarães Menegale, pág. 285:

“O fundamento dessa condenação é o fato **objetivo** da derrota.”

No mesmo sentido Sérgio Sahione Fadel, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. I, 7ª ed., 1988, págs. 95/96 e José Carlos Barbosa Moreira, em excelente artigo publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, vol. 23 e na *RT* nº 418. Este conceituado mestre examinou com profundidade e rebateu um por um os principais argumentos contrários à aplicação na ação de mandado de segurança dos princípios da sucumbência. Realmente, não procede a assertiva de que, sendo o mandado de segurança regido por leis especiais, não lhe são aplicáveis as disposições do art. 20 do CPC. O próprio Código, art. 273, manda apli-

car, subsidiariamente, ao procedimento especial, as disposições gerais do procedimento ordinário e a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário do Código ou da Lei Especial (art. 271). As normas contidas no Código representam fonte subsidiária para os procedimentos especiais e a estes são aplicáveis em tudo que não contrariar o procedimento específico. Para Barbosa Moreira, ob. cit., págs. 52/53,

“... as normas do Código constituem fonte subsidiária da disciplina de qualquer processo especial, regulado por lei anterior ou posterior a ele, e incidem em tudo que não contrarie o regime específico traçado pelo diploma pertinente. O direito processual civil cristalizado no Código é **direito processual civil comum**, que só cede ante a existência de regra peculiar a tal ou qual processo, mas que cobre toda a área deixada em branco pela regulamentação específica, na medida em que seja com esta compatível. E isso independentemente de remissão expressa...”

Lembra ele a Súmula nº 519 de nossa Excelsa Corte que determinou a aplicação aos executivos fiscais, então regidos pelo Decreto-lei nº 960, o princípio da sucumbência, quando esta norma legal nada dispunha a respeito da condenação em honorários de advogado.

O argumento de que no mandado de segurança não há parte é improcedente porque, como já vimos, ele é a ação e nele existe parte e a própria Lei nº 1.533, em seu artigo 10, fala em **parte**. As partes são o impetrante, o impetrado, o Ministério Público, os litisconsortes e os assistentes. Assim ensina Hely Lopes Meirelles, ob. cit. pág. 30 e Barbosa Moreira, ob. cit. pág. 53. Deixa este bem claro que:

“**Partes**, em qualquer processo, são aquele que pede e aquele em face de quem se pede — num e noutro caso, em nome próprio — a tutela jurisprudencial do Estado. No processo do mandado de segurança, parte ativa é o impetrante, sem dúvida alguma; parte passiva, de acordo com a doutrina prevalecente, é a pessoa jurídica (de direito público, as mais das vezes) em cujos quadros se insere a autoridade dita coatora.”

É irrelevante que seja parte passiva a autoridade coatora ou a pessoa jurídica, ou ambas, porque sempre haverá a parte passiva para suportar os ônus da sucumbência quando vencida.

O argumento, às vezes usado, de que no mandado de segurança não atua o “advogado” da entidade contra a qual se dirige a impetração também não procede, porque esta, através de advogado, procurador ou assistente jurídico, pode acompanhar todo o processo e até recorrer. Seu representante terá sempre oportunidade de requerer e demonstrar a improcedência do pedido. É irrelevante o fato de já receber o representante salário ou vencimento, como servidor, da pessoa jurídica e, como

tal, não poderia receber honorários advocatícios pelos serviços. Caso este argumento fosse válido para o mandado de segurança, seria também para qualquer ação onde fosse parte qualquer pessoa jurídica ou quando a parte fosse alguém que paga o advogado, em prestações sucessivas e periódicas, como lembra Barbosa Moreira, ob. cit. pág. 56.

Dizer que a cobrança de honorários de advogado em mandado de segurança inibiria de vir a juízo aqueles detentores de direito líquido e certo é desconhecer o que acontece na realidade. Quem de fato tem a seu lado o bom direito não terá nenhuma dúvida de pleiteá-lo porque estará sempre convicto de que será o vencedor da demanda. Ao contrário, a aplicação no mandado de segurança da sucumbência fará com que haja menos ações temerárias e destituídas de qualquer fundamento. Quem não tem direito pensará duas vezes, antes de ajuizar a ação, com medo da sucumbência.

O último argumento também usado é o de que sendo o mandado de segurança uma garantia constitucional, irmã do *Habeas Corpus*, a ele não se aplicaria a condenação em honorários de advogado. Para a impletação do H.C. sequer necessária a constituição de advogado.

Ora, o *Habeas Corpus* é regulado pelo processo penal e o Mandado de Segurança pelo processo civil e, por isso, não se aplica ao primeiro a sucumbência do art. 20 do CPC.

Com todo o respeito à nossa Suprema Corte, ousamos discordar da citada Súmula nº 512, editada há mais de 21 anos, já à época com sérias resistências dos votos vencidos dos Eminentes Ministros Amaral Santos, Relator, Adauto Cardoso, Djaci Falcão, e Aliomar Baleeiro, conforme se verifica na sua decisão plenária no RE nº 61.097-SP (RTJ 51/805), que serviu de base à súmula.

É inegável já existir fundadas reações da doutrina e da jurisprudência ao princípio estabelecido na referida súmula. Existem decisões dos Tribunais de Justiça, conforme se verifica no Código de Processo Civil Anotado de Alexandre de Paula, vol. I, 3ª ed. recente, pág. 197. O extinto TFR na AMS 81.566-RJ, Relator Eminentíssimo Ministro Washington Bolívar, DJ de 21.05.79, entendeu ser cabível a condenação no mandado de segurança, de honorários de advogado. Igual decisão foi proferida na AMS nº 82.113-MG, com o mesmo Relator, DJ de 20.06.79.

Ninguém nega às súmulas a sua importância, mas elas não são intocáveis e imutáveis. Se o Direito é essencialmente dinâmico, elas podem e devem ser revistas, principalmente, quando como no caso, a doutrina, em uníssono, assim o entende.

Por estar convicto de ser o mandado de segurança uma ação civil, uma causa com partes onde, com a sentença, haverá sempre vencido e

vencedor, não tenho dúvida de se aplicar a ele a condenação em honorários advocatícios, mesmo porque, quando no artigo 20, § 4º, o legislador fala em condenação da Fazenda Pública em honorários de advogado, não faz qualquer ressalva e muito menos para a ação de mandado de segurança.

Tem razão Barbosa Moreira quando afirma que:

“Se esse processo especial se rege subsidiariamente pelas normas codificadas; se nele existe ação e, *a fortiori*, causa; se há partes e, por conseguinte, parte vencedora e parte vencida, ambas representadas por advogados — então é insustentável a proposição segundo a qual descabe, aí, a condenação em honorários. Ela parece refletir unicamente a subsistência mal disfarçada, e a esta altura incompreensível, de velhos preconceitos que se costumavam opor ao reconhecimento da cidadania processual do mandado de segurança.” (págs. 58/59).

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Presidente): Meu voto, *data venia* do Eminentíssimo Ministro-Relator, é mantendo a Súmula nº 512 do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a qual não cabe condenação em honorários advocatícios em ação de mandado de segurança.

Entendo que, realmente, sem embargo das opiniões doutrinárias do maior relevo trazidas por S. Exa., tratando-se de defesa de direito individual líquido e certo, presumido ao menos pelo impetrante no momento da impetração, a condenação em honorários de advogado irá fazer com que muitos, que não dispõem de recursos maiores para pagamento de honorários, se vejam privados de buscar seus direitos.

Quanto ao mérito, dou provimento parcial ao recurso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sr. Presidente, também acompanho o voto de V. Exa., por entender que a Súmula nº 512 que estabelece que não cabe condenação em honorários de advogado, na ação em mandado de segurança, continua em vigor, segundo se depreende da RTJ nº 82/315; 84/301; 95/404; 95/428; 101/1.117; 108/919; 113/454; 113/876; 114/1.227 e a RT nº 532/219; RDA nº 134/224.

O SENHOR MINISTRO GARCIA VIEIRA: Eminentíssimo Ministro Pedro Acioli, tive a oportunidade de mandar pegar a íntegra de todos esses acórdãos e examinei um por um. Só em um deles é que se discute o problema dos honorários; os outros todos foram acompanhando os votos anteriores. Nesse, que serviu de base para a Súmula, é que houve reação muito grande de muitos Ministros do Supremo Tribunal Federal. É bom que se frise que essa matéria versa, exclusivamente, sobre matéria legal, quer dizer, isso não é mais competência do Supremo Tribunal Federal. A competência é nossa, então o entendimento, agora é nosso. Resta-nos aprovar ou não essa Súmula e, modéstia à parte, fiz um exame aprofundado da matéria, não foi só de doutrina. Examinei jurisprudência e essa Súmula não cita nenhuma legislação, cita apenas um artigo do Código de Processo Civil anterior. E se V. Exa. pegar esses acórdãos de referência às Súmulas e der uma lida vai se convencer no sentido contrário do que foi manifestado pelo Eminentíssimo Ministro-Presidente.

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Prosseguindo o meu voto, essa Súmula continua em vigor, conforme essa jurisprudência trazida anteriormente, de acordo com o que evidencia da lei do mandado de segurança anotada na página 819, no art. 10, Comentários do Eminentíssimo Professor Theotônio Negrão, 17ª edição atualizada.

Acresce, ainda, que o Eminentíssimo Ministro-Relator refere-se que a jurisprudência, que trouxe à colocação, não faz referência a esta parte quanto à condenação em honorários de advogado no mandado de segurança.

O SENHOR MINISTRO GARCIA VIEIRA: O que quis dizer foi que todos esses precedentes, evidentemente, adotam a não condenação em honorários de advogado; apenas um deles discutiu com amplitude o problema dos honorários de advogado, porque nos outros apenas adotaram uma decisão anterior.

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: De modo que *data venia* do entendimento do eminentíssimo Relator, prossigo no meu voto, acompanhando o Eminentíssimo Ministro Armando Rollemberg para dar provimento em parte, porque entendo que a doutrina está evoluindo no sentido de reconhecer a condenação em honorários de advogado, mas, por enquanto, a Súmula do Supremo está em pleno vigor.

O SENHOR MINISTRO GARCIA VIEIRA: Em vigor até que seja revista.

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Acontece que a jurisprudência, trazida por V. Exa., merece um estudo mais aprofundado, para que, posteriormente, se tome uma posição a respeito da matéria. Posso acrescentar a V. Exa. que não recebi o seu trabalho.

O SENHOR MINISTRO GARCIA VIEIRA: Eu mandei.

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Eu estava fora, não recebi. Para melhor me identificar com a matéria, uma vez que assim não fiz e, com o subsídio que tenho a respeito dela, firmei um ponto de vista que é o da Súmula em vigor. Aguardo para, oportunamente, melhor firmar uma convicção acerca da matéria e, por enquanto, estou com a Súmula, de conformidade com o entendimento do Eminentíssimo Ministro Armando Rollemberg, *data venia*.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 310 — RJ — (9018846) — Relator originário: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Relator p/ acórdão: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Sindicato dos Comissários e Consignatários do Estado do Rio de Janeiro — SINCOERJ. T. origem: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Impetrado: Secretário de Estado de Polícia Civil do Rio de Janeiro. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Advogados: Drs. Paulo Zide e outro e Helena Cardoso Teixeira.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso e dos Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg e Pedro Acioli, dando-lhe provimento em parte, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral, aguardando o Exmo. Sr. Ministro José de Jesus (em 07.05.90 — 1ª Turma).

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Senhor Presidente, na assentada do dia 07 de maio do corrente ano (1990), pedi vista dos presentes autos para fazer uma análise mais acurada da matéria, que diz respeito a condenação em honorários advocatícios na ação de mandado de segurança.

Apesar dos bem lançados argumentos expendidos pelo preclaro Ministro GARCIA VIEIRA, relator, bem como sem embargo dos nossos mais respeitados doutrinadores, ainda não estou convencido, apesar da evolução doutrinária, em reconhecer a condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança, acompanhando, portanto, *data venia* do eminentíssimo Relator, o não menos eminentíssimo Ministro ARMANDO ROLLEMBERG que, ao concluir seu voto assim se manifestou:

“... tratando-se de defesa de direito individual líquido e certo, presumido ao menos pelo impetrante no momento da impetração, a condenação em honorários de advogado irá fazer com que muitos, que não dispõem de recursos maiores para pagamento de honorários, se vejam privados de buscar seus direitos.”

Por conseguinte, adotando, por enquanto, a Súmula nº 512 do Pretório Excelso, dou provimento parcial ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 310 — RJ — (9018846) — Relator originário: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Relator p/ acórdão: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Sindicato dos Comissários e Consignatários do Estado do Rio de Janeiro — SINCOERJ. T. origem: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Impetrado: Secretário de Estado de Polícia Civil do Rio de Janeiro. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Advogados: Drs. Paulo Zide e outro e Helena Cardoso Teixeira.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral, dando provimento em parte ao recurso, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro José de Jesus (em 06.08.90 — 1ª Turma).

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Cuida-se de recurso em mandado de segurança, interposto pelo Sindicato dos Comissários e Consignatários do Estado do Rio de Janeiro, irresignado com a decisão do Colendo 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que lhe denegou a segurança, condenando-o em honorários advocatícios.

O eminente Ministro-Relator, GARCIA VIEIRA, negou provimento ao recurso.

Votando a seguir, os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg e Pedro Acioli deram parcial provimento, para excluir a condenação em honorários, mantendo a orientação contida na Súmula nº 512 do STF.

Pedi vista o Sr. Ministro Geraldo Sobral que, ao retomar o julgamento, acompanhou os Srs. Ministros Rollemberg e Acioli.

Pedi vista para meditar sobre a tese de condenação em honorários estruturada pelo eminente Ministro-Relator e hoje coloco os autos em mesa para concluirmos o julgamento.

Sem dúvida, o trabalho elaborado pelo Ministro Garcia Vieira é digno de nota.

Confesso ter-me impressionado pelos argumentos e sobre eles fiz algumas reflexões.

Mas, considerando a natureza jurídica do mandado de segurança, não estou ainda convencido de que deve ser aplicado o princípio da sucumbência nestas ações. Os argumentos são ponderáveis e sem descartá-los em definitivo, peço vênia para acompanhar o eminente Ministro Armando Rollemberg, dando parcial provimento ao recurso, para afastar a condenação em honorários advocatícios.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 310 — RJ — (9018846) — Relator originário: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Relator p/ acórdão: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Sindicato dos Comissários e Consignatários do Estado do Rio de Janeiro — SINCOERJ. T. origem: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Impetrado: Secretário de Estado de Polícia Civil do Rio de Janeiro. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Advogados: Drs. Paulo Zide e outro e Helena Cardoso Teixeira.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, ficando vencido o Exmo. Ministro-Relator que lhe negava provimento (em 20.03.91 — 1ª Turma).

Lavrará o acórdão o Exmo. Ministro Pedro Acioli. Ausente, justificadamente, o Exmo. Ministro Pedro Acioli. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro GERALDO SOBRAL.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 602 — RJ

(Registro nº 90.91802)

Relator: *Ministro Américo Luz*

Recte.: *Secaf — Soc. Empreend. Turístico de Cabo Frio Ltda.*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*

Impdo.: *Secretário de Obras e Meio Ambiente do Rio de Janeiro*

Reco.: *Estado do Rio de Janeiro*

Litis.: *Augusto José Ariston e outros e Prefeitura Municipal de Arraial do Cabo*

Advs.: *Álvaro Leite Guimarães e outro, Leonardo Orsini de Castro Amarante e Eden Teixeira de Mello*

EMENTA: EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. LOTEAMENTO. APROVAÇÃO. INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA. DANO AO MEIO AMBIENTE NÃO CONFIGURADO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DANOS PATRIMONIAIS. ATO ADMINISTRATIVO. DIREITO ADQUIRIDO.

Não tem direito a Administração Pública de interditar empreendimento imobiliário aprovado há mais de trinta anos, ao argumento de as obras e serviços danificarem o meio ambiente. Interdição temporária, com exigências vagas e genéricas da FEE-MA, é o mesmo que desapropriação indireta sem indenização, porque resulta inviabilização de um empreendimento constituído dentro dos parâmetros legais.

É inadmissível não já pertencer ao patrimônio da recorrente um loteamento aprovado nos idos do ano de 1958. Se a Administração errou em todos esses anos, urge corrigir o erro, mas sem olvidar o dever de reparar os danos patrimoniais causados à recorrente.

A lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente confere poderes aos Governadores de Estado (e não aos Secretários) competência para paralisar atividades poluidoras *pelo prazo máximo de 15 dias*. Entretanto, conforme sustenta a recorrente, *a atividade loteadora vem sendo desenvolvida normalmente há quase 30 anos, com autorização plena dos Poderes competentes.*

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Trata-se de recurso ordinário em que convertido o extraordinário, interposto por **“SECAF — Sociedade Empreendimentos Turísticos de Cabo Frio Ltda.”** contra a decisão do 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferida nos autos do mandado de segurança que impetrou contra o ato do Secretário de Obras do Meio Ambiente do Rio de Janeiro, que determinou a interdição das obras e serviços do loteamento em área de sua propriedade. Alega direito adquirido, porque esse empreendimento imobiliário foi aprovado em 7.11.1958 pela Prefeitura de Cabo Frio, após o cumprimento de todas exigências contidas no Decreto-lei nº 58/37, ouvida, previamente, a Secretaria da Agricultura do antigo Estado do Rio de Janeiro, à época órgão competente para, em última instância, liberar o Projeto junto à Administração Municipal.

O acórdão recorrido tem a seguinte ementa (fls. 223/224):

“PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. A INDISCRIMINADA IMPLANTAÇÃO DE LOTEAMENTO REPRESENTA A DEGRADAÇÃO E A DESTRUIÇÃO DE UM ECOSISTEMA NA RESTINGA DE MASSAMBABA, NO MUNICÍPIO DE ARRAIAL DO CABO. O SECRETÁRIO DE ESTADO DE OBRAS E MEIO AMBIENTE É AUTORIDADE COMPETENTE PARA SUSPENDER AS OBRAS E SERVIÇOS, NO LOCAL, ATÉ QUE SEJAM CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS DA COMISSÃO ESTADUAL DE CONTROLE AMBIENTAL (CECA) E DA FUNDAÇÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE (FEEMA). APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 134, DE 16/06/1975, E DO CÓDIGO FLORESTAL, DECRETO Nº 23.793, DE 23/01/1934, QUE CLASSIFICA COMO FLORESTAS PROTETORAS AS QUE POR SUA LOCALIZAÇÃO SERVIREM CONJUNTA OU

SEPARADAMENTE PARA FIXAR AS DUNAS, DE CONSERVAÇÃO PERENE E INALIENÁVEIS. O INTERESSE PRIVADO NÃO PODE SOBREPOR-SE AO INTERESSE PÚBLICO. JÁ SE DISSE QUE A DESTRUIÇÃO DO MUNDO COMEÇOU COM A DERRUBADA DA PRIMEIRA ÁRVORE E O HOMEM DESAPARECERÁ DA FACE DA TERRA QUANDO A ÚLTIMA DEIXAR DE EXISTIR.

DENEGAÇÃO DA ORDEM.”

Daí a irresignação do recorrente, alegando ofensa do aresto ao art. 153, §§ 3º e 22, da CF/67; arts. 524, do Código Civil, 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e 15 e 16 da Lei nº 6.938/81.

O parecer é pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O empreendimento imobiliário em questão foi aprovado em 7 de novembro de 1958 pela então Prefeitura de Cabo Frio, após cumprimento rigoroso de todas as exigências contidas no Decreto-lei nº 58, de 1937, ouvida, previamente, a Secretaria de Agricultura, Indústria e Comércio, do antigo Estado do Rio de Janeiro, à época o órgão competente para, em última instância administrativa, liberar o Projeto junto à Administração Municipal. Depois de urbanizada a área com inúmeros lotes vendidos sofreu a Autora, em 1985, interdição temporária das obras e serviços por ato do Sr. Secretário de Estado de Obras e Meio Ambiente até que o ora recorrente cumprisse todas as exigências da FEEMA, visando à proteção do meio ambiente. Mas, quais seriam essas exigências? Busquei e não as encontrei nos autos. O órgão competente em nenhum momento as aponta, donde se infere haver um turbilhão de generalidades a inviabilizar um empreendimento constituído dentro dos parâmetros legais.

O parecer do Ministério Público Federal no subtópico “dificuldade da conceituação de direito adquirido” assinala (fls. 327):

“Abstraindo as leis de ordem pública, está hoje pacificado que a lei nova tem efeito imediato e retroativo. O que não pode é invalidar o direito já adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Quanto à conceituação do denominado direito adquirido as *causa finitae*, que impedem o alcance da lei nova (qualificado por todos os autores de problema “tormentoso”) uma coisa é certa: só haverá direito adquirido quando se cumprirem todas as etapas, todos os lances, do direito formativo.

Realmente, na definição do Código Civil — “consideram-se adquiridos, assim, os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição prestabelecida inalterável a arbítrio de outrem”, tudo dando a entender a natureza de definitivo. Vale dizer: coisa que já entrou para o patrimônio de alguém.”

Ainda sobre direito adquirido assevera (fls. 328):

“Chega-se, assim, ao âmago do problema. Partindo do princípio de que o direito adquirido é aquele que poderia ser apropriado pelo titular, que pode ser incorporado ao seu patrimônio, cabe perguntar: que espécie de direito foi esse que teria entrado para o patrimônio da Recorrente naquela ocasião? Direito adquirido a destruir um bem essencial à vida?”

Essas considerações afiguram-se-me improcedentes, *data venia*.

Primeiro, porque é inadmissível não já pertencer ao patrimônio do recorrente um loteamento aprovado nos idos de 1958, após laboriosa *via crucis* burocrática. Se a Administração errou em todos esses anos, urge corrigir o erro, mas sem olvidar o dever de reparar os danos patrimoniais causados à recorrente. Segundo, porque difícil mesmo é invalidar direito adquirido há mais de trinta (30) anos. A propriedade, como direito real por excelência que é, até prova em contrário, opera *erga omnes*, podendo inobstante sofrer as injunções constitucionalmente cabíveis. Mas, esse poder de império não é absoluto, por isso a figura do abuso de poder no Estado de Direito. Daí a desapropriação com justa e prévia indenização. Entretanto, no presente caso o Poder Público não parece ter interesse em desapropriar a área, pois disso não cuidou. E se não abordou a questão por esse prisma é porque não vislumbrou, em verdade, a possibilidade do loteamento chegar a “destruir um bem essencial à vida” como pretende o douto parecer.

A alegação de que “o novo enfoque constitucional dado à ECOLOGIA, ao MEIO AMBIENTE, na verdade prosseguindo na esteira aberta pela EC nº 1, de 1969, constitui a determinação suprema sobre a preservação da ecologia, ante a qual nenhum direito outro poderá ser invocado ainda que assegurado por lei anterior” não se amolda à espécie dos autos. Se o ecossistema está ameaçado, por que o Município não desapropriou a área? Se a destinação do imóvel continua a mesma (loteamento), por que não especificou as restrições? São essas as questões com as quais me deparo. O laudo técnico de fls. 173/181 tece comentários ambientais sobre a área, sua história e importância. Afinal, sugere à Comissão Estadual de Controle Ambiental — CECA, solicitar ao Sr. Secretário de Estado de Obras e Meio Ambiente que interdite o empreendimento.

O loteamento compreende 2.310 unidades, tendo sido alienadas 1.100 até a data da edição do ato interditório, restando 1.210 lotes. O prejuízo que a recorrente vem sofrendo é incompatível com a idéia de tratar-se de coisa fora do comércio, ao contrário do que enfatiza o parecer, *verbis* (fls. 328):

“Ainda que na ocasião do registro do loteamento inexistisse qualquer restrição ao direito de lotear o ecossistema, com a sua evidente destruição — o que somente para argumentar se afigura, pois o Código Florestal de 1934 estabelecia as restrições já referidas — posteriormente, porém, quando se veio a constatar que a ecologia significa propriedade de todos, verdadeiro direito natural do povo, é evidente que o direito individual de propriedade não poderia se sobrepôr ao igual direito coletivo, impondo-se, assim, adequá-lo à nova realidade.

E não é só. Sempre se considerou que os bens necessários à vida, — o ar que respiramos, os mares e os céus por todos navegados e modernamente a ecologia — são coisas inapropriáveis, pois “fora do comércio”, a todos pertencendo. Portanto, jamais poderiam ser objeto de venda menos ainda de destruição pela realização do loteamento. Deste modo, ainda que a Prefeitura, por inadvertência ou fôsse lá porque razão fôsse, o tenha permitido — e o Registro de Imóveis que o acolheu — agindo contra a lei praticaram ato nulo de pleno direito a qualquer tempo decretável.”

A Administração atrelada ao arroubo ecológico deveria arcar com os ônus indenizatórios via desapropriação e não inviabilizar o empreendimento com exigências vagas. É preciso que o julgador fique atento a certas manifestações sociais de poucos, a inculcar em muitos, abrupta e perniciosamente, inversão de conceitos e valores, deturpando o sentido das coisas. A natureza não dá saltos. As suas mutações ocorrem paulatinamente, por isso são seguras. A admissão do exposto no parecer levar-nos-ia a concluir que tudo acaba em ecologia e, em conseqüência, todas as coisas estariam fora do comércio.

Afora essas ponderações, adoto integralmente os termos do voto-vencido, do Desembargador Sérgio Mariano, por comungar com o entendimento nele esposado, a saber (fls. 233/235):

“Com a devida vênia da ilustrada maioria, concedia a ordem, para cassar o ato determinante da interdição do loteamento e condenava o impetrado nas custas.

Inicialmente entendi que a competência para a interdição não é do Secretário de Estado de Obras e Meio Ambiente, mas, em caráter de exclusividade, do Governador do Estado. É o que dispõe o art. 16 da Lei Federal nº 6.938/81, transcrito, aliás, no contexto do v. acórdão (fls. 233, *in fine*).

Argumenta-se, em sentido contrário, com a competência concorrente do Estado-membro, para restringir o direito de propriedade.

Então, acrescenta-se, a interdição decorreu da aplicação do Decreto-lei Estadual nº 134, de 16.06.75, que, em seu art. 4º, inciso I, dá à Comissão Estadual de Controle Ambiental (CECA) a competência de aprovar e propor ao Secretário de Estado de Obras e Serviços Públicos (nomenclatura da época) as medidas necessárias ao controle da poluição e à proteção ambiental reconhecidas pela FEEMA.

O argumento é despicando.

O dispositivo não autoriza expressamente que o Secretário interdite a atividade. A interdição surge no inciso II do art. 9º.

Poder-se-ia, até, entender que estava implícita a competência do Secretário, à época.

Sucedee, porém, que a Lei Federal nº 6.938/81, posterior ao Decreto-lei Estadual nº 134/75 e de hierarquia superior, agora restringe a competência para tal ao Governador.

Isto significa que, agora, na vigência do diploma federal, só o Governador pode interditar a atividade.

Entretanto, no caso em exame, a interdição foi determinada pelo Secretário.

Só por este fato, deveria ser concedida a segurança, *data venia*.

Se este fundamento não bastasse, outros poderiam ser aduzidos.

O loteamento foi aprovado em 1958, sob égide, obviamente, da legislação coetânea.

É inegável que tem a impetrante direito adquirido, imune à legislação posterior, *ex vi* do § 3º do art. 153 da Constituição Federal.

Dir-se-á que o parágrafo único do art. 180 da Carta Magna não está adstrito ao direito adquirido, ao colocar sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico e artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

O ditame constitucional não desconstitui o direito adquirido à continuidade do loteamento e à promoção da venda dos lotes.

Somente em exegese ampla se pode entender que o texto se refira às áreas de proteção à ecologia ou aos chamados ecossistemas.

No que tange à lei ordinária concernente a loteamentos, somente a de nº 6.766, de 19.12.79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), no inciso V do art. 3º, veda o parcelamento em área de preservação ecológica. Não é possível, porém, fazer retroagir a norma, para alcançar loteamento aprovado ao império do Decreto-lei nº 58/37.

O Código Florestal (Decreto nº 23.793, de 23.01.34) também não autoriza a medida violenta de interdição. No art. 4º, alínea c, considera florestas protetoras as que fixam as dunas. Mas, especificamente, reitere-se, não permite a medida repressiva e, *a fortiori*, por intermédio de autoridade estadual.

Pode-se admitir, até, a interdição da atividade prejudicial à ecologia, mas não o loteamento em si.

O ato, de grande repercussão no patrimônio da impetrante, é, se não fora ilegal, abusivo, porque o prazo de paralisação, constante do art. 16 da Lei nº 6.938/31, não pode exceder a quinze dias, mas, na espécie, data de 29 de novembro de 1985, havendo sido publicado no Diário Oficial de 6 de dezembro daquele ano!

Não se olvide que o art. 15 da referida lei atribui ao Presidente da República a competência exclusiva para a suspensão das atividades por prazo superior a trinta dias.”

Em Parecer solicitado pelo ínclito patrono da recorrente, Doutor Álvaro Leite Guimarães, o culto Professor ARNOLD WALD encimou-o com as seguintes asseverações e colocações doutrinário-jurisprudenciais:

“A aprovação de loteamento pela autoridade competente equipara-se à licença de construção, pois ambos integram no patrimônio do proprietário do solo um direito novo, que, em acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se considera adquirido com o início das obras, não podendo ser atingido por legislação superveniente.

A revogação do ato administrativo não pode ferir o direito adquirido (Súmula nº 473).

A Constituição de 1988, ao fixar uma política de proteção à ecologia, não afetou o direito de propriedade e só estabeleceu limitações, ao mesmo, para vigorarem no futuro, não justificando a desapropriação branca ou indireta de loteamento, com obras realizadas e cerca da metade dos lotes vendidos.

A interpretação da lei deve ser sistemática e somente mediante desapropriação com pagamento prévio da indenização poderia o Estado inviabilizar a exploração do loteamento.

“L'autorité n'a pas davantage le droit de modifier une autorisation touchant à la police du bâtiment donnée par elle, après que le propriétaire a commencé de bâtir”. (FRITZ FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Paris, 1933, p. 127).

“Além do mais, A ADMINISTRAÇÃO É UM SISTEMA DE SEGURANÇA E NÃO PODE, DE MODO ALGUM, ESTAR AFIRMANDO E NEGANDO, CONCEDENDO E CASSANDO A TODO MOMENTO FAVORES OU BENEFÍCIOS”. (Ministro CÂNDIDO MOTA, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 49, p. 231).

“A estabilidade das relações jurídicas impõe o princípio da permanência das licenças de construção mesmo quando novos critérios de autorização venham a ser adotadas. As mutações de orientação, ou de jurisprudência administrativa, não podem afetar os atos de definitiva constituição, que já se integraram no patrimônio jurídico de seus destinatários.

.....
Se a licença legitimamente concedida, liberando a força regular do direito ou poder de construir, não pode ser discricionariamente revogada pela Administração, menos ainda se oferece essa possibilidade se a obra já foi iniciada.” (CAIO TÁCITO, *in Revista de Direito Administrativo*, 114/469 e 470).

“Iniciada, porém, que seja a obra autorizada, o problema muda de feição, porquanto, neste caso, há, inequivocamente, direito adquirido. Com efeito, tudo aquilo que acede ao solo passa, por via de regra, a ser objeto do direito de propriedade sobre a construção, ainda que apenas iniciada. E esse direito não pode ser atingido por ato administrativo que, com base em legislação nova, vise a revogar a autorização em virtude da qual se praticaram os atos necessários a que ele surgisse.” (Voto do Ministro MOREIRA ALVES, proferido no Acórdão do RE nº 85.002-SP).

“Então, o que houve não foi a mudança do interesse público, mas mudança de critério da administração, e ele pode estar, perfeitamente, baseado num erro.

Acho que a licença é um ato sério e que o Estado deve pensar duas vezes antes de concedê-la, e, se concedeu, gera ao proprietário o direito de construir.” (voto do Ministro CORDEIRO GUERRA, proferido no acórdão do RE nº 85.002-SP).”

No Parecer do Advogado da recorrente, ficou dito que:

“A decisão no processo administrativo declara que ficava vedada

“a realização de quaisquer obras ou serviços até que sejam cumpridas todas as exigências da FEEMA para a realização do empreendimento em questão...”

“Nas informações (fls. 54-150 do processo) afirma-se que o ato impugnado

“limitou-se à INTERDIÇÃO DO EMPREENDIMENTO, À VEDAÇÃO DA REALIZAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS NO LOCAL, não em caráter definitivo, MAS ATÉ QUE FOSSEM CUMPRIDAS, PELO LOTEADOR, AS EXIGÊNCIAS DA FEEMA EM PROL DA DEFESA DAS CONDIÇÕES AMBIENTAIS, visando fossem pelo empreendedor, minoradas as conseqüências dos gravames que vinham sendo efetivados contra o meio ambiente local.”

Contudo, o objeto do ato é, sem dúvida, paralisar total e definitivamente o empreendimento. Assim, nas próprias informações da FEEMA (fls. 66-159 dos autos) declara-se expressamente:

“Desde logo deveria ficar claro, para o Impetrante, que a execução de seu projeto de loteamento, mesmo aprovado pela Prefeitura, SERIA IMPOSSÍVEL, por implicar na destruição da vegetação protegida por lei.”

Quanto às “exigências” (que aliás nunca foram especificadas pela impetrada) “**deveriam ser cumpridas**, para que o loteamento fosse liberado, ou, ainda que isso fosse feito, jamais poderia o empreendimento voltar a ser ativado, ainda que as exigências viessem a ser cumpridas!”

“Fica, assim, revelada a verdadeira intenção da autoridade impetrada, consubstanciada que se acha num verdadeiro abuso de poder, claramente identificado nos presentes autos.

O Ven. Acórdão recorrido invocou as razões contidas no pronunciamento da autoridade apontada como coatora, quando sustenta que:

“A restrição ao exercício do direito de propriedade pertence igualmente aos três níveis de direito.” (fls. 229)

Ora, ainda que se possa, em tese, admitir essa afirmação, quando se tratar de normatizar certas atividades regidas por lei municipal (ou estadual) referentes a loteamentos, zoneamento e

edificações, não podem tais normas chegar ao ponto de **negar ao proprietário** o direito de **indenização**, assegurado na CONSTITUIÇÃO FEDERAL, quando o **ato legislativo visa a desativar um empreendimento imobiliário regularmente implantado e em funcionamento regular e ininterrupto há mais de 25 anos**, sob o pretexto confessado pela autoridade pública de que:

“Desde logo deveria ficar claro para o Impetrante, que a execução do projeto de loteamento... seria impossível, por implicar na destruição da vegetação protegida pela lei” (fls. 59 dos autos).

Ressalta, ainda, com inteira propriedade o Parecer:

“Se é isso que a autoridade estadual pretendia, deveria ela, honestamente, cumprir o preceito do item XXIV da CF, promovendo a **desapropriação** das áreas atingidas pelo ato intervencionista, de **caráter permanente** (e definitivo), indenizando os proprietários dos lotes atingidos, justa e previamente, em dinheiro, como ali está dito, com todas as letras, no aludido dispositivo constitucional. O que não pode é intervir e desativar o loteamento, impedindo, em **caráter definitivo**, construções de obras, de serviços de manutenção, de vendas de unidades imobiliárias, etc., sem que os proprietários sejam justamente indenizados.

Registre-se, mais uma vez, que ainda que os interessados quisessem cumprir as alegadas exigências da autoridade pública — que nunca foram feitas especificamente, pois não há nos autos a menor referência a elas, ainda assim não conseguiriam liberar as áreas atingidas do loteamento, pois o próprio SECRETÁRIO DE OBRAS E MEIO AMBIENTE declarou que, ainda assim, “a execução do projeto de loteamento aprovado pela Prefeitura Municipal” seria impossível!

Demais disso, não se poderia invocar, em abono à tese defendida pela autoridade impetrada, o artigo 160 da antiga CONSTITUIÇÃO FEDERAL, sob a alegação de que o princípio da “função social da propriedade” justificaria a intervenção estadual, para assegurar a proteção ambiental (preservação de florestas ou, no caso, de vegetação), criando restrições que impeçam o uso das áreas atingidas, certo como é a referida “função social da propriedade” (artigo XXIII da atual CF), não pode anular a garantia constitucional prevista no inciso XXII do art. 5º da atual Carta Magna.

Portanto, se o Poder Público deseja fazer preponderar um outro valor social, impedindo o aproveitamento do imóvel, terá necessariamente — como já dito — de usar do instrumento legal posto à sua disposição pela Lei Maior, ou seja, promover a desapropriação regular da área atingida pelo ato administrativo praticado.”

Vê-se, sob qualquer ângulo, que a controvérsia evidencia o descompasso do aresto recorrido com normas constitucionais, negando, também, a vigência do artigo 524 do Código Civil, que assegura “o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. Ademais, a legislação invocada pela autoridade coatora para justificar o seu procedimento e competência, tomando como base a legislação estadual que cuida da proteção do meio ambiente, refoge à legislação federal aplicável, que é a Lei nº 6.938/81, artigos 15 e 16, que fixa a competência da autoridade administrativa estadual para a aplicação da penalidade cabível:

“ — a suspensão das atividades por prazo superior a 30 dias é da **Competência exclusiva do Presidente da República** (art. 15).”

Essa lei, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, confere poderes aos Governadores de Estado (e não aos Secretários) competência para paralisar atividades consideradas poluidoras **pelo prazo máximo de 15 dias**. Entretanto, conforme sustenta a recorrente, **a atividade loteadora vem sendo desenvolvida normalmente há quase 30 anos**, com autorização plena dos Poderes competentes, sem qualquer interpretação ou protesto.

Não há falar-se em inconstitucionalidade da Lei Federal que, segundo alega a autoridade impetrada, invadiria a competência legislativa estadual (parágrafo único do artigo 8º, alínea c, do inciso XVII), de vez que não foi argüida previamente, consoante determinação expressa no artigo 119, I, alínea l, da Constituição Federal de 1969, através do Procurador-Geral da República, para pronunciamento do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Se se cogita de normas do Código Florestal (Decreto Federal nº 23.793, de 20/04/1934) para a perpetração do ato coator, como pretende a Secretaria Estadual de Obras e Meio Ambiente, tais normas não poderiam ser invocadas, porque faltar um elemento essencial: que as florestas tenham sido declaradas, por ato formal do Poder Público, de proteção ambiental (art. 11 do mencionado Decreto Federal: “as florestas de propriedade privada casos do art. 4º (letra e) — fixou dunas):

“Poderão ser, no todo ou em parte, declaradas protetoras **por decreto do Governo Federal**.”

Colhe-se, ainda nesse particular, do Parecer distribuído pelo Advogado da recorrente:

“Mesmo levando-se em conta a competência supletiva estadual, seria indispensável a existência prévia de um ato (decreto) estadual, declarando a floresta como **protetora**, o que não ocorreu, e, acentue-se, não há floresta nenhuma no local, pois a área é praiana, onde o areal predomina.”

Note-se, ainda, que o próprio Código Florestal nos artigos 11, 12 e 13, “ao estatuir que **as propriedades privadas poderão ser, no todo ou em parte, declaradas protetoras por decreto do Governo Federal**, ressalva expressamente no parágrafo único que:

“cabará ao proprietário a indenização por perdas e danos comprovados, decorrentes do regime especial a que ficar subordinado”, o que importa em dizer que se trata, em tais casos, de caracterizada **desapropriação indireta.**”

Está devidamente comprovado que o ato coator não está expressamente fundamentado na legislação que concerne à proteção do meio ambiente. Ao socorrer-se do Decreto-lei Estadual nº 134, de 16.06.75, em que se baseou para interditar o loteamento, o Acórdão recorrido atentou contra preceitos constitucionais e legais.

O loteamento impugnado mereceu aprovação no regime legal anterior, e a garantia constitucional ainda prevalece, mesmo em confronto com qualquer norma em sentido contrário.

Às fls. 96/98 dos autos, a litisconsorte PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ARRAIAL DO CABO FRIO insurgiu-se veementemente contra a medida aplicada à recorrente, pondo em realce os inconvenientes causados ao Município pela execução do ato atacado na impetração. É lers-se às fls. 97/98 dos autos:

“É curial que a interdição, nos termos em que foi posta pelo malsinado Edital, por via de consequência, acarreta graves e indiscutíveis prejuízos financeiros a esta Municipalidade, constituiu-se sem dúvida pela excelente razão de que a iniciativa para qualquer suspensão de atividades prejudiciais e afetando o meio ambiente, pela Lei nº 6.938, de 28 de agosto de 1981, está estritamente confiada e reservada à exclusiva discricção do Exmo. Sr. Presidente da República, *ex vi* do art. 14, incisos IV e XV, do referido Diploma Legal, e só emergencialmente, por prazo determinado, aos Governadores de Estado (art. 16 da Lei citada).”

Contrariamente ao que afirma o parecer do Ministério Público, o loteamento em questão foi aprovado pelo Poder Público, após passar pelo

exame da Secretaria Estadual da Agricultura, e nessa aprovação reconheceu-se que a Restinga de Massambaba é uma parcela do litoral brasileiro onde existem inúmeras salinas em 80% de sua área, que vêm sendo industrialmente exploradas há dezenas de anos, transportando 80 mil toneladas de sal grosso por caminhões através da BRJ-102. A restinga tem uma extensão de 90 km. Além do loteamento da recorrente há muitos outros na região, sem que tenham sido atingidos por atos da Administração Estadual.

É importante frisar, finalmente, que o voto vencido do Desembargador SÉRGIO MARIANO mereceu apoio do Desembargador FRANCISCO FARIA e foi subscrito, inclusive, pelo Procurador de Justiça EUGÊNIO CARVALHO DO NASCIMENTO FILHO.

Após minucioso exame do *thema decidendum*, das peças constantes dos autos e dos Memoriais que me foram encaminhados, meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Ouvi atentamente os debates e o voto de V. Exa.

Creio que não está com a razão o eminente Subprocurador, *data venia*, ao discutir conferência de documentos. Parece-me que não houve nenhuma discussão neste particular nos autos. Não se contestou a autenticidade dos documentos, nem levantou-se incidente de falsidade.

Quanto aos lotes vendidos antes ou depois do Código Florestal, a discussão envolve o mérito. Cuida-se, sem dúvida, de um loteamento que não compreendido em terreno de marinha. Por isso, tenha sido aprovado regularmente pelo Poder Público, esse loteamento gerou direitos e obrigações. Assim, só há dois caminhos: primeiro, se ele for considerado altamente nocivo ao meio ambiente, como sustentou o Eminente Subprocurador, quer-me parecer que o caminho deveria ser a desapropriação, até porque há valores já investidos, não só dos proprietários, como de terceiros. Ninguém pode ser prejudicado, porque o loteamento não é clandestino. Ao contrário, é regular, foi aprovado há mais de vinte anos. Agora, pelo que ouvi do voto de V. Exa., o secretário, no caso recorrido, não tinha competência para mandar interditar. A interdição, como se fez, seria ato de exclusiva competência do Sr. Presidente da República, ou, extraordinariamente, do Sr. Governador do Estado. Nada disso ocorreu. Portanto, não vejo razão para que se negue provimento ao recurso.

Diante dessas breves considerações, peço vênia ao Eminentíssimo Subprocurador, a quem respeito e admiro pela sua competência e pelas colocações sempre oportunas que tem feito em nosso meio, mas acompanho o voto de V. Exa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, sem dúvida todos concordamos com o Eminentíssimo Subprocurador a respeito da necessidade de se proteger o meio ambiente. Entendo que a interdição seria válida e se justificaria mesmo, no prazo da lei. O que não se concebe é que, num empreendimento aprovado, juridicamente perfeito, deferido pela autoridade competente, como é o caso do loteamento (não entro na discussão da competência por entender que, nos termos da Constituição atual, essa competência é concorrente), possa qualquer das entidades públicas, União, Estado ou Município, intervir para inviabilizar, dentro do exercício de um direito que se circunscreveria ao prazo de quinze ou trinta dias, e passe anos a fio sem declarar, inclusive, nos autos do mandado de segurança, as razões do porquê da interdição, ou mesmo adiantar, nos autos do mandado de segurança, que providências acautelatórias recomendaria para que esse loteamento se reorganizasse, tendo em vista modernas técnicas que pudessem surgir a partir da aprovação.

Por isso, penso que, se for do interesse público, como afirma o Estado, o caminho, no caso, seria partir de imediato para a modificação no loteamento com introdução de pequenas alterações que fossem cabíveis, ou a desapropriação, como V. Exa. assinalou tão bem no seu voto.

Acompanho o voto de V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 602 — RJ — (90.0009180-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Secaf — Sociedade Empreendimento Turístico de Cabo Frio Ltda. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impdo.: Secretário de Obras e Meio Ambiente do Estado do Rio de Janeiro. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Litis.: Augusto José Ariston e outros, Prefeitura Municipal de Arraial do Cabo. Advs.: Álvaro Leite Guimarães e outro, Leonardo Orsini de Castro Amarante, Eden Teixeira de Mello.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator” (16.12.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 756 — DF

(Registro nº 91.000059-0)

Relator Originário: *Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Relator p/ Acórdão: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Impetrante: *Francisco das Chagas Guimarães*

Impetrado: *Ministro de Estado da Marinha*

Advogado: *José Cordeiro Valdecy*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. CRIME POLÍTICO. ANISTIA AMPLA. APLICAÇÃO DO ADCT. SEGURANÇA CONCEDIDA.

A anistia concedida, por atos considerados subversivos, foi a mais ampla, atingindo vencidos e vencedores, tanto que repetida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Defiro a segurança impetrada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator (art. 52, II-RJ).

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: FRANCISCO DAS CHAGAS GUIMARÃES impetra o presente mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado da Marinha, que lhe indeferiu os benefícios do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Esclarece que ingressou na carreira militar em 1963, no corpo de Pessoal Subalterno da Armada. Em julho de 1964 foi denunciado juntamente com outros 280 camaradas pela prática de crime político, por infringência ao art. 130, I, do CPM, acabando por ser expulso do serviço ativo da Marinha em setembro do mesmo ano.

Sustenta que as atividades que ensejaram seu desligamento estão caracterizadas como ação nitidamente subversiva da ordem e da disciplina, manifestação sócio-política e não como motim, sendo, portanto, alcançado pela anistia prevista no art. 8º do ADCT/88.

Denegada a medida liminar (fls. 34), a digna autoridade apontada coatora prestou informações às fls. 32/52, sustentando a legalidade do ato impugnado, considerando que o afastamento do impetrante se deu em razão de transgressão disciplinar, com base na legislação comum.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da segurança (fls. 54/57).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Antes de proferir meu voto, faço questão de dar meu testemunho a respeito da atuação do Dr. José Arnaldo da Fonseca, porque ele trabalhou, prestou seus serviços durante vários anos na Justiça Federal de 1º Grau, onde tive a honra de prestar também os meus serviços.

O Dr. José Arnaldo sempre demonstrou, ao lado de grande capacidade de trabalho e dedicação ao serviço, muita coragem, muita independência, mesmo antes do Ministério Público ter as prerrogativas que tem hoje.

Muitas vezes vi, assisti e li votos de S. Exa. pela concessão da segurança.

Feito este registro, passo a ler meu voto.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Conforme esclarece o próprio impetrante, na Inicial (fls. 02) e está comprovado pelo documento de fls. 08/12, foi ele expulso do serviço ativo da Marinha com base em legislação ordinária e disciplinar. Não foi ele atingido por nenhum ato de exceção, institucional ou complementar.

Ora, o artigo 8º do ADCT da vigente Constituição Federal exige, para ser concedida a anistia, que o militar tenha sido atingido “em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares...”

Como se verifica, duas são as condições exigidas pelo texto constitucional: a) motivação exclusivamente política, e b) que o militar tenha sido atingido por atos de exceção, institucionais ou complementares. No caso, o impetrante satisfaz apenas a primeira condição, por ter sido expulso por atividades subversivas, e isto é necessário mas não é suficiente. Por isso, não foi o impetrante beneficiado pela anistia concedida pelo citado artigo de nossa Constituição Federal.

Ora, a anistia, tanto do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quanto da EC nº 26/85, não alcança os atos de expulsão por transgressões disciplinares mesmo que tenham ocorrido por acontecimentos de cunho nitidamente políticos. É verdade que o extinto TFR, em vários precedentes, inclusive meus, entendeu ser suficiente a participação em fatos de conotação política, tais como os acontecimentos ocorridos no Sindicato dos Metalúrgicos do antigo Estado da Guanabara, em 25, 26 e 27 de março de 1964, para ser reconhecida a anistia. Mas, vários destes precedentes já foram reformados pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. Nossa mais alta Corte de Justiça, no Recurso Extraordinário nº 20.287-DF, Rel. Eminente Min. SOARES MUÑOZ, Pleno, RTJ 104/90, já firmara o entendimento de que não cabe ao Judiciário “...incluir no art. 1º da Lei nº 6.683/79, com arrimo no princípio da isonomia, servidores punidos com base na legislação ordinária.” Referida Lei, em seu art. 1º, concedeu anistia aos que cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, e aos servidores públicos, civis e militares, e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Este dispositivo

legal também não beneficiou os militares expulsos do serviço ativo com suporte em outros diplomas legais (legislação ordinária e disciplinar). Esclareceu o Eminentíssimo Min. Relator, no citado RE, em seu voto que:

“Razão, pois, assiste à Consultoria Jurídica do Ministério da Marinha, quando salienta que os praças licenciados, demitidos ou expulsos por ato de indisciplina, com amparo na legislação ordinária, não estão abrangidos pela anistia nos termos em que a concedeu o art. 1º da Lei nº 6.683/79, e, por via de conseqüência, acrescento eu, improcedem os pedidos que os impetrantes fizeram, na via administrativa, e que reeditam, agora, no *writ*, objetivando o retorno ou reversão ao serviço ativo da Marinha ou transferência para a reserva remunerada dessa Força.

Ao Judiciário, que não cabe, por não ter função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia (Súmula 339), descabe, pela mesma razão, incluir, no art. 1º, da Lei nº 6.683/79, com arrimo no princípio da isonomia, servidores punidos com base na legislação ordinária” (fls. 95).

Nos Recursos Extraordinários nºs 114.869-1, Relator Eminentíssimo Ministro CARLOS MADEIRA, DJ de 18.11.88; 116.028-4, Relator Eminentíssimo Ministro CÉLIO BORJA, DJ de 31.03.89; 116.130-2, Relator Eminentíssimo Min. OCTÁVIO GALLOTTI, DJ de 09.12.88, 116.386-1, Rel. Eminentíssimo Min. OSCAR CORREA, DJ de 03.03.89, e 116.589-8, Rel. Eminentíssimo Min. CARLOS MADEIRA, DJ de 03.03.89, todos, por unanimidade, decidiu o Pretório Excelso que, tanto a Lei nº 6.683/79, quanto a Emenda Constitucional nº 26/85, e o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, só concederam anistia aos militares punidos com base em atos de exceção institucionais ou complementares e não aos atingidos por transgressão disciplinar, com base em legislação ordinária.

A Emenda Constitucional nº 26/85, no *caput* do art. 4º, concedeu anistia a todos os servidores públicos, civis e militares, atingidos por atos de exceção institucionais ou complementares. Não beneficiou os militares expulsos por transgressão disciplinar e com base em legislação ordinária. Em seu § 1º concedeu anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, aos dirigentes e representantes sindicais e a servidores civis ou empregados, demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política e com fundamento em outros diplomas legais. Este parágrafo não alcançou os atos de expulsão ou reforma que são atos disciplinares. Na primeira parte do parágrafo foram anistiados os autores de crimes políticos ou conexos com estes e dirigentes sindicais. Na segunda parte os beneficiados foram os servidores civis ou empregados demitidos por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais

e não os atingidos por atos de exceção institucionais ou complementares. O Eminentíssimo Min. OCTÁVIO GALLOTTI, em seu voto, no RE 116.130-2, ao interpretar referido dispositivo, acentuou que:

“Analisando o dispositivo, verifica-se que contém duas partes bem distintas, separadas pela locução “bem que”. A primeira, onde não se distinguem os civis dos militares, tem conteúdo penal que não interessa à solução da espécie destes autos.

A segunda parte, onde se cuida da demissão ou a dispensa, por motivação exclusivamente política “com base em outros diplomas legais”, dirige-se inequivocamente a “servidores civis” ou “empregados”, não havendo como estender o benefício à categoria dos militares, ampliando o favor que não se pode extrair da vontade do Poder Constituinte” (fls. 14).

Verifica-se ter sido consagrado no Pretório Excelso o entendimento de que não foi beneficiado pela anistia o militar atingido com base em legislação ordinária, ainda que tenha ocorrido por envolvimento em acontecimentos de cunho nitidamente político. Para nossa mais alta Corte de Justiça, só foi concedida anistia aos militares atingidos por motivação exclusivamente política e que tenham sido punidos por atos de exceção institucionais e complementares.

Se o Colendo Supremo Tribunal Federal é quem dá a palavra final, na interpretação da Constituição, seria inútil discordar de sua torrencial jurisprudência sobre anistia.

Denego a segurança.

VOTO — VOGAL

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, se o impetrante, como afirma o Eminentíssimo Relator, foi atingido por ato disciplinar baseado na legislação comum, eu só acrescentaria aos acórdãos trazidos por S. Exa. um outro, bem recente, do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 120.206, Relator Ministro Octávio Galotti (Diário da Justiça, 16 de novembro de 1990).

Também denego, então, a segurança, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, neste caso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, ainda que recém-chegado a esta Corte, passei a conhecer e a admirar

a figura do eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo da Fonseca, que se conduz, nos processos que me vêm a exame, com independência, zelo e probidade.

Quanto ao caso em si, pelo que depreendi do relatório e do voto do eminente Ministro Garcia Vieira, a punição se deu com base em lei disciplinar; porém, o motivo que a ensejou, sem dúvida nenhuma, foi a prática de ato subversivo ou como tal qualificado.

Senhor Presidente, sempre entendi que neste País não deve haver lugar para ódios intransponíveis, e a anistia decretada visou apagar fatos cometidos por vencidos e vencedores. Foi a mais ampla, tanto que repetida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. E sendo a expulsão, como foi, decorrente da prática de atividade política, entendo que o caso se inclui dentre aqueles que merecem a anistia.

Por esses fundamentos, defiro a segurança.

RÉPLICA

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Sem querer contestar o voto proferido pelo Eminentíssimo Ministro Peçanha Martins, gostaria de dizer que, nesta Corte, ninguém tem ódios; não se intenta perseguir quem quer que seja. Todavia, temos, como Juizes, que obedecer a lei; não podemos ir além do que diz a Constituição. É clara a disposição do art. 8º:

“Art. 8º. É concedida anistia
.....
.....institucionais ou complementares.”

Deste modo, vê-se que é Legislador Constitucional quem exige tenha o militar, para fazer jus à anistia, sido punido por ato de exceção, institucional ou complementar. Assim, se se trata de uma exigência constitucional e, ainda, se é o Supremo Tribunal Federal que, em jurisprudência uniforme, vem e assevera que o militar só tem direito à anistia se atingido por ato de exceção, institucional ou complementar — e do Pretório Excelso é a última palavra em matéria constitucional — penso ser perda de tempo a discussão em torno do tema.

Por isto, peço vênias ao Eminentíssimo Ministro Peçanha Martins para insistir no posicionamento adotado em meu voto. Respeito, contudo, o entendimento de S. Exa.

TRÉPLICA

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, peço a palavra para deixar bem claro que, na referência que fiz, no meu voto, ao espírito que presidiu a decretação da anistia, de modo nenhum me passou pela cabeça não fosse este Tribunal isento ou que ainda estivéssemos aqui apurando fatos, ou mesmo nos deixando levar por ódios de qualquer espécie.

Dou meu testemunho da absoluta independência deste Tribunal.

Mas, ainda voltando à interpretação da Constituição, a opinião que manifesto é pessoal, é minha, ainda que o faça com base nos precedentes. E sobretudo me conforta quando posso fazê-lo com base nos precedentes, porque vejo nos Eminentíssimos membros deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, mestres no Direito. Mas, ainda assim, a interpretação é minha. E entendo que, quando a Constituição fala em motivação política, não importa a referência que faz em seguida aos meios utilizados para as punições, todos atos de exceção. No particular, se interpretarmos restritivamente a norma constitucional, limitando a decisão àquelas penalidades políticas impostas por meio de “atos de exceção institucionais ou complementares”, cancelaremos punições com motivação tipicamente política, embora perpetradas sob formas legais; estaremos negando a anistia, com infringência, a meu ver, ao princípio constitucional da igualdade, frustrando o espírito do legislador constitucional que a ampliou, inscrevendo-a nas Disposições Transitórias.

Limitar a anistia aos punidos pelos “atos de exceção, institucionais ou complementares” corresponderá a perdoar-se o Oficial e recusar-se o mesmo tratamento aos praças, cabos e sargentos expulsos **pela mesma motivação política**, mas por formas previstas em lei.

Por isso, reafirmo o meu voto e a minha opinião, concedendo, inclusive, ao eminente Ministro Garcia Vieira, esta explicação, como mais uma prova do alto apreço que lhe tenho, sobretudo pelas lições que tenho aprendido com S. Exa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, tivemos ensejo aqui, nesta Egrégia Seção, e desde os tempos do extinto Tribunal Federal de Recursos, de analisar casos em que militares eram expulsos das fileiras sob e a pretexto de falta disciplinar, quando haviam praticado ato eminentemente político.

Recordo-me dos Mandados de Segurança nºs 1, 2, e outros, e usei, à ocasião, a expressão de que a autoridade informante pretendia “travestir” ato político em ato disciplinar e dava ênfase à punição política, quando havia características específicas dessa atuação do militar afastado das fileiras.

Estou vendo que no caso ocorre essa transmutação de falta política para caracterização como falta disciplinar. Tenho notícias de que o impetrante foi punido por participar de assembléia no Sindicato dos Metalúrgicos, em apoio ao Presidente João Goulart.

A Revolução, nesse tempo, teve atitudes que se tornaram conflitantes. Como no comício da Central do Brasil, em que os militares que lá compareceram para garantir a incolumidade do Presidente João Goulart, com a vitória da Revolução foram punidos. Ora, estavam no estrito cumprimento dos seus deveres: dar garantias à incolumidade do Presidente da República.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): (Aparte) No extinto TFR realmente predominava esse entendimento que V. Exa. está a externar. Acontece que esta Seção, em inúmeros casos, já negou a segurança escorada no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que não faz essa distinção. Para o Supremo Tribunal Federal é irrelevante se ele foi punido por ato de cunho nitidamente político ou não. Tanto o Supremo Tribunal Federal como esta Seção, em vários precedentes, exigem que, além disso, o militar deva ter sido atingido por ato de exceção, institucional ou complementar.

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Nunca participei desse entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, *data venia*. E os casos mencionados como precedentes, salvo caso recente de que ainda não tomei conhecimento direto, mencionado pelo Sr. Ministro Hélio Mosimann, que veio à baila nesta Seção.

Sr. Presidente, houve também uma outra prática que — perdoem-me talvez o excesso do termo empregado — considero aviltante: aplica-se a pena de expulsão a praças e processa-se regularmente os oficiais. No caso, trata-se de praça, e, nos casos precedentes que tivemos ocasião de examinar, havia essa falha lamentável de expulsar o praça das fileiras. Ora, o ato de expulsão é de degradação pública, não do militar, mas da própria criatura humana. Só se aplica a pena de expulsão onde se caracterize falta disciplinar grave. Mas aqui estamos diante de um ato político. Tivemos também ocasião de verificar, através de provas constantes dos autos, por mim e pelo Tribunal examinados, em diversos precedentes de mandados de segurança, que auditorias militares absolveram muitos desses militares expulsos. Tenho a esperança de que o

Colendo Supremo Tribunal Federal, que merece não só o nosso respeito, mas de toda a Nação, retifique o posicionamento de transformar em ato disciplinar, para negar o direito que a Constituição assegura a militares que foram afastados das fileiras pela prática de atos eminentemente políticos, como no presente caso.

Peço respeitosa vênua ao eminente Ministro-Relator para conceder o mandado de segurança.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Senhor Presidente, já votei por diversas vezes sobre a matéria, não só no antigo Tribunal Federal de Recursos como no atual Superior Tribunal de Justiça.

Acompanho, com a devida vênua do Eminente Ministro-Relator, o voto do Sr. Ministro Peçanha Martins.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, pelo que se tem visto aqui, nestes casos, os militares que compareceram ao Sindicato dos Metalúrgicos nos idos de março de 1964, se oficiais, foram punidos com base em atos de exceção, e, se subalternos, foram punidos por ato de transgressão disciplinar. Qual a razão dessa disparidade de tratamento? Parece óbvia. Os oficiais não podem ser processados disciplinarmente pelos seus pares. Só o STM pode julgar o oficial, sendo o processo longo e demorado. Para esses oficiais, a Revolução utilizou um meio mais célere, incluindo-os em atos institucionais ou complementares. Para os subalternos não havia necessidade dessa providência; utilizou-se o processo disciplinar. Vejam os senhores a celeridade com que esses processos chegaram a seu termo. Neste caso sob exame, o subalterno praticou a sua falta em 25 de março, e já em 30 de setembro do mesmo ano (6 meses apenas) estava posto fora das fileiras. Assim se explica porque oficiais mereceram a honra de serem enquadrados em atos institucionais, enquanto os subalternos, soldados, sargentos e marinheiros, foram punidos por normas disciplinares. Aparentemente, dois pesos e duas medidas, mas, na essência, apenas dois instrumentos utilizados para o mesmo fim, excluir das Forças Armadas os militares participantes das reuniões mencionadas.

Se as situações são iguais, não há razão para distinguir entre uns e outros, impondo-se uma interpretação ao Texto da Emenda nº 26, ou do art. 8º do Ato das Disposições, capaz de conciliar as duas situações.

Essa interpretação, Sr. Presidente, não pode ser outra, com a devida vênia do Ministro-Relator, senão aquela que estende também aos subalternos a anistia. De que maneira se pode chegar a essa interpretação? De maneira simples. É que esses praças que compareceram ao início da Central do Brasil e compareceram àquela reunião do Sindicato dos Metalúrgicos jamais seriam punidos se não sobreviesse uma ordem baseada em atos de exceção. Eles só foram punidos em razão dos atos institucionais, sem dúvida nenhuma. Se não houvesse o ato institucional, eles não teriam sido punidos, teriam sido possivelmente homenageados e receberiam até medalhas.

Sr. Presidente, sem fugir do texto constitucional, dando-lhe apenas uma interpretação mais elástica — e é possível, é permitida, porque a anistia deve ser interpretada da maneira mais ampla possível — estendendo a anistia também aos praças. Concedo a segurança, com a devida vênia de quem votou em sentido contrário.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, antes de proferir meu voto sobre a matéria em discussão, peço vênia para associar-me aos Ministros Garcia Vieira e Peçanha Martins nos destaques que fizeram ao ilustrado Subprocurador-Geral, Dr. José Arnaldo da Fonseca. O Dr. José Arnaldo, todos nós sabemos, tem excepcional qualidade de homem público. Sempre conduziu seus atos da melhor forma possível, com a dignidade que lhe é peculiar. Só lamento que o nosso ilustre Pastor Protestante, que leu da tribuna um trecho da Bíblia, não teve a complacência necessária ao referir-se ao Ministério Público, o que é lamentável.

Feito esse registro, Sr. Presidente, ressalto que no extinto Tribunal Federal de Recursos tive a honra de ser dos primeiros a fazer essa observação naqueles mandados de segurança — foi até no impetrado pelo então Cabo Anselmo e outros. Naquela oportunidade — em que se fazia uma nítida distinção, punindo oficiais por ato institucional e os praças sendo exonerados, demitidos e expulsos por ato disciplinar.

Com todo respeito, já foi dito aqui e estou de acordo com os Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e Ilmar Galvão, essa era nossa tese no Tribunal Federal de Recursos, e não há razão para mudar.

Peço vênia ao Ministro Garcia Vieira, porque o Supremo Tribunal Federal está dando uma interpretação rígida do texto da lei. Mas já vínhamos interpretando assim: não podemos tratar desigualmente situações iguais. Se concedermos anistia só aos punidos por ato institucional, estaremos sendo injustos com aqueles que participaram do mesmo ato político, na mesma oportunidade, com os mesmos riscos, dizendo que eles não têm direito à anistia.

E por tudo o que já foi dito, Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro-Relator, mas, nesse caso, tenho que acompanhar o Ministro Peçanha Martins, porque sempre pensei assim e não há nenhuma razão que me leve a pensar diferente.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 756 — DF — (91.000059-0) — Rel. originário: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Rel. p/acórdão: Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins. Impetrante: Francisco das Chagas Guimarães. Impetrado: Ministro de Estado da Marinha. Adv.: José Cordeiro Valdecy.

Decisão: A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Garcia Vieira (Relator) e Hélio Mosimann, deferiu o mandado de segurança. (09.04.91 — 1ª Seção). Sustentou oralmente o Dr. José Cordeiro Valdecy, pelo impetrante.

Os Srs. Ministros Américo Luz, Geraldo Sobral, Ilmar Galvão e José de Jesus votaram com o Sr. Ministro Peçanha Martins, que lavrará o acórdão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 882 — RS

(Registro nº 91.36684)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrentes: *Ubirajara de Sá Gomes e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Impetrado: *Governador do Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrido: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Drs. Aderbal Torres de Amorim e outro e Dilma de Souza*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO. POSSIBILIDADE, QUANDO CONTAMINADO POR VÍCIO QUE O COMPROMETA. APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. MATÉRIA CONTROVERTIDA, RECLAMANDO EXAME DE PROVAS.

Pode a Administração anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, reservando-se ao exame do Poder Judiciário a legalidade ou não do ato anulado.

Possuindo a atividade administrativa, em seu favor, uma presunção de legitimidade, cabe ao interessado pleitear judicialmente o restabelecimento da situação anterior.

Ressaltando, entretanto, dos autos, a necessidade de prova aprofundada sobre o direito pretendido, descabe a via mandamental, com ressalva das vias ordinárias.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao recurso, ressaltando aos impetrantes as vias ordinárias, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: UBIRAJARA DE SÁ GOMES e outros — seis são os impetrantes — ajuizaram mandado de segurança contra ato do Governador do Estado que tornou insubsistentes atos concessores de revisão de proventos.

Historiando os fatos, em breve relato, dizem os impetrantes que são oficiais da reserva da Brigada Militar e exerceram funções gratifica-

das junto à Casa Militar do Governo do Estado. Em seus atos de inativação, incorporaram a totalidade das gratificações; em 12 de julho de 1989, viram seus atos de transferência para a reserva retificados para que passassem a perceber o novo valor, passando, todos eles, a perceber “100% de 1,79 vezes” o valor da vantagem incorporada a cada um; porém, em ato recente, o Governador tornou sem efeito o anterior ato retificatório dos proventos no atinente às vantagens incorporadas.

Contra esse último ato, que consideram malferidos de direito líquido e certo, é que se volta o presente mandado de segurança.

Estabelecendo a distinção entre anulação e revogação, como modalidades de desfazimento do ato administrativo, prosseguem:

— os atos que concederam a revisão dos proventos geraram direitos, tornando impossível a singela revogação e impondo-se a via anulatória, a exigir ato fundamentado, motivado, apontando onde se encontram as ilegalidades que autorizam o desfazimento.

Invocam, ainda, os requerentes, os precedentes de dois outros militares, que teriam obtido o que se contém nos atos revogados, concluindo que houve alteração remuneratória da função que exerciam, extensível, assim, aos inativos, as novas vantagens.

Pedem a liminar e a concessão da segurança para que se mantenham hígidos os atos concessores das revisões de proventos.

A liminar foi concedida (fls. 43).

Solicitadas informações, prestou-as a autoridade indigitada coatora (fls. 49/57), procurando justificar a correção do ato atacado, fundamentado na sujeição da Administração Pública ao dever de obediência à legalidade. Por isso é que, entendendo ilegal a concessão da vantagem, foram revisados os atos, tornando insubsistente a incorporação. Outrossim, nega a existência de direito líquido e certo dos impetrantes à incorporação de 1,79 das funções gratificadas, quer porque, ao passarem para a reserva, tiveram incorporada aos proventos a integralidade das funções gratificadas que haviam exercido; quer porque não provaram a origem da incorporação concedida aos apontados paradigmas, que percebiam gratificação especial ou “equivalência”, em valores variáveis; quer ainda porque não lograram demonstrar o atendimento dos requisitos pessoais necessários. Finalmente, nega a possibilidade de aplicação do art. 40, § 4º, da Constituição Federal.

Opinando o Ministério Público pela denegação da segurança, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em decisão unânime, denegou a pretensão.

Recorrem, então, os impetrantes, fazendo-o com base no disposto no art. 105, II, *b*, da Carta Magna, combinado com os artigos 33 e 38, da Lei nº 8.038/90.

Não negam que a Administração pode rever seus atos, questionando, entretanto, sobre a forma de fazê-lo, pois não houve procedimento administrativo próprio, a ser adotado sempre que a revisão do ato extrapolar a mera revogação, recaindo na forma anulatória. Asseveram que a nova Constituição, ao estender as garantias do contraditório e ampla defesa ao processo administrativo (art. 5º, LV), impôs que atos anulatórios, que venham a ferir direitos subjetivos, submetam-se ao devido processo legal; gerando direitos que se subjetivam para o destinatário do ato, ocorre uma redução na discricionariedade da revisão desse ato, em face disso, a falta de motivação macula o ato de nulidade.

Pleiteando o provimento do recurso, rebatem os principais fundamentos do acórdão: possibilidade de anulação dos atos, prescindindo de formalidades especiais — duvidosa constitucionalidade das vantagens — caráter nitidamente pessoal da função postulada — falta de prova de que exerceram a função pelo tempo necessário e também de haver modificação no regime remuneratório.

Oferecidas contra-razões, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 130/133, opinou pelo improvemento da irresignação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: O acórdão impugnado porta a seguinte ementa:

“BRIGADA MILITAR. INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS, DEPOIS TORNADAS INSUBSISTENTES PELO EXECUTIVO, NA VIA ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÕES DOS IMPETRANTES DE DIREITO ADQUIRIDO, E LÍQUIDO E CERTO A ELAS. FALTA DE COMPROVANTE DESSAS AFIRMATIVAS E FACULDADE DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA DE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS. SEGURANÇA DENEGADA.” (fls. 80)

Negando o direito perseguido pelos impetrantes à gratificação pretendida, inicia o aresto argumentando que a Administração pode anular seus atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais (Súmula nº 473/STF). No entender do Tribunal, a extensão do direito à gratificação em tela aos impetrantes seria ilegal.

A motivação veio com as informações. E, para a anulação, que não se confunde com a revogação (inconveniência e oportunidade) não se exigem, certamente, formalidades especiais; evidenciada a infração à lei, pela incorporação com efeitos retroativos a 1988, fica justificada a anulação administrativa, segundo Hely Lopes Meirelles.

Resta indagar se agiu corretamente o Administrador.

No caso concreto, sob julgamento, o ato atacado está consubstanciado no seguinte (fls. 25):

“O GOVERNADOR DO ESTADO, no uso de suas atribuições, torna insubsistentes os atos datados de 12Jul89, referentes aos PM abaixo relacionados, de acordo com os processos BM/DP nº:

51989/89 — Cel. PM Res PAULO ROBERTO DE ARAÚJO MONTEIRO, RE 34.315.3;

51987/89 — Cel. PM Res UBIRAJARA DE SÁ GOMES, RE 432.4;

52544/89 — Cel. PM Res GERALDO LOMANDO, RE 15.090.8;

52383/89 — Cel. PM Res VALTER SPALDING FILHO, RE 34.322.6;

52483/89 — Ten Cel. PM Res ADONES ANTÔNIO DAL BOSCO, RE 34.460.5;

51988/89 — Ten Cel. PM Res WOLMER ALBERTO FERRAZ CORRÊA, RE 34.259.9. Em 07Ago89.”

Portanto, além de a autoridade declinar os motivos que a levaram a considerar insubsistentes os atos — “por entender ilegal a concessão desta vantagem, revisei os atos, em 08 de agosto, tornando insubsistente a incorporação” — tudo foi praticado de acordo com os processos enumerados, relativos a cada um dos atingidos.

Nada impedia de assim agir, cabendo ao Judiciário manifestar-se a respeito, se provocado.

A Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal, não deixa a menor dúvida:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Não tem aplicação à hipótese, a nosso ver, a nova norma constitucional (art. 5º, LV), que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, a contraditória e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Como assinala Ferreira Filho (Comentários, vol. 1, pág. 68), foi o princípio claramente estendido ao processo administrativo, **evidentemente de natureza disciplinar**, “já que as constituições anteriores asseguravam o contraditório somente na instrução criminal (Wolfran J. Ferreira, Comentários, vol. 1, pág. 213). A garantia é conferida “aos acusados em geral” (Celso Bastos e Ives Gandra, Comentários, 2º vol., págs. 265 a 268).

Efetivamente, não é o caso dos autos, em que se litiga sobre vantagem funcional, na esfera administrativa, não se cogitando de acusado ou de processo disciplinar.

Por outro lado, e à toda evidência, não tem qualquer aplicação à espécie o inciso LIV, do art. 5º, da CF — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal — até porque o dispositivo não foi sequer mencionado em todo o curso do processo.

Sobre o desfazimento do ato pela Administração, voltando à Súmula nº 473, do STF, colhem-se de voto do Ministro Néri da Silveira as seguintes passagens (RTJ, 119/1.176 a 1.180):

“Entre nós, consoante ensina Amílcar de Araújo Falcão, o ato administrativo pode extinguir-se ou ser eliminado de dois modos diferentes: ou pela revogação, **ou pela anulação**. Consiste a revogação na eliminação total ou parcial de um ato administrativo, por consideração de mérito (conveniência, utilidade, oportunidade, justiça, etc.). **Consiste a anulação na eliminação do ato administrativo, por considerações relacionadas com a sua legalidade (apud Introdução ao Direito Administrativo, pág. 75)”**...

“Desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao direito vigente, **cumpre-lhe anulá-lo o quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa**. Se não o fizer, poderá o interessado pedir ao judiciário que verifique a ilegitimidade do ato e declare a sua invalidade, através da anulação (**apud** Revista dos Tribunais, vol. 327, pág. 702).

É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que os atos administrativos podem ser anulados pela própria autoridade que os expediu, ou de maior graduação, quando contrários à lei, ou sem base nela, ou, ainda, eivados de qualquer vício insanável.”...

“De compreender-se é, dessarte, que o ato administrativo contrário à lei ou praticado sem base em lei, quando, por sua natureza, a ela, deveria estar vinculado, é, em princípio, suscetível de anulação pela própria autoridade administrativa, pois dele nenhum direito pode ter nascido.”...

“Dessa sorte impende acolher-se que é facultado à Administração Pública anular os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei, pois só na hipótese de ter sido esta obedecida é que deles poderia nascer um direito público subjetivo.”...

“O princípio da revisão do ato administrativo, pela própria Administração, encontra, entretanto, **limite no direito adquirido de terceiro.**”...

E conclui o Min. Néri da Silveira, na parte que aqui nos interessa:

“Dessa maneira, se é certo, em princípio, que não há direito adquirido contra a lei e que a Administração pode anular os seus atos praticados com infração a dispositivos legais, consoante ficou largamente analisado acima (itens 38 e 39), **não menos exato é que a atividade administrativa possui, em seu favor, uma prevenção de legitimidade, e cada ato do Poder Público, oriundo de autoridade competente, há de ter-se em princípio, como válido,** perante os cidadãos”...

No âmbito deste Tribunal, e particularmente desta Turma, o tema tem sido tratado de forma idêntica:

“A Pública Administração, porque atua vinculada ao princípio da legalidade, **tem o dever** de anular os atos administrativos eivados de nulidade. Deles não resulta direito. Na espécie, fora concedida vantagem *contra legem*. Impõe-se a retificação” (Min. Vicente Cernicchiaro, Jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, vol. 23, págs. 164/165).

Não é diferente a lição do sempre lembrado Hely Lopes Meirelles, transcrita nos autos (fls. 115):

“O ato nulo não vincula as partes, mas pode produzir efeitos válidos em relação a terceiros de boa-fé. Somente os efeitos, que atingem terceiros, é que devem ser respeitados pela Administração; as relações entre as partes ficam desfeitas com a anulação, retroagindo esta à data da prática do ato ilegal e, conseqüentemente, invalidando os seus efeitos desde então.”

De outra parte, se a Administração procedeu como lhe cumpria proceder, reserva-se ao exame do Poder Judiciário a legalidade ou não

do ato anulado. Aí é que se admite ou não ilidir a presunção de legitimidade, podendo o interessado pleitear judicialmente o restabelecimento da situação anterior, para usar, mais uma vez, a expressão de Hely Lopes Meirelles.

Nesse ponto, a decisão recorrida, em **mandado de segurança**, considerou duvidosa a constitucionalidade da vantagem suprimida: o art. 13, § 4º, da Constituição Federal anterior, em cuja vigência fora concedido o benefício (a partir de 1º/07/88) proibia remuneração superior à do Exército, de que são forças auxiliares ou reserva as Polícias Militares. E a Lei nº 5.787/72, definindo as gratificações incorporáveis, define também quando cessam determinadas vantagens.

Defrontou-se, mais adiante, com a natureza das funções gratificadas **junto à Casa Militar** do Governo do Estado, criadas por lei, concluindo ser vantagem resultante de ato concessório individual, **de caráter pessoal**, decorrente da relação de confiança, somente admitindo incorporação àqueles que a tenham efetivamente titulado pelo lapso temporal definido em lei (Lei 7.872/83 — 20% a cada biênio completo e consecutivo, até atingir o máximo de 100%). Quer dizer: admite-se a incorporação, nos termos da lei, mediante a satisfação de determinados requisitos.

Pelas mesmas razões, imprescindível seria demonstrar se a situação dos recorrentes se ajustava à daqueles trazidos como paradigmas (fls. 26), ainda mais adiante da afirmação de que dois deles (Geraldo e Walter) não exerceram as mesmas funções. De igual maneira, cumpria demonstrar se ocorreu alguma das hipóteses a que se refere o art. 40, § 4º, da Constituição Federal.

Tudo isso, a depender de dilação probatória, leva à denegação da segurança, não provado desde logo o direito líquido e certo que reivindicam, comprovando a ilegalidade do ato impugnado e a legalidade do ato desfeito. Mas não exclui da apreciação judicial, com exame de provas, através dos meios regulares, como preconizou, aliás, a Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 71 e 118), e decorre do art. 15 da Lei nº 1.533/51 e da Súmula nº 304, do STF. O acórdão exibido hoje, nesta sessão de julgamento (decisão em ação ordinária) mais reforça tal conclusão.

Conheço, pois, do recurso, e lhe nego provimento, ressalvando aos recorrentes utilizarem-se das vias ordinárias.

É o voto.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHIA MARTINS: Senhor Presidente, pelo que ouvi da exposição do brilhante Advogado gaúcho, há como

que uma questão prejudicial, que seria a validade do ato administrativo que anulou aqueles outros, por cuja validade se batem os requerentes. Essa mesma questão foi ressaltada pelo Eminentíssimo Subprocurador. Não tenho dúvida de que, em relação aos outros aspectos tratados no mandado de segurança, seria de exigir-se prova, pelo que a via escolhida a isso não se prestaria. Mas, em relação à validade do ato, creio que a Súmula 473 do STF há que se conformar com as regras da Constituição de 1988, contidas no art. 5º, incisos LIV e LV. O ato imotivado — ainda ontem votamos assim — é um ato arbitrário e ilegítimo.

Por isto, acompanho o nobre Representante do Ministério Público da União, divergindo do Eminentíssimo Ministro-Relator, para anular o ato, ressaltando ao Estado a renovação do inquérito ou do procedimento que tenderia a reexaminar a matéria.

VOTO — VENCIDO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Peço vênias ao eminente Ministro-Relator para concordar com o voto do preclaro Ministro Peçanha Martins. Creio que, realmente, a matéria deve ser reapreciada a partir da anulação do ato impugnado.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, confesso que, após a sustentação oral feita pelo brilhante Advogado e o douto parecer do nobre Subprocurador, fiquei com a impressão favorável ao acolhimento do argumento quanto à concessão da segurança, ao fundamento da falta de motivação do ato administrativo. Mas, depois de ouvir o brilhante voto do ilustre Ministro-Relator, Hélio Mosimann, a minha percepção inicial desse argumento foi alterada.

Isso porque há um princípio fundamental, inerente a toda Administração Pública, que é o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, o qual, aliás, se coaduna com o chamado privilégio da auto-executoriedade dos atos administrativos. Afastar este princípio da Administração, significa tolhê-la em toda a sua atividade. Pois todos bem sabem, que esta se rege pelo princípio da legalidade. Ela há de fundar todos os seus atos na legalidade, tendo aqueles, ao mesmo tempo, uma visão de interesse público. Todas as vezes que os atos não se embasam em aspectos de lei e se desviam do interesse público se eivam de nulidade. Em razão disto, cabe à Administração, de logo, afastar es-

ses atos que estão contaminados desses vícios altamente comprometedores aos seus fins públicos. Com grande propriedade argumentou o ilustre Ministro-Relator com a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, mostrando que, realmente, se encontra em vigor. Eis o seu texto:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

No caso tem aplicação a parte final da Súmula, que dispõe: “ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Acredito que é possível, realmente, que a Justiça aprecie a argumentação deduzida pelos impetrantes; mas, há de fazê-lo com ampla investigação probatória, não apenas dos aspectos formais de ser o ato fundamentado ou não. Como dizer não fundamentado um ato baseado em vários processos administrativos. Argumenta-se que os interessados precisariam ser ouvidos no procedimento em que o ato foi praticado. Todavia, se assim entendermos, estaremos estabelecendo princípios totalmente contrários ao nosso sistema constitucional e a todas as regras de Direito Administrativo, não só deste País, mas de diversos outros. Todos os administrativistas, todos os constitucionalistas têm como regra básica, inerente ao poder estatal, peculiar ao Direito Administrativo, a presunção de legalidade dos atos administrativos. O ato é válido; é possível que a declaração da sua nulidade possa, em certos casos, alcançar terceiros. Então, que venham os interessados a juízo e demonstrem de maneira inequívoca, com ampla produção probatória, a sua nulidade ou pleiteiem a sua anulação. Assim, esses casos de invalidade da atuação administrativa poderão ser reconhecidos e declarados pelo Poder Judiciário.

Com estas breves observações e com a devida vênias dos eminentes Colegas que votaram em sentido contrário, acompanho o voto do ilustre Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Confesso que, inicialmente, me comoveram os argumentos do ilustre Professor que sustentou, da Tribuna, o direito dos impetrantes.

Peço vênias ao Sr. Ministro Américo Luz e ao Sr. Ministro Peçanha Martins para, de início, afastar a hipótese da aplicação do art. 5º, inci-

sos LIV e LV, porque, na verdade, o Sr. Ministro-Relator disse que, para cada Oficial, se estabeleceu um processo administrativo. Houve um devido processo legal, se assim não fosse competia aos impetrantes demonstrar, cristalinamente com a inicial, a nulidade desse procedimento administrativo. Penso que este seria o primeiro pressuposto. Invocou-se a Súmula 473 do Supremo, assaltando-me algumas dúvidas. Esse ato do Governador considerado ilegal, deu-se por motivo de conveniência ou oportunidade? O ato de concessão teria sido ilegal? Foi conveniência ou oportunidade que o Governador entendeu, no seu campo político administrativo, bem dizendo, de retirar essa vantagem desses Oficiais da reserva?

Por outro lado, há uma garantia da Constituição, e a história aí se repete. Os outros oficiais gozam dessa vantagem? Falou-se, aqui, que os oficiais paradigmas eram ajudantes de ordem. Será que a prova veio aos autos dizendo que os ajudantes de ordem integram a Casa Militar? Não.

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Presidente): O que se alega é falta de motivação do ato.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Mas, veja V. Exa., a falta de motivação não foi devidamente demonstrada, a meu sentir, porque o ilustre Professor que sustentou da tribuna, não me deu essa impressão, mas, estaria isso demonstrado nos autos? A minha preocupação, Sr. Presidente, nobres Ministros, é de que, no mandado de segurança, a prova é pré-constituída e deve ser cristalina, não podendo deixar qualquer dúvida para que a segurança possa ser concedida. Conceder a segurança, anular o ato, sem conhecermos essas particularidades, quais sejam, se os oficiais que pleiteiam cumpriram, pelo menos, aquele período que a Lei Estadual exige, para obter a vantagem. Precisam ter, no mínimo, tantos anos de exercício na Casa Militar. São essas indagações, Sr. Presidente, que me assaltam em termos do julgamento que ora fazemos.

Acredito mesmo que o bom direito esteja com esses oficiais, e que possa vir um acórdão do Rio Grande do Sul, concedendo esse direito, mas em um procedimento comum ordinário. O art. 42 da Constituição, que cuida dos interesses dos militares, em seu § 10 remete para dois parágrafos, da parte dos civis, dizendo que as vantagens que os da ativa perceberem, a qualquer tempo, os inativos também deverão receber. É o princípio da isonomia.

Pensando que esses oficiais podem obter tudo isso, a curto prazo, é que não vejo como, Sr. Presidente, anular o ato em mandado de segu-

rança. É como diz o Sr. Ministro Pádua Ribeiro: há uma presunção de que os atos da Administração estão corretos, até prova em contrário; e essa, a meu sentir, não veio aos autos.

Com essas considerações e pedindo vênias aos Ministros Peçanha Martins e Américo Luz, que endossaram o parecer do nobre Dr. Procurador, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 882 — RS — (91.00036684) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Rectes.: Ubirajara de Sá Gomes e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Impdo.: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Recdo.: Estado do Rio Grande do Sul. Advs.: Drs. Aderbal Torres de Amorim e outro, Dilma de Souza.

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, ressaltando aos impetrantes as vias ordinárias, vencidos os Srs. Ministros Peçanha Martins e Américo Luz que ao recurso davam parcial provimento (em 11.09.91 — 2ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 983 — RS (Registro nº 91.0007891-3)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Marisa Terezinha Stolnik*

Recorrida: *União Federal*

Impetrado: *Juiz Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região*

Tribunal de Origem: *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*

Advogados: *Drs. Mauro Vianey Soares e outro*

EMENTA: Processual Civil. CPC, art. 47. Litisconsortes necessários. Falta de citação. Nulidade do processo.

I — A falta de citação dos litisconsortes necessários enseja a nulidade do processo.

II — Recurso parcialmente 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, dar parcial provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Adoto, como relatório, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza (fls. 204-207):

“1. Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, denegatório de mandado de segurança de sua competência originária.

2. O acórdão impugnado (fls. 138/158), depois de rejeitar, por maioria de votos, as preliminares de litispendência e a de citação de litisconsortes necessários, denegou, por unanimidade, a segurança ajuizada pela recorrente com o objetivo de lhe ser assegurada “prioridade em caso de convocação para nomeação pertinente ao cargo de técnico judiciário”, sobre os candidatos aprovados em concurso posterior. Entendeu o Tribunal *a quo* que inexistia litisconsórcio entre candidatos concursados e aprovados em certame realizado pelo extinto TFR e os que se submeteram àquele específico realizado pelo TRF/4ª Região. Concluiu, no mérito, que o § 1º do art. 9º da Lei nº 7.727/89 apenas permite, mas não impõe, a nomeação de concursados no primeiro certame para provimento de cargos depois também objeto de concurso local. A

existência de dois concursos, com objetos diferentes, não configura a hipótese prevista no artigo 37, IV, da CF/88.

3. A recorrente, em suas razões de recurso (fls. 160/166), insiste na incompetência do Tribunal *a quo* diante da suspeição de mais da metade de seus membros (art. 102, I, *n*, da CF/88), na nulidade do processo por ausência de citação dos litisconsortes necessários e, no mérito, na existência de direito líquido e certo a ser tutelado.

4. A alegada incompetência do Tribunal *a quo*, porque mais da metade de seus membros estaria indiretamente interessada na solução do litígio, *data venia*, não procede. Nada indica o interesse, ainda que indireto, da maioria dos membros do Tribunal, na ação em pauta. O simples fato de terem decidido na esfera administrativa não induz à conclusão de que, como julgadores, têm interesse na causa.

5. Quanto à nulidade do processo diante da ausência de citação de litisconsorte necessário, ao que penso, procede a pretensão recursal. Constata-se, dos autos, que a recorrente postulou a segurança para evitar que fossem nomeados para cargos vagos de Técnico Judiciário no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, candidatos aprovados em concurso que teve o resultado homologado por ato publicado no DJ de 05.12.89, em detrimento dos que, como a impetrante, foram aprovados em concurso homologado em 08.11.89.

6. Nomeados no curso da ação seis dos aprovados no certame promovido pelo TRF/4ª, a recorrente pediu expressamente a citação destes como litisconsortes necessários (fls. 127/129), postulação que não logrou sucesso, porque rejeitada no Plenário do Egrégio Tribunal, por voto de desempate.

7. A validade da relação processual, no caso de litisconsórcio necessário, depende da citação de todos os que encerrem esta condição (art. 47, do CPC), ainda que se trate de relação processual em mandado de segurança (art. 19, Lei nº 1.533/51).

8. A citação de todos os litisconsortes é um pressuposto processual, ou seja, de regular formação da relação processual. A ausência de tal providência vicia a relação processual e pode motivar, inclusive, a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, CPC). E a presença de tal vício pode ser conhecida de ofício e a qualquer tempo (§ 3º do art. 267, do CPC). Em consequência, “é nulo o processo em que não foi citado litisconsorte necessário” (RTJ 80/611, 95/742, RTFR 102/163, RT 508/202).

9. Como é pacífico na jurisprudência, “é litisconsorte passivo necessário aquele a quem afeta a concessão da segurança” (RTJ 64/277, 65/540, 82/618, 94/481, 103/1.074). No caso dos autos, se a segurança for concedida a final, serão necessariamente atingidos os que foram nomeados para exercer o cargo de técnico judiciário, que é precisamente o objeto da pretensão da recorrente.

10. Essa Egrégia Turma tem declarado a nulidade de processo de mandado de segurança que teve curso sem a citação de litisconsorte necessário. Entre outros, veja-se o seguinte precedente:

“Recurso especial. Mandado de Segurança. Conhecimento como Recurso Ordinário. Litisconsórcio. Conhece-se de recurso especial como recurso ordinário, uma vez interposto pelos Impetrantes. Alega sucumbência parcial resultante do julgamento de Embargos de Declaração. **Nulidade declarada por falta de citação de litisconsorte necessário. Interesse deste; provido o recurso, repercutirá na situação funcional**”. (Recurso Especial nº 229/PI — Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *in* RSTJ 6/303 — grifei).

11. Certo que as pessoas indicadas pela recorrente, caso o recurso seja provido, sofrerão diretamente os efeitos da decisão concessiva da segurança, resulta indubitavelmente que são litisconsortes necessários e, como tais, devem participar da relação processual, sob pena de nulidade.

Assim sendo, o parecer é no sentido da **providimento** do recurso, para que seja **anulado o processo** a partir das informações e efetivada a citação dos litisconsortes necessários”.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual civil. CPC, art. 47. Litisconsortes necessários. Falta de citação. Nulidade do processo.

I — A falta de citação dos litisconsortes necessários enseja a nulidade do processo.

II — Recurso parcialmente provido.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Concordo com a conclusão do douto parecer, transcrito no relatório.

No caso, era indispensável, para bem constituir-se a relação processual posta em juízo, a citação dos litisconsortes necessários. Com efeito, a decisão meritória, no caso, poderá afetar a situação jurídica dos candidatos aprovados no concurso realizado pelo Tribunal *a quo*, que já foram nomeados. É o que ressaltou, com inteira pertinência, o ilustre Juiz Teori Albino Zavascki no seu douto voto (fls. 142):

“Peço vênia para discordar do eminente relator na questão da preliminar de litisconsórcio.

Segundo penso, há necessidade de citação dos que foram nomeados em razão do concurso realizado pelo Tribunal. É verdade que a questão está ligada ao mérito. Porém, se a decisão a respeito dela for tomada após o julgamento do mérito, é possível que se chegue à tardia conclusão de que o litisconsórcio é necessário porque a ação é procedente! Não me parece essa uma posição correta. Realmente, se a ação mandamental for procedente, necessariamente se vai consagrar a tese de que os que têm direito à nomeação são os que foram aprovados no concurso do Tribunal Federal de Recursos, em prejuízo, portanto, dos que foram aprovados e nomeados pelo concurso realizado pelo Tribunal Regional Federal. Há, por isso, interesse direto desses funcionários nomeados, já que a decisão vai atingi-los.

Cabe decidir, pois, esta questão preliminar como prejudicial. E, decidindo-a, acolho a preliminar, para determinar a citação dos funcionários nomeados”.

Isto posto, à vista do art. 47 do CPC, dou parcial provimento ao recurso para anular o processo a partir das informações, a fim de que sejam citados os litisconsortes necessários.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 983 — RS — (91.0007891-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Recte.: Marisa Terezinha Stolnik. Advs.: Mauro Vianey Soares e outro. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Impdo.: Juiz Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recdo.: União Federal.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator” (19.02.92 — 2ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 990 — DF
(Registro nº 91.11823-0)

Relator: *Ministro Américo Luz*

Imptes.: *Empresa Rural do Guaporé Ltda. e Agro-Pecuária Planalto do Norte Ltda.*

Impdo.: *Ministro de Estado da Agricultura e Reforma Agrária*

Advs.: *João Leal Júnior e outro*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 7.738/89. IMPOSTO DE RENDA E SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS.

Em desapropriação, cumpre observar o princípio constitucional da justa indenização. Na espécie, deflacionados que foram os TDAs, impõe-se resgatar o seu real valor, adicionando-lhes a correção suprimida referente ao IPC de janeiro de 1989, no percentual de 70,28%.

In incidência dos impostos sobre a renda e sobre operações financeiras.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Empresa Rural do Guaporé Ltda. e Agro-Pecuária Planalto do Norte Ltda. impetraram

mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, contra atos do Sr. Ministro da Agricultura e Reforma Agrária, desprezando o IPC de janeiro de 1989, no percentual de 70,28%, na correção dos valores dos Títulos da Dívida Agrária (TDAs). Alegam a titularidade de 46.518 TDAs e o direito líquido e certo de ver referidos títulos isentos de qualquer tributação e corrigidos mês a mês (juros e correção monetária), consoante o art. 184 da Constituição Federal. Tudo na forma dos arts. 9º e 10 da Lei nº 7.738/89 e art. 21 do Decreto nº 59.443.

Deferi a liminar e solicitei as informações de fls. 338/342.

Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem, que deve restringir-se ao percentual de 70,28% sobre o valor dos títulos a serem resgatados.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A matéria de que tratam os presentes autos é idêntica à que, como Relator, apreciei no Mandado de Segurança nº 781-DF, cujo voto leio e junto por cópia.

Adoto os mesmos fundamentos expendidos no referido julgado, para conceder *in totum* a segurança.

ANEXO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 781 — DF (Registro nº 91.1889-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A pretensão da impetrante mereceu acolhida por parte do Ministério Público Federal, consoante se verifica do parecer da lavra do ilustrado Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo da Fonseca, assim posto (fls. 41/43):

“Improcede a preliminar sopesada pela autoridade coatora. O ato ministerial afrontado ao fixar critérios de cálculo do índice de variação do valor dos TDAs, não se constitui em mero ato normativo, mas é de efeito concreto de que se irradia objetivamente lesão a direito individual, podendo ser atacável pelo *writ of mandamus*, qual o proclamam a doutrina e a jurisprudência.

No que tange à questão de fundo procede a impetração.

O art. 184, da CF, dispõe:

“Compete à União Federal desapropriar por interesse social para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, **com cláusula de preservação do valor real**, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

A contar de 1964, pela EC 10, que o legislador constituinte vem autorizando o Poder Executivo a expedir Títulos da Dívida Agrária em decorrência de desapropriação de área de terras, por interesse social, inserindo obrigatoriamente cláusula que proteja e garanta o portador desses títulos contra eventuais decessos do valor da moeda. Assim ocorreu com a EC nº 469, e a recém-promulgada Constituição, mais precisamente, no suso transcrito artigo, consagrou o postulado de a justa indenização não poder sofrer restrição de qualquer natureza.

Antes da edição da Med. Provisória nº 38, que se converteu na Lei 7.738, de 9.3.89, em que se louvou o M. da Agricultura para expedir os atos hostilizados, mas já na vigência da Constituição de 1988, — assinalou a Consultoria Geral da República que:

“A noção de justa indenização não pode sofrer qualquer restrição, sob pena de malferir-se, por ato estatal revestido de menor positividade jurídica, o postulado constitucional que a consagra. A restrição desse conceito, sem que ela derive de autorização constitucional, configurará ato lesivo à cláusula assecuratória da propriedade privada, inscrita na Carta Maior, por implicar o esvaziamento arbitrário do conteúdo econômico desse direito” (DOU, I, de 19.12.88, p. 2.4701, DOC. 12, anexo).

Da “Nota de Esclarecimento”, de 2 de fevereiro de 1989, logo após o Plano Verão, da lavra do IBGE, destaca-se:

“Assim, no caso do IPC de dezembro, o vetor de preços médios está, supostamente, posicionado no dia 30/11 que é o dia central do mês de coleta de dezembro (17 de novembro a 14 de dezembro). No caso do IPC de janeiro, o vetor está posicionado em 20 de janeiro (dia central do período 17 a 23 de janeiro); no caso do IPC de fevereiro, o vetor estará posicionado no dia 31/1 (dia central do período 17 de janeiro a 15 de fevereiro).

Como a variação do IPC é calculada dividindo-se o vetor de preços médios de um mês pelo vetor de preços médios do mês anterior, pode-se admitir que a variação do IPC mede a inflação ocorrida entre os dias em que estão posicionados esses vetores.

Assim, a variação do IPC de janeiro mede a inflação ocorrida entre o dia 30 de novembro e o dia 20 de janeiro; ou seja, a variação do IPC em janeiro expressa a elevação de preços verificada ao longo de 51 dias. Conseqüentemente o IPC de fevereiro medirá a inflação ocorrida entre 20/1 e 31/1; ou seja, a variação do IPC em fevereiro espelhará a variação de preços verificada ao longo de 11 dias.

A partir de março os vetores de preços médios voltarão a distar trinta dias (aproximadamente) entre si, de modo que as variações mensais do IPC, a partir desse mês, voltam a espelhar variações de preços ocorridas ao longo de trinta dias” (fls. 44/45).

Vê-se, claramente, qual também acentua a impetração, que houve supressão do cálculo de atualização dos TDAs da variação do IPC referente a janeiro de 1989, e não só os arts. 9º e 10 que fundamentaram a edição dos atos ministeriais, como estes, batem-se em testilha com o mandamento constitucional que faz preservar o valor real dos TDAs, e, no caso, ocorreu deflação do valor nominal desses Títulos, ao não se lhes adicionar, em seu valor real, os 76,41% do IPC de janeiro/89 acumulado no exercício, até então, recebendo, nesse período, a correção de apenas 3,6%”.

Na linha dessa argumentação a Corte decidiu inúmeras ações mandamentais, dentre as quais a de nº 745 de que fui relator, cujo acórdão assim ementei:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA. CORREÇÃO. LEI Nº 7.738/89.

Em desapropriação, cumpre observar o princípio constitucional de justa indenização.

Qualquer restrição que não preserve o real valor das TDAs, malfere direito líquido e certo. Na espécie impõe-se a correção suprimida referente ao IPC de janeiro de 1989, no percentual de 70,28%.

Segurança concedida.”

No que tange à incidência dos impostos sobre a renda e sobre operações financeiras, *data venia*, tenho por indevidos na espécie, pois importa em violação ao princípio constitucional da justa indenização, conforme Parecer CS 27, da douta Consultoria-Geral da República, publicado no DO de 26.02.91, que tem força de lei perante a Administração, sintetizado pela seguinte ementa, *verbis*:

“I — Os Títulos da Dívida Agrária representam o pagamento da prévia e justa indenização na desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária (CF, art. 184). Por isso mesmo, improcede a pretensão de incidir, sobre eles, qualquer modalidade de tributo, máxime do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários. Admitir tributar TDA's seria admitir fraudar o princípio constitucional da justa indenização e, ainda, favorecer à União Federal, que, a um só tempo, expropriaria e reteria parcela do valor constitucionalmente devido em pagamento.

II — Matéria contida nas questões já amplamente apreciadas e decididas no Parecer SR-45/87, aprovado pelo Presidente da República em 4.12.1987, e reexaminadas no Parecer nº CR/SA-26/88, exarado em pedido de revisão não deferido. O descumprimento de decisão normativa do Presidente da República configura quebra da hierarquia e grave ofensa à autoridade presidencial.”

Do exposto, concedo *in totum* a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 990 — DF — (91.11823-0) — Rel.: Min. Américo Luz. Imp-tes.: Empresa Rural do Guaporé Ltda. e Agro-Pecuária Planalto do Norte Ltda. Impdo.: Ministro de Estado da Agricultura e Reforma Agrária. Advs.: João Leal Júnior e outro.

Decisão: “A Seção, por unanimidade, deferiu o mandado de segurança” (1ª Seção — 29.10.91).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros, Américo Luz e Pádua Ribeiro, votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.031 — DF
(Registro nº 91.0012675-6)

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

Impetrante: *Secovi-SC*

Impetrado: *Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento*

Advogados: *Drs. João Gabriel Testa Soares e outro*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA Nº 419 DO MINISTRO DE ESTADO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO, QUE FIXOU PREÇOS DIFERENCIADOS NA COMPRA DE BOTIJÕES DE GÁS. LEGALIDADE DO ATO, QUE ATENDE AOS FINS SOCIAIS E ÀS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM, SEM AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SEGURANÇA DENEGADA.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: O SINDICATO DAS EMPRESAS DE COMPRA, VENDA, LOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS E DOS CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS E COMERCIAIS EM TODO O ESTADO DE SANTA CATARINA impetrou mandado de segurança coletivo contra ato do MINISTRO DE ESTADO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO, consubstanciado na Portaria nº 419, de 30/5/91, que fixou valores diferenciados na compra de botijões de gás.

Alega o impetrante, em resumido, que o ato impugnado fixando preços diferenciados para os botijões de 13kg, de um lado, e de 45 e 90

kg, de outro, feriu direito líquido e certo do usuário, com ofensa ao princípio da isonomia.

Solicitadas as informações, prestou-as a digna autoridade apontada coatora às fls. 44/53.

Aqui, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pela denegação da segurança.

É este o relatório.

VOTO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA Nº 419 DO MINISTRO DE ESTADO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO, QUE FIXOU PREÇOS DIFERENCIADOS NA COMPRA DE BOTIJÕES DE GÁS. LEGALIDADE DO ATO, QUE ATENDE AOS FINS SOCIAIS E ÀS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM, SEM AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SEGURANÇA DENEGADA.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Em suas informações esclareceu a digna autoridade impetrada que:

“A Portaria Ministerial nº 419/91, cuja fundamentação legal está assentada nos dispositivos acima transcritos, fixou os preços ora impugnados, levando em conta que a grande maioria da população — aí incluída a classe de baixa renda — utiliza em suas residências os botijões de 13 kg. Os de 45 e 90 kg, de uso domiciliar, não são na cozinha e sim para aquecimento central, em condomínios de elevado padrão social.

Portanto, como forma de criar condições econômicas e sociais favoráveis, o governo manteve o subsídio para o preço dos botijões de 13 kg, “utilizados por todas as massas sociais”, indistintamente, reajustando-os em percentuais menores, e foi fixando para os cilindros maiores, consumidos em escala menor e somente por classes mais abastadas, custos mais altos, porém não imoderados.

O Departamento Nacional de Combustível — DNC — expediu NOTA TÉCNICA que bem elucida o assunto.

Os esclarecimentos são os seguintes:

“A Portaria nº 419, de 29.05.91, publicada no DOU de 30.05.91 e respectivas publicadas no DOU de 03.06.91, apresenta para consumidores domiciliares de GLP os preços de venda ao consumidor, no estabelecimento do revendedor, sujeitos à incidência de ICMS e IVVC.

— a dependência de fontes externas para o abastecimento de GLP ao País vem se mostrando crescente, estando atualmente no nível de 62% — 35% extraídos de petróleo importado de 27% obtidos por importação direta.

— o custo do produto importado colocado no porto é US\$ 259,26/t, correspondente a Cr\$ 80,95/kg, enquanto o preço de venda da Petrobrás às distribuidoras não ultrapassa Cr\$ 32.4985/kg ou US\$ 104,09/t, significando um subsídio de Cr\$ 48,4515/kg ou US\$ 155,18/t.

— coerente com a política de eliminação gradual de subsídios, o Governo decidiu que o subsídio ao consumidor de GLP ficaria restrito aos botijões de 13 kg uma vez que tais recipientes são os utilizados pela população de baixa renda, residentes na periferia das metrópoles urbanas e no interior do País.

— já os recipientes de 45 e 90 kg são utilizados por estratos da população de maior poder aquisitivo, não se justificando, nesses casos, a manutenção dos referidos subsídios.

— dessa forma, o preceito GLP em botijões de 13 kg foi fixado pela Portaria nº 419, em Cr\$ 60,1583/kg, enquanto o preço para os outros recipientes de uso residencial (45 e 90 kg) é de Cr\$ 12,3166/kg.

— cabe ressaltar que os consumidores residenciais de qualquer tipo de botijão, mesmo os de 45 e 90 kg, são beneficiados com preços uniformizados no estabelecimento do revendedor, em todo o território nacional, ao passo que os consumidores e industriais arcam com os fretes cobrados pelas distribuidoras entre a base de distribuição e o ponto de destino, qualquer que seja a localização deste.

— do ponto de vista de equidade e justiça social, os novos critérios expressos nos preços da Portaria nº 419 são plenamente defensáveis, pois beneficiam com preço subsidiado toda a população brasileira que utiliza vasilhames de 13 kg, onde o segmento de baixa renda tem expressiva participação.”

O Estado tem por objetivo primordial promover o bem estar comum, provendo meios que possibilitem o desenvolvimento econômico justo e a segurança social. Mais do que o direito, ele tem o dever jurídico e político de intervir nas relações que, de alguma maneira, ponham em risco o equilíbrio social. Esse dever decorre de sua *ratio essendi*, pois do contrário o Estado não teria razão de ser.

Assim, tem-se que o ato administrativo praticado pelo Sr. Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, na condição de titular desta Pasta, insere-se no exercício regular da competência que lhe atribui o art. 1º, combinado com o art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.178, de 1º de março de 1991, para reajustar extraordinariamente os preços relativos existentes em 30 de janeiro de 1991.

Ressaltamos, ainda, que a medida não fere o princípio da isonomia, tal como alegado pelo impetrante, uma vez que consiste este em se tratar de forma igual os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades.

A Portaria atacada beneficia, com preço subsidiado, toda a população brasileira que utiliza botijões de 13 kg, onde o segmento de baixa renda tem participação expressiva. Aos que utilizam os cilindros de 45 a 90 kg, dispensou-se, também, tratamento igual.”

Endossando as informações, sustenta a Subprocuradoria-Geral da República que a medida não fere o princípio da isonomia, tal como alegado pelo impetrante, uma vez que consiste este em se tratar de forma igual os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades. A Portaria atacada beneficia, com preço subsidiado, toda a população brasileira que utiliza botijões de 13 kg, onde o segmento de baixa renda tem participação expressiva. Aos que utilizam os cilindros de 45 a 90 kg, dispensou-se, talvez, tratamento igual. Sendo assim, não é possível concluir que houve ofensa ao princípio isonômico, pois o ato acoimado de ilegal está em consonância com os fins sociais e as exigências do bem comum, sendo de assinalada importância à ordem pública e o interesse da coletividade.

Pelo exposto, denego a segurança impetrada.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 1.031 — DF — (91.0012675-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Impte.: Secovi-SC. Impdo.: Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento. Advs.: João Gabriel Testa Soares e outro.

Decisão: “A Seção, por unanimidade, indeferiu o mandado de segurança” (19.11.91 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros, Américo Luz e Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.034 — DF
(Registro nº 91.0012682-9)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Impetrante: *Sindicato dos Condutores de Veículos Rodoviários e Anexos de São Paulo e Itapeçerica da Serra*

Impetrado: *Ministro de Estado do Trabalho e da Previdência Social*

Advogados: *Rita de Cássia Barbosa e outros, e Edu Monteiro Júnior e outro*

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTIDADE SINDICAL. REGISTRO OU ARQUIVAMENTO DE ATOS CONSTITUTIVOS.

1 — Impugnação de ato administrativo prolatado pelo Secretário da Secretaria Nacional do Trabalho.

2 — Ilegitimidade passiva do Ministro do Trabalho para figurar no pólo passivo da ação mandamental e, conseqüentemente, incompetência desta Corte para julgar o *mandamus* (art. 105, I, *b*, da Constituição Federal).

3 — Mandado não conhecido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em preliminar, não conhecer do mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o relator os Ministros Gomes de Barros, Pádua Ribeiro, José de Jesus, Garcia Vieira, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de março de 1992 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): O SINDICATO DOS CONDUTORES DE VEÍCULOS RODOVIÁRIOS E ANEXOS DE SÃO PAULO E ITAPECERICA DA SERRA impetra mandado de segurança, por omissão, contra ato do EXMO. SR. MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, por ter a autoridade indigitada coatora autorizado o registro de outra entidade sindical similar, o intitulado SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS DE TÁXI DE SÃO PAULO, sem que se observasse qualquer formalidade legal, ou seja, o princípio da unicidade sindical, esta-tuída no art. 8º, II, da Constituição Federal e da Instrução Normativa nº 9/90, do próprio Ministério do Trabalho.

Aduz ainda o Impetrante que, através do instituto da avocação, requereu fosse o ato do Ilmo. Secretário Nacional do Trabalho tornado sem efeito para anular o registro do Sindicato dos Empregados de Táxi de São Paulo ou até mesmo retirá-lo do Arquivo das Entidades Sindicais Brasileiras, mantendo-se omissa a autoridade coatora, razão pela qual propôs o *mandamus*, visando a cassar o ato que deferiu o registro do Sindicato paralelo (fls. 02/18).

Vieram as informações, com argüição preliminar da ilegitimidade do Exmo. Sr. Ministro do Trabalho para figurar no pólo passivo da demanda. No mérito a autoridade impetrada tece considerações em torno da origem e finalidade da Instrução Normativa nº 9/90, afirmando que carece de procedência a alegada agressão à referida instrução, pelo ato censurado, e fazendo transcrição do voto do Eminentíssimo Ministro GARCIA VIEIRA, relator do Mandado de Segurança nº 455-DF (fls. 63/74).

Citado o litisconsorte passivo, este se manifestou, sustentando que inexistente qualquer direito líquido e certo a ser tutelado via do *writ* (fls. 92/97).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do *mandamus* (folha 184 v).

É o relatório.

VOTO — PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): No presente mandado de segurança, o SINDICATO DOS CONDUTORES DE VEÍCULOS RODOVIÁRIOS E ANEXOS DE SÃO PAULO E ITAPECERICA DA SERRA insurge-se contra ato do Exmo. SR. MINISTRO DO

TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL, em razão do qual possibilitou-se o arquivamento, em órgão daquele ministério, do registro de outro sindicato paralelo que representa a mesma categoria profissional dos empregados representados pelo impetrante, dentro da mesma base territorial.

Diz o impetrante, na exordial, que “o Ilmo. Secretário Nacional do Trabalho, em 20.02.91, através de despacho publicado no DOU de 20.02.91, deferiu o pedido de registro do intitulado Sindicato dos Empregados em Empresas de Táxi de São Paulo (doc. 6), sem que se observasse qualquer formalidade legal, ou seja, o princípio da unicidade sindical, estatuída no artigo 8º, II, da Constituição Federal e da Instrução Normativa nº 9, do próprio Ministério do Trabalho, datada de 21.03.90 e que basicamente dispõe: (doc. 7).

“a — sobre a criação, em caráter provisório, do Arquivo de Entidades Sindicais (inciso I);

b — abre prazo para impugnação aos pedidos de registro (inciso V);

c — declara que as controvérsias surgidas pela ocorrência de impugnação devem ser dirimidas entre as partes interessadas, pelo *Poder Judiciário*.” (folha 05)

Ora, como se depreende das informações do impetrante, trata-se de despacho prolatado pelo Sr. Secretário Nacional do Trabalho, autoridade de reconhecido relevo, mas cujos atos por ela praticados não se encontram entre aqueles da competência originária desta Egrégia Corte, em mandado de segurança, conforme dispõe o art. 105, I, b, da Constituição Federal.

Dessarte, é de reconhecer-se a ilegitimidade passiva *ad causam*, argüida pelo impetrado e acolhida pelo douto representante do Ministério Público, declarando-se a incompetência deste Colendo Tribunal para processar e julgar a ação mandamental.

Ante o exposto, não conheço do mandado.

É como voto.

VOTO DE MÉRITO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Vencida a preliminar e conhecido o *mandamus*, passo ao exame do mérito.

Confesso aos Eminentes Ministros desta Egrégia Primeira Seção que, para melhor apreciação da matéria, fiz cautelosa pesquisa sobre os sucessivos julgados do Colendo STJ, constatando que o exame da espé-

cie, embora tenha sido inicialmente polêmico, vai evoluindo para o assentamento de jurisprudência pacífica.

É que, com o advento da nova Constituição de 1988, ficou claramente assegurada a livre organização sindical, bem como firmado o princípio da unicidade dos sindicatos, nos termos do artigo 8º, I e II, da Carta Magna, que assim dispõem:

“Art. 8º — É livre a associação profissional ou sindical, observando o seguinte:

I — a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedados ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II — é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.” (Mandado de Segurança nº 29-DF, julgado em 14.11.89).

Entre outras questões suscitadas perante esta Egrégia Corte, em decorrência do dispositivo constitucional, tendo-se por certo que ao Poder Público são vedadas a interferência e a intervenção na organização sindical, surgiu a de saber-se qual o órgão competente para fazer o registro dos sindicatos, enquanto não há lei dispendo sobre a matéria. Assim, num primeiro momento, esta Primeira Seção, ao examinar o MS nº 29-DF, entendeu, por maioria, haver “atribuição residual do Ministério do Trabalho, para promover o registro sindical, enquanto lei ordinária não vier dispor de outra forma” (DJ de 18.12.89).

Inspiradas nas conclusões desse julgado, conforme indicam as informações do impetrado, é que foram baixadas as Instruções Normativas nº 05/90 e 09/90, tendo sido criada, através desta última, o Arquivo das Entidades Sindicais Brasileiras, com o objetivo de “formalizar um cadastro de tais entidades e através da publicidade dos pedidos de arquivamento, possibilitar a impugnação por parte dos interessados, que poderão, de posse dos conhecimentos necessários, recorrer ao judiciário sobre as controvérsias, no mérito, encontradas.”

Ocorre que, posteriormente, prosseguindo no debate da questão, para aprimorar o entendimento do texto constitucional, reviu a posição adotada no julgamento do MS 29-DF, ao examinar o MS 189-DF (DJ de 05.02.90, pág. 466), cuja ementa do acórdão é a seguinte:

“Constitucional. Registro do Sindicato.

O Poder Público não pode estabelecer condições e restrições para criar associações sindicais. Na ausência de lei complementar o registro é o das pessoas jurídicas.”

Daí por diante, firmou-se pacificamente tal entendimento nesta Corte, assentando-se, de outra parte, nos julgados da espécie, o posicionamento segundo o qual o arquivamento feito no Ministério do Trabalho e Previdência Social, objetivando apenas a impugnação por terceiros, tem caráter meramente formal, não resultando em interferência na constituição e registro dos sindicatos, deixando de existir, *ipso facto*, violação aos princípios constitucionais já enunciados. Para confirmar o tranqüilo entendimento firmado nesse ponto, selecionei alguns arestos que se encontram assim ementados:

“MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTRO DO TRABALHO. IN 09/90. SINDICATOS. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO. IMPUGNAÇÃO: VEDAÇÕES CONSTITUCIONAIS.

No novo ordenamento constitucional, é defeso ao Titular da Pasta do Trabalho qualquer exame no que diz respeito a constituição de sindicatos. É a cristalização do princípio da não interferência na organização sindical.

Inexiste, destarte, qualquer ato violador de direitos de autoria do impetrado.

Segurança indeferida.” (MS 477-DF, DJ 04.03.91).

“SINDICATO — ORGANIZAÇÃO — INTERFERÊNCIA E INTERVENÇÃO.

A constituição veda até mesmo a lei de exigir autorização do estado na fundação de sindicatos.

A Instrução Normativa 09/90 do Ministério do Trabalho e Previdência Social é norma geral e abstrata e não atingiu qualquer direito do impetrante.

Segurança indeferida.” (MS 430-DF, DJ-04.02.91).

“MANDADO DE SEGURANÇA — SINDICATO — AUTONOMIA — IMPUGNAÇÃO — INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 09/90. MINISTÉRIO DO TRABALHO.

A Constituição da República garante a autonomia sindical. Irregularidade na formação do sindicato poderá ser impugnada pelo interesse, o que não é obstado pela Instrução Normativa nº 09/90 do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.” (MS 438-DF, DJ 03.12.90).

“CONSTITUCIONAL. REGISTRO DE SINDICATO.

Os registros de entidades sindicais processados no Ministério do Trabalho e da Previdência Social, tanto na vigência da Instrução Normativa nº 05/90, como da Instrução Normativa nº 09/90, no chamado arquivo de entidades sindicais brasileiras, o ato em si, não confere às mesmas efeito constitutivo ou autorizativo, sob pena de ferir o princípio constitucional da liberdade sindical. O depósito do estatuto, devidamente registrado na base territorial, no Ministério do Trabalho, deve ser considerado, apenas, para efeito estatístico e controle da política governamental para o setor.

Segurança denegada.” (MS 476-DF, DJ 25.03.91).

Na esteira desta jurisprudência, portanto, entende-se que, não tendo efeito constitutivo ou autorizativo, os registros processados no Ministério do Trabalho e da Previdência Social valem, quando muito, *ad solemnitatem*, conforme admitiu, como Relator do MS nº 20.829-5, o Eminentíssimo Ministro CÉLIO BORJA, do STF, e não ferem o princípio constitucional da liberdade sindical.

Em consonância, portanto, com o reiterado entendimento firmado nesta Egrégia Corte, meu voto é denegando a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 1.034 — DF — (91.0012682-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Impte.: Sindicato dos Condutores de Veículos Rodoviários e Anexos de São Paulo e Itapeverica da Serra. Advogados: Rita de Cássia Barbosa e outros. Impdo.: Ministro de Estado do Trabalho e da Previdência Social. Litis.: Sindicato dos Empregados em Empresas de Táxi do Estado de São Paulo. Advs.: Edu Monteiro Júnior e outro.

Decisão: “A Seção, por unanimidade, em preliminar, não conheceu do mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” (10.03.92 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Gomes de Barros, Pádua Ribeiro, José de Jesus, Garcia Vieira, Hélio Mosimann e Peçanha Martins, votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.067 — DF
(Registro nº 91.0013582-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*

Impetrantes: *Naércio de Moraes Lins e João Batista Trindade do Valle*

Impetrado: *Ministro de Estado da Aeronáutica*

Advogados: *Hélio Gonçalves e outro*

EMENTA: ADMINISTRATIVO — A ANISTIA POLÍTICA X ANISTIA PENAL — PROMOÇÃO DE BENEFICIÁRIO DE ANISTIA — ART. 8º DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS — OS DOIS PRECEITOS CONTIDOS NO ART. 8º DO ADCT: ANISTIA E INDENIZAÇÃO.

I — Na execução da anistia política os textos legais devem ser interpretados de modo amplo;

II — No art. 8º do ADCT convivem dois preceitos nitidamente individuados: o que concede anistia e aquele que determina a indenização de quem sofreu sanção política;

III — Quando assegura aos anistiados as promoções “a que teriam direito se estivessem no serviço ativo”, a Carta Política remete o executor ao plano do direito infraconstitucional, onde desenvolverá atividade repristinatória semelhante à que se exercita no Direito Privado, na liquidação da responsabilidade por atos ilícitos e que conduziu à edição da Súmula 490 do STF;

IV — O método de utilizar como paradigmas colegas de serviço do anistiado é justo e racional.

Segurança que se concede.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deferir o mandado de segurança, excluindo a condenação da

União aos honorários advocatícios, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Naércio de Moraes Lins e João Batista Trindade do Valle, militares da reserva remunerada da Força Aérea Brasileira, pediram Mandado de Segurança contra ato do Senhor Ministro da Aeronáutica, que lhes indeferiu promoção, fundada no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Alega o impetrante Naércio de Moraes Lins que se incorporou à FAB, em 21.05.52. Concluiu a Escola de Especialistas da Aeronáutica, foi promovido à graduação de Terceiro Sargento em 16.12.58, a Segundo Sargento em 29.10.63. Por força da Emenda Constitucional nº 26/85, atingiu o posto de Primeiro Sargento (doc. fls. 19/45).

O impetrante João Batista Trindade do Valle incorporou-se à FAB em 06.07.55, concluindo a Escola de Especialistas da Aeronáutica em 10.06.59, na subespecialidade de Fileira. Foi promovido a Terceiro Sargento em 10.11.59. Com o advento da Emenda Constitucional nº 26/85, chegou a Primeiro Sargento (doc. fls. 48/73).

Aduzem os petionários que viram sua carreira militar arbitrariamente atingida pelo Ato Institucional nº 01/64. Por igual, foram proibidos de exercer o direito de trabalho pelo Decreto 314, acarretando-lhes e às suas famílias prejuízos que jamais poderão ser medidos.

A impetração vem fundamentada no art. 8º do ADCT. A inicial foi instruída com a indicação de militares da mesma especialidade, ingressos na carreira em igualdade de condições, que alcançaram o oficialato nos postos de Capitão e Tenente-Coronel (doc. fls. 140/147 e fls. 148/159).

Com a ordem de segurança, objetivam os impetrantes que lhes sejam concedidas as promoções sucessivas até o posto de Capitão e Tenente-Coronel, respectivamente, computados os efeitos financeiros, monetariamente corrigidos, a contar da promulgação da Constituição de 1988.

Requerem, ainda, a condenação da União Federal no pagamento de honorários advocatícios.

Processado sem liminar, e requisitadas as informações, prestou-as a autoridade apontada coatora argüindo, preliminarmente, a inexistência de ato de indeferimento, a afastar o cabimento do *writ* (fls. 172).

Quanto ao mérito, sustenta a autoridade informante que se não fizeram os impetrantes o Curso de Formação de Oficiais Especialistas, como assim o fizeram os paradigmas que apontaram, não têm eles agora o direito de pleitearem sua ascensão ao posto de Capitão e Tenente-Coronel com fundamento na anistia proclamada no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pelo fato de que a sua exclusão da Força em 1964, à toda evidência, não se constituiu em impedimento ao seu acesso ao concurso para a Escola de Formação de Oficiais Especialistas” (fls. 173).

As informações são concludentes no sentido da não extensão aos impetrantes das promoções ao oficialato, conferidas aos militares eleitos como paradigmas. Sustentam que estes permaneceram ininterruptamente em serviço ativo, a descaracterizar a semelhança das situações.

O Ministério Público Federal, em parecer assinado pelo E. Subprocurador-Geral da República, José Arnaldo da Fonseca, opina pela denegação da ordem, ao entendimento de que à promoção, na espécie, ao posto reclamado, haveria de preceder aferição de requisitos objetivos e subjetivos. Esta circunstância que afastaria a ascensão profissional postulada.

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: De início, afaste-se a preliminar fincada na ausência de indeferimento administrativo, como circunstância inviabilizadora do conhecimento do pedido.

Com efeito nosso Direito positivo não condiciona o pedido de Mandado de Segurança ao exaurimento das vias administrativas.

Não fosse assim, os documentos de fls. 46 e 77 comprovam que houve indeferimentos, contidos em decisões da Comissão de Anistia do Ministério da Aeronáutica.

Para melhor exame do mérito, recapitulemos os pedidos.

Os impetrantes querem:

a) o Primeiro Impetrante: promoções sucessivas, até o posto de Capitão;

b) o Segundo Impetrante: promoções sucessivas, até o posto de Tenente-Coronel.

Pedem, ambos, que lhes sejam assegurados os pagamentos das diferenças pecuniárias a que dizem fazer jus, devidamente corrigidas, pelos índices oficiais compensadores da inflação.

Pedem, finalmente, que se condene a União no pagamento de honorários advocatícios, gerados pela sucumbência.

Nas informações, o Senhor Ministro da Aeronáutica confirmou todos os fatos. Argumentou apenas com a assertiva de que os impetrantes somente não foram promovidos porque não adimpliram as condições que propiciaram a ascensão dos colegas adotados como paradigmas.

Os requerentes propõem que a lide seja solucionada pelo método da confrontação de paradigmas — já consagrado neste Tribunal.

Com efeito, desde o julgamento do MS nº 2, esta Seção, conduzida pelo E. Ministro Américo Luz, decidiu que,

“feita a comprovação de que os colegas de turma do impetrante já ocupavam, à data da promulgação da Nova Carta Constitucional, o posto de Capitão-de-Mar-e-Guerra, tem ele direito à promoção, por antigüidade, àquele posto.”

A partir deste julgamento, firmou-se o entendimento, no sentido de se conceder o amparo.

Contra esta Jurisprudência pesa apenas o argumento de que a anistia, por ser um instituto de exceção, reclama interpretação restritiva.

Semelhante afirmação pode se aproximar da verdade, no domínio do Direito Penal.

Na seara do Direito Político, entretanto, prevalece, justamente, o inverso desta regra.

Em verdade, são profundas as diferenças entre anistia penal e anistia política.

Começam tais diferenças na circunstância de que a anistia penal dirige-se aos proscritos: pessoas cujos delitos foram demonstrados em processo regular.

A anistia política, ao invés, beneficia vítimas de violências injustas e irregulares, pessoas cujo delito foi haver sucumbido no confronto ideológico.

Anistia penal — todos o sabemos — é o esquecimento pelo Estado, no que respeita ao delito e à pena dele resultante.

Diferentemente, a anistia política é um ato de transigência: a facção política vitoriosa, reconhecendo que praticou violência contra os adversários, cancela (em realidade, declara nulas) as penas a estes aplicadas; em troca, os “anistiados” comprometem-se a conviver com a ordem política vitoriosa.

Anistia política não é ato de exceção. É instituto genérico, que abrange a todos os que sofreram violência, indistintamente.

“Atos de exceção” (assim os denomina o art. 8º das Disposições Constitucionais Transitórias) foram aqueles que vitimaram os derrotados de 1964.

Assim, a anistia do art. 8º é a exceção da exceção. Vale dizer: é o retorno à regra, à normalidade.

Daí porque a melhor doutrina, na vertente democrática, propõe interpretação generosa dos textos onde se contém o instituto.

O saudoso Carlos Maximiliano, em sua clássica “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, adverte:

“Decretos de anistia, os de indulto, o perdão do ofendido e outros benefícios, embora envolvam concessões ou favores e, portanto, se enquadrem na figura jurídica dos privilégios, não suportam exegese estrita, sobretudo se não se interpretam de modo a que venham causar prejuízo. Assim se entende, por incumbir ao hermeneuta atribuir à regra positiva o sentido que dá maior eficácia à mesma, relativamente ao motivo que a ditou, e ao fim colimado, bem como aos princípios seus e da legislação em geral. (8ª ed. — pág. 250).

Pontes de Miranda recomenda:

“Na execução administrativa e na interpretação e aplicação judiciária da anistia, os intérpretes devem dar aos textos a interpretação mais ampla que seja possível.”

Pinto Ferreira, ao dissertar sobre o verbete, na Enciclopédia Sarai-va do Direito (vol. 6 — pág. 437) observa:

“O conceito de anistia é muito amplo, porém pode ser restringido ao ser concedida a anistia. Não havendo restrições, a interpretação pode ser a mais ampla possível.”

Estes ensinamentos encontram ressonância na Jurisprudência. Ainda no Tribunal Federal de Recursos, o Ministro Washington Bolívar, em meio a seu voto condutor do acórdão, registrou:

“A anistia é medida de interesse público, editada por generosa inspiração política e jurídica, para assegurar a paz social, apagando fatos, considerados delituosos, em determinado momento histórico condicionado. Assim, quer na esfera administrativa, quer na aplicação judiciária, as leis de anistia devem ter a interpretação mais ampla que possível, para que suas normas assumam adequação, eficácia e grandeza.”

O vocábulo “anistia” — como sua raiz grega — exprime esquecimento.

Ruy Barbosa, em seus Comentários à Constituição Federal, define:

“A anistia é um ato político, pelo qual se faz esquecer o delito cometido contra a ordem, o atentado contra as leis e as instituições nacionais” (vol. II — pág. 402).

A norma jurídica em que ela se manifesta exaure-se no esquecimento. A repristinação do estado em que se encontraria o beneficiário não é conseqüência necessária da anistia. Nem sempre o dispositivo que concede anistia contém a determinação de que o anistiado seja indenizado pelos danos sofridos.

Não raramente, contudo, a anistia vem conjugada ao preceito indenizatório.

No art. 8º do ADCT ocorreu esta conjunção: a regra da anistia se faz acompanhar daquela outra, relativa à indenização.

Malgrado estejam acumulados em um só dispositivo, os dois preceitos não se confundem. Cada um mantém suas características e conduz a efeitos bem diferenciados.

A simples leitura do texto põe em evidência a dicotomia. Vejamos, pois:

“a) 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...”

“b)... 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.”

O preceito acima destacado sob a letra b é de natureza repristinatória, em tudo semelhante àqueles do Direito Privado, que determinam o ressarcimento dos danos sofridos por vítimas de atos ilícitos.

O Estado, reconhecendo-se causador de danos injustos se compromete a outorgar plena reparação às vítimas de excessos cometidos por seus agentes, em tempos de anormalidade.

Para que não haja enganos, o Estado determina a forma pela qual se efetivará a indenização: os atingidos pelos atos políticos de exceção terão direito a ser promovidos

“ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito, se estivessem em serviço ativo.”

Aqui, a Constituição remete ao plano infraconstitucional, onde determina se desenvolva exercício de ficção em tudo semelhante àquele efetuado na liquidação da obrigação de indenizar, por ato ilícito.

Os limites do exercício ficcional estão fixados no próprio texto constitucional. Esta Primeira Seção os reconheceu, ao assinalar que:

“O dispositivo constitucional assegura as promoções, na aposentadoria ou na reserva, respeitados apenas os prazos de permanência em atividade, inscritos na lei e regulamentos vigentes, como se na ativa estivesse o militar, em verdadeira ficção jurídica, pelo que irrelevantes mostram-se os requisitos de natureza subjetiva.” (MS 244 — Rel. Min. Américo Luz).

Como no Direito Privado, a execução do preceito constitucional rege-se pelo cânone da integral reparação do dano.

Por isto, o Tribunal Federal de Recursos, acatando voto do Ministro Edson Vidigal, proclamou:

“A anistia abrange as promoções obstadas pela inatividade, ante a ficção legal de que os beneficiários cumpriram as exigências respectivas, se na ativa estivessem.”

Exigir do anistiado a demonstração de merecimento é atentar contra a velha regra *ad impossibilia nemo tenetur*. É fazer *tabula rasa* do art. 8º das Disposições Constitucionais Transitórias.

Não se pode esquecer a advertência lançada pelo Ministro Carlos Mário Velloso:

“A questão é esta: afastado o militar, compulsoriamente, por ato político, ele não seria promovido, porque não teria condições de demonstrar o seu merecimento. Ora, afastado o militar compulsoriamente pelo Estado, da atividade, parece-me que seria injustiça, depois esse mesmo Estado dizer a ele: o Sr. não comprovou merecimento, por isso não pode ser promovido. Mas esse merecimento não foi comprovado, porque o Estado impediu, afastando-o compulsoriamente das forças armadas. Objetar-se-ia: mas há os que não comprovaram o merecimento e não foram promovidos. Todavia, se pode redargüir: quem pode afirmar, em sua consciência, não seria o Impetrante promovido, estivesse ele na ativa? E não esteve na ativa porque compulsoriamente foi afastado por ato dirigente do Estado. **Não posso, pois, exercendo função jurisdicional em nome deste mesmo Estado, deixar de conceder a esse indivíduo a promoção. Este é um caso em que temos que temperar a nossa justiça com equidade.**” (MS nº 115.783 do TFR).

“Temperar a justiça com equidade” foi a técnica que gerou o Tribunal de Justiça de São Paulo à decisão pioneira, no sentido de que as prestações relativas ao ressarcimento por morte de filho menor deveriam perdurar até o dia em que a vítima viesse a completar sessenta e cinco anos (AC nº 268.300).

Foi esta mesma preocupação que induziu o Supremo Tribunal Federal a expedir a Súmula nº 490, afirmando ser “indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

Nestes autos, os impetrantes trouxeram à colação os *curricula* de vários companheiros de caserna, seus contemporâneos, que ascenderam aos cargos por eles pretendidos.

Estes paradigmas deixam claro que as leis e regulamentos, assim como as características e peculiaridades de carreira militar propiciariam a ascensão dos impetrantes, caso não houvesse caído sobre eles o impiedoso golpe de sanção ditatorial.

Concedo, assim, a segurança, nos termos do pedido, observado o § 1º do art. 8º do ADCT.

No que respeita à condenação em honorários de advogado, por sucumbência, existe jurisprudência consolidada na Súmula nº 512 do Supremo Tribunal Federal no sentido de que

“Não cabe condenação em honorários de advogados na ação de mandado de segurança.”

Sempre encarei com profunda reserva a restrição cristalizada naquela Súmula.

Jamais encontrei qualquer argumento capaz de me convencer de sua correção.

Parece-me que passados mais de vinte e um anos, desde a edição do verbete e transferida a este Tribunal a competência para o exame da matéria faz-se oportuna a revisão do entendimento nele consolidado.

Esta minha pretensão ganhou ânimo a partir do excelente estudo produzido pelo E. Ministro Garcia Vieira, publicado no V. 3, nº 1, do Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva.

Após descrição panorâmica da moderna Doutrina processual e reportagem em torno da reação que se esboça na Jurisprudência, o Ministro Garcia Vieira arremata, *in verbis*:

“Ninguém nega às súmulas a sua importância, mas elas não são intocáveis e imutáveis. Se o Direito é essencialmente dinâmico elas podem e devem ser revistas, principalmente, quando como no caso, a doutrina, em uníssono, assim o entende.”

Até porque, não existe qualquer diferença antológica entre a ação de pedir segurança e aquela, de pedir — através do processo de conhecimento — a correção de ato de autoridade, onde se contém coação ilegal.

Ora, o titular de direito cuja liquidez e certeza foi demonstrada no curso do processo, tem direito a honorários por sucumbência.

Por que o autor do pedido de Segurança — agredido em seu direito, reconhecido *a priori* como líquido e certo — não terá direito àqueles honorários?

Acredito que a provocação lançada nestes autos pelos impetrantes abre oportunidade para o reexame da questão.

Por isto, fincado em velha convicção e nos suprimentos arrolados no belo trabalho do Min. Garcia Vieira, peço vênia para, aplicando o art. 20 do Código de Processo Civil, condenar a União ao pagamento de honorários que fixo em dez mil cruzeiros.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, quanto ao cerne da questão, acompanho, *in totum*, o voto do eminente Ministro-Relator. Mas, quanto à verba honorária, prefiro ficar com a corrente jurisprudencial que a considera indevida em processo de mandado de segurança.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, acompanho o ilustre Ministro-Relator quanto à parte do pedido, mas, quanto aos honorários, fico com a antiga jurisprudência no sentido de que eles não são devidos em mandado de segurança. Creio até que é a melhor maneira de facilitar as impetrações, porque, como se sabe, em muitos casos o impetrante tem o seu pedido denegado. O mandado de segurança é uma ação especial de índole constitucional. Devemos facilitar o remédio, ao invés de dificultá-lo. Através da condenação em honorários advocatícios, muitos daqueles que tiverem o direito atingido, por abuso de autoridade ou ilegalidade manifesta, ficarão sujeitos ao ônus, no caso de perderem a demanda, de pagar honorários advocatícios. Portanto, prefiro a tradicional orientação, contrária à condenação na verba

advocatícia. Com tal entendimento, não estou a negar que o mandado de segurança assume, como as demais ações, a forma declaratória, constitutiva ou condenatória. Todavia, apresenta a peculiaridade de ser uma garantia constitucional. Por tratar-se de ação especial, que se configura como garantia constitucional, parece-me que a aludida orientação é a que deve prevalecer. Com a devida vênia, acompanho o voto do ilustre Relator, mas com as restrições do voto do Ministro Américo Luz.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Com ressalva do meu ponto de vista, acompanho o Eminentíssimo Relator no mérito. Quanto aos honorários, a tese do Eminentíssimo Ministro Garcia Vieira, que V. Exa. aderiu, é uma tese respeitável, mas peço vênia para ficar com o entendimento dos Srs. Ministros Américo Luz e Pádua Ribeiro.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro-Relator, excluindo a parte pertinente aos honorários advocatícios.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 1.067 — DF — (91.0013582-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Impte.: Naércio de Moraes Lins. Impte.: João Batista Trindade do Valle. Impdo.: Ministro de Estado da Aeronáutica. Advs.: Hélio Gonçalves e outro. Sust. oral: Usou da palavra o Sr. Dr. Hélio Gonçalves, pelos impetrantes.

Decisão: “A Seção, por unanimidade, deferiu o mandado de segurança, excluindo a condenação da União aos honorários advocatícios, vencidos em menor extensão os Srs. Ministros Gomes de Barros (Relator) e Garcia Vieira.” (1ª Seção — 29.10.91).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Pádua Ribeiro, José de Jesus, Garcia Vieira, Hélio Mosimann e Demócrito Reinaldo, votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.233 — DF
(Registro nº 91.0018647-3)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Impetrante: *Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Paulo*

Impetrado: *Ministro de Estado do Trab. e da Previdência Social*

Advogados: *Drs. Rosângela Galdino Freire e outros*

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO — REAJUSTE DE BENEFÍCIO — PROPORÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO — PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA.

Os atos impugnados são atos do Senhor Ministro do Trabalho e da Previdência Social, portanto, rejeita-se a preliminar.

Os planos de custeio e benefícios só foram implantados a partir de 09.12.91; até esta data prevaleceu o critério estabelecido pelo art. 58 do ADCT.

O salário-de-contribuição é reajustado na mesma época e com os mesmos índices do reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social.

Reajustados os salários-de-contribuição em 147,06% para a competência de setembro de 1991, tal índice tem, forçosamente, de ser aplicado no reajuste dos benefícios, do mesmo mês e ano.

Não se justifica o reajustamento das contribuições e só de alguns benefícios com o índice de 147,06% e os demais com 54,60%. Este aumento diferenciado viola os mandamentos constitucionais e os arts. 28, § 5º, da Lei 8.212/91, e art. 134, da Lei 8.213/91.

Segurança concedida para determinar o reajustamento de 147,06%, dos proventos de aposentadoria dos aposentados representados pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Paulo.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deferir o mandado de segurança para determinar o reajustamento de 147,06%, em substituição ao índice de 54,60%, mantendo-se o critério estabelecido no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias até a data do regulamento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO DE SÃO PAULO impetrou mandado de segurança coletivo contra atos do Senhor Ministro do Trabalho e Previdência Social, consubstanciados nas Portarias nºs 3.485 e 3.486, de 16 de setembro do corrente ano, que concederam o abono de 54,60% aos benefícios previdenciários enquanto as fontes de custeio obtiveram o reajuste de 147,06%.

Sustenta não ter havido, para a competência de setembro de 1991, reajustes dos benefícios em múltiplos do salário mínimo, em obediência ao disposto nos artigos 58 e 59 do ADCT e que o abono de 54,60% concedido não obedece o estatuído no artigo 19 da Lei nº 8.222/91, que determina a correção pelo índice de 147,06% dos valores declarados na Lei nº 8.212/91.

Alega que os benefícios mantidos para a competência de setembro de 1991 devem ser pagos, mantida a proporcionalidade em números de salários mínimos conforme determinam os artigos 58 e 59 do ADCT, uma vez não implantados, até então, os planos de benefícios.

Requer a concessão da segurança, a fim de que os benefícios correspondentes a setembro de 1991 e seguintes, sejam pagos com a observância do disposto nos artigos 58 e 59 do ADCT da vigente Carta Magna, isto é, mantendo-se a proporção em salários mínimos entre a renda mensal inicial e aquela do mês de setembro de 1991; ou com a aplicação alternativa do reajuste de 147,06% (cento e quarenta e sete inteiros e seis centésimos por cento).

Indeferida a medida liminar requerida (fls. 95), a autoridade apontada coatora prestou informações às fls. 101/111, argüindo a preliminar de

ilegitimidade passiva *ad causam*, ao fundamento de que a concessão, negação ou reajustamento de benefícios previdenciários são atos da competência de autoridade do INSS, ente autárquico *sui juris*, embora vinculado ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social. No mérito, sustenta que com a implantação dos planos de custeio (Leis nºs 8.212/91 e 8.213/91) o valor dos benefícios mantidos pela previdência social teria de ser expresso em outro parâmetro que não número de salários mínimos.

Aduz, ainda, que o percentual de 147,06% não pode ser aplicado aos valores dos benefícios, já que estes não são expressos em cruzeiros, nos termos do artigo 19, da Lei nº 8.222/91 (fls. 101/111).

Oficiando nos autos, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral, Dr. José Arnaldo da Fonseca, opinou pela concessão parcial da segurança, para reconhecer devido, nos meses de setembro a dezembro, o índice de 79,96% — que representa o INPC apurado pelo IBGE, nos termos do inciso II, do artigo 41, da Lei nº 8.213/91, obtendo-se o percentual já concedido (fls. 125/144).

É o relatório.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Não procede a preliminar de ilegitimidade, argüida pela digna autoridade apontada coatora. Se os atos impugnados são as portarias Ministeriais nº 3.485, de 16 de setembro de 1991, e a nº 3.486, da mesma data (doc. de fls. 17/18), é o Senhor Ministro do Trabalho e da Previdência Social.

Rejeito a preliminar.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Determinou o *caput* do artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que:

“Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até

a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.”

É claro o comando constitucional para que os benefícios, no dia 05 de outubro de 1988, tivessem os seus valores revistos, para ser restabelecido o seu poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos que tinham na data de sua concessão. Assim, os proventos de uma aposentadoria que, na época de seu deferimento, correspondiam a 05 (cinco) salários mínimos, deveriam manter esta equivalência e correspondência até a implantação do plano de custeio e benefício. Nenhuma controvérsia existe sobre este critério de atualização. A dúvida que pode surgir é sobre a data em que foi implantado o plano de custeio e benefícios. Pelo artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estes planos seriam apresentados ao Congresso Nacional no prazo máximo de seis meses, a partir de 05/10/88 e seriam apreciados em igual prazo. Aprovados pelo Congresso, seriam implantados, progressivamente, nos dezoito meses seguintes. Nenhum destes prazos foi obedecido. Com a edição das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, que instituíram os Planos de Custeio e de benefícios, teriam eles sido implantados? Entendo que não, porque pelos artigos 103 da primeira e 154 da segunda,

“O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da data de sua publicação.”

Ora, se ambas estas normas legais dependiam de regulamentação que só veio com o recente Decreto nº 356, de 07 de dezembro de 1991, publicado no DOU de 09/12/91, os planos de custeio e benefícios por elas instituídos só foram implantados a partir de 09/12/91, data da publicação de seu regulamento. Até esta data de 09/12/91, prevaleceu o critério estabelecido pelo artigo 58 do ADCT. Ainda que se considerasse como implantados referidos planos a partir da vigência das referidas normas legais, o reajustamento dos benefícios concedidos pela Portaria nº 3.485, de 16 de setembro de 1991, não poderia ser de 54,60%. O salário-de-contribuição é reajustado na mesma época e com os mesmos índices do reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social (Lei nº 8.212/91, artigo 20, parágrafo único) e seus valores e limites máximos e mínimos foram reajustados nas mesmas épocas e com os mesmos índices de reajustamento do seu limite mínimo (artigo 101) e os valores expressos em cruzeiros na citada Lei nº 8.212/91 foram reajustados, a partir de abril de 1991, nas mesmas épocas e com os mesmos índices utilizados no reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social (artigo 102). Não faz qualquer diferença o fato de a lei determinar que o reajustamento do salário-contribuição será efetua-

do com os mesmos índices aplicados no reajustamento dos benefícios, ao invés de dizer o contrário, ou seja, que os benefícios devem ser reajustados com os mesmos índices aplicados no salário-de-contribuição. A ordem não altera o resultado. O certo é que, havendo o reajustamento de um deles, o outro deve ser também reajustado, na mesma época e com o mesmo índice. Só assim será assegurado o valor real do benefício e garantida a fonte de custeio. Se o Instituto recebe as suas contribuições, devidamente reajustadas com índices correspondentes à variação do salário mínimo, e se reajustou o salário-contribuição com o índice de 147,06% para a competência de setembro de 1991 (Lei nº 8.222/91, artigo 19), este índice tem forçosamente de ser aplicado também no reajuste dos benefícios, do mesmo mês e ano.

O legislador constitucional assegurou, em suas disposições permanentes a irredutibilidade do valor dos benefícios (artigo 194, IV) e seu reajustamento para

“... preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei” (artigo 201, V, § 2º).

Ora, é evidente que o legislador ordinário não poderia desconhecer e desprezar estes dois mandamentos, o da irredutibilidade e preservação do valor real dos benefícios. Os seus aumentos não poderiam ser inferiores aos índices da inflação. Mesmo após à implantação definitiva dos planos, os benefícios e as contribuições devem ser reajustados, na mesma época e com os mesmos índices, nunca inferiores aos da inflação, para ser respeitada a irredutibilidade e preservar o valor real dos benefícios e garantir a fonte de custeio. No caso não se pode falar em falta de correspondente fonte de custeio, porque não está sendo criado, majorado ou estendido nenhum benefício. É claro que simples reajustamento não importa em nada disso. Ele, no caso, representa apenas atualização dos proventos de aposentadoria e as contribuições são também reajustadas com os mesmos índices. Então, não houve nenhuma violação ao artigo 195, § 5º, da Constituição Federal. Não pode o salário de contribuição ser reajustado com base na variação do salário mínimo e o benefício com base em outro índice qualquer que não lhe assegure a irredutibilidade e preserve-lhe seu valor real. Isto não pode acontecer nem mesmo após a implantação dos planos de custeio e benefícios porque é vedado pelos artigos 194, IV, e 201, V, § 2º, da Constituição. Se com a aplicação de qualquer índice, como por exemplo o da variação integral do INPC, não for respeitada a irredutibilidade e preservado o valor real do benefício e houver perda do poder aquisitivo, deverá haver a recomposição (Lei nº 8.213/91, artigo 41). Se o artigo 19 da Lei nº 8.222/91 determinou o reajustamento do salário-de-contribuição em 147,06%, com este mesmo

índice têm de ser reajustados os benefícios. Não se justifica o reajustamento das contribuições e só de alguns benefícios com o índice de 147,06% e os demais com 54,60%. Este aumento diferenciado viola os mandamentos constitucionais contidos nas Disposições Constitucionais Transitórias (artigo 58) e permanentes (artigo 194, IV e 201, V, § 2º), além de violar o disposto no artigo 28, § 5º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 134 da Lei nº 8.213/91. Com ele foram desrespeitados os princípios constitucionais e legais de irredutibilidade e de preservação do valor real dos benefícios de prestação continuada e o comando legal de equivalência de reajustamento das contribuições e dos benefícios. Se se procura preservar o valor real das contribuições, o mesmo procedimento deve ser adotado com os benefícios. Por isso, entendo que os impetrantes têm direito ao reajustamento de 147,06% que substituirá o reajustamento anterior de 54,60% a eles já concedidos em forma de abono.

Concedo a segurança para determinar o reajustamento de 147,06% (cento e quarenta e sete inteiros e seis centésimos por cento) dos proventos de aposentadoria dos aposentados representados pela impetrante, referente à competência de setembro de 1991, em substituição aos 54,60% a eles já concedidos e determino também que seja mantido o critério estabelecido pelo artigo 58 do ADCT, até 09 de dezembro de 1991, data da publicação do Decreto nº 357, de 07 de dezembro de 1991, que aprovou o regulamento dos Benefícios da Previdência Social.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente. Com a mesma convicção e com a mesma tranqüilidade de consciência que me levaram, há poucos dias, a conceder liminar, suspendendo provisoriamente, como medida de cautela, o pagamento dos 147,06% reclamados pelos aposentados da Previdência Social, em diversas ações, estou hoje reconhecendo a eles o direito de receberem o reajuste nesse percentual.

Voto assim, no exame do mérito deste mandado de segurança, sem a mínima dúvida, depois dos estudos que me obriguei a fazer sobre a matéria.

Juiz de quase trinta anos de carreira — não ingressei agora na magistratura — habituado não somente a decidir no sentido de definir um vencedor na demanda, mas a julgar procurando encontrar o melhor caminho, não me perturbaram as inúmeras manifestações que recebi e venho recebendo, umas de crítica e outras tantas de aplauso.

Mas, apesar de fundamentado o despacho proferido, considero devida uma explicação neste instante. Não àqueles que, de forma apressa-

da, irreverente e até insensata, procuraram se imisculir em assuntos que não lhes dizem respeito, tentando até conturbar o ambiente e a ordem; na verdade, em prejuízo dos próprios beneficiários da norma constitucional. Esqueceram-se de que o despacho, tão incompreendido por uns poucos, ao contrário de prejudicar os aposentados, contribuiu para abreviar a solução definitiva dos pedidos, pelo menos no âmbito deste Superior Tribunal. É o que estamos fazendo, não sem grande esforço, na sessão de hoje, evidenciando ainda mais que nada nos levava, se possível, a transferir o julgamento para o próximo ano.

Dirijo-me aos eminentes Ministros, julgadores nesta Seção e aos aposentados, credores dos benefícios, sacrificados depois de tantos anos de trabalho e de contribuição, idosos, sofridos, como todos sabemos; aqueles que, quase desesperançados, nunca perderam a esperança e sempre confiaram no Poder Judiciário do seu país. A todos devo reafirmar que, diante de tantas decisões de caráter liminar, em ambos os sentidos, procedentes dos diversos Estados, muitas delas negando os pedidos liminares, o que foi pouco divulgado; mas algumas, ou muitas, determinando o imediato pagamento, como se se tratasse de sentença definitiva, não nos restava alternativa diferente, a não ser uniformizar as decisões e determinar, **provisoriamente**, que os pagamentos só se efetivassem depois que este Superior Tribunal, no exercício da sua função constitucional, viesse a se pronunciar sobre a questão, por mais justa e mais legítima que pudesse parecer a pretensão. Digo provisoriamente bem a propósito, pois a decisão foi tomada no último dia 02, precisamente há quinze dias, e hoje estamos enfrentando o tema principal.

Evidentemente, uma vez feito o pagamento, por força de uma liminar, que é provisória, sempre transitória, esse pagamento se tornava irreversível, tirando o sentido da liminar, e de nada adiantaria, posteriormente, a manifestação deste Tribunal (neste ou naquele sentido).

Tenho feito a seguinte colocação, invertendo as posições:

Se alguém ingressasse com ação contra determinado número de segurados, de trabalhadores, reclamando um crédito e pedindo o pagamento desde logo através de liminar. A liminar era concedida e executada, **sob pena de prisão**. Vinha depois o executado expondo as suas razões, e provando que nada deve. Quem já recebeu o dinheiro, gastou-o; não tem mais condições de devolvê-lo. Seria justo que o trabalhador, acusado injustamente de devedor, ficasse sem o que pagou, quando nada devia? Evidente que não! A hipótese é a mesma, a exigir serena meditação.

Dir-se-á que no caso dos aposentados eles têm direito assegurado pela Constituição. Sim, podem ter, mas é exatamente esse direito que está sen-

do discutido. Não há ilegalidade **manifesta** na negativa do pedido preliminar formulado nas diversas ações. E não se pode olvidar outro princípio, que também figura na Constituição Federal, o do contraditório, e que também deve ser observado: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral **são assegurados o contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, CF).

Efetuada o pagamento liminarmente, sem ouvir a outra parte, quando esse pagamento se torna definitivo, importa em suprimir o contraditório exigido pela Carta Magna.

Por isso é que se suspenderam os pagamentos, por alguns dias, depois de muito estudo, de muita reflexão. Não foi, como se chegou a declarar, uma decisão apressada, nem abusiva, nem inconstitucional, nem desarrazoada e nem política.

E muito menos contra os interesses dos trabalhadores, dos aposentados, até porque nada se decidiu sobre os seus direitos. A posição mais cômoda, mais simpática, mais agradável, sem dúvida, seria a outra, a que significava liquidar os débitos conforme os pedidos, e prontamente. Porém, conscientemente, não seria a mais jurídica e criteriosa.

Também não foi porque o INSS não dispunha de recursos suficientes. Não nos cabe indagar, nestes processos, se existem recursos, se foram desviados recursos, se foram atingidos pelas anunciadas fraudes e quem seriam os responsáveis. Não é problema nosso, a ser examinado neste ensejo. A nossa obrigação aqui é dizer se a Constituição e as leis conferem o direito aos postulantes. E se conferem, alegar que falta dinheiro não é justificativa convincente. Se assim fosse, numa imagem até um tanto exagerada, reconheço, cairiam por terra todas as normas dos contratos. Comprar-se-ia casa, apartamento, automóvel, televisão, passando-se a desfrutar desses bens para depois dizer ao vendedor que não se poderia pagar por falta de recursos. Não teria sentido. Se a lei concede o benefício e o Poder Judiciário reconhece, o que cumpre fazer é estudar a melhor maneira de cumprir. Nada mais.

Com essas considerações, Senhor Presidente, que julguei de meu dever trazer a este Plenário, explico porque meu voto, de forma absolutamente coerente, concede a segurança:

O ponto de partida é mesmo o artigo 58 do ADCT, da Constituição de 1988, que decorre do princípio consagrado no artigo 194 da CF (trata da seguridade social e particularmente da irredutibilidade dos benefícios). Tal dispositivo (art. 58), temporário, conferindo tratamento especial aos que receberam benefícios antes da nova Constituição, na grande maioria de baixa renda, assegura, até determinado tempo; a revisão dos valores dos benefícios de prestação continuada, como são os proventos

de aposentadoria, mantidos pela Previdência Social. Qual a finalidade dessa garantia, que é expressa, cogente, imperativa?... .. terão seus valores revistos... Diz o preceito transitório: **para restabelecer o poder aquisitivo**. De que forma? Qual o critério a ser adotado? O parâmetro da revisão é o número de salários mínimos correspondente à data da concessão, visando preservar a possibilidade de o benefício garantir as necessidades mínimas de quem o recebe. E o tempo em que se deve manter esse critério de atualização? Até a **implantação** dos planos de custeios e benefícios a que se refere o art. 59, que previu e estabeleceu prazos para apresentação e apreciação dos projetos de lei sobre a matéria.

A grande dúvida, a esta altura, reside em saber se os planos foram **implantados e quando**, porque até ali a oscilação do reajuste obedecia ao valor expresso em número de salários mínimos. Depois é que o reajustamento dos benefícios passaria a ser regido pelo art. 201 da CF (parte permanente), preservando o **valor real**, com critérios definidos em lei.

É sabido que os prazos foram ultrapassados. O certo é que os projetos foram convertidos em lei, as leis nºs 8.212 e 8.213/91, ambas carentes de regulamentação. A primeira dispoñdo sobre a organização da Seguridade Social e instituindo **Plano de Custeio**, enquanto a outra dispoñdo sobre os **Planos de Benefícios** da Previdência Social.

A se admitir, como admite o Senhor Ministro do Trabalho, nas informações, que a implantação (fala em implementação, que é execução), já se consumara, com a simples publicação das leis, não mais subsistiriam os critérios do art. 58 do ADCT.

Concluo, entretanto, que não é bem assim. Que o desatrelamento do número de salários mínimos, antes da efetiva implantação dos planos, é precipitado. As duas leis dependiam de regulamentação; faltava-lhes eficácia plena (arts. 103 e 154). Se dependiam de regulamentação, se os segurados ainda não podiam usufruir do plano de benefícios, não houve a implantação definitiva, senão com o advento do Decreto regulamentador, nos primeiros dias do corrente mês. Implantar, diz mestre Aurélio, é inaugurar, estabelecer, introduzir. Portanto, a implantação do plano de custeio e benefícios só se iniciou, só foi inaugurada, só foi introduzida, com a regulamentação, embora pudesse ser completada progressivamente nos dezoito meses seguintes à aprovação dos planos pelo Congresso Nacional (art. 59, parágrafo único, ADCT).

O término do período de transitoriedade era a implantação, não bastando a vigência das leis. A Constituição estabeleceu: ... **até a implantação** do plano de custeio e benefícios a que se referem os projetos mencionados no artigo seguinte (art. 59) e **não até a vigência das leis** resultantes desses projetos. Ainda se tivesse sido observado o prazo le-

gal de sessenta (60) dias para a regulamentação, poder-se-ia emprestar efeito retrooperante ao decreto, retroagindo seus efeitos à data da vigência da lei, mas a expedição do regulamento foi muito além, tendo decorrido mais de 120 dias.

Os últimos artigos das duas leis consignaram que “O Poder Executivo **regulamentará** esta lei no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da publicação” (art. 103 e 154). Para Orlando Gomes (Introdução ao Direito Civil, 5ª ed., pág. 57), “regulamento é o conjunto de normas destinadas a facilitar a **execução das leis**... há leis inexecutáveis sem regulamentação: nessa hipótese, **a obrigatoriedade depende da publicação do respectivo regulamento**”. A finalidade dos regulamentos, que são sempre aprovados por um decreto, é **executar a lei** (Franzen de Lima, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7ª ed., pág. 50).

José Afonso da Silva, no seu curso de Direito Constitucional, 7ª edição, à luz da nova Constituição, analisa as funções do regulamento (págs. 366 e 367), asseverando, entre outras considerações, que cabe ao Presidente da República o **poder regulamentar, para fiel execução de lei** e para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei (art. 84, IV e V); que não se põe, portanto, em dúvida que o poder regulamentar é uma faculdade, constitucionalmente outorgada aos Chefes do Poder Executivo nas três esferas governamentais, **para a fiel execução das leis**; que, do ponto de vista da maior ou menor relação de subordinação do regulamento à lei, fala-se em regulamento vinculado e regulamento autônomo, sendo que o **vinculado** é aquele “**que o Executivo baixa, para fiel execução das leis, quer porque estas expressamente o exigem em certo prazo**, quer por sua própria iniciativa, quando o julgue indispensável ou conveniente.”

Na hipótese em estudo, as leis fixaram prazo para o decreto regulamentador. Então, neste caso, ensinam os doutrinadores:

“Quando a lei, ao ser votada, depende de regulamentação pelo Poder Executivo, sua vigência se considera suspensa, até que o decreto executivo seja expedido, e isto porque a necessidade de regulamentação opera como uma condição suspensiva à força obrigatória da lei. Mas é evidente que, se não toda a lei, mas apenas uma parte exige regulamentação, somente esta tem a sua eficácia suspensa até a publicação do respectivo decreto, pois que, no mais, nenhum obstáculo existe a que de pronto adquira força obrigatória” (Instituições de Direito Civil, vol. I, pág. 83, Caio Mário da Silva Pereira, citando Clóvis Bevilacqua).

Para Eduardo Espínola, os regulamentos constituem uma fonte jurídica muito próxima à lei, mas de ordem secundária, encerram pre-

ceitos gerais, além de estabelecerem novas regras, mas **se destinam a facilitar a execução das leis**. “Ordinariamente quando as leis declaram que para sua fiel execução têm de ser expedidos regulamentos, da publicação destes dada a força obrigatória daquelas” (Sistema do Direito Civil Brasileiro, pág. 80).

Ainda Serpa Lopes (Curso de Direito Civil, vol. I, pág. 69), ao tratar do prazo para vigência dos regulamentos **destinados à execução das leis**, assim se expressa:

“A Lei de Introdução não se referiu ao prazo para a vigência dos regulamentos e decretos destinados à execução das leis. As conclusões a que a doutrina chegou a respeito desse problema são as seguintes:

a) se a execução da lei **está dependente de regulamento** (é o caso dos autos), a sua obrigatoriedade **fica subordinada à publicação de sua regulamentação e o prazo de sua vigência é de se contar a partir da publicação do regulamento**, observando-se que, se apenas uma parte da lei depender de regulamentação, só a ela é aplicável a regra...”

Dentro dessa conceituação, creio que as Leis nºs 8.212 e 8.213 dependem do regulamento para execução de suas normas, pelo menos em parte, exatamente quando se reportam ao reajustamento. A Lei nº 8.213, por exemplo, não **implanta**, não institui; ela **dispõe** sobre os Planos de Benefícios, e basta a leitura do capítulo que cuida do reajustamento do valor dos benefícios (art. 41 — que é o que nos interessa), para se concluir sobre a imprescindibilidade de regulamentação, nessa parte. Lá onde se pretendeu eficácia imediata, o legislador deixou expresso, como no art. 18 e no parágrafo único do art. 20, da Lei nº 8.212: “... a partir do exercício de 1992...” “... a partir da data de entrada em vigor desta Lei...” Se assim é, o plano de benefícios só se **implantou**, na verdade, com a publicação do regulamento.

Partindo daí e voltando ao princípio consubstanciado no art. 58 do Ato das Disposições Transitórias, que previu “para o futuro a constância da relação entre a quantidade de salários mínimos e o valor do benefício” (Min. Octávio Gallotti, RE 137.893-SP, em 24.09.91), impunha-se a revisão dos valores dos benefícios, expressos em números de salários mínimos, pelo menos até o Decreto de regulamentação, para restabelecer o poder aquisitivo. “Este artigo revê uma grande injustiça que estava sendo feita com os aposentados, pois a prestação continuada não acompanhava qualquer índice que satisfizesse as perdas reais dos aposentados. Mês a mês iam os aposentados perdendo seus ganhos. Quem há dez anos atrás recebia a prestação continuada ou a aposentadoria equivalente a

dez salários mínimos, hoje não está recebendo 60% do que recebia, tendo uma perda real de grande vulto..." "Mas aí não cabe ao beneficiário da Previdência Social saber se ela dispõe ou não de recurso para cobrir a revisão das prestações continuadas e sim ao governo encontrar meios para atender o disposto neste artigo (Wolgran Junqueira Ferreira, Comentários à Constituição de 1988, pág. 1.326/27).

E como procedeu o Ministro do Trabalho? Reajustou em 54,60%. Pergunta-se: esse percentual **restabeleceu** o poder aquisitivo, como manda a norma transitória da Constituição? Não é necessário o mínimo esforço para responder que não. O reajuste de 54,60%, ao contrário, compromete ainda mais o poder aquisitivo do antigo contribuinte. A lei não poderia dispor de forma diferente para esse período.

Tudo isso seria suficiente para se afirmar que a Portaria Ministerial, neste ponto, não pode subsistir. E bastaria a leitura dos números dos *carneys*, dos comprovantes de pagamento, para se certificar dos valores irrisórios, aviltantes, de aposentadorias e pensões.

De qualquer forma, mesmo abstraindo a incidência do art. 58 do ADCT — se não fosse aplicável — todo o sistema remuneratório e toda a filosofia da legislação, desde o nível constitucional, dirige-se no sentido de evitar maiores perdas, quando trata a ordem social, que tem como base o primado do trabalho, e como **objetivo o bem-estar e a justiça social** (art. 193, CF). Tão importante é o tema que o constituinte o desvinculou da ordem econômica, disciplinando-o em capítulo separado. Mesmo afastando a incidência dos arts. 58 e 59 do ADCT, repita-se, o artigo 201 da parte permanente preserva o **valor real** dos benefícios. "Procura, desse modo, evitar que a perda do poder aquisitivo da moeda deteriore o valor dos benefícios de tal forma que impossibilite a manutenção do beneficiário, objetivo primário da previdência social. Cabe à lei regular a forma e os índices de reajustamentos dos benefícios, que terá que, necessariamente, observar a realidade econômica, sob pena de se tornar inconstitucional;" (Comentários à Constituição, Price Waterhouse, pág. 788).

No plano da legislação ordinária, a linha de interpretação dos reajustes favoreceria igualmente os inativos.

Veja-se o art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91, já referido, ao prever que os valores do **salário-de-contribuição** serão reajustados na mesma época e com os **mesmos índices** que os do reajustamento dos benefícios.

É o que registra, aliás, a exposição de motivos que encaminhou ao Congresso Nacional o projeto da respectiva lei (item 6).

Da mesma forma, os arts. 101 e 102, do mesmo diploma, previram reajustes em iguais índices.

O mencionado e discutido art. 41, da Lei nº 8.213/91, em seus incisos I e II, profundamente alterado em relação ao projeto original e criticado na sua redação (Artigo publicado no “O Estado de São Paulo” do último sábado, 14/12/91, qualifica de inconstitucional), assegura o reajustamento para preservar o valor real, nas mesmas épocas em que o salário mínimo for alterado.

O art. 19, da Lei nº 8.222/91, reajusta os valores expressos em cruzeiros, no percentual de 147,06%.

Finalmente, a Portaria nº 3.486, portando a data da Portaria aqui impugnada — nº 3.485, de 16-09-91, aquela que reajustou os benefícios em 54,60% — em seu art. 1º, estabelece que os valores dos salários-de-contribuição serão reajustados em 147,06%.

Causa estranheza que somente alguns benefícios possam sofrer o reajuste de 147,06%, percentual de incremento do salário mínimo, enquanto outros, também de expressão pecuniária, restrinjam-se a 54,60%. E ainda muito mais, o fato de o salário-de-contribuição ser reajustado em bases diferentes daquelas dos chamados benefícios de prestação continuada.

Frente às considerações expostas, concedo a segurança, para que o reajustamento corresponda a 147,06%, deduzidos evidentemente os 54,60% fixados na Portaria nº 3.485/91, como, aliás, pede o impetrante na inicial.

É como voto.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, indago ao eminente Ministro-Relator se essa proclamação, dada por S. Exa., está estritamente nos termos do pedido.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Ministro, o pedido está nos seguintes termos: (lê)

“... para serem pagos os benefícios correspondentes a setembro de 1991 e os seguintes, persistindo a mesma situação de fato e de direito, pelos seguintes critérios alternativos:

a) com observância do disposto nos artigos 58 e 59 do ADCT da Carta Constitucional de 1988, isto é, mantida a proporção em salários mínimos entre a renda mensal inicial dos benefícios e aquela do mês de setembro de 1991 e subsequentes, se for o caso,

b) com a aplicação alternativa do reajuste (“abono”) de 147,06% (cento e quarenta e sete inteiros e seis centésimos por cento) para a competência setembro de 1991 e se for o caso, os seguintes.”

Então neste caso comporta, porque o que a Seção está concedendo é o reajustamento de 147%, que mantém o critério do art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias até a publicação do regulamento.

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Sr. Presidente, concedo o *writ* nos termos do pedido no mandado de segurança que foi aviado pelo Sindicato impetrante. O pedido foi aquele que li.

Creio que este desdobramento de etapas de como se deva ser cumprida a decisão é matéria de execução.

Concedo o mandado de segurança nos termos do pedido.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Aparte): Mas temos precedentes nesta Seção de casos que têm criado dificuldades na execução, justamente porque não são explicitados nos votos.

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Mas incidentes de execução serão depois decididos, se surgirem.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Aparte): Acho que essa Egrégia Seção deve evitar o surgimento de incidentes.

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Não específico. Meu voto é nos termos do pedido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, vou acompanhar o eminente Ministro-Relator, em face dos esclarecimentos prestados por S. Exa., embora preferisse que o resultado do julgamento fosse de acordo com o pedido inicial, contanto que correspondesse a esse pedido.

VOTO — VENCIDO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, concedo em parte a segurança, nos termos do voto que proferi no Mandado de Segurança nº 1.270-DF, julgado nesta assentada.

VOTO (MÉRITO)

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Para a solução da controvérsia, sob o aspecto meritório, há de ter-se como parâmetros as seguintes regras constitucionais permanentes:

a) reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o seu **valor real**, conforme critérios definidos em lei (art. 201, § 2º);

b) vedação da vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV);

c) proibição de criar, majorar ou estender benefício ou serviço de seguridade social sem a correspondente fonte de custeio total (art. 195, § 5º);

d) irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, parágrafo único, IV).

Devem, ainda, ser considerados os seguintes preceitos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo expresso em número de salários mínimos, que tinham da data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a **implantação** do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.

Parágrafo único. As prestações mensais dos benefícios atualizadas de acordo com este artigo serão devidas e pagas a partir do sétimo mês a contar da promulgação da Constituição.

Art. 59. Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefícios serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.

Parágrafo único. Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão **implantados progressivamente** nos dezoito meses seguintes.

Impõe-se, outrossim, que se tenha presente a seguinte legislação de índole infraconstitucional:

a) Lei nº 8.178, de 1º de março de 1991, que estabelece regras sobre preços e salários (art. 9º, §§ 6º e 7º);

b) Lei nº 8.212, de 24.07.91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências (arts. 20, 21, 28, § 5º, 29, 101 e 102);

c) Lei nº 8.213, de 24.07.91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social (arts. 41, 134, 144, 145 e 146);

d) Lei nº 8.222, de 05.09.91, que dispõe sobre a Política Nacional de salários, o salário mínimo e dá outras providências (arts. 8º, 10, 12 e 19);

e) Lei nº 8.238, de 04.10.91, que dispõe sobre a incorporação, aos salários, do abono de que trata a Lei nº 8.178, de 1º de março de 1991, e dá outras providências.

Interpretando a referida legislação infraconstitucional à vista dos citados preceitos da Lei Maior resulta que, a partir de 1º de setembro de 1991, impõe-se que o reajustamento dos benefícios previdenciários se faça **de forma a preservar-lhes, em caráter permanente, o seu valor real, conforme critérios definidos em lei** (art. 201, § 2º, vedada, porém, a vinculação do salário mínimo para esse fim (art. 7º, IV).

Diante dessas regras, o legislador infraconstitucional editou a Lei nº 8.213, de 24.07.91, que dispõe sobre os Planos de Benefício da Previdência Social, estabelecendo, no seu art. 41, norma permanente de reajustamento dos valores dos benefícios, e, no art. 146, regra a ser considerada no caso concreto. Eis os respectivos textos:

“Art. 41. O reajustamento dos valores de benefícios obedecerá às seguintes normas:

I — é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o **valor real** da data de sua concessão;

II — os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados, de acordo com suas respectivas datas de início, **com base na variação integral do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário mínimo for alterado**, pelo índice da cesta básica ou substituto eventual”.

Art. 146. **As rendas mensais de benefícios pagos pela Previdência Social incorporarão, a partir de 1º de setembro de 1991, o abono** definido na alínea b do § 6º do art. 9º da Lei nº 8.178, de 1º de março de 1991, e terão, a partir dessa data, seus valores alterados de acordo com o disposto nesta Lei”.

Decorre desses preceitos que, alterado o valor do salário mínimo em setembro de 1991 (Lei nº 8.222, de 05.09.91, art. 8º), se impõe a atualização dos benefícios pagos pela previdência social. Segundo que critério, indaga-se. Na consonância da variação integral do INPC no período considerado para a atualização do salário mínimo.

No período compreendido entre março e agosto deste ano, o índice do INPC, calculado pelo IBGE, foi de 79,96%. Esse é o índice a que fazem jus os segurados. Dele deve abater-se o percentual de 54,6%, correspondente à variação da cesta básica entre março e agosto deste ano (Lei 8.213, de 1991, art. 146; Portaria nº 867, de 9.9.91, do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento).

Em suma: a Portaria nº 3.483, de 13.09.91, do Ministro de Estado do Trabalho e da Previdência Social, que é o ato impugnado nesta impetração, ao limitar em 54,60% o índice dos benefícios de prestação continuada da previdência social, de valor igual ou superior a Cr\$ 17.000,00, na competência de março de 1991, violou o art. 201, § 2º, da Constituição e a legislação citada. O percentual correto é o de 79,96%, fazendo jus os segurados à diferença correspondente ($79,96\% - 54,60\% = 25,36\%$).

Não acolho o argumento, aduzido com apoio no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no sentido de que o critério de atualização pela variação do salário mínimo deveria ocorrer até a implantação do plano de custeio e benefícios, o que só se teria verificado com a edição dos Decretos nºs 356 e 357, de 07.12.91 (Diário Oficial da União de 09.12.91). Assim procedo porque, em termos de atualização das contribuições e dos benefícios, as leis regulamentadas entraram em vigor na data da sua publicação, segundo se depreende dos seus termos (Lei nº 8.212, de 1991, art. 104; Lei nº 8.213, de 1991, art. 155). Se assim não fosse, não teria incidido a Lei nº 8.222, de 05.09.91, que fixou o valor do salário mínimo para setembro, no tocante aos valores dos benefícios pagos pela previdência social. A sua aplicação ocorreu por força do art. 41, inciso II, da Lei nº 8.213, de 24.07.91, ou seja, da Lei que dispôs sobre os Planos de Benefícios. Por isso mesmo é que, quanto à matéria deduzida nestes autos, a implantação do plano de custeio e benefícios não estava a depender de qualquer regulamento, mas apenas da superveniência da lei, alterando o valor do salário mínimo.

Ademais, diz o art. 58, parágrafo único, do ADCT, antes referido, que “aprovado pelo Congresso Nacional, os planos serão **implantados progressivamente** nos dezoito meses seguintes”. O texto das Leis que aprovaram os aludidos planos não condicionou a sua vigência à publicação dos respectivos regulamentos (Ver arts. 102 e 103 da Lei nº 8.212,

de 1991; e arts. 154 e 155 da Lei nº 8.213, de 1991). Resulta, por isso, claro que o legislador ordinário, à vista do citado dispositivo constitucional, admitiu expressamente que a implantação progressiva dos mencionados planos poderia acontecer, como no caso ocorreu, antes mesmo da publicação daqueles regulamentos.

Em face do exposto, concedo, em parte, a segurança, nos termos assinalados.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 1.233 — DF — (91.0018647-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Impte.: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Paulo. Impdo.: Ministro de Estado do Trabalho e da Previdência Social. Advs.: Rosângela Galdino Freires e outros.

Decisão: “A Seção, por maioria, vencido, em menor extensão, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, deferiu o mandado de segurança para determinar o reajustamento de 147,06%, em substituição ao índice de 54,60%, mantendo-se o critério estabelecido no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias até a data do regulamento” (17.12.91 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros, Américo Luz e José de Jesus votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.275 — RJ (Registro nº 91.0018673-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recte.: *Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado do RJ*

Impdo.: *Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do RJ*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Adv.: *Paulo Guilherme Cesar S. P. P. Menezes*

EMENTA: ADMINISTRATIVO — ADVOGADO — DIREITO DE ACESSO A REPARTIÇÕES PÚBLICAS — (LEI 4.215 — ART. 89, VI, c).

A advocacia é serviço público, igual aos demais, prestados pelo Estado.

O advogado não é mero defensor de interesses privados. Tampouco, é auxiliar do Juiz. Sua atividade, como “particular em colaboração com o Estado” é livre de qualquer vínculo de subordinação para com magistrados e agentes do Ministério Público.

O direito de ingresso e atendimento em repartições públicas (art. 89, VI, c, da Lei nº 4.215/63) pode ser exercido em qualquer horário, desde que esteja presente qualquer servidor da repartição.

A circunstância de se encontrar no recinto da repartição — no horário de expediente ou fora dele — basta para impor ao serventuário a obrigação de atender ao advogado. A recusa de atendimento constituirá ato ilícito.

Não pode o Juiz vedar ou dificultar o atendimento de advogado, em horário reservado a expediente interno.

Recurso provido. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator. Vencido, em parte, o Exmo. Sr. Ministro Relator, no que se refere a questão de honorários advocatícios, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GOMES DE BARROS: O Juiz de Direito da 3ª Vara de Família, da Comarca do Rio de Janeiro, baixou portaria onde resolveu:

“2. Reservar o expediente após 17:30 h, para os trabalhos internos da serventia;

3. Atender os senhores advogados, entre as 13:00 e 14:00 h, até que se iniciem as audiências de processos contenciosos.” (fls. 09).

A Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Rio de Janeiro requereu Mandado de Segurança contra estes dois preceitos.

No curso do processo, o item 3 da Portaria veio a ser revogado (fls. 85).

Prejudicado o pedido, quanto à determinação revogada, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria, denegou a Segurança.

O acórdão foi resumido nesta ementa:

“Direitos outorgados a advogados no exercício profissional. Não podem tais direitos, que não são absolutos, interferir na disciplina da atividade judiciária.

Se a Lei de Organização Judiciária fixa determinado horário para o funcionamento das repartições do foro, o atendimento aos advogados pode perfeitamente ficar restrito a tal horário, salvo, é claro, circunstâncias excepcionais”. (fls. 112).

A OAB-RJ interpôs recurso ordinário, no propósito de reformar o Acórdão recorrido.”

O Ministério Público Federal, em parecer emitido pelo E. Subprocurador-Geral, Amir Sarti, recomenda se dê provimento ao recurso (fls. 147).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): Antes de penetrar a discussão da lide, acredito oportuno desenvolver breve reportagem sobre a natureza da advocacia no Brasil.

Embora claramente determinada em lei, tal natureza é freqüentemente ignorada.

Daí, a insistência em se tratar o advogado como simples defensor de interesses particulares — mero representante de seus constituintes.

A ignorância e a deformação de perspectiva estão, sempre, na raiz das dificuldades e do tratamento pejorativo impostos aos advogados.

No entanto, há quase trinta anos, o art. 68 da Lei nº 4.215/63, adverte:

“No seu ministério privado, o advogado presta serviço público, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça.”

A advocacia é, pois, serviço público, da mesma natureza que os demais serviços prestados pelo Estado.

Quando ministrada por servidores públicos (na chamada assistência judicial aos necessitados), a advocacia em nada se distingue dos outros serviços públicos.

No Brasil, contudo, a advocacia é exercida por pessoas naquela situação a que se convencionou denominar “particulares em colaboração com o Estado”. Vale dizer: pessoas credenciadas pelo Estado que por conta própria, sem dependência ou subordinação, desempenham função ou serviço público.

O advogado brasileiro é um liberal, credenciado pelo Estado (a OAB é entidade estatal) para executar serviço público.

Sua atividade se exercita livre de qualquer vínculo de subordinação para com magistrados ou agentes do Ministério Público (art. 69).

Tampouco se pode enxergar no advogado apenas um auxiliar do Juiz, com atuação secundária na atividade jurisdicional. Em verdade, ele ocupa um dos vértices da relação processual, atuando com absoluta autonomia, em atividade indispensável à administração da Justiça (Constituição Federal — art. 133).

Se assim ocorre, não é lícito ao Juiz criar entraves ou limites ao exercício dos direitos legalmente conferidos ao advogado.

Nestes autos, discute-se o alcance do preceito contido no Art. 89, VI, c, da Lei nº 4.215, de 27.04.63, nestes termos:

“São direitos do advogado e do provisionado:

.....

“VI — Ingressar livremente:

“c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial, policial ou outro serviço público onde o advogado deve praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, desde que se ache presente qualquer funcionário.”

O texto nos revela que o exercício da prerrogativa em exame:

a) se materializa com o ingresso em qualquer repartição pública;

b) tem como escopo a prática de ato ou coleta de prova ou informação útil ao exercício profissional;

c) não sofre limitação cronológica. Pode ocorrer dentro ou fora do expediente;

d) está condicionado à circunstância de que esteja presente qualquer servidor da repartição.”

O Acórdão recorrido finca-se em três argumentos (fls. 114):

a) a Portaria não veda o ingresso do advogado no recinto da serventia. Tal acesso, contudo, apenas será admissível em circunstâncias especialíssimas;

b) nos termos do Código de Divisão e Organização Judiciária, o expediente forense desenvolve-se entre as onze e as dezesseite horas e trinta minutos. Inexiste na lei qualquer regra que obrigue o serventuário à prestação de trabalhos internos fora do expediente imposto pela lei;

c) não é possível impor ao serventuário que voluntariamente permaneça na repartição além do horário regulamentar, a obrigação de atender advogados.”

Não me parecem consistentes as três proposições. Com efeito:

(a) Embora a Portaria, como está redigida não vede expressamente o ingresso do advogado, ela diz que a partir das dezesseite horas e meia, praticar-se-ão apenas “trabalhos internos da serventia”. Isto significa: a partir daquela hora, não se atenderá a quem não integrar o cartório. Como os advogados não pertencem à equipe do cartório, logicamente, eles não serão atendidos.

Assim, embora seja correto afirmar que não há vedação ao ingresso, há proibição ao atendimento do advogado.

Ora, ingressar sem ser atendido equivale, na prática, a não ingressar.

Engana-se, ainda, o Acórdão, quando sustenta que o ingresso (e o atendimento) só é possível em situações especialíssimas.

A teor do art. 89, VI, o ingresso (e o conseqüente atendimento) deve ser normalmente permitido, sua vedação é que somente em situações especialíssimas pode ser tolerada.

(b) O argumento de que não há dispositivo legal obrigando à prestação, pelos serventuários, de trabalhos internos além do horário de expediente conduz, em linha de coerência, à desconstituição da Portaria, por ilegalidade. De fato, ela não faz outra coisa, senão estabelecer um expediente interno, além do horário regular.

(c) A circunstância de se encontrar no recinto do cartório — fora ou dentro do expediente — é bastante para vincular o serventuário à obrigação, emanada do art. 89, VI, c, de atender ao advogado. Presente na repartição, o serventuário — assim como qualquer servidor — fica obrigado a atender o advogado que lá chegue. Nada importa se o expediente esteja encerrado. Do contrário, estará infringindo a Lei nº 4.215/63, cometendo ato ilícito.

Por tudo isto, é de se concluir que o ato impugnado, por não ressaltar o direito de os advogados serem atendidos no “expediente interno”, agride o art. 89, VI, c, da Lei nº 4.215/63.

Dou, assim, provimento ao recurso, para conceder a Segurança, assegurando aos advogados o direito de serem atendidos no Cartório, obtendo informações concernentes a seu exercício profissional, dentro ou fora do expediente normal, desde que se ache presente qualquer servidor.

Condeno o Estado do Rio de Janeiro a devolver as custas pagas pela impetrante e a pagar honorários de advogado, que fixo em cinqüenta mil cruzeiros.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sr. Presidente, acompanho o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator pela sua clareza, sua precisão e sua juridicidade. Se assim não bastasse, ainda temos aqui um voto-vencido, muito bem exposto no Tribunal de Justiça, e o ilustre parecer do Dr. Subprocurador-Geral da República, Dr. Amir Sarti, Procurador brilhante, de um cuidado extraordinário nos seus pareceres e que bem demonstrou a ilegalidade da portaria, quando disse — fls. 147/149:

“Advocacia — ilegal é a proibição de atendimento aos Advogados, depois do expediente, se no local houver funcionário presente — o Advogado tem direito de ingressar em qualquer repartição, mesmo fora do expediente regulamentar, desde que se ache presente qualquer funcionário, que, então, se tiver condições, deverá prestar-lhe atendimento.

Trata-se de recurso ordinário contra acórdão denegatório de mandado de segurança, julgado em instância única, cuja ementa assim resume o julgado: “Direitos outorgados a advogados no exercício profissional. Não podem tais direitos, que não são absolutos, interferir na disciplina da atividade judiciária. Se a Lei de Organização Judiciária fixa determinado horário para o funcionamento das repartições do foro, o atendimento aos advogados pode perfeitamente ficar restrito a tal horário, salvo, é claro, circunstâncias excepcionais”. (fls. 112).

Inconformada, a recorrente — Ordem dos Advogados do Brasil — assinala que “a restrição, portanto, ao atendimento aos advogados **depois** do expediente, com a presença do funcionário na serventia, não pode subsistir, por configurar manifesto cerceamento ao pleno exercício da atividade do advogado, com graves e irreparáveis prejuízos para toda a classe profissional, para os jurisdicionados, como para a própria administração da justiça”. (fls. 123/130).

O apelo merece prosperar.

Com efeito, se os Advogados têm o direito de “ingressar livremente ... c) em qualquer edifício ou recinto policial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente regulamentar ou fora dele, desde que se ache presente qualquer funcionário” (art. 89, VI, Lei nº 4.215/63), salta aos olhos, *data venia*, a intolerável ilegalidade de qualquer proibição ao atendimento de tais profissionais depois do expediente, mesmo havendo a presença de servidor no recinto.

O dispositivo em questão, aliás, não tem outra finalidade senão, como parece evidente, conferir maior liberdade de movimentos aos Advogados, liberando-os da submissão aos horários rígidos no exercício de sua profissão, “desde que se ache presente qualquer funcionário”.

E tanto mais grave se apresenta a violência quando, como na espécie, a restrição descabida visa a obstaculizar o livre desempenho da Advocacia justamente no seu ambiente mais natural, qual seja, no recinto das serventias do foro judicial.

Isso absolutamente não implica exigir dos serventuários que trabalhem “além do horário legalmente fixado” (fls. 100), nem, muito menos, que fiquem permanentemente à disposição dos Advogados, mesmo depois do expediente forense. Significa, apenas, que “se o serventuário estiver presente, nada mais justo que o atenda (ao Advogado), sem prejuízo dos serviços forenses” (fls. 118) — mesmo

porque, insista-se, é direito do Advogado procurar tal atendimento “dentro do expediente regulamentar ou fora dele” (art. 89, VI, c, Lei nº 4.215/63), assumindo, obviamente, o risco de não conseguir resultado útil se, depois do expediente, já não encontrar nenhum funcionário na repartição, em condições de prestar o atendimento desejado”.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Como foi bem lembrado pelo Ministro Gomes de Barros, a Constituição, no art. 133, diz o seguinte: (lê) “O Advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos, manifestação no exercício da profissão e nos limites da lei.”

É claro que não se pode criar qualquer embaraço ao advogado, mesmo porque existem o horário e o problema do prazo. O advogado chega na Justiça às cinco horas, o prazo termina naquele dia e ele tem todo o direito de ser atendido e ter a sua petição despachada. O advogado não pode tumultuar o trabalho do juiz, mas este tem a obrigação e o dever de recebê-lo, mesmo fora do expediente ou na própria casa, porque ele tem que estar sempre à disposição da justiça e o advogado é essencial.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.275 — RJ — (91.0018673-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impdo.: Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Adv.: Paulo Guilherme Cesar S. P. P. Menezes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator. Vencido, em parte, o Exmo. Sr. Ministro-Relator, no que se refere à questão de honorários advocatícios. (05.02.92 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL — EMBARGOS E AGRAVO REGIMENTAL

RECURSO ESPECIAL Nº 278 — PR
(Registro nº 89.0008606-5)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrentes: *João Fernandes de Oliveira e outros*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Advogado: *Dr. Ewaldo Garcez Rocha*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. JÚRI. DESAFORAMENTO.

A dúvida sobre a imparcialidade dos jurados, para autorizar o desaforamento, deve resultar de prova ou de, pelo menos, indícios que lhe dêem algum fundamento. Não basta, portanto, mera suspeita de moradores da Comarca, atestada em declaração escrita, sem apoio em atos ou fatos.

Não se exige, porém, à luz do art. 424 do CPP, prova da parcialidade mas, menos que isso, indícios fundamentadores de dúvida sobre a imparcialidade.

Recurso especial que se conhece, pela letra c, mas ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso, mas lhe negar provimento,

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

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de março de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: A 2ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná indeferiu pedido de desaforamento, *in verbis*:

“Os requerentes, pronunciados como autores de homicídio qualificado, consumado, e tentativa de homicídio (a ré responde somente por tentativa), requereram, através de advogado, desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri, alegando, em síntese, que a opinião pública da Comarca de Teixeira Soares é francamente contra o comportamento dos requerentes, sendo voz corrente que fatalmente serão condenados a pesadas penas, e tal fato retira daqueles que compõem o corpo de jurados a necessária imparcialidade de julgamento, ainda mais quando se tem em linha de consideração o fato de serem as vítimas pessoas benquistas na localidade, e a circunstância de terem os rr. matado duas pessoas de uma mesma família e tentado matar uma terceira.

Assim, entendem os requerentes que há receio de não serem julgados com a serenidade e imparcialidade necessárias e indispensáveis, pelo que pedem seja o julgamento pelo Tribunal Popular designado para outra Comarca.

Com a opinião favorável da Dra. Juíza de Direito, a douta Procuradoria-Geral da Justiça emitiu o parecer de fls. que é pelo deferimento da pretensão.

Verifica-se do processo que o delito imputado aos petionários de fls. 02 ocorreu em data de 20 de agosto de 1981. Não se tem qualquer notícia, desde então, a respeito de terem os rr. sofrido qualquer pressão da sociedade de Teixeira Soares.

A informação, prestada pela Dra. Juíza de Direito da Comarca, adianta que os fatos ocorridos então, “hoje já estão parcialmente esquecidos” e que “no ambiente forense, que é por demais

limitado para se poder aquilatar a veracidade das argumentações dos requerentes, tudo parece normal” (fls. 52).

Desta maneira, constata-se que não há prova firme e indisputável a respeito da parcialidade dos membros do corpo de jurados da Comarca, no sentido de que darão um veredicto condenatório quando do julgamento popular.

O alegado na petição inicial representa mera presunção, e o abaixo assinado, com pouquíssimo número de pessoas, não autoriza o desaforamento pleiteado, posto que a regra geral é o julgamento ser feito no local onde os fatos tiveram lugar.

“inserindo-se o desaforamento em derrogação da regra fundamental de que o réu deve ser julgado no distrito da culpa, não é de ser deferido atendendo a vagas suspeitas da imparcialidade do Júri”.

“A simples alegação de dúvida quanto à imparcialidade dos jurados, desacompanhada de elementos de prova capazes de fazê-la presumir, não pode merecer prosperar para o efeito de acarretar o desaforamento do julgamento” (CPP — Damásio de Jesus (3ª ed.), página 263).

Os comentários feitos na localidade, a respeito da gravidade do crime cometido pelos requerentes, sendo feitos de forma geral e certamente ao tempo do delito (1981), não são suficientes para determinar o deslocamento do julgamento.

“Desaforamento. Alegações não provadas.

Meras alegações de que a família da vítima é influente e tudo fará para exercer esta influência no julgamento popular não convalidam a solicitação do réu. Na ausência de prova concreta, no sentido de positivar de que modo os jurados seriam constrangidos a veredicto parcial, o pedido de desaforamento não procede” (Acórdão proferido no Desaforamento 4/70).

Dest’arte, não tendo o pedido de fls. trazido prova bastante para seu deferimento, mas, sim, meras afirmações de suspeitas de parcialidade dos integrantes do corpo de jurados da Comarca, não pode ser atendida a pretensão.

Vale acentuar, ainda, que o julgamento já tinha sido marcado para o dia 25 de agosto último, e nada foi afirmado a respeito da suspeita de uma decisão parcial, não se reunindo o Júri naquela ocasião, por motivo de força maior (fls. 52).

Isto posto, acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, participantes da

votação, em indeferir, por unanimidade de votos, o pedido de desaforamento.” (Fls. 81/84).

Inconformados recorreram extraordinariamente os interessados, pelas letras *a* e *d* do antigo texto constitucional. Admitido o recurso pela letra *d* e convertido em especial, por despacho do Ministro Carlos Madeira (fls. 117), vieram os autos a esta Corte.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Ruy Ribeiro Franca, é pelo conhecimento e provimento. É o relatório.

VOTO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. JÚRI. DESAFORAMENTO.

A dúvida sobre a imparcialidade dos jurados, para autorizar o desaforamento, deve resultar de prova ou de, pelo menos, indícios que lhe dêem algum fundamento. Não basta, portanto, mera suspeita de moradores da Comarca, atestada em declaração escrita, sem apoio em atos ou fatos.

Não se exige, porém, à luz do art. 424 do CPP, prova da parcialidade mas, menos que isso, indícios fundadores de dúvida sobre a imparcialidade.

Recurso especial que se conhece, pela letra *c*, mas ao qual se nega provimento.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): O recurso sustenta que o art. 424 do CPP teria tido sua vigência negada pelo acórdão.

Afirma-se que evidenciada de maneira cristalina, pela declaração de fls. 18 ou 19, subscrita por mais de uma dezena de pessoas representativas da sociedade local, a dúvida sobre a imparcialidade dos jurados, impunha-se o deferimento do pedido.

Parece-me, contudo, que a decisão impugnada afastou — e bem — essa alegação, ante as afirmações do Juiz de que, àquela altura, os fatos estavam parcialmente esquecidos e tudo transcorria normalmente sem ocorrências dignas de nota.

Por outro lado, a declaração exibida, para justificar o pedido, é contraditória: está assinada por autoridades e cidadãos da localidade com o objetivo evidente de favorecer o pedido dos réus, mas atestam a influência local da família das vítimas.

Por esse documento pode-se inferir que os acusados devem ser igualmente influentes na Comarca.

Por outro lado não se aponta fato algum em abono da existência de séria dúvida sobre a parcialidade.

E, a propósito, não basta mera suspeita. Eis a lição dos doutos:

“A dúvida pode resultar de pressão sobre os jurados. Nesse caso, não bastará a simples presunção ou suspeita de sua ocorrência. “É necessário que se apóie num motivo aceitável, em atos ou fatos que lhe dêem um fundamento irretorquível”. Podem verificar-se outros motivos de ordem moral ou material, tais como os interesses generalizados, a cabala da maioria dos jurados. Nesta hipótese, ainda, a dúvida acerca da imparcialidade dos jurados “deve ser séria, fundada, digamos, mesmo, evidente; de sorte a não merecer contestação razoável ou aceitável”. “Havendo fatos objetivos que autorizem fundada dúvida sobre a imparcialidade dos jurados, é de se deferir o pedido de desaforamento, garantindo-se ao réu julgamento que atenda aos requisitos legais de isenção e parcialidade” (STF, *HC 58.271-1-MT*, 1ª T., j. 18.12.80, rel. Min. Cunha Peixoto, RT 549/428);

III — Se a dúvida disser respeito “à segurança pessoal do réu”, “esta dúvida deve assentar em atos ou fatos que gerem segura convicção de que o réu corre sério perigo de vida, tais sejam as ameaças, os ódios conhecidos, os preparos de agressão e a afirmação uníssona da voz pública”. (**Júri, Teoria e Prática**, Adriano Marrey e outros, RT, pág. 13).

Não identifico, pois, no caso, a alegada negativa de vigência. O que diz, em última análise, o acórdão, é que não há prova da alegada parcialidade, não bastando, para tanto, o abaixo assinado antes referido.

No tocante à letra *c* (letra *d* do texto constitucional revogado) parece-me possível considerar caracterizada a divergência.

É que o acórdão, embora citando doutrina e jurisprudência corretas, orienta-se na direção de exigir prova “firme e indiscutível a respeito da parcialidade dos membros do corpo de jurados” (fls. 82), enquanto que um dos paradigmas trazidos à colação (RT 514/391) contenta-se com a dúvida sobre a imparcialidade.

Ora, **dúvida sobre imparcialidade** é bem menos do que **prova firme da parcialidade**, pelo que conheço do recurso pela letra *c*.

Não obstante, o que se extrai do acórdão recorrido e dos demais elementos dos autos, já que a única prova exibida constitui-se de uma declaração escrita, é que, no caso, quando muito, poderá haver mera

suspeita, não dúvida com algum fundamento ou apoiada pelo menos em indícios sobre a imparcialidade dos jurados, o que, como se viu, não basta para autorizar o desaforamento.

Ante o exposto, conheço do recurso, pela letra c, mas lhe nego provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 278 — PR — (89.0008606-5) — Rel.: Min. Assis Toledo. Reces.: João Fernandes de Oliveira e outros. Recdo.: Ministério Público do Estado do Paraná. Adv.: Dr. Ewaldo Garcez Rocha.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso, mas lhe negou provimento (em 28.03.90 — Quinta Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Flaquer Scartezzini e Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Exmo. Senhor Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.730 — SP (Registro nº 89.0012787-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Gerson Ferreira e Valter Galdino Simões*

Advogados: *Valdevino dos Santos e Acioli Pereira*

EMENTA: PENAL. SENTENÇA. ANULAÇÃO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE MULTA CUMULATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. MENO- RIDADE. PROVA. RECURSO ESPECIAL. PREQUES- TIONAMENTO.

Não se anula sentença de ofício, por ausência de multa cumulativa juntamente com a pena privativa de liberdade.

Ausente a prova da menoridade, descabe extinguir-se a punibilidade diante da redução do lapso prescricional pela metade.

Ausência de prequestionamento quanto à questão federal ventilada. Não conhecimento, no particular.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e lhe dar provimento em parte, para anular o acórdão e restabelecer a sentença de primeiro grau, em ordem a que o Egrégio Tribunal de Alçada prossiga no julgamento da apelação do réu, pelo seu mérito, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de junho de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: O que roubaram daria para começar um pequeno comércio, desses de beira de calçada, tão comuns nos dias de hoje — 17 shorts, 20 camisas, 3 blusas, 26 camisetas, 7 cintos, 11 pares de meias, 57 calças e 2 pares de tênis, isso tudo valendo Cr\$ 11.419,80 (onze mil, quatrocentos e dezenove cruzeiros e oitenta centavos), em 24 de fevereiro de 1986.

Foi quebrando um vitrô lateral, protegidos pelas trevas da madrugada, que Valter Galdino Simões, vulgo “Gravata”, 18 anos, solteiro, servente de pedreiro, ganhando Cr\$ 50,00 (cinquenta cruzeiros) por dia e Gerson Ferreira, vulgo “Fusquinha”, 32 anos, solteiro, motorista da Destilaria Cruzálcool, onde ganhava Cr\$ 1.640,00 (hum mil, seiscentos e quarenta cruzeiros) por mês, conseguiram levar aquilo tudo do Bazar de Luís Capela Pereira, situado à Rua Marcílio Dias nº 2.550, em Jardim Planalto, Araçatuba, interior de São Paulo.

Denunciados pelo Código Penal, art. 155, §§ 1º e 4º, I e IV, c/c o art. 29, foram condenados assim: Valter a 02 anos de reclusão e Gerson a 02 anos e 02 meses de reclusão. Ao primeiro foi concedido o benefício

da suspensão condicional da pena por dois anos, cumpridas as condições então exigidas. Quanto ao segundo, em razão dos seus antecedentes, não lhe foi concedido o benefício de apelar em liberdade. (Fls. 78/82).

Valter apelou pedindo absolvição por insuficiência de provas ou a desclassificação do crime para furto privilegiado. (Fls. 101). O Ministério Público estadual ofereceu contra-razões e a Procuradoria-Geral da Justiça manifestou-se pelo improvimento. (Fls. 107/111).

A decisão da Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo anulou a sentença de primeiro grau e julgou extinta a punibilidade do apelante, estendendo o julgado, na primeira parte, a Gerson Ferreira. (Fls. 115/118).

O voto vencedor do MM. Dr. Juiz Relator diz, em síntese, que “prevendo o preceito sancionador do art. 155, § 4º, do Código Penal, reclusão e multa, não podia o MM. Juiz abster-se de irrogar a pena pecuniária”. E dizendo ter havido defeito na constituição do defensor do apelante, menor de 21 anos, por instrumento particular, concedeu *habeas corpus* de ofício para declarar a nulidade da sentença com fundamento no CPP, art. 59, I, c/c 564, IV, e julgar extinta a punibilidade de Valter Galdino Simões, nos termos do CP, art. 110, § 1º, c/c art. 115.

Daí este Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo junto ao Supremo Tribunal Federal, nos termos da CF, art. 105, III, *a* e *c*, ao argumento de negativa de vigência do CPP, arts. 565 e 617, além do dissídio jurisprudencial. (Fls. 126/145).

Não houve impugnação sendo deferido o processamento do recurso às fls. 147/148.

Reiterando os argumentos da petição recursal, a Procuradoria-Geral da Justiça manifestou-se às fls. 150/165.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso, no Parecer às fls. 172/177.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, ao apelar, o réu Valter Galdino Simões pediu absolvição por insuficiência de provas ou a desclassificação do seu crime para furto privilegiado. O Tribunal de Alçada Criminal anulou a sentença condenatória ao fundamento de não ter sido aplicada a pena cumulativa de reclusão e multa, como dispõe o C. Penal, art. 155, § 4º. E extinguiu a punibilidade desse réu Valter Galdino Simões, sob invocação dos art. 110, § 1º, c/c com o art. 115.

Há, às fls. 119/124, o voto vencido do Juiz Ribeiro Machado que destaca os seguintes pontos:

1. O Ministério Público não recorreu;

2. Somente apelou a defesa mas reclamando a absolvição ou a aplicação apenas da pena de multa, com base no privilégio do § 2º do art. 155;

3. A omissão da pena de multa não implica em nulidade da sentença pois a pena aplicada, a de reclusão, prepondera sobre a multa cumulativa. A omissão não impediu a eficácia da pena;

4. Se apenas o réu recorre, o Juízo *ad quem* deve ater-se ao que lhe foi pedido. Ou teríamos decisão *extra* ou *ultra petita*, não podendo o Juiz decidir *ex officio*, nesse caso;

5. Quanto à desclassificação para furto privilegiado não o reconhece por ter sido reconhecido o arrombamento da janela do prédio;

6. Mas não ficando demonstrada a escalada do muro, afasta a qualificadora do C. Penal, art. 155, I.

E assim o MM. Dr. Juiz vencido manteve a pena.

Não houve impugnação de ambas as partes. O Ministério Público interpôs este Recurso Especial mas não houve de parte da Justiça Pública o indispensável prequestionamento. Da sentença condenatória apenas apelou a defesa do réu.

No Recurso Especial nº 1.097-MG, Relator o Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo, DJ de 13.11.89, pág. 17.027, esta Eg. Turma decidiu resultando a Ementa a seguir: "Não prequestionada na decisão recorrida a questão federal suscitada, nem interpostos embargos declaratórios a respeito, inadmissível é o Recurso Especial, tal como ocorria com o recurso extraordinário que lhe antecedeu, nos termos das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal".

Não devo, por isso, examinar a alegação de negativa de vigência da lei federal, pelo que não conheço do recurso nesse ponto.

Quanto ao permissivo constitucional da letra *c* tenho como admissível o Recurso.

Tenho para mim, concordando portanto com o ora recorrente, que o Acórdão impugnado colidiu com a jurisprudência prevalecente. Não poderia ter anulado, de ofício, a sentença sob a alegação de que o réu recebeu apenas a pena privativa de liberdade em razão do furto cometido. Não poderia ter decretado extinta a punibilidade, pela prescrição punitiva, em face da pena concretizada na decisão anulada. Não poderia reconhecer, sem prova idônea, a menoridade do réu Valter Galdino Simões, reconhecendo, em seu favor, a redução, pela metade, do prazo prescricional.

Assim, conhecendo parcialmente, dou provimento ao recurso para anular, em parte, o Acórdão, e restabelecer a sentença de primeiro grau, em ordem a que o Egrégio Tribunal de Alçada prossiga no julgamento da apelação do réu pelo mérito.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.730 — SP — (89.0012787-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Gerson Ferreira e Valter Galdino Simões. Advogados: Valdevino dos Santos e Acioli Pereira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, decidiu conhecer parcialmente do recurso e lhe dar provimento em parte, para anular o acórdão e restabelecer a sentença de primeiro grau, em ordem a que o Egrégio Tribunal de Alçada prossiga no julgamento da apelação do réu, pelo seu mérito (em 13.06.90 — 5ª Turma).

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

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.993 — SP (Registro nº 90.0000593-0)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrentes: *Antenor Lopes Carrillo e Luiz Newton de Oliveira Galeano*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Mário Saad e outro e Francisco Ângelo Carbone Sobrinho e outros*

EMENTA: PENAL. TRÁFICO DE DROGAS.

Concurso material entre o delito de associação (art. 14 da Lei de Tóxicos) e o delito de tráfico (art. 12). Possibilidade, desde que a associação revele a existência de ajuste prévio e conluio duradouro,

distinguindo-se da mera reunião ocasional de agentes em concurso (co-autoria ou participação).

Caracterizado o crime de associação (art. 14), aplica-se-lhe o mesmo entendimento construído pela doutrina a respeito do concurso de delitos na quadrilha: se o bando comete os crimes programados, responderá por estes em concurso material com os de associação criminosa.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de março de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Antenor Gomes Carrillo e Luiz Newton de Oliveira Galeano ajuizaram recursos extraordinários, com fundamento na letra *d*, III, do art. 119, da Constituição anterior, que foram convertidos em recursos especiais por versarem matéria infraconstitucional.

Alegam os recorrentes que o acórdão recorrido, da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao admitir concurso material do art. 12, *caput*, com o art. 14 da Lei 6.368/76, divergiu de acórdãos do extinto Tribunal Federal de Recursos trazidos à colação.

Contra-razões às fls. 2.706/12 e 2.745/51.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Vicente de Paulo Saraiva, opina pelo improvimento dos recursos (fls. 2.766/68).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: PENAL. TRÁFICO DE DROGAS.

Concurso material entre o delito de associação (art. 14 da Lei de Tóxicos) e o delito de tráfico (art. 12). Possibilidade, desde que a associação revele a existência de ajuste prévio e conluio duradouro, distinguindo-se da mera reunião ocasional de agentes em concurso (co-autoria ou participação).

Caracterizado o crime de associação (art. 14), aplica-se-lhe o mesmo entendimento construído pela doutrina a respeito do concurso de delitos na quadrilha: se o bando comete os crimes programados, responderá por estes em concurso material com os de associação criminosa.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): O dissídio jurisprudencial está bem demonstrado. Os acórdãos apontados como paradigmas consideram que o crime de associação (art. 14 da Lei 6.368/76) só é punível quando se tratar de delito único, isto é, se for cometido isoladamente. Na hipótese de ser praticado com o crime do art. 12 da mesma lei, aplicar-se-á o aumento de pena previsto no art. 18, III. Já o acórdão recorrido entende que, em caso de acúmulo dos crimes dos arts. 14 e 12, dá-se o concurso material.

Conheço, pois, do recurso.

Quanto ao mérito, tive oportunidade de manifestar-me a respeito do concurso material nos crimes dos artigos 14 e 12 da Lei de Tóxicos, nas Revisões Criminais nºs 483 e 505, das quais fui relator, no antigo Tribunal Federal de Recursos, cujos acórdãos foram publicados nos Diários da Justiça dos dias 08/10/87 e 03/05/89, respectivamente.

No voto que proferi na Revisão Criminal 505 asseverei:

“Tenho ponto de vista firmado sobre a possibilidade de concurso material, na Lei de Tóxicos, entre os delitos de quadrilha e tráfico. Na Rev. Criminal 483, de que fui Relator, decidiu esta 1ª Seção no sentido dessa possibilidade, ficando o acórdão assim ementado:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. TÓXICOS. CONCURSO MATERIAL ENTRE TRÁFICO INTERNACIONAL (ART. 12) E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 14).

Hipótese em que, pela existência de prévio ajuste e conluio duradouro entre os agentes, para a prática de crimes, torna-se possível o concurso de delitos. Pedido de revisão criminal indeferido.”

Note-se, entretanto, que ali se exigiu **prévio ajuste e conluio duradouro** entre os partícipes da associação, o que a distingue da co-autoria.

E não poderia ser diferente porque a se equiparar a mera reunião de agentes (concurso de agentes) ao crime de associação do art. 14 significa evidente *bis in idem*, com a dupla incidência sobre o mesmo fato dos arts. 14 e 18, III, da Lei de Tóxicos.

O mesmo já não ocorrerá quando se faz a exigência dos requisitos do ajuste prévio e conluio duradouro, aptos a distinguir a co-autoria e a participação da associação criminosa.

E caracterizado o crime de associação aplica-se-lhe o mesmo entendimento construído pela doutrina a respeito do concurso de delitos na quadrilha: se o bando comete os crimes programados, responderá por estes em concurso material com o de quadrilha (Magalhães Noronha, Direito Penal, 10^a ed., vol. 4, p. 105)."

Esse acórdão mereceu citação em voto do Ministro Aldir Passarinho em julgamento do Supremo Tribunal Federal no HC 67.384, estando este último assim ementado:

"EMENTA: Penal e Processual Penal. Tóxicos.

Concurso material: art. 12 e art. 14 da Lei nº 6.368/76. Possibilidade.

O crime previsto no art. 14 da Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/76), isto é, associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos seus artigos 12 ou 13, é ilícito autônomo e, portanto, punível, em concurso material, com qualquer dos outros crimes tipificados naqueles dois outros artigos.

A qualificação de que trata o inc. III, do art. 18 da Lei de Tóxicos, diferentemente, se dá quando a associação é eventual, decorrendo de reunião ocasional, sem que haja uma quadrilha organizada previamente, em conluio de previsão duradoura.

Precedentes."

Com idêntica orientação há precedente da 5^a Turma desta Corte, no REsp 1.413-DF, DJ de 11/12/89, Relator Min. José Dantas.

Não há, pois, o que reparar na tese do acórdão recorrido.

No caso dos autos, considerou-se provada a existência de associação de delinqüentes, com acordo prévio e duradouro, fato esse não impugnado pelos recorrentes (fls. 2.228, VIII vol.).

Ante o exposto, conheço dos recursos pela letra c, mas lhes nego provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.993 — SP — (90.0000593-0) — Rel.: Min. Assis Toledo.
Rectes.: Antenor Lopes Carrillo e Luiz Newton de Oliveira Galeano.
Reco.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Advs. Drs.: Mario Saad e outro e Francisco Angelo Carbone Sobrinho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu dos recursos, mas lhes nego provimento (em 28/03/90 — Quinta Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Flaquer Scartezini e Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Exmo. Senhor Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.152 — RJ (Registro nº 90.0001217-1)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Oswaldo Freire da Costa*

Advogados: *Drs. Silvio Goldgewicht e outro, e Israel da Silva Nascimento e outro*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. EXCLUSÃO DE POLICIAL MILITAR. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA CRIMINAL, POR FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO, ARTIGO 269, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Decorrendo de um só fato a imposição de pena administrativa e a instauração de ação penal, o resultado desta pode repercutir sobre a punição imposta.

Em certas circunstâncias, quando a absolvição criminal se deve à insuficiência ou precariedade das provas, não negada a autoria ou proclamada a inexistência do fato, não fica afastada a responsabilidade administrativa.

O prazo prescricional da ação para desconstituir a punição administrativa, então, começa a fluir do ato punitivo.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de ação ordinária, movida por OSWALDO FREIRE DA COSTA contra o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando a reintegração no quadro efetivo da Polícia Militar do Estado, do qual teria sido excluído de forma arbitrária, com fulcro em inquérito militar em que não se teria assegurado ao indiciado direito de defesa.

Na inicial foi pedida, também, a condenação do réu ao pagamento de vencimentos atrasados, como consequência da reintegração.

A sentença de fls. 93/95, na forma do art. 269, IV, do CPC, julgou extinto o processo declarando prescrito o direito de ação do autor.

A recurso interposto, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, à unanimidade, deu provimento, em parte, para, mantendo o reconhecimento da prescrição dos efeitos patrimoniais preexistentes aos cinco anos anteriores à citação, determinar que se profira sentença de mérito, quanto ao restante da pretensão autoral, afastada em relação a esta a prescrição (fls. 117/119).

Contra tal acórdão o Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso extraordinário, fundado no art. 119, III, letras *a* e *d*, da CF/67, mais tarde convertido *ipso iure* em especial (fls. 160), no qual se aponta ofensa aos arts. 1º e 3º do Decreto 20.910/32, além de dissídio pretoriano.

Nesta instância, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 165/166, é pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: No exame da situação de fato, verifica-se, cronologicamente, que o policial, submetido a processo investigatório, foi expulso da Corporação Militar em 22 de agosto de 1969 (fls. 13); os fatos deram origem a processo-crime, resultando na sentença absolutória em 9 de setembro de 1976, pela fragilidade da prova colhida (fls. 9); em 23 de abril de 1980 foi ajuizada ação ordinária objetivando a reincorporação do autor no quadro efetivo da Polícia Militar, com o pagamento dos atrasados.

Diante desses fatos e tendo em vista a preliminar de prescrição, argüida na contestação, a sentença de primeiro grau julgou extinto o processo, declarando prescrito o direito de ação (art. 269, IV, CPC).

Julgou com inegável acerto, assim fundamentado:

“Sabidamente, se do mesmo fato decorrem a pena administrativa e a instauração da ação penal, o que nesta for decidido pode interferir no ato administrativo. Se a absolvição é decretada na ação penal porque negada a autoria ou proclamada a inexistência do fato, seus efeitos se estendem à esfera administrativa, pelos efeitos da coisa julgada judicial. Diversamente, se a absolvição se dá porque precária a prova, tem-se de admitir, como proclamou o Pretório Excelso na Súmula 18, que pela falta residual, não compreendida na abolição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público” (fls. 94).

Mais adiante, concluiu o magistrado:

“No momento em que nasce a ação, começa a prescrição. O prazo prescricional é de cinco anos para anular o ato, consoante o Decreto 20.910/32. O fato se deu em 22-8-69 (fls. 42), ou melhor, naquela data foi o autor expulso da Polícia. Em 22-8-74, findava o prazo de cinco anos para o ajuizamento da ação. A sentença na

ação penal só foi proferida em 9-9-76 (fls.11), quando já prescrita ação cível, eis que ela não o absolveu por negativa de autoria ou de fato. Reconheceu, apenas, a insuficiência da prova” (fls. 95).

Correta nos pareceu a colocação para a hipótese dos autos. Por isso é que, advertia o eminente Ministro Ilmar Galvão em acórdão desta Turma, versando sobre caso semelhante:

“a absolvição criminal gera, **em certas circunstâncias**, o direito à reintegração do funcionário demitido”.

Daí resultando que tal direito somente pode ser exercido a partir da sentença criminal (Jurisprudência do STJ, vol. 6/88). Mas só em certas circunstâncias, como quando afastadas a autoria e a existência do fato. Aqui, sendo a absolvição por deficiência de provas, não está afastada a responsabilidade administrativa e civil; não está excluída a culpa administrativa e civil do servidor público, que pode, assim, ser punido administrativamente e responsabilizado civilmente (Hely Lopes Meirelles, citado por Roberto Rosas, Comentários à Súmula nº 18).

Por conseguinte, houvesse a ação penal referida no acórdão recorrido concluído pela inexistência do crime de que é acusado o autor (ou descartado a autoria), aí sim, na linha de precedentes desta Corte (REsp nº 240, relator Ministro Vicente Cernicchiaro) também não teria dúvida em fixar a *actio nata* na data desse reconhecimento. Esclarece o eminente Ministro Cernicchiaro, no acórdão agora referido, que **a prescrição tem o termo a quo na data do trânsito em julgado da decisão criminal, quando, e só então, de modo incisivo, repercutir na esfera administrativa.**

No caso concreto, não seria demais repetir, a sentença não negou a existência do fato e nem a autoria. Portanto, a prescrição não começou a correr da sentença criminal absolutória, mas do ato punitivo. É que o autor fora absolvido por falta de prova, nada se reportando quanto à inexistência do crime em si.

Nessa hipótese, realmente, as esferas penal e civil não se comunicam, são interdependentes, fazendo com que a prescrição da ação para desconstituir a punição administrativa comece a fluir do ato que a decretou, pois a partir deste é que nasce a pretensão e a ação do funcionário (AC nº 43.838-PA, Ministro Costa Lima, em 4-03-83).

Houve, pois, em conclusão, ofensa ao Decreto 20.910/32, assim como dissídio jurisprudencial com a decisão do Supremo Tribunal Federal trazida a confronto, de que se destaca o seguinte:

“... a linha de entendimento desta Corte se fez uniforme, em ambas as Turmas, no sentido de consolidar a tese de que prescreve, em cinco anos nos termos do Decreto nº 20.910/32, o próprio direito, desde quando demandável, pelo princípio da *actio nata*, e não apenas as prestações sucessivamente alcançadas pela extinção quinquenal. E o que se vê do RE nº 94.150, Primeira Turma, Rel. Ministro Rafael Mayer (RTJ nº 96/1.222); RE nº 93.301, Segunda Turma, Rel. Min. Décio Miranda (RTJ nº 100/382)...” (RE nº 99.936-RS, Rel. Ministro Rafael Mayer — RTJ 112/1.266).

Há a perda do direito substancial quando a prescrição atinge o direito público subjetivo de pedir a intervenção do Estado e há a perda do direito das prestações quando o direito material permanece intacto, quando afetada será apenas a percepção dos efeitos que têm como causa aquele direito (Min. Vicente Cernicchiaro, Rev. do STJ 13/427). Aqui a prescrição atingiu o direito material, visto que a punição ocorreu em 1969 e a ação veio a ser proposta em 1980.

Por tudo isso, conhecendo do recurso, dou-lhe provimento para restabelecer a decisão monocrática que decretara a prescrição do próprio fundo de direito.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.152 — RJ — (90.0001217-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Estado do Rio de Janeiro. Recdo.: Oswaldo Freire da Costa. Advs.: Silvio Goldgewicht e outro, e Israel da Silva Nascimento e outro.

Decisão: “Após o voto do Sr. Ministro-Relator (Hélio Mosimann), conhecendo do recurso e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz. Aguardam os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e José de Jesus (30.10.91 — 2ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: A ação do autor objetivou a sua reintegração nos quadros da Polícia Militar do Estado, de onde fora excluído em 1969. As vantagens pecuniárias são conseqüências.

Portanto, falar em efeitos patrimoniais preexistentes como focalizou o acórdão recorrido, não tem pertinência sem reintegração. E esse direito material, objeto primeiro da ação, está prescrito, como bem concluiu o eminente Ministro Hélio Mosimann. Também entendo que a absolvição criminal, por insuficiência de prova, não atinge a punição administrativa, contando-se a partir desta o prazo prescricional.

Por tais motivos, acompanho o Relator, para dar provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.152 — RJ — (90.0001217-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Estado do Rio de Janeiro. Recdo.: Oswaldo Freire da Costa. Advs.: Silvio Goldgewicht e outro, e Israel da Silva Nascimento e outro.

Decisão: “Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Américo Luz, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” (13.11.91 — 2ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.393 — CE (Registro nº 90.0007584-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Ethel Angert Carneiro*

Recorrido: *Flávio Carneiro*

Advogados: *Drs. José Feliciano de Carvalho e outros e Roberto Rosas e outros*

EMENTA: ALIMENTOS PROVISÓRIOS. ARBITRAMENTO INITIO LITIS. RECURSO CABÍVEL.

Qualificando-se como interlocutória a decisão que fixa *initio litis* os alimentos provisórios, o recurso dela cabível é o de agravo de instrumento.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Flávio Carneiro agravou de decisão que, em medida cautelar de “separação de corpos, guarda de filhos e pensão de alimentos”, requerida por sua mulher, fixou *initio litis*, os alimentos provisórios em 3.000 OTNs por mês.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará deu provimento ao recurso para reduzir a verba alimentária a Cz\$ 6.000.000,00 mensais, em Acórdão que registra a seguinte ementa:

“Agravo de instrumento. Alimentos provisionais arbitrados em excesso. Possibilidade de redução.

Em todo recurso de agravo, ínsito está um pedido de reconsideração, daí porque de sua índole o duplo grau de jurisdição.

A decisão que confere liminarmente ‘mensalidade para manutenção’, é interlocutória e tem caráter provisório, somente sendo desafiada por agravo de instrumento, tal como prescreve o art. 522 do CP Civil.

Ao arbitrar alimentos provisionais, *inaudita altera parte* e, à vista da documental exibida na inicial, deve o

magistrado, em que pese o seu poder de discricionariedade, se haver com extrema prudência, evitando excessos e danos irreparáveis ao alimentante, dada a irrestituibilidade dos mesmos.

Por isso que, caracterizado o excesso, podem os provisórios ser revistos em grau de recurso.

Agravo provido. Decisão unânime” (fls. 242).

Opostos embargos declaratórios, foram eles recebidos, por maioria de votos, para o fim de fixar a pensão provisória em NCz\$ 6.000,00.

A agravada Ethel Angert Carneiro manifestou recurso especial com arrimo nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando contrariedade ao art. 13, § 1º, da Lei nº 5.478, de 1968, e divergência jurisprudencial com arestos emanados dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro. Sustentou a recorrente, em síntese, que não é o agravo de instrumento o meio legal para alterar aquela decisão de 1º grau, que somente é suscetível de ser modificada na forma do que reza a Lei nº 5.478/68, no artigo 13 e seus parágrafos.

Admitido o apelo excepcional, os autos subiram a esta Corte com as razões e contra-razões das partes. A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Conforme ressaltou o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, a recorrente limita-se a sustentar ser o agravo de instrumento a via inadequada para atacar despacho de juízo monocrático que, em medida cautelar, fixa os alimentos provisórios. Assim, segundo ela, tais alimentos somente poderiam ser alterados através de ação revisional, processada em apartado.

A irresignação não prospera, à evidência.

O saudoso Professor e Ministro Alfredo Buzaid, em Acórdão transcrito pela decisão ora hostilizada, deixara escrito com a precisão que lhe era peculiar:

“Os alimentos requeridos e deferidos constituem medida cautelar, que será apreciada a final no julgamento de mérito da própria ação. A decisão que confere liminarmente os alimentos provi-

sionais tem caráter provisório, pois julga *incidenter tantum* o pedido. Ora, tal decisão é interlocutória, só podendo ser impugnada por agravo de instrumento, na forma do disposto no art. 522 do Código de Processo Civil. O recurso de apelação é admissível da sentença que põe termo ao processo, julgando ou não o mérito (art. 513). Incabível era, pois, a apelação, porque a decisão impugnada resolveu no curso do processo questão incidente” (in RTJ 112, pág. 339).

De idêntica opinião compartilha Yussef Said Cahali, para quem:

“A decisão que fixa os alimentos provisórios é interlocutória, devendo ser impugnada por via de agravo de instrumento” (Dos Alimentos, pág. 561, ed. 1984).

A propósito do enunciado no art. 13, § 1º, da Lei nº 5.478, de 1968, o eminente magistrado e mestre paulista observa:

“No rigor do texto, apenas quando se cuida de ‘revisão’ dos alimentos provisórios determinada em razão de ‘modificação da situação financeira das partes’, o pedido deve ser processado em apartado.

Quando se trata de pedido incidente de modificação do *quantum* arbitrado, sob o argumento de excesso na estimativa, pode o mesmo ser formulado — e se tem admitido — nos próprios autos” (ob. citada, pág. 560).

Inequívoco, pois, que, em se tratando de decisão interlocutória, o recurso cabível é o de agravo de instrumento, consoante orientação jurisprudencial francamente majoritária (cfr. Rev. dos Tribs. 531/116 — Ag. de Inst. nº 247.971; 502/96). Neste último aresto, o então Desembargador, hoje Ministro Sydney Sanches, destacou a admissibilidade do agravo, exatamente por não se cuidar de pedido de revisão da pensão provisória por motivo de modificação na situação financeira das partes.

Inocorre, como se vê, a alegada afronta à lei federal.

De resto, os julgados trazidos à colação pela recorrente não se mostram hábeis a ensejar o confronto com o decisório recorrido. Quatro deles não se encontram em repositório de jurisprudência autorizado. O julgado restante, objeto de publicação pela Rev. Forense, vol. 248, vem reproduzido tão-só pela sua ementa, não permitindo assim cotejo com o Acórdão prolatado pelo Tribunal *a quo* (art. 255, parágrafo único, hoje § 2º, do RISTJ).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, também não conheço do recurso, tanto quanto o Sr. Ministro Relator. Tão-somente deixo consignado, sempre com minha homenagem ao mestre insigne que foi Alfredo Buzaid, que observo certa dificuldade neste modo de ver. Decreto judicial que antecipa alimentos provisionais é ato que tem a ver com o litígio e não com o processo; tanto que o mesmo eminente Alfredo Buzaid anotou caracterizar-se como providência cautelar. Teria sido preferível, portanto, que o Código distinguisse entre meros despachos, decisões interlocutórias, sentenças terminativas e sentenças definitivas (como fez); porém, sem prejuízo dos decretos judiciais, que não devem ser considerados decisões interlocutórias.

De qualquer modo, esses atos reclamam recurso expedito. Assim, seja por este ou por aquele fundamento, fico de acordo em que o recurso tenha de ser mesmo o de agravo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.393 — CE — (900007584-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Ethel Angert Carneiro. Recdo.: Flávio Carneiro. Advs.: José Feliciano de Carvalho e outros, e Roberto Rosas e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (26.11.91 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento, o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.407 — RJ (Registro nº 90.0005713-2)

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

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorrido: *Marciliano Ervatti*

Advogada: *Dra. Edna Moreira da Cruz*

EMENTA: PENAL. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL.

O artigo 155, IV, a, da Lei 3.807, de 1960, relacionou outras condutas típicas que integram o estelionato. Cabível a qualificadora quando o delito é praticado contra autarquia previdenciária.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LIMA: MARCILIANO ERVATTI, denunciado e condenado a um ano e quatro meses de reclusão e dez dias-multa, como incurso nas penas do § 3º do art. 171 do Código Penal, acusado de ter obtido aposentadoria por tempo de serviço mediante documentação falsa, interpôs Apelação Criminal junto ao antigo Tribunal Federal de Recursos, conseguindo parcial sucesso, eis que a Primeira Turma do eg. Tribunal, tendo como voto condutor o do eminente Min. COSTA LEITE, diminuiu a pena para um ano de reclusão e multa de dez cruzados, lavrada a seguinte ementa:

“PENAL. ESTELIONATO. APOSENTADORIA FRAUDULENTA.

I — Autoria e materialidade perfeitamente delineadas. Provado que a aposentadoria foi obtida por meio de documentação falsa, propiciando o auferimento de vantagem ilícita em prejuízo da autarquia previdenciária, tem-se por configurados os elementos constitutivos do estelionato.

II — Incabível o aumento de pena do § 3º, do art. 171, do Código Penal, pois que se está diante de estelionato por equiparação, em face do que dispõe o art. 155, IV, *a*, da LOPS, com o que integra o tipo a causa de exasperação.

III — Apelação a que se dá parcial provimento.” (fl. 18)

O Ministério Público Federal, então fulcrado na alínea *a*, item III, art. 119, da CF/67, interpôs Recurso Extraordinário, convolado no presente Recurso Especial do Pretório Excelso (fl. 35), alegando negativa de vigência do § 3º do artigo 171 do CP.

Indeferido o seguimento do apelo extremo pelo r. despacho de fls. 25, ao argumento de razoável interpretação da norma federal — Súmula 400 — STF, interpôs o Ministério Público Federal agravo de instrumento (fls. 02/05), ao qual dei provimento.

Às fls. 54/56, o Dr. VICENTE DE PAULO SARAIVA, ilustrado Subprocurador-Geral da República, opina pelo provimento do recurso, arri-mado nos fundamentos do recorrente.

Relatei.

VOTO

EMENTA: PENAL. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL.

O artigo 155, IV, *a*, da Lei 3.807, de 1960, relacionou outras condutas típicas que integram o estelionato. Cabível a qualificadora quando o delito é praticado contra autarquia previdenciária.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): O assunto versado neste recurso extremo é bastante conhecido da Turma que, repetidamente, o tem examinado.

Discute-se se o artigo 155, IV, *a*, da Lei Orgânica de Previdência Social, define apenas delito equiparado a estelionato, ou se cuida da própria figura típica tratada no artigo 171, do Código Penal.

Cheguei a admitir aquele ponto de vista. No entanto, e ainda perante o extinto Tribunal Federal de Recursos — 2ª Turma —, examinei o tema, concluindo que a LOPS somente relacionou novas condutas que integram estelionato.

De fato, dispõe o aludido artigo 155:

“Art. 155. Constitui crime:

.....
IV — de estelionato, definido no artigo 171 do Código Penal.

a) receber ou tentar receber, dolosamente, qualquer prestação de benefício da previdência social.”

Constitui, pois, estelionato contra a Previdência, não só “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita”, quanto “receber ou tentar receber, dolosamente, qualquer prestação de benefício de previdência social”. Daí, decorre o agravamento da pena prevista no § 3º do aludido artigo 171, do Código Penal.

Neste sentido votei no REsp nº 463-RJ e no REsp nº 1.038-RN, por mim relatados e no REsp nº 346-RN da relatoria do Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

Junto cópia do voto que proferi no REsp nº 1.038-RN dispensando-me de outras considerações.

Por fim, esclareço que a eg. 3ª Seção, relatando o Senhor Ministro DIAS TRINDADE, por maioria, decidiu, na sessão realizada no dia 06 deste mês, acolher esse entendimento.

Desse modo, conheço do recurso — CF, art. 105, III, *a* — e lhe dou provimento para restabelecer a sentença.

VOTO ANEXO

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.038 — RN

(Registro nº 89.0010783-6)

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorridos: *Luiz Frutuoso da Silva e Fábio Olegário*

EMENTA: PENAL. ESTELIONATO PRATICADO EM DETRIMENTO DE AUTARQUIA FEDERAL. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO § 3º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL.

1. Praticado o delito de estelionato em detrimento de autarquia federal, é mister a exasperação da pena em razão do disposto no § 3º do art. 171, do Código Penal.

2. Precedentes.

3. Recurso conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Senhores Ministros, o tema *sub examen* já foi objeto de deliberação desta Turma, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 346-RN, em que fora relator o eminente Ministro JOSÉ DANTAS, onde assentou-se:

“CRIMINAL. ESTELIONATO EM DETRIMENTO DE ENTIDADE DO SINPAS. — Aumento de pena. Sobre remeter à norma codificada, por equiparação ao estelionato, a prática que acarrete prejuízo à entidade do SINPAS, para obtenção de vantagem ilícita, decerto que desprovido de sanção, o preceito legal extravagante (CLPS, art. 222, IV, *b*) se acomoda ao tipo codificado, cuja apenação resulta majorada pela qualificação da entidade de direito público prejudicada (Cód. Penal, art. 171, § 3º). Precedentes.” (DJU de 18.9.89, p. 14.666).

Aqui, o tema é em tudo idêntico, restando evidenciado o dissenso pretoriano do confronto entre o acórdão recorrido com o julgado paradigma (RE nº 115.182-RN, STF, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS MADEIRA), bem assim a negativa de vigência ao § 3º do art. 171 do CP, de incidência obrigatória à espécie, consoante decidimos também na 2ª Turma do extinto TFR, nestes termos:

“PENAL. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA. Sursis. REPARAÇÃO DO DANO.

1. Estelionato praticado em detrimento de entidade previdenciária. Segundo entendimento do STF (RE nº 115.182-0-RN) a LOPS, artigo 155, IV, ‘não criou tipo novo, mas simplesmente arrolou condutas que se subsumem ao tipo penal do estelionato, qualificadas por lesarem autarquia federal’. ...” (ACr nº 8.483-RJ, julgada em 02.08.1988).

Por isso, sem maiores considerações, louvando-me nos precedentes atrás invocados, conheço do recurso e lhe dou provimento, restabelecendo, nesse ponto, a sentença de 1º grau.

É o voto”.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.407 — RJ — (900005713-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Marciliano Ervatti. Advogada: Dra. Edna Moreira da Cruz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau (em 12.12.90 — 5ª Turma).

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



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
NO RECURSO ESPECIAL Nº 5.584 — SP
(Registro nº 90.00104530)

Relator originário: *Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Relator p/acórdão: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Embargante: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Embargado: *América Comercial Ltda.*

Advogados: *Drs. Miguel Francisco Urbano Nagib e Marilene Talarico Martins Rodrigues e outros*

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

I — A lei estadual, seguindo a orientação do CTN, tão-somente orienta a definição da base de cálculo, como sendo o valor da operação, inexistindo omissão a tal respeito.

II — Declaratórios que se rejeitam à razão da não existência dos pressupostos embargadores.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente e Relator p/acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Tratam-se de embargos declaratórios opostos pela Fazenda do Estado de São Paulo ao v. acórdão desta

E. Turma que, acolhendo entendimento manifestado pela C. 1ª Seção, considerou ilegítima a cobrança do ICM sobre o fornecimento de alimentação e bebidas à ausência de lei específica prevendo o fato gerador e fixando a base de cálculo.

Sustenta, em síntese, que o v. acórdão recorrido partiu de premissa equivocada ao julgar aplicável à hipótese o precedente tomado no julgamento dos EDivREsp 1.313-RJ, já que cuidam os autos de debate acerca da validade da base de cálculo do ICM no Estado de São Paulo.

Pleiteia, por fim, sejam os embargos recebidos com a correção da premissa em que fundou o v. acórdão embargado, renovando-se o julgamento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Assiste razão ao embargante realmente nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.313 do Rio de Janeiro. Nesta Egrégia Turma, em vários precedentes, firmamos o entendimento de que o Decreto-lei do Estado do Rio de Janeiro nº 5/75, em seu artigo 4º, III, e o Decreto-lei Federal nº 406/68, artigo 1º, item III, fixaram a base de cálculo para a incidência do ICM, no fornecimento de refeições e bebidas, por bares, restaurantes e estabelecimentos similares (R. Especiais nºs 423-RJ, 1.200-RJ, 1.054-RJ, 496-RJ e 1.131-RJ). Como a Egrégia Segunda Turma, nos R. Especiais nºs 999-RJ, 614-RJ e 1.071-RJ, firmou o entendimento contrário, de inexistência de base de cálculo nos dispositivos legais citados e, como nos Embargos de Divergência, no R. Especial nº 1.313, prevaleceu a orientação vencedora na Egrégia Segunda Turma, nos casos futuros, adotei este entendimento majoritário, ressaltando meu entendimento.

Acontece que o presente caso não é do Rio de Janeiro e sim do Estado de São Paulo e posterior à Lei nº 5.886/87. Na hipótese em exame a questão se resume em se saber se a legislação do Estado de São Paulo fixou ou não a base de cálculo do ICM para que este possa ser exigido sobre o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por restaurantes, bares e estabelecimentos similares. Ora, nos termos do Decreto-lei Federal nº 406/68, art. 1º, inciso III, constitui fato gerador do ICM,

“o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.”

A Lei Estadual nº 440/74, art. 1º, inciso III, tinha redação idêntica, mas foi alterada pelo art. 1º da Lei 5.886, de 03 de novembro de 1987, que passou a definir o fato gerador como:

“o valor da operação de que decorrer a saída ou o fornecimento da mercadoria.”

A recente Lei do Estado de São Paulo nº 6.374, de 1º de março de 1989, em seu artigo 2º determina que ocorre o fato gerador do ICM:

“

III — no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento, incluídos os serviços que lhe sejam inerentes;

IV — no fornecimento de mercadoria com prestação de serviço:

a) não compreendidos na competência tributária dos municípios;

b) compreendidos na competência tributária dos municípios, mas que por indicação expressa de lei complementar sujeitem-se à incidência do imposto de competência estadual.”

De acordo com este dispositivo legal, não paira a menor dúvida. Existe o fato gerador do ICM também nos serviços embutidos no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por qualquer estabelecimento. Ocorre o fato gerador no fornecimento de mercadorias com prestação de serviços mesmo compreendidos na competência tributária dos municípios, se assim o determinar a Lei Complementar.

A base de cálculo do ICM foi definida pelo Decreto-lei Federal nº 406/68, art. 2º, item I, como:

“O valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria.”

A Lei Estadual nº 440/74, art. 19, item I, tinha redação idêntica, alterada pela Lei 5.886/87 para:

“O valor da operação de que decorrer a saída ou o fornecimento da mercadoria.”

Já a recente Lei Estadual nº 6.374, de 1º de março de 1989, art. 24, inciso III, dá, como base de cálculo do ICM, no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por bares, restaurantes e outros estabelecimentos comerciais similares,

“O valor total da operação, compreendendo as mercadorias e os serviços.”

A própria Constituição Federal vigente, nos seus artigos 155, I, *b*; IX, *b* e 156, IV, resolve, satisfatoriamente, a questão. No artigo 155, IX, *b*, determina que incidirá o ICM:

“sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios.”

Ora, não estão compreendidos na lista do Decreto-lei nº 406/68 os serviços de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por bares, restaurantes, clubes e outros estabelecimentos similares e por isso, são da competência dos Estados.

No artigo 156, IV, está claro que compete aos municípios instituir impostos sobre:

“serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, I, *b*, definidos em lei complementar.”

Como não foi ainda a lei complementar de que fala o dispositivo constitucional citado, houve a recepção do Decreto-lei Federal 406/68 que, como vimos, previu a base de cálculo para a hipótese em exame.

Se é o próprio Decreto-lei nº 406/68 que dá como fato gerador do ICM o valor total da operação, incluindo também a parte de serviço no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, a legislação do Estado está autorizada a cobrar ICM inclusive sobre esta parte do serviço.

Se existe lei estadual estabelecendo a base de cálculo do ICM, não houve violação à Súmula nº 574 do STF ou aos artigos 97, IV, e 108, § 1º do CTN. Estes não foram contrariados pelo venerando acórdão hostilizado. No fornecimento de alimentação, bebidas, etc., por restaurantes, bares e outros estabelecimentos congêneres, existe a saída de mercadorias, pouco importando se o freguês consome ali no estabelecimento comercial ou em qualquer outro local. Havendo a circulação de mercadoria, incide o ICM, inclusive, sobre parte de serviço. No caso, a legislação estadual, como vimos, prevê, expressamente, a incidência do ICM sobre a parte dos serviços.

Admitir que, na hipótese, os donos de bares, restaurantes e estabelecimentos similares, não estejam sujeitos à incidência do ICM, sobre o fornecimento de bebidas, alimentação e outras mercadorias congêneres, e, como a parte de serviços nele embutida não consta da lista do Decreto-lei 406/68, será reconhecer uma isenção total e absoluta de ICM e ISS, não prevista em lei, com ilimitados e inaceitáveis prejuízos para os Estados e para a própria sociedade.

No caso, como vimos, existe a base de cálculo, na legislação estadual, que é

“O valor total da operação, compreendendo as mercadorias e os serviços.”

Neste sentido são os precedentes da Egrégia 1ª Turma, nos Recursos Especiais nºs 4.017-SP e 3.986-SP, julgamentos de 20 de agosto de 1990.

Recebo os embargos para declarar que existe a base de cálculo no Decreto-lei Federal nº 406/68, artigo 2º, item I, e nas Leis do Estado de São Paulo nº 440/74, artigo 19, item I, com a redação da Lei nº 5.886/87 e Lei nº 6.374/89, artigo 24, item III, no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, clubes e outros estabelecimentos comerciais similares, que é o total da operação, nesta, incluída a prestação de serviço nela embutida. Por isso, dou efeitos modificativos aos presentes embargos para dar provimento ao recurso especial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Assestam os presentes embargos contra a decisão que entendem em negar provimento a recurso que versa sobre a exigência do ICM sobre as operações efetivadas pelos bares, restaurantes e similares, incidentes nas operações por eles exercidas.

A definição da egrégia Turma já se fez objetiva no sentido de que, existente a previsão legal em lei federal, não pode a lei estadual ir além do que vem definido.

Se a base de cálculo é genericamente definida pelo CTN, tendo como referência o valor da operação, a lei estadual, seguindo tal orientação, assim também determinou.

Ora, inexistente o que se deva aclarar no acórdão e, por isto mesmo, rejeito os embargos.

É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Senhor Presidente, no Recurso Especial nº 5.673-SP, nesta Turma, meu voto foi no seguinte sentido.

“No caso *sub examine* a Lei Paulista
.....
da jurisprudência deste Colendo Pretório”.

Com estas brevíssimas considerações e pedindo vênias ao Eminentíssimo Ministro-Relator, meu voto é no sentido de rejeitar os embargos.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, peço vênha ao Eminentíssimo Ministro-Relator, para, também, rejeitar os embargos, acompanhando V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

EDcl no REsp nº 5.584 — SP — (90.00104530) — Relator originário: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Relator p/ acórdão: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Embargante: Fazenda do Estado de São Paulo. Embargado: América Comercial Ltda. Advogados: Drs. Francisco Urbano Nagib e Marilene Talarico Martins Rodrigues e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, rejeitou os embargos, vencido o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira que os recebia (em 13.03.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli, Geraldo Sobral e José de Jesus. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL Nº 5.669 — SP (Registro nº 91.00166677)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Agravante: *Estado de São Paulo*

Agravado: *R. Despacho de Fls. 299*

Advogados: *Hermes Rubens Siviero e outros, e Antônio Craveiro Silva e outro*

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. GATT. ICM. MATÉRIA-PRIMA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA INDEFERIDO. AGRAVO REGIMENTAL.

Não demonstrada de forma satisfatória e analítica a divergência, nem evidenciadas as circunstâncias que identificam os casos confrontados, não se

pode conhecer do Recurso em Embargos de Divergência.

Negado provimento ao regimental. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): O Estado de São Paulo opôs embargos de divergência, alegando ter-se configurado divergência entre julgados da 1ª e 2ª Turmas desta Egrégia Corte, nos quais se discutiu o reconhecimento do direito à isenção de imposto de circulação de mercadorias a produtos importados de país signatário do GATT, utilizados como matéria-prima na fabricação de defensivo agrícola (fls. 287/290).

Por entender que não foi cumprida a exigência estabelecida no § 1º do art. 266 do Regimento Interno deste Tribunal, indeferi o recurso (fls. 299).

Irresignado, o Recorrente interpõe o presente Agravo Regimental, ao argumento de que a identidade de questões e o conflito de teses jurídicas foram suficientemente demonstrados nos embargos (fls. 303/305).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Indeferi os embargos, ao verificar que o Embargante limitou-se a defender

a tese mais consentânea com a sistemática do imposto de circulação de mercadorias, segundo o seu entendimento, defendido à luz da Constituição Federal, deixando, entretanto, de apontar as circunstâncias que identificassem ou assemelhassem os casos confrontados, conforme exige o § 1º do art. 266 do RISTJ.

Embora o ora Agravante não insista mais no mesmo argumento, observa “que para a demonstração da divergência não era necessário fazer remissão às peculiaridades fáticas de cada caso”, bastando, no que se refere à identificação da *questio juris* objeto do dissídio, a simples leitura das transcrições feitas nos embargos (fls. 303/305).

Não é assim que dispõe o art. 266, § 1º, c/c o art. 225, do RISTJ. Pelo que se depreende destes dispositivos regimentais, a divergência indicada deverá ser comprovada, não só com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configuram o dissídio, mas com a menção às circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados. No mesmo sentido é o entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência dominantes, segundo as quais é de se exigir a demonstração analítica da divergência jurisprudencial, mediante o confronto das partes idênticas da decisão embargada e acórdão apontado como paradigma.

Ora, o Agravante faz a transcrição do seguinte excerto do acórdão embargado:

“A mercadoria importada de país signatário do GATT estende-se a isenção do ICM concedida a similar nacional”

E do paradigma:

“A legislação estadual não concede isenção às matérias-primas que possam vir a compor o fungicida e o DICLOROANILINA (produto importado) não tem registro de fungicida” (fls. 304).

Assim, transcreve apenas parte de ambos os acórdãos, sem demonstrar, entretanto, a semelhança ou circunstâncias identificadoras dos casos confrontados.

Na espécie, conforme muito bem assinalou o Eminentíssimo Ministro Relator, GARCIA VIEIRA, no voto condutor do acórdão paradigma, “a matéria-prima importada pode ou não ser utilizada na composição do fungicida ou ser usada apenas parte dela porque ela pode vir a compor produto não similar ao nacional”. E afirmou que, no caso então sob exame, “não se fez prova válida de que a matéria-prima importada foi totalmente usada na composição do produto similar, e ela própria, a matéria-prima, não é similar do produto fungicida”.

Dessa forma, a questão há de ser examinada, caso a caso, ante a prova constituída, para saber-se se a matéria-prima foi efetivamente usada na fabricação de produto idêntico ao similar brasileiro isento.

Ocorre que, no caso presente, o Agravante limitou-se a afirmar que o dissídio foi suficientemente demonstrado, com a rigorosa transcrição dos trechos discrepantes, pressuposto básico dos embargos de divergência. Não fez, entretanto, o confronto do texto do acórdão recorrido com o da decisão tomada por paradigma, para demonstrar de forma satisfatória e analítica a divergência. Muito menos ficaram evidenciadas as circunstâncias que identificam os casos confrontados.

Dessarte, os argumentos apresentados pelo Agravante não se me afiguram suficientes para justificar a reforma da decisão recorrida.

Diante do exposto, mantenho o despacho agravado e nego provimento ao agravo.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no EREsp nº 5.669 — SP — (91.0016667-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Agrte.: Estado de São Paulo. Agrdo.: R. Despacho de Fls. 299. Advs.: Drs. Hermes Rubens Siviero e outros, e Antonio Craveiro da Silva e outro.

Decisão: “A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo” (03.12.91 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Gomes de Barros, Américo Luz, Pádua Ribeiro, José de Jesus, Garcia Vieira, Hélio Mosimann e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.059 — SP (Registro nº 90114900)

Relator: *O Exmo Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *José Ricardo Armentano Bueno de Almeida*

Recorrido: *Antônio Bueno de Almeida*

Advogados: *Drs. José Ricardo Armentano Bueno de Almeida e outro, e Mário Massaro*

EMENTA: Registro civil. Assento de nascimento. Anulação, pleiteada por quem nele figura na qualidade de avô paterno. Pai presumido já falecido. Legitimidade. Tem tal pessoa legitimidade para propor a ação, nos casos de simulação de parto ou de falsidade ideológica ou instrumental. Recurso especial conhecido pelo dissídio mas improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação de anulação de registro de nascimento, proposta por quem nele figura como avô paterno, ao fundamento de que o casal dera parto alheio como próprio, onde o Dr. Juiz, no saneamento do processo, rejeitou preliminar, nesses termos:

“Como bem salientou a Dra. Curadora de Família, o assento de nascimento pode ser inquinado de vício por quem tenha legítimo interesse econômico ou moral, razão pela qual o autor é parte legítima para propor a presente ação.”

Interposto agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça de São Paulo (7ª Câmara Civil), por maioria de votos, negou-lhe provimento, por este acórdão relatado pelo Desembargador Godofredo Mauro:

“2. A questão *sub judice* é realmente delicada, ou seja, o interesse econômico do autor, pai do *de cujus*, relativamente à sua herança é prevalente.

Para o agravante, seu avô não pode prosseguir no intento de anular o registro de nascimento do agravante para habilitar-se

herdeiro no inventário do filho, aquele que efetuou o registro do agravante, declarando-se seu pai.

Na ação proposta contra o agravante e sua genitora o autor alega que o casal procedeu ao registro de uma criança, o agravante, como sendo seu filho, dando parto alheio como próprio, com a consciência de firmar o que não era verdadeiro e alterando o estado do ora agravante, mediante falsidade ideológica de seu assento no registro civil. Acentua que toda a família do *de cujus*, incluído o agravante, sempre soube da realidade.

Mas as ações de estado são imprescritíveis, sem embargo das críticas que a esse título se façam ao ordenamento jurídico. Ademais, o interesse econômico data da morte do *de cujus* e não se cogita da prescrição do artigo 177 do Código Civil (RT, 519/229, 538/195, 545/83).

No que respeita à legitimidade *ad causam* e ao interesse de agir, como salienta o Douto Procurador da Justiça, 'do parente sucessível para a propositura de ação de retificação de assento de nascimento com base na negatória da paternidade', a solução 'é vista como protetora do instituto da família e da verdade porventura desprezada anteriormente' (RT, 607/42 e 570/101).

Ademais, no caso concreto, em que se poderá acusar a co-ré de ter dado parto alheio como próprio ou ter havido falsidade, com alteração da verdade material das declarações no Registro Civil, a ação, por envolver a prática de crime (art. 242 ou 299 do Código Penal) pode 'ser intentada por qualquer interessado' (J. M. Carvalho Santos — Código Civil Brasileiro Interpretado — vol. V — ed. 1956 — pág. 366). O festejado autor prossegue: em seus comentários ao artigo 344 do Código Civil: 'ensina Lafayette que os interessados em contestar a legitimidade da filiação só podem propor suas ações, com caráter prejudicial, isto é, como fundamento de outra que delas derive, como a de petição de herança (Direito de Família, § 106)'.

No mesmo sentido Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil — Direito de Família — 2º volume — pág. 242 — Ed. Saraiva — 1988) e Caio Mário da Silva Pereira para os quais a ação com fundamento em simulação de parto ou falsidade ideológica ou instrumental do assento de nascimento não é privativa do marido (Instituições de Direito Civil — vol. V — págs. 170/171 — Ed. Forense — 1972).

À jurisprudência citada nos autos adita-se a expressa no RE nº 81.633 que afastou a ilegitimidade de parte, entendendo ina-

plicáveis os artigos 344 e 178, § 3º, do Código Civil, em caso idêntico ao dos autos (RTJ, 85/163), bem como o Recurso Extraordinário nº 88.418-SP (RTJ, 93/307).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.”

Daí o recurso especial, pela alínea *c*, ao fundamento de não terem os avós tal legitimidade, ainda quando o pai não tenha em vida contestado a paternidade: RTJ's 37/681, 53/131, RT-565/202 e RF-228/139.

Admitido o recurso, subiram os autos, opinando, nesta Corte, o Dr. Hezick Muzzi Filho pelo conhecimento e provimento, em parecer com esta ementa:

“Para a propositura de ação de anulação de registro de nascimento de filho havido na constância do casamento, o avô não se legitima, cabendo este direito apenas ao filho ou aos cônjuges.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Controverte-se sobre a legitimidade ativa do recorrido, que propôs a ação de anulação do registro de nascimento do recorrente, ao fundamento de que realizado mediante falsidade ideológica. Em resumo, aponta-se, na petição de recurso especial, com base na alínea *c*, a falta de qualidade de outrem senão o próprio pai para o ajuizamento da ação, conforme, por exemplo, os julgados publicados nas RTJ's 37/681 e 53/131, com essas ementas:

“Falta qualidade de outros parentes para impugnar a paternidade que o pai presumido não contestou, sequer indiretamente.” (RE-41.549, Sr. Ministro Victor Nunes, *in* RTJ-37/681).

“Filiação — É razoável e coincidente com a jurisprudência do STF a interpretação de que interessados na herança não podem impugnar o registro civil de nascimento de filho do *de cujus*, declarado e assinado livremente por este e sua esposa, tanto mais quando esta reafirma a autenticidade do ato.” (RE-68.606, Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, *in* RTJ-53/131).

2. Pelo visto do relatório, o acórdão, ao confirmar a decisão de primeiro grau, recordou, a propósito dos casos de simulação de parto ou de

falsidade ideológica ou instrumental, a doutrina, pelas palavras de Carvalho Santos, Barros Monteiro e Caio Mário, e a jurisprudência, com os julgados publicados nas RTJ's 85/163 e 93/307, aquele com essa ementa:

“Ação de anulação de registro de nascimento. Falsidade ideológica. Argüição, formulada pelos pais, de que o seu filho, ao prestar declarações, consignadas no termo de nascimento, dera como filho dele e de sua mulher pessoa deles não nascida. Sentença e acórdão que julgaram os autores carecedores da ação, por ilegitimidade *ad causam*, com fundamento nos arts. 344 e 178, § 3º, do Código Civil. Inaplicabilidade ao caso desses preceitos da lei civil.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE-81.633, *in* RTJ-85/163, Sr. Ministro Leitão de Abreu).

Em seu voto, o Sr. Ministro Leitão de Abreu, após citar os julgados das RTJ's 37 e 53, onde, conforme suas palavras, ficara resolvido não possuir o avô ou a avó qualidade para impugnar a paternidade certificada mediante registro de nascimento, afirmou o seguinte:

“4. *Permissa venia*, não me parecem concludentes as razões em que se estribam esses julgados para firmar o princípio de que, nas hipóteses a que se referem, não têm qualidade os progenitores, isto é, os avós, para contestar a validade, por falso ideológico, de registro de nascimento de pessoa a quem se atribua a condição de seus netos, ainda que no termo figure, como declarante, o pai. Tornar incontestável, por quem não seja o pai, a filiação declarada em assento de nascimento, nos casos em que se argúa não ser o registrado filho do casal, em vez de tutelar, como se pretende, o interesse da família, importa em enfraquecê-la, pois se permitirá que nela se insiram, pelo vínculo de descendência legítima ou ilegítima, pessoas estranhas a essa relação.

Entendo, por isso, que assiste razão a Pontes de Miranda, quando assevera que o reconhecimento é impugnável quando contrário à verdade. ‘A inverdade, prevista em c (por contravir à verdade)’ — discorre o insigne juriconsulto — ‘pode ser alegada por qualquer pessoa que tenha justo interesse. O Código Civil, no art. 365 (‘Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação da paternidade, ou maternidade’) dá a qualquer pessoa justamente interessada o direito de contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade; é de tirarse, portanto’ — conclui — ‘que igual direito lhe assiste quanto ao reconhecimento voluntário’ (Tratado de Direito Privado, 1955, v. IX, págs. 100-101).

Como tenho por irrecusável, na espécie, o legítimo interesse de agir que assiste aos recorrentes, dada a sua condição de parentes sucessíveis do recorrido, estou em que não incide, no caso, norma legal que autorize a conclusão de que os autores não possuíam legitimidade *ad causam*. Por estes fundamentos, conheço do recurso e lhe dou provimento, para cassar o acórdão recorrido e para determinar que, afastada a carência de ação pronunciada, no saneador, pelo magistrado de primeiro grau, sob o fundamento de ilegitimidade *ad causam*, prossiga o feito, na forma da lei.”

O Sr. Ministro Moreira Alves, considerando inaplicável o art. 344, citou o art. 348, que admite o desfazimento do registro, “desde que se prove erro ou falsidade”, e o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque considerou tratar-se, “no fundo, de uma negatória de maternidade, que só por via reflexa é negatória da paternidade presumida”.

3. Do exame que fiz dos autos, verifiquei que o caso presente bem se ajusta ao precedente descrito na RTJ-85, de cuja orientação não dissinto, amparada que se acha por boa doutrina, consoante se viu do acórdão recorrido. Justifica-se a minha posição até por coerência com o que votei no REsp-269. Ficou decidido, nesse recurso especial, poder o neto ajuizar ação contra o avô, falecido o presumido pai, para a declaração de relação avoenga. Eis a sua ementa: “Conquanto sabido ser a investigação de paternidade do art. 363 do Código Civil ação personalíssima, admissível a ação declaratória para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô que, como testemunha, firmou na certidão de nascimento dos autores a declaração que fizera seu pai ser este, em verdade seu avô, caminho que lhes apontara o Supremo Tribunal Federal quando, excluídos do inventário, julgou o recurso que interpuseram” (Sr. Ministro Waldemar Zveiter, sessão de 3.4.90). Ora, se deixei, também, afirmado que o neto (suposto) tem ação, não posso, agora, deixar de reconhecer ao avô (suposto) o mesmo direito.

4. Ante o exposto, conheço do recurso especial, por julgar comprovada a divergência (item 1, acima), mas lhe nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, no precedente citado por V. Exa., fiquei vencido, juntamente com o Sr. Ministro Cláudio Santos. A hipótese, entretanto, embora possa servir de subsídio, para o caso em julgamento com ele não se confunde. Inaplicável, obviamente, o art. 344 do Código Civil. O que este artigo não permite é atribuir à mulher casada um pai para seu filho que não seja o seu mari-

do. Para a incidência desse dispositivo, necessário que ela seja a mãe. No caso, o que se contesta é justamente isso. Salienta-se que se trata de um herdeiro necessário. Se, por meio desta fraude, fosse possível afastá-lo, melhor seria acabar com essa categoria no direito sucessório.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, também entendendo que o avô tem legitimidade para anular o registro, até por interesse moral, mesmo que ele não fosse herdeiro.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.059 — SP — (90114900) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: José Ricardo Armentano Bueno de Almeida. Recorrido: Antônio Bueno de Almeida. Advogados: Drs. José Ricardo Armentano Bueno de Almeida e outros, e Mário Massaro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, mas lhe negou provimento (3ª Turma — 23.08.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.114 — SP (Registro nº 90.0011665-1)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Italcom — Imp. Exp. Ltda. — em Concordata Preventiva*

Recorrido: *Nederlandsche Middenstandsbank N. V.*

Interes.: *Alfredo Luiz Kugelmas, Comissário da Concordata Preventiva de Italcom — Imp. Exp. Ltda.*

Advogados: *Sebastião Carneiro Giraldes, J. A. Lima Gonçalves e outros*

EMENTA: CONCORDATA PREVENTIVA. CONTRATO DE CÂMBIO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE ADIANTAMENTO.

O pedido de restituição, formulado nos termos do artigo 75, § 3º, da Lei 4.728, de 14.07.65, está sujeito à condição estabelecida na lei falencial, devendo assim o adiantamento ter sido efetuado nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata, por incidência à espécie do disposto no artigo 76, § 2º, combinado com o artigo 166, da Lei Falencial, em exegese compreensiva.

Cumpra não supervalorizar, além do explicitamente previsto, a situação jurídica da instituição financeira, colocando sem limite temporal o pedido de restituição de dinheiro (com a devida correção monetária), em potencial prejuízo aos créditos privilegiados derivados das relações trabalhistas, previdenciárias ou fazendárias, e aos demais créditos.

Recurso especial conhecido pela alínea c, e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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 Fontes de Alencar, e impedido o Sr. Ministro Barros Monteiro. Participaram do julgamento, além do signatário, e dos Srs. Ministros acima mencionados, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

Brasília, 1º de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Trata-se de ação de restituição de adiantamentos relativos a contratos de câmbio, ajuizada perante a 10ª Vara Cível da comarca de São Paulo por NE-

DERLANDSCHE MIDDENSTANDBANK N. V., sucessor do BANCO NMB SUDAMERICANO, contra ITALCOM — Importação e Exportação Ltda., em concordata preventiva.

O MM. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido, posto que “nenhum dos adiantamentos foi concedido nos 15 dias anteriores ao pedido de concordata.” (fls. 24/33)

A eg. 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, deu provimento à apelação do autor, asseverando, *verbis*:

“A divergência inicialmente existente a respeito da matéria (RT 470/11 e 536/246) cedeu passo à diretriz jurisprudencial fixada no sentido de que, na falência e na concordata, cabe a formulação de restituição de importância adiantada por instituição financeira, por conta de contrato de câmbio, em face da previsão do art. 75, § 3º, da Lei nº 4.728/65 (Lei sobre Mercado de Capitais), que introduziu modificação que repercute na disciplina da lei falimentar, no tema.” (fls. 65/67)

Por conseguinte, o eg. Tribunal *a quo* sujeitou a empresa concordatária “ao pagamento da quantia de Cz\$ 7.052.386,52 (antigos), que se converterá em moeda corrente nacional, com os acréscimos de correção monetária a partir das datas dos respectivos adiantamentos (RT 571/50),...” (fl. 67)

Irresignada, manejou a sucumbente recurso especial, fundamentado exclusivamente na alínea c do permissivo constitucional, alegando divergência do acórdão recorrido com arestos dos Tribunais de Justiça do Paraná e Rio Grande do Sul, juntados por fotocópias autenticadas. Procurou demonstrar o dissídio interpretativo sustentando que no primeiro *decisum* confrontado, o TJPR, ao reconhecer que a Lei de Mercado de Capitais criou uma nova modalidade de restituição, entendeu, entretanto, que o referido diploma legal não estabeleceu normas processuais, sujeitando-se o prazo de restituição à previsão contida no art. 76, § 2º, da Lei de Falências. Já o TJRS, no segundo aresto trazido à colação, teria decidido que “a restituição atinge, **exclusivamente**, a verba adiantada, sem qualquer acréscimo.” (grifo da recorrente, fls. 69/73)

O eminente 3º Vice-Presidente do eg. Tribunal de origem admitiu o apelo extremo “pois pelo menos com relação ao acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná”, estaria provado o dissídio (fls. 110/111).

Com as contra-razões, subiram os autos a esta Corte, opinando a Douta Subprocuradoria-Geral da República pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 129/136).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Dois os temas debatidos no presente recurso: aplicabilidade às restituições de adiantamentos feitos por conta de contrato de câmbio, *ut* art. 75, § 3º, da Lei do Mercado de Capitais, do prazo de 15 dias a que alude o artigo 76, § 2º, da Lei Falencial, e incidência da correção monetária às quantias em restituição.

Quanto à correção monetária nas restituições de adiantamentos por conta do valor de contratos de câmbio, pela sua admissão posicionou-se a Suprema Corte, conforme, *v.g.*, ementa do aresto no RE 112.318-RS, ac. de 13 de outubro de 1987, 1ª Turma, rel. o em. Min. Moreira Alves, *verbis*:

“Correção monetária. Falência.

Pedido de restituição de quantia adiantada em decorrência de contrato de câmbio.

Já se firmou nesta Corte o entendimento de que, em falência ou em concordata, é cabível a correção monetária com base na Lei 6.899/81, inclusive quando se trata de restituição de mercadoria pelo equivalente em dinheiro, ou restituição de quantia adiantada em decorrência de contrato de câmbio.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

Assim igualmente nos arestos indicados a fls. 96/97, com remissão à RTJ, 124/733 e 125/1.334.

No mesmo sentido julgou esta 4ª Turma no REsp 5.926, acórdão de que fui relator, sessão de 26.02.91, sob os seguintes argumentos fundamentais:

“A hipótese dos autos autoriza incidência do entendimento consubstanciado no enunciado nº 08 desta Corte, devendo-se-lhe aplicar o mesmo tratamento, aqui aliás com maior razão, posto que sabido não se incorporar ao patrimônio da massa falida a mercadoria passível de restituição, como tal compreendido, por força de lei, o adiantamento decorrente de contrato de câmbio, em privilégio excepcional cuja constitucionalidade o Pretório Excelso proclamou (RTJ, 86/704). Destarte, para que se recomponha o patrimônio do recorrente, em sua integralidade, mister se aplique ao objeto da restituição a correção monetária que, conforme tenho feito questão de afirmar, não é um *plus* que se acrescenta, senão um *minus* que se busca evitar. O valor originário e o valor da respectiva correção não podem, pela sua unicidade, ser submetidos a regimes jurídicos diversos perante a falência.”

Como bem expõe o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. JOSÉ RIBAMAR DE CASTRO VIANA, “a correção monetária do dinheiro restituído impõe-se sob pena de não haver restituição integral: a correção monetária é uma simples técnica de atualização de valor, não acrescenta valor algum à quantia corrigida. Segundo Amilcar Falcão, é “técnica, pelo direito consagrada, de se traduzir, em termos de idêntico poder aquisitivo, quantias ou valores que fixados *PRO TEMPORE*, se apresentar em moeda sujeita à desvalorização”. (Cf. Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 2º, p. 480).” (fls. 133)

Destarte, embora reconhecida a divergência com o aresto paradigma do eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (“Unif. Jurisp.” nº 587 003 351, acórdão por cópia a fls. 77 e ss.), pelo que o recurso especial é de ser conhecido, sob este ângulo seria todavia de negar-lhe provimento.

Impende passar ao segundo tema, o da aplicabilidade do prazo de 15 dias, referido no artigo 76, § 2º, da Lei de Falências, à hipótese de restituição prevista na Lei do Mercado de Capitais para os adiantamentos por conta de contratos de câmbio.

A fundamentação do v. aresto recorrido, após remissão a aresto do Pretório Excelso *in* RTJ 94/675, é a seguinte:

“A observância do requisito de natureza temporal (15 dias anteriores ao pedido de concordata) não é exigível na espécie, por isso que não se cuida, propriamente, de restituição de coisa vendida a crédito (art. 76, § 2º, LF), e o questionado pressuposto não foi instituído pelo legislador federal.

Nesse aspecto, é elucidativo o magistério do douto Rubens Requião (Curso de Direito Falimentar, 2º vol., 6ª ed., Saraiva, 1983, pág. 93), que encontra ressonância na orientação jurisprudencial dominante neste E. Tribunal (RJTJSP 24/250, 44/48, 67/50, 90/91, 101/49, 104/71).

Por sua vez, nos aspectos fáticos, a pretensão deduzida pelo Banco credor não foi objeto de qualquer restrição, razão pela qual, diante da evidência da prova documental, há que se concluir pela procedência integral da ação.

Em conseqüência, fica a empresa concordatária sujeita ao pagamento da quantia de Cz\$ 7.052.386,52 (antigos), que se converterá em moeda corrente nacional, com os acréscimos de correção monetária a partir das datas dos respectivos adiantamentos (RT 571/50), evitando-se, assim, a defasagem do valor real da moeda, corroída pela espiral inflacionária, para que se respeite o

princípio da *in integrum restitutio*, e dos juros de mora a contar da citação, além das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o montante da condenação.” (fls. 66/67)

O mencionado aresto do Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, ac. de 10.06.78, rel. o em. Min. CUNHA PEIXOTO, apresenta o seguinte trecho nuclear:

“A finalidade do § 3º, do art. 75 da Lei nº 4.728/65, foi facilitar o financiamento da exportação do País e, assim, armou os créditos oriundos desses contratos de câmbio de uma garantia maior do que os comuns, permitindo que, no caso de falência ou concordata, o credor não tenha necessidade de habilitar-se, sendo-lhe lícito o pedido de restituição da importância. A lei, como se verifica, criou na falência mais um caso de restituição de bens — o dinheiro adiantado em consequência do contrato de venda de câmbio. O dispositivo consubstancia uma forma de garantia que o legislador entendeu necessário conceder ao comprador de câmbio, que, antes de receber a divisa contratada, adianta ao vendedor parte do seu valor em cruzeiros.” (RTJ 94/676-677)

A questão do prazo é referida expressamente em aresto mais antigo, de 25.11.69, da mesma eg. 1ª Turma, rel. o em. Min. BARROS MONTEIRO, RE 68.569, *verbis*:

“Inquestionável, a meu ver, que o que deve prevalecer, na hipótese, é o voto vencido do Des. Geraldo Ferreira Leite, às fs. 101, onde bem se acentua o caráter meramente administrativo do processo de habilitação de crédito. E a ilustrada Procuradoria-Geral da República, examinando, com proficiência, os preceitos legais atinentes ao caso, conclui que o prazo de 15 dias só se aplica às coisas vendidas a crédito (art. 76, § 2º, da Lei de Falências), e não ao dinheiro adiantado por conta de contrato de câmbio. Inovando a respeito da matéria, diz o parecer, não subordinou a Lei nº 4.729/65 a restituição a nenhuma condição.”

Embora mui valiosas tais considerações, *data venia* creio melhor adequada ao sistema geral da legislação regente das falências e das concordatas, e máxime ao interesse do conjunto de credores, entre os quais os detentores de créditos privilegiados, como os créditos trabalhistas, os previdenciários, os fazendários, a exegese que enquadra a restituição excepcional, da Lei do Mercado de Capitais, às restrições temporais da lei de quebras.

Reporto-me, no particular, aos argumentos finais da sentença:

“Acerca do tema, vale transcrever alguns tópicos do V. acórdão da Primeira Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, relatado pelo emérito professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “... a Lei do Mercado de Capitais, ... não chegou a dizer coisa alguma sobre o requisito temporal contido no estatuto falimentar... Ela podia ter dispensado tal requisito expressamente, mas não o fez. Não o tendo feito, fica ao intérprete a tarefa de extrair conclusões da sua omissão.” Em seguida, consta que “Mas uma apreciação das três hipóteses revelará, também, que a restituição do dinheiro adiantado por instituição financeira guarda, muito mais similitude com a de bens vendidos a crédito, do que com a de coisa devida em virtude de direito real ou de contrato.” Mais para a frente, esclarece que “A excepcionalidade da restituição em dinheiro é o fator que, na Lei de Falências, determinou limitação temporal, inexistente no tocante à coisa infungível devida por força de direito real ou contrato.” E conclui que “a restituição dos adiantamentos feitos por instituição bancária a exportador por conta do contrato de câmbio de exportação só é devida quando a entrega do numerário tenha ocorrido no prazo de quinze dias anteriores ao requerimento da falência ou concordata. Ir além significaria supervalorizar o que na lei não ficou explicitamente supervalorizado a esse ponto, favorecendo ainda mais as instituições financeiras em detrimento da massa dos credores do falido e, no caso de concordata, abrindo brechas para a quebra do exportador... O valor ‘exportação’ não é em si tão relevante assim, a ponto de suplantarem esses outros, também nada despreciados no cenário econômico nacional. O Banco é neste caso credor pelo adiantamento, crédito quirografário, como outro qualquer, não sendo lícito dar-lhe mais vantagens do que a lei deu e o sistema comporta.” (RJTJESP 95/57).

Significativo é o teor do voto, embora vencido, proferido pelo eminente Desembargador JORGE LUIZ DE ALMEIDA, o qual, em certo ponto, esclarece que “A lei de mercado de capitais não criou ação de restituição. Aderiu ao instituto da lei falimentar, conduzindo para a sua abrangência a hipótese de ‘adiantamento’ de numerário ao Exportador. Não dispensou, por isso, a presunção de má-fé, para a resilição legal.” Em outro trecho, lembra que “Sendo, como é o § 2º, artigo 76 da Lei de Falências, preceito de exceção, não admite interpretação extensiva, para nele se injetar razões outras, para maior alcance da sua idéia.” (RJTJESP 104/71).

Impróprio considerar como nova modalidade a restituição prevista na Lei de Mercado de Capitais. A Lei de Falências é especial, prevalecendo sobre as demais, quando conflitantes. E, como já se viu, o instituto da restituição é eminentemente falimentar. Também já mencionado que se sujeita a restituição a princípios informativos adequados e próprios. Sem sentido, assim, uma nova modalidade, despida de razão jurídica, pois o legislador, ao editar a Lei de Mercado de Capitais, não teceu qualquer explicação justificadora do dispositivo. A única possibilidade, em consequência, é o seu enquadramento no sistema jurídico vigente, dotado de princípios pertinentes ao instituto. Ademais, deve-se levar em conta, como mais apropriado à espécie, que o legislador incluiu matérias diversificadas em um mesmo diploma, pretendendo, assim, ao tratar de instituições financeiras e de seus mecanismos, propiciar a alguns deles as vantagens já existentes em outros diplomas. Ao tratar do contrato de câmbio, lembrou de incluí-lo no rol dos títulos executivos extrajudiciais, sem, todavia, legislar sobre o processo de execução. Também lembrou de incluir os adiantamentos sobre tais contratos como possíveis de restituição, sem, no entanto, modificar a lei falimentar. Ademais, considerar como nova modalidade de restituição o que ficou previsto na Lei de Mercado de Capitais, iria contra a interpretação sistemática, afrontaria a lógica jurídica decorrente da natureza do instituto falimentar e olvidaria a exegese histórica, a qual deixa certa a influência decisiva, na feitura do aludido texto legal, de técnicos de área diversa da jurídica. E por interpretação, apenas por interpretação, mais um privilégio estaria criado, em detrimento dos credores e, sobretudo, no caso de concordata, da viabilidade de recuperação de uma empresa, necessária à economia do país, independentemente do ramo de sua atividade, como propiciadora de empregos. Aliás, o tom marcante no moderno direito falimentar, nos países desenvolvidos, é a recuperação da empresa, para a preservação da atividade econômica e dos empregos.

No caso dos autos, verifica-se que a concordata foi requerida em 06.06.88. E o adiantamento mais recente decorre do contrato de câmbio vencido em 19.12.87. Logo, não está presente nestes autos o requisito temporal. Nenhum dos adiantamentos foi concedido nos 15 anteriores ao pedido de concordata. Incabível, pois, a restituição pretendida.” (fls. 32/33)

Por tais fundamentos, conheço do recurso especial e ao mesmo dou provimento, para restabelecer a sentença do MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível de São Paulo, Dr. Gil Ernesto Gomes Coelho.

É o voto.

VOTO — VISTA

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Ao votar no REsp 8.277-SP, distribuído à douta relatoria do Ministro Fontes de Alencar, assim me manifestei:

“Solicitei vista para melhor apreciar a espécie, levando em consideração divergência já manifestada na Turma.

Versam os autos a respeito de pedido, formulado em processo de concordata, de restituição em dinheiro de valor correspondente a adiantamento concernente a contrato de câmbio, para exportação, tendo o v. acórdão paulista, forte em precedente do Supremo Tribunal Federal (RTJ 94/675) na lição de Rubens Riquião e na previsão do art. 75, § 3º, da Lei do Mercado de Capitais (Lei 4.728/65), acolhido a pretensão, deferindo a aplicação da correção monetária a partir da data dos efetivos adiantamentos”.

E, adiante, aduzi:

“Em primeiro plano, também conheceria do recurso pelo dissenso interpretativo em relação à correção monetária, mas o desproveria, acompanhando no ponto o Sr. Ministro Relator, na trilha dos precedentes desta Corte, dentre os quais os REsps 2.077, 2.171 e 5.926, de ambas as Turmas.

Quanto ao outro fundamento do recurso, embora acorde com o em. Relator em relação ao seu conhecimento, vou pedir *venia* para divergir, dando provimento.

Do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, colhe-se às fls. 98/100:

“Creio que, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em dependência do adiantamento com o requisito temporal do art. 76, § 2º, da Lei de Falências, pois, como afirmou o Min. Cunha Peixoto:

“A finalidade do § 3º do art. 75 da Lei nº 4.728/65, foi facilitar o financiamento da exportação do País e, assim, armou os créditos oriundos desses contratos de câmbio de uma garantia maior do que os comuns, permitindo que, no caso de falência ou concordata, o credor não tenha necessidade de habilitar-se, sendo-lhe lícito o pedido de restituição da importância.

A lei, como se verifica, criou na falência mais um caso de restituição de bens — o di-

nheiro adiantado em consequência do contrato de venda de câmbio” (cf. RTJ 94, págs. 676 e 677).

No tocante a esse privilégio, criado pela lei, veja-se ainda o voto do eminente Min. Moreira Alves (RTJ 87/673).

Trata-se de um novo caso de restituição, que não guarda qualquer dependência temporal entre o adiantamento e a impetração do valor legal, como ensina RUBENS REQUIÃO (“Curso de Direito Falimentar”, São Paulo, Saraiva, 1988, 10ª edição, 2º vol., nº 393, pág. 92) e é orientação tranqüila do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJTJESP 24/250, 44/48, 67/50, 90/91, 101/49, 104/71).

Como elucida o autor acima citado:

“Não se cuida, na espécie, de restituição de coisa vendida a crédito nos 15 dias anteriores ao pedido de concordata, mas sim de hipótese em que o Banco figura como comprador e a concordatária como vendedora. Dentre as condições fixadas no art. 75 da Lei nº 4.728, às quais as partes ficam sujeitas, no caso de pedido de restituição dos adiantamentos sobre contratos de câmbio, não se enquadra o pressuposto previsto no art. 76 da Lei de Falências. O prazo de 15 dias estabelecido no § 2º do mesmo artigo somente se refere a coisas vendidas a crédito. O pedido de restituição com base na Lei de Mercado de Capitais está sujeito a outras condições enumeradas no art. 75.”

Sem embargo das autorizadas vozes que prestigiam essa tese, afigura-se-me mais razoável e jurídico o posicionamento trazido como paradigma, publicado em RT 642/181, onde se colhe a seguinte ementa:

“Contrato de Câmbio — Exportação — Concordata do exportador — Restituição de adiantamento — Prazo — Sujeição à condição temporal prevista na Lei de Falências por inexistência de previsão na Lei do Mercado de Capitais, que, porém, não desvinculou o pedido das condições gerais naquela estabelecidas — Aplicação do lapso de 15 dias previsto no art. 76, § 2º, do Dec.-lei 7.661/45, ao preceito do art. 75, § 3º, da Lei 4.728/65.

A Lei 4.728/65, que disciplina o mercado de capitais, prevê, em seu art. 75, § 3º, que, “no caso de falência ou

concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas a que se refere o parágrafo anterior” (adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores por conta do valor do contrato de câmbio). A Lei não estabeleceu qualquer prazo para o pedido de restituição, mas, também, como não poderia deixar de ser, não desvinculou esse tipo de restituição das condições gerais estabelecidas pela Lei de Falências e Concordatas, tais como o procedimento e os prazos a serem observados. Assim, o pedido está sujeito à condição temporal (15 dias) prevista no art. 76, § 2º, do Dec.-lei 7.661/45”.

A propósito, naquele julgado se trouxe como reforço outro aresto do mesmo Tribunal paranaense, no qual se afirmou:

“Embargos infringentes — Concordata — Habilitação de crédito em moeda estrangeira oriunda de contrato de câmbio.

“A Lei de Mercado de Capitais apenas criou mais um caso de restituição, não estabelecendo normas processuais, nem condições especiais.

“Em se tratando de concordata, vige a Lei de Falências, por força do disposto no art. 166, que prevê a data do requerimento da concordata, para os pedidos de restituição, com fundamento no art. 76, para o caso do § 2º.”

Concluimos, portanto, tendo em vista os dispositivos legais citados e princípios básicos de interpretação das leis, que o preceito do art. 75, § 3º, da Lei do Mercado de Capitais, deve ser aplicado de acordo com a Lei de Falências, ou seja, observando-se o prazo de 15 dias previsto no art. 76, § 2º”.

Na Apelação Cível 45.347-1, sendo relator o Des. Cândido Rangel Dinamarco, o eg. Tribunal de Justiça de São Paulo abrigou a mesma tese acolhida pelos dois referidos julgados do Paraná, enfatizando aquele eminente jurista, dentre outras considerações:

“5. Com essas ponderações de ordem sistemática e reflexão axiológica é que, com segurança, se pode concluir: a restituição dos adiantamentos feitos por instituição bancária a exportador por conta do contrato de câmbio de exportação só é devida quando a entrega do numerário tenha ocorrido no prazo de quinze dias anteriores ao requerimento da falência ou concordata. Ir além significaria supervalo-

rizar o que na lei não ficou explicitamente supervalorizado a esse ponto, favorecendo ainda mais as instituições financeiras em detrimento da massa dos credores do falido e, no caso de concordata, abrindo brechas para a quebra do exportador já tão rigidamente oprimido pelas regras escorchantes do sistema criado na Lei do Mercado de Capitais. O valor exportação não é em si tão relevante assim, a ponto de suplantarem esses outros, também nada despidiendos no cenário econômico nacional. O Banco é neste caso credor pelo adiantamento, crédito quirografário como outro qualquer, não sendo lícito dar-lhe mais vantagens do que a lei deu e o sistema comporta.” (RJTJESP 95/59).

Na mesma direção, anotou a douta sentença, às fls. 25/26:

“Impróprio considerar como nova modalidade a restituição prevista na Lei de Mercado de Capitais. A Lei de Falências é especial, prevalecendo sobre as demais, quando conflitantes. E, como já se viu, o instituto da restituição é eminentemente falimentar. Também já mencionado que se sujeita a restituição a princípios informativos adequados e próprios. Sem sentido, assim, uma nova modalidade, despidida de razão jurídica, pois o legislador, ao editar a Lei de Mercado de Capitais, não teceu qualquer explicação justificadora do dispositivo. A única possibilidade, em consequência, é o seu enquadramento no sistema jurídico vigente, dotado de princípios pertinentes ao instituto. Ademais, deve-se levar em conta, como mais apropriado à espécie, que o legislador incluiu matérias diversificadas em um mesmo diploma, pretendendo, assim, ao tratar de instituições financeiras e de seus mecanismos, propiciar a alguns deles as vantagens já existentes em outros diplomas. Ao tratar do contrato de câmbio, lembrou de incluí-lo no rol dos títulos executivos extrajudiciais, sem, todavia, legislar sobre o processo de execução. Também lembrou de incluir os adiantamentos sobre tais contratos como possíveis de restituição, sem, no entanto, modificar a lei falimentar. Ademais, considerar como nova modalidade de restituição o que ficou previsto na Lei de Mercado de Capitais, iria contra a interpretação sistemática, afrontaria a lógica jurídica decorrente da natureza do instituto falimentar e olvidaria a exegese histórica, a qual deixa certa a influência decisiva, na feitura do aludido texto legal, de técnicos de área diversa da jurídica. E por interpretação, apenas por interpretação, mais um

privilégio estaria criado, em detrimento dos credores e, sobretudo, no caso de concordata, da viabilidade de recuperação de uma empresa, necessária à economia do país, independentemente do ramo de sua atividade, como propiciadora de empregos. Aliás, o tom marcante no moderno direito falimentar, nos países desenvolvidos, é a recuperação da empresa, para a preservação da atividade econômica e dos empregos”.

In casu, análoga é a situação, inclusive quanto à mesma concordatária-ré, à sentença, o parecer do Ministério Público estadual e o acórdão, aquela e estes oriundos de idênticas lavras.

A única diferença entre o recurso de que se cuida e o versado do REsp 8.277 é a divergência entre os dois eminentes Relatores, uma vez que no REsp 8.277 o Ministro Relator conhece do apelo pelo dissídio mas lhe nega provimento, enquanto neste REsp 6.114, ora em julgamento, o Ministro Relator, diversamente, conhece do recurso e o provê, para restabelecer a sentença, ao fundamento central de que, embora muito valiosas as considerações da corrente em contrário, “melhor adequada ao sistema geral da legislação regente das falências e das concordatas, e máxime ao interesse do conjunto de credores, entre os quais os detentores de créditos privilegiados, como os créditos trabalhistas, os previdenciários, os fazendários, a exegese que enquadra a restituição excepcional, da Lei do Mercado de Capitais, às restrições temporais da lei de quebras”.

Ante o exposto, na mesma linha do voto que proferi no REsp 8.277-SP, acompanho o Sr. Ministro Relator, aqui também restabelecendo a sentença.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, neste caso, conheço pelo dissídio, mas nego provimento, coerente com o ponto de vista exposto no Recurso Especial nº 8.277-SP.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, embora não tenha participado da primeira assentada do julgamento, achome em condições de proferir meu voto, porquanto o pronunciamento do d. voto-vista do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, que se seguiu aos esclarecimentos do Eminentíssimo Relator, basta para identificar a espécie

ao precedente que há pouco decidimos. E, tanto quanto naquele precedente, sempre pedindo vênia ao Eminentíssimo Ministro Fontes de Alencar, persevero no entendimento já antes resumido com os acréscimos do voto de V. Exa.

Portanto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.114 — SP — (90.0011665-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Italcom Imp. Exp. Ltda. — em Concordata Preventiva. Recorrido: Nderlandche Middenstandsbank N. V. Interessado: Alfredo Luis Kugelmas, Comissário da Concordata Preventiva de Italcom — Imp. Exp. Ltda. Advogados: Sebastião Carneiro Giraldes, e J. A. Lima Gonçalves e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (em 1º.10.91 — 4ª Turma).

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, pediu VISTA o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Aguardou o Sr. Ministro Barros Monteiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Bueno de Souza e Fontes de Alencar, em sessão de 12.03.91.

Em sessão realizada em 1º.10.91 ficou vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar, que dele conhecia, mas negava-lhe provimento. Impedido o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL

Nº 6.854 — RJ

(Registro nº 91.0017746-6)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Embargante: *Brascan Imobiliária S/A*

Embargados: *Barbara Ana Ruzicka e outro*

Advogados: *Drs. Eudes Gouveia da Silva e outros (embte.) e Manoel F. Ribeiro de Oliveira Garcia (embdos.)*

EMENTA: Recurso especial. Prequestionamento. Necessidade.

I — Orienta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da indispensabilidade do prequestionamento da questão federal suscitada no recurso especial. A regra adotada é a do prequestionamento explícito, admitindo-se, em casos excepcionais, o denominado “prequestionamento implícito”.

II — Na espécie, o acórdão embargado não dissentiu dos paradigmas trazidos a confronto, pois não negou a possibilidade de admitir-se o prequestionamento implícito. Cingiu-se a inadmitir a existência de prequestionamento, seja explícito, seja implícito, da questão federal suscitada no recurso especial.

III — Embargos de divergência não conhecidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer dos embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de fevereiro de 1991 (data de julgamento).

Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de embargos de divergência, opostos por BRASCAN IMOBILIÁRIA S/A ao acórdão da 3ª Turma desta Corte, assim ementado (fls. 206):

“Recurso especial. Prequestionamento. Falta. É inadmissível o especial, quando o acórdão recorrido não tenha tratado da questão federal nos moldes em que suscitada no recurso, e o recorrente não tenha se valido dos embargos declaratórios. Recurso especial não conhecido”.

A embargante traz a confronto acórdãos de outras Turmas, cujas respectivas notas taquigráficas anexa, no sentido da possibilidade de admitir-se o prequestionamento implícito, para fins de conhecimento do recurso especial (REsp 294-SP, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado; REsp 1.608-RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Hélio Mosimann; REsp 2.828-MS, 5ª Turma, Relator Ministro José Dantas, e REsp 1.881-SP, 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo).

Admitido (fls. 380), o recurso foi regularmente processado, manifestando-se a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do ilustre Subprocurador-Geral Paulo Sollberger, pelo seu não conhecimento (fls. 383-384).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Recurso especial. Prequestionamento. Necessidade.

I — Orienta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da indispensabilidade do prequestionamento da questão federal suscitada no recurso especial. A regra adotada é a do prequestionamento explícito, admitindo-se, em casos excepcionais, o denominado “prequestionamento implícito”.

II — Na espécie, o acórdão embargado não dissentiu dos paradigmas trazidos a confronto, pois não negou a possibilidade de admitir-se o prequestionamento implícito. Cingiu-se a inadmitir a existência de prequestionamento, seja explícito, seja implícito, da questão federal suscitada no recurso especial.

III — Embargos de divergência não conhecidos.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Em tema da necessidade, ou não, do prequestionamento da questão federal, para fins de conhecimento do recurso especial, tenho sustentado que a regra é a necessidade de que seja explícito, embora admita, em casos excepcionais, o chamado “prequestionamento implícito”.

A propósito, escrevi:

“A “questão federal” há de ser prequestionada, ou seja, é necessário que o Tribunal *a quo* a tenha apreciado. Portanto, o prequestionamento é um dos pressupostos de admissibilidade do re-

curso especial. Sobre o assunto cumpre ressaltar que, a partir da Constituição de 1967, houve quem sustentasse a desnecessidade do prequestionamento. Isso porque a referida Constituição não faz referência à palavra “questionar”. Fala que o recurso é cabível quando a decisão recorrida “negar vigência de tratado ou de lei federal” (art. 114, III, *a*, com a redação mantida pelo art. 119, III, *a*, da EC nº 1/69), diversamente dos textos constitucionais precedentes (Constituição de 1891, art. 59, § 1º, *a*: “quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais”; Emenda de 1926, art. 60, § 1º, *a*: “quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais”; Constituição de 1934, art. 79, III, *b*: “quando se questionar sobre a vigência e validade de lei federal”; Constituição de 1937, art. 101, III, *b*: “quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal”; Constituição de 1946, art. 101, III, *b*: “quando se questionar sobre a validade da lei federal”). Tal orientação, contudo, afigura-se-me que não se compatibiliza com a razão de ser do recurso especial, que, conforme se pode deduzir da explanação antes feita, é um recurso que tem por escopo a inteireza positiva, a autoridade e a uniformidade de interpretação das leis federais. Sem que, concretamente, o acórdão haja apreciado as questões pertinentes aos citados objetivos, consubstanciados nas três letras do permissivo constitucional, não há ensejo para a atuação da jurisdição excepcional competente para decidir o aludido recurso.

No tópico, pois, têm aplicação os princípios consubstanciados nas Súmulas 282 e 356 do Supremo, nestes termos:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

“O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

Sustentou-se, sob a égide da Constituição anterior, a inconstitucionalidade da Súmula 282 supratranscrita, a qual, no entanto, foi repelida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao decidir os ERE (AgRg) 96.802-RJ (RTJ 109:299-304). O relator do citado precedente foi o insigne processualista, Min. Alfredo Buzaid, que, no seu douto voto, demonstrou que a doutrina brasileira nunca hesitou em consagrar a referida orientação (Pedro Lessa, **Do Poder Judiciário**, p. 101; Matos Peixoto, **Recurso extraordinário**, p. 89 e s.), sendo coincidente com as doutrinas consagradas sobre o assunto nos Estados Unidos da América (Coo-

ley, **A treatise of constitutional limitations**, 6ª ed., Boston, 1890, p. 18 e 19); na Argentina (Bielsa, **La protección constitucional y el recurso extraordinário**, Buenos Aires, 1958, p. 248); e na República Federal da Alemanha (Stein-Ionas-Schonke, **Komentar zur Zivilprozessordnung**, 17ª ed., obs. nº 1 ao 561).

Sobre o assunto, não pode ser acolhido o argumento no sentido de que, sob a égide da Constituição anterior, o Supremo podia dispor, no seu Regimento, sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com efeito, a questão é de ordem constitucional, não se podendo invocar para solucioná-la textos de ordem infraconstitucional.

Assinale-se que a regra do prequestionamento ajusta-se ao princípio da eventualidade, segundo o qual as partes devem suscitar desde logo todas as questões a serem objeto de decisão, não podendo deixar para fazê-lo ao seu talante, surpreendendo o adversário. De outra parte, é dever dos juízes e Tribunais decidir as questões suscitadas, podendo a parte, no caso de omissão, instá-los a solucioná-las através de embargos declaratórios.

Merece, porém, especial reflexão a questão do prequestionamento implícito em certos casos. A jurisprudência do Supremo, prevalente à época da promulgação da atual Constituição, era no sentido da sua inadmissibilidade (ver RTJ, 122:863; 47:401; 83:859). Mesmo em casos que, segundo a lei, pudessem ser conhecidos de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição, como a coisa julgada (RTJ, 94:743; 98:754; 116:451) e a incompetência absoluta (RTJ, 88:710, 102:775). Outrora, aquela Colenda Corte admitiu a possibilidade do prequestionamento implícito em se tratando de matéria de ordem pública que possa ser reconhecida em qualquer fase processual. É o caso do decidido no RE 66.103, onde se lê: "A decadência é matéria de ordem pública e pode ser declarada em qualquer fase processual, mesmo no recurso extraordinário, e ainda que não prequestionada" (RTJ, 56:642).

É possível, ainda, divisar casos peculiares que devem escapar à exigência do prequestionamento, como o decidido pelo Supremo RE 75.413-MG, relator para o acórdão o preclaro Min. Xavier de Albuquerque, que, assim, fundamentou, no tópico, o seu douto voto (RTJ, 65:574):

"O eminente Relator não conheceu do recurso por falta de prequestionamento dessas matérias. Sou forçado a dissentir, *data venia*, menos por contestar as razões de S. Exa. do que por verificar que, dadas as circunstâncias do

caso, o exame desse requisito técnico de admissibilidade do recurso extraordinário reclama certa tolerância, sem a qual a prevalência da decisão recorrida conduzirá a recorrente à situação esdrúxula de ter, teoricamente, o direito que persegue, mas não ter ação para persegui-lo. Na verdade, absolvição da instância não a impediria de reiterá-la, propondo nova ação; mas não lhe seria possível, passando em julgado a decisão recorrida, propor essa nova ação, porque condicionada à prova de pagamento devido não por ela, mas por terceiro, o adquirente de imóvel. Basta a perspectiva desse impasse para convencer, a meu ver, de que a aplicação do citado dispositivo legal se fez de modo a lhe negar a vigência, isto é, sua incidência no sentido verdadeiro e limitada ao caso previsto”.

Em tal contexto, parece-me que a regra, a ser admitida na grande maioria dos casos de recurso especial, é a do prequestionamento. Todavia, em casos excepcionalíssimos, especialmente no tocante a questões que possam ser conhecidas, por expressa disposição legal, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é de atenuar-se o seu rigor.

Sendo o assunto controvertido, penso que os advogados, antes de manifestarem o recurso especial, deverão examinar cuidadosamente se a questão federal que pretendem suscitar foi, ou não, objeto de expressa apreciação pelo Tribunal de Apelação. Se não o foi, deverão insistir na sua apreciação através de embargos declaratórios. Interpostos estes, ainda que o Tribunal insista em não apreciar a referida questão, aberta estará a via do recurso especial. É claro que, nos declaratórios, não poderá o recorrente suscitar questão nova, não agitada até o momento da sua interposição, pois, em tal caso, a omissão é da parte e não do acórdão (RTJ, 107:412). A sua admissão implicaria, pois, ofensa ao princípio da eventualidade (CPC, art. 300).” (“Recursos no Superior Tribunal de Justiça”, págs. 54-56, Editora Saraiva, 1991).

A leitura dos precedentes da Corte, inclusive dos acórdãos trazidos a confronto, mostra que não destoam do aludido entendimento. É o que se depreende das ementas abaixo transcritas:

“RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1 — Em sede de recurso especial há necessidade do tema apresentado para discussão no juízo qualificado, ser prequestionado, quer explícita, quer explicitamente.

2 — Sem registro precedente nos autos da divergência jurisprudencial defendida como ocorrente, não há condições da matéria ser examinada em grau de recurso extremo.

3 — A atual Carta Magna, ao prestigiar o duplo grau de jurisdição, mantendo a tradição do nosso ordenamento jurídico a respeito, não abre lugar para que se adote qualquer posição processual que conduza à aceitação de ser suprimida a instância. Em assim sendo, o prequestionamento para o recurso especial, de acordo com os padrões aplicados pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, deve continuar a ser exigido como pressuposto de sua admissibilidade, sob pena de se impor, também, surpresa à parte contrária em um dos últimos momentos recursais da ação.

4 — Certo é que não se deve exigir o prequestionamento com muito rigor, pois, “em casos excepcionalíssimos, especialmente no tocante às questões que possam ser conhecidas, por expressa disposição legal, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é de atenuar-se o seu rigor” (Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, *in* “Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça”), bem como, “parecem-me constituir exageros do formalismo a indicação expressa do artigo de lei, para aperfeiçoar-se o prequestionamento, e a necessidade de oposição de embargos declaratórios, para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido” (Ministro Costa Leite, *in* “Recurso Especial: Admissibilidade e Procedimento”).

5 — Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 294-SP (8986693) — Rel. Min. José Delgado — 1ª Turma — julg. 29.11.89 — publ. 18.12.89).

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ADMINISTRATIVO. CIVIL. PRESCRIÇÃO. INCAPAZES. CÓDIGO CIVIL, art. 169, I.

I — Em tema de prequestionamento, o que deve ser exigido é apenas que a questão haja sido posta, na instância ordinária. Se isto ocorreu, tem-se a figura do prequestionamento implícito, que é o quanto basta.

II — Não ocorre prescrição contra os incapazes (Código Civil, art. 169, I, c/c art. 5º).

III — Recurso especial conhecido (letra *a*) e provido.” (REsp nº 2.336-MG (9019125) — Rel. Min. Carlos Velloso — 2ª Turma — julg. 09.05.90 — publ. 04.06.90).

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICM. VENDA DE PRODUTOS HORTIFRUTIGRANJEIROS EM SUPERMERCADO. MATÉRIA RELATIVA A NORMA INFRACONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO NECESSÁRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INDEMONSTRADA.

Não se conhece do recurso especial quando carente de prequestionamento, mesmo de forma implícita, relativamente à matéria infraconstitucional nele versada e, também, se imprestável o acórdão trazido como divergente. Recurso não conhecido.” (REsp nº 1.608-RJ (89.124390) — Rel. Min. Hélio Mosimann — 2ª Turma — julg. 15.10.90 — publ. 26.11.90).

“CORRUPÇÃO PASSIVA. CONDENAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

Pquestionamento. Inviabilidade do conhecimento do recurso pela letra *a* do permissivo, quando o dispositivo legal suscitado (CPP, art. 386, VI) não foi prequestionado, ainda que implicitamente, pois que alheio às referências de uma decisão condenatória.

Dissídio pretoriano. Carência da demonstração analítica, a qual não se cumpre pela simples indicação de ementas, cingidas, ademais, a proclamar princípios invocados a pretexto do reexame da prova — Súmula 07-STJ.” (REsp 2.828-MS (90.0003622-4) — Rel. Min. José Dantas — 5ª Turma — julg. 17.10.90 — publ. 26.11.90).

“Processo civil. Recurso especial. Matéria fática. Inviabilidade. Fundamentação deficiente e ausência de prequestionamento implícito. Recurso não conhecido.

I — Não se conhece do recurso especial quando se pretende reexame de matéria de fato e quando deficiente a fundamentação, a impedir sua exata compreensão.

II — O prequestionamento é da índole do recurso especial, com sede constitucional, dispensando-se apenas a sua explicitação.” (REsp nº 1.881-SP — (90.0000017-3) — Rel. Min. Sálvio de Figueiredo — 4ª Turma — julg. 20.03.90 — publ. 09.04.90).

No caso concreto, o acórdão embargado, prolatado pela Egrégia 3ª Turma, está assim ementado (fls. 206):

“Recurso especial. Prequestionamento. Falta. É inadmissível o especial, quando o acórdão recorrido não tenha tratado da questão federal nos moldes em que suscitada no recurso, e o recorrente não tenha se valido dos embargos declaratórios. Recurso especial não conhecido.”

O voto do seu ilustre Relator, Ministro Nilson Naves, está assim fundamentado (fls. 202):

“Dispõe o acórdão que a sentença de improcedência da ação se equivocara, na invocação ao art. 15, § 3º, da Lei nº 7.730, de 31.1.89. Ao reformá-la para, em consequência, julgar procedente a consignação em pagamento, o acórdão levou em consideração o disposto no art. 15 e § 1º e alíneas, da Medida Provisória nº 40, de 8.3.89, e no art. 1º e parágrafo único, da Medida Provisória nº 44, também de 1989. E concluiu: “Pois bem. A Ré, ora Apelada, não é instituição financeira, é uma empresa imobiliária. Conseqüentemente, seu negócio de compra e venda de imóveis não estava, **ao tempo da oferta**, amparado pelo dispositivo invocado (§ 3º, do art. 15, da Medida Provisória nº 32, de 15.01.89, alterado pela Medida Provisória nº 40, de 08.03.89, ou letra *b*, do § 1º, do dito art. 15, na redação desta última Medida)...”

Ora, o assunto do art. 2º da Lei nº 7.738, de 1989 não se encontrava ventilado nos autos senão na petição do recurso especial. Portanto, de tal assunto não cuidou a sentença e sobre ele não versou a decisão recorrida. Falta à espécie o prequestionamento ao redor da norma havida por contrariada. É caso de simples aplicação do princípio inserto nas Súmulas 282 e 356/STF, aplicável ao especial, irmão gêmeo do extraordinário.

Preliminarmente, não conheço do recurso especial.”

Acompanhando o transcrito voto, aduziu o Ministro Waldemar Zveiter (fls. 203):

“Sr. Presidente, na parte do relatório em que V. Exa. transcreve a fundamentação do acórdão, parece-me claro que essa matéria realmente não foi prequestionada, mas trazida somente nas razões do recurso especial.

Acompanho V. Exa.”

Em tal contexto, comparando os paradigmas trazidos a confronto com o acórdão embargado, nota-se que não há identificar o dissídio enseja-

dor do conhecimento destes embargos. Com efeito, o acórdão embargado não afasta a possibilidade de prequestionamento implícito. Cinge-se afirmar que, no caso, não houve prequestionamento da “questão federal”, seja implícito, seja explícito.

Esse aspecto, aliás, foi bem colhido no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, que, ao manifestar-se pelo não conhecimento dos embargos, argumentou (fls. 383-384):

“O acórdão recorrido **não negou a possibilidade de admitir-se o prequestionamento implícito**. Simplesmente, não conheceu do recurso que porque não prequestionada, **explícita ou implicitamente**, a matéria nela ventilada.

É o que se infere, com toda clareza, do voto do eminente Relator, Ministro NILSON NAVES, quando diz:

“Ora, o assunto do art. 2º da Lei nº 7.738, de 1989 não se encontrava ventilado nos autos senão na petição do recurso especial. Portanto, de tal assunto não cuidou a sentença e sobre ele não versou a decisão recorrida. Falta à espécie o prequestionamento ao redor da norma havida por contrariada. É caso de simples aplicação do princípio inserto nas Súmulas 282 e 356/STF, aplicável ao especial, irmão gêmeo do extraordinário.”

Isto posto, não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, pelo que ouvi do acórdão recorrido do voto do eminente Ministro-Relator, na Terceira Turma, esta não se coloca em divergência com as demais, cujos arestos foram apontados como divergentes, porque não exclui, em princípio, o prequestionamento implícito. Ocorre que não houve, neste caso, nem o prequestionamento implícito, porque a questão federal só foi aflorada no recurso especial.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

EDiv no REsp nº 6.854 — RJ — (91.0017746-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Embte.: Brascan Imobiliária S/A. Embdos.:

Bárbara Ana Ruzicka e outro. Advs.: Eudes Gouveia da Silva e outros, e Manoel F. Ribeiro de Oliveira Garcia.

Decisão: "A Corte Especial, por unanimidade, não conheceu dos embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator" (13.02.92 — Corte Especial).

Os Srs. Ministros Costa Lima, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Garcia Vieira, Athos Carneiro, Vicente Cernicchiaro, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, José Dantas, William Patterson, Bueno Souza, José Candido, Pedro Acioli e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e José de Jesus não participaram do julgamento.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 7.300 — MG
(Registro nº 91.00494-4)

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

Recorrente: *Agra-Aração e Gradação S/C Ltda.*

Recorrido: *Banco Bradesco de Investimento S/A*

Advogados: *Jorge Moisés Júnior; Jaques Pinheiro Colares e outros*

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO. DEVEDORES SOLIDÁRIOS. AÇÃO APRESENTADA POR QUEM NÃO TEVE BENS PENHORADOS.

Da interpretação conjunta dos arts. 736 e 737, I, do CPC, e da ausência no Código de qualquer restrição, compreende-se que, na execução contra devedores solidários, garantido o juízo, qualquer um deles, isolado ou em conjunto, pode oferecer embargos à execução.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Ao proferir despacho de inadmissão do presente recurso especial, o ilustrado Juiz Vice-Presidente do Eg. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais o fez face aos seguintes motivos:

“As razões recursais sustentam negativa de vigência aos arts. 736 e 737, I, do CPC, apontando julgados para comprovação ao dissenso interpretativo.

A decisão hostilizada, de ofício, decretou a extinção do processo de embargos, à consideração de que não satisfeitas as condições da ação incidental.

Observou que foram manejados os embargos apenas pela apelante, que não teve bens penhorados.

Assim, atento ao entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a questão, asseverou o acórdão que a exceção a tal regra só é admitida nos casos de litisconsórcio facultativo, quando o co-devedor, que teve o bem penhorado, apresenta os embargos juntamente com os demais. “É que as obrigações cambiárias são autônomas, e o coobrigado que não segurou a execução, isoladamente, não pode embargá-la” (fls. 128).

Irresignada, a vencida em seu arrazoado interpositivo argumenta com a exegese combinada dos arts. 736 e 737, I, do CPC, pretendendo que o requisito da segurança do juízo, uma vez atendido, tenha a largueza de alcançar embargos de qualquer executado.

Aponta, em abono de sua tese, conclusão do Simpósio de Curitiba (1975) e invoca o dissídio jurisprudencial, citando ementas de julgados referidos por THEOTÔNIO NEGRÃO, em seu “Comentários ao Código de Processo Civil e legislação processual em vigor” e por JOSÉ BELTRAME (Dos Embargos do Devedor).

Para que valha a invocação de jurisprudência inserta em qualquer repositório autorizado, é necessário que haja sido integralmente reproduzida neste (RTJ 74/504, 79/653, 119/721, STF-RT 488/274).

“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 indubitoso que a ementa não integra o texto do acórdão, sendo este o que constitui o padrão” (RTJ 117/740-742. 2ª col. Neste sentido: STF-RT 611/245).

O raciocínio recursal, demais disso, aponta a negativa de vigência aos referidos dispositivos processuais, por erro ou impropriedade na sua interpretação.

Não colhe o argumento, todavia.

Com efeito, diante da situação fática e do direito aplicável, deu o acórdão à questão interpretação razoável, própria, e fundamentada, que não pode ser apontada como ofensiva.

Inviável, pois, falar-se em violação de qualquer norma federal, mormente quando aplicável ao recurso especial o verbete 400 da Súmula do STF (Cf. Ag. 394-RJ, in DJU de 14.09.89, p. 14.494).

Face ao exposto, inadmito o recurso especial” (fls. 147/148).

Provi agravo de instrumento interposto daquele decreto judicial em decisão deste teor:

“Ainda que o em. Presidente do Tribunal *a quo* tenha toda razão quanto à deficiência na demonstração do dissídio, para melhor exame do especial, dou provimento ao agravo de instrumento”.

É como relato.

VOTO

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO. DEVEDORES SOLIDÁRIOS. AÇÃO APRESENTADA POR QUEM NÃO TEVE BENS PENHORADOS.

Da interpretação conjunta dos arts. 736 e 737, I, do CPC, e da ausência no Código de qualquer restrição, compreende-se que, na execução contra devedores solidários, garantido o juízo, qualquer um deles, isolado ou em conjunto, pode oferecer embargos à execução.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Despropositado não seria deixar-se de tomar conhecimento do presente recurso pelo dissídio invocado, pois a recorrente não faz referência direta às publicações oficiais ou autorizadas, mas sim a outras que as teriam divulgado, apenas parcialmente. Assim seria plausível afirmar-se que a recorrente não fez a demonstração analítica do dissenso.

Relevo porém o fato, pois o dissídio é manifesto, sendo clara a divergência de interpretação entre o acórdão recorrido e o RE 103.640-SC, cuja ementa publicada no DJU de 16.11.84 e reproduzido por Theotônio Negrão nas suas utilíssimas observações ao CPC está assim expressa:

“Não é somente o devedor, cujos bens foram penhorados, que pode oferecer embargos à execução; tem legitimidade, também, para oferecê-los, o outro executado. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Assim, conheço do recurso pelo dissídio, como também dele conheço pela letra *a*.

A legislação processual civil assegura ao devedor a oposição à ação de execução através da ação de embargos. Condiciona, porém, sua propositura à segurança do juízo pela penhora, na execução por quantia certa. Na execução contra devedores solidários não confere legitimidade para a ação apenas àqueles que tiveram bens penhorados. Qualquer deles, garantido o juízo, pode, no prazo legal, apresentar embargos à execução.

É o que se entende da interpretação conjunta dos arts. 736 e 737, I, do CPC, reforçada pela circunstância da lei não limitar expressamente o exercício da ação a quem tem bens penhorados.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para determinar que o Eg. Tribunal *a quo* aprecie a apelação da recorrente.

É como voto.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Os autos principais chegaram a este Tribunal porque provido o agravo de instrumento. Fora o recurso especial inadmitido por este despacho, fls. 147/8 (lê). O Sr. Relator conhece e provê o recurso. Leio o voto (lê). Estou de acordo com a conclusão do voto de S. Exa., mas do recurso especial só conheço pela alínea *a*, por reputar ofendidos, em seu espírito (em seu alcance, de acordo com a ordem natural das coisas), os arts. 736 e 737-I.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.300 — MG — (91.00494-4) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Agra-Aração e Gradeação S/C Ltda. Recorrido: Banco Bradesco de Investimentos S/A. Advogados: Jorge Moisés Júnior, e Jaques Pinheiro Colares e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 21.06.91 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Cláudio Santos, Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.127 — RS (Registro nº 91.002272-1)

Relator: *O Senhor Ministro Costa Leite*

Recorrentes: *Jorge Antônio Lopes de Oliveira e Fernando Celso-Lopes Fernandes de Barros*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Carlos Frederico B. Guazzelli, e Luiz Goulart Filho e outros*

EMENTA: Penal. Processo Penal. Crime comissivo por omissão. Caracterização. Habeas Corpus de ofício. Competência.

Nos crimes comissivos por omissão, o não impedimento do resultado é equiparado à causação. Só tem relevância penal, pois, a omissão de providência com virtude de impedir o resultado, por quem podia e devia agir nesse sentido, a teor do disposto no art. 13, § 2º, do Código Penal.

Concessão de *habeas corpus* de ofício a um dos recorrentes, cujo recurso cingiu-se a questões de natureza processual, para cassar a condenação. Competência do Superior Tribunal de Justiça reconhecida.

da, dado o caráter incidental do *habeas corpus* de ofício, como filtra do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso interposto por Jorge Antônio Lopes de Oliveira pela letra *a* do permissivo constitucional e dar-lhe provimento e não conhecer do recurso interposto por Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros, a quem deferiu ordem de *habeas corpus* de ofício, para cassar a condenação que lhe foi imposta e trancar a ação penal em relação a ele, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Jorge Antônio Lopes de Oliveira e Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros, ambos com espeque nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, manifestaram recurso especial contra o v. acórdão de fls. 2.767/2.833, da e. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, que confirmou, em sede de apelação, a condenação que lhes impôs a sentença de primeiro grau, por terem concorrido culposamente para a morte da menor Patrícia Dias Haubmann.

O primeiro recorrente alega, em resumo, que o v. aresto recorrido, negou vigência aos arts. 396 e 564, IV, do CPP — ao não pronunciar a nulidade decorrente da inversão da prova testemunhal operada na instrução do feito —, ao art. 271, do mesmo Código, ao repelir a nulidade consistente na inquirição do pai da vítima em juízo, que se habilitara como assistente ao Ministério Público, bem assim ao art. 13 e seus parágrafos do Código Penal, eis que indemonstrada a relevância causal da conduta imputada, além de dissentir, em todos esses tópicos, de julgados de outros tribunais.

O segundo recorrente sustenta, em suma, que “o acórdão recorrido que manteve a essência da sentença condenatória fundada em denúncia inepta e que, para condenar reconheceu como comprovados fatos que não foram objeto da acusação e dos quais, portanto, o recorrente não se defendeu, negou vigência ao art. 41, do CPP, que obriga o órgão do Ministério Público a descrever o fato típico com todas as circunstâncias, e ainda ao art. 381, II, do mesmo Código que em suas entrelinhas manda o juiz, na sentença, e também no acórdão, não desbordarem dos limites estabelecidos pela controvérsia, está contaminado por manifestas nulidades previstas no art. 564, IV, do referido diploma processual”, discrepando, outrossim, da interpretação estampada nos acórdãos que traz a confronto.

Os recursos foram inadmitidos na origem, na conformidade do r. despacho de fls. 2.906/2.909. Dando provimento aos agravos de instrumento tirados do juízo negativo de admissibilidade, determinei a subida dos autos, para melhor exame, após regular processamento.

Nesta instância, oficiou o Ministério Público Federal, cujo parecer é pelo não conhecimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Examina-se, em primeiro lugar, o recurso interposto por Jorge Antônio Lopes de Oliveira, que não merece conhecido, pela alínea c, porquanto não atendida satisfatoriamente a exigência então constante do parágrafo único do art. 255, do RISTJ, e que, com a Emenda Regimental nº 01, passou a constar do § 2º do mesmo artigo.

A alegação de negativa de vigência aos arts. 396 e 564, IV, do CPP, por sua vez, em virtude de não ter sido pronunciada a nulidade decorrente da inversão de prova testemunhal operada na instrução do feito, pende desarrazoada, mostrando-se, escorreita, no particular, a fundamentação do v. aresto recorrido, *verbis*:

“No que diz respeito ao fato de haverem sido inquiridas testemunhas de defesa, antes de concluída a inquirição da denúncia, conforme muito bem ressaltou a Dra. Pretora, no despacho de fls. 610/612, não há qualquer nulidade, eis que as testemunhas da denúncia, que ainda não haviam sido inquiridas, deviam sê-lo por precatória. De acordo com o disposto no § 1º do artigo 222 do Código de Processo Penal, a expedição de precatória não suspen-

de a instrução criminal. Portanto, se a precatória se destina a inquirição de testemunhas da denúncia, nada impede que o juiz prossiga com a instrução do processo, ouvindo, desde já, as testemunhas de defesa.

Além do mais, de acordo com a Súmula 155, do Supremo Tribunal Federal, a nulidade decorrente da inversão da prova seria apenas relativa, não devendo, conseqüentemente, ser declarada, se não demonstrado prejuízo”.

Tal entendimento, sinalize-se, harmoniza-se perfeitamente com o estampado no acórdão desta Turma no *HC* 410-RJ, assim exteriorizado, na parte que interessa:

“Oitiva das testemunhas de defesa, antes de concluída a prova de acusação, procedida na conformidade do que preceitua o art. 222, § 1º, do CPP, além de não ter sido demonstrado o prejuízo.”

Soa impertinente, por outro lado, a alegação de negativa de vigência ao art. 271, do Código Penal. O dispositivo limita-se a disciplinar o campo de atuação do assistente do Ministério. Não veda e nem qualquer outro dispositivo da lei processual penal veda a oitiva do assistente em Juízo, como mero informante. Ponho em destaque e endosso, a propósito, o seguinte lance do parecer de fls. 2.985/2.986:

“No que se refere ao fato de o pai da vítima ser ouvido no processo, após haver se habilitado como assistente da acusação, também inexiste qualquer afronta, uma vez que não há vedação legal a respeito.

Saliente-se, neste particular, que até mesmo a própria vítima pode ser ouvida e habilitar-se nos mesmos moldes, nos termos do art. 268 do CPP.”

Ressalte-se que tanto a sentença como o acórdão enfatizaram que não se demonstrou concretamente o prejuízo para a defesa resultante da oitiva do assistente.

No tocante à alegada negativa de vigência ao art. 13 e seus parágrafos, do Código Penal, estou em que assiste razão ao recorrente.

A imputação concerne a crime comissivo por omissão. Como assentados os fatos, sem necessidade de reexaminar a prova, senão de valorá-la juridicamente, verifica-se que a providência omitida pelo recorrente não teria virtude de impedir o resultado.

denúncia assim descreve os fatos que caracterizariam a culpa do recorrente:

“O 1º denunciado fez um exame clínico na menor, tendo constatado amígdalas hipertrofiadas e verificado que Patrícia estava com 38 graus de febre. — A menor permaneceu cerca de quarenta minutos no hospital, tendo feito uma nebulização.

Sem ouvir a opinião de nenhum médico residente que lá se encontrava, — o 1º acusado receitou ampicilina e AAS, tendo preenchido a receita que se encontra a fls. 102 — embora sem assiná-la.

A seguir, liberou a paciente.

Evidentemente que, em assim agindo, o acusado **JORGE ANTÔNIO LOPES OLIVEIRA** exerceu a profissão de médico, sem autorização legal.

Após ter saído do hospital, distando cerca de meia quadra deste, **NELDA** observou que sua filha **Patrícia** ‘retorcia-se toda, aparentando estar com falta de ar’, — razão por que retornou imediatamente ao mesmo hospital ‘entrando porta a dentro’ (fls. 23).

Mais uma vez a criança veio a ser atendida pelo 1º acusado, desta feita acompanhado por mais 5 ou 6 pessoas (médicos ou doutorandos), sendo Patrícia colocada numa maca. — Sua febre já havia subido para 40 graus, razão por que foi ministrado soro na menina.

Deflui-se que o retorno de Patrícia ao Hospital Universitário, cerca de dez (10) minutos após haver dele saído, deveu-se a imperícia e imprudência do 1º denunciado. — Imperícia por não haver constatado que a menina devia permanecer hospitalizada e seu caso requeria cuidados especiais; imprudência por não haver chamado os médicos residentes que lá se encontravam, a fim de que, com eles, viesse a dividir responsabilidades no atendimento da referida paciente.”

O v. aresto recorrido consigna que “restou provado, de forma indubitosa, pelos depoimentos de inúmeros médicos, que o estabelecimento de uma via respiratória artificial em tempo hábil teria evitado o resultado letal”.

A ementa do acórdão sintetiza, com precisão, o quadro fático considerado para a caracterização da culpa:

“Paciente que apresenta dispnéia acentuada, decorrente de moléstia laringo-traqueal. Necessidade de se tomar providências tendentes ao estabelecimento de via respiratória artificial, providências essas não tomadas a tempo, vindo a

paciente a falecer de insuficiência respiratória. Culpa caracterizada por negligência.”

Se o recorrente absteve-se da atividade devida, ao atender a vítima, na primeira vez que ela foi levada ao hospital, com moléstia laríngeo-traqueal, liberando-a, após medicá-la, quando o quadro clínico exigia a sua hospitalização, certo é que essa providência não impediria o resultado. Com efeito, a vítima retornou quase imediatamente ao hospital, como visto da denúncia, e aí sim omitiu-se a providência com virtude de impedir o resultado — o estabelecimento de via respiratória artificial.

A omissão penalmente relevante, para a configuração do homicídio culposo, não pode, pois, ser atribuída ao recorrente. E nem poderia. Sendo ele um simples estudante de medicina, em estágio profissional, é intuitivo que, quando do retorno da vítima ao hospital, ocasião em que foi assistida por profissionais médicos, não tinha ele o dever jurídico de agir para impedir o resultado.

Da análise da prova procedida nas instâncias ordinárias, nada há que autorize concluir e, aliás, não se concluiu, que a providência omitida pelo paciente impediria o resultado. Afirma-se que contribuíram para o agravamento da doença. Mas isso não é suficiente.

Nos crimes comissivos por omissão, a nossa lei penal “equipara o não impedimento à causação, considerando como causa a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, ou seja, quando, através de um juízo hipotético, for possível afirmar que a ação esperada, possível e devida, com segurança, teria impedido o resultado, na precisa observação de Heleno Fragoso (“Lições de Direito Penal — A Nova Parte Geral”, Forense, 11ª ed., pág. 245).

Passo agora ao exame do recurso interposto por Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros.

Sustenta-se, nas bem elaboradas razões recursais, que o fato atribuído ao recorrente não veio descrito com todas as circunstâncias juridicamente relevantes, para estabelecer-se a culpa por crime comissivo por omissão, sendo inepta, pois, a denúncia.

Não me parece assim. A despeito de não se tratar de uma peça modelar, atende satisfatoriamente às exigências do art. 41, do CPP, com a exposição fática propiciando o exercício da defesa em toda a sua amplitude. Eis como articulada a denúncia em relação ao recorrente:

“Neste meio tempo a 3ª acusada resolveu telefonar para o denunciado Fernando Celso de Barros, seu professor-didático, narrando a este o estado da menor.

Enquanto telefonava, Patrícia teve uma parada cardíaca, que durou cerca de 20 segundos, — vindo a ser reanimada pelo doutorando Oswaldo Luiz Fontoura Carpes e pelo médico Degobi, através de massagens cardíacas e respiração boca-a-boca. O 1º acusado, Jorge Antônio, através de massagens, também auxiliou na recuperação da vítima.

Valéria, ao saber do sucedido, alertou o 5º acusado, Dr. Fernando Celso, ainda por telefone, sobre o novo episódio.

Naquele momento, por volta das 18:00 h, gravíssimo apresentava-se o estado da menor, a ponto do doutorando Oswaldo Carpes (fls. 48 v.) oferecer-se para fazer a traqueotomia de urgência na vítima, também chamada de ‘cricotomia’. Mas, como nenhum dos médicos que lá se encontravam quiseram assumir a responsabilidade, o doutorando Carpes achou melhor aguardar a chegada do Dr. Barros.

Até mesmo a ‘caixa de urgência’, contendo os instrumentais necessários à traqueotomia, havia sido trazida para a sala de observação, a pedido do próprio doutorando Carpes.

E o estado crítico de saúde da vítima restou também evidenciado pelo depoimento do aludido Oswaldo Luiz Carpes (fls. 48), declarando ele que ‘ao olhar para a menina viu que esta estava mal, com uma **baita dispnéia**; as extremidades dos dedos, orelhas, lábios, **com cianose**, ou seja, **roxos**’ *sic.* (sublinhei).

Não obstante o quadro aterrador, e muito embora a prova seja maciça no sentido de ser feito **TRAQUEOTOMIA** na infeliz menina, única maneira de permitir ou facilitar sua respiração — tal intervenção sofria sucessivos adiamentos (protelações).

Informa a prova produzida no inquérito que a traqueotomia é aprendida teoricamente no 2º ano de medicina, enquanto que a parte prática ocorre no 3º ano, feita geralmente em cachorros.

Há inúmeras referências nos autos de ‘que qualquer médico tem plenas condições para fazer uma traqueotomia, sendo que a de urgência pode ser feita até mesmo na rua, desde que se disponha do instrumental adequado’.

Não obstante e muito embora Patrícia estivesse internada num hospital, e, ainda, rodeada de médicos, doutorandos e enfermeiras, a medida salvadora permanecia em compasso de espera.

Por volta das 18.30 h, chegou ao hospital o 5º acusado, Dr. Fernando Celso Barros, atendendo ao chamado da Dra. Valéria.

O referido profissional, médico e professor universitário, com pós-graduação no Rio de Janeiro em pediatria, e mestrado e doutorado na Inglaterra (fls. 74), limitou-se apenas a olhar a vítima, sem sequer examiná-la, concluindo, todavia, pela necessidade de uma **TRAQUEOTOMIA**.

Contudo, não se dispôs a efetuar a, limitando-se a determinar que a atendente de enfermagem fizesse contato telefônico com o 4º denunciado, médico **SÍLVIO LUIS GRIGOLETTI**, especialista em garganta — otorrinolaringologista — oportunidade em que foi chamado, também, o anestesista **Dr. Lourenço Ramos** e preparado o bloco cirúrgico.

Naquela oportunidade, o Dr. Fernando Celso Barros, que era o professor-didático, ou supervisor-didático daquele hospital, e não o chefe do plantão (conforme erroneamente foi referenciado), porquanto inexistia o cargo de ‘chefe do plantão’, consoante informação do Dr. Gil Nei Medeiros Pinheiro, diretor do referido hospital (fls. 80 v.), veio a tomar conhecimento que o cirurgião de plantão ou de sobreaviso, **Dr. LUIZ BERNARDI BACHILLI** (6º denunciado), estava sendo procurado desde às 15:00 h daquele dia e não havia sido encontrado.

Após haver adotado aquelas medidas e feito rápido contato com os familiares da vítima, o 5º acusado, Dr. Fernando Celso, simplesmente retirou-se do hospital, ‘deixando seus colegas, pós-graduados, literalmente apavorados com a situação’ *sic*, conforme bem frisou o Delegado de Polícia em seu relatório à fl. 5.

Parece mais do que óbvio que o Dr. Fernando, com o monumental *curriculum* de que é portador, teria plenas e perfeitas condições para efetuar a **TRAQUEOTOMIA** (também chamada de traqueostomia), na pessoa da infeliz criança que, naquela altura, já por volta das 18:00 h, lutava **entre a vida e a morte**.

Assim obrando, o 5º acusado, Dr. Fernando Celso, agiu com culpa, sob a forma de negligência.”

Como se vê, a denúncia pôs em relevo as circunstâncias juridicamente relevantes para a caracterização da culpa do recorrente, despondo a providência por ele omitida que, ao ver da acusação, teria evitado resultado. É o *quantum satis*.

Na precisa observação de Espínola Filho, “como narração, a peça inicial deve ser sucinta, limitando-se a apontar as circunstâncias necessárias à configuração do delito”, aduzindo, em passo seguinte, de arremate ao raciocínio, “que não é na denúncia (...) que se devem fazer as

demonstrações da responsabilidade do réu; deve reservar-se isso para a apreciação final da prova, quando se concretiza (ou não) o pedido de condenação”.

É inegável que, em tese, de situação de fato como a narrada na denúncia deflui para o médico o dever jurídico de agir para impedir o resultado. Concretamente, saber se o recorrente estava ou não habilitado a proceder à traqueotomia, é questão que se situa exclusivamente nos domínios da prova, não comportando exame, pois, nesta instância extraordinária. Certo é que as instâncias ordinárias, examinando soberamente a prova, entenderam que sim.

Não há, de outra parte, a apontada incongruência entre a denúncia e a sentença, que decorreria, segundo as razões recursais, do próprio defeito daquela, ao não descrever o fato com todas as circunstâncias juridicamente relevantes.

Assim é que se afirma que se deslocou o núcleo da culpa. Acusado de não ter procedido à traqueotomia, veio o recorrente a ser condenado por não ter realizado a entubação endo-traqueal.

Não é bem assim, porém. Eis como o acórdão situou a questão: (lê).

Na verdade, a não realização da entubação endo-traqueal, procedimento médico mais simples de que a traqueotomia, é mais um reforço de argumentação, para evidenciar a omissão em que incorreu o recorrente.

E tanto isso é verdadeiro que, ao expungir da condenação o acréscimo da pena resultante da inobservância de regra técnica, consignou a decisão vergastada:

“Ora, ficou claro no contexto da sentença que toda a culpa dos apelantes fundou-se, justamente, na falta de providências eficazes, tendentes à realização da traqueotomia. Conseqüentemente, da inobservância de regra técnica teria resultado a culpa, não podendo, por isso, ser levada à conta de qualificadora.”

Não negou, pois, o v. acórdão recorrido vigência aos dispositivos do Código de Processo Penal apontados, tampouco dissentiu dos julgados trazidos a confronto pelo recorrente, por isso que se distinguem os suportes fáticos.

Em conclusão, conheço do recurso interposto por Jorge Antônio Lopes de Oliveira, pela letra *a*, do permissivo constitucional, dando-lhe provimento, para cassar a condenação que lhe foi imposta, por infração ao art. 121, § 3º, do Código Penal, absolvendo-o da imputação, com espeque

no art. 386, III, do Código de Processo Penal. Do recurso manifestado por Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros, não conheço. É o meu voto.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, do minucioso voto de V. Exa. apreendi — inclusive da leitura de trechos do acórdão recorrido, e, no tocante ao estudante de medicina — que a responsabilidade criminal fixada naquele julgado decorreria de omissão, que teria agravado o resultado da paciente e, conseqüentemente, levado à morte.

No recurso especial, não se examina, não se reedita interpretação quanto ao conjunto probatório. Resto-me preso exclusivamente à afirmação do acórdão, porquanto o agravamento de um evento representa, sem dúvida alguma, a interferência na cadeia causal do *iter criminis*, em razão de que o evento projeta determinada característica.

O acórdão, como apreendi também, não faz referência à participação desse estudante no referido *iter criminis*, qual seja, deixando de ter tomado medida considerada útil para salvar ou amenizar a doença da paciente. Entretanto, colhe-se do art. 29 do Código Toledo, no concurso de agentes, quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominado, na medida da sua culpabilidade, ou seja, desde que a participação seja relevante para dar, pelo menos, um colorido, circunstância diferente ao evento. Imprescindível a participação subjetiva do estudante a fim de colaborar em uma infração, que estivesse sendo cometida por outro, ainda que não houvesse o acordo de delinquência.

Em face dessas considerações, e restrito — repito — mais uma vez à motivação do acórdão, parece-me que tal conduta mostra-se atípica. Não houve a participação, não houve conduta no sentido de envolver também o elemento subjetivo, a fim de que colaborasse para uma infração penal. No Direito Penal da culpa, consagrado às inteiras pela Lei nº 7.209, evidentemente, não se pode imaginar participação meramente objetiva, o que acarretaria responsabilidade até por fato de terceiro, ou, pelo menos, responsabilidade meramente objetiva.

Por isso, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

MINUTA DE JULGAMENTO

REsp nº 8.127 — RS — (91.002272-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Rectes.: Jorge Antônio Lopes de Oliveira, e Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advs.: Carlos Frederico B. Guazzelli, e Luiz Gou-

lart Filho e outros. Sustentaram oralmente o Sr. Dr. Carlos Frederico Guazzelli pelo recorrente Jorge Antônio Lopes de Oliveira e o Dr. Lineu Escorel Borges, Subprocurador-Geral da República.

Decisão: “Após o voto do Sr. Ministro Relator e Vicente Cernicchiaro, ambos conhecendo do recurso interposto por Jorge Antônio Lopes de Oliveira pela alínea *a* do permissivo constitucional e dando-lhe provimento e não conhecendo do recurso interposto por Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros, pediu vista o Sr. Ministro Assis Toledo.”

Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro José Cândido. Impedido de votar o Sr. Ministro Carlos Thibau. Assumiu a presidência da sessão o Sr. Ministro COSTA LEITE. Compareceu à sessão, para compor *quorum*, o Sr. Ministro Assis Toledo.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Pedi vista destes autos para melhor examinar a situação do segundo recorrente, Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros, já que, quanto ao primeiro, o estudante Jorge Antônio Lopes de Oliveira, formei convicção em harmonia com o voto do Relator.

Realmente, se Jorge Antônio, no primeiro atendimento à infeliz vítima, não fez tudo quanto podia, é certo que, minutos depois, supriu essa falha inicial, pelo que não se lhe pode atribuir conduta omissiva no sentido de impedir o resultado lesivo.

Acompanho, pois, nessa parte, o voto do Relator.

Passo ao segundo recurso.

A denúncia atribui, escancaradamente, ao acusado Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros, conduta omissiva negligente pelo fato de não ter realizado na vítima **traqueotomia** ou **traqueostomia**.

Em relação a essa imputação, o acórdão deu como provados os seguintes fatos, matéria que tenho por não passível de reexame nesta instância especial:

“A Dra. Valéria fez o primeiro atendimento à paciente por volta das 17h30min., a chamado de outro médico ou estagiário, sendo informada que a paciente estava com laringite. Notou que a menina estava com falta de ar, pelo que determinou outra nebulização, acompanhada de aplicação de adrenalina. Por volta das 18 h, determinou a remoção da paciente, que se encontrava num box do pronto-socorro, para a sala de observação, eis que a mes-

ma piorava. Pouco mais tarde, chamou, por telefone, o supervisor dos residentes, o Dr. Fernando Celso. Enquanto estava ao telefone, a menina teve uma parada cardíaca, sendo reanimada por outros médicos. Cerca de 15min. após, chega ao hospital o Dr. Fernando, o qual se limitou a olhar para a menina, confirmando o diagnóstico de laringite e sugeriu fosse chamado o Dr. Sílvio Luís Grigoletti, para realizar uma traqueostomia. O Dr. Sílvio é chamado por telefone e chega ao hospital cerca de 20 minutos após. Dirige-se imediatamente para o bloco cirúrgico, onde encontra o anestesista, Dr. Ramos. Ambos aguardam no bloco cirúrgico, cerca de dez minutos e, como não aparecesse a paciente, desceram para a sala de emergência, onde se encontrava a menina, que, a essa altura, já apresentava um quadro deteriorado e estava em coma. Após alguma hesitação sobre a medida a tomar, o Dr. Ramos tenta uma entubação orotraqueal. Entrementes, a paciente tem nova parada cardíaca, resultando infrutíferas as tentativas de reanimação, em que pesem os esforços e a própria entubação, vindo a menina a falecer, por volta das 19h30min.

Consigna-se que, cerca de 18h30min., houve tentativa de localização do cirurgião de sobreaviso, o Dr. Luiz Roberto Bernardi Bachilli, o qual já fora procurado infrutiferamente, por volta das 15h30min., para atender a outro paciente.

Estes são, em síntese, os fatos.” (Fls. 2.793/2.794).

Não obstante os termos da denúncia e desse relato-síntese do acórdão, manteve-se a condenação do acusado em questão, com os seguintes fundamentos:

“6.4. O Dr. Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros era o supervisor didático do curso de pós-graduação do Hospital Universitário. Nessa condição, permanecia à disposição dos residentes, para eventuais consultas, quando se deparavam com alguma dúvida sobre o atendimento a ser ministrado aos pacientes. Nessa condição é que a Dra. Valéria Terra lhe telefonou, pedindo orientação sobre o caso Patrícia.

Conforme já referido, enquanto a Dra. Valéria estava ao telefone, Patrícia teve uma parada cardíaca, do que foi informado o Dr. Fernando. Este, atendendo à solicitação da Dra. Valéria, compareceu ao hospital, onde chegou, cerca de dez minutos após. Ao chegar ao hospital, a menina ainda estava sendo recuperada da parada cardíaca. Olhou a menina e, como os demais médicos que se encontravam presentes, concluiu pela necessidade de realização de uma traqueostomia. Como o cirurgião de sobreaviso não

estava sendo encontrado, sugeriu se chamasse um otorrinolaringologista, fixando-se no Dr. Sílvio Luís Grigoletti, o qual, contactado por telefone, aceitou ir imediatamente para o hospital. Sabedor de que o Dr. Grigoletti já estava a caminho do hospital, o Dr. Fernando retirou-se, deixando Patrícia aos cuidados dos residentes.

Ao chegar ao hospital e examinar a paciente (segundo a Dra. Valéria teria apenas olhado), o Dr. Fernando diagnosticou: “insuficiência respiratória das partes altas, sugerindo uma epigloteite”. Alega que não fez a traqueostomia porque, embora legalmente habilitado, nunca fizera intervenção dessa natureza, a qual, normalmente, é feita por um cirurgião, e que ainda havia algum tempo para fazê-la. Acrescenta que, após haver chamado o Dr. Grigoletti determinou a preparação da sala cirúrgica e que, no seu entender, “fez tudo o que poderia fazer, de acordo com seu julgamento médico”.

Ao par das considerações feitas pela Dra. Pretora, acerca da culpa do Dr. Fernando, acrescenta-se que seu agir caracterizou omissão e negligência.

Conquanto afirme o apelante haver examinado a menina, outros médicos que se encontravam presentes (Dr. Carpes, fl. 65 v.; Dr. Degobi, fl. 58 v. e Dra. Valéria, fl. 390), relatam que o Dr. Fernando limitou-se a olhá-la.

Entretanto, mesmo sem fazer um exame mais acurado, diagnosticou insuficiência das vias aéreas superiores, sugerindo uma epigloteite (fl. 402). Reconhece que era um estado grave. Sabia, ou devia saber, que a epigloteite é uma doença de progressão, geralmente rápida e que, por isso, não haveria tempo a perder. Apesar disso, limitou-se a chamar o Dr. Grigoletti, retirando-se do hospital sem nem mesmo aguardar a chegada deste, deixando Patrícia aos cuidados dos médicos residentes que, a essa altura dos acontecimentos, rodeavam a paciente, como “moscas tontas”, sem saber o que fazer. Na condição de supervisor dos pós-graduados e dadas as circunstâncias do momento, deveria permanecer junto a eles, orientando-os adequadamente. Deveria ter ficado junto à paciente, ao menos até a chegada do Dr. Grigoletti.

Não realizou a traqueostomia, sob a alegação de que nunca fizera tal tipo de intervenção. É de se notar, entretanto, que a traqueostomia não era a única solução do momento. Poderia ter executado uma entubação, que conduziria ao mesmo resultado e é muito mais fácil de se executar, podendo ser feita até por uma

enfermeira. Desta forma, se não se sentia capacitado a fazer a traqueostomia, por certo teria condições de fazer a entubação. Fez uma errada avaliação do quadro, quando, no seu “julgamento médico”, entendeu que ainda haveria algum tempo para se fazer a traqueostomia, eis que ficou demonstrado que, à chegada do Dr. Grigoletti, já era tarde demais, tanto que a entubação feita pelo Dr. Ramos se mostrou ineficaz.

Diante do diagnóstico de epiglótite, de progressão rápida, e tendo em vista que a paciente já havia sofrido uma parada cardíaca, qualquer minuto era tempo precioso a não ser desperdiçado. Era perfeitamente previsível que qualquer demora poderia tornar ineficaz o estabelecimento de uma via aérea artificial, o que veio a se concretizar.

É de se salientar que até um estagiário havia se proposto a realizar a traqueostomia, só não o fazendo porque nenhum dos médicos presentes quis assumir a responsabilidade.

Ora, se até um estagiário se sentia capacitado a realizar uma traqueostomia, não se compreende que um médico formado há diversos anos, com cursos até no exterior, não se sinta capacitado a fazer ao menos uma entubação, procedimento mais simples e mais fácil do que aquele.

Houve, assim, manifesta negligência e omissão por parte do Dr. Fernando, quer ao se ausentar, antes da chegada do otorrinolaringologista que fora chamado, quer em não tomar qualquer providência, para se estabelecer, desde já, uma via respiratória artificial, quando o quadro já demonstrava que não havia tempo a perder.

Por essas razões, confirma-se a condenação do Dr. Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros.” (Fls. 2.810/2.814).

Como se vê, considerou-se que o acusado, ora recorrente (Dr. Fernando), comportara-se com negligência, diante do quadro, primeiro por ausentar-se antes da chegada do otorrino, depois por não ter feito uma entubação ou traqueostomia.

Tratando-se de condenação por crime material (homicídio culposo) praticado por omissão (crime comissivo por omissão) parece-me, sem dúvida, prequestionada no acórdão a questão da relevância da omissão ou da responsabilidade por omissão, de que tratam o art. 13 e seu § 2º do Código Penal.

Ora, o recurso especial, com arrimo nas letras *a* e *c*, invoca precisamente, por mais de uma vez, o art. 13 e parágrafos do Código Penal

para afirmar sua inobservância trazendo como conseqüência inépcia da denúncia.

Veja-se este tópico do recurso especial onde o tema da responsabilidade por omissão é frontalmente atacado:

“O Código Penal Brasileiro, após as alterações introduzidas pela Lei 7.209/84, incorporou expressamente aos seus preceitos algumas dessas hipóteses geradoras do específico dever jurídico de impedir o resultado criminoso, ou seja a equivalência entre o causar e o não impedir, atendo-se, em linhas gerais, ao acima referido critério formal tradicional.

Surgem então os enunciados do § 2º, alíneas *a*, *b* e *c*, do art. 13, do diploma primitivo, que estabelecem:

“§ 2º — A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) — Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) — de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) — com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

Considerados sistematicamente todos esses preceitos plasmados no art. 13 e seu § 2º, alíneas *a*, *b* e *c*, do CP, — extraem-se os seguintes pressupostos típicos objetivos dos crimes comissivos por omissão:

1. O haver-se instaurado (sem interferência do omitente), em processo causal (no caso dos autos o representado pela enfermidade ou pelo quadro nosológico geral de que foi acometida a menina), que, se não for interrompida, conduzirá certamente, ou muito provavelmente, à materialização de um resultado lesivo e juridicamente proibido (a morte);

2. Existir possibilidades reais de serem encetadas ações eficazes para obstar o prosseguimento do decurso causal;

3. Dispor o omitente de **poder pessoal** efetivo por realizar alguma ou algumas ações dessa eficácia;

4. O encontrar-se o mesmo omitente em posição jurídica específica (no caso do CP brasileiro corresponde a alguma das hipóteses das alíneas *a*, *b* e *c*, do § 2º, do art. 13), geradora do dever de evitar o resultado;

5. O abster-se o omitente da realização dessa ação devida;

6. A conseqüente superveniência do resultado lesivo e proibido.

No entanto, estranhamente, o que se consta na denúncia ofertada é a total ausência de considerações expressas e do exame circunstanciado acerca da ocorrência, no fato da acusação, dessas indeclináveis exigências legais (típicas), do fato criminoso imputado ao réu.

E essa lacuna também se estende nos pressupostos subjetivos ou de injusto pessoal concernentes ao mesmo fato criminoso, que igualmente ficam inteiramente à margem da narrativa contida na denúncia.

A acusação é de crime culposo, por negligência.

Tal condição naturalmente precisa estar referida a pressupostos objetivos do fato, anteriormente apontados.

Onde residiu a negligência?

Acaso no não haver previsto o recorrente Fernando Barros que a realização da traqueostomia era urgente, inadiável, e que portanto não podia esperar a chegada do cirurgião que vinha a caminho, razão pela qual teria ele, Fernando, de efetivá-la pessoalmente e de imediato, apesar de seu despreparo técnico para esse mister?

Ou talvez a negligência esteja no haver Fernando superestimado a complexidade e os riscos inerentes à intervenção e subestimado sua capacidade pessoal para efetivá-la?

Ou quem sabe essa condição pessoal essencial do crime consistiu na avaliação equivocada e proveniente de erro evitável (portanto culposo) de Fernando, de que não cabia a ele realizar o procedimento mas sim às médicas plantonistas que tratavam da enferma e que portanto haviam composto e se mantinham no outro pólo da relação médico-paciente.

Todos esses são elementos consubstanciais de fato criminoso imputado ao réu: objetivos ou de circunstância externa os primeiros; subjetivos ou da circunstância pessoal os restantes. E, no entanto, quanto a eles paira o mais completo e despreocupado silêncio da denúncia.

A denúncia, portanto, escancaradamente descumpre as exigências mínimas estipuladas nos arts. 41 e 43, II, do Código de Processo Penal." (Fls. 2.853/2.856 do 15º vol.).

É certo que o recorrente, com extrema infelicidade, conclui pela violação de preceitos do Código de Processo Penal, quando a conclusão lógica e mais direta teria sido dar como de vigência negada os mencionados art. 13, *caput*, e seus parágrafos, já que o acórdão atribuiu a médico não cirurgião (era pediatra) culpa por não ter feito uma intervenção cirúrgica apesar de o acusado declarar não estar habilitado a fazê-la.

Teria ele o dever de, assim mesmo, sem habilitação especial, realizar dita intervenção? Poderia tê-la realizado com êxito?

Eis a questão.

Considero, pois, que o equívoco apontado (citar na petição a norma processual ao invés da norma de direito material aplicável) não prejudicaria o conhecimento do recurso, já que:

1º) os dispositivos do art. 13 e parágrafos do Código Penal foram expressamente apontados no recurso como contrariados;

2º) tais dispositivos foram considerados no julgamento do outro recurso, em situação semelhante com a do recorrente, já que se, pelos fundamentos do acórdão, qualquer um, até um estagiário, ou uma enfermeira, poderia ter feito a entubação “que conduziria ao mesmo resultado e é muito mais fácil de se executar” (*sic*), então, por esses argumentos do acórdão, todos se omitiram e a condenação deveria estender-se até aos auxiliares presentes, fundamento repellido no julgamento do recurso do estudante de medicina.

Encontro, porém, dificuldade para conhecer do recurso, ante os termos do pedido que objetiva, evidentemente, a anulação do processo, por questões meramente processuais. É que, neste aspecto, estou de acordo com o Relator, já que também não vejo negativa de vigência aos arts. 41, 381, II, e 564, IV, do Código de Processo Penal.

Enfrento, contudo, a possibilidade de concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício, nos expressos termos do § 2º do art. 654 do Código de Processo Penal.

Penso, hoje, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito de sua competência para o *habeas corpus*, contra decisão de Tribunal, não atinge, não abrange o *habeas corpus* de ofício, que só pode surgir, obviamente, **no curso de um processo** (§ 2º). Sendo assim, jamais haveria ensejo para *habeas corpus* de ofício no julgamento do recurso especial, o que seria um entendimento aberrante, na hipótese de se verificar que o acusado sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Seria uma interpretação extremamente caprichosa essa que vedasse ao STJ competência para conceder *habeas corpus* de ofício em processos de sua competência.

Passo, pois, ao exame dessa possibilidade, no caso concreto.

Tomando-se, no acórdão, a matéria fática julgada provada (v. tópico transcrito no início deste voto), verifica-se que o recorrente, Dr. Fernando Celso, somente tomou conhecimento do estado de saúde da menina internada, após as 18 horas, através de um telefonema da Dra. Valéria. Nessa ocasião, durante o telefonema, a menina teve a primeira parada cardíaca, sendo reanimada. Segundo o acórdão, o Dr. Fernando chegou ao hospital cerca de 15 minutos depois. Olhou a menina, confirmou o diagnóstico e sugeriu a chamada do especialista Sílvio Luís Grigoletti para realizar a traqueostomia. Isso é feito e o Dr. Sílvio chega em 20 minutos. Logo após era feita a entubação na menina, que veio a falecer de nova parada cardíaca, a despeito da entubação reputada salvação pelo acórdão.

Parece-me que o equívoco do acórdão consistiu em não considerar que o recorrente, apesar de não ter-se empenhado em um exame detalhado da menina, confirmou o diagnóstico e tomou de imediato as providências que lhe competiam — chamar um especialista para a traqueostomia ou entubação — diagnóstico esse e providência essa cuja correção não se discute.

Tratando-se de um fato ocorrido no interior de um hospital universitário, dotado de equipes médicas com especialistas de várias áreas, e tendo sido chamado o especialista, que chegou ao local em questão de minutos, não vejo como se possa atribuir a médico, não cirurgião, o dever de aventurar-se, nessas circunstâncias, a realizar intervenções cirúrgicas em local delicado do corpo humano — a garganta — sem estar capacitado para tanto, conforme alegou.

Tivesse o fato ocorrido em lugar ermo, longe de recursos adequados, então sim, poder-se-ia atribuir a qualquer médico, estagiário ou enfermeira, o especial dever de, pelo menos, tentar impedir o resultado. No caso presente, porém, esse dever estava repartido e distribuído segundo as especialidades médicas disponíveis no interior do hospital-escola. Ao pediatra, o diagnóstico; ao anestesista, a anestesia; ao cirurgião, a cirurgia, etc.

Exigir-se, no interior do hospital, do cirurgião que desempenhe a função de clínico geral, do pediatra que realize intervenções cirúrgicas etc., parece-me um exagero injustificado e, além disso, a introdução do caos em uma atividade tão essencial para a saúde pública e à proteção da vida humana.

A divisão de trabalho, por especialidades, nos centros hospitalares do país, delimita o dever de cuidado de cada um, fazendo surgir uma diversificada posição de garante no interior das equipes médicas. Devido a isso, em determinadas circunstâncias, como as registradas nestes autos, pode-se até afirmar que o crime culposo caracterizar-se-á, também, pela ação imprudente ou imperita do médico não especialista que se aventurasse a um ato cirúrgico para o qual não se sentisse devidamente capacitado. E o fato mais se agravaria se o estabelecimento hospitalar, como no caso, dispusesse do especialista que chegou ao local minutos após.

Com isso, a prevalecer a tese do acórdão, os médicos seriam conduzidos a um beco sem saída: perdidos por ter cão e perdidos por não ter cão.

Alberto da Silva Franco, com apoio em Heleno Fragoso, põe em destaque este ensinamento:

“A omissão não significa a conduta negativa, a inatividade, a inércia, o simples não fazer, mas, sim, o não fazer alguma coisa que tenha sido ordenada. Enquanto o fazer é um acontecimento perceptível no mundo da realidade física, o não fazer não tem existência materialmente detectável. A omissão é, pois, um conceito normativo, não naturalístico e consiste “na abstenção da atividade devida, ou seja, na não realização de conduta positiva que o agente tinha o dever jurídico e a possibilidade de realizar” (Heleno Cláudio Fragoso, **Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral**, 1987, p. 238); (**Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**, p. 65).”

Nessa linha de pensamento, sem necessidade de alterar uma só palavra do que o acórdão julgou provado, não vejo como atribuir, pelas razões expostas, a este segundo recorrente uma omissão qualificada, geradora de responsabilidade penal. Fez o que lhe incumbia, não fez o que escapava de sua área de especialização. Indicou o caminho e a paciente morreu quando se lhe prestava a assistência reputada correta. Não nos esqueçamos de que a morte nem sempre é um problema, pode ser *ultima ratio*.

Pelo exposto, por ausência de justa causa para a condenação, concedo ordem de *habeas corpus* de ofício para cassar a condenação imposta ao Dr. Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros, trancando a ação penal contra ele instaurada.

É o meu voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Perfilhando os argumentos expendidos no percuciente voto que o eminente Ministro Assis Toledo acaba de proferir, defiro, igualmente, *habeas corpus* de ofício a Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros.

A competência desta Corte, no particular, é induvidosa, dado o caráter incidental do *habeas corpus* de ofício, como filtra do art. 654, § 2º, do CPP.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, no tocante à possibilidade do chamado *habeas corpus* de ofício, não tenho dúvida em acompanhar as doudas considerações tanto de V. Exa. quanto do ilustre Ministro Assis Toledo. Boa parte da doutrina, e parece-me com justa fundamentação, impugna a identidade da decisão intercorrente com o chamado *habeas corpus* de ofício, expressão que ganhou tradição no Direito Judiciário Brasileiro. O *habeas corpus* é uma ação constitucional; devem estar presentes as respectivas condições: interesse de agir, legitimidade ativa e passiva e possibilidade jurídica do pedido. O que ocorre no chamado *habeas corpus* de ofício é, diferentemente, decorrência dos princípios que norteiam o Poder Judiciário; deve orientar-se para que suas decisões apresentem sempre duas características: legalidade e justiça. A finalidade da decisão é pôr-se de acordo com os princípios de direito. Dar a solução substancialmente correta e não meramente formal.

Em face disso, quando ao Juiz, no exercício da jurisdição e competência, se apresenta fato que acarrete injustiça ou ilegalidade insuprível, deve evidentemente expedir o mandamento necessário para afastar a ilegalidade e a injustiça.

Estou, portanto, inteiramente de acordo no tocante a isso.

Quanto ao mais, o profundo, minucioso e erudito voto do Ministro Assis Toledo mostrou, inclusive com referência ao tema posto pelo acórdão onde S. Exa. bem acentuou, sem fazer revisão de fatos, mas partindo dos fatos postos pelo próprio acórdão, a fim de extrair as exatas consequências normativas, também merecem adesão. S. Exa. chegou à conclusão de que no caso concreto não incidia a hipótese de estado de necessidade, em que qualquer profissional e mesmo o leigo pode tomar decisão extrema, visando a salvar a vida do Paciente.

Em face dessas considerações, e nada há que retificar, acompanho o voto aqui manifestado e conseqüentemente endossado pelo Eminentíssimo Relator, seguindo, pois, a linha adotada pela Turma.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.127 — RS — (91.002272-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Rectes.: Jorge Antônio Lopes de Oliveira, e Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advs.: Carlos Frederico B. Guazzelli, e Luiz Goulart Filho e outros.

Decisão: “A Turma, prosseguindo no julgamento, conheceu do recurso interposto por Jorge Antônio Lopes de Oliveira e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Não conheceu do recurso interposto por Fernando Celso Lopes Fernandes de Barros, a quem deferiu ordem de *habeas corpus* de ofício, para cassar a condenação que lhe foi imposta e trancar a ação penal em relação a ele. Tudo por unanimidade” (em 10.02.92 — 6ª Turma).

Impedidos os Srs. Ministros José Cândido e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro COSTA LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.249 — SP (Registro nº 91.0002560-7)

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

Recte.: *Hermes Macedo S/A*

Recdos.: *Alcides Bernardi e cônjuge*

Advogados: *Drs. Álvaro Nogueira de Oliveira Filho e Maria S. de Albuquerque G. Goulart e outro*

EMENTA: FÉRIAS FORENSES. SENTENÇA.

I — Nula não é a sentença proferida nas férias, ainda que a ação não tenha curso no período respectivo.

II — Recurso especial não conhecido.

III — Unânime.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 02 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de recurso especial interposto contra decisão proferida pela 6ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que manteve a decisão de primeiro grau que julgou procedente ação ordinária de despejo referente a imóvel comercial.

Da parte objeto da impugnação, transcrevo as seguintes considerações do aresto recorrido:

“Embora a ação ordinária de despejo não tenha curso durante as férias forenses, a sentença proferida nesse período não viciou o processo, desde que nenhum gravame causou às partes.

A propósito, o VI Encontro dos Tribunais de Alçada aprovou, por unanimidade, conclusão nesse sentido, assim ementada: “Nas ações que não têm curso nas férias, não são nulos, e muito menos inexistentes, os atos processuais nelas praticados. O prazo, porém, somente começará a correr no dia seguinte ao primeiro dia útil, subentendendo-se que neste o ato foi praticado”, *apud*, Theotônio Negrão, Código de Processo Civil, 20ª ed., nota 8 ao artigo 173, p. 126). É também o entendimento manso e pacífico da jurisprudência dos Tribunais.” (fl. 121).

O recurso especial foi interposto com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, alegando ofensa aos arts. 173 e 174, III, do CPC, além de dissídio jurisprudencial (fls. 124 a 127).

Pelo despacho de fls. 130 a 131, foi o recurso admitido, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Inadequadas são as alegações de ofensas aos arts. 173 e 174, III, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de nulidade da sentença por ter esta sido proferida durante as férias forenses.

O aresto recorrido registrou que

“embora a ação ordinária de despejo não tenha curso durante as férias forenses, a sentença proferida nesse período não viciou o processo, desde que nenhum gravame causou às partes”.

Há certidão, nos autos, de que a sentença foi publicada no Diário da Justiça em 02.09.89, isto é, após as férias forenses (Cf. fl. 99).

Sem embargo de alguma opinião divergente, como a do eminente Moniz de Aragão (**Comentários ao Código de Processo Civil**, II vol., p. 91, 2ª ed., Forense, Rio-1976), há aqueles, como J. Frederico Marques, que sustentam a validade do ato que em princípio não deve ser praticado nas férias, mas, se e quando realizado nesse período

“nulo ele não será só por isso, visto que terá eficácia a partir do momento em que as férias ou feriado se encerrem” (**Manual de Processo Civil**, vol. III, p. 100, Saraiva, São Paulo-1974);

e o consagrado processualista Sálvio de Figueiredo, eminente integrante desta Corte, que em seu trabalho **Prazos e Nulidades em Processo Civil** assinala que

“não é nula a sentença proferida nas férias, pelo juiz competente naquele período, entendendo-se publicada no primeiro dia útil subsequente” (p. 17, 2ª ed., Forense, Rio-1990).

Estou que a decisão hostilizada não feriu os arts. 173 e 174, III, do Código de Processo Civil.

Com relação ao alegado dissídio jurisprudencial, manifesta é a inviabilidade do recurso, visto que o recorrente traz, como paradigma, acórdão do mesmo Tribunal e, ainda, à colação, várias indicações de repositórios, sem fazer a demonstração analítica das decisões em confronto.

Neste particular, incidem as Súmulas 13 do Superior Tribunal de Justiça e 291 do Supremo Tribunal Federal c/c o art. 255, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.
É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.249 — SP — (91.0002560-7) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Hermes Macedo S/A. Recdos.: Alcides Bernardi e cônjuge. Advs.: Drs. Álvaro Nogueira de Oliveira Filho, e Maria S. de Albuquerque G. Goulart e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 02.04.91).

Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Min. Athos Carneiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.970 — SP (Registro nº 91.0004360-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recorrentes: *Paulo Salim Maluf e outro*

Recorrido: *Vanderlei Macris*

Advogados: *Drs. Manoel Giacomo Bifulco e outro, e Francisco da Silva Caseiro Neto e outros*

EMENTA: AÇÃO POPULAR — LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS — DONATÁRIOS — INTEGRANTES DE TRIBUNAL DE CONTAS — ATO APROVADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS — POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO — DESVIO DE FINALIDADE — RESTRIÇÃO CONTIDA EM NORMA POSTERIOR AO ATO IMPUGNADO — INDENIZAÇÃO FEITA SEM O DEVIDO PROCEDIMENTO — NULIDADE PROCESSUAL.

Os donatários devem integrar a lide, como litisconsortes necessários, no processo de ação popular

em que se pretende desconstituir doações feitas pelo Estado.

Também se inscrevem no rol de litisconsortes passivos necessários os integrantes do Tribunal de Contas que participaram do acórdão que aprovou ato sujeito à ação popular.

É logicamente impossível desconstituir ato administrativo aprovado pelo Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão do colegiado que o aprovou; e para rescindi-la é necessário que nela se constatem irregularidades formais ou ilegalidades manifestas.

As restrições contidas na Instrução nº 1/83 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não servem como referência na apuração de desvio de finalidade relativo a fatos ocorridos em 1982.

Não há desvio de finalidade, se o ato, quando foi praticado, observou permissivo então existente.

Os embargos declaratórios devem ser encarados como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. A multa cominada no art. 538, parágrafo único, do CPC, reserva-se a hipóteses em que se faz evidente o abuso.

Indenização por acidente de trânsito, paga sem exaurir-se o procedimento administrativo de praxe. Se o pagamento era devido, não houve lesão ao Erário. Impossível, assim, sua desconstituição mediante ação popular.

Quando se puder decidir o mérito em favor da parte a quem aproveita a declaração de nulidade, esta não será pronunciada (CPC, art. 249, § 2º).

Recurso provido.

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, na forma do relatório e notas

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de dezembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Trata-se de processo de ação popular.

Para melhor delimitar a controvérsia objeto deste REsp, leio o exato relatório, lançado pelo E. Desembargador César Peluso, no julgamento da apelação de que resultou o Acórdão ora recorrido.

Começa o relatório observando que a sentença (de fls. 3.424/34):

“... julgou, em parte, procedente a ação popular, para o fim de condenar os litisconsortes Paulo Salim Maluf, Calim Eid, Marina Belisqui, e Italo Miguel Alexandre Mastrogiovanni a restituírem ao erário a quantia de Cr\$ 9.085.965,00, com juros desde a citação e correção desde o ajuizamento, estendendo os efeitos da condenação à Fazenda Estadual, que adotou a posição de ré, e condenando os litisconsortes ao pagamento das custas, salários do perito (Cr\$ 3.000.000,00) e dos honorários advocatícios, estimados em dez por cento sobre a condenação principal corrigida mais juros. Os salários dos assistentes foram imputados às partes. Não recorreu de ofício.

Contra ela foram interpostas apelações tempestivas e bem processadas. A primeira é a do autor, que, depois de tecer considerações acerca (sobre) os fundamentos da r. sentença, alega que esta não dera razões da não condenação em torno do restante do pedido inicial, que estaria calcado em dados contábeis do Tribunal de Contas. A perícia não confortaria a exclusão da aquisição de flores para banquetes, porque seu valor se eleva a mil vezes o valor das aquisições impugnadas. A perícia não encontrou contabilidade em ordem e acusou falta de provas de aquisição, que não poderia justificar até a compra de presente que foi ofertado. Deveria prevalecer a análise feita pelo Tribunal de Contas e pelos dados da inicial, segundo os quais as dádivas “se eleva e se comprova”. Não fora considerado o item de estoque de presentes, não

obstante claro nos documentos. E, por fim, sustenta que a correção monetária deveria atender à dívida líquida e certa de valor, aplicando-se o § 1º do art. 1º da Lei 6.899/81, e pede ainda a elevação da honorária a 20%.

A segunda apelação é da Fazenda, que, após considerações sobre sua condenação solidária, bem como sobre a posição alternativa das entidades públicas na ação popular, alega não ter sentido jurídico fosse condenada a pagar a si mesma e, alterando sua posição no processo, sustenta ainda que deveria ampliada a condenação, porque os réus não contestaram os desembolsos e restaram, sem coincidência na perícia, as quantias não comprovadas, ou seja, aquelas cujo exame os réus dificultaram, como as despesas com hospedagens de deputados e outros visitantes e com locação de veículos, bem como fichas de almoxarifado, tudo o que deveria conduzir a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial.

A terceira é de Marina Belisqui e Ítalo Miguel Alexandre Mastrogiovanni, que pedem sua exclusão do processo, como parte passiva ilegítima para a causa, pois, limitando-se a conduzir a documentação interna das despesas, que lhes chegava às mãos, não prestavam as contas ao Tribunal de Contas, nem tinham praticado, autorizado, ratificado ou aprovado os atos impugnados, como resultava da prova, absolutamente favorável ao reconhecimento de sua irresponsabilidade no destino da verba de representação e no pagamento reembolsado ao deputado Horácio Matos Junior. Daí, pedirem o reexame da preliminar ou a improcedência da ação, em relação a si.

A quarta é dos litisconsortes Paulo Salim Maluf e Calim Eid, que, preliminarmente, insistem no conhecimento e provimento do agravo retido (fls. 441-447), porque estaria demonstrada a ausência de condições da ação, pela inocorrência de dois pressupostos essenciais: a ilegalidade e a lesividade dos atos atacados. Seu não acolhimento pela sentença, determinaria sua nulidade. Levantam ainda preliminar de nulidade da sentença apelada, porque não se observou litisconsórcio passivo necessário, em relação aos beneficiários das doações e presentes, exigido pela Lei nº 4.717/65, cujas normas teriam sido violadas junto com o art. 47 do Código de Processo Civil. Todos os presentes foram adquiridos e efetivamente entregues aos destinatários, perfeitamente identificados nos autos, sobretudo pelo laudo do assistente técnico. Daí a infringência aos arts. 6º, 7º, III, e 11, da Lei nº 4.717/65, e 47, do Código de

Processo Civil, e a conseqüente nulidade e ineficácia da sentença, porque não citados aqueles. No mérito, aduzem que a discricionariedade era matéria melindrosa e presidia o uso da verba de representação, não vinculado a nenhuma norma ou ditame legal. Alegam ainda que, reduzida a condenação a presentes de bodas, aniversários e flores enviadas a altas personalidades, ou melhor, a esposas destas, a sentença se equivocara quanto aos seguintes pontos: 1º) aquisição e destinação de flores, porque deixaram de ser considerados os destinatários identificados nos autos, além de haver erro de adição das parcelas componentes das despesas capituladas nas alíneas A, B, C e D, da r. sentença, pois o resultado seria Cr\$ 315.620,00, não Cr\$ 316.620,00. A questão seria de haver, ou não, ilegalidade em quantia reconhecidamente pequena e, estando diante de atividade não regrada, o ato seria apenas lesivo mas não ilegal, o que não bastaria por infirmá-lo. Não se poderia dissociar a representatividade do Governo e a do próprio Estado e de seus próprios intentos pessoais, quando sob a égide da discricionariedade. A conclusão seria de que o Chefe do Governo não exorbitou e, portanto, deveria reformada a sentença; 2º) aquisição e destinação de mimos e presentes, em relação a cujo ponto não poderia ter aplicado a Instrução 1/83 do Tribunal de Contas a fatos pretéritos e, ainda, porque as contas foram por esse aprovadas, ficando caracterizada a desnecessidade de menção dos nomes dos beneficiários das ofertas, segundo a Ordem de Serviço 1/77 daquela colenda Corte. A sentença não apreciara nada disto, fazendo-se arbitrária, pois não analisara cada convite de casamento, onde veria que os destinatários eram “ilustres convidantes”, “de reconhecida projeção nacional e internacional”, como declinou. Não há lei que regule o uso da verba de representação; os autos demonstrariam o exercício do poder discricionário e foram adotados dois pesos e duas medidas, pois não se vira ilegalidade nos presentes a personalidades estrangeiras mas apenas a nacionais. Não estaria presente o binômio ilegalidade e lesividade e o Promotor de Justiça não conseguiu estabelecer a nulidade dos atos atacados, como era de remansosa jurisprudência que transcreve. Reportam-se a parecer juntado e a argumentos doutrinários, para mostrar a imprecisão do conceito de discricionariedade, cujos limites o Judiciário não poderia ultrapassar, não podendo ingressar no mérito do motivo dos atos que se referiam a cada convite. Respondem a parecer juntado pelo autor e pedem a exclusão do valor das despesas contraídas com “Studio Mickey”. A sentença, de resto, enganara-se quanto à não identificação dos beneficiários

dos presentes; 3º) Equívocos da r. sentença. Alegam, em suma, neste tópico, que os objetos referentes às notas fiscais 074 (fls. 614), 3.270 (fls. 619), 1.263 (fls. 626), 046 (fls. 652), foram ofertados a pessoas precisamente identificadas nos autos, na própria perícia, e que os referentes às notas fiscais 1.659, 1.696, 198 (fls. 612), 744, 297, 1.117, 1.595, 26.893 e 37.982 (fls. 636) e 163 (fls. 638), se destinaram a pessoas identificadas pelo assistente técnico. Quanto ao conserto do veículo particular do deputado Horácio Matos Junior — cuja não citação reforçaria preliminar de nulidade da sentença —, o pagamento não configurou ato ilegal e lesivo, “por tudo quanto, anteriormente, se expôs” (*sic*), pois o Chefe do Governo podia avocar atribuições de órgãos subalternos. De tudo, em suma, requererem a improcedência da ação, intentada por motivação política, resumindo-se os pedidos em: a) provimento do agravo retido; b) ou a improcedência da ação, se não forem acolhidas as preliminares, anulando-se o processo desde o saneador ante a inobservância do litisconsórcio passivo; c) provimento de mérito, para ser julgada improcedente a ação, por incorrência de ilegalidade e lesividade, bem assim pelos erros apontados da sentença, e d) condenação do autor nos ônus da sucumbência.” (Fls. 3.763/67), *sic*.

Construído sobre voto brilhante do E. Relator, o Acórdão deu provimento parcial às apelações do Autor, dos ora recorrentes e do Estado de São Paulo. Deu, ainda, provimento integral à apelação de Marina Belisqui e Ítalo Miguel Alexandre Matrogiovanni.

A decisão, no que interessa a este julgamento, fomentou-se, em suma, nos argumentos de que:

a) a aprovação técnico-contábil pelo Tribunal de Contas, não impede a reapreciação das Contas do Governador, pelo Poder Judiciário, tanto mais, quando se trata de cumprir o permissivo constitucional da Ação Popular (art. 153, § 31, da CF/67);

b) os pressupostos da ilegalidade e lesividade não constituem condições de ação, mas pertencem “à área temática do próprio mérito do pedido, como elemento do suporte fático da consequência jurídica que o autor pleiteia na ação popular” (fls. 3.777);

c) não há na Sentença qualquer nulidade, por deficiência de citação. Eis que a conjunção dos arts. 6º e 7º da Lei nº 4.717, de 1965 permite a distinção entre beneficiários diretos e beneficiários indiretos, ou reflexos, exigindo apenas àqueles a situação de litisconsortes passivos na ação popular. Em tal circunstância — e porque não se cogita de retomar os bens objetos das doações e

também porque não participaram dos atos administrativos a serem desconstituídos — os donatários não devem figurar como litisconsortes necessários, na relação processual;

d) a citação de Satiko Isano também seria desnecessária, porque não colaborou para a efetivação dos atos impugnados, nem lhe era imposto o dever de resistir contra sua prática;

e) por igual, a citação de Horácio Matos Júnior, por haver recebido indenização relativa a acidente de trânsito. Na hipótese, a ilegalidade estaria na inobservância dos procedimentos legais;

f) no entanto, é de se reconhecer que, no pagamento a Horácio Matos Júnior houve desvio de finalidade, porque se usou verba de representação, para satisfazer obrigação oriunda de responsabilidade civil;

g) o ato discricionário é suscetível de desvio de finalidade, desvio que ocorre, quando alguém dispende parcelas de verbas de representação para satisfazer interesses pessoais, vinculados à etiqueta. É que a verba de representação destina-se a atender obrigações do Estado, relativas ao protocolo.

Contra este acórdão, os litisconsortes Paulo Salim Maluf e Calim Eid interpuseram recurso extraordinário, que, aproveitado como recurso especial, é submetido a esta Corte.

Dizem os recorrentes que:

a) o Acórdão ofendeu o art. 6º e seu § 1º, da Lei nº 4.717/65; assim como, o art. 47 do CPC. Isto ocorreu quando afastou do litisconsórcio passivo os donatários dos presentes impugnados;

b) negou-se vigência a diversos artigos da Constituição Federal e da Constituição do Estado de São Paulo, quando afirmou-se que a aprovação pelo Tribunal de Contas não inibe a atuação do Poder Judiciário;

c) o Acórdão efetuou distinção arbitrária para afirmar que houve relação *inter privados*, onde em verdade foram atendidas finalidades públicas;

d) e não se pode afirmar que houve ilegalidade do objeto, porque, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 4.717/65, este fenômeno ilícito pressupõe violação de lei ou regulamento. Ora, a Instrução 1/79 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo permite o uso de verba de representação, para a outorga de presentes;

e) o exame de conveniência das opções administrativas é defeso ao Poder Judiciário — pena de se infringir o princípio constitucional da Legalidade e as alíneas c e e do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 4.717/65;

f) o art. 267 do Código de Processo Civil foi agredido, quando se deu curso ao processo de ação popular sem que estivesse presente o “binômio ilegalidade e lesividade”;

g) também foi agredido o art. 21 do CPC, quando o acórdão, embora reconhecendo que o Autor decaiu de parte do pedido, não se lhe impôs condenação proporcional;

h) o Acórdão negou vigência ao art. 535 do CPC, quando deixou de receber os embargos declaratórios a ele opostos;

i) o Acórdão recorrido destoou do que o STF decidiu, no RE 82.468, ao deixar de citar como litisconsortes passivos os donatários dos brindes impugnados;

j) divergiu, ainda, da Jurisprudência do STF, quando entendeu reapreciáveis pelo Judiciário, contas já aprovadas pelo Tribunal de Contas;

l) o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a inviabilidade em o Poder Judiciário penetrar o exame de questões que envolvem o exercício do Poder Discricionário;

m) o Acórdão recorrido afastou-se da jurisprudência do STF, quando julgou procedente a Ação Popular, sem que estivessem presentes os pressupostos da nulidade e da lesividade;

n) afastou-se, também, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando declarou ilegal o procedimento de que resultou a indenização por acidente de trânsito, ignorando o exercício do poder hierárquico;

o) houve dissídio, também, quando se aplicou multa aos recorrentes, pelo exercício de embargos declaratórios;

p) agrediu-se o art. 267, VI, § 3º, do CPC, quando se reconheceu ilegitimidade passiva em favor de Marina Belisqui e Ítalo Mastrogiovanni, deixando-se de fazer o mesmo, em relação a Calim Eid.

O Ministério Público Federal, em Parecer do E. Subprocurador-Geral, Antônio Fernando de Souza, recomenda o provimento parcial da apelação.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): Transcrevo parte da feliz síntese desenvolvida pelo Dr. Antônio Fernando de Souza, *in verbis*:

“Os recorrentes (Paulo Salim Maluf e Calim Eid) nas razões de recurso (fls. 3.826/3.928), na parte que passou a constituir matéria apreciável em recurso especial, sustentam que o acórdão impugnado negou vigência:

a) aos artigos 6º e § 1º, 7º, inc. III, e 11, da Lei nº 4.717/65, e ao artigo 47 do Código de Processo Civil, pois que deixou de incluir como litisconsorte passivo necessário o Sr. Horácio Matos Júnior, beneficiário do reembolso da quantia correspondente ao conserto realizado em seu veículo em razão de danos sofridos no abaloamento com um veículo do Estado de São Paulo, bem como os beneficiários dos atos (doações e presentes) questionados na ação;

b) aos artigos 81 e 82, e § 1º, da Lei nº 4.320, de 17/03/64, e aos artigos 74, 75 e 78, estes da Lei nº 1.079, de 10/04/50, na medida em que o acórdão não considerou a necessidade de julgamento prévio e definitivo da Assembléia Legislativa como *conditio sine qua non* na determinação da improbidade das contas do Governador e que a ausência do referido julgamento implica na inexistência de ilegalidade e lesividade;

c) ao artigo 1º da Lei nº 4.717/65, já que foi desconsiderada a exigência do duplo pressuposto (ilegalidade e lesividade) nas ações populares;

d) ao art. 2º e parágrafo único da Lei nº 4.717/65, pois erradamente o acórdão teria presumido a ilegalidade e a lesividade pelo desvio de finalidade;

e) ao art. 267, VI, do Código de Processo Civil, porque deixou de decretar a carência de ação por ausência do binômio ilegalidade/lesividade;

f) ao artigo 21 do Código de Processo Civil, pois que decaindo de parte mínima do pedido eles (recorrentes) não poderiam ser condenados ao pagamento de honorários;

g) ao artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, já que os embargos de declaração, a despeito da presença dos requisitos que os justificam, foram rejeitados;

h) ao art. 267, inciso VI, § 3º, do Código de Processo Civil, visto que o acórdão reconheceu a ilegitimidade *ad causam* dos réus Marina Belisqui e Ítalo Miguel Alexandre Mastrogiovanni e deixou de assim proceder com relação ao recorrente Calim Eid, cuja situação jurídica era idêntica à daqueles.

4. Na mesma peça recursal os recorrentes argumentam que o acórdão entrou em dissídio jurisprudencial a respeito das seguintes questões:

- a) litisconsórcio passivo necessário;
- b) competência da Assembléia Legislativa no julgamento das contas do Governador do Estado;
- c) apreciação pelo Judiciário dos atos administrativos discricionários;
- d) duplo pressuposto para o exercício da ação popular;
- e) exercício do poder hierárquico; e
- f) cabimento dos embargos de declaração.

5. Antes de examinar a pretensão recursal dos recorrentes, cabe ressaltar que, embora a decisão proferida no agravo de instrumento tenha se fundado no pressuposto de que o acórdão questionado teria afirmado que a ilegalidade e a lesividade do ato questionado não são condições da ação popular, o que colocaria em confronto com julgado do Supremo Tribunal Federal, a verdade é que o julgamento guerreado deixou claro que tais requisitos (ilegalidade e lesividade) a despeito de não se incluírem na categoria de “condições da ação”, são indispensáveis para a procedência da “ação popular”. E, afirmada sua indispensabilidade para justificar a procedência da ação popular, demonstrou que “o caso é de manifesta ilegalidade e lesividade” (fls. 3.777). A suposta divergência vislumbrada no despacho que deu provimento ao agravo de instrumento, portanto, é apenas de forma, nunca de substância. Ambos os acórdãos consideram indispensável a presença dos dois requisitos mas, enquanto o acórdão guerreado considera-os integrantes do mérito, o paradigma reputa-os requisitos do direito de ação.

6. O recurso, ao ver do Ministério Público Federal, não procede na sua maior parte e não comporta conhecimento em outro tanto. A suposta ofensa aos artigos 6º e § 1º, 7º, III, e 11, da Lei nº 4.717/65 e ao art. 47 do Código de Processo Civil deve ser examinada sobre dois enfoques: a) o que diz respeito à situação do

Sr. Horácio Matos Júnior e b) aquele que se refere às pessoas que receberam as doações e presentes. Como ressaltado nos autos, o Sr. Horácio Matos Júnior foi beneficiado com o reembolso da quantia dispendida com o conserto realizado em veículo de sua propriedade danificado em acidente que envolveu veículo do Estado de São Paulo, sem que o ato de reembolso tivesse decorrido de regular procedimento de apuração da responsabilidade do Estado no sinistro e da utilização de verba orçamentária própria. Não tenho dúvida de que se trata de beneficiário direto do ato impugnado e que, portanto, deveria ter integrado a relação processual. Entendo, todavia, que não é o caso de ser invalidada a relação processual. É que o acórdão questionado afirmou que o pagamento a ele efetuado era devido e que as conseqüências danosas teriam provindo, “não do pagamento em si, mas de ambas aquelas irregularidades administrativas, que, contaminando o procedimento funcional, lhe são estranhas e inócuas” (fls. 3.787). Assim sendo, o referido reembolso, na quantia de Cr\$ 52.855,00 em julho de 1980 (fls. 9, item 3.6.4) e que era equivalente a 87,38 ÓRTNs, embora ilegal pelos motivos apontados no acórdão, não foi **lesivo**, razão pela qual a sentença não poderia invalidá-lo, nem condenar os recorridos a restituir o valor correspondente. A solução, no caso, ao invés da anulação do processo, pode ser alcançada com a exclusão do valor da condenação da quantia referente ao citado reembolso, pois que inexistente a lesividade no ato. O observe-se que se trata de quantia mínima diante do *quantum* da condenação.

7. No que se refere às pessoas que receberam as doações e presentes, além de inexistir razão para que ocupem o pólo passivo da relação processual, conforme exposto no acórdão recorrido (fls. 3.777/3.788), a alegada negativa das normas legais indicadas no item anterior, relativamente a tais pessoas não comporta exame nesta oportunidade. É que o acórdão, com base nas provas produzidas, concluiu que as mesmas não obtiveram vantagem patrimonial, pois que “experimentaram apenas benefícios de natureza afetiva” (fls. 3.784), razão pela qual conclusão diversa dependeria de reexame do contingente fático inadmissível no especial (Súmula nº 7, STJ).

8. Relativamente à suposta contrariedade aos artigos 81 e 82 e § 1º, da Lei nº 4.320/64, e aos artigos 74, 75 e 78, da Lei nº 1.079/50, o recurso não reúne condições de admissibilidade porque os temas ventilados na peça recursal, a propósito da incidên-

cia de tais normas, não foram prequestionado (Súmula nº 282, STF) e os embargos de declaração opostos a eles não se referiu (fls. 3.809/3.819). Ademais, o acórdão recorrido demonstrou, com sobras de razões, que a deliberação da Assembléia Legislativa, que encerra julgamento político-parlamentar, não exclui “a cognoscibilidade jurisdicional da legalidade e lesividade de atos subjacentes às contas aprovadas” (fls. 3.774).

9. A afirmada ofensa ao artigo 1º da Lei nº 4.717/65, também não se caracterizou. Não é verdade que o acórdão questionado tenha desconsiderado a exigência do duplo pressuposto (ilegalidade e lesividade) nas ações populares. Conclui, sem dúvida, que tais requisitos não podem ser considerados condições da ação popular, pois que os reputou “requisitos da tutela jurisdicional” (fls. 377), ou seja, matéria atinente ao merecimento mesmo da pretensão. O acórdão, de maneira clara e precisa, afirmou a necessidade da presença da ilegalidade e da lesividade como pressupostos para a procedência da ação popular. E, referindo-se ao caso em exame, ressaltou:

“Na verdade, como se demonstrará no capítulo do merecimento, o caso é de manifesta **ilegalidade e lesividade!**” (fls. 3.777).

10. Não houve, da mesma forma, qualquer contrariedade ao art. 2º e seu parágrafo único da Lei nº 4.717/65. A ilegalidade e a lesividade afirmadas no acórdão não foram fruto de presunção. A conclusão decorreu do exame minucioso das provas produzidas, reveladoras da ilegalidade e do caráter lesivo dos atos impugnados, todos praticados com inequívoco desvio de finalidade.

11. No que diz respeito à suposta ofensa ao art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, porque deixou de ser decretada a carência de ação por ausência do binômio ilegalidade/lesividade, a inexistência de fundamento da pretensão recursal é flagrante. Primeiro porque, como já ficou ressaltado acima (item 5) o acórdão rejeitou o caráter de condições da ação aos referidos requisitos, pois que, os qualificou como pressupostos da pretensão (mérito). Em segundo lugar porque, com apoio na prova, demonstrou a presença de ambos os requisitos (ilegalidade e lesividade) a viciar os atos questionados.

12. A contrariedade ao art. 21 do Código de Processo Civil, igualmente não se configurou. Os recorridos foram condenados ao pagamento de honorários de advogado na proporção da sucum-

bência que suportaram, que não pode ser considerada mínima. Ademais, vale lembrar que, tratando-se de ação popular o autor não responde pela sucumbência (parcial ou total), desde que a lide não seja reconhecida como temerária (art. 13, Lei nº 4.717/65). Por outro lado, atualmente, diante do que dispõe a Constituição Federal (art. 5º, inc. LXXIII), o autor da ação popular, “salvo comprovada má-fé”, é isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

13. O art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, ao contrário do que sustentam os recorrentes, não sofreu qualquer agravo por parte do acórdão impugnado. É que, inexistentes os vícios apontados nos embargos de declaração, o recurso foi corretamente rejeitado.

14. A alegada negativa de vigência do art. 267, inc. VI, § 3º, do Código de Processo Civil, também não resultou comprovada. A situação jurídica de Marina Belisqui e Ítalo Miguel Alexandre Mastrogiovanni, Assistente Especial e Chefe do Cerimonial do Governo, respectivamente, que se limitavam “a conduzir a documentação interna das despesas que lhes chegavam às mãos” (fls. 3.802), não é idêntica à do recorrente Calim Eid, de modo que a este não se aplicam os fundamentos que justificaram a exclusão daqueles da relação processual.

15. No que se refere ao dissídio jurisprudencial, a despeito do esforço dos recorrentes, estes não lograram demonstrar, como lhes competia, que os acórdãos apontados como paradigmas, nos diversos temas, teriam enfrentado a interpretação das mesmas normas legais diante de situação fática idêntica ou assemelhada com a destes autos. Sem tal comprovação, absolutamente necessária para caracterizar o dissídio de julgados, o recurso não comporta conhecimento.

Assim sendo, o parecer é no sentido do provimento do recurso apenas para o fim de ser excluída da condenação a parcela de Cr\$ 52.855,00, correspondente ao reembolso efetuado em favor do Sr. Horácio Matos Junior, pois que, relativamente a tal parcela, inexistiu a lesividade.” (fls. 4.163/69).

Examino inicialmente três questões de natureza processual, a saber:

I — Um dos motivos da rebeldia que anima os recorrentes é a ausência dos donatários no pólo passivo da relação processual.

Os Recorrentes firmam-se na tese de que tal ausência contraria a Lei de Ação Popular, no art. 6º e seu § 1º, e o Código de Processo Civil, no art. 47.

O Acórdão recorrido sustenta-se no argumento de que a conjunção dos arts. 6º e 7º da Lei nº 4.717, autoriza a distinção entre beneficiários diretos e indiretos, ou reflexos, erigindo somente aqueles à situação de litisconsortes necessários.

Em verdade os dispositivos legais autorizam a distinção.

O art. 6º afirma *in verbis*:

“A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omisões, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

§ 1º — Se não houver beneficiário direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo.”

Já o art. 7º somente faz referência a beneficiário do ato impugnado, para determinar a citação de “qualquer pessoa responsável pelo ato impugnado” (inciso III).

Embora o art. 7º refira-se a beneficiários, indiscriminadamente, é razoável a interpretação no sentido de que apenas os beneficiários diretos são litisconsortes necessários.

Resta apurar em qual destas categorias se encontram os donatários dos presentes: beneficiários diretos ou indiretos?

A lei reclama sejam citados os beneficiários diretos do ato cuja desconstituição é o objeto da ação.

Na hipótese, os atos nulos e lesivos a serem desfeitos foram diversas doações, feitas às custas do Erário paulista.

Ora, doação é “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens, para o de outra, que os aceita”. (C. Civil — art. 1.165).

Na doação figuram duas partes: o doador, que por liberalidade, desfalca seu patrimônio, e o donatário, cujo patrimônio enriquece.

O donatário é, assim, o destinatário direto da doação.

Sob outro enfoque, vale observar que desconstituir a doação é extinguir o título que deu ensejo à transferência do patrimônio. É ensejar o retorno ao patrimônio do doador, dos bens que integram o patrimônio do donatário.

Assim, o donatário é, necessariamente, atingido pela sentença desconstitutiva da doação.

Neste processo, a inserção dos donatários na relação processual é necessária, tanto por serem eventuais prejudicados pela sentença (CPC — art. 47), quanto por força do preceito contido no art. 6º da Lei nº 4.717/65.

Se assim é, o recurso merece provimento, para que se declare nulo o processo, por não estar aperfeiçoada a relação processual.

II — Ainda em tema de litisconsórcio passivo necessário merece destaque a regra contida no art. 6º da Lei de Ação Popular, segundo a qual, “a ação será proposta contra... as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado”.

A propósito deste preceito, diz José Afonso da Silva, em sua preciosa monografia:

“Outra hipótese de litisconsorte passivo é o que se dá entre vários participantes do ato lesivo, ou seja, entre autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado. Nesse caso, serão citados como réus da demanda, na qual figurarão como litisconsortes necessários.

Dessa natureza, é também o litisconsórcio entre esses participantes do ato atacado e os beneficiários destes, assim como, o litisconsórcio entre o responsável pela avaliação inexata e os beneficiários dela”. (Ação Popular Constitucional. Ed. RT — 1968 — pág. 209).

A questão ganhou relevo, neste processo, porque às fls. 340 *usque* 348, encontra-se decisão em que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, conduzido pelo E. Conselheiro Bento José de Carvalho Júnior, que aprovou as contas da Administração, relativas aos atos impugnados.

Peço vênia à Turma para repetir os motivos em que se assentou o Relator, para conduzir o Colegiado. Ei-los:

“Considerando que, consoante doutrinam os mestres Seabra Fagundes, *in* O Controle dos Atos Administrativos, págs. 166 e

segs.; Castro Nunes — Teoria e Prática do Poder Judiciário, págs. 22 e segs.; Pontes de Miranda — Comentários à Constituição de 1946, vol. II, pág. 95; Carlos Schmidt de Barros Júnior — Notas sobre a Responsabilidade Contábil, RT-191/590, para citar apenas alguns juristas de grande expressão — ao Tribunal de Contas, investido no parcial exercício da função judicante por força do mandamento constitucional que lhe outorga a atribuição de “julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos” (art. 87, § 1º, 3, da CE; art. 70, § 4º, da CF), foi **conferida**, *ipso jure*, no que respeita à responsabilidade contábil apurada nas prestações de contas dos gestores dos valores públicos, exclusividade e definitividade quanto ao *jus dicere*, que assim resulta conclusivo, uma vez esgotados os recursos, pois, nos termos do art. 68 da Lei nº 10.319/68, “as decisões do Tribunal, no julgamento dos processos de tomada de contas, terão força de coisa julgada em relação às pessoas e matérias sujeitas à sua jurisdição” (*omissis*), daí defluindo que, nos casos da espécie, entendem-se os órgãos do Poder Judiciário desprovidos de jurisdição para reexame dessas decisões que “se revestem de irrevogabilidade equiparável à autoridade da coisa julgada na esfera do direito processual” (excerto do acórdão na Apelação Cível 33.801, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal — RDA-55/149);

Considerando, mais, que, no julgamento de ditas prestações de contas, a este E. Tribunal cabe — ainda na palavra sempre decisiva de Seabra Fagundes (ob. cit., pág. 173) — examiná-las tão-somente sob a prisma da LEGALIDADE, sendo-lhe vedado apreciá-las no MÉRITO, isto é relativamente às questões atinentes ao acerto dos dispêndios, sua conveniência e oportunidade;

Considerando, ainda, que na realização das despesas *sub examen*, foram resguardados os pressupostos legais de adequação e disponibilidade das verbas orçamentárias empenhadas e que, de outra parte, observados também o foram os parâmetros explicitados na Ordem de Serviço Interna 1/77 deste Tribunal, disciplinadora da matéria de adiantamentos relativos a despesas de Representações;

Considerando, ademais, que os competentes órgãos instrutivos da Casa, embora inicialmente tenham feito alguns reparos à regularidade das despesas, suscitando dúvidas a final desfeitas pelas diligências subseqüentes, voltaram a analisar tais questões, opinando então, como opinaram, pela aprovação das contas e

quitação do responsável, propondo, em alguns poucos casos, mera recomendação à origem;

Considerando que, sob o aspecto da estrita legalidade, e em face dos elementos probatórios, não se vislumbra dano pecuniário para o Erário nem mesmo no que concerne à realização de solenidades, recepções, reuniões em geral, aquisição de mimos, placas, flores, medalhas e quejandos, eis que despesas dessa natureza, além de previstas na Ordem de Serviço Interna 1/77, são compatíveis com o exercício da Chefia do Poder, tanto entre nós como alhures;

Considerando, finalmente, que inexistente lei estabelecendo e delimitando circunstâncias subjetivas ou objetivas, *v.g.*, de tempo, lugar e oportunidade, atinentes a dispêndios da espécie, salvo as normas contidas na aludida Ordem de Serviço Interna e essas mesmo sujeitas a uma grande dose de avaliação de cunho pessoal;

Voto — Sr. Presidente, Sr. Conselheiro — abstendo-me, nos termos da lei, de penetrar no mérito dos atos determinativos das despesas, para cingir-me apenas à questão da sua legitimidade, e acompanhando as manifestações unânimes dos órgãos de instrução da Casa e da ilustrada Procuradoria da Fazenda do Estado — pela aprovação das contas e conseqüente quitação à responsável, Sra. Satiko Ikeda Asano. Este é o meu voto.” fls. 345/346.

Em adendo a este voto, o Procurador da Fazenda, junto ao Tribunal, Dr. Luiz Menezes Neto, atendendo a provocação do E. Conselheiro Olavo Drummond, registrou:

“Sr. Presidente. A respeito das dúvidas levantadas pelo Conselheiro Olavo Drummond, o Eminentíssimo Relator já expôs qual é a posição da Procuradoria da Fazenda: a verba é prevista no orçamento e foi gasta dentro dos limites previstos. Portanto, a manifestação da Procuradoria cinge-se a este elemento, e é pela quitação.” (fls. 347).

Como é de se perceber, as contas — e, de conseqüência, os atos agredidos neste processo — foram aprovados pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por indicação da Procuradoria da Fazenda do Estado.

Em tal situação, os Conselheiros daquela Corte, que participaram do Acórdão, inscrevem-se no rol dos litisconsortes necessários a que se refere o art. 6º da Lei da Ação Popular.

A citação destes Conselheiros, assim como a do Procurador da Fazenda, não se efetivou.

A falta de chamamento dos litisconsortes necessários acarreta a nulidade do processo, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil.

Esta 1ª Turma já proclamou a nulidade, em situação semelhante. Fê-lo, no julgamento dos embargos declaratórios, no Recurso Especial nº 2.592, do qual foi relator o E. Min. Pedro Acioli.

III — Sustentam os recorrentes ser impossível a reapreciação judicial de atos administrativos, cuja regularidade foi atestada pelo Tribunal de Contas.

Trazem, em socorro de sua tese, afirmação de que o Acórdão recorrido destoa da Jurisprudência tradicionalmente consagrada no Supremo Tribunal Federal.

Como paradigma, citam o Acórdão relativo ao MS nº 7.280, do qual foi relator o saudoso Min. Henrique D'Ávila, resumido nesta ementa:

“TRIBUNAL DE CONTAS — Apuração de alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos — Ato insuscetível de revisão perante a Justiça comum — Mandado de Segurança não conhecido.

— Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insuscetível de revisão na via judicial a não ser quanto ao seu aspecto formal ou terna de ilegalidade manifesta” (fls. 3.881).

Em seu relatório, o saudoso Ministro transcreveu o Parecer do então Procurador-Geral da República — o igualmente saudoso Ministro Carlos Medeiros Silva, *in verbis*:

“Conforme decidiu o Pretório Excelso, no Mandado de Segurança nº 6.960 (sessão de 31 de julho de 1959, decisão unânime, relator o Sr. Ministro Ribeiro da Costa), não cabe mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Contas que julgou contas de responsáveis por dinheiros públicos.

Disse, então, o Sr. Min. Ribeiro da Costa: “a decisão sobre a tomada de contas de gastos de dinheiros públicos, constituindo ato específico do Tribunal de Contas da União *ex vi* do disposto no artigo nº 77, II, da Constituição Federal, é insuscetível de impugnação pelo mandado de segurança, no concernente ao próprio mérito do alcance apurado contra o responsável, de vez que não cabe concluir de plano, sobre a ilegalidade desse ato, salvo se formalmente eivado de nulidade substancial, o que, na espécie, não é objeto de controvérsia” (fls. 3.968).

No voto, com que conduziu o Tribunal Pleno, o Ministro Henrique D'Ávila observou:

“Na realidade o Tribunal de Contas quando da tomada de contas dos responsáveis por dinheiros públicos, pratica ato insuscetível de impugnação na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou ilegalidade manifesta.

Na espécie o que o impetrante impugna é o mérito da decisão do Tribunal de Contas. Entende ele que não existia o alcance apontado, ou seria menor do que o apurado.

O assunto, é evidente que não pode ser tratado através do processo expedido do mandado de segurança. Só pelos meios normais regulares é que poderá o impetrante demonstrar o contrário, ou invalidar a apuração feita pelo Tribunal de Contas da União.” (Fls. 3.968/9).

Como se percebe, o Supremo Tribunal Federal não reconhece na decisão do Tribunal de Contas a força da coisa julgada material.

A Corte admite se reveja acórdão de Tribunal de Contas, “em seu aspecto formal” ou em caso de “ilegalidade manifesta”.

Esta velha jurisprudência veio a ser confirmada em acórdão conduzido pelo saudoso Ministro Victor Nunes Leal, e reduzida a ementa nestes termos:

“TRIBUNAL DE CONTAS: Julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave (MS 6.960, 1959), ou manifesta ilegalidade aparente (MS 7.280, 1960)” (RTJ 43/151).

Merece destaque, neste aresto, a manifestação do saudoso Ministro Barros Monteiro, nestas palavras:

“A segunda questão, de serem preclusivas e insuscetíveis de apreciação pelo Judiciário as decisões do Tribunal de Contas, eu acolho, com reservas, diante do preceito do artigo 150, § 4º, da CF, que reproduziu o dispositivo da Constituição anterior, segundo o qual não se pode subtrair da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual. Mas, feita essa ressalva, estou de pleno acordo em que não se pode chegar a outra conclusão senão àquela do acórdão mencionado pelo eminente Ministro Victor Nunes, do qual foi Relator o Ministro Henrique D’Ávila, e que exprime o pensamento deste Tribunal. As decisões do Tribunal de Contas não podem ser revistas pelo Poder Judiciário, a não ser quanto ao seu aspecto formal.” (RTJ 43/157).

Destes pronunciamentos resta clara uma constatação: é impossível desconstituir o ato administrativo unguído pela aprovação do Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão deste colegiado; e para rescindi-la, é necessário que nela se apontem irregularidades formais graves ou ilegalidades manifestas.

Declarar nulo ato administrativo, sem agredir a decisão do Tribunal de Contas que o aprovou é atitude tão absurda quanto a de este Tribunal reformar a sentença de primeiro grau, ao tempo em que não conhece do acórdão que a confirmou.

O Acórdão recorrido não faz qualquer referência ao conteúdo ou à forma do aresto da Corte de Contas. Limita-se em afirmar que ele não imuniza o ato administrativo, de ser reexaminado pelo Judiciário.

Na parte, o Acórdão também merece reforma.

IV — Outra queixa dos recorrentes prende-se à afirmação de que o Acórdão enfrentou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afundando no exame dos atos administrativos, em questões que envolvem o exercício do poder discricionário.

Não procede tal reclamo.

Com efeito, o v. Acórdão recorrido, simplesmente proclamou a ocorrência de desvio de finalidade.

Ora, o desvio da finalidade ocorre quando “o agente praticar o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.” (Lei nº 4.717/65 — art. 2º, V).

Para proclamar o desvio de finalidade, quando o fim não se encontra explicitado na “regra de competência”, o Poder Judiciário vê-se na contingência de examinar os limites do “poder discricionário”.

Por isto, no atual Direito Administrativo brasileiro, a limitação relativa ao exame de atos produzidos pela faculdade discricionária deve ser entendida em termos; com alguma reserva.

Não houve, pois, o avanço de que reclamam os recorrentes.

No entanto, parece-me que não foi feliz o Acórdão, ao examinar a espécie.

É que ele, para constatar o desvio de finalidade, partiu da advertência contida na Instrução nº 1/83, no sentido de que “os presentes de casamento, aniversário e outros afins, de caráter meramente pessoal” não se compreendem entre os “mimos” custeados pela verba de representação.

A Instrução nº 1/83 é, contudo, posterior aos fatos que deram ensejo à ação popular, todos eles ocorridos antes de março de 1992 (data em que foi proposta a ação).

Na época, observava-se a Instrução nº 1/77, cuja Regra I, *d*, previa, *in verbis*:

“I — Para os fins de fiscalização e exame de contas de adiantamentos relativos a despesas de representações, a ser exercida pelo Tribunal de Contas, serão consideradas como de representação as despesas com:

.....
d) a aquisição de mimos, flores, placas, medalhas, taças e distintivos, quando ofertados pelos Chefes dos Poderes, Vice-Governador do Estado, Presidentes dos Tribunais e Secretários de Estado, Reitores de Universidades Estaduais, Superintendentes de Autarquias, Procurador-Geral da Justiça, Delegado Geral de Polícia e Comandante da Polícia Militar, sempre em decorrência do exercício dos cargos ou funções”...” (fls. 355).

Esta regra serviu de fundamento para que o Tribunal aprovasse as Contas dos ora recorrentes.

A partir do texto acima transcrito, pode-se afirmar que não houve desvio de finalidade.

Possivelmente, terá ocorrido exagero, traduzido, até, na cavilosa expressão “mimos”. Reprovável exagero, que veio a ser corrigido pela Instrução nº 1/83.

Exagero; porém, admitido pela “regra de competência”.

Em rigor, querelas como a que estamos discutindo são resultado da existência de “verbas de representação” e quejandas. Tais verbas constituem provocação — quase induzimento — para que o gestor da coisa pública se desmande.

Os excessos a que se referem estes autos são, em verdade, sintomas da anomalia que transforma o Estado em perdulário distribuidor de “mimos”.

De qualquer sorte, não há como declarar nulas as doações malsinadas.

Nesta passagem, também merece reforma o Acórdão recorrido.

V — Os recorrentes pedem, ainda, a reforma do Acórdão, no dispositivo que os condenou ao pagamento de multa pelo exercício de embargos declaratórios, em que se enxergou o intuito de protelar o encerramento do processo.

Em assentada recente, esta Primeira Turma, no Recurso Especial nº 13.334/91 de que fui relator, apreciou questão semelhante, acordando assim:

“1. É nulo o acórdão que, sem motivação explícita, aplica ao embargante a multa cominada no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil (CPC — arts. 165 e 458);

2. Não são protelatórios os embargos de declaração destinados ao prequestionamento, com vista na interposição de recurso especial;

3. Os embargos declaratórios devem ser encarados, em regra, como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional”; (DJ 16-12-91).

Aqui, também o apelo merece provimento.

Com efeito, os recorrentes limitaram-se a confrontar textos do Acórdão, em que enxergavam falhas que os deixavam perplexos.

Como registrei, no julgamento do REsp nº 13.334:

“A condenação do art. 538, § 1º, deve ser aplicada com extrema parcimônia.

Quem já militou na advocacia conhece a angústia que se apodera do advogado, ante a possibilidade de ver comprometido o recurso (ou, até mesmo, a pretensão em litígio) por alguma deficiência da sentença, não percebida oportunamente.

Ao inserir o prequestionamento expresso da questão federal como condição de conhecimento dos recursos não ordinários, os tribunais tornaram quase obrigatório interpor embargos declaratórios.

Nesta circunstância, o julgador deve encarar os embargos declaratórios como uma medida profilática, destinada a assegurar o conhecimento de recurso futuro ou evitar incidentes no processo de execução.

Os embargos declaratórios, em regra, devem ser encarados como instrumentos de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.”

Dou provimento, para cancelar a multa.

VI — Examino, finalmente, o pagamento da indenização por acidente de trânsito a Horácio Matos Júnior.

A propósito do tema, o Subprocurador-Geral Antônio Fernando de Souza, no Parecer que li acima, indicou o provimento do recurso.

Concordo com a sugestão.

O pagamento da indenização por ser devido, não lesou o Erário.

Provejo o Recurso.

VII — Deixo de destacar as questões processuais relativas à falta de citação dos donatários, dos Conselheiros do Tribunal de Contas e do beneficiário da indenização, porque me pareceu que os autos contêm elementos bastantes para o julgamento do mérito.

Não faria sentido declarar nulo o processo, em homenagem a questões formais, quando é possível enfrentar o mérito, sem qualquer prejuízo.

Obedeci, assim, ao que determina o art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.”

Este mandamento, que materializa o princípio da instrumentalidade das formas, provocou, em situações como a destes autos, inversão pela qual se preterem as questões relativas à formação do processo em benefício do mérito.

Aqui, a ausência de litisconsortes passivos e a falta de possibilidade jurídica somente ganham interesse prático, se a decisão de mérito pender em favor dos réus.

VIII — Por estas razões, meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso para:

- a) declarar improcedente o pedido;
- b) cancelar a multa aplicada aos recorrentes.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Srs. Ministros, os recorrentes, não se conformando com o respeitável acórdão que reconheceu a ilegalidade e a ilegitimidade, vieram a esta Corte no sentido de ver provido o seu recurso, a fim de, conseqüentemente, ser julgada a ação improcedente.

O que se verifica, na verdade, consoante bem salientou o eminente Ministro-Relator em voto lapidar, é que quando um dos recorrentes — quando Governador do Estado — usou de verba de representação para efeito de aquisição de mimos, flores, placas, medalhas, taxas e distintivos, assim o fez, porque esse tipo de verba é assegurada aos administradores e, principalmente, no caso concreto, tinha apoio da Instrução nº 1, de 1977, que autorizava a aquisição desses donativos para efeito de dar a alguns que merecessem aqueles prêmios. Observa-se que as contas do Governo passaram sob o crivo do Tribunal de Contas do Estado, que aprovou as contas da administração relativas aos atos impugnados, cuja decisão foi conduzida pelo Ilustre conselheiro Bento José de Carvalho Júnior, com aquiescência dos demais membros da Corte de Contas do Estado. O fato de os recorrentes sustentarem, perante esta Corte, que não cabe ao Poder Judiciário o exame das contas após o julgamento do Tribunal de Contas, não tem sustentáculo jurídico, no entanto, é de ver-se que o órgão a quem cabe apreciação dessa conta julgou-a válida. Não sei se, na verdade, essas contas também passaram pelo crivo da Assembléia Legislativa do Estado; daí indago ao eminente Relator...

O SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): Sr. Presidente, não encontrei nos autos referência explícita a essa aprovação.

Os autos são de volume muito grande, mas, na verdade, não existe nenhuma indicação de que elas tenham sido desaprovadas.

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Desde que, conforme bem esclarece o eminente Ministro-Relator, a presunção que se tem é que, se não há nenhuma alegação de que as contas foram examinadas pela Assembléia, e se não há prova de que essas contas foram rejeitadas, uma vez acolhidas pelo Tribunal de Contas, a presunção da sua validade é evidente.

Por essas primeiras considerações, adiro ao voto do Eminente Relator para, neste particular, acompanhá-lo.

Quanto ao que diz respeito à interposição dos embargos de declaração que ensejaram a imposição da multa, também afasto. Faço-o porque a aplicação da multa haverá de ser feita com certo temperamento.

Nesse sentido, já decidiu a Egrégia Primeira Turma, através do voto do eminente Ministro Gomes de Barros, acompanhado pelos demais Ministros, em uma das últimas sessões — quando diz assim na ementa:

“Processo Civil. Embargos Declaratórios...

.....
.....
Código de Processo Civil, arts. 165 e 458.”

Por esses fundamentos, também, afasto a aplicação da multa.

Quanto ao item que diz respeito à indenização por acidente de trânsito a Horácio Matos Júnior, também chancelo a tese sustentada pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Souza, que considerou o pagamento devido pelo fato de não haver lesão ao erário.

Assim, manifesto-me de acordo com o Relator para prover o recurso.

Em síntese, meu voto é no sentido de acompanhar o eminente Ministro-Relator, em todos os seus termos.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, como ficou bem esclarecido pelo ilustre Advogado, da tribuna, e pelo brilhante voto proferido pelo Ministro Gomes de Barros, trata-se de uma verba de representação devidamente aprovada pela Assembléia, que constou do orçamento. Essa verba é para o Governador gastar discricionariamente na compra de presentes. É muito comum um chefe de Estado dar e receber presentes. Vemos isso todos os dias na televisão. O Presidente Collor, quando visita um chefe de Estado de outro País, recebe um presente e dá outro. Isso — como disse o Advogado da Tribuna — é um costume milenar.

Esses gastos foram devidamente comprovados e não se fez prova nenhuma de que tenha havido exageros. Deu-se pequenos mimos, flores, pequenos gastos. Esses gastos foram devidamente aprovados pelo Tribunal de Contas.

Quando é votada essa verba, o Chefe de Estado tem o direito de gastá-la, discricionariamente, para comprar esses presentes.

Inicialmente, gostaria de um esclarecimento do ilustre Advogado, da tribuna. Parece-me que ele falou que esses gastos foram também aprovados pela Assembléia.

O SR. ADVOGADO: Sim, foi aprovada a rubrica orçamentária; o Tribunal de Contas aprovou as contas com base nessa Instrução Normativa nº 01/77, que era, portanto, anterior até a posse do ex-Governador ao exercício de seu cargo, e, posteriormente, a Assembléia ratificou as contas do Tribunal de Contas.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Feitos os gastos, esses foram comprovados, e as contas aprovadas pelo Tribunal de Contas e, como esclareceu o ilustre Advogado, da tribuna, também pela Assembléia.

V. Exa. lembrou que — e lembro-me muito bem — quando saiu o recorrente, Dr. Paulo Maluf, parece-me que entrou o Dr. Franco Montoro, que mandou instaurar uma grande quantidade de inquéritos, e não constou — não vi em jornal algum — que tenha sido apurada qualquer coisa contra o Dr. Paulo Maluf.

Por isso, Sr. Presidente, não tenho dúvida nenhuma em acompanhar o excelente voto do eminente Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, estou de inteiro acordo com o voto do Sr. Ministro-Relator, julgando improcedente a ação e excluindo, também, as demais cominações exaradas na sentença recorrida.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.970 — SP — (91.0004360-5) — Relator: Sr. Ministro Gomes de Barros. Rectes.: Paulo Salim Maluf e outro. Recdo.: Vanderlei Macris. Advs.: Manoel Giacomo Bifulco e outro, Francisco da Silva Caseiro Neto e outros. Sust. oral: Dr. Manoel Giacomo Bifulco, pelo Recte., Dr. José T. da Rocha, Subprocurador-Geral da República.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Ministro-Relator (18.12.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Ministros Pedro Acioli, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO ESPECIAL Nº 8.982 — BA
(Registro nº 91.0004373-7)

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

Recorrente: *União Federal*

Recorrida: *Maria Genimar Silva Farias*

Advogado: *Dr. Eduardo Rodrigues Carinhonha*

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A atual Carta Magna proíbe toda e qualquer discriminação, em razão da idade, para o ingresso do servidor em cargo público da administração direta, autárquica ou fundacional. Por isso, o artigo 3º, da Lei nº 6.334/76, não foi recepcionado pela CF/88, o que implica em sua revogação.

Precedentes desta Corte.

Recurso 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 maioria, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de dezembro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A UNIÃO FEDERAL, com apoio no artigo 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, interpôs Recurso Especial ao v. acórdão, proferido pela Segunda Turma, do TRF da Primeira Região, que restou assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LIMITE DE IDADE PARA INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO.

A Constituição atual proíbe, expressamente (art. 3º, IV), qualquer discriminação em razão de idade, bem como seja ela fator de distinção perante a lei (art. 5º, *caput*) ou constitua critério limitativo para admissão a emprego (art. 7º, XXX) ou acesso a cargo público (art. 39, § 2º).”

Alega a Recorrente que a decisão atacada violou a Súmula nº 14, do STF, e o artigo 3º, da Lei nº 6.334/76.

O Recurso não foi contra-arrazoado, tendo sido admitido (fls. 64) e encaminhado a esta Corte, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou por seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A atual Carta Magna proíbe toda e qualquer discriminação, em razão da idade, para o ingresso do servidor em cargo público da administração direta, autárquica ou fundacional. Por isso, o artigo 3º, da Lei nº 6.334/76, não foi recepcionado pela CF/88, o que implica em sua revogação.

Precedentes desta Corte.

Recurso não conhecido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): São os seguintes os artigos da Constituição Federal de 1988, necessários à elucidação da questão posta nos autos:

ART. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX: proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.”

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, também, ao seguinte:

I: Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei.”

ART. 39: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 2º: Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII, e XXX.

O disposto no inciso XXX do art. 7º proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão, por motivo de idade, sexo, cor ou estado civil. Entendo que os Direitos Sociais, integrando os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição, devem ser analisados, dado o seu alcance, com o significado de sua concepção política. Nesse particular, veio reparar uma grave injustiça social, reclamada de há muito pela sociedade brasileira.

Qualquer requisito em lei, que venha contrariar ou estabelecer limitações a esse direito, por certo há de ser considerado inconstitucional, sob pena de invalidar o dispositivo, que deverá ser preservado, tendo em conta, também, o caráter liberal do texto constitucional. Por isso, o art. 3º da Lei nº 6.334/76 não foi recepcionado pela atual Carta Magna, o que implica em sua revogação.

Em abono deste entendimento, cito trecho do parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, no RMS nº 289, relator para acórdão o Sr. Ministro Américo Luz:

“O acórdão impugnado, segundo ressei do voto vencedor (fls. 64/69), partindo da consideração de que o reconhecimento jurídico da igualdade entre os homens “não afasta, porém, a necessidade da aceitação do fato, também irrecusável, da desigualdade entre as pessoas” (fls. 63), decorrente até de causas objetivas e cientificamente constatáveis (fls. 66), concluiu que “a regra inscrita no art. 7º, inc. XXX, que proíbe a diferenciação no critério de admissão em razão da idade, não veda a estipulação legal de requisitos: (1) recomendados pela ciência, como a incapacidade reconhecida aos menores de 16 anos; (2) ou indispensáveis ao exercício de certas funções, como a previsão de idade máxima para ingresso na Brigada Militar; (3) ou que decorram do próprio sistema organizacional prescrito pela Constituição para a administração pública, de que é exemplo a expectativa de cumprimento da função por 30 anos até a aposentadoria, antes de alcançar setenta anos” (fls. 67).

Ressalte-se, desde logo, para permitir uma argumentação mais segura, as hipóteses em que a própria Constituição, explícita ou implicitamente, formula exigência de idade mínima ou máxima:

a) 70 anos de idade, como limite máximo de permanência no serviço público: arts. 40, inc. II; 93, inc. VI, e 129, § 4º;

b) idade mínima para o exercício de determinados cargos e funções públicas: arts. 14, § 3º, inc. VI; 73, § 1º, inc. I; 87, *caput*; 89, inc. VI; 101, *caput*; 104, parágrafo único; 107, *caput*; 111, § 1º; 123, parágrafo único e 128, § 1º;

c) idade máxima para admissão ao exercício de certos cargos públicos: arts. 73, § 1º, inc. I; 101, *caput*; 104, parágrafo único; 107, *caput* e 111, § 1º. Incluem-se aqui os arts. 93, inc. VI, e 129, § 4º, que, ao exigirem permanência por prazo mínimo no exercício de cargos públicos, implicitamente fixam idade máxima para seu provimento;

d) 18 anos como idade mínima para o exercício de cargos e funções públicas para os quais a Constituição não impõe idade específica, afirmação que se baseia no art. 37, § 4º, que expressamente consagra a responsabilidade administrativa, civil, e, sobretudo, penal, dos agentes públicos, enquanto que o art. 228 exclui a responsabilidade penal dos menores de 18 anos.

Afora tais hipóteses, tem-se a regra geral do art. 39, § 2º, que estende aos servidores públicos civis (para os militares, veja-se o art. 42, § 11), o preceito do art. 7º, inc. XXX, precisamente aquele que consagra o princípio da isonomia especificamente quanto à admissão ao trabalho, vedando discriminação baseada em sexo, idade, cor ou estado civil. O que permite concluir que, em geral, a admissão ao serviço público — e, com maior razão, a inscrição em concurso para provimento de seus cargos — independe de limite de idade, no plano da Administração Pública Civil, em qualquer dos três Poderes do Estado e não apenas no Executivo, respeitada a idade mínima de 18 anos.

Como se viu nos itens anteriores (7 e 8) a Constituição revela grande preocupação em deixar claro todas as hipóteses de restrição ao direito de acesso aos cargos e funções públicas, fundadas na idade. E, excluídos os casos previstos, implícita ou explicitamente, a Carta Magna enunciou regra genérica vedando a previsão de critério de admissão ao trabalho ou ao serviço público apoiado em diferença de idade, não deixando, no particular, margem para a legislação infraconstitucional.”

O citado RMS nº 289/RS restou assim ementado:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE DOS CANDIDATOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUA FIXAÇÃO EM NORMA INFRACONSTITUCIONAL. ARTIGOS 7º, INCISO XXX, E 39, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, aplicável aos servidores públicos civis (art. 39, § 2º), é regra de especial garantia ao princípio da isonomia, no que diz respeito ao direito ao trabalho e ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas.

A Constituição Federal de 1988, explícita ou implicitamente, deixou claro todas as hipóteses de restrição ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas fundadas na idade, nada restando à legislação infraconstitucional no particular.

Afronta a Constituição o ato que impede a inscrição de candidatos em concurso público sob o fundamento de que possuem mais de 50 (cinquenta) anos de idade.”

Como precedente cito o REsp nº 10.927-MG, relator o Sr. Min. Garcia Vieira — DJ 05.08.91.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, peço vênha para discordar do Eminentíssimo Sr. Ministro-Relator, como já o fiz no caso anterior do Sr. Ministro Pádua Ribeiro (REsp nº 11.122, também da Bahia). A ele me reporto.

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, tenho voto conhecido, na mesma linha do proferido pelo Eminentíssimo Ministro-Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Presidente): Acompanho o Sr. Ministro-Relator, embora examine caso a caso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.982 — BA — (91.0004373-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Recte.: União Federal. Recda.: Maria Genimar Silva Farias. Adv.: Eduardo Rodrigues Carinhonha.

Decisão: “A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Hélio Mosimann, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator” (18.12.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 9.173 — SP

(Registro nº 91.4855-0)

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

Recorrentes: *Tecelagem Parahyba S/A e outros*

Recorrido: *Banco do Estado de São Paulo S/A — BANESPA*

Advogados: *Drs. José Diogo Bastos Neto e outro, e Luiz Carlos Pereira e outros*

EMENTA: CAUSA DECIDIDA EM ÚLTIMA INSTÂNCIA. INTIMAÇÃO. OMISSÃO DO NOME DO ADVOGADO. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

Compreende-se por causa decidida em última instância não apenas a questão de mérito, mas qualquer uma ainda que incidental.

A omissão do nome do advogado na intimação para indicar peças que devem compor o instrumento de agravo, acarreta nulidade.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de setembro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Admitido foi o recurso especial nos termos da seguinte decisão da Presidência do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo:

“1. Cuida-se de recurso especial, em que se converteu o extraordinário, para apreciação das questões legais deduzidas na argüição de relevância, na qual se alega ofensa aos artigos 236, § 1º, e 247, do Código de Processo Civil. Pugnam os recorrentes pelo reconhecimento da nulidade processual, decorrente da falta de intimação de seu patrono para os fins do artigo 524 do citado *codex*.

2. Merece prosperar o apelo.

Com efeito, a falta de intimação do patrono dos recorrentes, para indicar peças e responder ao agravo de instrumento, importa, necessariamente, na nulidade deste.

Conseqüentemente foi possibilitada aos recorrentes a interposição deste recurso, apesar de há muito decorrido o prazo legal, conforme determinado por despacho desta Egrégia Presidência (fls. 90).

Irremediável o lapso, não há como deixar de reconhecer a nulidade aqui pleiteada.

3. Posto isso, defiro o recurso especial.” (fls. 110).

Relatei.

VOTO

EMENTA: CAUSA DECIDIDA EM ÚLTIMA INSTÂNCIA. INTIMAÇÃO. OMISSÃO DO NOME DO ADVOGADO. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

Compreende-se por causa decidida em última instância não apenas a questão de mérito, mas qualquer uma, ainda que incidental.

A omissão do nome do advogado na intimação para indicar peças que devem compor o instrumento de agravo, acarreta nulidade.

Recurso provido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Esforça-se o banco recorrido para evitar o conhecimento do recurso especial, com argüição de várias preliminares, tocantes ao não cabimento do recurso, e à falta de interesse processual.

Não tem razão o recorrido.

Quando a Constituição define os contornos do especial, a causa decidida não é apenas a de mérito, mas qualquer uma, incidental ou não, apreciada em última instância. Esse é o entendimento pacífico daquela expressão nos tribunais.

Quanto ao interesse processual, em sendo parte, não se lhe pode obscurecer o legítimo e manifesto interesse para provocar esta Corte.

No mérito, não se pode deixar de reconhecer o direito dos recorrentes à intimação para a formação do instrumento e para a resposta. Acontece que a publicação omitiu o nome do advogado dos recorrentes consoante exibição nos autos de cópia do Diário Oficial do Estado de São Paulo, a acarretar a nulidade do recurso, a partir daquele momento.

A lei processual é muito clara: inquire de nulas as citações e intimações feitas sem observância das prescrições legais (art. 247 do CPC).

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para declarar a nulidade alegada.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.173 — SP — (91.4855-0) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrentes: Tecelagem Parahyba S/A e outros. Recorrido:

Banco do Estado de São Paulo S/A — BANESPA. Advogados: José Diogo Bastos Neto e outro, e Luiz Carlos Pereira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 30.9.91 — 3ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 9.223 — SP

(Registro nº 91049948)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *R. Nascimento S/A — Comissária e Comercial*

Recorrida: *Deicmar-Haniel S/A — Despachos Aduaneiros, Assessoria e Transportes*

Advogados: *Drs. Arnaldo Martinez Camarinha da Silva e outros, e Clayton Branco e outros*

EMENTA: Embargos de declaração. Âmbito. É incabível, nos declaratórios, rever a decisão anterior, reexaminando ponto sobre o qual já houve pronunciamento, com inversão, em consequência, do resultado final. Nesse caso, há alteração substancial do julgado, o que foge ao disposto no art. 535 e incisos do Cód. de Pr. Civil. Recurso especial conhecido em parte e assim provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Em execução, liquidada a sentença por arbitramento, a ré-devedora tirou agravo de instrumento (26.10.87), que o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 4ª Câmara Civil, assim descreveu e decidiu (3.5.88):

“Deicmar Haniel S.A. — Despachos Aduaneiros, Assessoria e Transportes, agrava do despacho do MM. Juiz que determinou a atualização da conta de liquidação. Alegou já ter efetuado o depósito da quantia apurada e que a alteração posterior implica em alterar a coisa julgada. O primeiro despacho havia afirmado que a conta estava correta, no entanto, despacho posterior determinou que nova conta fosse feita, com o valor da OTN alterado, a ponto de a condenação alcançar cifra muito elevada. Argumenta com o art. 610 do Código de Processo Civil que determina que na liquidação não pode haver discussão ou modificação da sentença exequenda.

O agravado ofereceu resposta.

O MM. Juiz manteve sua decisão.

É o relatório.

Do exame dos documentos, juntados pelas partes e pelo Juízo, conclui-se não ter havido inovação do julgado, mas simples atualização da quantia efetivamente devida.

Os débitos decorrentes de condenação judicial devem ser atualizados até efetivo pagamento. O fato de a OTN ter conservado o mesmo valor de 28.2.86 a 28.2.87 não impede a correção dos débitos, posto que nesse período houve inflação, como é fato notório. Durante o ano de 1986 a atualização foi feita tendo como índice o IPC e as LBC tal como foi determinado pelo MM. Juiz, seguindo recomendação da Egrégia Corregedoria. Antes mesmo do Decreto-lei nº 2.290/86 a atualização do débito era devida, tendo em vista o disposto na Lei nº 6.899/81. Não há falar em coisa julgada nem em preclusão posto que a quantia apurada na condenação não foi alterada, mas simplesmente atualizada. As contas feitas após a primeira não alteraram o julgado, somente se limitaram a atualizar o valor e acrescentaram os juros ainda não calculados. A atualização deve ser feita até efetivo pagamento, com o *quantum* corrigido até o dia do depósito.

O despacho do MM. Juiz não merece correção alguma.

Isto posto, nega-se provimento ao agravo.”

2. Após, a ré-devedora entrou com embargos de declaração, que o Tribunal recebeu, para alterar o acórdão proferido no agravo de instrumento, *in verbis*:

“Deicmar Haniel S/A, Despachos Aduaneiros, Assessoria e Transportes, opõe embargos de declaração ao acórdão prolatado no Agravo de Instrumento. Alega ter havido contradição e omissão no acórdão. A contradição consistiria no fato de a câmara ter decidido que a conta deve ser feita de acordo com o Decreto-lei nº 2.284/86 e Decreto nº 2.290/86 e após a conversão deve ser atualizada de acordo com os índices oficiais, conforme recomendação da Egrégia Corregedoria. Esclarece que o MM. Juiz já havia decidido que a atualização se faria de acordo com o arts. 6º e 33 do Decreto-lei nº 2.282/86 e ainda letra c da recomendação da E. Corregedoria e que essa decisão transitara em julgado.

No decisório agravado, o MM. Juiz alterou a forma de cálculo. Argúi ainda que na época da conta não havia expressa disposição que determinasse a atualização pela OTN *pro rata*. Tendo sido considerada regular a liquidação feita pela lei vigente à época e levantado o depósito sem restrição pelo embargado, não é possível modificar a decisão após um ano, alterando o critério adotado. Afirma que houve ofensa à coisa julgada.

A omissão do acórdão seria não ter se manifestado sobre a coisa julgada, a preclusão e a quitação.

É o relatório.

1. Reexaminando-se os autos, verifica-se que em 8/5/86 foi julgada a liquidação por arbitramento fixada a condenação ao equivalente a 56.302,12 ORTN relativamente ao principal e mais 8.445,318 ORTN referente aos acessórios. Dessa sentença houve apelação, que foi negado provimento.

2. Afasta-se, desde logo, a alegação de ofensa à coisa julgada. A sentença que julgou a liquidação foi objeto de recurso improvido. A conta não divergiu do julgado.

3. Feitos os cálculos pelo contador, a embargante depositou em 8/9/86 a quantia de Cr\$ 6.024.062,77 (fl. 29). Os autos retornaram ao contador que em 29/9/86 apurou diferença a recolher (fl. 30). Essa nova conta foi impugnada pelo embargante (agravante) e pela embargada (agravada). A impugnação foi acolhida,

em parte, determinando o MM. Juiz que fosse excluída parcela indevida e referente a custas. À impugnação da embargada (agravada) o MM. Juiz deu provimento, em parte. Explicitou em seu despacho: 'a atualização é feita somente até 28/2/86 tomando-se por base a ORTN de fevereiro de 1986, de Cr\$ 93.039,40, com a conversão em cruzados na proporção de um para mil. Fica assim rejeitada a impugnação de fls. 1.000/1.001' (fl. 32). Acolheu a impugnação quanto ao cálculo dos juros e determinou o retorno dos autos ao contador.

Foram elaboradas pelo contador as contas de fl. 35 (12/11/86) e fl. 36 (em 3/2/87). Em 14 de abril de 1987 o MM. Juiz reputou correta a conta de fls. 1.030 e 1.031 (fls. 35 e 36 destes autos) e determinou o retorno dos autos ao contador para a atualização da conta com base na OTN de abril de 1987. Intimada, a embargante (agravante) impugnou a atualização demonstrando que depositara Cz\$ 740.094,51 referentes à diferença de juros (fl. 40) e pediu a extinção da execução. À fl. 41 o MM. Juiz arbitrou o salário do perito e autorizou o levantamento do depósito dos juros. Determinou o retorno dos autos ao contador para a atualização da conta de verificação ao valor da OTN de maio de 87 (despacho proferido a 4/5/87).

A embargante novamente impugnou a conta (fl. 42). Pediu a homologação da conta de fl. 36 afirmando que a alteração se constituía em inovação da liquidação e ressaltando ter depositado o principal e juros.

O MM. Juiz, ao apreciar a impugnação, proferiu o despacho de fl. 42 que é o despacho agravado.

4. Atende-se nestes embargos declaratórios a argüição de preclusão e modifica-se em parte o acórdão proferido no Agravo de Instrumento.

A conta de verificação do débito deve ser feita, como o foi inicialmente, com fundamento no Decreto-lei nº 2.284/86 sem a aplicação do Decreto-lei nº 2.290/86 e a tese adotada na Uniformização de Jurisprudência na Apelação nº 114.244-2, da comarca de Itanhaém. E isso porque a conta foi efetuada antes dos critérios supervenientes do Decreto-lei nº 2.290/86 e Uniformização de Jurisprudência.

Com efeito, efetuado o depósito, a embargada (agravada) o levantou sem restrição. Na verdade, o depósito correspondia ao que fora apurado na conta, reputada correta pelo MM. Juiz. E realmente a conta estava correta para a época em que foi elaborada.

da. A alteração daquela conta, por critérios supervenientes, após o pagamento ainda que parcial, encontra óbice na preclusão. A decisão do MM. Juiz ao julgar correta a conta e ao depois (fls. 44 e seguintes) ao julgar efetuado o pagamento do principal é um despacho interlocutório equiparado a sentença e está sujeito ao princípio da imodificabilidade. O despacho agravado não se limitou a corrigir erro aritmético, que pode ser efetuado a qualquer tempo. Modificou critério para efetuar o cálculo, contrariando despacho anterior, que reputara correto o cálculo e efetuado o pagamento do principal e que ficara irrecorrido. Se a embargada (agravada) se conformou com o despacho anterior, precluso está seu direito de reclamar novo cálculo, após o Decreto-lei nº 2.290/86 e a tese adotada pela Uniformização de Jurisprudência. O despacho agravado, proferido mais de um ano após o depósito e levantamento do principal e parte dos acessórios, inovou questão já decidida e alcançada pela prescrição.

Supre-se, assim, a omissão, e reconhece-se a preclusão, que invalida o despacho agravado.

5. Os juros, conforme determinou o despacho agravado, também não podem ser calculados na forma determinada. Com efeito, o despacho agravado mandou calcular juros sobre juros, o que é defeso. Acolhem-se os embargos nesse particular.

6. Quanto à quitação, em tese, não pode ser entendida na forma como alegou a embargante. O débito, na liquidação é um todo, abrange principal, e acessórios. À medida em que vão sendo depositadas quantias, que não cobrem toda a dívida, a quitação se refere somente às parcelas pagas, corrigindo-se o saldo, como fez o contador à fl. 42. Ocorre, porém, que neste caso, devido à preclusão, deve-se considerar pago o principal, pois o MM. Juiz, em despacho interlocutório irrecorrido, julgou pago o principal e este foi levantado pela embargada (agravada). O juízo dividiu a dívida em duas parcelas, uma referente ao principal e outra aos acessórios. Nesse sentido é o despacho de fls. 44 e seguintes. Esse despacho ficou irrecorrido e considerou pago o principal integralmente. Tendo em vista os dois depósitos efetuados, afirmou que sobrava ainda o valor de Cz\$ 664.837,00 correspondente a 5.847,15 OTNs.

Destarte, deve ser feita nova conta, excluindo-se o principal. A nova conta apurará os juros, honorários, despesas e custas, tudo devidamente atualizado à data da conta, e deduzido o excedente dos dois depósitos.

7. Isto posto, acolhem-se, em parte, os embargos para os fins supra, alterando-se o acórdão proferido no Agravo de Instrumento.”

3. Vieram novos embargos de declaração, tanto da ré-devedora (Deicmar Haniel S/A) quanto agora da autora-credora (R. Nascimento S/A — Comissária e Comercial Ltda.), ambos parcialmente recebidos, em conclusão:

“8. Isto posto, acolhem-se, em parte, os embargos de Deicmar Haniel S/A, para declarar que o despacho recorrido é o de fl. 44 e para esclarecer a dúvida quanto a nova conta.

Acolhem-se, em parte, os embargos de R. Nascimento S/A para declarar que a embargante quando do levantamento das quantias depositadas, protestou por atualização.”

4. Surgiu então o recurso especial da autora-credora: pela alínea *a*, alega ofensa aos arts. 535 e incisos I e II, porque o acórdão dos embargos modificou, substancialmente, o acórdão embargado, 610, porque houve alteração da sentença liquidanda, 467, todos do Cód. de Pr. Civil, porque atingida a coisa julgada, e ainda ao art. 1º da Lei nº 6.689/81; pela alínea *c*, apresenta dissídio em relação ao tema do art. 535 e incisos I e II.

5. Admitido o recurso, subiram os autos com razões e contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Com assento nas alíneas *a* (ofensa ao aludido art. 535 e incisos I e II) e *c* (dissídio com julgados de outros tribunais), um dos fundamentos do recurso especial é o de que o acórdão dos primeiros embargos de declaração teria alterado de modo substancial o acórdão do agravo de instrumento. “Não é difícil verificar, pois,” — afirmou a recorrente — “que o venerando acórdão recorrido, assim decidindo, alterou substancialmente o teor da decisão embargada, procedendo, como ele mesmo reconhece, verdadeiro reexame da questão (fls. 137), em frontal modificação da decisão embargada (fls. 157)”. De fato, o acórdão dos segundos embargos de tanto deu conta, e reconheceu expressamente nesta passagem:

“O acórdão proferido nos embargos declaratórios realmente modificou a decisão anterior. Os embargos declaratórios têm por finalidade suprir omissão, esclarecer dúvida, desfazer contradição e aclarar obscuridade. Para cumprir essa finalidade, por vezes, é

necessário modificar o julgado, posto que os embargos declaratórios têm bastante amplitude (RTJ, 86/359; 88/325; RT, 569/222; 569/172; *apud* Theotônio Negrão — CPC).

A alteração do acórdão não excedeu os limites do artigo 535, II, do Código de Processo Civil. Não houve, portanto, afronta a dispositivo de lei federal.”

2. A mim me parece que a alteração ultrapassou os limites do art. 535, inciso II. De omissão quanto à preclusão não era de se cogitar, vez que de tal assunto o primitivo acórdão tratara, com todas as palavras, *verbis*: “Não há falar em coisa julgada nem em preclusão, posto que a quantia apurada na condenação não foi alterada, mas simplesmente atualizada. As contas feitas após a primeira, não alteraram o julgado, somente se limitaram a atualizar o valor e acrescentaram os juros ainda não calculados”. Portanto, não cabia, no julgamento dos embargos de declaração, voltar-se ao tema, salvo se para algum esclarecimento, mas não para reconhecer-se, como reconheceu-se, a preclusão: “Supre-se, assim, a omissão, e reconhece-se a preclusão, que invalida o despacho agravado”.

3. Veja-se, por exemplo, esse tópico do voto do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp-622, com julgamento findo em 24.10.89:

“A decisão dos embargos ultrapassou de muito o que seria admissível. Procedeu-se a novo julgamento da causa, tendo-se conta até mesmo documento que só com o pedido de declaração foi apresentado, como se vê da menção ao que se acha a fls. 125.

Com a devida vênia, tenho como certo que o acórdão violou o disposto no artigo 535 do Código de Processo Civil, dando aos embargos declaratórios extensão que não podem ter.”

Eis a ementa:

“Embargos declaratórios.

Inviável, por essa via, proceder-se a reexame da causa para dar-se aos fatos versão fundamentalmente distinta da tida como a correta no julgamento da apelação.

Provimento do recurso especial por violação do artigo 535 do Código de Processo Civil.”

Em sentido análogo, a ementa do RMS-485, DJ de 9.10.90, de minha relatoria:

“Mandado de segurança contra ato judicial. Embargos de declaração, com amplo efeito modificativo. Impossibili-

dade. Hipótese em que, pela sua peculiaridade, a 3ª Turma houve por bem anular o processo para, restaurando a decisão concessiva da segurança, permitir outro julgamento dos embargos. Recurso ordinário provido, em parte.”

4. Conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, para anular o processo a partir de fl. 135 (inclusive), a fim de que o Tribunal *a quo* julgue os primeiros embargos de declaração, mas sem efeito modificativo.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, os efeitos infringentes seriam possíveis, caso se cogitasse de algum fundamento não examinado, e que o sendo poderia levar a uma decisão diversa. Não é o caso, como V. Exa. bem explicitou.

Acompanho o voto de V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.223 — SP — (91049948) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: R. Nascimento S.A. Comissária e Comercial. Recorrida: Deicmar-Haniel S.A. — Despachos Aduaneiros Assessoria e Transportes. Advogados: Drs. Arnaldo Martinez Camarinha da Silva e outros, e Clayton Branco e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nesta parte, deu-lhe provimento (3ª Turma, 13.08.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 9.307 — MG (Registro nº 91.0005198-5)

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

Recte.: *Consórcio Mila Sociedade Civil Ltda.*

Recdo.: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Drs. Nélio Barra Reis e outros*

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇA OBRIGATÓRIA.

Na instância ordinária deve ocorrer a conversão do julgamento em diligência, para o fim de traslado de peça essencial ao instrumento do agravo.

Recurso especial atendido.

Unânime.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de recurso especial interposto nos autos da ação cautelar pública, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando ofensa aos arts. 523 e 557 do CPC, além de dissídio jurisprudencial, contra decisão proferida pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que não conheceu do agravo de instrumento por faltar ao traslado a intimação da decisão agravada.

Do aresto recorrido transcrevo a parte objeto da impugnação:

“É jurisprudência assentada desta egrégia Quarta Câmara Cível que não se conhece do agravo defeituoso, ao qual falta peça imprescindível — no caso exatamente a certidão de intimação da decisão agravada, de importância capital.

É cediço, compete à parte agravante fiscalizar a formação do instrumento, diligenciando para que os respectivos autos subam ao Tribunal de modo a, de plano, estarem provados os requisitos processuais de admissibilidade. Tanto é assim que a agravante à fls. 76 TJ, nessa atividade de vigilância, alertava o MM. Juiz

monocrático quanto à ausência, no bojo do instrumento, das cópias da inicial e da decisão agravada. Todavia, sobem os autos sem a prova de o agravo ter sido manejado no prazo legal, o que se provaria justamente com a certidão de intimação. E, desde que o tribunal não pode verificar o cumprimento de um requisito essencial de admissibilidade, segue-se que também não pode conhecer do recurso.

Ademais, abstraindo-se desse ponto, se dele conhecesse seria para lhe negar provimento.” (fls. 118 a 119).

Pelo despacho de fls. 142 a 143, foi o recurso admitido, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Verifica-se dos autos que a recorrente na sua petição de agravo de instrumento requereu que se trasladasse a certidão de intimação da decisão agravada.

Posteriormente, às fls. 76, reiterou ao Juiz da 1ª Vara Cível o traslado da mencionada certidão que estava faltando para a formação do instrumento.

O v. aresto ao escusar-se de converter o julgamento em diligência para a trazida da peça obrigatória, essencial para a aferição da tempestividade do recurso, violou o art. 523 c/c o art. 557, do CPC.

Devo ressaltar que na instância ordinária deve ocorrer a conversão do julgamento em diligência para a transladação de peça essencial, não se aplicando os princípios da Súmula 288, do STF.

De mais a mais, o advogado fiscalizou e verificou a falta da peça essencial em tempo hábil, não se podendo imputar à parte nenhuma omissão, mas sim, ao serventuário.

O dissídio jurisprudencial se acha demonstrado, consoante se infere do RE 94.660 trazido à colação, relatado pelo eminente Ministro RAFAEL MAYER, in RTJ 99/1.386, *verbis*:

“Agravo de instrumento. Arts. 523, III, e 557, do CPC. Traslado deficiente. Peça obrigatória. Conversão em diligência.

É razoável a interpretação dos dispositivos legais questionados, no sentido de determinar diligência para suprir a falta de certidão de intimação do despacho agravado, peça obrigatória do

instrumento. Inaplicabilidade à espécie da Súmula 288; art. 544 do CPC e normas do Regimento Interno do STF. Recurso extraordinário não conhecido.

Escusando-se de converter o julgamento em diligência, para a trazida de peça obrigatória, essencial à conferência da tempestividade do agravo, conforme requerido na petição, o venerável acórdão negou vigência ao parágrafo único do art. 523, conjugado com o art. 557 do Código de Processo Civil. Conheço portanto do recurso e lhe dou provimento a fim de que o Egrégio Tribunal, afastando o acórdão recorrido, converta em diligência para conhecer das certidões pertinentes à intimação do despacho agravado, requeridas pelos agravantes, e decida como de direito..." (fls. 127).

Destarte, conheço do recurso e lhe dou provimento por ambos os fundamentos, para que o Tribunal *a quo* converta o julgamento em diligência para determinar o traslado da certidão de intimação da decisão agravada, requerida pelo agravante, decidindo, após, a causa, como entender de direito.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.307 — MG — (91.0005198-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Consórcio Mila Sociedade Civil Ltda. Recdo.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Advs.: Drs. Nélio Barra Reis e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Min. Relator (4ª Turma — 04.06.91).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 9.393 — SP (Registro nº 91.0005485-2)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Luiz Cassiano de Góes*

Recorrida: *Janete Lopes*

Advogados: *Drs. Salvador Ceglia Neto e outros, e Bina Mandelman Basseches e outros*

EMENTA: *Direito e Processo Civil. Alimentos. Exoneração. Apelação. Efeitos. Interpretação. Agravo retido. Inaplicabilidade ao recurso especial. Recurso não conhecido.*

I — Segundo o sistema vigente (CPC, art. 520-II e Lei 5.478/68, art. 14), sem embargo dos bons argumentos em contrário, a apelação que impugna sentença exonerativa de alimentos deve ser recebida em ambos os efeitos.

II — A incidência apenas do efeito devolutivo somente se dá quando ocorre condenação ou majoração dos alimentos.

III — Não cabe o agravo retido em relação ao recurso especial (CPC, art. 522, § 1º).

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Em “ação revisional de alimentos com exoneração parcial”, ajuizada pelo recorrente contra sua ex-esposa e seus filhos impúberes, a sentença acolheu a pretensão exoneratória em relação à ex-esposa, mantendo a verba alimentícia quanto aos filhos.

Apelando a ré, seu recurso foi recebido, em primeiro grau, tão-só no efeito devolutivo, o que ensejou interposição de agravo de instrumento, que veio a ser provido no eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Inconformado, em 5.10.87 recorreu o autor extraordinariamente pelas alíneas *a* e *d* do então permissivo constitucional, argüindo relevância da questão federal, sob a alegação de dissídio jurisprudencial e violação do art. 14 da Lei 5.478/68, tendo o apelo sido admitido, em 21.11.90, pela alínea *a*, art. 105, III, da atual Constituição.

Aduzo que o recorrente ainda postula exame de agravo retido interposto contra decisão que determinou diligência para suprir deficiência na formação do instrumento, alegando ofensa à súmula do Supremo Tribunal Federal (verbete 288).

Conclui a Subprocuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso, após anotar que a hipótese figurada nos textos de lei não coincide com a matéria deduzida.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Em primeiro lugar, não conheço do agravo retido, uma vez não ter aplicação essa modalidade de interposição no âmbito do recurso especial, consoante se vê da própria redação do § 1º do art. 522 do Código de Processo Civil, que o vincula à apelação (a respeito, Teresa Arruda Alvim Pinto, "Agravo de Instrumento", RT, 1991, p. 74). Ademais, mesmo que dele conhecesse seria para desprovê-lo, haja vista que o enunciado 288 da súmula/STF somente se refere aos agravos interpostos para a instância especial, não incidindo quanto aos agravos nas instâncias ordinárias, onde a jurisprudência tem predominantemente autorizado a conversão em diligência para suprir eventuais deficiências.

Quanto o recurso especial, dele não conheço pelo dissídio, que não restou demonstrado de forma hábil, segundo as normas regimentais e do art. 38 da Lei 8.038/90, pelo que passo ao exame do apelo sob o ângulo da alínea *a*.

Debate-se, em última análise, se, proferida sentença exoneratória de alimentos em relação à ex-esposa (não obstante a manutenção do pensionamento quanto aos filhos), a apelação deveria ou não ser recebida também no efeito suspensivo.

A matéria não se mostra pacificada, especialmente na jurisprudência, verificando-se bons argumentos em ambos os sentidos, pelo que, confesso, já tive entendimento diverso. A propósito, vê-se que o art. 13 da Lei 5.478/68 não se refere explicitamente às ações de exoneração

alimentar e que essa Lei, embora anterior ao atual Código de Processo Civil, teve a redação do seu art. 14 alterada pela Lei 6.014, a ele posterior.

Cuida-se, na espécie, de confronto de normas, a reclamar interpretação sistemática, sendo pertinente a lição segundo a qual

“os dispositivos legais não têm existência isolada, mas se inserem, organicamente, em um ordenamento jurídico, em recíproca dependência com as demais regras de direito que o integram, de modo que, para serem entendidas, devem ser examinadas em suas relações com as demais normas que compõem aquele ordenamento e à luz dos princípios gerais que o informam: é o método lógico-sistemático.” (“Teoria Geral do Processo”, Cintra, Grinover e Dinamarco, Cap. 9, nº 37, RT, 1979).

Enquanto o art.14 da Lei 5.478/68 proclama que, nos casos por ela regidos (art. 13), “da sentença caberá apelação no efeito devolutivo”, o art. 520, II, do Código Processual, prevê efeito apenas devolutivo quando a sentença **condenar** à prestação de alimentos.

Vê-se, destarte, que o efeito apenas devolutivo somente se dá na hipótese de condenação ou de majoração, até porque, consoante decidiu o eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Uniformização de Jurisprudência nº 212 (RT 568/144).

“A razão primordial da exceção é a sobrevivência do alimentando, e ela é justamente o que o dispositivo quer resguardar, ainda que recurso tenha sido interposto contra a decisão que condenar à prestação de alimentos, contribuição a ser preservada até que a matéria se decida em sua plenitude, com evidente auxílio à parte, em tese, mais carente.

Não se pode esquecer o motivo da prestação alimentícia, antes social que formalmente jurídico, a remontar à natureza da própria família, e se unirem seus integrantes contra as pressões do meio e a se obrigarem à recíproca harmonia de esforços para sobreviverem.

Não se esqueça que o direito a alimentos tem características subjetivas naturais, é produto da ética e da solidariedade humana.

Daí o cuidado do legislador ao resguardar o alimentando até o final decidir da Justiça”.

Yussef Said Cahali, com sua habitual segurança, ao versar o tema sobre a suspensividade ou não dos efeitos da sentença, escreve:

“A dúvida remanesce em torno dos efeitos da impugnação recursal, variáveis em função do pedido e do preceito contido na sentença.

A respeito, o TJRJ, acertadamente, uniformizou a sua jurisprudência, afirmando a tese de que “é apenas devolutivo o efeito de apelação interposta de sentença que, em ação de modificação de cláusula de separação judicial, condenar à prestação de alimentos (arts. 520, II, do CPC, 13 e 14, da Lei 5.478/68)”.

Assim, conforme decidiu o TJSP, “a sentença que condena a majorar alimentos é de condenação à prestação de alimentos; condena a prestá-los em bases mais alta do que vinham sendo prestadas; de modo que a apelação, nos termos do art. 520, II, do CPC, deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Os arts. 13 e 14 da Lei 5.478/68 estabelecem que às ações revisionais se emprestará o mesmo tratamento processual das ações de alimentos”.

Quanto à sentença que reduz alimentos, pretendeu-se que também a apelação deve ser recebida no efeito apenas devolutivo “tendo em vista o disposto nos arts. 13 e 14 da Lei 5.478/68, e 520, II, do CPC”, e no pressuposto de que isto “acarretará menor dano ao alimentante e possibilitará, sem dificuldades, caso tenha sucesso o recorrente, executar as diferenças devidas”.

Não nos parece seja esse o melhor entendimento; **tal como acontece com a ação de exoneração julgada procedente**, do mesmo modo a revisional que reduz a pensão sujeita-se à apelação a ser processada no duplo efeito, pois a exceção do art. 520, II, do CPC, prevê o efeito apenas devolutivo somente da sentença que “condenar à prestação de alimentos”; e segundo os princípios, a exceção interpreta-se estritamente, sem possibilidade de aplicação analógica” (“Dos Alimentos”, RT, 1984, Cap. XI, nº 4, p. 588/589) (grifei).

Outro, também, não é o pensar de Paulo Dourado de Gusmão, em “Dicionário de Direito de Família”, Forense, 1987, verbete “alimentos”, conclusão nº 29.

Em suma, não conheço do recurso.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Manifesto afigura-se o descabimento do agravo retido em recurso especial. Basta conferir-se o disposto no art. 522, § 1º, do Código de Processo Civil.

A questão central ora submetida a julgamento diz com o efeito da apelação interposta pela mulher vencida em ação exoneratória de prestação alimentícia movida pelo ex-marido. O MM. Juiz de Direito rece-

beu-a tão-só no efeito devolutivo, ao passo que o Tribunal de Justiça de São Paulo, provendo o agravo de instrumento interposto, lhe atribuiu os dois efeitos de direito.

Ao intérprete cabe harmonizar preceitos legais que aparentam conter disposições conflitantes, tal como ocorre com os arts. 520, inciso II, do CPC, de um lado, e 14 da Lei nº 5.478/68, de outro, este último com a redação dada pela Lei nº 6.014, de 27.12.73.

Vale ressaltar que esta Lei nº 6.014/73 veio precisamente adaptar ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona, entre elas, a Lei nº 5.478/68, acima citada. Logo, não é razoável inferir-se que a nova redação atribuída ao art. 14 da Lei nº 5.478, de 1978, tenha tido por finalidade modificar o critério firmado pela lei processual civil.

Daí a observação de Yussef Said Cahali, consoante a qual:

“O art. 14 da Lei de Alimentos, na redação dada pela Lei 6.014, de 27.12.1973, dispõe que ‘da sentença caberá apelação no efeito devolutivo’.

Mais preciso, porém, se mostra o CPC, em seu art. 520; estatuinto que a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo (como regra geral), ressalva que será recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que ‘condenar à prestação de alimentos’ (inciso II).

Assim, ‘quando a ação de alimentos é julgada improcedente, a sentença não é condenatória de prestação alimentícia, e neste caso a apelação interposta será recebida em ambos os efeitos, segundo a regra geral do art. 520, *caput*, do CPC; o recurso terá efeito meramente devolutivo apenas quando se tratar de sentença condenatória de alimentos’ (“Dos Alimentos”, págs. 535/536, ed. 1984).”

A razão primordial dessa exceção — di-lo Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em sede de uniformização de jurisprudência — “é a sobrevivência do alimentando, e ela é justamente o que o dispositivo quer resguardar, ainda que recurso tenha sido interposto contra a decisão que condenar à prestação de alimentos, contribuição a ser preservada até que a matéria se decida em sua plenitude, com evidente auxílio à parte, em tese, mais carente’ (*in Rev. dos Tribs.* 568/145). Desse teor, aliás, a anotação de Pontes de Miranda acerca do estatuído no art. 520, II, da lei instrumental civil: “As ações de alimentos têm a eliminação do efeito suspensivo da apelação como favor à vida, ao direito à existência” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo VII, pág. 244, ed. 1975).

Esse, portanto, o espírito que tem norteado o legislador, tanto que, ao editar a regra insculpida no art. 13, § 3º, da mesma Lei nº 5.478/68, firmou diretriz no sentido de que “os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário.”

Não vislumbro, nesses termos, negativa de vigência de lei federal, pelo que, aderindo ao brilhante voto prolatado pelo eminente Relator, também não conheço do recurso especial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.393 — SP — (91.0005485-2) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Luiz Cassiano de Góes. Recda.: Janete Lopes. Advs.: Drs. Salvador Ceglia Neto e outros, e Bina Mandelman Basseches e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 18.06.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 9.648 — RJ

(Registro nº 91.0006165-4)

Relator: *Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Ana Maria Moreira e outros*

Recorrido: *Cia. Siderúrgica Nacional*

Advogados: *Drs. João Luiz Nogueira Cabral e outros, e Carlos Frederico Carneiro Campos e outros*

EMENTA: Recurso especial — Alegação de dissídio não comprovado. Recurso não conhecido, quanto a um dos recorrentes. Admissível, entretanto, quanto aos demais, em que se teve como caracterizada a negativa de valor a documentos públicos, sem que se ensejassem maiores esclarecimentos, que se impunham nas circunstâncias.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial de Ana Maria Moreira, mas conhecer do recurso dos demais autores, para dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de fevereiro de 1992 (data do julgamento)

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Ação indenizatória movida por ANA MARIA MOREIRA e filhos contra Companhia Siderúrgica Nacional, em virtude de acidente em que falecera operário da ré, com quem convivera a autora, e que seria pai dos demais autores. Na defesa, sustentou-se ilegitimidade das partes e prescrição, nos termos do art. 180, I, do Decreto 70.070/76.

Acolhida a preliminar de ilegitimidade da autora, por ser concubina, e dos filhos, por não provada a filiação, foi extinto o processo, com base no art. 267, VI, do CPC.

Negado provimento à apelação, e rejeitado o pedido de declaração, recorreram os autores.

No especial, em que se converteu o extraordinário, alegou-se que afrontados os arts. 16 e 40 da CLT, 46 e 252 da Lei 6.015/73, e art. 1º, II, da Lei 765/49, além de dissídio jurisprudencial.

Inadmitido o recurso, os autores agravaram de instrumento, que foi provido, subindo os autos a este Superior Tribunal de Justiça, onde o Ministério Público opinou pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Recurso especial — Alegação de dissídio não comprovado. Recurso não conhecido, quanto a um dos re-

correntes. Admissível, entretanto, quanto aos demais, em que se teve como caracterizada a negativa de valor a documentos públicos, sem que se ensejassem maiores esclarecimentos, que se impunham nas circunstâncias.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Cuido, em primeiro lugar, da questão relativa à possibilidade de a mulher pleitear indenização, em virtude da morte do concubino.

O acórdão, invocando o disposto no artigo 1.537, II, do Código Civil, entendeu não existir o direito pleiteado. A indenização teria caráter alimentar, e alimentos só são devidos por direito de sangue ou de casamento. Não havendo obrigação de sustento, por parte da vítima, não haveria lugar para indenização.

O tema é interessante e estaria a merecer maiores indagações. Não é possível, entretanto, conhecer do recurso.

Alega-se dissídio com a Súmula 35. Nesse ponto, correto o que decidiram as instâncias ordinárias. Aquele enunciado ao referir-se a acidente do trabalho, considerou a legislação específica, vigente à época, ou seja, a Lei 7.036/44, que estabelecia, em seu artigo 11, ter-se como beneficiário do acidentado qualquer pessoa que vivesse sob sua dependência econômica. O dispositivo, à toda evidência, cogita dos benefícios instituídos pela lei em que se acha inserido, ou seja, das indenizações limitadas nela previstas. No caso, litiga-se a respeito da indenização de direito comum. Certo que aquele mesmo diploma ressaltava pudesse ser exigida. Trata-se, entretanto, de mera ressalva. A reparação será devida nos termos da lei que a prevê — o Código Civil — e não da especial.

Aponta-se, ainda, como divergente, acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não ocorre, entretanto, o dissídio. Cuidava-se de litígio decorrente da morte de pessoa em acidente que envolveu empresa de transportes, a que se tem como aplicável o disposto no Decreto 2.681/12, em cujo artigo 22 encontra-se norma especial, estabelecendo quem fará jus a indenização. E o recurso, no que a isso se refere, limitara-se a discutir desconformidade com a Súmula 35, porque não seriam solteiros os concubinos. O voto do relator, naquele paradigma, afirmou simplesmente:

“Penso que as peculiaridades do caso, assinaladas pela Procuradoria-Geral da República, afastam o invocado dissídio com a Súmula 35”.

Também não se caracterizou a discrepância com o aresto, trazido a confronto, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Nele, colocou-se em especial relevo a circunstâncias de ser o casal unido pelo vínculo do casamento religioso. Salientou-se, mesmo, que “a vida em comum de pessoas casadas no religioso não é simples concubinato, pois aquele pode produzir efeitos civis plenos, mediante processo formal prévio ou posterior”.

Por fim, as decisões do Tribunal Federal de Recursos dizem com pensão previdenciária, cuja concessão rege-se por legislação especial.

Não pode ser conhecido, pois, o recurso de Ana Maria Moreira.

Examina-se o dos que se apresentaram como filhos, começando pelo de José Reis Moreira Nascimento.

Exibiu este recorrente cópia de sua carteira de trabalho, em que se consigna ser filho da vítima. O acórdão considerou não provada a filiação, embora não houvesse sido sequer alegada falsidade daquele documento. Entendo que, assim decidindo, violou o disposto no artigo 40 da CLT, como sustentado no recurso. Claro que podem ser eventualmente falsas as anotações constantes da carteira. Não se justifica, entretanto, desprezá-las sem mais. Houvesse alguma dúvida, poder-se-ia determinar fosse esclarecida. Não, entretanto, encerrar desde logo o processo, negando-se fé a documento público. O recurso merece ser conhecido e provido.

Quanto à autora Juciara Moreira Nascimento, apresentou-se certidão de registro civil, em que a vítima figurava como seu pai. Teve-se como desvaliosa por ser a mãe a declarante. Posteriormente, veio aos autos cópias de sentença, em que reconhecida a questionada filiação. Ofertada com os embargos declaratórios, não foi tida em consideração.

Parece-me, também aí, precipitado o encerramento do processo, sem ensejar maiores esclarecimentos, o que redundou, a final, em contrariar fato indiscutível. O artigo 252 da Lei dos Registros Públicos diz com o registro de imóveis. Merece, entretanto, nas circunstâncias, ser invocado, com base na analogia.

Concluindo, não conheço do recurso de Ana Maria Moreira. Conheço, entretanto, do ofertado pelos demais autores, e dou provimento para que se prossiga no processo quanto a eles.

VOTO — VISTA

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Solicitei vista para verificar a viabilidade de conhecimento do recurso da con-

cubina ANA MARIA MOREIRA em face da colocação feita pelo douto Procurador, Dr. Nelson Parucker.

Entretanto, com a devida vênia de S. Exa., tenho como insuperáveis os fundamentos aduzidos pelo Relator para não conhecer do recurso (fls. 02 a 03).

“No caso, litiga-se a respeito da indenização de direito comum. Certo que aquele mesmo diploma ressaltava pudesse ser exigida. Trata-se, entretanto, de mera ressalva. A reparação será devida nos termos da lei que a prevê — o Código Civil — e não da especial.

Aponta-se, ainda, como divergente, acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não ocorre, entretanto, o dissídio. Cuidava-se de litígio decorrente da morte de pessoa em acidente que envolveu empresa de transportes, a que se tem como aplicável o disposto no Decreto 2.681/12, em cujo artigo 22 encontra-se norma especial, estabelecendo quem fará jus a indenização. E o recurso, no que a isso se refere, limitara-se a discutir desconformidade com a Súmula 35, porque não seriam solteiros os concubinos. O voto do relator, naquele paradigma, afirmou simplesmente:

“Penso que as peculiaridades do caso, assinaladas pela Procuradoria-Geral da República, afastam o invocado dissídio com a Súmula 35.”

Também não se caracterizou a discrepância com o aresto, trazido a confronto, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Nele, colocou-se em especial relevo a circunstância de ser o casal unido pelo vínculo do casamento religioso. Salientou-se, mesmo, que “a vida em comum de pessoas casadas no religioso, não é simples concubinato, pois aquele pode produzir efeitos civis plenos, mediante processo formal prévio ou posterior.”

Por fim, as decisões do Tribunal Federal de Recursos dizem com pensão previdenciária, cuja concessão rege-se por legislação especial.

Não pode ser conhecido, pois, o recurso de Ana Maria Moreira.”

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.648 — RJ — (91.0006165-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Rectes.: Ana Maria Moreira e outros. Advs.: João Luiz Nogueira Cabral e outros. Recdo.: Cia. Siderúrgica Nacional. Advs.: Carlos Frederico Carneiro Campos e outros.

Decisão: “Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recur-

so especial de Ana Maria Moreira, mas conheceu do recurso dos demais autores, para dar-lhe provimento” (24.02.92 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 9.906 — RJ

(Registro nº 91.0006635-4)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Pedro Massena Neto e cônjuge*

Recorridos: *Riepel Empreendimentos e Participações Ltda. e outro*

Advogados: *Drs. Sérgio Wainstock e outro, e Marcos Antônio de Araújo*

EMENTA: 1 — Demandas conexas — Preclusão — Abrangência — Sentença — Fundamento de defesa não acolhido — Apelação.

Julgada improcedente a ação, ainda que rejeitando um dos fundamentos da defesa, pode este ser examinado, ao apreciar-se a apelação, sem que deva o vencedor recorrer — CPC, art. 515, § 2º. Não o impede a circunstância de a mesma questão jurídica haver sido decidida, sem recurso, no julgamento da causa conexa.

2 — Uniformização da jurisprudência.

Poderá a parte requerer a instauração do incidente, se preexistir divergência entre órgão do Tribunal. Não, pela simples possibilidade de que isso ocorra, em face do julgamento a ser proferido.

3 — Imóvel não loteado — Atraso no pagamento de prestações — Decreto-lei 745/69 — Juros e multa.

Lícito ao promitente-vendedor, interpelando o promitente-comprador, exigir que a purgação da mora compreenda juros e multa convencionados.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial pela alínea *c*, mas lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

OS SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Pedro Massena Neto e sua mulher, promitentes-compradores de apartamentos de RIEPEL — Empreendimentos e Participações Ltda. e outro, ajuizaram ação, sustentando que houve pagamento superior ao devido, e requeram fosse compensado nas prestações futuras. Os promitentes-vendedores propuseram ação de rescisão contratual, cumulada com reintegração de posse.

A primeira ação foi julgada parcialmente procedente, reconhecendo-se o pagamento a maior, devendo o excesso reverter em crédito dos autores, incidindo os encargos legais. Tiveram-se como devidos, entretanto, juros e multas. O pedido de rescisão foi julgado improcedente.

No Juízo de segundo grau não se conheceu do requerimento de uniformização da jurisprudência, provendo-se a apelação para acolher o pleito dos autores da ação, em que demandada a rescisão do pré-contrato.

Rejeitados os embargos declaratórios, os vencidos apresentaram recurso extraordinário.

Alegaram que violados os arts. 476, II, e 522, do CPC, 959, I, do Código Civil, e 1º do Decreto-lei nº 745/69. Ademais, o aresto recorrido, entendendo que o recorrente estaria em mora, assim que notificado, e que cabíveis os acréscimos cobrados, divergira de outros julgados que arrolaram.

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do recurso.

Convertido o extraordinário em especial, foram os autos remetidos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: 1 — Demandas conexas — Preclusão — Abrangência — Sentença — Fundamento de defesa não acolhido — Apelação.

Julgada improcedente a ação, ainda que rejeitado um dos fundamentos da defesa, pode este ser examinado, ao apreciar-se a apelação, sem que deva o vencedor recorrer — CPC, art. 515, § 2º. Não o impede a circunstância de a mesma questão jurídica haver sido decidida, sem recurso, no julgamento da causa conexa.

2 — Uniformização da jurisprudência.

Poderá a parte requerer a instauração do incidente, se preexistir divergência entre órgãos do Tribunal. Não, pela simples possibilidade de que isso ocorra, em face do julgamento a ser proferido.

3 — Imóvel não loteado — Atraso no pagamento de prestações — Decreto-lei 745/69 — Juros e multa.

Lícito ao promitente-vendedor, interpelando o promitente-comprador, exigir que a purgação da mora compreenda juros e multa convencionados.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Cumpre examinar, em primeiro lugar, se teria ficado preclusa a matéria pertinente à exigibilidade de juros e multa, decorrentes do atraso no pagamento das prestações. O recurso gira em torno desse tema, ainda mesmo ao sustentar a nulidade do julgamento, por não se ter instaurado incidente de uniformização da jurisprudência.

A sentença decidiu duas causas conexas. Uma, proposta pelos promitentes-compradores dos apartamentos, em que sustentam haver pago importância a maior, atendendo a notificação, em virtude de atraso no solver prestações devidas. Pretenderam que o excesso fosse reconhecido e imputado no pagamento do débito. O outro pleito foi apresentado pela promitente-vendedora, demandando a rescisão do contrato, posto não pagas importâncias em atraso, com acréscimo de juros e multa, malgrado notificação para que isso fosse feito.

A ação ajuizada pelos promitentes-compradores foi julgada procedente em parte. Entendeu-se que efetivamente houvera o pagamento de

determinada importância, não considerada pelos promitentes-vendedores, e que deveria ser levada a crédito dos autores. Não se acolheu o pedido, entretanto, quanto a outras parcelas, entre elas a que derivava da mora. A outra ação foi julgada improcedente, consignando-se que assim se fazia como consequência da decisão relativa à primeira. Embora não explicitado pela sentença, entende-se que se teve como insuscetível de ser acolhido o pedido de rescisão porque a importância indicada como em mora superava o efetivamente devido.

Recorreram apenas os promitentes-vendedores. Fez-se coisa julgada quanto a não se poder abater do débito o que houvesse sido pago a título de juros e multas. A imutabilidade da sentença a isso se restringia, dizendo tão-só com o julgamento da ação proposta pelos promitentes-compradores.

Relativamente à demanda em que autores os promitentes-vendedores, os réus obtiveram vitória integral. Foi julgada improcedente *in totum*. Não importa que recusados alguns dos fundamentos deduzidos na defesa. Um deles, acolhido, bastou para conduzir à conclusão de improcedência.

Os promitentes-compradores, réus na ação de rescisão, não tinham interesse algum em recorrer da parte da sentença que deu pela improcedência dessa. E isso não se impunha para que o Tribunal pudesse ter em conta o fundamento recusado, pois expresso, a propósito, o § 2º do artigo 515 do CPC. Nada importa que, na causa conexa, a cláusula houvesse sido examinada, ficando decidido, com força de coisa julgada, não se poder descontar o que fora pago a título de juros e multa. As demandas, embora vinculadas por conexão, guardam identidade própria. O que era pedido em uma poderia ser apenas fundamento de defesa na outra. Acresce, aliás, que, embora a cláusula contratual e o direito aplicável fossem os mesmos, as prestações a que se referiam os acessórios eram outras. A coisa julgada não abrange mais que a relação concreta sobre que incidiu o julgamento.

Na apelação, por conseguinte, havia espaço para que se reapreciasse a questão, o que efetivamente se fez. Não ocorrera coisa julgada nem mesmo preclusão e o tema poderia servir de base ao recurso extraordinário inicialmente apresentado. Passo, pois, ao exame do especial em que convolado.

O primeiro ponto do recurso diz com o incidente de uniformização da jurisprudência. Proferido voto pelo Relator, apresentaram petição os ora recorrentes, afirmando que, a prevalecer o entendimento nele sustentado, haveria divergência com decisões que indicaram, de outras Turmas do mesmo Tribunal. Requereram fosse solicitado o prévio pronunciamento desse sobre a interpretação do direito. Não se conheceu

desse requerimento, com base em que não se apontara onde a divergência da decisão apelada com a de órgão do Tribunal.

Tenho como certo que não se impunha mesmo a instauração do incidente, embora por motivos não de todo coincidentes com o acórdão recorrido.

Parte da doutrina vem admitindo seja lícito ao juiz, quando vote na Turma, suscitar o incidente, uma vez ficando caracterizado que o julgamento a que se chega irá contrariar o decidido por outro órgão colegiado da Corte. Tenho certa dificuldade em aceitar seja isso possível, uma vez que a divergência só se caracteriza quando concluído o julgamento, com a proclamação do resultado. Até que isso ocorra, qualquer juiz poderá modificar seu voto. E proclamado o resultado, não será viável pedir o pronunciamento de outro órgão, por isso mesmo que encerrado o julgamento.

De qualquer sorte, reputo inadmissível requeira a parte a instauração do incidente, antes de serem colhidos os votos, como ocorreu na espécie, em que apenas o relator se manifestara. Poderá fazê-lo, se já estiver caracterizada a divergência entre julgamentos anteriormente concluídos. Tal não se mostrou houvesse sucedido.

Não ocorreu, pois, a meu sentir, violação da lei.

No que diz com a inadmissão de agravo de instrumento, relativamente à parte do julgamento que não conheceu do pedido de que se instaurasse o questionado incidente, também não têm razão os recorrentes. Tinha-se decisão apenas recorrível extraordinariamente. Atualmente, pela via do especial.

Passo ao exame da questão principal.

Trata-se, no caso, de promessa de compra e venda de imóvel em que houve atraso no pagamento de prestações. Contratualmente estabelecido que, isso se verificando, seriam devidos juros e multa. Entretanto, sustentam os recorrentes, nos termos do disposto no artigo 1º do Decreto-lei 745/69, a constituição em mora dependeria de prévia interpelação. Se antes de essa efetivar-se não havia mora, não poderiam ser exigidos seus consectários. Imprestável a interpelação, em que se pretendesse o pagamento também dos acessórios indicados.

Amplamente demonstrada a divergência, quanto ao ponto, devendo o recurso ser conhecido.

Antes mesmo da edição do citado Decreto-lei, vinha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se inclinando no sentido da necessidade de prévia interpelação, para que se pudesse pleitear a rescisão da promessa, ainda que relativa a imóvel não loteado. Procurou-se dar

tratamento análogo ao dispensado, pelo Decreto-lei 58, aos compromissos relativos a imóveis loteados. Este dispunha, no artigo 14, que o contrato ter-se-ia por rescindido “trinta dias depois de constituído em mora o devedor”. Acrescentava seu § 1º que o devedor seria intimado para satisfazer as prestações vencidas, as que se vencessem até o pagamento, juros convencionados e custas da intimação.

Malgrado o *caput* do artigo, bem como seu § 1º, referissem a necessidade de interpelação, para constituição em mora, ficou estabelecido que seriam exigíveis os juros. E estes obviamente são moratórios, pois não há cogitar, no caso, de utilização do capital que justificasse classificá-los como compensatórios. Compreensíveis que não cuidasse de multa, posto que esta, nos termos do artigo 11, *f*, só seria exigível “no caso de intervenção judicial”.

Resulta claro que a lei tinha por fim impedir que o atraso no pagamento de prestações pudesse levar ao pedido de rescisão, sem ensejar a possibilidade de purgar-se a mora. Havia manifesta impropriedade técnica no artigo 14 do Decreto-lei 58, pois não seria possível fazer depender de interpelação a existência da mora e, ao mesmo tempo, ter como devidos juros moratórios antes que aquela se aperfeiçoasse.

O Decreto-lei 745/69, consagrando o entendimento jurisprudencial que já se formara, não visou a outra coisa que estender, aos contratos relativos a imóveis não loteados, a proteção já conferida aos que dissessem com imóveis loteados. Com a só diferença do prazo, que fez menor, para purgar a mora. O objetivo, repita-se, era apenas o de evitar a rescisão, com a conseqüente perda da possibilidade de adquirir o imóvel, em virtude de um atraso, muitas vezes sem maior significado. Note-se a ênfase que a isso se deu, com a menção expressa à irrelevância da existência de cláusula resolutiva expressa. Os juros que fossem devidos, não o deixariam de ser, tal como no modelo que se seguiu.

A lei em vigor, a regular o parcelamento do solo urbano — Lei 6.766/79 —, dispôs de forma semelhante em seu artigo 32. Note-se, entretanto, que, embora o § 1º mencione apenas o pagamento de juros, admite-se também a cláusula penal, ainda não ocorrendo intervenção judicial, desde que a mora seja superior a três meses (art. 26, V). Mais uma vez a lei refere-se a mora, obviamente existente antes mesmo da interpelação. E para purgá-la, a multa haverá de ser paga.

Em vista de todo o exposto, considero acertado o entendimento de que o Decreto-lei 745 não afasta a exigibilidade de juros e multas, pelo simples atraso no pagamento das prestações. O pedido de rescisão é que se condiciona à prévia oportunidade de purgar-se a mora.

Conheço do recurso, mas, nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.906 — RJ — (91.0006635-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Rectes.: Pedro Massena Neto e cônjuge. Recdos.: Riepel Empreendimentos e Participações Ltda. e outro. Advs.: Sérgio Wainstock e outro, e Marcos Antônio de Araújo.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial pela alínea c, mas lhe negou provimento” (26.11.91 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Dias Trindade, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 9.975 — SP

(Registro nº 91.0006816-0)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrentes: *João Amâncio da Conceição e cônjuge e Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Sociedade Técnica de Equipamentos STE S/A — Massa Falida representada por sua síndica, SIFIL — Sistemas de Filtragens Ltda.*

Advogados: *Drs. Ivaldir Lance e outro, Eugemir Berni e outro, e Henrique Heinriche Netto e outro*

EMENTA: PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA DA ARREMATAÇÃO. LEILÃO. LEI Nº 6.830/80, QUE DISPÕE SOBRE A COBRANÇA JUDICIAL DA DÍVIDA ATIVA. INTIMAÇÃO DO SÍNDICO DA MASSA FALIDA EXECUTADA. PENHORA ANTERIOR À DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA DAS NULIDADES APONTADAS. ANULATÓRIA IMPROCEDENTE, PREVALECENDO A ARREMATAÇÃO NO PROCESSO EXECUTÓRIO.

Regem-se as execuções fiscais pela Lei nº 6.830, de 1980, lei especial, cujo artigo 22 não exige a inti-

mação pessoal do devedor, mas apenas que seja intimado, pessoalmente, da realização do leilão, o representante judicial da Fazenda Pública. Não há, por isso, convocar-se regra do Código de Processo Civil, diferente das disposições da lei especial, eis que de aplicação subsidiária. Entendimento que mais se justifica quando, como no caso, inexistem prejuízos para defesa da Falida, esta que, intimada, chegou a comparecer em juízo pleiteando a suspensão do leilão, além de regularmente publicado o edital.

Hipótese em que, acima de tudo, a penhora é muito anterior à decretação da falência, não se obrigando que o produto da arrematação seja posto à disposição do Juízo falimentar, consoante decorre do enunciado da Súmula nº 44, do extinto Tribunal Federal de Recursos, mantido no Excelso Pretório.

Também não há como invocar a lei de falências para impor a intervenção do Ministério Público quando este, intervindo no processo, nada argüiu, demonstrando inoocorrer prejuízo.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos recursos e lhes dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: A Massa Falida da Sociedade Técnica de Empreendimentos — STE S/A propôs ação anulatória contra a Fazenda do Estado de São Paulo, com ciência a João

Amâncio da Conceição e sua mulher, arrematantes de um imóvel penhorado em execução fiscal.

Processado o feito, a decisão de primeiro grau apreciou inicialmente as preliminares suscitadas, concluindo: afastar a ilegitimidade ativa — admitir como cabível a ação ordinária proposta, mesmo na ausência de embargos à arrematação — repelir a ilegitimidade passiva da Fazenda, pois eventual desfazimento da arrematação atingirá diretamente os interesses do Estado, que terá que devolver o valor depositado. Incurtando no mérito, entendeu o magistrado ser necessária a intimação do síndico em execução fiscal contra a Massa, nos termos do art. 687, § 3º, do Código de Processo Civil, não revogado pela Lei nº 6.830/80, mas aplicável subsidiariamente, de acordo com o art. 1º, da mesma lei. Não havendo a intimação do síndico, no caso, a praça é nula, ainda mais pela falta de intervenção do Ministério Público.

Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, reexaminando a decisão, agora provimento aos recursos interpostos.

Recursos especiais foram manifestados pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e por JOÃO AMÂNCIO DA CONCEIÇÃO e cônjuge, atacando o acórdão da 17ª Câmara Cível do Tribunal Estadual, que manteve íntegra a sentença monocrática proferida contra os ora recorrentes, cujo objeto é o imóvel chamado “Chácara das Moças”, situado no Município de Silva Pereira, km 40 da Rodovia Marechal Rondon, entre as estacas 406,6 e 394,1 do DER.

Tal imóvel, atingido pela anulatória, recorde-se, fora arrematado por João Amâncio da Conceição e s/mulher, na execução fiscal movida pela Fazenda do Estado contra a Massa Falida, autora da ação. Nesta ação, defende-se a necessidade de intimar do leilão, pessoalmente, o síndico da Massa, conforme o disposto no art. 1º da Lei nº 6.830/80 e no art. 687 do CPC, cujo § 3º continuaria aplicável ao executivo fiscal.

Como o acórdão recorrido rechaçou as alegações dos arrematantes e da Fazenda do Estado exequente, postas no sentido de ser desnecessária a intimação do devedor da realização da praça (art. 22 da Lei 6.830/80); de não estar o juízo da execução sujeito ao da falência (art. 5º da Lei nº 6.830/80) e de que, ademais, houve a intimação via postal, da síndica, tanto que sua advogada requereu a suspensão da praça em 06.02.86; rejeitou, também, o argumento de não ser obrigatória a participação do MP; recorreram, mais uma vez, os réus, da anulatória.

Nos recursos especiais consideram-se afrontados, então, os arts. 5º, 22, § 2º, e 29, da Lei nº 6.830/80, e 187, do CTN, renovando-se a argumentação sobredita e, ainda, afirmando-se haver o acórdão recorrido se colocado em contrariedade ao entendimento da Suprema Corte sobre a

não sujeição dos bens penhorados em execução fiscal à arrecadação no processo falimentar, quando a execução foi proposta antes da falência.

Contraria, porém, o acórdão recorrido, no particular, o enunciado da Súmula 44 do extinto TFR, asseveram os recorrentes.

Os recursos, escorados nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, foram admitidos pelo despacho do 4º Vice-Presidente às fls. 295/296.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 308/317, opinou pelo provimento desses recursos, em parecer encimado pela seguinte ementa:

“Recurso Especial. Falta de intimação pessoal do devedor em execução fiscal. Ausência de expressa previsão da Lei nº 6.830/80. Aplicação subsidiária das normas do CPC (arts. 687, § 3º e 249, § 1º).

Nulidade relativa. Presunção de ciência do leilão e falta de demonstração de prejuízo. Parecer pelo provimento do recurso.”

É o relatório

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor Presidente, o tema é bastante simples e encontra remansosa jurisprudência no sentido contrário ao do acórdão recorrido, este que, realmente, distanciou-se dos dispositivos infraconstitucionais invocados. Por isso, conheço dos recursos por ambas as alíneas, *a* e *c*, do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal.

A questão é eminentemente de direito e consiste em saber-se válido ou não o único fundamento que remanesce desta anulatória, ou seja: **inexistência de intimação da executada na pessoa da síndica e sua real necessidade, sob pena de nulidade.**

Dispõe o § 3º do artigo 687 da lei adjetiva, com a redação da Lei nº 6.851, de 17.11.80:

“O devedor será intimado, por mandado, do dia e hora da realização da praça ou leilão.”

Já o art. 22, § 2º, da Lei nº 6.830, de 22.09.80, está assim redigido:

“**O representante judicial da Fazenda Pública** será intimado, pessoalmente, da realização do leilão com a antecedência prevista no parágrafo anterior.”

Quer dizer, o Código de Processo, nas execuções em geral, exige a intimação do devedor, por mandado. Enquanto isso, a lei que dispõe de forma especial, sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, exigiu apenas a intimação pessoal do representante da Fazenda. E seria fácil, caso pretendesse o legislador disciplinar de forma diferente sobre a realização do leilão público. Por isso é que, aplicando-se só subsidiariamente o Código de Processo Civil às execuções fiscais (art. 1º), a falta de intimação **do devedor**, na hipótese, não importaria em nulidade do ato. A lei especial dispõe a respeito, muito embora se possa considerá-la até mesmo discriminatória.

Além do mais, tem-se por comprovados e, realmente, são fatos incontroversos, os relativos à demonstração nos autos de que a procuradora da executada teve ciência da designação do leilão previsto para o dia 06.02.86 (fls. 28), em que não houve arrematantes e de que, para o leilão do dia 10.06.86, houve publicação de editais e a intimação da síndica através de edital e pelo correio, esta recebida por um preposto seu. Há, portanto, mais que presunção, certeza de que a síndica tinha ciência da realização daquele ato no dia 10 de junho. Nem se alegue o não recebimento da intimação, sabendo-se que a jurisprudência considera suficiente para a sua validade a efetivação da entrega no endereço do executado, sendo irrelevante o recebimento por empregado e não pelo representante legal (RJTJESP, LEX 130, pág. 117).

Observe-se, voltando à lei processual, que a *mens legis* do § 3º do mencionado art. 687, ainda que fosse aplicável subsidiariamente à espécie, encaminha-se no sentido de evitar prejuízo. Ora, não se pode alegar que sofre prejuízo quem, ciente do primeiro leilão, pede expressamente sua suspensão e, sendo o pedido indeferido por decisão irrecorrida, restou preclusa a matéria. Ciente do segundo, prefere aguardar o futuro para propor uma ação anulatória, argüindo supostas nulidades. Mormente neste caso onde:

1) há notícia de que a Fazenda do Estado move à mesma executada outras 37 execuções fiscais;

2) a Fazenda exeqüente prosseguiu na arrematação, que se deu por preço igual ao da avaliação, suplantando oferta menor.

Bastaria o até aqui exposto para autorizar o provimento dos recursos. Adicionam-se, porém, as pertinentes considerações trazidas pelo representante da Subprocuradoria, Dr. Jaime Machado, assim resumidas:

“a) A lei das execuções não exige qualquer espécie de intimação ao executado, mas apenas a publicação do edital.

b) Que prejuízo resultou à Massa a circunstância de não haver a síndica sido intimada pessoalmente, para ajuizar a anulatória quase um ano após homologada a arrematação?

c) A resposta está na inicial, que não argüiu qualquer prejuízo, até porque o valor da avaliação foi respeitado.

d) Inocorrendo prejuízo, agiu simplesmente movida pelo “friorialismo” que se compraz em espiohar nulidades, como disse certa feita Orozimbo Nonato.

e) A nulidade seria absoluta ou relativa? Baseando-se na natureza do interesse predominantemente tutelado pela norma de cuja violação se trata; temos: a regra do art. 22 da Lei 6.830/80, ao exigir a intimação do representante da Fazenda, destina-se a tutelar um interesse público (nulidade absoluta). Já o art. 687, § 3º, tutela um interesse particular, privado, do executado (nulidade apenas relativa).

f) Então, sendo a nulidade relativa, aplicável o art. 149, § 1º, do CPC: o ato não se repetirá, nem se lhe suprirá a falta, quando não prejudicar a parte (Min. Cláudio Santos, JSTJ e TFR, Lex, vol. 11, págs. 155/157).”

“Não deve o Tribunal substituir-se à parte na afirmação de prejuízos não invocados em tempo hábil” (Min. Athos Carneiro, REsp nº 2.232-RJ).

Finalmente, tem-se, neste caso, e isso é o que realmente interessa sob o enfoque eminentemente de direito, abstraídas que sejam todas as sérias nuanças retrocitadas, o fato de que a penhora efetivou-se quinze meses antes da decretação da falência. Assim, não é necessária a intimação da síndica, posto que a penhora não se deu no rosto dos autos da falência.

Esta a pacífica jurisprudência:

“Inclinou-se de decisão no sentido de que “se a penhora é anterior a decretação da falência, continua o bem diretamente vinculado à administração do Juízo Federal até liquidação final. Se, porém, a decretação da falência é anterior à ordem de penhora, esta se faz no rosto dos autos da falência e não diretamente sobre determinado bem da Massa, continuando normalmente seu curso o executivo fiscal, até julgamento final.” (RE nº 79.456 — Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 72/578).

“Executivo fiscal contra a Massa. Penhora. Falência. Bens arrecadados. Juízo Federal. Juízo Falimentar. Conflito.”

to de Competência. Art. 125, I, da CF; art. 5º e 29 da Lei 6.830/80. Súmula 44/TFR.”

Os precedentes do Supremo Tribunal se orientam no mesmo sentido que veio a ser consubstanciado na Súmula 44, do Tribunal Federal de Recursos, e que inspira a decisão recorrida, a saber, ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no processo falimentar.

Proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo de quebra, citando-se o síndico.” (RE nº 105.632-1 — Rel. Min. Rafael Mayer, Lex 85, pág. 204).

“Executivo Fiscal. A Fazenda Pública possui ação própria para cobrança de suas dívidas fiscais, não podendo ser compelida a fazer valer seus créditos, em caso de falência do devedor, no juízo falimentar. Aplicação do art. 187, *caput*, do CTN. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE nº 82.114 — Rel. Min. Leitão de Abreu, *in* DJ de 01.07.77).

“RECURSO ESPECIAL. ARREMATACÃO. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR.

Sem despreço ao disposto no art. 687, § 3º, do CPC, admite-se a intimação editalícia do devedor, para a realização da praça ou leilão, se não for possível se efetive por mandado.

Recurso desprovido.” (REsp nº 1.384-MS — Rel. Min. Gueiros Leites, *in* DJ de 04.06.90).

Também sem ressonância o acórdão recorrido quando convoca a lei de falência para dar pela obrigatoriedade da participação do Ministério Público. Vale transcrever a Conclusão nº 42, do 4º Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada:

“A intervenção da Procuradoria da Justiça em segundo grau evita a anulação de processo no qual o MP não tenha sido intimado em primeiro grau, desde que não demonstrado prejuízo ao interesse do tutelado.” (CPC — Theotônio Negrão, 21ª ed., pág. 166, nota 4, art. 246).

Além do mais, às fls. 184 v., em cota de 14.04.89, antes de prolatada a sentença, encontra-se opinião do MP em primeira instância. Assim também no judicioso parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República antes referido.

O ilustre Ministro Waldemar Zveiter, da 3ª Turma desta Corte, no Recurso Especial nº 2.048-RJ, por votação unânime, proclamou que:

“Rejeita-se a preliminar de nulidade, por alegada ausência do Ministério Público, se este, quando intervém no processo não argúi demonstrando inexistir prejuízo.” (in DJ de 16.04.90, conforme Theotônio Negrão).

Conheço, pois, dos recursos, e lhes dou provimento, para julgar im procedente a ação, invertido o ônus da sucumbência.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.975 — SP — (91.0006816-0). Relator: Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Rectes.: João Amâncio da Conceição e cônjuge. Advs.: Ivaldir Lance e outro. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Eugenir Berni e outro. Recdo.: Sociedade Técnica de Equipamentos STE S/A — Massa Falida representada por sua Síndica, SIFIL — Sistemas de Filtragens Ltda. Advs.: Henrique Heinriche Netto e outro.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu dos recursos e lhes deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator” (26.02.92 — 2ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 10.442 — RO (Registro nº 91.0007961-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorrido: *Nilton Adolfo de Queiroz*

Advogados: *Drs. Anildo Gomes e outro*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL — INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI — CONDENAÇÃO PENAL — PERDA DE BENS — FUNCAB — O controle da constitucionalidade das leis incumbe ao Supremo Tribu-

nal Federal, guardião da Constituição. O Superior Tribunal de Justiça zela pela vigência e eficácia de lei federal. O Direito, como sistema, reúne, unitariamente, a Constituição e as demais normas jurídicas. Toda interpretação elaborada, incidentalmente, a crítica da constitucionalidade. Assim, por dedução lógica, *incidenter tantum*, o STJ também poderá fazê-lo. A perda dos instrumentos e produto do crime, em favor da União, é efeito da sentença penal condenatória. Em se tratando de tráfico ilícito de drogas, constituirá recurso do FUNCAB (Lei nº 7.560, de 19.12.1986).

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Federal nos autos de Apelação Criminal, inconformado, em parte, com o v. acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O Recorrente, com base no disposto no art. 105, III, da Constituição da República, argúi negativa de vigência de lei federal (fls. 382/391).

O Recorrente pretende a reforma do acórdão recorrido “na parte em que destina os bens apreendidos ao Estado de Rondônia, para o fim de destiná-lo à União, especificamente para atender às finalidades do FUNCAB, nos termos do art. 4º da Lei 7.560, de 1986” (fls. 391).

A sentença (fls. 292/298), julgando parcialmente procedente a denúncia, decretou “a perda dos veículos e da aeronave apreendidos às fls. 18/19, em favor do Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso (FUNÇAB)”, bem como “a perda da acetona apreendida às fls. 17, em favor da Secretaria Municipal de Saúde, a qual deverá ser entregue no prazo de 15 (quinze) dias sob pena de ser incinerada”.

O v. acórdão decretou o perdimento, em favor do Estado de Rondônia, da aeronave pertencente ao réu, e determinou que a acetona apreendida fosse entregue à Secretaria de Saúde (fls. 374/380).

O Recorrente sustenta: “Ao decidir como decidiu, o acórdão recorrido violou a Constituição, art. 243, a Lei nº 7.560, de 1986, o Decreto nº 95.650, de 1988, preferindo aplicar ao caso dispositivo da Lei 6.368, art. 34, § 2º, expressamente revogado pela lei superveniente” (fls. 386).

O r. despacho do ilustre Presidente do Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial com fundamento na alínea *a* (fls. 404).

Parecer do Ministério Público Federal, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, opinando “no sentido do parcial conhecimento e provimento do recurso, com a conseqüente determinação da perda em favor do FUNÇAB (Fundo de Prevenção, Recuperação e Combate às Drogas de Abuso) dos bens apreendidos (aeronave e acetona)”. (fls. 411/415).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Examino, inicialmente, o juízo de competência.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, no particular, argumenta:

“Entendo que a hipótese é de parcial conhecimento e provimento do recurso.

Inicialmente anote-se que a matéria constitucional não deve ser enfocada através de Recurso Especial, mas através de RE em peça autônoma.

Neste ponto o REsp não merece conhecimento (violação ao artigo 243 da Carta Magna)” (fls. 413).

Nítida a distinção entre o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial. O controle da constitucionalidade das leis é do Supremo Tribunal Federal. Urge, no entanto, considerar o Direito, como sistema; reú-

ne unitariamente a Constituição e as demais normas jurídicas. O Judiciário, de outro lado, só deve aplicar a legislação harmônica com a Lei Maior. Em consequência, por dedução lógica, toda interpretação elaborada, incidentalmente, a crítica de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição. O Superior Tribunal de Justiça zela pela vigência e eficácia de tratado e lei federal.

No REsp nº 5.862-SP, na Egrégia 2ª Turma do STJ, como Relator considerei:

“Neste Tribunal é impertinente enfrentar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.037, de 5 de outubro de 1982, como proclamou o v. acórdão recorrido (fls. 232/233). Cabe-lhe, porém, apreciar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade de qualquer norma. Logicamente, também incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei. Em consequência, lícito será não conhecer ou negar provimento ao recurso, caso reconheça que a pretensão do Recorrente afronta a Constituição da República. É certo, porém, a última palavra restará ao Supremo Tribunal Federal, a cujo órgão está reservada a competência para análise específica.

No Superior Tribunal de Justiça, a inconstitucionalidade, repita-se, pode ser proclamada incidentalmente. No Supremo Tribunal Federal, a matéria é tratada como o mérito do recurso”.

Na espécie dos autos o Recorrente invoca a Constituição como reforço de argumentação de os bens apreendidos, relacionados com o tráfico ilícito de entorpecentes, serem destinados à FUNCAB.

Conheço do recurso, sem restrições.

No mérito, invoque-se o disposto no art. 91, II, do Código Penal, *verbis*:

“São efeitos da condenação:

.....

II — a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisa cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

A Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986 — Cria o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso — dispõe sobre os bens apreendidos e adquiridos com produtos de tráfico ilícito de drogas ou atividades correlatas, e dá outras providências — por sua vez, estatui no art. 4º:

“Todo e qualquer bem de valor econômico, apreendido em decorrência do tráfico de drogas de abuso ou utilizado de qualquer forma em atividades ilícitas de produção ou comercialização de drogas abusivas, ou ainda, que haja sido adquirido com recursos provenientes do referido tráfico, e perdido em favor da União, constituirá recurso do FUNCAB”.

Os bens da União, de outro lado, necessitam de autorização legal para serem alienados, ainda que sejam às unidades da Federação.

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.442 — RO — (91.0007961-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recte.: Ministério Público Federal. Recdo.: Nilton Adolfo de Queiroz. Advs.: Nildo Gomes e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (11.02.92 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros José Cândido, Pedro Acioli e Costa Leite. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 10.485 — MG (Registro nº 91081264)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Lanches Naná Ltda.*

Recorridos: *José Antônio Gazire e outro*

Advogados: *Drs. João Milton Henrique e outros e Sebastião Alves dos Reis Júnior e outro*

Sust. Oral: *Dr. Sebastião Alves dos Reis Júnior (pelos recorridos)*

EMENTA: Locação do Decreto nº 24.150/34. Ação renovatória. 1. Curso no período de férias. Acórdão com mais de um fundamento (Súmula 283/STF). 2. Presunção de sinceridade. Aplicação da Súmula 485/STF. Questão envolvendo prova (Súmula 7/STJ). 3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Caso de locação do Decreto nº 24.150/34, tendo a sentença julgado improcedente a ação renovatória e, em consequência, deferido o pedido de retomada do imóvel. Em embargos de declaração, tirados pelos réus-locadores, veio a ser arbitrado o aluguel, “a partir do vencimento do contrato e até a desocupação do imóvel”.

Improvida a apelação e rejeitados os embargos de declaração, a autora-locatária entrou com recurso especial, suscitando duas questões: (a) a intempestividade daqueles embargos de declaração; (b) a presunção de sinceridade. E o recurso foi admitido, quanto ao primeiro assunto, em despacho do Juiz Paulo Medina, *verbis*:

“Sustenta a Recte. negativa de vigência do art. 35 do Decreto nº 24.150 c/c art. 174, CPC, argumentando com a ineficácia parcial da decisão monocrática, no tocante à condenação da A. ao pagamento de novos aluguéis durante o tempo de ocupação do imóvel e a partir do vencimento do contrato, vez que estabelecida a condenação em embargos declaratórios extemporaneamente oferecidos.

A Recte. discorre longamente sobre o tema, asseverando que o art. 35 da Lei de Luvas não foi revogado pelo art. 40 do CPC de 1939, e traz, em respaldo à sua tese, citações doutrinárias e julgados de outros Tribunais.

No mérito, insurge-se contra a presunção de sinceridade do pedido de retomada — firmada pelo acórdão recorrido —, invocando o direito de proteção ao fundo de comércio, e adentra no exame dos fatos da causa, procurando demonstrar a ocorrência, *in casu*, da insinceridade do locador.

No que tange a este segundo fundamento, improcedem as razões recursais.

Com efeito, a decisão recorrida esposou a tese de que milita em favor do retomante a presunção de sinceridade, à luz do verbete nº 485 da Súmula do STF, considerando o voto condutor do acórdão: — 'Não há nisso nenhuma lesão ao princípio da isonomia processual, já que a presunção existe por não ser possível a prova cabal, plena, de sinceridade, *a priori*, dada a sua natureza subjetiva. É verdade que a presunção é *juris tantum*, admitindo, portanto, prova em contrário pelo locatário, quando este alega a insinceridade do pedido' (fls. 318).

Prova que, na espécie, a Turma julgadora considerou não produzida pelo Recte., que trouxe aos autos 'inconsistentes interpretações' e 'vagas alegações, insuficientes para elidir a referida presunção de sinceridade' (fls. 320).

Ora, se houve erro na apreciação da prova — como parece sustentar a recorrente —, não é matéria que possa ser apreciada no âmbito estreito do recurso especial.

Com efeito, impossível avaliar a alegação sem readentrar o terreno probatório, hipótese que implicaria, necessariamente, em discutir os pressupostos factuais que nortearam as conclusões do acórdão; recai à espécie a Súmula 7 do STJ.

A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

'Compete, soberanamente, às instâncias ordinárias, definir os contornos da base fática da causa, à luz da prova, afigurando-se inadmissível o reexame dessa moldura na estreita via do recurso especial, consoante o enunciado nº 7 da jurisprudência sumulada desta Corte, às inteiras aplicável à espécie' (Agravo de Instrumento nº 6.904-MG — Relator Min. Sálvio de Figueiredo, *in* DJU de 13.12.90).

De se notar, mais, recente decisão dessa Corte, no julgamento do Recurso Especial nº 5.787-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, que esclarece: — ‘Ao formular o pedido de retomada, o locador não deduz fato que deva ser provado. A alegação de insinceridade desse pedido é que o haverá de ser — CPC, art. 333’ (*in* DJU de 15/04/91, p. 4.299).

Quanto à questão de extemporaneidade dos embargos declaratórios, assiste razão à Recte.

O acórdão impugnado confirmou a fixação dos novos aluguéis, porque, ‘não sendo a ação renovatória daquelas que têm aviso nas férias, deve a intimação, segundo a melhor doutrina, considerar-se feita no primeiro dia útil após esse período (dia 1º de agosto), iniciando-se a contagem do prazo para oferecimento de embargos de declaração no dia seguinte, dia 02 de agosto’ (fls. 317).

A matéria, contudo, não se acha pacificada, quer doutrinária, quer jurisprudencialmente.

J. Nascimento Franco e Niske Gondo, referindo-se ao tema, concluem que acabou prevalecendo o entendimento de que as renovatórias não se suspendem durante as férias forenses, principalmente depois que o Supremo Tribunal Federal adotou, em Sessão Plenária, esse entendimento, ou seja, o da sobrevivência do art. 35 da Lei de Luvas (cf. “Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel”, 5ª ed., RT, SP, 1987, p. 151).

Não discrepa de tal orientação julgado do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

‘Ação Renovatória — Curso nas Férias — Intempestividade da Contestação.

Continua em vigor o art. 35 do Decreto nº 24.150/34. Intempestividade conseqüente da contestação oferecida.

Recurso especial conhecido por ambas as alíneas do permissivo constitucional e provido’. (REsp nº 3.837-MG, Rel. Min. Barros Monteiro, *in* DJU de 15/04/91, p. 4.303).

A argumentação recursal trouxe razoável dúvida sobre a incidência ou não das normas que invoca.

Amparado em sólidos argumentos, o recorrente, se não demonstrou à saciedade a incidência dos permissivos constitucionais do recurso especial, pelo menos conseguiu trazer à discussão a possibilidade de que isso tenha ocorrido, *in casu*.

Diante dessa situação, é recomendável que se requeira a elevada apreciação do Superior Tribunal de Justiça, árbitro maior das controvérsias sobre aplicabilidade de normas infraconstitucionais.

Admito, pois, o recurso, determinando a sua remessa imediata ao Órgão Superior.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela locatária, que viu julgada improcedente a ação que intentou para obter a renovação do contrato de locação. Veio contestar a decisão que, em embargos de declaração dos locadores, arbitrou aluguel “a partir do vencimento do contrato e até a desocupação do imóvel”. Fê-lo, por considerar que se cuidava de embargos intempestivos.

Foi a sentença proferida em 30.6 e publicada em 4.7. No dia 6.7 foi a locatária quem entrou com embargos de declaração, resolvidos em 2.8, com publicação em 9.8. No dia 10.8 vieram então os embargos de declaração dos locadores, requerendo fosse declarado “qual o valor do aluguel mensal do imóvel”, apreciados e recebidos em 11.8. Ante este quadro, considerou o acórdão recorrido:

“Não sendo a ação renovatória daquelas que têm curso no período de férias, deve a intimação, segundo a melhor doutrina, considerar-se feita no primeiro dia útil após esse período (dia 1º de agosto), iniciando-se a contagem do prazo para oferecimento de embargos de declaração no dia seguinte, dia 02 de agosto. Assim, em tese, no dia 1º de agosto, data em que os apelados ajuizaram os seus embargos, esse prazo já teria terminado.

Ocorre, porém, que a apelante ofereceu embargos de declaração no dia 06.07.89. No dia 1º.08.89 (fls. 276-TA), quando ainda não se tinha iniciado o prazo para a interposição de recurso, os autos foram conclusos ao douto Juiz de primeiro grau, para decidir os embargos oferecidos pela apelante, decisão essa somente publicada no Órgão Oficial de 09.08.89.

Assim, seja porque os embargos oferecidos pela apelante suspenderam o prazo para a interposição de outro recurso (art. 465, parágrafo único do CPC), seja pela ocorrência de embaraço judicial, criado pela interposição de embargos declaratórios pela ora apelante, antes de iniciar-se o prazo recursal (art. 180 do CPC),

tenho como tempestivos os embargos declaratórios oferecidos pelos apelados no dia 10.08.89.

Nessas condições, nenhuma ineficácia há de ser reconhecida, pelo motivo alegado, na v. sentença recorrida, nada havendo que dela deva ser decotado.

Rejeito, em conseqüência, a segunda preliminar.”

Para considerar tempestivos os embargos de declaração dos locadores, o acórdão recorrido, a par de ter afirmado que a ação renovatória não tem curso no período de férias, considerou que a interposição, antes, pela locatária, de idênticos embargos, suspendera o prazo para a interposição de outros recursos. E, olhem!, sem falar no “embaraço judicial”... Destarte, na espécie em comento, existe circunstância, e suficiente, que desassemelha os casos em confronto, crendo eu que não vem a pêlo o alegado art. 35. Em suma, pode-se falar em acórdão com mais de um fundamento, a teor da Súmula 283/STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”).

Portanto, inviável o recurso quanto ao seu primeiro ponto. Também, quanto ao segundo ponto. Sobre a presunção de sinceridade, as instâncias ordinárias aplicaram, e bem, o princípio da Súmula 485/STF. A propósito, o que a recorrente no momento pretende é reexame de prova. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula 7/STJ). No pormenor, exato o despacho local, ao qual me reporto.

Não conheço do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.485 — MG — (91081264) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Lanches Naná Ltda. Recorridos: José Antônio Gazire e outro. Advogados: Drs. João Milton Henrique e outros e Sebastião Alves dos Reis Júnior e outro. Sust. oral: Dr. Sebastião Alves dos Reis Júnior (pelos recorridos).

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (3ª Turma — 20.08.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.070 — SP
(Registro nº 91.0009652-0)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *José Martimiano*

Advogado: *Dr. Joaquim Thomaz Sanches Madureira*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. QUALIFICADORA NÃO ARTICULADA NA DENÚNCIA.

Possibilidade de seu conhecimento na pronúncia, que é uma decisão provisória, de conteúdo declaratório, propiciando às partes o exercício do contraditório até o julgamento pelo Conselho de Sentença.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO (art. 101, § 2º, do RISTJ), Presidente.
Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: O Dr. Procurador-Geral da Justiça do Estado de São Paulo interpôs recurso especial contra acórdão unânime da Quinta Câmara Criminal do E. Tribunal de

Justiça daquele Estado, que deu provimento parcial ao recurso criminal interposto por José Martimiano para excluir da sentença de pronúncia a qualificadora referente ao meio cruel (homicídio cometido com o emprego de meio cruel), por não ter sido a mesma articulada sequer implicitamente na denúncia (fls. 137/147).

Com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição, sustenta o recorrente que o acórdão recusou aplicação ao art. 408, § 4º, do CPP, e divergiu da jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal.

O recurso foi admitido por despacho do Exmo. Sr. 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça (fls. 149/150).

Parecer da douta SGR, às fls. 154/156, pelo provimento do recurso, para restabelecer-se a sentença da pronúncia, porque o Juiz poderia desclassificar a infração para outra de competência do Júri, sem invocar o art. 384, parágrafo único, do CPP, por se tratar de sentença de natureza processual.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Segundo a petição de recurso especial:

“José Martimiano foi processado pelo Juízo da Comarca como incurso no art. 121, combinado com os arts. 61, II, *e*, e 69, todos do Código Penal, porque, em 25 de agosto de 1989, a golpes vibrados com um amortecedor de automóvel, assassinou sua mulher Eliza Maria Domingues Martimiano e seu filho Manoel Martimiano, agindo por motivos não suficientemente esclarecidos. No decurso da instrução criminal, vieram para os autos a perícia do local ilustrada por fotografias dos cadáveres (fls. 56/83), evidenciando que as vítimas foram abatidas por sucessivos golpes em regiões nobres do corpo, que, certamente, acarretaram-lhes grande sofrimento antes que expirassem. Concluída a fase preparatória do processo, o Dr. Promotor de Justiça, em fundamentado pronunciamento, pediu que o réu fosse pronunciado como incurso naqueles dispositivos, considerando-se os delitos qualificados pela circunstância do emprego de meio cruel. Sem qualquer objeção a ilustrada defesa entendeu que, na espécie, configura-se a continuidade delitiva e que o réu mereceria ser absolvido sumariamente pois agira em legítima defesa própria e de terceiro. Sobreveio a decisão de pronúncia, quando o eminente Julgador deu-o como

incurso no art. 121, § 2º, III (meio cruel), combinado com os artigos 61, II, e, e 69, do estatuto repressivo” (fls. 137/138).

No acórdão recorrido deu-se parcial provimento ao recurso do réu porque...

“Quanto ao meio cruel, tal qualificadora deve ser afastada, sem embargo das impressionantes fotografias que instruem o laudo. É que não foi articulada nem implicitamente na denúncia, pelo que merece ser cancelada” (fl. 135).

Por isso é que o ilustre representante do *parquet* paulista apresentou recurso especial.

A demonstrar a divergência jurisprudencial destacam-se os arestos proferidos nas duas Turmas do Colendo STF, nos *Habeas Corpus* nº 60.597-DF, 57.161-1-SP, e 60.597-4-DF, e no Recurso Extraordinário nº 87.505-4-RJ, de que foram relatores, respectivamente, os Srs. Ministros Soares Muñoz, Leitão de Abreu e Cunha Peixoto, assim ementados:

“Pronúncia. Reconhecimento de circunstância qualificadora não capitulada na denúncia. É possível o reconhecimento, na pronúncia, de qualificadora do homicídio não capitulada na denúncia. Aplicação dos arts. 408, § 4º, e 416, do CPP, e não incidência do art. 384, parágrafo único, do mesmo Código” (HC-60.597-DF, Min. Soares Muñoz, RTJ — 106:142).

“Processo crime. Pronúncia. Reconhecimento de qualificadora não capitulada na denúncia.

Possibilidade pela aplicação dos arts. 383, 408, § 4º, e 416, do CPP. Caso de não incidência no art. 384 e parágrafo único do mesmo diploma.

Habeas Corpus parcialmente concedido”, (HC-57.161-1-SP, 2ª T., Min. Leitão de Abreu, RT-540:419).

“É possível o reconhecimento da qualificadora, pela sentença de pronúncia, que não fora articulada na denúncia” (HC-60.597-4-DF, DJU, de 08.03.83, p. 4.148).

“Processo crime. Reconhecimento da qualificadora do homicídio não capitulada na denúncia.

Admissibilidade. Recurso extraordinário não conhecido. Inteligência dos arts. 121, § 2º, IV, e 26, do CP.

A agravante qualificadora prevista no art. 121, § 2º, IV, do CP, versa sobre forma de execução do crime, sendo, portanto, circunstância objetiva do delito e, por isso mes-

mo, inaplicável, no caso, a incomunicabilidade estabelecida no art. 26 do mesmo Código” (RECr nº 87.505-4, RJ, 1ª T., Min. Cunha Peixoto, RT-538:442).

Conheço, pois, do recurso especial quanto à divergência, porque, ao decidir que a qualificadora merece ser cancelada, por não ter sido articulada nem implicitamente na denúncia (fl. 135), pôs-se o acórdão impugnado em contrariedade com os arestos apontados.

Quanto à negativa de vigência da lei federal, parece-me possível o reconhecimento, na pronúncia, de qualificadora de homicídio não articulada na denúncia, por ser a pronúncia uma decisão provisória, de conteúdo declaratório, na qual o Juiz proclama a admissibilidade da acusação, propiciando o respectivo julgamento pelo Tribunal do Júri. Esse é o sentido do § 4º do art. 408 do CPP, segundo, inclusive, a lição de TOURINHO FILHO, de DAMÁSIO DE JESUS e de HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, invocada pelo recorrente.

Esta Turma, ao julgar, em sessão de 12.09.89, o Recurso Especial 414-SP, relator o Sr. Ministro Dias Trindade, resolveu excluir da questão de certo Júri indagações sobre a existência de circunstância qualificadora do crime, por entender que o acréscimo de pena dali resultante seria incompatível com o princípio do contraditório, pois o réu não poderia disso se defender na sessão de julgamento.

No caso concreto, contudo, a hipótese é de reconhecimento da circunstância qualificadora na sentença de pronúncia, perfeitamente cabível, porque tanto a acusação quanto a defesa, posteriormente, manifestar-se-ão antes do julgamento pelo Conselho de Sentença, não havendo, pois, cerceamento de defesa.

Conheço, assim, do recurso, pelos dois fundamentos, e lhe dou provimento para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de pronúncia.

É como voto.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, o art. 385 do Código de Processo Penal dispõe:

“Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”

Por outro lado, o art. 408, § 4º, reza:

“O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo.”

Parece-me, *data venia*, os dois dispositivos afrontam o princípio do contraditório, porquanto o réu defender-se-á da imputação do fato. Evidentemente, a classificação meramente normativa é secundária, até mesmo despicienda, em se tratando mesmo no processo do Tribunal do Júri. Entender que pode o Juiz, desprezando a imputação da denúncia, incluir na pronúncia fato não debatido, o procedimento anterior à pronúncia será supérfluo. Estar-se-á no processo inquisitório, desprotegido do contraditório. O réu não tem obrigação de colaborar com a acusação para demonstração do fato. O que se lhe faculta é defender-se do que está sendo imputado.

Ora, se durante todo o processo, no procedimento preliminar à pronúncia, foi imputada a agravante, evidentemente, não será surpreendido, incluindo-se na imputação do Tribunal do Júri. A Constituição estabeleceu que “não há crime sem lei anterior que o defina.”

Vejam que no procedimento do Tribunal do Júri há dois momentos de imputação: o da denúncia, que é preliminar, mas mesmo assim sujeita ao contraditório, e defesa plena; a pronúncia apenas define o que vai se debater no Plenário.

Em síntese, a agravante deve constar da imputação, como fato.

Data venia dos votos em contrário, reconheço a divergência e nego provimento para manter o acórdão.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.070 — SP — (91.0009652-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: José Martimiano (réu preso). Adv.: Joaquim Thomaz Sanches Madureira.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (13.08.91 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite e José Cândido. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Washington Bolívar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.112 — RS

(Registro nº 91.0009789-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Relator p/ Acórdão: *O Exmo Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A*

Recorridos: *Antonio Bronzatti e outro*

Advogados: *Wilson Barufaldi e outros, Eduardo Heitor Bergier e outro*

EMENTA: DIREITO CIVIL. CONTRATO CONSIGO MESMO.

A outorga de mandato, pelo mutuário, a pessoa jurídica integrante do grupo do mutuante, em regra, não tem validade face ao manifesto conflito de interesses, à sujeição do ato ao arbítrio de uma das partes e à afetação da vontade. Precedentes: Acórdãos nos REsps nºs 3.001-MG, 5.913-SC, 6.263-MG e 9.005-PR, publicados nos DJU de 10.12.90, 04.02.91, 25.02.91 e 05.08.91, respectivamente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, e, por maioria, negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator p/ acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Embargos do Devedor opostos por Antônio Bronzatti e Willybaldo Pohl a execução que lhes move UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S/A.

A sentença julgou procedente, em parte, os embargos, declarando nula a nota promissória, porque emitida com base em cláusula-mandato, não embasada na mútua confiança, essencial entre mandante e mandatário, excluindo, conseqüentemente, Willybaldo Pohl. Afirmou, outrossim, eficaz a execução contra o primeiro embargante, fundada, exclusivamente, no contrato, e subsistente a penhora (fls. 24/27).

Recorreu o UNIBANCO, inconformado com a exclusão do segundo executado, pedindo, ainda, a condenação dos apelados em todos os ônus da sucumbência, ou a inversão destes, em caso do não provimento da apelação (fls. 29/33).

A Sexta Câmara Cível do Colendo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, à unanimidade, deu parcial provimento ao apelo para julgar improcedentes os embargos opostos pelo primeiro embargante, invertidos, nesse tocante, os ônus da sucumbência (fls. 52/54).

Irresignado, ainda, interpôs o Banco apelante Recurso Especial, fundado no art. 105, III, c, da Constituição Federal, sustentando que o Acórdão recorrido, dessa forma, teria dado interpretação divergente da que lhe haja atribuído outros Tribunais, ao excluir o avalista da nota promissória emitida com base em cláusula de mandato e considerar nula a cártula (fls. 69/71).

O nobre Presidente daquela Corte o admitiu, e devidamente processado, subiram os autos a este Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O dissídio está comprovado nos termos do art. 255, parágrafo único, do RISTJ. Traz o recorrente a confronto aresto do Colendo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, esposando entendimento diverso do sustentado no Acórdão recorrido, segundo o qual é válida a promissória emitida por mandatário constituído em contrato de abertura de crédito (RT 506/161).

Examino, pois, o recurso pelo fundamento da letra c do permissivo constitucional.

Trata-se de contrato de mútuo, em fase executória, emitido por procuração em favor de entidade financeira pertencente ao mesmo grupo.

Tenho afirmado entendimento que, de regra, não se pode ter, desde logo, o contrato consigo mesmo como prejudicial à parte, que na manifestação livre da vontade estabeleceu o negócio jurídico, outorgando procuração à entidade financeira do mesmo grupo. Matéria, aliás, prevista na lei uniforme, fato que não exclui a possibilidade, quando pertinente, de ilidir a pretensão do outorgante, valendo-se dos meios próprios para invalidação da outorga.

Em caso símile, no julgamento do REsp nº 3.001-SP, ao proferir voto-vista, sustentei:

“Na doutrina, pois, só se inadmite o chamado “contrato consigo mesmo” se não ocorrer convergência de vontades ou dele decorrente conflito de interesses.

E, penso, de outra forma não podia ser, já que a emissão de cártula por mandato tem provisão legal como deflui do art. 8º, Anexo I da Lei Uniforme. (Decreto nº 57.663, de 24.01.1966).

Tudo atento a que na “Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos”, na lição da excelente monografia de Ubaldino Miranda (Ed. Revista dos Tribunais, 1º vol, págs. 222/223):

“10. Como instrumento dúctil do exercício da autonomia privada, posto à disposição dos particulares pelo ordenamento jurídico, o negócio é uma figura necessariamente abrangente e que tem, como seu campo de atividade, observados os limites traçados pelo ordenamento jurídico, toda a vasta e multiforme realidade social, encarada do ponto de vista da relação intersubjetiva.

O negócio jurídico é, assim, para nós, um ato de autonomia privada, constituído de um comportamento ou de uma ou mais declarações de vontade, que exprimem um imperativo juridicamente relevante.

11. Situado o negócio no contexto do ordenamento jurídico, é mister atentar para a existência de um complexo de disposições legais que o reconhecem como um fato (hipótese, situação ou pressuposto de fato) capaz de gerar consequências jurídicas.

Mais: é necessário distinguir, com a doutrina moderna, o efeito negocial, que consiste na vinculatividade que resulta para as partes do mero fato da celebração ou da existência do negócio e os efeitos finais, correspondentes às

disposições que integram o conteúdo negocial e que se propõe realizar a função econômico-social a que o negócio se destina.

Do efeito negocial resulta a irretratabilidade unilateral do conteúdo negocial; os efeitos finais são os atribuídos pelo ordenamento jurídico em conformidade com o regulamento negocial, estabelecido pelas partes”.

.....
“Interpretar um negócio jurídico é determinar o sentido e o alcance com que deve vigorar o conteúdo negocial, o imperativo juridicamente relevante a que as partes, por ato de vontade, decidiram submeter-se.

A averiguação do conteúdo decisivo do negócio, o sentido com que afinal há de vincular os contraentes, é que constitui o escopo de toda a atividade interpretativa”.

E, assim, já decidiu o Pretório Excelso, ao julgar o RE nº 104.307-RS, da lavra do eminente Ministro Octávio Gallotti, ao afirmar: “em princípio, não existem óbices legais à outorga do mandato, pelo mutuário, a empresa vinculada ao grupo creditício mutuante, para agir segundo condições previamente contratadas. A possível incompatibilidade de interesse há de ser aferida, em cada caso, mediante o exame da extensão dos poderes deferidos ao mandatário e a ocorrência, ou não, de abuso no desempenho do encargo”. (RTJ 116/753).

Entendo que o aresto impugnado, nesse ponto, ao confirmar a decisão monocrática que concluiu pela nulidade da nota promissória, ao argumento de que emitida com base em cláusula-mandato, não embasada na mútua confiança, divergiu do entendimento firmado na jurisprudência da Suprema Corte.

Configurado o dissídio, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, cassando o Acórdão recorrido, julgar procedente o pedido, determinando se prossiga a execução, também, contra o avalista Willybaldo Pohl, coerente com o entendimento expendido no voto que proferi no REsp nº 3.001-MG.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Peço vênias ao Eminente Ministro-Relator para discordar, de acordo com ponto de vista que tenho manifestado nesta Corte.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Peço vênia ao Sr. Relator, para acompanhar o voto do Sr. Ministro Cláudio Santos, em decorrência de precedentes desta 3ª Turma.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.112 — RS — (91.0009789-6) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A. Recdos.: Antonio Bronzatti e outro. Advs.: Wilson Barufaldi e outros, e Eduardo Heitor Berbigier e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, e, por maioria, negou-lhe provimento (em 28.06.91 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Cláudio Santos. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Dias Trindade. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 11.368 — DF (Registro nº 91.0010447-7)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Manoel de Souza*

Recorrido: *Encol S/A Engenharia, Comércio e Indústria*

Advogados: *Drs. Mário Marto e outros, e Dilson Furtado de Almeida*

EMENTA: Processo Civil. Execução. Obrigação de fazer. Pena pecuniária. CPC, arts. 287, 632, 644 e 645. Termo “a quo”. Recurso não conhecido.

I — Inexistindo avença, o Judiciário deve estabelecer o momento inicial para o cumprimento do julgado nas obrigações de fazer.

II — À sentença cabe marcar esse termo: preferencialmente, se do trânsito em julgado ou da citação executiva.

III — Omissa a sentença, é de entender-se a citação executiva como o termo *a quo* da *astreinte* a que se referem os arts. 287, 632, 644 e 645, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 31 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: O recorrente ajuizou ação objetivando o cumprimento de obrigação, por parte da recorrida, consistente na apresentação dos documentos indispensáveis à assinatura da escritura de compra e venda de imóvel entre as partes celebrado, sob pena de cominação de multa diária.

Julgado procedente o pedido pela MM. Juíza sentenciante — Dra. Fátima Nancy Andrighi, foi fixada a cominação da multa diária de 10 (dez) OTNs por dia de descumprimento da sentença, que deveria ser cumprida em 30 (trinta) dias, além dos ônus da sucumbência.

Foi o decisório confirmado com o desprovimento da apelação pela Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, bem como rejeitados os embargos declaratórios.

A ré, ora recorrida, interpôs recurso extraordinário, com argüição de relevância, não logrando sucesso nem mesmo no desate do agravo.

Passando-se à liquidação da sentença, elaborou-se a conta por cálculo do contador, tendo a MM^a Juíza decidido:

“Cuida-se de ação de obrigação de fazer em fase de execução de sentença.

A sentença, confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça, determinou o prazo de 30 dias para cumprimento do julgado.

A ré foi intimada pessoalmente para cumprir o julgado, em 26.05.1988 (fl. 123).

De acordo com a escritura pública de re-ratificação, em 10.11.88 foram atendidas as últimas exigências do Oficial do Registro de Imóveis, estando, assim, o autor, de posse de todos os documentos necessários para que o Cartório do Registro de Imóveis providenciasse a transcrição, estando, assim, cumprido o julgado”.

O estabelecimento do montante de dias a serem computados, para efeito de aplicação da pena pecuniária, é a questão central posta a exame, porquanto, após o julgamento da liquidação, as partes apelaram, reiterando apreciação de agravos retidos, todos versando sobre o cálculo de liquidação.

A Segunda Turma desproveu os agravos retidos e deu parcial provimento à apelação da ré, negando provimento ao apelo do autor, consignando a seguinte ementa:

“Processo Civil. Execução de obrigação de fazer. Art. 632 do CPC. A mora do devedor só começa a partir de quando seja o mesmo citado para cumprir o julgado no prazo determinado na sentença exequenda, e a multa de que trata o art. 644 do mesmo Código só é devida a partir do esgotamento do prazo que lhe foi concedido”.

Rejeitados os embargos declaratórios opostos pela ré, o autor, credor da multa pecuniária, interpôs recurso especial, alegando vulneração dos arts. 287, 644 e 645, do Código de Processo Civil, além de dissídio com julgados constantes de RTJ 89/555 e RJTJESP 96/271 e 105/51.

No juízo de admissibilidade determinou-se o processamento do recurso.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): O pleito do recorrente circunscreve-se à definição do período no qual devem incidir as *astreintes*, ou seja, a pena pecuniária pelo descumprimento da obrigação, fixada na sentença e confirmada em grau de apelação.

Sustenta o recorrente-credor que a penalidade incidiu no “31º” (trigésimo primeiro) dia após a publicação da sentença cominatória (26.3.86), e o “termo final da data de 16.3.89, de acordo com a prova dos documentos de fls. 135/140, de satisfação da obrigação pela Recorrida”.

Consoante essa postulação, seriam 721 (setecentos e vinte e um) dias de mora.

De outra parte, o v. acórdão recorrido, no particular, sustentou que “a pena pecuniária de 10 OTNs é devida durante a mora da apelante Encol S/A, 26 de junho de 1988 a 10 de novembro de 1988, perfazendo o total de 138 dias e não 721 dias como consta da sentença apelada, vale dizer, a de fls.158 que homologou os cálculos de fls. 155 que por sua vez é mera atualização dos cálculos de fls. 118 que contabiliza em desfavor da apelante pena pecuniária por 721 dias”. Daquele aresto, colhe-se:

“O art. 632 do CPC que trata da execução da obrigação de fazer é claro no sentido de que o devedor deverá ser citado para cumprir o julgado, no prazo determinado judicialmente, sendo fácil concluir-se que o devedor só poderá ser constituído em mora quando, citado, obviamente após o trânsito em julgado da sentença, não cumprir o determinado na sentença exequenda. Sem a citação do devedor e executado no processo de execução de obrigação de fazer não pode ser ele constituído em mora. No caso, citado o devedor no processo de execução, tinha ele trinta dias para satisfazer a obrigação, como não o fez, a partir do 31º dia passou a sofrer a penalidade fixada na sentença exequenda”.

Em primeiro plano, não conheço do recurso pelo dissídio porque simples ementas não se prestam ao confronto, segundo uniforme entendimento. Ademais, no caso as próprias ementas não se ajustam à tese do recorrente.

Também não conheço do recurso pela alínea *a* do permissivo constitucional.

A propósito, rezam os artigos 632 e 644 do Código de Processo Civil:

“Art. 632. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para cumprir o julgado no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não estiver já determinado”.

“Art. 644. Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz”.

Em face da pouca clareza da lei, busca a doutrina a melhor orientação sobre o termo *a quo* da incidência desse “meio coercitivo indireto” (Amaral Santos), inovação do Código de 1973 e que corresponde às *astreintes* do direito francês.

Segundo Amílcar de Castro, no dizer preciso de Frederico Marques, o maior dos nossos juristas em execução, “o efeito retroativo não se harmoniza com a natureza da *astreinte*, que não é “pena” pelo que não foi feito, mas “meio de coação” para que se faça ou não deixe de ser feito. Supõe-se que o devedor que cumpre dentro do prazo assinado cumpre sem multa; e só aquele que cumpre depois de esgotado o prazo é que cumpre com multa... até cumprir”. (“Comentários” ao art. 644, nº 251, RT, 2ª edição). No mesmo sentido, relacionando doutrinadores, Araken de Assis, “Manual do Processo de Execução”, Le Jur, 1987, § 50, nº 160.3.

De igual forma vinha o Supremo Tribunal Federal entendendo, na vigência do sistema constitucional anterior, na condição, então, de guardião do direito federal, infraconstitucional (cfr. RE 85.573, RTJ 79/348).

Mendonça Lima, ao versar o tema (“Comentários”, Forense, 4ª edição), ensina (nº 1.802):

“Cabe ao juiz marcar: do trânsito em julgado da sentença; da citação para a execução; de um acontecimento qualquer, etc.”.

E, adiante, em divergência, orienta (nº 1.807):

“É evidente que a pena somente poderá ser cobrada a partir da data em que a sentença transitar em julgado ou, mesmo pendendo recurso, se for permitida a execução provisória. Mas, sempre retroagirá à “data estabelecida pelo juiz”, *ex vi* da parte final do art. 644. O juiz poderá determinar, porém, que a data seja, inclusive, após o trânsito da sentença”.

Nesta trilha, segue Paulo Furtado (“Execução”, Saraiva, 1991, nº 134, p. 192).

Sem adentrar ao tema da retroatividade ou não, escreve Theodoro Júnior (“Comentários”, ao art. 644, nº 257, Forense, 1ª edição):

“A exigência da pena, todavia, só se dá a partir do término do prazo assinado na citação executiva, se outro termo não foi fixado na sentença”.

Frederico Marques, por sua vez, doutrina, também sem ingressar na referida polêmica (“Manual”, Saraiva, 1980, 4º vol., nº 840):

“A pena pecuniária vem fixada na sentença com que se julgou e se encerrou o processo de conhecimento (art. 645); e sua imposição vem pedida no processo executivo, como instrumento, meio e modo de forçar o devedor a cumprir obrigação de fazer ou de não fazer”.

In casu, a sentença fixou o prazo de 30 dias, mas não estabeleceu o momento inicial, se do trânsito em julgado ou da citação executiva.

Destarte, omissa a sentença nesse ponto, mais correto fixar o termo *a quo* a partir do momento estabelecido para o cumprimento do julgado transitado em julgado, uma vez que a liquidação se processou por simples cálculo, o que correspondeu à citação executiva.

Em face do exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, estou de acordo com o Senhor Ministro-Relator. Faço, contudo, breve ponderação quanto ao teor da ementa, porquanto me parece que todo julgado, pelas razões trazidas pelo eminente Relator, levaria à conclusão de que o executado é citado para cumprir, em certo prazo; é, de fato, necessário conceder-lhe esse prazo. Se assim não for, incidirá imediatamente nas multas. A citação, penso, há de ser para que o executado, em determinado prazo, diligencie o que for mister e pratique o ato; caso não o pratique, decorrido o prazo que o mandado fixar, então incorrerá na multa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.368 — DF — (91.0010447-7) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Manoel de Souza. Recdo.: Encol S/A Engenharia, Comércio e Indústria. Advs.: Drs. Mário Marto e outros, e Dilson Furtado de Almeida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 31.10.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 12.129 — RJ

(Registro nº 91.0012900-3)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Josias Arquitetura e Construções Ltda.*

Recorridos: *Wandyr Pinto de Souza Rocha e cônjuge*

Advogados: *Drs. Carlos Roberto Barbosa Moreira e outros, e Antônio Ribeiro da Silva*

EMENTA: CIVIL — PROPRIEDADE HORIZONTAL — CONSTRUÇÃO POR INCORPORAÇÃO — DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL — CLÁUSULA PENAL.

I — Não efetivada a construção contratada e demolido o imóvel residencial, afasta-se a compensação dos prejuízos estabelecida em cláusula penal. É que tal pena compensatória, inserta na avença, não mede a extensão dos danos dos quais se impõe a reparação.

II — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Nos autos da ação ordinária de rescisão de Escritura de Promessa de Venda de Imóvel, cumulada com perdas e danos, o acórdão dos Infringentes de fls. 126/128 decidiu forte em que:

“... Comprovado e confessado o inadimplemento por parte do promitente-comprador, procede o pedido de rescisão de contrato de promessa de compra e venda do imóvel com a condenação do Réu no ressarcimento das perdas e danos sofridas pelo promitente-vendedor”.

Com apoio nas letras *a* e *c*, a recorrente enfrenta tal entendimento dizendo violado o art. 918 do Código Civil, sustentando divergência com precedente do Excelso Pretório que indica (fls. 155).

Ao mesmo tempo pretende a prevalência do voto vencido, prolatado nestes termos (fls. 128):

“Cláusula penal, expressamente convencionada em contrato inadimplido pela embargante, não pode ser substituída por valor maior em reparação das perdas e danos sofridas pelos embargados. A cláusula penal é uma pré-avaliação das perdas e danos e assim, a compensação preestabelecida dos prejuízos que o credor presumidamente sofre em virtude de inexecução de obrigação principal, no caso a construção de um edifício com entrega de dois apartamentos”.

No exame dos pressupostos (fls. 169), o recurso especial foi deferido.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Nas razões do apelo (fls. 139/157), a rebeldia da recorrente cinge-se à que, condenada em perdas e danos, o limite dessa sucumbência deveria estar adstrita tão-somente ao valor da cláusula penal inserta em contrato.

No que pertine, levanta que, no seu entender, ao contrário do voto vencido, o aresto recorrido violou a norma do art. 918 do Código Civil e divergiu de paradigma do STF que indica.

A lide se resume em que, nas escrituras de compra e venda, avençou-se a venda de área para a construção de propriedade horizontal.

Acertou-se como forma de pagamento a aquisição de dois apartamentos, considerando se, ainda, a demolição de residência no terreno a ser construído.

O imóvel, no entanto, foi demolido sem que a construtora incorporadora cumprisse os termos do contrato.

A matéria é toda calcada nos fatos e provas da causa e nas cláusulas das escrituras (contratos).

Com base nesses aspectos do processo, o acórdão profere que (fls. 97):

“... a ré confessa todos os fatos alegados pelos autores e, inclusive, demoliram a casa que existia no local para no terreno levantar o edifício, que não se dignam de construir”.

Nos Infringentes (fls. 126), essa circunstância é reafirmada, quando o eminente Relator refere que:

“... forçoso é reconhecer que os embargados tinham no terreno uma belíssima casa (fls. 05), que foi demolida pela ré, (fls. 06/09), bem como por falta de prova de que a quantia em dinheiro, inicialmente recebida pelos embargados, seria suficiente para a reconstrução da casa em referência. Não basta, assim, que os embargos tenham a reintegração da posse do imóvel, pois irão recebê-lo sem a casa, receberão apenas um terreno baldio, sem benfeitorias, sem nada”.

E aduz mais:

“Considere-se ainda que além de perderem as benfeitorias, perderam também a renda que a casa lhes poderia ter dado, se alugada desde 1981, quando foi feita a transação, até hoje. Veja-se ainda, que as perdas e danos deverão ser limitados ao valor dos apartamentos, o que é mais do que justo”.

A inconformação da recorrente centra-se tão-só no tema da cláusula penal, por isso que diz violada pelo aresto.

Porém, quanto a esta, o acórdão fixou-se, forte na sentença, ao examiná-la que:

“Assim interpretado o primeiro pedido dos autores vê-se que não procede a resistência oferecida pela ré, que pensava ser seu dever jurídico tão-somente a de perder as benfeitorias realizadas e as quantias pagas, na forma da escritura. Ocorre, entretanto, que não tendo a ré edificado quaisquer benfeitorias — ao contrário, demoliu a casa dos autores — é legítima a pretensão dos autores de abrirem mão da cláusula penal compensatória para pretenderem uma indenização pelos prejuízos que a ré lhes causou. Assim, toda a argumentação que a ré produziu em torno da cláusula penal deve ser desconsiderada”.

Teve, pois, o acórdão, como válida a interpretação do contrato feita pela decisão monocrática, porque a cláusula penal se perfectibilizaria, para o fim colimado, se os réus, ora recorrentes, no terreno tivessem iniciado a construção, perdendo, aí sim, em favor dos autores as benfeitorias (leia-se acessões) nele introduzidas, mais o valor da quantia paga.

Por isso, na peculiaridade do caso, não se pode ver violação à norma apontada. Examinando-a e os fatos da causa deu o acórdão correta

aplicação à manifestação de vontade expressa pelas partes no contrato, restando insuscetível de reapreciada nesta via do Especial.

Pela letra c, o recurso também não prospera. E isso porque como se vê às fls. 156, trata-se de hipótese em que se discute contrato de locação em relação à multa contratual, por isso que distinta da que se controverte nos autos.

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.129 — RJ — (91.0012900-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Josias Arquitetura e Construções Ltda. Recdos.: Wandyr Pinto de Souza Rocha e cônjuge. Advs.: Carlos Roberto Barbosa Moreira e outros, e Antônio Ribeiro da Silva.

Decisão: 'A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial' (22.10.91 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 12.610 — MT

(Registro nº 91.0014268-9)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Nelson Frederico Kunze Pinto*

Recorrida: *Rural Financeira S/A — Crédito, Financiamento e Investimento*

Advogados: *Carlos Alberto de Oliveira Paes e Munir Feguri*

EMENTA: REMIÇÃO. RECURSO CABÍVEL DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE A INDEFERE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. PROBLEMA DO PRAZO.

Se a lei é dúbia, se os doutrinadores se atrimam entre si, e a jurisprudência não é uniforme, o erro

da parte apresenta-se escusável e relevável, ainda que o recurso dito impróprio tenha sido interposto após findo o prazo assinado para o recurso dito próprio. Prevalência da regra maior do duplo grau de jurisdição, e aplicação da antiga teoria do 'recurso indiferente', consagrada no Código de 1939, artigo 810, nos casos de ausência de má-fé e de erro grosseiro. A fungibilidade recursal é aceita na sistemática do vigente Código Processual Civil.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento, além do signatário, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: apreciando, em apelação, pedido de remição de bens imóveis, a egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, assim ementou:

“A AÇÃO DE EXECUÇÃO FORÇADA — INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REMIÇÃO — RECURSO IMPRÓPRIO — APRESENTAÇÃO NO PRAZO DO RECURSO DE APELAÇÃO — INTEMPESTIVIDADE — RECURSO NÃO CONHECIDO.

A decisão que indefere pedido de remição não põe fim ao processo, portanto, é agravável. Se foi proposto no prazo do recurso de apelação e não foi observado o prazo para interposição de agravo de instrumento, não pode ser apre-

ciado como tal, tornou-se intempestivo, razão pela qual não pode ser conhecido” (*sic*, fls. 145).

Irresignado, interpôs o filho do devedor recurso especial, invocando o art. 105, III, letra c, da Constituição Federal, alegando dissídio com arestos do TJ de São Paulo e do 1º TACSP, publicados na RTs, 542/65, 519/137 e 555/140.

Sustenta, em síntese, que a decisão impugnada diverge de entendimento adotado nos arestos paradigmas, segundo os quais o decisório que indefere pedido de remição enseja o recurso de apelação (fls. 152/156).

A eminente Desembargadora Presidente do Tribunal *a quo* admitiu fundamentalmente o recurso (fls. 162/163).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): O voto condutor do v. aresto assim fundamentou o *decisum*:

“Trata-se de recurso de apelação interposto contra indeferimento de pedido de remição.

Não tenho o mesmo entendimento do ilustre julgador que, recebendo recurso de apelação como agravo de instrumento, reconsiderou-o, recebendo-o finalmente como recurso de apelação.

O indeferimento de pedido de remição não põe fim ao processo de execução, portanto, o despacho de indeferimento do pedido de remição é agravável (RTF 119/28), pois, requerida a remição, o processo prossegue. Se os honorários não foram previamente fixados deverão ser arbitrados de plano pelo juiz (JTA 34/52).

Em seguida, os autos deverão ser remetidos ao contador para apuração. As partes deverão ser ouvidas sobre a conta. Poderão impugná-la.

Deverá o devedor depositar a importância apurada. Após o depósito é que o juiz declarará, por sentença, extinta a execução e autorizará o levantamento do restante pelo exeqüente.

Portanto, o processo só será objeto de recurso de apelação após esta sentença.

E só é apelável a sentença que declara extinta a execução, por força de remição feita pelo devedor (cf. artigo 558, nota 3, e artigo 789, nota 1) Theotônio Negrão, Comentário ao artigo 651, do CPC, 18ª edição.

Dessa forma, o recurso cabível no presente feito é o agravo de instrumento e, como o despacho atacado foi prolatado em 20.09.89, publicado em 29.09.89 e o recurso foi apresentado em 16.10.89, por força do prazo fixado no artigo 523 do CPC, para o agravo, o recurso interposto é intempestivo.” (fls. 143/144)

A ilustre Desemb. SHELMA LOMBARDI DE KATO admitiu o apelo extremo, embora afastando dois dos quatro arestos trazidos como paradigma, um por não mencionada a fonte, o outro por publicado apenas pela ementa no repositório indicado. Mas, segundo a decisão

“De qualquer modo, conforme demonstram tanto os paradigmas apresentados pelo recorrente quanto aqueles mencionados pelo acórdão guerreado, o tema não é tranqüilo seja na jurisprudência, seja na doutrina.

Face ao exposto, por entender estar caracterizada a divergência autorizadora do recurso especial, ADMITO-O.” (fls. 163).

Como realmente ocorre a dissonância jurisprudencial, nos termos supra, conheço do recurso e, conhecendo-o, passo a julgar a causa e aplicar o direito à espécie, a teor da Súmula 456 do Pretório Excelso, incidente por analogia.

Doutrina majoritária atribui a qualidade de **interlocutória**, e pois passível de impugnação apenas via agravo, à decisão que julga o pedido de remição. Assim ARAKEN DE ASSIS (“Manual do Processo de Execução”, ed. LEJUR, 1987, v. II, nº 557.3, p. 1.076), *verbis*:

“O artigo 790, *caput*, do CPC alude à sentença. Este é o provimento pelo qual o juiz extingue o processo (artigo 162, § 1º, do CPC). Entretanto, em que pese a existência de ação e de relação processual incidente (retro, nº 555), não há aí “sentença” e sim decisão interlocutória, que desafia agravo de instrumento. Neste caso, como naqueles previstos nos artigos 395 e 713 do CPC, não se admite “sentença” e, correlatamente, o recurso de apelação porque, na realidade, o processo executivo não findou e, resolvida a ação de remição, precisa retomar seu curso, temporariamente suspenso (retro, nº 557.3).”

Refere o autor, em nota de rodapé, às opiniões nesse mesmo sentido de HUMBERTO THEORODO JR., “Comentários”, nº 484; de JOSÉ FREDERICO MARQUES, “MANUAL”, v. IV, nº 992; de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O Novo Processo Civil Brasileiro”, v. II, p. 145, e outros. Mas aponta igualmente, **contra**, o magistério de PONTES DE MIRANDA, “Comentários”, v. XI, p. 357, e de MOACYR AMARAL SANTOS, “Primeiras Linhas”, v. III, nº 1.012.

Deste último autor, MOACYR AMARAL SANTOS, permito-me, no
azo, reproduzir o seguinte trecho:

“Será o pedido julgado por sentença (Cód. Proc. Civil, art. 790). Vários dos intérpretes do art. 790 (FREDERICO MARQUES, HUMBERTO THEORODO JÚNIOR, JOSÉ ANTONIO DE CASTRO) entendem que a decisão, apesar de qualificada como “sentença”, por esse dispositivo do Código, não passa de “decisão interlocutória”, visto que apenas encerra um incidente e não o processo executivo, não se enquadrando, portanto, na definição do art. 162, § 1º, do mesmo Código. Autores outros (PONTES DE MIRANDA, CELSO NEVES, JOSÉ DE MOURA ROCHA, MARCOS AFONSO BORGES), entre os quais nos incluímos, atribuem, ao ato de julgamento do pedido de remição o caráter de “sentença”, que é o que lhe dá o referido art. 790.

Conquanto realmente incidente ao processo de execução, o pedido de remição tem a natureza de ação incidental de qualquer daqueles terceiros legitimados a propô-la em face do arrematante ou do adjudicatário, tendo o juiz de julgar sobre o direito do pretendente ou dos pretendentes à remição. Daí formar-se um processo incidente, uma relação processual incidente, da qual participam aquele na formula a pretensão à remição e o arrematante, ou o adjudicatário, julgando do pedido, estará o juiz julgando quanto ao mérito dessa ação incidental, decidindo sobre o seu mérito, e encerrando o respectivo processo, isto é, proferindo uma sentença, que “é o ato pelo qual o juiz põe o termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa” (Cód. Proc. Civil, art. 163, § 1º).

Assim, o ato do juiz, deferindo ou não o pedido de remição é sentença, porque julga procedente ou improcedente o pedido formulado na ação incidental, e pois, é recorrível de apelação com ambos os efeitos (Cód. Proc. Civil, arts. 513, 520).” (ob. cit., v. III, Saraiva, 3ª edição, nº 1.012, p. 448/449).

Postas estas considerações, mesmo prestigiando como correta a posição majoritária na doutrina, impende afirmar que, apoiado em mestres de alto renome, não cometeu o recorrente nenhuma cinca inescusável, ao interpor o recurso de apelação em lugar do recurso de agravo de instrumento. Cumpre-nos, pois, aplicar o princípio da **fungibilidade recursal**. Não considero relevante, a impedir tal aplicação, a circunstância de o recurso dito impróprio, o de apelação, haver sido manifestado após findo o prazo de recurso dito próprio, o de agravo.

Reporto-me, aqui, ao ensinamento de mestre ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (“Introdução aos Recursos Cíveis”, RT, 2ª ed., nº 169), quem após referir que o princípio da fungibilidade é compatível com o atual Código de Processo Civil, embora nele não expressamente previsto, sustenta que

“Somente razões muito ponderáveis, muito sérias, muito evidentes devem impedir o julgamento de um recurso, salvo revelando que não existe a intenção honesta de tentar a reforma da decisão, mas o vil propósito de agir com malícia, por via de erro grosseiro, para prejudicar a parte vencedora, procrastinando a efetivação do direito que lhe foi assegurado pelo julgado recorrido.

Por isso, mesmo sem preceito expresso, o princípio deverá prevalecer, pois “a doutrina e a jurisprudência talvez encontrem caminho valendo-se de princípios constantes do capítulo referentes às nulidades”, como acentua Luís Antônio de Andrade. Barbosa Moreira também acena com a possibilidade de ser mantida a regra, porquanto “a solução não repugna ao sistema do novo Código, que não leva (nem poderia levar) a preocupação do formalismo ao ponto de prejudicar irremediavelmente o interesse substancial das partes por amor ao tecnicismo”. E lembra a aplicação do art. 250, como norma subsidiária, invocável por analogia, por sua extensão.” (ob. cit., p. 245/246)

No pertinente à interposição do recurso próprio, de prazo menor, no prazo mais dilatado do recurso impróprio, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA pretende relevante o princípio da boa-fé do recorrente, da escusabilidade do erro, *verbis*:

“Quando, porém, se trata de erro simples, daquele que não pode ser acoimado de grosseiro e nem ser agravado pela malícia, o recorrente não pode ser prejudicado por haver optado pela fluência do prazo maior do recurso escolhido. E nem se argumente que, se há divergência difundida entre autores e juízes sobre a matéria, deveria ter sido utilizado o lapso do recurso de prazo menor. Exatamente porque há a dissenção, o recorrente não pode ser prejudicado com a elaboração mais rápida de suas razões, pois a preferência pelo recurso de prazo mais curto poderá tornar-se inútil, desde que o juiz de primeiro grau ou o de segundo sejam filiados à outra corrente, mandando processar, então, o recurso como apelação. Como poderá ter o recorrente certeza de que sua diretriz é, ou não, a correta, se o ponto de vista depende da orientação pessoal de cada juiz ou tribunal, conforme o litígio também na doutri-

na a respeito de certas espécies? A atividade jurisdicional não deve desenvolver-se sob o signo da sorte ou do azar, ou das contingências ocasionais. Se possível, deverá ser uniforme. Na dúvida, porém, deverá prevalecer aquela que melhor resguarde o direito dos litigantes, acolhendo suas comunicações de vontade, desde que não se vislumbre qualquer intuito doloso. Se o recurso escolhido tem o amparo de respeitável base doutrinária e jurisprudencial, não se pode alegar, para fulminá-lo, que seja errado ou que ostente malícia, porque os órgãos judiciários, que o devam julgar, se hajam filiado ao grupo adversário. Mas **se a lei é dúbia**, se os doutrinários atritam entre si e se a jurisprudência é vacilante — **o erro ou aparente erro é plenamente escusável e relevável.**” (ob. cit., p. 255).

E, mais adiante, sublinha que “o ponto essencial é a atitude **honest**a da parte vencida contra a decisão desfavorável” (ob. cit., p. 256).

Isto posto, e tendo em vista que o próprio magistrado recebeu o recurso como apelação (fls. 120), revogando a anterior decisão (fls. 113), que o recebera como agravo de instrumento, considero aplicável ao caso, ante a evidência das divergências jurisprudenciais e doutrinárias, o princípio da **fungibilidade**, em homenagem inclusive à regra maior do duplo grau de jurisdição.

Assim, conhecendo do recurso especial pela alínea *c*, dou-lhe provimento para cassar o *v. aresto* recorrido, a fim de que a egrégia Câmara, superadas as questões da tempestividade e da adequação, aprecie o recurso como entender de direito.

É o voto.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, estou em que o princípio da fungibilidade é perfeitamente aplicável ao processo civil atual. No caso concreto, pela peculiaridade, sobretudo aquela circunstância do próprio Juiz haver recebido o recurso como apelação, penso que é de boa justiça que se receba o recurso.

Acompanho o voto de Vossa Excelência.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Quanto à natureza jurídica de decisão que aprecia a remição de bens, tenho posicionamento doutri-

nário no sentido de que a decisão, sem embargo da letra da lei, é interlocutória, conseqüentemente, agravável.

Nesse sentido também é a doutrina de Barbosa Moreira, Frederico Marques, Humberto Theodoro Júnior, Sahione Fadel e outros mais; em posição contrária, Pontes de Miranda, Marques Afonso Borges, Moura Rocha, Celso Neves e Amaral Santos, dentre outros.

Não poderia ser apelação, dentro da sistemática do Código, porque, nos termos do art. 162, somente há sentença quando essa modalidade de decisão põe fim a um processo. No caso da remição não há esse término, na medida em que a remição de bens não passa de mero incidente da arrematação. Da mesma forma como em relação à adjudicação também não se pode falar em apelação, é de convir-se que o que importa é a natureza jurídica da decisão e não seu rótulo ou a imprecisão legislativa.

No caso concreto, conforme bem salientado, essa matéria ficou sepultada, porque os votos proferidos admitem a fungibilidade do recurso.

De acordo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Senhor Presidente, penso que, no caso, se cuida de uma decisão interlocutória, que desafia o recurso de agravo de instrumento. Aplico, porém, como V. Exa., o princípio da fungibilidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, não posso deixar de fazer uma breve ponderação. Primeiramente, para deixar consignado que, no Tribunal Federal de Recursos, por pelo menos duas vezes, tive ensejo de sustentar votos (é bem verdade, vencidos), no sentido de que a arrematação corresponde a uma sentença, porquanto aperfeiçoa a expropriação.

Não sustentei este entendimento por meros motivos acadêmicos.

Posicionei-me dessa forma, porquanto se tratava de decidir se, para anular a arrematação, a demanda apropriada seria aquela de rito ordinário (de anulação, cabível também quanto aos atos jurídicos, em geral); ou a rescisória.

Fixei-me na interpretação de que deveria ser a rescisória, precisamente porque a arrematação é ato concretizador da desapropriação, em que se resolve, freqüentemente, o processo de execução por quantia certa. Assim, também acentuei que tal orientação doutrinária e jurisprudencial resultava mais congruente com a firmeza que se há de exigir dos atos de execução, que não se exporiam, portanto, ao mesmo tipo de impugnação a que se sujeitam os atos da vida privada. Repugnava-me essa equiparação do ato do Estado, praticado pelo Juiz, àqueles, negociais, dos sujeitos jurídicos da ordem privada.

Mas, como disse, meu modo de ver não prevaleceu, precisamente ao argumento da falta de norma explícita que qualificasse a arrematação como sentença; daí, a dificuldade em que me encontro, de lidar com argumentos que, mais ou menos restritamente, trabalham com a letra da lei. E o eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, há poucos dias, apontava o art. 70 do Código de Processo Civil, que estabelece ser a denúncia da lide **obrigatória**, a propósito de que estamos todos de acordo em ler **necessária**, por obrigatória...

Pois bem, no Tribunal Federal de Recursos sustentei que a arrematação, como desapropriação, corresponde a decisão; seu desfazimento, por conseguinte, deve reclamar meios e instrumentos processuais compatíveis com as garantias de que se reveste essa forma de prestação jurisdicional.

Este entendimento encontra conforto em Pontes de Miranda, assim como na doutrina estrangeira, no ponto em que enfatiza a relevância jurídica da expropriação na execução. Veja-se, a propósito, valioso estudo de GIUSEPPE TARZIA, ilustre processualista, Professor da Universidade de Milão (Il contraddittorio nel processo esecutivo, *in* Rivista di Diritto Processuale, anno XXXIII, II Serie, 2/193).

A despeito de reiterada disposição para uma leitura contextual da lei, deparo-me aqui com esta contradição: a lei fala em sentença.

Se, em determinado momento, a arrematação não é sentença, por falta da letra da lei; como pode, depois, deixar de ser sentença, a despeito desta letra da lei?...

Pode-se, sem dúvida, argumentar com as características do caso em exame, afastada qualquer implicação direta desses princípios com a causa, porquanto, aqui, a questão é pertinente apenas à fungibilidade dos meios de impugnação.

Neste particular, ainda peço vênia para dissentir, pois não me animo a dispensar o requisito do prazo para interposição do recurso, eis que não me parece apropriado justificar como liberal a jurisprudência que

ignora a preclusão e, assim, pode favorecer ou prejudicar a parte contrária.

No tocante à fungibilidade, pediria todas as vênias para não acompanhar a d. maioria, porque não me animo a dispensar o requisito do prazo, já que entendo não haver plausibilidade no emprego do recurso (que não é propriamente o previsto na lei), de modo a resultar preclusão; e esta favorece a outra parte. Não penso que a jurisprudência possa ser liberal com uma das partes, a custo de prejuízo da parte contrária.

O SENHOR MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Perdoe-me, Excelência, mas é exatamente nessa linha de raciocínio que fiz aquelas observações, dadas as peculiaridades do caso. O próprio Juiz recebera como apelação.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Estou de acordo com V. Exa. e com todos, porque entendo que se trata, no caso, de sentença. O recurso cabível seria o de apelação, a despeito da jurisprudência predominante. Em um caso desta natureza, em que o recurso, no meu modesto modo de ver, seria o de apelação, não preciso fazer esforço para aceitar a fungibilidade; fungibilidade esta que, entretanto, tenho dificuldade de aceitar ali onde não aparece uma causa razoável. Não gostaria de ser liberal com uma das partes e, a propósito disto, malferir o direito da outra que possa advir da preclusão.

Acompanho, porém, com estas ressalvas, o Senhor Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.610 — MT — (91.0014268-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recte.: Nelson Frederico Kunze Pinto. Recdo.: Rural Financeira S/A — Crédito, Financiamento e Investimento. Advs.: Carlos Alberto de Oliveira Paes e Munir Feguri.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (4ª Turma — 26.11.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.034 — RJ (Registro nº 91.0015105-0)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Indústrias Villares S/A*

Recorrido: *Nelson Sangenito*

Advogados: *Heloísa Mendonça e outros, e Mário Eduardo Del Peloso de Castro e outros*

EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO COM BASE NO DIREITO COMUM. CULPA DO EMPREGADOR. SÚMULA 229 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DANO MORAL E DANO MATERIAL, INDENIZAÇÕES CUMULÁVEIS.

Não cabe, em recurso especial, perquirir quanto ao grau da culpa do empregador, reconhecida nas instâncias ordinárias, pois tal perquirição implicaria em reexame da prova, defesa em recurso especial.

Empregado que sofre traumatismo cerebral, com grave e permanente comprometimento da saúde psíquica. Possibilidade de cumulação do ressarcimento pelos danos materiais, a serem compostos através do pagamento de pensão mensal a partir do evento, com a indenização pelo dano moral, fixada pelo juiz em número certo de salários mínimos.

Recurso especial conhecido em parte, e não provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Parcialmente vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar, que não conhecia do recurso. Participaram do julgamento, além do signatário, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ação de indenização pelo direito comum, ajuizada pelo ex-empregado NELSON SANGENITO, contra INDÚSTRIAS VILLARES S.A. porque lesionado gravemente em acidente a serviço da empregadora, resultando incapacitado para os atos da vida civil, e posto sob curatela. Julgada procedente, interpuseram apelações ambas as partes. A egrégia Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, à unanimidade, deu provimento parcial a ambas as apelações nos seguintes termos: “1) quanto à primeira, para determinar a constituição de capital para garantir o pagamento da pensão, nos termos do art. 602 do CPC, e a incidência da percentagem de honorários com observância do disposto no art. 20, § 5º, do CPC; 2) quanto à segunda, para excluir da condenação a forma de atualização das despesas com a compra de medicamentos, fixadas na sentença em três OTN, substituídas pelos BTN, ou equivalente legal futuro” (fls. 208).

Irresignada, manejou a ré INDÚSTRIAS VILLARES S.A. recurso especial invocando o artigo 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando negativa de vigência aos artigos 458, II, e 460, do CPC; art. 31, do Decreto-lei nº 7.036/44, e artigo 2º, do Decreto-lei nº 2.351/87, além de dissídio com arestos do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Alçada de São Paulo, do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro. Sustenta, em síntese, que no ano de 1969, dia 13 de março, data do acidente, era o recorrido empregado da recorrente e que a sua pretensão, à época do fato, só encontraria guarida no direito comum quando resultante de dolo do empregador. Assim, a demanda, somente intentada após mais de 19 anos do fato, não teria sido apreciada adequadamente pelo aresto hostilizado: em primeiro lugar, porque a recorrente invocou a inexistência de dolo ou de culpa grave no evento; em segundo lugar, alegou a inadmissibilidade da cumulação de indenização por dano material e dano moral, e a inércia do antigo empregado. O v. aresto afirmou que a recorrente agiu sob “conduta culposa”, o que não significa ter procedido com culpa grave ou de forma dolosa. O dolo não se presume, e nem a culpa grave. Busca apoio na Súmula 229 do Sumo Pretório, que equipara a culpa grave ao dolo, inclusive citando doutrina estrangeira. Assim, a indenização somente era devida diante de culpa grave ou dolo do empregador, mas não diante da assertiva simplista de haver procedido a recorrente “de FORMA CULPOSA”. Quanto ao *pretium doloris*, fixado na sentença confirmada pelo Tribunal, tal decisão contraria a orientação da Suprema Corte. No pertinente à indenização pelo piso nacional de salário, por força de lei a base deverá ser o salário

mínimo de referência. Quanto aos gastos com medicamentos, decidiu o v. acórdão *extra petita*. Quanto à correção monetária das pensões vencidas, a serem pagas pelo piso salarial sempre atualizado, lembra a recorrente a inércia do autor, face ao tempo decorrido desde a data do evento até o ajuizamento da demanda. Finalmente, sob a rubrica 'mérito da demanda', aduz que não incorreu em dolo ou culpa grave, além de realçar, uma vez mais, a inércia do recorrido para pleitear a demanda. Arremata, requerendo seja decretada a nulidade do aresto hostilizado, pela deficiente fundamentação ou, alternativamente, que a indenização seja paga pela metade, pela culpa concorrente da vítima, ou ainda, se devida, a desvinculação da correção das prestações do piso nacional do salário, para ser adotado salário mínimo de referência, a partir **da citação inicial** para a causa, excluída ainda a cumulação do dano material e do dano moral. Busca, mais, a exclusão da indenização por gastos com medicamentos pretéritos e a redução da verba honorária (fls. 219/237).

Em contradita, o recorrido, por sua curadora e esposa, RUTH DA SILVA SANGENITO, reitera o alegado no contraditório. Sustenta que valorizar a alegada inércia, além de não encontrar arrimo legal, seria atitude desumana, uma vez que após o evento foi decretada sua interdição, em virtude do estado deplorável em que ficou. Assim, a recorrente estaria tentando criar nos autos um novo instituto, o da prescrição moral. Quanto ao tópico alusivo à culpa, transcreve o inciso XXVIII, do artigo 7º, da atual Constituição Federal, já vigente por ocasião da sentença. A Súmula 229 da Corte Maior refere-se ao dolo e à culpa grave, tendo sido provada no processo a desídia da recorrente. Destaca, outrossim, arestos de Tribunais, sem mencionar a origem. Quanto ao dano moral acena com disposição contida no inciso X do atual artigo 5º da Constituição. Quanto ao piso nacional de salário, traz à colação decisão em sentido contrário ao preconizado pela empresa (fls. 250/257).

O eminente Desembargador Vice-Presidente do Tribunal *a quo* admitiu o apelo extremo, somente pela alínea c, quanto à possibilidade de cumulação do dano moral com o dano material (fls. 296/299).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): A instância extraordinária recebe os fatos tais como expostos e aceitos pelas instâncias ordinárias. Não reexamina fatos, assim como não reinterpreta cláusulas contratuais.

No juízo monocrático, os fatos foram assim narrados:

“A hipótese em tela contempla indenização por acidente de trabalho regida pelo Direito Comum, por se alegar, por parte do empregador, **culpa grave**, o que é perfeitamente admissível, nos encerrros da alusiva Súmula 229 do Excelso Pretório.

O fato em tela, que é admitido pela Ré, ou seja, o acidente ocorrido, está documentado *quantum satis*, e corroborado pela prova oral; e ainda, quanto às suas conseqüências, pela prova técnica.

Pela leitura das peças do procedimento policial, e de outras adunadas, se infere que, no dia 13 de março de 1969, cerca das 15:00 h, o Autor, ao tentar segurar a pesada máquina de soldar, transportada pela Kombi de placa GB 27-56-16, estando a mesma máquina desamarrada e prestes a cair do carro (quando este fez uma curva na dita esquina), foi cuspidado do veículo, com a máquina...

Tal foi a dinâmica do acidente. Sendo que a testemunha ouvida em Audiência, GILDO G. MORAES, esclareceu, como empregado que foi da Ré durante 36 anos, que a tal máquina tinha três rodas e era muito pesada; que o Autor era um operário zeloso e competente; que o Autor não tinha a função de “transporte externo” e fazia “quebra-galho” por solicitação da empregadora; que o motorista da Kombi era boa pessoa, mas era dado a excesso de velocidade; que a segurança do transporte da máquina ficava a cargo do motorista e dos operários que iam no carro; que só tinham especialização para tal transporte o motorista e o ajudante do motorista, sendo que, quando do fato, tal ajudante não viajava na Kombi; que se a máquina estivesse amarrada, o fato não se daria...

Provada, pois, a contento, a **culpa grave** da empresa-ré.

O que até dispensa citações doutrinárias ou transcrições de arestos pretorianos...

Demonstrada tal **culpa grave** pela negligência, ao permitir que um operário não especializado e não treinado especificamente fosse designado para a perigosíssima missão de transporte de uma máquina de enorme peso e ainda três rodas...

Demonstrada a mesma **culpa grave** por igual negligência, ao permitir que a dita máquina fosse transportada na Kombi, **desamarrada**, livre para escapar do carro na “primeira curva”...

Demonstrada, outrossim, tal **culpa grave**, também por negligência, ao permitir que o transporte em tela fosse efetuado por

motorista imprudente, que se comprazia em exceder da velocidade, que deveria ser baixa, em um transporte dessa espécie...

Por conseguinte, além da indenização acidentária, faz jus o Autor, de **modo autônomo**, à indenização cível, de responsabilidade da Ré.” (fls. 141/143).

Sublinha a sentença, a seguir, as gravíssimas conseqüências do acidente, resultando a vítima com traumatismo crâniano-encefálico, com seqüelas irreversíveis que motivaram sua interdição.

O r. aresto aceitou tal colocação dos fatos, *verbis*:

“O fato básico, gerador da responsabilidade da ré, ficou devidamente comprovado durante a instrução, concluindo-se da prova documental e testemunhal produzida que a ré procedeu de forma culposa, do que resulta a obrigação de indenizar.” (fls. 208)

Motivação sucinta, mas que não implica em nulidade do decisório colegiado, por pretendida ofensa ao artigo 458 do CPC, eis que integrado o aresto pelo minudente relatório de fls. 202/205 (antes fls. 122/125), mencionada a manutenção da sentença por seus jurídicos fundamentos, salvante os capítulos em que providas foram ambas as apelações.

Alegou a recorrente, outrossim, ofensa ao artigo 460 do CPC, pois teria o v. aresto incidido em condenação *extra petita*, ao impor à demandada o reembolso de despesas feitas pelo autor com aquisição de medicamentos e a lhe fornecer mensalmente quantia equivalente a três OTN para aquisição de remédios. Ora, ao contrário do que argumenta a recorrente, é de considerar-se que a compra de medicamentos inclui-se no pedido amplo de indenização pelos “tratamentos médico-cirúrgicos e fisioterápicos que foram indicados”. O **tratamento** compreende a compra de remédios ao mesmo destinados...

Invoca a empresa, outrossim, contrariedade ao artigo 31 do D.-lei nº 7.036, de 10.11.44, que estaria vigente ao tempo do acidente, e pelo qual o pagamento da indenização acidentária exonera o empregador “de qualquer outra indenização de direito comum, relativa ao mesmo acidente, a menos que este resulte de dolo seu ou de seus prepostos”. Ora, o preceito legal foi explicitado pela Súmula 229 do Pretório Excelso, pela qual “a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”.

Esta Súmula o STF considerou continuar vigente ante a legislação previdenciária subseqüentemente editada, Lei 5.316/67 e Lei 6.367/76 (arestos, *v.g.*, in RTJ 101/1.098; 121/1.198), sublinhando o em. Ministro RAFAEL MAYER, no RE 92.093, que “debater sobre o grau de culpa

seria outra questão interdita ao extraordinário”, por envolver reexame de prova (RTJ, 101/1.101). Já agora a questão foi posta sob embasamento constitucional, com a responsabilidade do empregador “quando incorrer em dolo ou culpa”, sem distinção alguma relativamente ao grau de culpa (CF, art. 7º, XXVIII).

Não assiste, também, razão à recorrente no sustentar ofensa ao artigo 2º do D.-lei 2.351/87, pelo qual ficaram vinculados ao ‘salário mínimo de referência’ todos os valores fixados em função do salário mínimo; não poderiam assim as pensões ser resgatadas com base no ‘piso nacional de salários’, tal como mandou a sentença, pelo aresto confirmada. Todavia, a sentença é de 26 de maio de 1989, mas em 4 de setembro de 1989, com a Lei 7.789, art. 5º, o antigo ‘salário mínimo de referência’ voltou a denominar-se simplesmente ‘salário mínimo’. Em suma, o autor recebia em salários mínimos, e em salários mínimos ser-lhe-ão pagas as indenizações, indexadas ao montante do salário percebido quando do evento danoso.

Passo, a seguir, a analisar o recurso sob a invocada dissidência pretoriana.

Os arestos colacionados, que sustentam o cabimento da indenização de direito comum apenas nos casos de dolo ou **culpa grave**, não servem para o fim pretendido, pois a sentença, pelo aresto mantida, afirmou a existência de **culpa grave**, e tal assertiva é insuscetível de averiguação ou modificação na instância do apelo especial, como já mencionado.

No pertinente à cumulação da indenização pelo dano moral, fixada na sentença em 100 pisos salariais (fls. 144), hoje portanto 100 salários mínimos, com o ressarcimento pelos danos materiais, os arestos do Pretório Excelso, adversos a tal cumulação, foram trazidos pela recorrente apenas por meras referências (fls. 228), e portanto em desacordo com o exigido no artigo 255, atual § 2º, do Regimento Interno desta Corte; outro aresto, do RE 97.514, consta apenas por ementa, sem indicação de repertório credenciado (fls. 229). Já o decisório proferido no RE 110.996 encontra-se em repertório autorizado (fls. 229), tendo sido indicado somente pela transcrição da respectiva ementa, onde se lê que o *pretium doloris* é insuscetível de indenização, sem todavia comprovar a recorrente a assemelhação do caso paradigma com o caso ora *sub judice*. Verificando todavia o aresto, que está na RTJ 121/1.223, vê-se que nele se reitera a posição do Pretório Excelso, em caso de indenização por morte de filho, no sentido de que indevido indenizar pelo dano moral quando já previsto o ressarcimento pelo dano material. Cuidando-se, todavia, de divergência absolutamente notória, pode-se dispensar a exigência regimental e conhecer, neste ponto, do apelo especial.

Dele conhecendo, contudo nego-lhe provimento, na linha da orientação desta Quarta Turma, que tomando em consideração cuidar-se de danos de diversa origem, o dano material e o dano moral, nada impede a cumulação, dès que se evitem excessos conducentes a enriquecimento indevido. Reporto-me aos arestos nos REsps nºs 1.604, de que fui relator; 4.236, rel. o em. Min. Eduardo Ribeiro; 6.852, também relator o Min. Eduardo Ribeiro, 11.177, relator o Min. Barros Monteiro.

No caso concreto, ponderada a intensidade do dano moral que sofre o homem antes normal e válido, trabalhador casado e com filhos, reduzido às condições de permanente anomalia psíquica, com manifestações psicótico-depressivas, de que os autos dão notícia, o pagamento de cem salários mínimos não se apresenta como ressarcimento exagerado.

Argúi a recorrente, ao fim, que não cabe a correção monetária nas pensões vencidas desde a data do acidente, em 1969, que o juiz determinou e o acórdão manteve, correção pela aplicação dos níveis salariais vigentes na data do efetivo pagamento. Trouxe a empresa, como paradigma, acórdão do Tribunal de Alçada do RS, de que foi relator o em. Desemb. Oscar Gomes Nunes, diga-se que um dos mais conceituados magistrados sul-riograndenses. Mas não foi indicado repertório autorizado, e sim uma coletânea de ementas, a ADCOAS, além de descumprido o disposto no artigo 255, atual § 2º, do RISTJ.

Pelo exposto, conheço apenas em parte do recurso, e nesta parte nego-lhe provimento.

É o voto.

VOTO — VENCIDO (EM PARTE)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, rogo vênua a V. Exa. para discordar da segunda parte do seu douto voto; isto porque tenho que o dissentimento da jurisprudência há de ser demonstrado efetivamente na forma do art. 255 do Regimento Interno, tal como recomendado na Súmula nº 291 do Supremo Tribunal Federal. Não me parece proveitoso ao conhecimento do recurso especial o entendimento da notoriedade da divergência. Nesse sentido é que manifesto o meu dissentimento quanto à maneira como V. Exa. encara o tema. Assim, não conheço, por inteiro, do recurso manifestado.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Coloco-me acorde com o Relator, na linha de precedentes desta Turma.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, é conhecida a posição do Supremo Tribunal Federal no tocante à cumulação dos danos de natureza moral e patrimonial.

No caso, considero que a divergência realmente é notória e, por essa razão, peço vênia ao eminente Ministro Fontes de Alencar para acompanhar o voto de V. Exa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, diante de orientação já predominante, no sentido de não se prover o recurso, acompanho os votos que me antecederam, reservando-me, porém, para, em outra oportunidade, efetuar mais ampla reflexão sobre a questão regimental.

De fato, preocupa-me a necessidade de critério objetivo para se reconhecer a notoriedade da divergência.

AMARAL SANTOS insiste em que o fato notório o é, para uma comunidade, em determinada época.

Ora, divergências jurisprudenciais, na área cível, para nós, seriam sempre evidentes.

Tenho certa preocupação com esse tema, tanto quanto o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR; mas, o caso, não estamos provendo. A verdade é que a divergência aludida é histórica, não se pode negar.

Acompanho V. Exa., com esta ressalva.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.034 — RJ — (91.0015105-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recte.: Indústrias Villares S/A. Recdo.: Nelson Sangenito. Advs.: Heloísa Mendonça e outros, e Mário Eduardo Del Pe-
loso de Castro e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, parcialmente vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar, que não conhecia do recurso.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.375 — RJ

(Registro nº 91.0015724-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Ana Maria Magalhães*

Recorrido: *Aury Valente de Avillez*

Advogados: *Drs. Arthur Lavigne e Mauro Coelho Tse*

EMENTA: RESP — RECURSO — ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO — O processo penal é complexo de relações jurídicas que tem por objeto a aplicação da lei penal. Não há partes, pedido ou lide, nos termos empregados no processo civil. Juridicamente, acusação e defesa conjugam esforços, decorrência do contraditório, e defesa ampla, para esclarecimento da verdade real. Ninguém pode ser condenado sem o devido processo legal. O assistente também é interessado na averiguação da verdade substancial. O interesse não se restringe à aquisição de título executório para reparação de perdas e danos. O direito de recorrer, não o fazendo o Ministério Público, se dá quando a sentença absolveu o réu, ou postulado aumento da pena. A hipótese não se confunde com a justiça privada. A vítima, como o réu, tem direito à decisão justa. A pena, por seu turno, é a medida jurídica do dano social decorrente do crime.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para determinar a baixa dos autos do Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento dos embargos infringentes, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso especial interposto por Ana Maria Magalhães, assistente de acusação, nos autos de embargos infringentes, inconformada com o v. acórdão proferido pelo Segundo Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro.

A Recorrente, com fundamento no art. 105, III, da Constituição Federal, alega violação dos arts. 268, 271 e 598, do Código de Processo Penal, além de dissídio jurisprudencial (fls. 357 e 372).

Pretende o provimento do recurso especial para restabelecer os termos do v. acórdão de fls. 238 e 245 que aumentou a pena do réu em razão de provimento de recurso exclusivo da assistente de acusação.

O v. acórdão recorrido que acolheu os embargos infringentes opostos pelo réu guarda a seguinte ementa (fls. 329/330):

“Embargos Infringentes. O Assistente do Ministério Público não pode pretender a exasperação da pena, se com essa conformou-se o Dr. Promotor. Embargos acolhidos para fazer prevalecer o voto vencido e, conseqüentemente, a sentença de primeiro grau.”

Alega o Recorrente que “a decisão recorrida, ao negar ao assistente do Ministério Público a possibilidade de recorrer para aumentar a pena imposta, violou frontalmente lei federal” e divergiu do posicionamento de arestos de outros tribunais.

O r. despacho do ilustre Presidente do Tribunal de origem admitiu o recurso especial por ambas as alíneas (fls. 431 a 433).

O Ministério Público Federal em parecer subscrito pela Dra. Áurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, ilustre Procuradora da Repúbli-

ca, opina pelo não conhecimento do recurso quanto à alínea *a* e pelo seu conhecimento e não provimento em relação à alínea *c* (fls. 437 a 444).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O processo penal é complexo de relações jurídicas. Têm por objeto a aplicação da lei penal. Faz-se indispensável porque o *status* de condenado, por imperativo da Constituição, é definido exclusivamente pelo Judiciário.

Não há partes, pedidos, nem lide, nos termos empregados no processo civil.

Ao contrário, juridicamente, o sujeito ativo (Estado) e o sujeito passivo (réu) não se colocam em posições opostas. Na verdade, no plano referido, Ministério Público (e mesmo querelante) e réu conjugam esforços para esclarecimentos da verdade. Tanto assim, o magistrado não resta vinculado se a acusação sugerir a condenação ou a absolvição. As partes, assim, têm a mesma e única preocupação: definir o fato narrado na imputação.

Em termos mais simples: o processo penal visa a esclarecer os termos da acusação. Busca-se a verdade real. Aqui reside outra distinção com o processo civil, que se contenta, como regra geral, com a verdade formal.

O assistente de acusação, interessado no processo, conseqüentemente na verdade substancial, juridicamente, insista-se, não está contra o réu. Comparece para definir a verdade real.

Estatui o art. 268, do Cód. Proc. Penal:

“Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31”.

O art. 271, por sua vez, declara o leque das atividades processuais do assistente.

“Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598”.

É certo, do processo penal, decorrem efeitos, além do processual e penal. Evidenciam-se imediatamente o civil e o administrativo para o servidor público.

A sentença penal condenatória, trântita em julgado, é título executivo (CPC, art. 584, II).

Algumas legislações, como a italiana, contemplam a chamada parte civil. Vale dizer, a relação processual civil entrelaça-se à relação processual penal e, concomitantemente, é definida a obrigação de reparar perda e interesses, resultantes do delito.

O Código de Processo Penal do Brasil é diferente. Todavia, rigorosamente, dada a formação do título executório civil, a relação processual penal, ao mesmo tempo, também define a obrigação civil. Aliás, na intercomunicação das jurisdições penal-civil-administrativa, quando a primeira afirma ou nega o fato e a autoria, repercute de modo absoluto nas demais.

O saudoso Prof. CANUTO MENDES DE ALMEIDA, conforme citação do REC nº 92.648-SP, do Supremo Tribunal Federal, *in* RTJ 101/1.114, lecionou:

“A sentença penal e o processo penal não são exclusivamente sentença penal e processo penal. São sentença penal, processo penal, sentença civil e processo civil, quanto ao fato e quanto a quem tenha sido o seu autor. Daí poder dizer-se que o particular ofendido intervém na ação penal pública por causa do seu interesse civil (Cfr. A Ação Penal no Novo Código Penal, *in* Conferências sobre o Novo Código Penal, na Faculdade de Direito de S. Paulo, vol. I/175). (Obra citada — págs. 334/335)”.

Não me parece, *data venia*, a intervenção do assistente ser restrita ao interesse civil. Na Itália, sim, quando se constitui parte civil. No Brasil, contudo, tal interesse é ínsito à relação processual penal. Será definido, mesmo inocorrendo a assistência.

Aliás, o Código de Processo Penal, explicitamente, evidencia ser inaceitável a interpretação restritiva. Com efeito, o art. 271 expressa que ao assistente é permitido editar o libelo.

Evidentemente, poderá restringir-se às circunstâncias. Influirão na fixação da pena, embora não afete o tipo fundamental.

É sabido, para o efeito civil, pouco importa, o homicídio, por exemplo, ser privilegiado ou qualificado, a pena benigna ou rigorosa. Interessa exclusivamente a caracterização do crime. Tipo derivado, *accidentalia delicti* não têm influência ou repercussão na área civil. Interessam tão-só o tipo fundamental, os *essentialie delicti*.

Estou convicto de não haver restrição ao assistente para recorrer. Pouco importa que o faça para definir o fato delituoso, ou majorar a pena.

Além da teoria geral do processo, o art. 271 do Cód. Proc. Penal, no tocante aos recursos, reporta-se aos artigos 584, § 1º, e 598.

O último ostenta esta redação:

“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.

Parágrafo único. O prazo para interposição desse recurso será de quinze dias e correrá do dia em que terminar o do Ministério Público”.

Além de inexistir a restrição, chame-se à tona outro argumento decisivo, decorrência do que foi dito inicialmente.

O processo penal visa à verdade real. Evidencia-se o interesse público, sobrepassando ao interesse individual. A finalidade é a sentença justa. Tanto o Ministério Público como o assistente podem esgotar os recursos para alcançá-la. Não se esqueça, a admissão do assistente se justifica também para, trazendo elementos de convicção, colaborar para realizar o *desideratum*.

É interessante observar, o atual Código de Processo Penal de Portugal, no Título V, disciplina o que denomina Das Partes Civis, dispondo no art. 71 (princípio de adesão): “O pedido de indenização civil fundado na prática de um crime deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei”.

Não obstante confere ampla atuação para os efeitos de aplicação da lei penal. Tanto assim, estatui no art. 69 (Posição processual e atribuições dos assistentes):

“1 — Os assistentes têm a posição de colaboradores do Ministério Público, a cuja atividade subordinam a sua intervenção no processo, salvas as exceções da lei.

2 — Compete em especial aos assistentes:

.....
.....

c) interpor recurso das decisões que os afetem, mesmo que o Ministério Público o não tenha feito”.

De outro canto, nenhuma restrição é imposta por lei quanto à finalidade do recurso.

A propósito, o art. 68 fornece o conceito de assistentes. Trancrevo a alínea *a*:

“Os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de dezesseis anos”.

Os Embargos Infringentes, interpostos pelo réu, ora Recorrido, entenderam de modo oposto. A ementa, fiel ao decidido, esclarece:

“Embargos Infringentes. O Assistente do Ministério Público não pode pretender a exasperação da pena, se com essa conformou-se o Dr. Promotor. Embargos acolhidos para fazer prevalecer o voto vencido e, conseqüentemente, a sentença de primeiro grau”. (fls. 329).

Neste recurso, o Recorrente indica acórdãos que abonam a sua tese (fls. 362/363, 365, 366, 368).

O Recorrido, por seu turno, exhibe o acórdão de fls. 395/400, arri-
mando seu entendimento.

Como exposto, inclino-me pela orientação, subscrita também por vários doutrinadores e pela jurisprudência predominante e atual do Supremo Tribunal Federal.

Ilustro-a com o REC nº 92.648-SP, Relator o ilustre Ministro Djaci Falcão. Extraio este trecho do v. acórdão:

“O assistente do Ministério Público pode recorrer para ver aumentada a pena aplicada ao réu (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Criminal nº 11.733, de São Joaquim, rel., vencido na preliminar, o Des. Eduardo Luz, Revista dos Tribunais 455/418).

Cabe recurso do assistente do Ministério Público, colimando a retificação da pena imposta pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, que, em desacordo com a lei e contrariando flagrantemente o veredito dos jurados, fixou-a abaixo do mínimo legal (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Criminal nº 12.210, de São Miguel do Oeste, rel. o Des. Marcílio Medeiros — Revista dos Tribunais, 462/422).

O ofendido tem legítimo interesse na dosimetria da pena. A exemplo do Estado, o particular tem real interesse na perfeita realização da justiça, sob todos os aspectos. Daí se conhecer da apelação do assistente, objetivando o aumento da pena imposta do réu (Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal nº 100.095, de Marília, rel. o Des. Humberto da Nova — Revista dos Tribunais, 409/100) (fls. 167 a 168).

E mais:

Assistente no processo penal. Sua legitimidade para recorrer extraordinariamente, na omissão do Ministério Público, de decisão que, a seu ver, haja imposto pena inferior à que seria devida. Preliminar rejeitada (RECr nº 86.047-RJ — 2ª Turma, rel. o Min. Xavier de Albuquerque — DJU de 30.9.77, pág. 6.685) — (fls. 168 a 169).

De acordo com a jurisprudência predominante nesta Corte, referida no douto parecer do Dr. Cláudio Lemos Fonteles, dou provimento ao recurso, a fim de que, afastada a preliminar de falta de legítimo interesse do assistente do Ministério Público, prossiga a Câmara julgadora na apreciação do seu recurso, como de direito” (RTJ 101/1.116-1.117).

O Recorrente estampa o HC nº 66.754-RJ in RTJ 127/940:

“*Habeas Corpus* nº 66.754-RJ (Primeira Turma) — Relator: O Sr. Min. Octávio Gallotti — Paciente: Vittorio Italo Miguel Donato — Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro.

Não tendo o Ministério Público apelado, tem interesse legítimo para fazê-lo o assistente de acusação, a fim de obter o agravamento da pena. Precedentes do Supremo Tribunal.

Iniciativa concorrente do Ministério Público, para que a ação penal regida pela Lei 4.611/65.

Inexistência de cerceamento de defesa, de nulidade de sentença, bem como de irregularidade de intimação para o julgamento da apelação.

Pedido deferido, em parte, para correção de erro aritmético no cálculo da pena” (RTJ 127/940) — (fls. 366).”

Além disso, Sr. Presidente, e considerando as eruditas considerações do nobre Advogado, da tribuna, peço vênias para acrescentar a essas notas escritas o seguinte: a Constituição de 1988 não afetou a matéria aqui tratada. Pouco importa ser atribuição institucional do Ministério Público a propositura da ação, embora por exceção, quando houver omissão do *parquet*, poder fazê-lo o próprio ofendido na denominada ação penal privada, que melhor seria chamada de ação pública de iniciativa privada.

Não há, no caso, manifestação de vingança privada. O assistente, ofendido, fornece ao Judiciário elementos de convicção, a fim de se fazer a aplicação da lei justa. Não se pode pensar hoje em Direito Penal

meramente formal, mas em Direito que seja Direito justo. Espero que daqui a pouco se passe a entender o qualificativo mero pleonasma. Além do mais, quando faz a colaboração, pouco importa que o seja para caracterizar o crime, definir elemento integrante do próprio crime, ou relativo à sanção penal. Como dito no artigo específico e lido no voto, o assistente pode aditar o libelo. Não é necessário indicar o fato delituoso. Basta, simplesmente, acrescentar uma qualificadora, exclusivamente relevante para fixação da pena. Resta-lhe legitimidade para atuar nesse sentido.

Assim sendo, louvando e admirando as doudas razões da tribuna expostas, *data venia*, conheço do recurso, por ambos os fundamentos. Dou-lhe provimento, para que se prossiga no julgamento dos Embargos Infringentes.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: A razão de meu pedido de vista prendeu-me às conclusões do voto do eminente Relator.

Havendo S. Exa. concordado com as ponderações do requerimento, que lhe foi endereçado, posteriormente, cuja cópia tenho em mão, não tenho dúvida em acompanhar a nova redação dada a seu brilhante voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.375 — RJ — (91.0015724-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recte.: Ana Maria Magalhães. Recdo.: Aury Valente de Avillez. Advs.: Arthur Lavigne, e Mauro Coelho Tse.

Decisão: Retomado o julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, para determinar a baixa dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento dos embargos infringentes, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (12.11.91 — 6ª Turma).

Os Srs. Ministros José Cândido e Carlos Thibau votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Washington Bolívar. O Sr. Ministro Costa Leite não participou do julgamento (art. 162, § 2º, RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 13.444 — SP

(Registro nº 91.0015909-3)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Condomínio Villa Real*

Recorrido: *Mohamad Ali Hussein Jaber*

Advogados: *Drs. José Francisco de Moura e Horácio Taze e outros*

**EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO — PROCES-
SUAL CIVIL — PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA
DO JUIZ — ART. 132 DO CPC.**

I — Hipótese em que não configurada violação do art. 132 do CPC, quando o Juiz Auxiliar, designado para o período de férias, apenas, deu início à audiência de instrução, porém, não a concluiu.

II — A melhor orientação que se afina com a finalidade do citado dispositivo é aquela que procura harmonizar o princípio da identidade física do Juiz, nele consubstanciado, com o princípio da imediatidade. Tendo Magistrado Titular concluído a instrução processual, inclusive determinando às partes apresentassem as alegações finais, imperioso que proferisse ele a sentença. Precedentes do STJ.

III — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Ação de Indenização proposta por Mahamad Ali Hussein Jaber contra o Condomínio Villa Real, a qual foi julgada procedente (fls. 77/79).

Inconformado, apelou o réu, reiterando Agravo Retido, em que impugnava o valor da causa; argüindo, ainda, nulidade da citação e inépcia da inicial; bem como, nulidade do processo, por violação ao princípio da identidade física do Juiz (fls. 81/82).

Oferecidas contra-razões (fls. 94/96), a Sétima Câmara Civil do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, negou provimento aos recursos (fls. 108/110).

Irresignado, ainda, interpôs o apelante Recurso Especial, fundado no art. 105, III, *a e c*, da Constituição, alegando que o Acórdão, ao afastar a preliminar de nulidade de sentença, teria negado a vigência do art. 132, do CPC, ao fundamento de que o Juiz que iniciou a audiência, com a colheita de provas, ficando vinculado ao feito, deveria concluir a instrução e julgar a demanda, fato que não ocorreu. Sustenta, ainda, dissídio jurisprudencial com julgado publicado na RT 660, págs. 124/125 (fls. 113/116).

Apresentadas as contra-razões (fls. 119), o nobre Terceiro Vice-Presidente daquela Corte o admitiu, apenas, pelo fundamento da alínea *a*.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Examinando a irresignação do recorrente.

Entendeu o Acórdão inexistente a alegada nulidade, consignando: "O Juiz Auxiliar, designado para as férias (fls. 38), não se vinculou ao feito, pois não ultimada a instrução. Depoimentos foram tomados posteriormente. Realizou-se audiência em prosseguimento." (fls. 109).

Por sua vez, sustenta o recorrente que, dessa forma, o aresto teria negado a vigência do art. 132, do Código de Processo Civil, bem como, divergido de julgado do Colendo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

A questão versada nos autos envolve a aplicação do princípio da identidade física do Juiz inserto no art. 132.

No caso, o Dr. Juiz Auxiliar, consoante já afirmado no aresto, não se vinculou ao processo, por não ter concluído a instrução. Retornando o Dr. Juiz Titular, após gozo de férias, às suas atividades judicantes (fls. 66), sob sua presidência, deu continuidade à Audiência de Conciliação, Instrução e Julgamento, tomando, inclusive, o depoimento da testemunha faltante (do Autor). Encerrada a instrução processual, abriu-se vistas às partes para alegações finais (fls. 71/72).

A matéria não é pacífica, mas estou em que a melhor orientação que se afina com a finalidade do citado dispositivo é aquela que procura harmonizar o princípio da identidade física do Juiz, nele consubstanciado, com o princípio da imediatidade. No meu pensar, somente o Magistrado que, presidindo a audiência, concluindo a instrução processual se vincula ao processo, podendo ser ainda mitigada ressalvada a peculiaridade de cada caso.

A propósito do tema, adverte Frederico Marques:

“Iniciar a audiência significa, aí, iniciar a instrução, pelo que a tentativa de conciliação não vincula o Juiz à causa. Evidente, por outro lado, que também não haverá vinculação quando a audiência for inicialmente adiada.” (*in* Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, 3^o vol., pág. 21).

Agrícola Barbi, a respeito dos princípios que regem a oralidade, resumidamente, diz:

“c) identidade física de Juiz, isto é, o Juiz que colher a prova é que deve julgar a causa.” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. I, tomo II, 1^a ed., 1975, pág. 537).

Continuando:

“Conformando-se com a orientação dos Tribunais, cujo acerto é indiscutível, o novo Código modificou o sistema e só mantém a obrigação de o Juiz que iniciar a audiência concluir a instrução e julgar a causa, quando o seu afastamento não decorrer de transferência, promoção ou aposentadoria.

A regra aplica-se ao titular e ao substituto; mas a expressão iniciar a audiência deve ser entendida em harmonia com a finalidade do instituto, isto é, só se aplicará a regra se o Juiz colheu depoimento pessoal ou de testemunha, ou se ouviu os esclarecimentos verbais do perito.” (Obra citada, pág. 539).

Não havia, pois, como deixar de afastar a preliminar de nulidade da sentença de primeiro grau. Em verdade, no caso, não se configurou qualquer contrariedade ao art. 132, da lei adjetiva civil, uma vez que, reafirma-se, o Dr. Juiz Auxiliar, na hipótese, apenas, deu início à instrução, porém, não a concluiu.

Data venia dos que entendem ao contrário, penso que a vinculação se prende a fatos de caráter objetivo. Ora, tendo o Magistrado titular tomado o depoimento pessoal, ouvido testemunha, concluindo a instrução processual, inclusive concedendo às partes oportunidade para que apresentassem as alegações finais, imperioso que proferisse ele a sentença, e não o Julgador Auxiliar, que, apenas, iniciou a instrução do processo, tomando o depoimento de uma das testemunhas, designando nova data para prosseguimento da Ação, em face do não comparecimento de uma testemunha do autor.

O tema já foi objeto de debate nesta Egrégia Terceira Turma, ao examinar o REsp nº 7.219-MG, tendo o relator, o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, assim, sustentado:

“Considero que outro não haveria de ser o entendimento, favorecido, tanto pela exegese literal do texto como pela interpretação teleológica.

Consigna o dispositivo em exame que o Juiz concluirá a instrução. Se assim é, há que se exigir que a instrução tenha-se iniciado e nela não se compreendem os debates. Por outro lado, a razão de ser da norma reside em que mais habilitado a proferir sentença o magistrado que colheu a prova oral, em virtude do contato pessoal com as testemunhas. Se isso não ocorreu, não se justifica a vinculação.” (DJ de 02.9.91).

Nesse mesmo sentido se decidiu, quando do julgamento do REsp nº 4.091-SP, relator o eminente Ministro Cláudio Santos, em cujo Acórdão resultou consignado:

“PROCESSUAL CIVIL — PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ — LITIGANTE DE MÁ-FÉ — CONDENAÇÃO DE OFÍCIO.

Não viola o art. 132 do CPC a decisão que rejeita arguição de nulidade de sentença proferida por outro Juiz que não presidiu a audiência, visto não ter o instrutor dirigido a colheita de prova oral, aliás produzida em outra comarca, via precatória.”

Não vejo, assim, negativa de vigência do dispositivo apontado, eis que o Acórdão se conformou com entendimento esposado pela melhor doutrina e jurisprudência dos tribunais, inclusive deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Inadmissível o recurso pelo fundamento da letra *a*.

Quanto ao dissídio, não restou demonstrado, a teor do disposto no art. 255, e §§, do RISTJ. É que o aresto padrão não guarda qualquer

identidade ou similitude com o caso dos autos. Nele se decidiu pela nulidade da sentença proferida por Juiz substituto, quando o Magistrado Titular, em gozo de férias, já se encontrava vinculado ao processo, por força do art. 132, do CPC. Hipótese diversa da versada nos autos. Inadmito-o, também, pelo fundamento da alínea c, do permissivo constitucional.

Não conheço, pois, do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.444 — SP — (91.0015909-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Condomínio Villa Real. Recdo.: Mohammad Ali Hussein Jaber. Advs.: José Francisco de Moura e Horácio Taze e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (29.10.91 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.959 — SP (Registro nº 91.0017518-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Banco Bradesco de Investimento S/A*

Recorrido: *Polieno Reciclagem Plástica Ltda.*

Advogados: *Ézio Pedro Fulan e outros, e Vera Maria Marques de Jesus e outro*

EMENTA: CIVIL/PROCESSUAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO CONSIGNATÓRIA.

1. A ação fiduciária se desenvolve a partir da efetivação da busca e apreensão, liminarmente deferida, a partir da prova da mora do devedor alienan-

te, pelos meios previstos na lei. Ação consignatória em pagamento, proposta pelo devedor em mora, não tem a virtualidade de impedir que se efetive a busca e apreensão do bem alienado, começo de execução do contrato, sem contrariar o art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, que institui o devido processo legal para a espécie.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Banco Bradesco de Investimento S/A interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Décima Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que negou provimento a agravo de instrumento interposto contra despacho que sustou liminar concedida em ação de busca e apreensão movida contra Polieno Reciclagem Plástica Ltda.

Diz o recorrente violados os arts. 2º, § 2º e 3º, § 1º, do Decreto-lei nº 911/69, 160, I, do Código Civil, sustentando inexistir ação de busca e apreensão sem deferimento da liminar, o que lhe vedaria o exercício do direito de ação, e que a ação consignatória proposta pelo recorrido após decorridos mais de cinco meses do vencimento da obrigação, não tem o condão de tornar inexistente a mora anteriormente constituída. Sustenta ainda a existência de dissídio jurisprudencial.

Recebido e processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): O dissídio com o acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná está devidamente comprovado, posto que, em situação fática em tudo igual à do caso em exame, restou decidido que a ação de consignação em pagamento não tem virtualidade para impedir o acesso do proprietário, em caso de alienação fiduciária em garantia, ao Judiciário, para pedir busca e apreensão do bem objeto do contrato respectivo.

Aqui, provada a mora, mediante carta por intermédio do Ofício de Títulos e Documentos, nasceu para o proprietário fiduciário a ação de busca e apreensão, específica para a hipótese, a qual se desenvolve a partir do deferimento liminar e efetivação da medida, de quando tem o réu aberta a possibilidade de defesa, nos limites legais.

A circunstância de haver o devedor alienante ingressado com ação consignatória, já em mora, não poderia ensejar a inversão moratória que o acórdão acolheu, para confirmar a revogação da liminar, tanto mais quando se trata de invocação da isencional do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujos pressupostos poderiam ser discutidos nos limites da ação de busca e apreensão e respectiva purgação da mora.

E, efetivamente, negar ou revogar a liminar de busca e apreensão, em caso de alienação fiduciária em garantia, significa impedir o acesso do proprietário fiduciário ao Judiciário, pelo meio próprio previsto em lei, o que importa em contrariar essa mesma lei.

Embora lícito ao devedor o acesso à consignatória, quando em mora o credor, no caso concreto era o devedor que já se achava em mora, não se apresentando possível o uso da ação de consignação em pagamento, para transmudar tal situação.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para reformar o acórdão e prover o agravo, de sorte a, restabelecido o deferimento liminar da busca e apreensão, possibilitar o desenvolvimento dessa ação, independentemente da consignatória.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.959 — SP — (91.0017518-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Banco Bradesco de Investimento S/A. Recdo.: Polieno Reciclagem Plástica Ltda. Advs.: Ézio Pedro Fulan e outros, e Vera Maria Marques de Jesus e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (29.10.91 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 14.015 — SC

(Registro nº 91.0017583-8)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda Pública do Estado de Santa Catarina*

Recorrida: *Teka — Tecelagem Kuehnrich S/A*

Advogados: *Drs. Ivo Silveira Filho, Maro Marcos Hadlich Filho e outros*

**EMENTA: TRIBUTÁRIO — IMPORTAÇÃO —
REDUÇÃO DE ALÍQUOTA.**

Não se deve confundir isenção com redução. O Decreto-lei nº 2.433, de 19 de maio de 1988, distingue isenção de outros incentivos fiscais. Também a Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, distinguiu isenção de redução. Todavia, a redução do imposto federal não produz o mesmo efeito no ICM, como leciona a Súmula nº 576 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Ora, se a importação de mercadorias sob a alíquota zero não configura isenção e não impede a cobrança do ICM, a simples redução não conduz a estas conseqüências.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do

voto do Exmo. Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado contra ameaça do Dr. Coordenador Regional da Fazenda Estadual em Blumenau, de não conceder redução de ICM incidente sobre bens importados com redução do imposto de importação, sob os auspícios de programas especiais de importação aprovados pelo BEFIEX.

Em primeira instância a segurança foi concedida para assegurar à impetrante o direito de recolher o ICM na proporção de 50% sobre o valor tributário, relativamente à Guia de Importação 55-88/307-0 (fls. 83/90).

Confirmada a r. sentença monocrática pelo E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (fls. 138/144), interpôs a Fazenda do Estado o presente recurso especial fundado no art. 105, inciso III, c, da CF.

Alega a recorrente divergência jurisprudencial com acórdãos do C. STF e deste E. Tribunal, bem como dissídio com a Súmula 576 do STF.

Sustenta que se nem a alíquota zero do imposto de importação impede a cobrança integral do ICM, não o impedirá a redução, para qualquer outro patamar, acima de zero, da alíquota do tributo federal.

Indeferido o processamento do recurso especial (fls. 171/172), subiram os autos a esta C. Corte em razão do provimento de agravo de instrumento em apenso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Não se deve confundir isenção com redução. A distinção entre isenção e outros incentivos fiscais é feita pelo DL 2.433, de 19 de maio de 1988. A

Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, também fala em isenção e em redução (art. 1º). O Decreto-lei nº 1.428, de 02 de dezembro de 1975, atribui poderes a vários órgãos, inclusive à Comissão para a Concessão de Benefícios Fiscais, a fim de “conceder redução do imposto de importação para máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos, acessórios e ferramentas, nos termos, limites e condições estabelecidos pelo Poder Executivo”. O Decreto nº 77.065, de 20 de janeiro de 1976, em seu art. 5º, conferiu à referida Comissão, poderes para a concessão de benefícios fiscais e reduzir de 70 e 90% os impostos federais, sobre produtos industrializados e importação de máquinas.

A Lei Complementar nº 04, de 02 de dezembro de 1969, concede isenção do ICM às “entradas de mercadorias cuja importação estiver isenta do imposto, de competência da União sobre importação de produtos estrangeiros” (art. 1º, VI). Como se interpreta literalmente a legislação sobre isenção (artigo 111 do CTN), devemos buscar o sentido exato de isenção e de redução. Este próprio art. 111 fala em incisos diversos (I e II), em suspensão ou exclusão (I) e em isenção (II), e este princípio se harmoniza com os artigos 175 e 176 também do CTN. A isenção é sempre decorrente de lei (art. 176) e somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos ou a sua extinção ou a sua fixação de alíquota e da sua base de cálculo (art. 97, I e IV). Isenção é definida pelos tributaristas como “a dispensa legal do pagamento do tributo devido”. Nela “verifica-se o fato gerador e ocorre a incidência: entretanto como não é exigido o crédito tributário, em virtude da dispensa do pagamento, não se recolhe o tributo” (Geraldo Ataliba). É um favor legal, conferido por lei ao contribuinte que é dispensado do pagamento de um tributo devido. A redução não se confunde com isenção. Ensina Sacha Calmon, na sua “Teoria Geral de Tributo”, ed. 1982, que:

“... ontologicamente isenção e “alíquota zero” são mesmo profundamente diversas: A isenção exclui da condição de “jurígeno” fato ou fator. A alíquota é elemento de determinação quantitativa do dever tributário. Se é zero, não há o que pagar” (pág. 154).

A redução do imposto federal não produz o mesmo efeito no ICM (estadual) e para se chegar a esta conclusão, basta que se leia a Súmula nº 576 do Colendo Supremo Tribunal Federal, onde está bem claro que: “É lícita a cobrança do imposto de circulação de mercadorias sobre produtos importados sob o regime de alíquotas “zero”. Ora, se a alíquota zero não corresponde à isenção total, também, a redução da alíquota a 90% não corresponde à “isenção parcial”.

Pelo Decreto nº 99.546, de 25 de setembro de 1990, publicado no DOU do dia seguinte, foi outorgada competência à Senhora Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento, para,

“... atendidas as condições e os limites estabelecidos na Lei nº 3.244, de 14 de agosto de 1957, e nos Decretos-leis nºs 63, de 21 de novembro de 1966, e 21/62, de 19 de setembro de 1984, alterar as alíquotas do imposto de importação.

É evidente que, com a edição desta norma legal, não houve qualquer isenção reflexa nas operações relativas à incidência do ICM. A isenção, nos termos da Constituição Federal anterior, só poderia ser concedida por Lei Complementar e a vigente Carta Magna veda expressamente, à União, instituir isenções de tributos estaduais (art. 151, III)”.

A competência para instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias é dos Estados e do Distrito Federal (art. 23, II, da Constituição Federal anterior, art. 155, I, letra *b*, da Constituição Federal vigente). Na vigência da Constituição Federal anterior, as isenções do imposto sobre estas operações só eram concedidas ou revogadas por convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, nos termos de lei complementar (art. 23, § 6º) e, de acordo com o art. 151, III, da atual Constituição Federal, é vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Como, em regra, a isenção é competência do poder tributante, a União poderia, por lei complementar, por exceção, isentar do ICM, a operação que gozaria de isenção dos tributos federais. Mas, no caso em exame, a importação foi com redução de alíquota e não com isenção.

A Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, em seu art. 1º, estabeleceu que:

“As isenções do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta lei”.

E estas concessões dependiam sempre de decisão unânime dos Estados representados (art. 2º, § 2º).

O Estado, com base na Lei Complementar nº 04/69, só poderia isentar do ICM as operações isentas dos tributos federais, e a impetrante só gozaria de redução de alíquota, e não de isenção, na exportação de seus produtos.

Realmente, não se pode admitir a idéia de que a redução de alíquota equivale à isenção parcial com força para reduzir o ICM a 15% (quinze por cento). Somente em caso de isenção é que existe o reflexo nas operações relativas ao ICM, do contrário seria passar por cima da Constituição e do princípio federativo. É bom lembrar que referida Lei Comple-

mentar nº 04/69 foi editada com base no art. 19, § 2º, da Constituição Federal anterior. Somente poderia a União conceder isenção do ICM ou de qualquer outro imposto estadual, quando houvesse “relevante interesse social ou econômico nacional...” e é claro que nada disso ocorreu, na importação de máquinas, procedida pela recorrida, com redução de alíquota ou de base de cálculo. O legislador somente entendeu existir o relevante interesse social ou econômico nacional, capaz de legitimar e justificar a isenção das operações relativas ao ICM, quando isenta de impostos federais a entrada de mercadorias importadas, e não quando existe apenas redução de alíquota.

É evidente que um simples órgão administrativo não pode isentar ninguém de imposto estadual. Só a lei complementar poderia fazê-lo. Assim entendeu o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, como Relator, em seu voto, no RE nº 81.074-SP, ao acentuar que:

“Finalmente, parece-me decisiva uma ponderação que se me afigura grave: só pode a União isentar de qualquer imposto estadual, por lei complementar. Estar-se-ia por essa via a permitir que um órgão administrativo, que excepcionalmente detém o poder de aplicar o princípio da flexibilidade da tarifa, isentasse indiretamente de imposto estadual quando, a rigor, só a lei complementar federal pode fazê-lo.”

Proclama a ementa deste v. acórdão, *in verbis*:

“ICM. Não importando isenção do imposto de importação a atribuição, a determinada mercadoria, na tarifa aduaneira, da alíquota zero, dela não resulta isenção do tributo estadual. Reexame da questão pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Recurso conhecido, mas não provido.”

Nossa Corte Maior, no RE nº 76.810-SP, Relator eminente Ministro Leitão de Abreu, DJ de 26.09.75, entendeu que:

“ICM. A alíquota zero não configura isenção porquanto pode ser elevada mediante decisão do Conselho de Política Aduaneira.”

No mesmo sentido são ainda os seguintes precedentes. ERE nº 79.952-SP, Relator eminente Ministro Soares Muñoz, DJ de 19.05.78; RE 88.676-SP, Relator eminente Ministro Xavier de Albuquerque, DJ de 17.03.78; RE 86.322-SP, Relator eminente Ministro Cordeiro Guerra, DJ de 25.03.77; RE 81.132-SP, Relator eminente Ministro Eloy da Rocha, DJ de 25.04.77; RE 85.952-SP, Relator eminente Ministro Cordeiro Guerra, DJ de 18.02.77 e ainda os seguintes Recursos Extraordinários:

76.810-SP, Relator eminente Ministro Cordeiro Guerra, DJ de 19.02.77; 81.084-SP, 79.471-SP, 81.117-SP, 81.172-SP e 82.568-SP.

Verifica-se pelo RE nº 81.132-SP ter nossa Corte Maior entendido que:

“Não importa isenção do imposto de importação a atribuição da **alíquota “zero”**, conseqüentemente, dela não resulta isenção do ICM...”

No RE nº 85.952 firmou o entendimento de que:

“A tarifa **zero** ou livre configura uma não incidência provi-sória do tributo. A importação de mercadorias sob o regime de tal alíquota não implica, portanto, em isenção do imposto sobre circulação de mercadorias...”

Ora, se a importação de mercadorias sob a alíquota zero não confi-gura isenção e não impede a cobrança do ICM, a simples redução desta, com muito mais razão, não pode conduzir a estas conseqüências.

Neste sentido são as decisões proferidas nos Recursos Especiais nºs 3.884-RS, julgado em 18.02.91, 4.973-SP, DJ de 24.04.91, e 11.908-SC, DJ de 30.09.91, de que fui relator.

Conheço do recurso pela divergência e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.015 — SC — (91.0017583-8) — Rel.: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Fazenda Pública do Estado de Santa Catarina. Recda.: Teka — Tecelagem Kuehnrich S/A. Advs.: Drs. Ivo Silveira Filho, e Maro Marcos Hadlich Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (1ª Turma — 30.10.91).

Participaram do julgamento os Exmos. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Pedro Aciole.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 14.326 — RS (Registro nº 9100182125)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Indústria e Comércio de Alimentos Lima Ltda.*

Recorrido: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Hugo Mosca e outros, e Jorge Arthur Morsch*

EMENTA: TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DO ICM — IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS NO FORNECIMENTO DE ALIMENTOS E BEBIDAS EM BARES, RESTAURANTES E SIMILARES.

Consoante jurisprudência assente na egrégia Suprema Corte do país, o fornecimento de bebidas e alimentos em bares, restaurantes e quejandos, importa em venda de mercadorias adjunta com prestação de serviços.

A exigibilidade do tributo, no caso, impõe que a lei estadual diferencie o preço dos serviços do das mercadorias, erigindo este como base de cálculo.

A omissão, na legislação estadual pertinente, dessa distinção específica, implica, *ipso facto*, na impossibilidade de cobrança desse tributo.

Entendimento que prevalece mesmo após a promulgação da Constituição de 1988.

Recurso provido, por unanimidade.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): A empresa INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LIMA LTDA.

opôs recurso especial (folhas 467/491) contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (folhas 431/439 e 458/464) que negou provimento a sua apelação contra sentença que julgou improcedente ação declaratória movida contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, ora recorrida.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo contra-arrazoado (folhas 585/589) e admitido na origem (folhas 602/606), sendo ao depois preparado (folhas 612/3).

Aqui, pronunciou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo seu improvimento (folhas 621/624).

Trata a postulação de ver afastada a cobrança do imposto sobre a circulação de mercadorias (ICM) no fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e similares, alegando não fazer a lei estadual a distinção da base de cálculo quanto à prestação dos serviços e quanto ao fornecimento de mercadorias.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Apesar dos já numerosos precedentes desta e da Suprema Corte de Justiça, é tormentosa a matéria discutida nestes autos, havendo divergência entre votos de Ministros e dissonância no entendimento da Primeira e Segunda Turmas.

A controversa está em saber-se se é lícita a cobrança do ICM — imposto sobre circulação de mercadorias, sobre o fornecimento de alimentação e bebidas, em bares e restaurantes, tomando-se como base de cálculo, para incidência daquele tributo, o montante equivalente ao serviço adjunto às mercadorias, ou, de outra feita, se é necessária a distinção (ou separação) legal entre o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços.

Examinando detidamente essa questão, verifiquei que, tanto aqui como no Pretório Excelso, a jurisprudência predominante é no sentido de considerar ilegítima a exigência do ICM sem que haja distinção na lei pertinente, que, ao fixar a base de cálculo, terá de fazê-lo distinguindo do valor da mercadoria fornecida o correspondente à prestação de serviços.

É que, segundo norma constitucional, compete aos Municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza. Esses serviços, como é de comum entendimento, não podem ser tributados pelo ICM, porquanto este, por definição da Lei Maior, tem como fato impositivo a circulação de mercadorias. Esse raciocínio resultante da interpretação, em conjunto, da Constituição e das leis definidoras do imposto, conduz o intérprete a um só entendimento, o de que “a alimentação servida em restaurantes não implica uma operação de circulação, mas, pelo menos predominantemente, numa prestação de serviços”.

Os julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal são no sentido seguinte:

“A lei estadual deve distinguir o preço dos serviços do preço das mercadorias, erigindo este em base de cálculo do ICM. A ausência de legislação neste sentido torna impossível a cobrança do mencionado tributo” (RTJ 109/1.211).

“ICM. Fornecimento de alimentos, bebidas e mercadorias semelhantes em restaurantes e bares ao lado da prestação de serviços. Inexistência da lei estadual estabelecendo a base de cálculo específica, de modo a se distinguir o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços. Precedentes do STF. RE provido” (DJ de 16.05.86).

Ainda em decisórios mais recentes, analisando hipóteses idênticas, proclamou por seu turno este Colegiado:

“Tem-se, assim, que a Corte não acolhe a tese da tributação de operações mistas, pela qual o imposto incide abrangentemente sobre o fornecimento de mercadorias e serviços. O imposto há de ter por base de cálculo apenas a mercadoria fornecida, abstraída do valor dos serviços necessários para tanto” (DJ de 26.06.89).

Em seu explicativo voto condutor, ressaltou o Ministro CARLOS MADEIRA:

“O que malfere a lei federal, na tributação pelo Estado, é a abrangência dada à base de cálculo do imposto, incluindo nele o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços. Embora o último imposto incida sobre a operação mista, há que deduzir do valor dela o que é estranho à base impositiva. Daí porque é havida como ilegítima a cobrança do ICM, na forma pretendida pelo Estado”.

Em outras oportunidades, reafirmou o STF, sobre essa mesma matéria:

“No fornecimento de bebidas, alimentação em bares e restaurantes, há venda de mercadorias e prestação de serviço. A lei estadual deve distinguir o preço dos serviços das mercadorias, erigindo este como base de cálculo do ICM. A ausência de legislação neste sentido torna impossível a cobrança do mencionado tributo” (RTJ 109/1.211; 114/696; 117/427; 116/1.222).”

De outra feita, a egrégia Primeira Seção, em oportunidades diversas, tem-se manifestado no mesmo sentido. Trago, pois, como adinículo ao meu voto, o entendimento prevalescente nesta egrégia Corte, a começar pelo que se decidiu, nos embargos de divergência no Recurso Especial nº 496, com a ementa a seguir:

“O que se exige, pois, é que seja fixada, na lei, a base de cálculo própria da hipótese de incidência específica — fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares — não sendo aceitável o que a legislação fez, equiparando, analogicamente, a saída de mercadorias, com o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias.”

Também no Recurso Especial nº 11.460-SP, tendo como Relator o nobre Ministro PÁDUA RIBEIRO, ficou claramente estabelecido:

“Se a lei estadual não distingue, em sua base de cálculo, o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços, é ilegítima a cobrança do ICM”.

Parece-me tranqüilo que este entendimento prevalece inclusive depois da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ainda que consideradas as normas da Constituição vigente, deve ressaltar-se que a Carta, em seu artigo 156, IV, cometeu aos Municípios a competência para instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, I, *b*, ou seja, sobre serviços que não sejam de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicações. Em outras palavras, os serviços de qualquer natureza, exceto os que a Constituição mesma define, estão fora da incidência do atual ICMS — imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços.

Essa *quaestio juris* já foi exaustivamente apreciada, por exemplo, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 158.012-2, em que se chegou à conclusão seguinte:

“Dado que a Constituição Federal (de 1988) atribui aos Municípios competência para instituir imposto sobre serviço de qualquer natureza, não compreendidos na competência dos Estados, é de elementar evidência que circunscreveu esse âmbito de compe-

tência aos fatos incluídos no conceito de serviços. Os serviços de competência dos Estados são única e exclusivamente os de transporte de natureza não estritamente municipal e comunicações. Afora estes, todos os serviços de qualquer natureza são tributáveis pelos Municípios. A Lei Estadual nº 5.886/87, ao estabelecer que a base de cálculo será o valor da operação de que decorrer a saída ou o fornecimento da mercadoria, manteve a mesma eiva do texto anterior do inciso I do art. 19 da Lei Estadual nº 2.252/79, ou seja, a alusão genérica ao valor da operação, de que decorre a saída ou o fornecimento da mercadoria, sem destacar, para a exclusão do ICM, o *plus* acrescido pelos serviços embutidos no preço da mesma.”

Ao que entendo, ao invés de acolher a tese em contrário, a Constituição de 1988 encerrou, em definitivo, as dúvidas que, por acaso, existissem, porquanto permitiu, aos Estados, cobrar unicamente o ICMS sobre serviços de transporte e comunicações e, por via de consequência, excluindo desse ônus tributário os serviços prestados em restaurantes, bares e estabelecimentos similares.

Continua, pois, a prevalecer o entendimento predominante na jurisprudência, o de que “é impossível, na imposição do ICM, tomar-se como base de cálculo o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias (em bares e restaurantes e similares) consorciado com a prestação de serviços”.

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedente a ação declaratória no sentido de ser indevida a cobrança do tributo contra a recorrente, por ausência da especificação da base de cálculo, invertendo-se os ônus da sucumbência previstos na sentença. Em consequência, fica prejudicado o recurso extraordinário de folhas 528 e seguintes (Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, artigo 38).

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Presidente): Os votos serão unânimes, como adiantei ao ilustre Advogado da tribuna. Realmente, sustentei por longo tempo a esta E. Turma que, no caso, quando a lei e a Constituição falam em total da operação, entendíamos que não haveria necessidade de especificação da parte dos serviços e a parte de fornecimento de mercadorias, mas pacificou-se o entendimento na Seção e agora, também, na Turma, por isso me rendo, apesar de me considerar vencido, mas não convencido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.326 — RS — (91.0018212-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Indústria e Comércio de Alimentos Lima Ltda. Recdo.: Estado do Rio Grande do Sul. Advs.: Hugo Mosca e outros, Jorge Arthur Morsch. Sustentação oral: Drs. Hugo Mosca, pelo Recorrido, e Haroldo Ferraz da Nóbrega, Subprocurador-Geral da República.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (05.02.92 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Gomes de Barros, Pedro Acioli e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



(*) RECURSO ESPECIAL Nº 14.732 — SP
(Registro nº 91.0018896-4)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Isaac Fajnzylber*

Recorrido: *BANERJ Crédito Financiamento e Investimento S/A*

Advogados: *Drs. Luiz Sérgio dos Santos Rodrigues e outros, e Osney Rodrigues França e outros*

EMENTA: Processo Civil. Execução. Cálculo. Atualização. Homologação. Natureza jurídica da decisão. Recurso adequado. Recurso não conhecido.

I — O agravo é o recurso próprio contra as decisões que apreciam cálculos no curso do processo executivo.

II — Constitui equívoco, em atrito com a sistemática processual vigente (CPC, arts. 162, 513, 520, 522, 586, 618 e 794), entender-se apelável decisão interlocutória, que não se identifica com a decisão proferida no âmbito da liquidação de sentença, que, como cediço, antecede a execução.

(*) Republicado por ter saído com incorreção no DJ de 16.12.91.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Debate-se nos autos qual o recurso adequado contra decisão que, no curso de uma execução, no caso fundada em título extrajudicial, homologa cálculo.

A eg. Quinta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo entendeu ser o agravo, na linha fixada no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 291.637, recebendo a apelação como agravo em obséquio ao princípio da fungibilidade mas do mesmo não conhecendo por intempestividade (fls. 262/263).

Inadmitido o apelo na origem, provi o agravo interposto em face da manifesta polêmica no tema e da missão constitucional deste Tribunal em fixar a orientação jurisprudencial no âmbito do direito federal.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Razão alguma assiste ao recorrente, que tem se utilizado de todos os expedientes para procrastinar a execução, como se verifica dos numerosos apensos e do anterior acórdão do mesmo Tribunal, que, ao desprover a apelação interposta contra a sentença que julgou improcedentes os embargos à execução, reconheceu a litigância de má-fé e impôs a multa de 5% sobre o total do débito.

Por ocasião do “VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada”, realizado em 1983, tive oportunidade de apresentar tese a respeito, que restou aprovada, com a seguinte ementa (DJMG de 21.9.83 e “Anais”, Belo Horizonte, 1983):

“O agravo de instrumento é o recurso próprio contra as decisões que apreciam cálculos no curso das execuções”.

Como busquei demonstrar (“Revista de Processo” 36/181), tudo não passa de equívoco de terminologia, na encontradiça confusão entre cálculo e liquidação por cálculo.

Nesta, uma das modalidades de liquidação, a decisão sujeita-se à apelação (arts. 513 e 520, CPC), uma vez que se trata de sentença (CPC, art. 162, § 1º), que põe termo ao processo de conhecimento, em procedimento complementar destinado a liquidar a sentença ilíquida. No julgamento de cálculo no curso de uma execução (hoje comuns, em face do regime inflacionário em que vivemos), não se há de falar tecnicamente em liquidação, até porque a execução, para ser instaurada, pressupõe, sob pena de nulidade (CPC, arts. 586 e 618), título certo, exigível e **líquido**. Além do mais, é da própria estrutura do Código instrumental que as decisões no curso do processo, seja este de conhecimento, cautelar ou executivo, se classificam como interlocutórias (CPC, art. 162, § 2º), impugnáveis por agravo (CPC, art. 522), sendo igualmente certo que as decisões (sentenças — CPC, art. 795) que extinguem o processo executivo estão contempladas no art. 794 do mesmo Código.

Destarte, com respeitosa vênia aos que se posicionam contrariamente, constitui equívoco entender-se apelável a decisão interlocutória que se limita a julgar eventuais cálculos no curso do processo de execução.

Felizmente, pouco a pouco doutrina e jurisprudência vão clareando a matéria, afastando a dúvida gerada por pronunciamentos menos precisos. Disso são exemplos o mencionado incidente de uniformização paulista, o RE 115.369-5-PR, do Pleno do Supremo Tribunal Federal, de 15.3.89, e o REsp 1.879-RJ, em decisão unânime da eg. Segunda Turma deste Tribunal, de 21.2.90, no qual se ementou:

“Liquidação de sentença. Atualização do cálculo. Recurso.

A decisão que aprecia cálculo de atualização de débito, anteriormente fixada em liquidação de sentença tem natureza interlocutória. Não se opera outra liquidação, nem são apreciados fatos diversos dos anteriormente considerados. Ajusta-se tão-só a expressão formal ao valor substancial da dívida. O recurso idôneo é o agravo de instrumento”.

Ao concluir, observo que o recorrente sequer demonstrou satisfatoriamente o dissídio, reconhecidamente existente, pelo que do recurso não conheço.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, no Tribunal Federal de Recursos predominava o entendimento, que tive ocasião de sufragar, de que o ato do Juiz que resolve questões suscitadas por impugnações a cálculo (e, assim, liquidava o valor do débito) expunha-se à apelação. Contrariamente, quando o juiz simplesmente homologava o cálculo que não fora alvo de impugnação, o recurso poderia ser o de agravo.

Continuo a pensar que esse entendimento é mais congruente, *data venia*, com o sistema do Código. É bem verdade que tal entendimento desprezava aspectos formais, a ponto de desconsiderar como sentença aquele ato que começava com “vistos, etc.” e concluía homologando e que, pelo art. 162 do CPC, a julgar pelas aparências, poderia ser sentença e merecer apelação.

Na verdade, não é assim, no sistema do Código, porque a sentença é aquele ato do Juiz que resolve questões, a ponto de por fim ao processo (mesmo que as questões resolvidas sejam meramente processuais).

E a sentença, no caso dos autos, nada resolve.

Não obstante ter comungado desse entendimento, chego a entender que a jurisprudência, para a qual aponta o d. voto do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, é mais conveniente, é mais prática.

Não que desmereça a importância das questões que surgem em qualquer ação de execução (aliás, S. Exa. mesmo o reconheceu). Na situação que o Brasil vive, nas últimas décadas, a liquidação por mero cálculo dos valores trazidos à execução é uma imposição dos fatos e as questões que surgem são questões de mérito. Quanto a isso, não tenho nenhuma dúvida. Há pouco, discutimos (e foi Relator o Eminentíssimo Ministro Rafael de Barros Monteiro) em ação de execução, sobre a incidência da correção monetária.

Tecnicamente, do ponto de vista sistemático, entendo que ali onde, ao se instaurar a execução, haja necessidade de cálculo (seja o segundo, o terceiro ou o quarto); onde houver questão em torno do valor do débito, haverá decisão do Juiz sobre o assim chamado mérito da execução. Todo ato que na execução decidir sobre o teor quantitativo do crédito deveria ter como recurso próprio o de apelação.

Mas, se a jurisprudência desta Turma se inclinar por recomendar o agravo, sou sensível a esta orientação, porque não penso que o Direito Processual deva incentivar campos de batalha sem fim, certo que o Cód. de Proc. Civil não foi rigorosamente coerente, na matéria.

O agravo é um recurso mais expedito, mais singelo. Este é o meu pensamento. Por isso, provisoriamente, pelo menos, acompanho o Eminente Ministro-Relator.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, tendo em vista a importância doutrinária do tema, sempre com a devida vênua, quero explicitar melhor meu pensamento. O ato do juiz que reconhece decadência e prescrição decide o mérito, segundo a letra expressa do Código. Como é ato que decide mérito (e por isso é predisposto a encerrar o processo, por via reflexa) é ato que se expõe a apelação, segundo o art. 162, § 1º, e o art. 504: é sentença.

Em outra ordem de idéias; se o Juiz, a título de sanear, adianta pronunciamento sobre decadência (e o faz para reconhecê-la), na verdade profere sentença definitiva. Espera-se que a parte, acaso prejudicada, por falta dos “vistos, etc.” não vá ao ponto de não perceber que se trata de sentença e, por isso, de ato apelável.

Mais ainda, direi que, se o juiz decide sobre decadência ou prescrição e, em seguida, em outro ato, decide outros aspectos do mérito, na verdade está cindindo a sentença e, neste caso, um desses atos é nulo: ou aquele em que avançou a decisão sobre parte do mérito; ou aquele em que reiterou parte da decisão; num caso, porque decidiu o mérito antes da hora, de forma incompleta; no outro, porque decidiu de novo.

Enfim, desejo salientar que estou sempre na firme convicção (mas sempre respeitarei as d. opiniões contrárias) de que agravo é um recurso para decisões interlocutórias (Código de Processo Civil, art. 522), e decisão interlocutória é aquela que, sem por termo ao processo, resolve questão processual. Por isso, não sendo sentença, não se expõe a apelação.

A grande dificuldade que tenho é, por exemplo, de qualificar como questão processual aquela que não diz respeito a pressuposto do processo, nem a condição de ação ou nulidade; mas, sim, ao valor do crédito dado à execução. Assim, a meu ver, onde quer que se discuta quanto é

que o executado deve e a quanto o credor tem direito, não estamos resolvendo questão processual. O Código não foi consistente, nesta matéria; aliás, um dos defeitos do Código foi o de, no art. 162, não ter cuidado das decisões sobre liminares. Esta é uma das grandes lacunas e incoerências do Código, que refere somente aos meros despachos e a sentenças terminativas e definitivas; e a liminar do mandado de segurança e cautelares? Buzaid, discípulo de Liebman, neste ponto se apartou da lição do mestre, em famoso curso que proferiu na Faculdade de Direito de São Paulo, precisamente sobre o tema que ora examinamos.

Mas, como disse, nesta situação da economia brasileira em que a execução já não pode ser mais exigência de crédito líquido, se formos manter coerentes com o sistema do Código, assistiremos à multiplicação das apelações.

O SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Aparte): A execução nunca teria fim.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Por isso é que, de boa vontade, adiro a este entendimento; porém o faço, certo de que, ao assim proceder, estou condescendo em uma leitura que poderá ser criticada, do ponto de vista meramente técnico-processual.

O SENHOR MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Aparte): Estou acompanhando o raciocínio de V. Exa. pelo qual se deveria interpretar uma decisão interlocutória não pelo seu aspecto formal, mas pelo seu conteúdo.

Parece-me, no entanto, que, embora V. Exa. tenha forte dose de razão nesse aspecto do relevo da substância sobre a forma, o critério que utilizou o legislador, o sistema adotado pelo legislador, *de lege lata*, é objetivo, ou seja: se a decisão for incidental, no curso do processo, há decisão interlocutória; se a decisão colocar fim ao processo, com ou sem a apreciação do mérito, a decisão é apelável. O legislador não foi à axiologia, mas, sim, adotou um sistema objetivo.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Em outras palavras, é escusado sejamos absolutamente coerentes, quando o Código não o é.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes colegas, acompanho a jurisprudência e a doutrina mencionadas pelo eminente Relator, no sentido de que o provimento judicial, que julga a liquidação por cálculo do contador propriamente dito, é impugnável por

meio de apelação; e a decisão que homologa, ou não, cálculos posteriores é impugnável através de agravo de instrumento.

O argumento do eminente Ministro Bueno de Souza é no sentido de que estes cálculos subseqüentes, que alteram o quantitativo em face da incessante inflação, seriam decisões substancialmente de mérito e, por isso, desafiariam o recurso de apelação. Mas, com todas as vênias, a este argumento pode ser objetado que, na sistemática do atual Código, sentença não é a decisão que julga o mérito, mas sim a decisão que põe termo ao processo, com ou sem julgamento do mérito. E decisões interlocutórias há que não põem termo ao processo, e portanto desafiam o recurso de agravo de instrumento, mas apesar disso podem ter decidido questões propriamente de mérito, como, por exemplo, uma decisão interlocutória que na fase de saneamento rejeita alegação de decadência ou de prescrição.

Realmente, na vigente legislação processual — e não interessa, aqui, saber se esta orientação é a melhor ou não —, o tópico fundamental que distingue a sentença da decisão interlocutória é a eficácia para pôr termo, ou não, ao processo. O recurso aqui cabível realmente seria o agravo. Entretanto, a parte interpôs apelação e, possivelmente, a interpôs no prazo maior, e não no quinquídio do agravo.

Entretanto, na linha do ensinamento do professor Alcides de Mendonça Lima, ilustre processualista sul-rio-grandense, não me impressiona a circunstância de o recurso impróprio haver sido interposto após findo o prazo do recurso próprio. E isso porque naqueles casos em que há notáveis divergências na doutrina e na jurisprudência, a respeito de qual o recurso cabível numa determinada hipótese — e ainda há vários casos que ensejam perplexidades —, difícil seria o exigir, sendo o processo um instrumento para realização do direito material, que a parte, apesar de seguir o magistério de processualistas renomados, venha a ser apenada com a gravíssima sanção de perda do prazo recursal.

Afasto portanto esta questão de tempestividade ou intempestividade, mas sublinharia a relevância daqueles indispensáveis pressupostos à admissão da fungibilidade recursal, ou seja a escusabilidade do erro e a boa-fé do recorrente. É exatamente o que no caso concreto não ocorreu, como o eminente Relator salientou, tanto que o recorrente teria sido até considerado — não sei se estou me equivocando — litigante de má-fé. E também, hoje, quer parecer que não pairam maiores dúvidas quanto à orientação jurisprudencial dominante.

Por esse motivo, sob estas ressalvas, acompanho o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.732 — SP — (91.0018896-4) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Isaac Fajnzylber. Recdo.: BANERJ Crédito Financiamento e Investimento S/A. Advs.: Drs. Luiz Sérgio dos Santos Rodrigues e outros, e Osney Rodrigues França e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 12.11.91)

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 14.746 — SP

(Registro nº 91.0019112-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Rosa Pierobon Gaeta*

Recorridos: *Iris Magda Carbone de Andrade e outros*

Advogados: *Drs. Aguinaldo Ranieri de Almeida e outros, e Sebastião Theodosio Serra*

EMENTA: CIVIL. CONCUBINATO. SERVIÇOS PRESTADOS PELA MULHER. INDENIZAÇÃO.

São indenizáveis os serviços prestados pela concubina durante o período de vida em comum com seu amásio.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Rosa Pierobon Gaeta interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Primeira Câmara Civil de Férias do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento a apelação interposta por Iris Magda Carbone de Andrade e outros, em autos de ação que lhes move a recorrente, visando receber indenização por serviços prestados durante o tempo em que conviveu *more uxorio* com o pai destes, já falecido.

Sustenta negativa de vigência aos arts. 1.216 e 1.218 do Código Civil, bem como dissídio com jurisprudência já pacificada no Supremo Tribunal Federal.

Recebido e processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal. É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Em ação com fundamento nos arts. 1.216 e 1.218 do Código Civil a ora recorrente pediu indenização pelos serviços prestados a seu companheiro de vinte anos, após o óbito deste, em face dos herdeiros, obtendo sentença favorável.

Ao julgar a apelação, o acórdão, sob o fundamento de que o serviço prestado se achava compensado pelo sustento que dera à autora o falecido, deu provimento à apelação, para julgar improcedente o pedido.

Daí o presente recurso especial, por contrariedade aos dispositivos legais invocados para suporte da pretensão e dissídio jurisprudencial, que passo a examinar:

O fundamento da pretensão é o velho contrato de locação de serviços, considerado superado pela relação de trabalho, base da autonomia desse tão desenvolvido ramo do direito privado que passou a estudar o contrato de emprego.

Restaram, como ensina ORLANDO GOMES, algumas espécies de serviços que continuaram a ser regidas pelo Código Civil, dadas as dificuldades de sua subsunção ao Direito do Trabalho, entre as quais, ao menos até a edição de normas tendentes a incluí-las nesse campo vastíssimo da legislação laboral, culminando com a Constituição hoje em vigor, entre as quais, repito, as referentes ao trabalho doméstico.

Assim, desenvolvido o trabalho da ora recorrente, como concubina do extinto companheiro, em tempo bem anterior a esse surto legislativo, é de ter-se a relação de trabalho por ela prestado como regido pelo art. 1.216 do Código Civil, que, de modo amplo, define:

“Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”.

E a situação de fato, como reconhecida pelas instâncias ordinárias, é de que a recorrente prestara serviços ao falecido companheiro, segundo as provas existentes nos autos, por elas soberanamente apreciadas, inclusive no juízo de apelação, em que, como bem se apercebeu o ilustrado subscritor do despacho de admissão do presente recurso, Desembargador ANTÔNIO GARRIGÓS VINHAES:

“... o acórdão não desacolheu a demanda ante o exame dos fatos da causa, mas em obséquio à tese jurídica de que o concubinato em si não gera qualquer direito” (fls. 261/262)”.

Estou, pois, porque contrariado o art. 1.216 do Código Civil.

E tenho por exaustivamente demonstrado o dissídio de interpretação, por atendidas as exigências legais e regimentais, pondo em cheque o acórdão recorrido em face de decisões do Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra dos Srs. Ministros ANTÔNIO NEDER e RAFAEL MAYER, em situações em tudo idênticas à dos autos, acórdãos esses que se situam em reconhecer a existência de contrato entre o homem e a prestadora de serviços, em forma de concubinato, a exigir indenização.

A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal sempre distinguiu duas situações, a da companheira que, por contribuir diretamente para a formação do patrimônio do casal, fora equiparada a sócia de fato do seu concubino, que veio a ser definida na Súmula 380; e a da remuneração pelos serviços domésticos e outros, que a companheira, mesmo sem contribuição direta para o incremento patrimonial do amázió, tem direito, pelo reconhecimento do contrato de prestação de serviços, do art. 1.216 do Código Civil.

Em breve pesquisa, consignei essa orientação construtiva do Supremo Tribunal, pelo menos, desde 1958, no acórdão no RE 37.491, da

lavra do eminente e saudoso Ministro HENRIQUE D'ÁVILA, então convocado a integrar o elevado pretório:

“São indenizáveis os serviços domésticos prestados pela companheira-concubina durante largos anos de vida em comum.

Tal entendimento filia-se à melhor doutrina e ajusta-se com adequação à lei.” (RTJ nº 9/163).

Mais tarde, o não menos saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, assim ementou o acórdão no RE 70.271-MA:

“Companheira. Serviços domésticos — Faz jus à remuneração por serviços domésticos ou outros lícitos e de natureza econômica, a mulher solteira que viveu sob o mesmo teto durante anos com homem solteiro, de quem engravidou, em união livre e honesta”.

Nesse acórdão invoca o relator, como “decisões pioneiras”, o acórdão antes noticiado, do Min. HENRIQUE D'ÁVILA, e o do RE 33.463, publicado na Revista Forense 178/108, além de outros, dos Ministros GONÇALVES DE OLIVEIRA, na Revista dos Tribunais 342/542, 339/514, e BILAC PINTO, este em 1972, no RE 72.560.

No RE 74.706-PR, assim ementou o Sr. Ministro RODRIGUES ALCKMIM o acórdão:

“Concubina. Direito a salário pelos serviços prestados.

Pedido de metade dos bens do amásio ou, subsidiariamente, de remuneração pelos serviços. Procedência do pedido subsidiário, sem menção de não poder ultrapassar o valor da metade dos bens. Inexistência de nulidade, pela desnecessidade de menção expressa”. (RTJ 64/517) — 1972.

O Sr. Ministro CORDEIRO GUERRA assim resumiu o acórdão no RE 84.969-RJ.

“A sociedade de fato, e não a convivência *more uxorio* é o que legitima a partilha dos bens entre os concubinos, julgado que nega a existência de sociedade entre os concubinos, face à prova dos autos, não discrepa da Súmula 380.

A jurisprudência tem admitido, em casos especiais, serem indenizáveis os serviços prestados pela concubina ao amásio durante o período de vida em comum, desde que demonstrados, pois, quem pede o mais, pede o menos.

Provido o segundo recurso, em parte, para assegurar indenização dos serviços domésticos e de natureza social com reflexos comerciais, prestados pela concubina em favor do amásio, conforme se apurar em execução.” (RTJ 80/260).

No voto, faz alusão a precedentes da lavra dos Srs. Ministros GONÇALVES DE OLIVEIRA, ELOY DA ROCHA e BILAC PINTO.

Ao julgar o RE 91.212-SP, o mesmo excelso pretório, em acórdão do Sr. Ministro RAFAEL MAYER, pontifica:

Concubinato. Serviços prestados pela concubina. Indenização. Inocorrência de sociedade de fato. Direito da concubina à remuneração pelos serviços domésticos prestados durante o período de vida em comum. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RTJ 91/739).

Do mesmo modo, o Sr. Ministro SOARES MUÑOZ, no RE 102.130-RJ, escreveu esta ementa:

“Concubinato. Serviços domésticos prestados pela concubina. Indenização a ela devida, pois que tais serviços são perfeitamente destacáveis do concubinato em si e negar-lhes remuneração seria acoroçoar o locupletamento indevido do homem com o trabalho da mulher. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (RTJ 110/432).

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.746 — SP — (91.0019112-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Rosa Pierobon Gaeta. Recdos.: Iris Magda Carbone de Andrade e outros. Advs.: Aguinaldo Ranieri de Almeida e outros, e Sebastião Theodosio Serra.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento” (3ª Turma — 11.11.91).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 14.878 — SP

(Registro nº 91.0019480-8)

Relator: *Sr. Ministro Nilson Naves*

Rel. Desig.: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Renato Boralli e cônjuge*

Recorridos: *Portofino Representações e Participações Ltda. e Banco Safra S/A*

Advogados: *Drs. Carlos Antônio de Agostino e outros, Elizabeth Alves Souza e outros, e Luís Fernando César Lencioni*

EMENTA: Exclusão do co-réu — Recurso cabível.
Não se extinguindo o processo, cabível é o agravo de instrumento e não a apelação.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, e, por maioria, negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de dezembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator designado.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Em ação ordinária promovida pelos ora recorrentes contra Banco Safra S.A. e Portofino Representações e Participações Ltda., foi esta excluída do feito, quando do saneamento do processo, por ilegitimidade passiva *ad causam*, daí a apelação dos autores, mas dela o acórdão não conheceu, *in verbis*:

“Não se conhece do recurso porque inadequado.

Com efeito volta-se o casal autor contra r. decisão ditada em sede de saneamento e que sem extinguir a lide, meramente a expungiu de um de seus integrantes, por entendê-lo ilegitimado.

Deriva daí que desvestido o ato guerreado na força especialíssima de sentença que de fato não é.

Daí que, não obstante possível pinçar isolados entendimentos favoráveis ao reconhecimento do apelo, cumpria à parte porventura acautelá-lo, utilizando o prazo mais exíguo do remédio que entende correto esta C. Turma Julgadora, o Agravo de Ins-

trumento. Publicada no entretanto a r. decisão em 28.09.89 (fls. 108), uma 5ª feira útil, o prazo se contou assim: 29.9.89; 2.10; 3; 4 e 5.10.89, outra 5ª feira útil. A desconformidade veio em 11.10.89, (fls. 109 v.) e pois a destempo.

Isto posto, não conheceram.”

Na petição do recurso especial, os recorrentes têm por ofendidos os arts. 162, § 1º, 458 e 513 do Cód. de Pr. Civil, e apontam dissídio com os julgados da RTJ-92/1.301 e da RTFR-126/3.

Foi o recurso admitido por este despacho do Desembargador Antonio Garrigós Vinhaes:

“3. Na espécie estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

Não obstante fundamentada a conclusão da Turma Julgadora, a tese jurídica defendida pelos recorrentes apóia-se em forte corrente jurisprudencial que entende caber apelação contra decisão que exclui da lide litisconsorte, encerrando o processo em relação a ele. Deve, assim, o tema ser submetido ao Superior Tribunal de Justiça, a quem a nova ordem constitucional reserva com exclusividade o papel de guardião da uniformidade de interpretação da legislação federal.

A matéria controvertida foi bem exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, portanto, o requisito do prequestionamento.

Há expressa indicação dos dispositivos legais tidos como violados, e não vislumbra-se a incidência dos demais vetos regimentais ou sumulares.

4. No que tange ao alegado dissídio jurisprudencial, está comprovado o dissídio, na forma exigida pelo artigo 255, § 2º, do Regimento Interno da nova Corte Superior, com a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

5. Em tais condições, dou seguimento ao recurso.”

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Discute-se sobre qual o recurso cabível do ato judicial que, no saneamento, exclui do processo um dos réus, por reconhecer tratar-se de parte ilegítima

(ilegitimidade passiva *ad causam*). No caso, estando em curso uma ação ordinária, proposta por Renato Boralli e sua mulher, o juiz houve por bem retirar do feito a ré Portofino Representações e Participações Ltda., e da apelação dos autores, então interposta, por inconformados com o ato de exclusão, o acórdão não conheceu, considerando-a inadequada.

Em caso assemelhado ao presente, porque nele ocorrera, também, a exclusão quando do despacho saneador, o Supremo Tribunal Federal entendeu cabível a apelação, dando por negada a vigência, por obra do acórdão local que reputara cabível o agravo de instrumento, do art. 162, § 1º, do Cód. de Pr. Civil. Refiro-me ao RE-88.784, Sr. Ministro Cunha Peixoto, *in* RTJ-92/1.301 (citado pelos recorrentes, conforme o relatório), com essa ementa: “Despacho saneador — Exclusão de parte. A decisão que exclui parte do feito, por ilegitimidade, é, em relação a ela, terminativa, embora não tenha julgado o mérito. Pela sistemática do Código de Processo Civil vigente, dessa decisão cabe o recurso de apelação, e não agravo. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

Serve, ainda, para caracterizar o dissenso, o acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos, Ag-43.886, Sr. Ministro William Patterson, *in* RTFR-126/3, com essa ementa: “Processual Civil. Agravo de Instrumento. Apelação. Sentença. Se o Juiz Federal, ao examinar o interesse da União, em processo de usucapião, decide por excluí-la do feito, após examinar as provas e aplicar o direito, forçoso é reconhecer que pôs termo à demanda em relação à mesma. Sendo assim, o recurso cabível é o de apelação, a teor do art. 513, c/c o art. 162, § 1º, do CPC. Agravo não conhecido”.

A exemplo dos paradigmas, creio igualmente que o ato judicial, em espécies assim, não é decisão interlocutória (§ 2º do art. 162) mas é sentença (§ 1º do art. 162), posto que se cuida do ato judicial que, em relação ao excluído, põe termo ao processo. Desse ato, sem dúvida, a meu sentir, cabe apelação, e não agravo de instrumento.

Conheço do recurso especial, e dele conheço por ambos os fundamentos, e lhe dou provimento, para que, conhecida, a apelação seja julgada, como for de direito.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, peço vênia para divergir e conhecer apenas pelo dissídio. Conforme já tive ocasião de manifestar-me nesta Turma, considero que, em casos como tais, há cumulação de ações, mas um só processo. Este não se extingue com

a exclusão de uma das partes, razão por que se trata de decisão e não de sentença, sendo cabível o agravo.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, *data venia* de Vossa Excelência, acompanho o Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro, em face da divergência e do ponto de vista já expendido por mim como Relator em Recurso Especial julgado pela Turma.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.878 — SP — (91.0019480-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Rectes.: Renato Boralli e cônjuge. Recdos.: Portofino Representações e Participações Ltda., e Banco Safra S/A. Advs.: Carlos Antônio de Agostino e outros, Elizabeth Alves Souza e outros, e Luis Fernando Cesar Lencioni.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, e, por maioria, negou-lhe provimento. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Dias Trindade. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro” (10.12.91 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 15.247 — RJ

(Registro nº 91.0020014-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *TV Aratu S/A*

Recorridos: *TV Globo Ltda. e TV Bahia Ltda.*

Advogados: *Sergio Bermudes e outros, Luiz Zveiter e outros, e Álvaro Leite Guimarães*

EMENTA: CIVIL. CONTRATO DE TRANSMISSÃO DE PROGRAMAS DE TV. NATUREZA JURÍDICA.

O contrato entre empresas de televisão, concessionárias de serviço público, não se inclui no gênero sociedade e, contendo cláusula resolutiva, se extingue segundo nela enunciado.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de dezembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): TV ARATU S/A interpõe recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que negou provimento a apelação interposta em autos de ação que move contra a TV Globo Ltda. e a TV Bahia Ltda., visando a declaração da ineficácia da denúncia feita pela primeira recorrida de contrato havido entre as partes, em que figurava como “afiliada” da mesma, sustentando a existência de cláusula “abusiva”, que gerou desequilíbrio entre as partes.

Sustenta negativa de vigência aos arts. 85 e 1.363 do Código Civil, por ter o acórdão recorrido desconsiderado exame do repetido comportamento das partes, consistente na celebração de sucessivos contratos, atendo-se à literalidade das respectivas cláusulas, bem como ter dado errônea qualificação jurídica ao contrato, identificado como um contrato atípico, quando corresponderia em essência ao contrato de sociedade. Sustenta ainda dissídio jurisprudencial em relação à interpretação dada ao art. 85 do Código Civil.

Recebido e processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.
É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Contrato pelo qual a recorrida, TV GLOBO LTDA. e a TV ARATU S/A convencionaram que a segunda passava a transmitir, com exclusividade, para a sua área de concessão, os programas de televisão gerados pela primeira, com cláusula de prorrogação automática, desde que qualquer “das contratantes não manifeste à outra, por escrito, sua intenção de não renová-lo até 60 dias antes do último dia de sua vigência.”

O acórdão confirmou a sentença que deu pela legalidade da denúncia do contrato, formulada pela primeira contratante, julgando improcedentes os pedidos formulados na ação que visava a ver reconhecida a ineficácia da aludida denúncia.

Daí o presente recurso especial, sob fundamentação de contrariedade aos artigos 85 e 1.363 do Código Civil e dissídio quanto à interpretação do primeiro.

Objetiva, sob a invocação de erronia na qualificação jurídica do contrato, pois, ao interpretar a cláusula resolutiva, o acórdão se ateu à sua literalidade, antes que à intenção das partes contratantes, pois, se atento ao princípio do art. 85 do Código Civil, restaria inaplicável dita cláusula, que admite denúncia imotivada do contrato, objetiva, repito, a incidência do artigo 1.363, definidor do contrato de sociedade, a exigir motivação para ser desfeito.

Ao expor a sua pretensão a recorrente expressamente sustenta:

“Ignorou o douto aresto que aqueles contratos representam instrumentos variados de uma mesmissíma relação simbiótica, que, para além da letra das cláusulas contratuais, clama por interpretação condizente com a sua natureza especialíssima, exigindo, para esse fim, que se asculte a vontade das partes, através de sua conduta efetiva.” (fls. 1.104).

Tenho, assim, porque o objetivo do recurso, no que tange à alegada vulneração ao art. 85, é o de obter reinterpretção da cláusula examinada pelas instâncias ordinárias, que lhe deram eficácia, a que não presta o recurso especial.

E é de ver-se que o acórdão, ao contrário do que sustenta a recorrente, não se limitou a considerar a literalidade da cláusula em comento

e do contrato em geral, mas, descendo ao elemento histórico do dispositivo do art. 85 do Código Civil, analisou a questão do ponto de vista da intenção das partes, como se vê do voto condutor: (ler fls. 1.075 e 1.076/1.078).

Está, assim, demonstrado que, no caso, também o elemento volitivo foi examinado, em sua intencionalidade, o que serve a afastar o outro fundamento do recurso, quanto à interpretação desse dispositivo do art. 85 do Código Civil, por isso que dissenso não há em relação aos acórdãos noticiados nos autos, pela transcrição de pequenos trechos, que demonstram que se adotou ali as mesmas teses de direito que o acórdão recorrido acolheu, ainda que sustentando a dispensabilidade da perquirição, em face da clareza literal da avença, ou seja, realizou o acórdão, ao interpretar o contrato, não só a análise literal, mas desceu a intenção das partes, manifestada, não apenas no momento da avença, mas nos atos subseqüentes de seu cumprimento.

Diz ainda a recorrente que não se deu aplicação ao art. 1.363 do Código Civil, de sorte a classificar o contrato como societário, para, então, fazer incidir as regras da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, especificamente os arts. 116 e 117, § 1º, *b*, que diz com exercício abusivo de poder do acionista controlador em sociedade anônima.

É que, com base em parecer erudito do jurista FÁBIO KONDER COMPARATO, entende existente na espécie uma verdadeira sociedade, passando a TV ARATU S/A a integrar o SISTEMA GLOBO DE TELEVISÃO, enxergando, com assento em regras de direito comparado, a existência de subordinação da recorrente em relação à recorrida, que exerceria controle externo, de natureza tecnológica e econômica sobre a sua sócia e, pela desigualdade das partes, estaria a determinar a liquidação de “companhia próspera”.

A esse erudito parecer de COMPARATO que, em sede doutrinária, é digno de todo o respeito, podendo, quiçá, servir de mote a que o legislador sobre o mesmo venha a editar normas, contrapõem-se outros e ilustrados pareceristas, no exame dos mesmos contratos, que os qualificam como o fez o acórdão recorrido, tais os não menos eminentes juristas ORLANDO GOMES, ARRUDA ALVIM, RUBENS REQUIÃO, WASHINGTON BARROS MONTEIRO e FRAN MARTINS.

E que não se trata de sociedade bastaria a demonstração de que falta o elemento de participação social de uma em outra das contratantes, como, de resto, se acha expresso, até por excesso, no corpo do contrato, ao se dispor sobre a inexistência de vínculo societário entre as pactuantes.

De ver, por conseguinte, que a recorrida não participa da constituição acionária da recorrente, o que serve a indicar que não poderia encontrar-se naquela posição de “acionista controlador”, definido o art. 116 da Lei 6.404/76 nestes termos:

“Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientado funcionamento dos órgãos da companhia.”

E somente o acionista controlador, tal como definido acima, é que responde por danos decorrentes de exercício abusivo de seu poder, como reza o art. 117 da lei societária.

Não vejo, portanto, como dar ao contrato entre as partes em litígio a qualificação de sociedade e, menos ainda, que a recorrida se ache colocada na condição de “acionista controlador” da recorrente, que continua a existir e já se afiliou a outra e importante rede de televisão, a mais demonstrar que não se acha em qualquer das situações que ensejariam a classificação de vítima de exercício abusivo do poder controlador.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Excelências, Doutos Advogados, a questão da violação do art. 85 em sede de recurso excepcional — o antigo extraordinário ou o hoje denominado especial — é na realidade tormentosa, porque dificilmente alguém interpretará algum texto, seja de contrato ou de lei, e dirá que a intenção é uma; entretanto, a literalidade é outra, mas que se deve dar preferência ao que está escrito. Isto provavelmente ninguém o fará, é lógico. A regra do art. 85, aliás, é uma regra lógica.

Todos sabemos que a palavra, como qualquer outro veículo de comunicação, oral, escrita, tal como a imagem, nem sempre expressam o sentido exato do que se quer dizer. A palavra é má condutora da idéia,

parta de onde partir. Por isso, é de fato difícil encontrar-se em alguma situação uma negativa de vigência àquele dispositivo.

O Recurso Extraordinário nº 78.946, do qual foi Relator o Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, é um caso especial, isolado; mesmo assim, sua decisão não foi unânime. E dentre os votos discordantes daquele Excelso Colegiado, destaco o pronunciamento do Eminentíssimo Ministro Leitão de Abreu, de cuja manifestação leio certo trecho:

“No art. 85 do CC se enuncia, em substância, regra lógica, que rege não só a interpretação dos atos jurídicos privados, como a própria lei. Cuida-se de regra que diz respeito até ao processo interpretativo em geral, de todas as expressões, sob a forma verbal, de um significado. Se dissessem o contrário, o art. 85 bem como as normas alienígenas donde foi transplantado far-nos-iam retroceder, no campo jurídico, a tempos primitivos, nos quais, como observa Ferrara, o normal era prevalecer a letra da lei, dado o valor místico e sacramental que se emprestava à expressão literal. Como a interpretação passou, no entanto, a constituir, também no campo do Direito, atividade científica livre, investigação racional do conteúdo do discurso, norma contrária à que se consagra no mencionado dispositivo de nossa lei civil engendraria a criação, por via hermenêutica, de monstros jurídicos, ou melhor, de monstros lógicos. Trivial, no universo lógico, é, pois, o preceito do dito art. 85, uma vez que, portadores de pensamento e indicadores de vontade, os vocábulos nem sempre são unívocos, cumprindo recorrer, para captar-lhe, dentro das proposições em que se inserem, o conteúdo significativo, à intenção que inspirou a enunciação deles.

Isso não quer dizer, no entanto, que se deva desprezar a expressão verbal, para atribuir-lhe significado discrepante daquilo que nela se enuncia, quando na frase ou na cláusula interpretada não existia ambigüidade, indeterminação, defeito ou obscuridade. Desde que, por interpretação, se conclua, como faço no caso, que não há dúvida quanto ao sentido de uma cláusula contratual, na hipótese a 12ª, em face de sua expressão literal, nada autoriza que se abandone a sua inteligência pelo simples fato de se dizer que se deu valor ao seu enunciado verbal.”

No caso presente, conforme se deduz das brilhantes exposições feitas pelos ilustres Advogados e do voto do Eminentíssimo Sr. Ministro-Relator, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro interpretou os contratos firmados entre TV Globo e TV Aratu; e não os interpretou apenas emprestando-lhes sentido puramente literal. O Eminentíssimo Sr.

Ministro-Relator leu trecho do acórdão, por onde se vê que o mesmo examinou a vontade das partes, perquiriu a intenção dessas mesmas partes, chegando à conclusão de não se tratar de um contrato societário e, mais ainda, chegando à evidência de que uma das contratantes poderia denunciá-lo de acordo com cláusula contratual contida no mesmo instrumento.

Quanto ao art. 1.363, em que pese minha imensa admiração pela cultura do Professor Fábio Konder Comparato, bem assim pelos conhecimentos do douto processualista Sérgio Bermudes, peço-lhes vênias para preferir as lições traçadas pelo meu querido e estimado mestre de Direito Comercial, Professor Fran Martins, por entender estarmos diante de um contrato, inominado, atípico, a respeito do qual se poderia indagar se não se trata de uma locação ou de uma mera cessão. E não encontraríamos a exata classificação daquele ajuste. É um contrato atípico; na falta de uma outra palavra, essa denominação encaixa-se bem.

O Professor Fran Martins, porém, trouxe, a meu ver, elementos para nos fazer chegar à conclusão de que a avença se aproxima do contrato de *franchising*, da franquia, e, aplicando-se os princípios desta, evidentemente, estaríamos afastando os elementos que, por acaso, caracterizariam um confronto societário.

Penso que o Eminentíssimo Ministro-Relator articulou muito bem os fundamentos de seu voto e, assim, acompanho-o na íntegra, não conhecendo do recurso especial.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 15.247 — RJ — (91.0020014-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: TV Aratu S/A. Recdos.: TV Globo Ltda. e TV Bahia Ltda. Advs.: Drs. Sérgio Bermudes e outros, Luiz Zveiter e outros, e Álvaro Leite Guimarães. Sustentaram oralmente o Dr. Sérgio Bermudes, pela Recorrente, o Dr. Sérgio Zveiter, pela Recorrida TV Globo Ltda. e o Dr. Roberto Rosas, Assistente da Recorrida TV Bahia Ltda.

Decisão: “Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Cláudio Santos não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Nilson Naves. Aguarda o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro” (12.11.91 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Impedido o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Quando tive contato com a causa e, portanto, desde aquele momento, chamou-me a atenção o pedido, entre outros formulados pela autora, de perdas e danos. Era o alegado prejuízo, que cheguei a ouvir, pela voz do advogado, da tribuna, tal decorrente do rompimento do contrato. Pensei que, acaso procedesse a ação, a procedência seria admissível no atinente à indenização. Pareceram-me descabidas as pretensões de ineficácia da denúncia ou de simples prorrogação do contrato. Pareceram-me, porque tal não se adaptaria à ordem natural das coisas, no campo dos contratos.

Ainda que relativo às perdas e danos, impõe-se definir, juridicamente, o vínculo contratual em questão, resultante do ajuste entre a TV Globo Ltda. (primeira contratante) e a TV Aratu S.A. (segunda contratante), com esse objeto, consoante a 1ª parte do instrumento de 1.6.81: “A Segunda Contratante fica autorizada a exibir programas produzidos e/ou sobre os quais a Primeira Contratante possua os direitos de transmissão e exibição em televisão, gravados ou ao vivo, que lhe serão transmitidos ou entregues pelo processo que for mais conveniente à Primeira Contratante, em cada caso”. É que, na dependência dessa definição, poder-se-ia então aplicar à espécie o que se acha disposto nos arts. 116 e 117 da Lei nº 6.404, de 1976, sobre o acionista controlador.

Lendo e relendo estes autos, os pareceres apresentados por ambas as partes, e a pesquisa que mandei proceder, ficou-me a noção de que, no caso, inexistente vínculo societário, tornando-se difícil aceitar, em face do nosso sistema jurídico, a existência de “grupo econômico com subordinação externa”. Sobre tal assunto, discorreu, com magistral autoridade, Fábio Konder Comparato, mas valendo-se, o que a mim também me pareceu, do Direito alemão, mormente do Aktiengesetz, de 1965, aduzindo, nessa passagem:

“9. — Ora, a formação do grupo econômico de subordinação com controle externo implica a atribuição, à empresa controladora, de um *status* jurídico especial, com deveres e responsabilidades próprios. A empresa controladora passa a responder, perante a controlada, por qualquer manifestação de abuso de controle.

Aplica-se à hipótese, pela via analógica, o conjunto de regras constantes dos arts. 116 e 117 da lei de sociedades por ações.”

Ao final de seu parecer, concluiu assim:

“Constitui manifestação de abuso de poder de controle e dissolução de um grupo de empresas, pelo controlador, sem nenhuma razão de ordem econômica ou técnica, ou, o que é pior, unicamente para satisfazer os interesses de uma empresa concorrente da controlada.”

Ora, entre nós, o controlador, por ser acionista, o é, também, da controlada, nos moldes dos referidos arts. 116 e 117. Por isso, aduziu o Sr. Relator, neste Tribunal: “De ver, por conseguinte, que a recorrida não participa da constituição acionária da recorrente, o que serve a indicar que não poderia encontrar-se naquela posição de ‘acionista controlador’, definido no art. 116 da Lei 6.404/76 nestes termos:...”. Daí que, por mais simpática que seja a tese do parecerista, seria necessário, para a sua adoção, ingressarmos em sistema jurídico estranho ao nosso. Aliás, no Direito francês, no caso de “sociedade filial”, depende da participação de uma no capital da outra, conforme essa definição, que encontrei em trabalho de Walmor Franke, *in* RDM-21/22, pág. 72: “*Lorsq’une société — diz o art. 354, na Seç. II, Cap. VI, da nova lei — possède plus de la moitié du capital d’une autre société, la seconde est considérée pour l’application de la présente section, comme filiale de la première*”.

Em “Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova lei das Sociedades Anônimas”, de 1977, publicado na RF-258/83, comentava Arnold Wald que “Uma das inovações importantes da nova legislação foi a responsabilidade do acionista controlador, que já existia em outras legislações e cuja introdução no Direito Comercial brasileiro já advogamos há algum tempo”, reportando-se aos arts. 243, § 2º e 246. Naquele, definiu a lei a sociedade controlada, na qual a controladora é titular de direitos de sócio, neste, cuidou a lei da ação de reparação de dano, “por atos praticados com infração ao disposto nos arts. 116 e 117”. Portanto, nota-se que a relação controladora/controlada pressupõe titularidade de direitos de sócio.

Encontrando-me em dificuldade para subsumir a hipótese à moldura dos aludidos arts. 116 e 117, para daí extrair, dentre as modalidades de exercício abusivo de poder, a da “dissolução de um grupo” — até porque, se controle havia, admitindo-se, a controlada não se dissolveu, conforme sentença à fl. 741 e voto, neste Tribunal, do Sr. Relator —, donde inadmissível, em tais termos, o reconhecimento da responsabilidade, resta-me placitar, no tocante às perdas e danos, o que ficou resolvido na instância ordinária: pela sentença, entre fls. 741/2 e pelo acórdão, fl. 1.081.

Com estas considerações, o meu voto encaminha-se para o não-conhecimento do recurso.

Não podendo qualificar, juridicamente, o contrato qual a pretensão da autora, para dessa qualificação extrair responsabilidade de eventual acionistas controlador, tenho que o acórdão local se apresenta irrepreensível. Por isso, não conhecendo do especial, acompanho o voto do Sr. Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.247 — RJ — (91.0020014-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: TV Aratu S/A. Recdos.: TV Globo Ltda. e TV Bahia Ltda. Advs.: Sergio Bermudes e outros; Luiz Zveiter e outros; Álvaro Leite Guimarães.

Decisão: 'Retomando o julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Cláudio Santos.

Impedido o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 15.275 — SP

(Registro nº 91.0020186-3)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Pedro Lemos e outros*

Advogados: *Drs. Cláudia Polto da Cunha e outros, e Brasil do Pinhal Pereira Salomão*

EMENTA: PROCESSUAL — LITIGANTE DE MÁ-FÉ — DECISÃO DIVERSA DA PEDIDA.

Não comprovado o retardamento intencional, de má-fé, na apresentação do processo administrativo, nem se caracterizou o intuito de chicana ou protelação, bem assim prejuízo à parte adversa.

Houve violação aos arts. 460 e 18 do CPC. Não pode o julgador proferir decisão de natureza diversa da pedida e condenar a parte sem os elementos necessários para declarar o valor da indenização.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de São Paulo impugnando acórdão no qual foi condenado como litigante de má-fé e por esta razão apenado em indenizar os Autores em 10% (dez por cento) do débito atualizado que for apurado em razão da procedência da ação mais honorários advocatícios de 10%, nos termos do artigo 18, *caput*, do CPC.

Alega o recorrente violação aos artigos 460 e 18, *caput*, e § 2º, do CPC.

Sustenta que em nenhum momento os autores-recorridos requereram a condenação da Fazenda como litigante de má-fé e que inexistente, na realidade, prejuízo a ser indenizado, e mesmo se houvesse, deveria se proceder, primeiro, à liquidação por arbitramento, nos termos do § 2º do artigo 18, e não condenada a Fazenda ao pagamento de valores aleatórios (fls. 373/77).

Indeferido o processamento do recurso (fls. 382/384), subiram os autos a este Colendo Tribunal em razão do provimento do agravo de instrumento interposto (apenso).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Apesar de lhe ter sido totalmente desfavorável o v. acórdão hostilizado de fls. 358/359 que negou provimento à apelação e confirmou a r. sentença de fls. 310/318, favorável aos recorridos, recorre a Fazenda do Estado de São Paulo somente da pena de litigante de má-fé, sob a assertiva de retardamento intencional na apresentação do processo administrativo. Alega violação aos arts. 460 e 18 do CPC. Seu recurso merece ser conhecido, porque o art. 18 foi expressamente citado no v. acórdão recorrido (fls. 359) e a violação do art. 460 só surgiu no acórdão, e a recorrente em seus embargos declaratórios (fls. 361/366) sustentou a não configuração da má-fé, mas foram eles rejeitados (fls. 369/371). Houve o necessário prequestionamento.

Não restou comprovado o retardamento intencional na apresentação, por parte da Fazenda, do processo administrativo que foi requisitado por ofícios de 04 a 10 de fevereiro de 1987 (fls. 206 e 209), não tendo o mesmo sido localizado (fls. 212/213). No dia 16 de julho de 87 a recorrente juntou cópias do processo administrativo (fls. 226/278), julgadas insuficientes pelos autores (fls. 280/282), sendo, então, juntado o próprio processo (fls. 294, 296 e 298 e autos em apenso). Como se vê, não se comprovou o retardamento intencional, de má-fé, na apresentação do processo administrativo. É bom lembrar que se trata de administração enorme, do mais rico Estado brasileiro, sendo normal e compreensível relativa demora na localização de processos administrativos. Ensina Pontes de Miranda, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I, 1ª ed., que:

“Resistência injustificada é todo ato que, sem apoio na lei, obedecer apenas ao intuito de chichana, protelação, ou deferimento, para qualquer mudança de circunstâncias, ou embaraçamento das provas do autor” (pág. 404).

Em momento algum restou caracterizado o intuito de chichana ou protelação. Ao que tudo indica, a Fazenda não opôs resistência injustificada ao andamento do processo. Ainda que isto tivesse ocorrido, seria necessária a comprovação do prejuízo sofrido pelos autores e eles nem sequer alegaram ter sofrido qualquer prejuízo. Esclarece Celso Agrícola Barbi, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, 6ª ed., 1991, que:

“Os prejuízos são os havidos em seus bens ou negócios, como, por exemplo, a paralisação, ou redução destes, enfim, o que perdeu e o que deixou de ganhar. É necessário que essas perdas tenham efetivamente acontecido, pois não se indenizam danos meramente imagináveis. É mister, portanto, sejam elas comprovadas quanto à sua existência, mesmo que não determinado desde logo o seu valor” (pág. 105).

Ora, os autores, tendo logrado êxito em sua pretensão, na liquidação e execução do julgado, irão receber a vantagem perseguida, prestações vencidas e vincendas devidamente atualizadas até o seu efetivo e integral pagamento.

Caso houvesse o prejuízo, não poderia ele ser reconhecido e dado de ofício, e este entendimento já foi acolhido, à unanimidade, pela E. Terceira Turma, no REsp 3.098-RS, DJ de 17.9.90, de cuja ementa consta que:

“Sendo a parte adversa do litigante de má-fé a titular do direito às perdas e danos, depende a condenação de sua iniciativa.”

O Relator, Eminentíssimo Min. Cláudio Santos, em seu voto condutor do acórdão, apoiou nos ensinamentos de Arruda Alvim, Código de Processo Civil Comentado, vol. II, RT 1975/147 e José Carlos Barbosa Moreira, artigo publicado na RP 10/15-31 que adotam o mesmo ponto de vista expresso na ementa de que as perdas e danos não podem ser dadas de ofício, porque dependem de iniciativa da parte. O Juiz não pode obrigar a parte a receber perdas e danos não pleiteadas e não desejadas. No caso, elas não iriam para os cofres públicos e sim, para a parte adversa. Como não existem elementos para que fosse declarado, desde logo, o valor da indenização, não poderia o Tribunal, desde logo fixá-las, aleatoriamente, porque sua apuração deverá ser, por arbitramento, na execução (CPC, art. 18, § 2º). Entendeu o C. Supremo Tribunal Federal, no RE nº 90.089-RS, RTJ 88/364, que os honorários de advogado não podem ser exasperados, como aconteceu no caso em exame, para punir eventual má-fé do litigante que dá causa a outro tipo de sanção.

Tenho para mim que os arts. 460 e 18 do CPC foram violados pelo v. aresto recorrido, porque não pode o Juiz ou Tribunal proferir sentença ou acórdão, de natureza diversa da pedida, e condenar, desde logo, a parte rotulada de litigante de má-fé, sem os elementos necessários para declarar o valor da indenização.

Dou provimento ao recurso para livrar a recorrente da pecha de litigante de má-fé.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 15.275 — SP — (91.0020186-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdos.: Pedro Lemos e outros. Advs.: Cláudia Polto da Cunha e outros, e Brasil do Pinhal Pereira Salomão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Exmos. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

I — JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AgRg no Ag	7.953-MG	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 30/17
AgRg no Ag	15.602-MG	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 30/22

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO (MEDIDA CAUTELAR)

AgRg na Pet	143-SP	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 30/33
-------------	--------	----------------------------------	------------

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

CC	846-MG	Rel. Min. Bueno de Souza	RSTJ 30/47
CC	859-SP	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 30/51
CC	994-RJ	Rel. Min. Bueno de Souza	RSTJ 30/56
CC	1.309-RS	Rel. Min. Bueno de Souza	RSTJ 30/62
CC	1.968-ES	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 30/66
CC	2.405-SP	Rel. Min. Costa Leite	RSTJ 30/73

HABEAS CORPUS E RECURSO DE HABEAS CORPUS

RHC	537-SP	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 30/79
RHC	545-RO	Rel. Min. Assis Toledo	RSTJ 30/87
RHC	555-RJ	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 30/91
HC	842-SC	Rel. Min. Carlos Thibau	RSTJ 30/96
HC	865-SP	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 30/101
RHC	901-SP	Rel. Min. Carlos Thibau	RSTJ 30/104
RHC	919-PE	Rel. Min. Costa Lima	RSTJ 30/108
HC	931-MG	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 30/113
HC	986-RJ	Rel. Min. Flaquer Scartezzini	RSTJ 30/117
HC	1.027-DF	Rel. Min. Flaquer Scartezzini	RSTJ 30/119

HC	1.053-PE	Rel. Min. Vicente Cernicchiaro	RSTJ 30/121
HC	1.057-DF	Rel. Min. Flaquer Scartezzini	RSTJ 30/124
RHC	1.068-SP	Rel. Min. Costa Lima	RSTJ 30/127
HC	1.076-DF	Rel. Min. José Cândido	RSTJ 30/133
RHC	1.565-RS	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 30/136
RHC	1.594-SP	Rel. Min. José Cândido	RSTJ 30/140
RHC	1.706-RJ	Rel. Min. José Cândido	RSTJ 30/145
RHC	1.803-CE	Rel. Min. Costa Leite	RSTJ 30/148

MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RMS	175-PB	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 30/155
Arg.Inc.-RMS	307-SP	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 30/160
RMS	310-RJ	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 30/183
RMS	602-RJ	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 30/194
MS	756-DF	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 30/209
RMS	882-RS	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 30/219
RMS	983-RS	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 30/230
MS	990-DF	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 30/235
MS	1.031-DF	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 30/240
MS	1.034-0-DF	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 30/244
MS	1.067-DF	Rel. Min. Gomes de Barros	RSTJ 30/250
MS	1.233-DF	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 30/260
RMS	1.275-RJ	Rel. Min. Gomes de Barros	RSTJ 30/277

RECURSO ESPECIAL — EMBARGOS EM RECURSO ESPECIAL E AGRAVO REGIMENTAL

REsp	278-PR	Rel. Min. Assis Toledo	RSTJ 30/287
REsp	1.730-SP	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 30/292
REsp	1.993-SP	Rel. Min. Assis Toledo	RSTJ 30/296
REsp	2.152-RJ	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 30/300
REsp	4.393-CE	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 30/305
REsp	5.407-RJ	Rel. Min. Costa Lima	RSTJ 30/309
EDcl no REsp	5.584-SP	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 30/314
AgRg nos EREsp	5.669-SP	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 30/319
REsp	6.059-SP	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 30/322
REsp	6.114-SP	Rel. Min. Athon Carneiro	RSTJ 30/328
EREsp	6.854-RJ	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 30/341
REsp	7.300-MG	Rel. Min. Cláudio Santos	RSTJ 30/351
REsp	8.127-RS	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 30/355
REsp	8.249-SP	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 30/375
REsp	8.970-SP	Rel. Min. Gomes de Barros	RSTJ 30/378
REsp	8.982-BA	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 30/404
REsp	9.173-SP	Rel. Min. Cláudio Santos	RSTJ 30/409

REsp	9.223-SP	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 30/412
REsp	9.307-MG	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 30/419
REsp	9.393-SP	Rel. Min. Sálvio de Figueiredo	RSTJ 30/422
REsp	9.648-RJ	Rel. Min. Eduardo Ribeiro	RSTJ 30/428
REsp	9.906-RJ	Rel. Min. Eduardo Ribeiro	RSTJ 30/433
REsp	9.975-SP	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 30/439
REsp	10.442-RO	Rel. Min. Vicente Cernicchiaro	RSTJ 30/446
REsp	10.485-MG	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 30/450
REsp	11.070-SP	Rel. Min. Carlos Thibau	RSTJ 30/456
REsp	11.112-RS	Rel. Min. Cláudio Santos	RSTJ 30/461
REsp	11.368-DF	Rel. Min. Sálvio de Figueiredo	RSTJ 30/465
REsp	12.129-RJ	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 30/470
REsp	12.610-MT	Rel. Min. Athos Carneiro	RSTJ 30/474
REsp	13.034-RJ	Rel. Min. Athos Carneiro	RSTJ 30/483
REsp	13.375-RJ	Rel. Min. Vicente Cernicchiaro	RSTJ 30/492
REsp	13.444-SP	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 30/500
REsp	13.959-SP	Rel. Min. Dias Trindade	RSTJ 30/504
REsp	14.015-SC	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 30/507
REsp	14.326-RS	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 30/512
REsp	14.732-SP	Rel. Min. Sálvio de Figueiredo	RSTJ 30/518
REsp	14.746-SP	Rel. Min. Dias Trindade	RSTJ 30/525
REsp	14.878-SP	Rel. Min. Eduardo Ribeiro	RSTJ 30/529
REsp	15.247-RJ	Rel. Min. Dias Trindade	RSTJ 30/533
REsp	15.275-SP	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 30/542



A

- Cv Ação consignatória em pagamento. Busca e apreensão. Alienação fiduciária. REsp 13.959-SP. RSTJ 30/504.
- PrCv Ação de indenização. Princípio da identidade física do juiz. CPC, art. 132. REsp 13.444-SP. RSTJ 30/500.
- PrCv Ação indenizatória. Morte por acidente. Alegação de ilegitimidade ativa: concubina e filhos. REsp 9.648-RJ. RSTJ 30/428.
- PrCv Ação popular. Litisconsórcio passivo necessário. Atos administrativos. Dinheiro público. Tribunal de Contas. Doações feitas por Governador de Estado. REsp 8.970-SP. RSTJ 30/378.
- Cv Ação renovatória. Locação. Curso no período de férias. Súmula nº 07-STJ. Súmula nº 283-STJ. Súmula nº 485-STJ. REsp 10.485-MG. RSTJ 30/450.
- PrCv Ação rescisória. Interesse da União. Competência. CC 994-RJ. RSTJ 30/56.
- PrCv Ação rescisória. Litisconsórcio necessário. CEF. Competência. Tribunal Regional Federal. CC 1.968-ES. RSTJ 30/66.
- Cv Acidente do trabalho. Indenização. Dano moral e dano material. Súmula nº 229-STF. REsp 13.034-RJ. RSTJ 30/483.
- Adm Advogado. Direito de acesso a repartições públicas. Lei nº 4.215/63, art. 89, VI, c. RMS 1.275-RJ. RSTJ 30/277.
- PrPn Advogado substabelecido na 2ª instância. Falta de intimação. Apelação. Nulidade. HC 865-SP. RSTJ 30/101.
- PrPn Agravamento da pena. Recurso. Assistente de acusação. REsp 13.375-RJ. RSTJ 30/492.
- PrCv Agravo de instrumento. Ausência de peça obrigatória. REsp 9.307-MG. RSTJ 30/419.

- PrCv Agravo de instrumento. Recurso cabível. Exclusão do co-réu. REsp 14.878-SP. RSTJ 30/529.
- PrCv Alegação de coisa julgada. Prova. Retrovenda. Súmula nº 07-STJ. AgRg no Ag 7.953-MG. RSTJ 30/17.
- PrPn Alegações finais. Defensor não habilitado. Cerceamento de defesa. Nulidade. *Habeas corpus*. RHC 537-SP. RSTJ 30/79.
- Cv Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Ação consignatória em pagamento. REsp 13.959-SP. RSTJ 30/504.
- PrCv Alimentos provisórios. Arbitramento. Recurso cabível. REsp 4.393-CE. RSTJ 30/305.
- Trbt Alíquota. Redução. Importação. Decreto-lei nº 2.433/88. REsp 14.015-SC. RSTJ 30/507.
- Ct Anistia. Militar. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 8º. MS 756-DF. RSTJ 30/209.
- Adm Anistia penal. Anistia política. Promoção de beneficiário de anistia. ADCT, art. 8º. MS 1.067-DF. RSTJ 30/250.
- Adm Anistia política. Anistia penal. Promoção de beneficiário de anistia. ADCT, art. 8º. MS 1.067-DF. RSTJ 30/250.
- Cv Anulação. Registro civil. Nascimento. Legitimidade para propor ação. REsp 6.059-SP. RSTJ 30/322.
- PrCv Apelação. Efeitos. Sentença exonerativa de alimentos. REsp 9.393-SP. RSTJ 30/422.
- PrPn Apelação. Nulidade. Advogado substabelecido na 2ª instância. Falta de intimação. HC 865-SP. RSTJ 30/101.
- PrCv Arbitramento. Alimentos provisórios. Recurso cabível. REsp 4.393-CE. RSTJ 30/305.
- PrPn Assistente de acusação. Recurso. Agravamento da pena. REsp 13.375-RJ. RSTJ 30/492.
- Adm Ato administrativo. Anulação pela administração. Apreciação pelo Judiciário. Matéria controvertida, reclamando exame de provas. RMS 882-RS. RSTJ 30/219.
- Ct Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 8º. Anistia. Militar. MS 756-DF. RSTJ 30/209.
- Adm Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 8º. Anistia política. Anistia penal. Promoção de beneficiário de anistia. MS 1.067-DF. RSTJ 30/250.
- PrCv Atos administrativos. Ação popular. Litisconsórcio passivo necessário. Dinheiro público. Tribunal de Contas. Doações feitas por Governador de Estado. REsp 8.970-SP. RSTJ 30/378.

B

- Adm Botijões de gás. Preços diferenciados. Legalidade do ato. Portaria nº 419, de 30-05-91. Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento. MS 1.031-DF. RSTJ 30/240.
- Cv Busca e apreensão. Ação consignatória em pagamento. Alienação fiduciária. REsp 13.959-SP. RSTJ 30/504.

C

- PrCv Caixa Econômica Federal. Litisconsórcio necessário. Ação rescisória. Competência. Tribunal Regional Federal. CC 1.968-ES. RSTJ 30/66.
- PrCv Causa decidida em última instância. Intimação. Omissão do nome do advogado. Nulidade. Recurso provido. REsp 9.173-SP. RSTJ 30/409.
- PrPn Cerceamento de defesa. Defensor não habilitado. Alegações finais. Nulidade. *Habeas corpus*. RHC 537-SP. RSTJ 30/79.
- PrCv CLT, art. 651. Reclamação trabalhista. Competência. CC 846-MG. RSTJ 30/47.
- PrPn Cocaína. Éter e acetona. Tóxicos. RHC 545-RO. RSTJ 30/87.
- PrCv Código de Processo Civil, art. 47. Litisconsortes necessários. Falta de citação. Nulidade do processo. RMS 983-RS. RSTJ 30/230.
- PrCv Código de Processo Civil, art. 132. Princípio da identidade do juiz. Ação de indenização. REsp 13.444-SP. RSTJ 30/500.
- PrCv Código de Processo Civil, art. 535. Embargos de declaração. Natureza. REsp 9.223-SP. RSTJ 30/412.
- PrCv Competência. Falsificação. Documento de identidade militar. CC 2.405-SP. RSTJ 30/73.
- PrPn Competência. *Habeas corpus* de ofício. Crime comissivo por omissão. Caracterização. REsp 8.127-RS. RSTJ 30/355.
- PrCv Competência. Interesse da União. Ação rescisória. CC 994-RJ. RSTJ 30/56.
- PrCv Competência. Reclamação trabalhista. CLT, art. 651. CC 846-MG. RSTJ 30/47.
- PrCv Competência. Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado. CC 859-SP. RSTJ 30/51.
- PrCv Competência. Tribunal Regional Federal. Ação rescisória. Litisconsórcio necessário. CEF. CC 1.968-ES. RSTJ 30/66.
- PrCv Competência residual. Reclamação trabalhista. Medida cautelar. CC 1.309-RS. RSTJ 30/62.

- PrPn Concomitância com outro recurso. *Habeas corpus*. HC 1.053-PE. RSTJ 30/121.
- Cm Concordata preventiva. Contrato de câmbio. Restituição de adiantamento. Lei nº 4.728/65, art. 75, § 3º. REsp 6.114-SP. RSTJ 30/328.
- PrCv Concordata preventiva. Recurso especial. Efeito suspensivo. Medida cautelar (liminar). AgRg na Pet 143-SP. RSTJ 30/33.
- PrCv Concubina e filhos. Ilegitimidade ativa. Alegação. Ação indenizatória. Morte por acidente. REsp 9.648-RJ. RSTJ 30/428.
- Cv Concubinato. Serviços prestados pela mulher. Indenização. REsp 14.746-SP. RSTJ 30/525.
- PrPn Concurso material de crimes. Condenado por uso de tóxico e lesão corporal. Prisão domiciliar. Pedido. HC 1.076-DF. RSTJ 30/133.
- PrPn Concurso material entre o delito de associação e o delito de tráfico. REsp 1.993-SP. RSTJ 30/296.
- Ct Concurso público. Limite de idade. CF/88. REsp 8.982-BA. RSTJ 30/404.
- Ct Condenação penal. Perda de bens. FUNCAB. Inconstitucionalidade de lei. REsp 10.442-RO. RSTJ 30/446.
- PrPn Condenado por uso de tóxico e lesão corporal. Concurso material de crimes. Prisão domiciliar. Pedido. HC 1.076-DF. RSTJ 30/133.
- PrCv Conexão. Preclusão. Uniformização de jurisprudência. Imóvel não loteado. Prestações. Juros e multa. REsp 9.906-RJ. RSTJ 30/433.
- Cv Construção. Incorporação. Demolição. Cláusula penal. REsp 12.129-RJ. RSTJ 30/470.
- Cm Contrato de câmbio. Concordata preventiva. Restituição de adiantamento. Lei nº 4.728/65, art. 75, § 3º. REsp 6.114-SP. RSTJ 30/328.
- Cv Contrato consigo mesmo. Mandato. Mutuário. REsp 11.112-RS. RSTJ 30/461.
- Cv Contrato de transmissão de programas de TV. Natureza jurídica. REsp 15.247-RJ. RSTJ 30/533.
- Adm Correção monetária. Lei nº 7.738/89. Títulos da Dívida Agrária. Imposto de Renda. Imposto sobre Operações Financeiras. Desapropriação por interesse social. MS 990-DF. RSTJ 30/235.
- PrPn Crime comissivo por omissão. Caracterização. *Habeas corpus* de ofício. Competência. REsp 8.127-RS. RSTJ 30/355.
- Pn Crime contra a honra. Retratação. HC 931-MG. RSTJ 30/113.
- Cv Curso no período de férias. Ação renovatória. Locação. Súmula nº 07-STJ. Súmula nº 283-STJ. Súmula nº 485-STF. REsp 10.485-MG. RSTJ 30/450.

D

- Cv Dano material e dano moral. Indenização. Acidente do trabalho. Súmula nº 229-STF. REsp 13.034-RJ. RSTJ 30/483.
- Cv Dano moral e dano material. Indenização. Súmula nº 229-STF. Acidente do trabalho. REsp 13.034-RJ. RSTJ 30/483.
- Adm Decadência. Mandado de segurança. Energia elétrica. Tarifa. REsp 14.015-SC. RSTJ 30/507.
- PrCv Decisão diversa da pedida. Litigante de má-fé. REsp 15.275-SP. RSTJ 30/542.
- Trbt Decreto-lei nº 2.433/88. Importação. Alíquota. Redução. REsp 14.015-SC. RSTJ 30/507.
- PrPn Defensor não habilitado. Alegações finais. Cerceamento de defesa. Nulidade. *Habeas corpus*. RHC 537-SP. RSTJ 30/79.
- Ct Demissão de oficial de justiça. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Resolução nº 2/76. Argüição de inconstitucionalidade. Arg.Inc. no RMS 307-SP. RSTJ 30/160.
- Cv Demolição. Cláusula penal. Construção. Incorporação. REsp 12.129-RJ. RSTJ 30/470.
- PrPn Denúncia. Inépcia não configurada. RHC 919-PE. RSTJ 30/108.
- PrPn Desaforamento. Júri. REsp 278-PR. RSTJ 30/287.
- Adm Desapropriação por interesse social. Títulos da Dívida Agrária. Correção monetária. Lei nº 7.738/89. Imposto de Renda. Imposto sobre Operações Financeiras. MS 990-DF. RSTJ 30/235.
- PrCv Devedores solidários. Embargos. Execução. REsp 7.300-MG. RSTJ 30/351.
- PrCv Dinheiro público. Tribunal de Contas. Doações feitas por Governador de Estado. Ação popular. Litisconsórcio passivo necessário. Atos administrativos. REsp 8.970-SP. RSTJ 30/378.
- Adm Direito de acesso a repartições públicas. Lei nº 4.215/63, art. 89, VI, c. Advogado. RMS 1.275-RJ. RSTJ 30/277.
- Trbt Divergência não demonstrada. Isenção. GATT. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. AgRg nos EREsp 5.669-SP. RSTJ 30/319.
- PrCv Doações feitas por Governador de Estado. Dinheiro público. Tribunal de Contas. Ação popular. Litisconsórcio passivo necessário. Atos administrativos. REsp 8.970-SP. RSTJ 30/378.
- PrCv Documento de identidade militar. Falsificação. Competência. CC 2.405-SP. RSTJ 30/73.

E

- PrCv Efeito suspensivo. Recurso especial. Medida cautelar (liminar). Concordata preventiva. AgrRg na Pet 143-SP. RSTJ 30/33.
- PrCv Embargos. Devedores solidários. Execução. REsp 7.300-MG. RSTJ 30/351.
- PrCv Embargos de declaração. Natureza. CPC, art. 535. REsp 9.223-SP. RSTJ 30/412.
- Adm Empreendimento imobiliário. Interdição. Meio ambiente. Loteamento. RMS 602-RJ. RSTJ 30/194.
- Adm Energia elétrica. Tarifa. Mandado de segurança. Decadência. REsp 14.015-SC. RSTJ 30/507.
- Ct Entidade sindical. Registro ou arquivamento de atos constitutivos. Mandado de segurança. MS 1.034-0-DF. RSTJ 30/244.
- Pn Estelionato. Previdência Social. Lei nº 3.807/60, art. 155, IV, *a*. REsp 5.407-RJ. RSTJ 30/309.
- PrPn Estupro. Nulidades argüidas. *Habeas corpus*. RHC 1.565-RS. RSTJ 30/136.
- PrPn Éter e acetona. Cocaína. Tóxicos. RHC 545-RO. RSTJ 30/87.
- PrPn Excesso de prazo. Prisão preventiva. *Habeas corpus*. RHC 1.803-CE. RSTJ 30/148.
- PrCv Exclusão do co-réu. Recurso cabível. Agravo de instrumento. REsp 14.878-SP. RSTJ 30/529.
- PrCv Execução. Devedores solidários. Embargos. REsp 7.300-MG. RSTJ 30/351.
- PrCv Execução. Homologação de cálculos. Recurso cabível. REsp 14.732-SP. RSTJ 30/518.
- PrCv Execução. Obrigação de fazer. Termo inicial. REsp 11.368-DF. RSTJ 30/465.
- PrCv Execução fiscal. Leilão. Massa falida. Intimação do síndico. Penhora anterior à falência. Lei nº 6.830/80. REsp 9.975-SP. RSTJ 30/439.
- Pn Extinção da punibilidade. Prescrição. Menoridade. Prova. Sentença. Anulação de ofício. Ausência de multa cumulativa. REsp 1.730-SP. RSTJ 30/292.

F

- PrCv Falsificação. Documento de identidade militar. Competência. CC 2.405-SP. RSTJ 30/73.

- PrCv Falta de citação. Nulidade do processo. Litisconsortes necessários. CPC, art. 47. RMS 983-RS. RSTJ 30/230.
- PrPn Falta de intimação. Advogado substabelecido na 2ª instância. Apelação. Nulidade. HC 865-SP. RSTJ 30/101.
- PrCv Férias forenses. Sentença. REsp 8.249-SP. RSTJ 30/375.
- Trbt Fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e similares. ICM. Incidência. REsp 14.326-RS. RSTJ 30/512.
- Ct FUNCAB. Perda de bens. Condenação penal. Inconstitucionalidade de lei. REsp 10.442-RO. RSTJ 30/446.

G

- Trbt GATT. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Isenção. Divergência não demonstrada. AgRg nos EREsp 5.669-SP. RSTJ 30/319.

H

- PrPn *Habeas corpus*. Alegações finais. Defensor não habilitado. Cerceamento de defesa. Nulidade. RHC 537-SP. RSTJ 30/79.
- PrPn *Habeas corpus*. Concomitância com outro recurso. HC 1.053-PE. RSTJ 30/121.
- PrPn *Habeas corpus*. Estupro. Nulidades argüidas. RHC 1.565-RS. RSTJ 30/136.
- PrPn *Habeas corpus*. Liberdade provisória. Indeferimento. HC 1.027-DF. RSTJ 30/119.
- PrPn *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Excesso de prazo. RHC 1.803-CE. RSTJ 30/148.
- PrPn *Habeas corpus*. Tráfico internacional de entorpecentes. Prisão em flagrante. HC 842-SC. RSTJ 30/96.
- PrPn *Habeas corpus*. Transferência de militar. Ilegalidade. Inexistência. HC 1.057-DF. RSTJ 30/124.
- PrPn *Habeas corpus* de ofício. Competência. Crime comissivo por omissão. Caracterização. REsp 8.127-RS. RSTJ 30/355.
- PrPn Homicídio. Qualificadora não articulada na denúncia. Conhecimento. REsp 11.070-SP. RSTJ 30/456.
- PrCv Homologação de cálculos. Execução. Recurso cabível. REsp 14.732-SP. RSTJ 30/518.
- PrCv Honorários de advogado. Súmula nº 512-STF. Mandado de segurança. RMS 310-RJ. RSTJ 30/183.

I

- PrPn Ilegalidade. Inexistência. Transferência de militar. *Habeas corpus*. HC 1.057-DF. RSTJ 30/124.
- Trbt Importação. Alíquota. Redução. Decreto-lei nº 2.433/88. REsp 14.015-SC. RSTJ 30/507.
- Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Incidência. Fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e similares. REsp 14.326-RS. RSTJ 30/512.
- Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias. GATT. Isenção. Divergência não demonstrada. AgRg nos EREsp 5.669-SP. RSTJ 30/319.
- Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Prestação de serviços. EDcl no REsp 5.584-SP. RSTJ 30/314.
- Adm Imposto sobre Operações Financeiras. Imposto de Renda. Desapropriação por interesse social. Correção monetária. Lei nº 7.738/89. Títulos da Dívida Agrária. MS 990-DF. RSTJ 30/235.
- Adm Imposto de Renda. Imposto sobre Operações Financeiras. Desapropriação por interesse social. Correção monetária. Lei nº 7.738/89. Títulos da Dívida Agrária. MS 990-DF. RSTJ 30/235.
- Ct Inconstitucionalidade. Medida Provisória 153/90. Lei nº 1.521/51, art. 2º, VI. RHC 1.068-SP. RSTJ 30/127.
- Ct Inconstitucionalidade de lei. Condenação penal. Perda de bens. FUNCAB. REsp 10.442-RO. RSTJ 30/446.
- Cv Incorporação. Construção. Demolição. Cláusula penal. REsp 12.129-RJ. RSTJ 30/470.
- Cv Indenização. Acidente do trabalho. Dano moral e dano material. Súmula nº 229-STF. REsp 13.034-RJ. RSTJ 30/483.
- Cv Indenização. Serviços prestados pela mulher. Concubinato. REsp 14.746-SP. RSTJ 30/525.
- PrPn Inépcia não configurada. Denúncia. RHC 919-PE. RSTJ 30/108.
- Adm Interdição. Meio ambiente. Empreendimento imobiliário. Loteamento. RMS 602-RJ. RSTJ 30/194.
- PrCv Interesse da União. Competência. Ação rescisória. CC 994-RJ. RSTJ 30/56.
- Pn Interrupção. Prescrição. Julgamento. Publicação de acórdão. RHC 901-SP. RSTJ 30/104.
- PrCv Intimação. Causa decidida em última instância. Omissão do nome do advogado. Nulidade. Recurso provido. REsp 9.173-SP. RSTJ 30/409.
- Trbt Isenção. GATT. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Divergência não demonstrada. AgRg nos EREsp 5.669-SP. RSTJ 30/319.

J

- Pn Julgamento. Publicação de acórdão. Prescrição. Interrupção. RHC 901-SP. RSTJ 30/104.
- PrPn Júri. Desaforamento. REsp 278-PR. RSTJ 30/287.

L

- Cv Legitimidade para propor ação. Anulação. Registro civil. Nascimento. REsp 6.059-SP. RSTJ 30/322.
- Ct Lei nº 1.521/51, art. 2º, VI. Medida Provisória nº 153/90. Inconstitucionalidade. RHC 1.068-SP. RSTJ 30/127.
- Ct Lei nº 1.533/51, art. 6º. Prova do alegado. Mandado de segurança. AgRg no Ag 15.602-MG. RSTJ 30/22.
- Pn Lei nº 3.807/60, art. 155, IV, a. Estelionato. Previdência Social. REsp 5.407-RJ. RSTJ 30/309.
- Adm Lei nº 4.215/63, art. 89, VI, c. Direito de acesso a repartições públicas. Advogado. RMS 1.275-RJ. RSTJ 30/277.
- Cm Lei nº 4.728/65, art. 75, § 3º. Restituição de adiantamento. Concor-data preventiva. Contrato de câmbio. REsp 6.114-SP. RSTJ 30/328.
- Adm Lei 5.097/88. Vantagens pessoais. Procuradores de Tribunal de Contas Estadual. Mandado de Segurança. RMS 175-PB. RSTJ 30/155.
- PrCv Lei nº 6.830/80. Execução fiscal. Intimação do síndico. Massa falida. Leilão. Penhora anterior à falência. REsp 9.975-SP. RSTJ 30/439.
- PrPn Lei nº 7.210/84. Progressão. Regime fechado. Regime semi-aberto. Saída temporária. RHC 1.706-RJ. RSTJ 30/145.
- PrCv Leilão. Massa falida. Intimação do síndico. Penhora anterior à falência. Execução fiscal. Lei nº 6.830/80. REsp 9.975-SP. RSTJ 30/439.
- PrPn Liberdade provisória. Indeferimento. *Habeas corpus*. HC 1.027-DF. RSTJ 30/119.
- Ct Limite de idade. Concurso público. CF/88. REsp 8.982-BA. RSTJ 30/404.
- PrCv Litigante de má-fé. Decisão diversa da pedida. REsp 15.275-SP. RSTJ 30/542.
- PrCv Litisconsórcio necessário. CEF. Ação rescisória. Competência. Tribunal Regional Federal. CC 1.968-ES. RSTJ 30/66.
- PrCv Litisconsórcio passivo necessário. Ação popular. Atos administrativos. Dinheiro público. Tribunal de Contas. Doações feitas por Governador de Estado. REsp 8.970-SP. RSTJ 30/378.

- PrCv Litisconsortes necessários. CPC, art. 47. Falta de citação. Nulidade do processo. RMS 983-RS. RSTJ 30/230.
- Cv Locação. Ação renovatória. Curso no período de férias. Súmula nº 07-STJ. Súmula nº 283-STJ. Súmula nº 485-STJ. REsp 10.485-MG. RSTJ 30/450.
- Adm Loteamento. Empreendimento imobiliário. Meio ambiente. Interdição. RMS 602-RJ. RSTJ 30/194.

M

- Adm Mandado de segurança. Decadência. Energia elétrica. Tarifa. REsp 14.015-SC. RSTJ 30/507.
- Ct Mandado de segurança. Entidade sindical. Registro ou arquivamento de atos constitutivos. MS 1.034-0-DF. RSTJ 30/244.
- PrCv Mandado de segurança. Honorários de advogado. Súmula nº 512-STF. RMS 310-RJ. RSTJ 30/183.
- Ct Mandado de segurança. Prova do alegado. Lei nº 1.533/51, art. 6º. AgRg no Ag 15.602-MG. RSTJ 30/22.
- Cv Mandato. Mutuário. Contrato consigo mesmo. REsp 11.112-RS. RSTJ 30/461.
- PrCv Massa falida. Intimação do síndico. Leilão. Execução fiscal. Penhora anterior à falência. Lei nº 6.830/80. REsp 9.975-SP. RSTJ 30/439.
- Adm Matéria controvertida, reclamando exame de provas. Apreciação pelo Judiciário. Ato administrativo. Anulação pela administração. RMS 882-RS. RSTJ 30/219.
- PrCv Medida cautelar. Competência residual. Reclamação trabalhista. CC 1.309-RS. RSTJ 30/62.
- PrCv Medida cautelar (liminar). Recurso especial. Efeito suspensivo. Concordata preventiva. AgRg na Pet 143-SP. RSTJ 30/33.
- Ct Medida Provisória nº 153/90. Inconstitucionalidade. Lei nº 1.521/51, art. 2º, VI. RHC 1.068-SP. RSTJ 30/127.
- Adm Meio ambiente. Interdição. Empreendimento imobiliário. Loteamento. RMS 602-RJ. RSTJ 30/194.
- Pr Menoridade. Prova. Sentença. Anulação de ofício. Ausência de multa cumulativa. Extinção da punibilidade. REsp 1.730-SP. RSTJ 30/292.
- Ct Militar. Anistia. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 8º. MS 756-DF. RSTJ 30/209.
- Adm Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento. Portaria nº 419, de 30-5-91. Preços diferenciados. Legalidade do ato. Botijões de gás. MS 1.031-DF. RSTJ 30/240.

- PrPn Morte por acidente. Ação indenizatória. Alegação de ilegitimidade ativa: concubina e filhos. REsp 9.648-RJ. RSTJ 30/428.
- Pn Multa cumulativa. Ausência. Extinção da punibilidade. Prescrição. Menoridade. Prova. Sentença. Anulação de ofício. REsp 1.730-SP. RSTJ 30/292.
- Cv Mutuário. Mandato. Contrato consigo mesmo. REsp 11.112-RS. RSTJ 30/461.

N

- Cv Nascimento. Registro civil. Anulação. Legitimidade para propor ação. REsp 6.059-SP. RSTJ 30/322.
- Cv Natureza jurídica. Contrato de transmissão de programas de TV. REsp 15.247-RJ. RSTJ 30/533.
- PrPn Nulidade. Apelação. Advogado substabelecido na 2ª instância. Falta de intimação. HC 865-SP. RSTJ 30/101.
- PrCv Nulidade. Omissão do nome do advogado. Causa decidida em última instância. Recurso provido. REsp 9.173-SP. RSTJ 30/409.
- PrPn Nulidade de processo criminal. Suposto advogado. Recurso de *habeas corpus*. RHC 1.594-SP. RSTJ 30/140.
- PrPn Nulidades argüidas. Estupro. *Habeas corpus*. RHC 1.565-RS. RSTJ 30/136.

O

- PrCv Obrigação de fazer. Termo inicial. Execução. REsp 11.368-DF. RSTJ 30/465.

P

- PrCv Peça obrigatória. Ausência. Agravo de instrumento. REsp 9.307-MG. RSTJ 30/419.
- PrCv Penhora anterior à falência. Leilão. Massa falida. Intimação do síndico. Execução fiscal. Lei nº 6.830/80. REsp 9.975-SP. RSTJ 30/439.
- Ct Perda de bens. FUNCAB. Condenação penal. Inconstitucionalidade de lei. REsp 10.442-RO. RSTJ 30/446.
- Adm Policial militar. Sentença criminal absolutória. Reintegração. Prescrição. Punição administrativa. REsp 2.152-RJ. RSTJ 30/300.

- Adm Portaria nº 419, de 30-05-91. Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento. Preços diferenciados. Legalidade do ato. Botijões de gás. MS 1.031-DF. RSTJ 30/240.
- PrCv Prazo. Princípio da fungibilidade. Remissão. Recusa cabível. REsp 12.610-MT. RSTJ 30/474.
- PrCv Preclusão. Conexão. Uniformização de jurisprudência. Imóvel não loteado. Prestações. Juros e multa. REsp 9.906-RJ. RSTJ 30/433.
- Adm Preços diferenciados. Botijões de gás. Legalidade do ato. Portaria nº 419, de 30-05-91. Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento. MS 1.031-DF. RSTJ 30/240.
- Ct Prequestionamento. Recurso especial. EREsp 6.854-RJ. RSTJ 30/341.
- Pn Prescrição. Interrupção. Julgamento. Publicação de acórdão. RHC 901-SP. RSTJ 30/104.
- Adm Prescrição. Reintegração. Punição administrativa. Policial militar. Sentença criminal absolutória. REsp 2.152-RJ. RSTJ 30/300.
- Trbt Prestação de serviços. ICMS. EDcl no REsp 5.584-SP. RSTJ 30/314.
- Pn Previdência social. Estelionato. Lei nº 3.807/60, art. 155, IV, *a*. REsp 5.407-RJ. RSTJ 30/309.
- PrCv Princípio da fungibilidade. Prazo. Remissão. Recusa cabível. REsp 12.610-MT. RSTJ 30/474.
- PrCv Princípio da identidade física do juiz. CPC, art. 132. Ação de indenização. REsp 13.444-SP. RSTJ 30/500.
- PrPn Prisão domiciliar. Pedido. Condenado por uso de tóxico e lesão corporal. HC 1.076-DF. RSTJ 30/133.
- PrPn Prisão em flagrante. *Habeas corpus*. Tráfico internacional de entorpecentes. HC 842-SC. RSTJ 30/96.
- PrPn Prisão preventiva. Excesso de prazo. *Habeas corpus*. RHC 1.803-CE. RSTJ 30/148.
- Adm Procuradores de Tribunal de Contas Estadual. Vantagens pessoais. Lei nº 5.097/88. Mandado de segurança. RMS 175-PB. RSTJ 30/155.
- PrPn Progressão. Regime fechado. Regime semi-aberto. Saída temporária. Lei nº 7.210/84, art. 123. RHC 1.706-RJ. RSTJ 30/145.
- Adm Promoção de beneficiário de anistia. Anistia política. Anistia penal. ADCT, art. 8º. MS 1.067-DF. RSTJ 30/250.
- PrCv Prova. Alegação de coisa julgada. Retrovenda. Súmula nº 07-STJ. AgRg no Ag 7.953-MG. RSTJ 30/17.
- Ct Prova do alegado. Mandado de segurança. Lei nº 1.533/51, art. 6º. AgRg no Ag 15.602-MG. RSTJ 30/22.
- Pn Publicação de acórdão. Julgamento. Prescrição. Interrupção. RHC 901-SP. RSTJ 30/104.

Adm Punição administrativa. Reintegração. Prescrição. Policial militar. Sentença criminal absolutória. REsp 2.152-RJ. RSTJ 30/300.

Q

PrPn Qualificadora não articulada na denúncia. Conhecimento. Homicídio. REsp 11.070-SP. RSTJ 30/456.

R

Pv Reajuste de benefício. Proporção ao salário mínimo. MS 1.223-DF. RSTJ 30/260.

PrCv Reclamação trabalhista. CLT, art. 651. Competência. CC 846-MG. RSTJ 30/47.

PrCv Reclamação trabalhista. Competência residual. Medida cautelar. CC 1.309-RS. RSTJ 30/62.

PrPn Recurso. Agravamento da pena. Assistente de acusação. REsp 13.375-RJ. RSTJ 30/492.

PrCv Recurso cabível. Exclusão de co-réu. Agravo de instrumento. REsp 14.878-SP. RSTJ 30/529.

PrCv Recurso cabível. Execução. Homologação de cálculos. REsp 14.732-SP. RSTJ 30/518.

PrCv Recurso especial. Efeito suspensivo. Medida cautelar (liminar). Concordata preventiva. Agrg na Pet 143-SP. RSTJ 30/33.

Ct Recurso especial. Prequestionamento. EREsp 6.854-RJ. RSTJ 30/341.

PrPn Recurso de *habeas corpus*. Nulidade de processo criminal. Suposto advogado. RHC 1.594-SP. RSTJ 30/140.

PrPn Recurso de *habeas corpus*. Transgressão disciplinar. Soldado bombeiro militar. Recurso improvido. RHC 555-RJ. RSTJ 30/91.

PrCv Recusa cabível. Remição. Princípio da fungibilidade. Prazo. REsp 12.610-MT. RSTJ 30/474.

Trbt Redução de alíquota. Importação. Decreto-lei nº 2.433/88. REsp 14.015-SC. RSTJ 30/507.

PrPn Regime fechado. progressão. Regime semi-aberto. Saída temporária. Lei nº 7.210/84, art. 123. RHC 1.706-RJ. RSTJ 30/145.

Ct Registro ou arquivamento de atos constitutivos. Entidade sindical. Mandado de segurança. MS 1.034-0-DF. RSTJ 30/244.

Cv Registro civil. Nascimento. Anulação. Legitimidade para propor ação. REsp 6.059-SP. RSTJ 30/322.

- Adm Reintegração. Prescrição. Punição administrativa. Policial militar. Sentença criminal absolutória. REsp 2.152-RJ. RSTJ 30/300.
- PrPn Rejeição da denúncia. pedido prejudicado. Trancamento de ação penal. HC 986-RJ. RSTJ 30/117.
- PrCv Remição. Recusa cabível. Princípio da fungibilidade. Prazo. REsp 12.610-MT. RSTJ 30/474.
- Cm Restituição de adiantamento. Lei nº 4.728/65, art. 75, § 3º. Concor-data preventiva. Contrato de câmbio. REsp 6.114-SP. RSTJ 30/328.
- Pn Retratação. Crime contra a honra. HC 931-MG. RSTJ 30/113.
- PrCv Retrovenda. Prova. Alegação de coisa julgada. Súmula nº 07-STJ. AgRg no Ag 7.953-MG. RSTJ 30/17.

S

- PrPn Saída temporária. Progressão. Regime fechado. Regime semi-aberto. Lei nº 7.210/84, art. 123. RHC 1.706-RJ. RSTJ 30/145.
- Pv Salário mínimo. Proporção. Reajuste de benefício. MS 1.233-DF. RSTJ 30/260.
- Pn Sentença. Anulação de ofício. Ausência de multa cumulativa. Extinção da punibilidade. Prescrição. Menoridade. Prova. REsp 1.730-SP. RSTJ 30/292.
- PrCv Sentença. Férias forenses. REsp 8.249-SP. RSTJ 30/375.
- Adm Sentença criminal absolutória. Policial militar. Reintegração. Pres-crição. Punição administrativa. REsp 2.152-RJ. RSTJ 30/300.
- PrCv Sentença exonerativa de alimentos. Apelação. Efeitos. REsp 9.393-SP. RSTJ 30/422.
- Cv Serviços prestados pela mulher. Concubinato. Indenização. REsp 14.746-SP. RSTJ 30/525.
- PrPn Soldado bombeiro militar. Transgressão disciplinar. Recurso de *habeas corpus*. Recurso improvido. RHC 555-RJ. RSTJ 30/91.
- PrCv Súmula nº 07-STJ. Retrovenda. Alegação de coisa julgada. Prova. AgRg no Ag 7.953-MG. RSTJ 30/17.
- Cv Súmula nº 07-STJ. Súmula nº 283-STJ. Súmula nº 485-STJ. Loca-ção. Ação renovatória. Curso no período de férias. REsp 10.485-MG. RSTJ 30/450.
- Cv Súmula nº 229-STF. Indenização. Acidente do trabalho. Dano moral e dano material. REsp 13.034-RJ. RSTJ 30/483.
- Cv Súmula nº 283-STJ. Súmula nº 07-STJ. Súmula nº 485-STJ. Loca-ção. Ação renovatória. Curso no período de férias. REsp 10.485-MG. RSTJ 30/450.

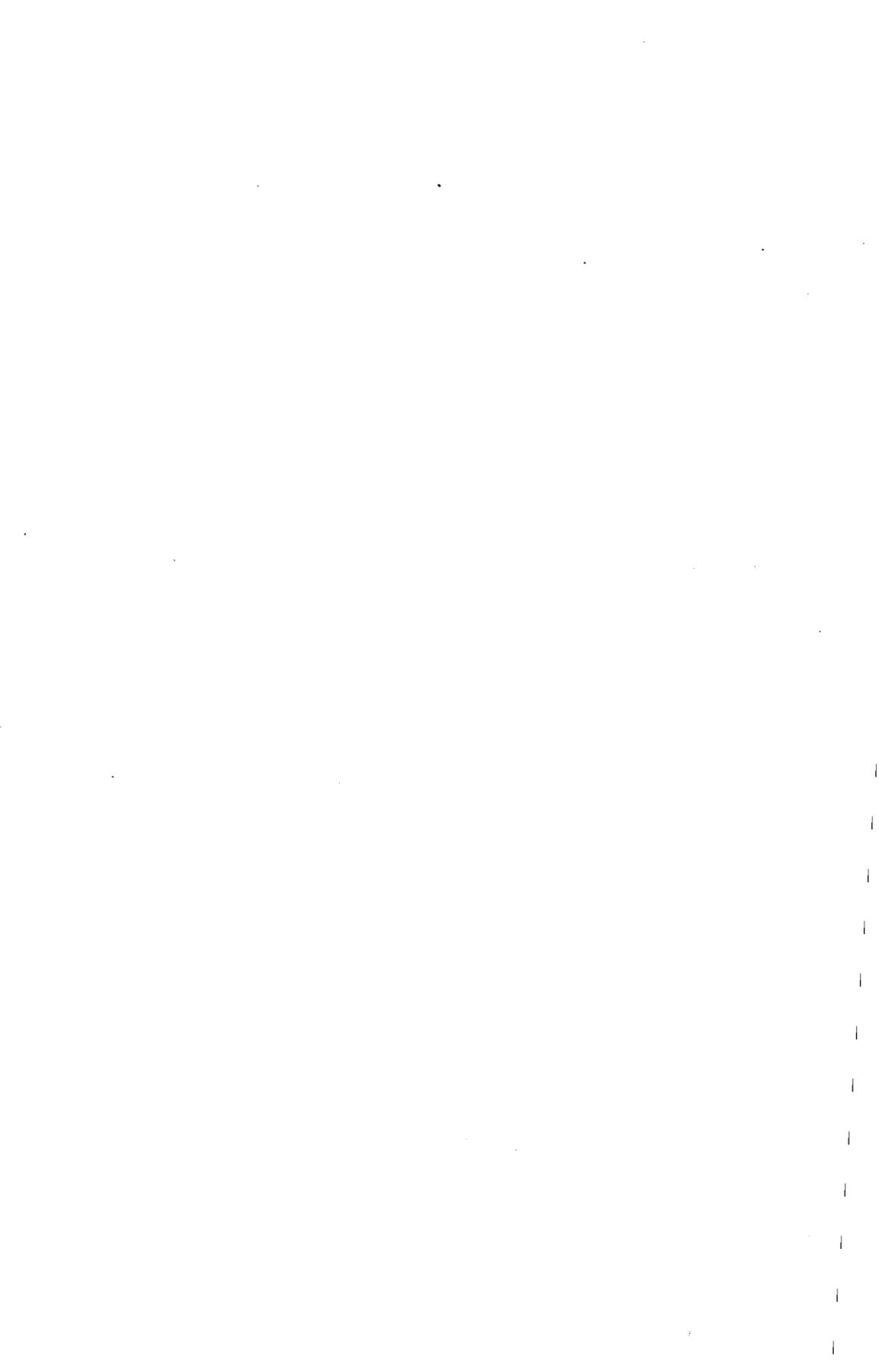
- Cv Súmula nº 485-STJ. Súmula nº 07-STJ. Súmula nº 283-STJ. Locação. Ação renovatória. Curso no período de férias. REsp 10.485-MG. RSTJ 30/450.
- PrCv Súmula nº 512-STF. Honorários de advogado. Mandado de segurança. RMS 310-RJ. RSTJ 30/183.

T

- Adm Tarifa. Energia elétrica. Mandado de segurança. Decadência. REsp 14.015-SC. RSTJ 30/507.
- PrCv Termo inicial. Obrigação de fazer. Execução. REsp 11.368-DF. RSTJ 30/465.
- Adm Títulos da Dívida Agrária. Correção monetária. Lei 7.738/89. Imposto de Renda. Imposto sobre Operações Financeiras. Desapropriação por interesse social. MS 990-DF. RSTJ 30/235.
- PrPn Tóxicos. Cocaína. Éter e acetona. RHC 545-RO. RSTJ 30/87.
- PrPn Tráfico de drogas. Concurso material entre o delito de associação e o delito de tráfico. REsp 1.993-SP. RSTJ 30/296.
- PrPn Tráfico internacional de entorpecentes. *Habeas corpus*. Prisão em flagrante. HC 842-SC. RSTJ 30/96.
- PrPn Trancamento de ação penal. Rejeição da denúncia. Pedido prejudicado. HC 986-RJ. RSTJ 30/117.
- PrPn Transferência de militar. Ilegalidade. Inexistência. *Habeas corpus*. HC 1.057-DF. RSTJ 30/124.
- PrPn Transgressão disciplinar. Soldado bombeiro militar. Recurso de *habeas corpus*. Recurso improvido. RHC 555-RJ. RSTJ 30/91.
- PrCv Tribunal de Contas. Dinheiro público. Doações feitas por Governador de Estado. Ação popular. Litisconsórcio passivo necessário. Atos administrativos. REsp 8.970-SP. RSTJ 30/378.
- Ct Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Resolução nº 2/76. Demissão de oficial de justiça. Arguição de inconstitucionalidade. AI no RMS 307-SP. RSTJ 30/160.
- PrCv Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado. Conflito de competência. CC 859-SP. RSTJ 30/51.

V

- Adm Vantagens pessoais. Procuradores de Tribunal de Contas Estadual. Lei nº 5.097/88. Mandado de segurança. RMS 175-PB. RSTJ 30/155.



DAG GRÁFICA E EDITORIAL LTDA.

Av. N. Senhora do Ó, 1782, tel. 857-6044

Imprimiu

COM FILMES FORNECIDOS PELO EDITOR