

SEGUNDA TURMA

---



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 351-0 — SP  
(Registro nº 90.0002825-6)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Martini e Rossi Ltda.*

Advogados: *Drs. José Carlos Graça Wagner e outros*

Tribunal de Origem: *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*

Impetrado: *Juízo Federal da 2ª Vara em Santos-SP*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Procuradores: *Drs. Rubens Lazzarini e outros*

**EMENTA: Mandado de segurança. Apelação. Efeito devolutivo. Suspensão da medida acoimada de ilegal.**

**I — A apelação da sentença denegatória de segurança tem efeito devolutivo. Só em casos excepcionais de flagrante ilegalidade ou abusividade, ou de dano irreparável ou de difícil reparação, é possível sustarem-se os efeitos da medida atacada no mandamus até o julgamento da apelação.**

**II — Recurso desprovido.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

Brasília, 17 de outubro de 1994 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS,  
Presidente. Ministro ANTÔNIO DE  
PÁDUA RIBEIRO, Relator.

---

Publicado no DJ de 14-11-94.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Martini e Rossi Ltda. impetrou mandado de segurança contra atos da MM. Juíza da 2ª Vara Federal em Santos, consistente em negar efeito suspensivo às apelações interpostas de sentenças denegatórias proferidas em dois mandados de segurança anteriormente ajuizados. Aduziu que obteve liminares nas citadas impetrações para desembaraçar mercadorias importadas, mediante recolhimento do IPI respectivo no prazo previsto para os similares nacionais (Ato Declaratório SRF nº 1, de 7.1.88), que vieram a ser casadas em razão da sentença denegatória dos *writs*. Alegou a ocorrência do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** a justificar o efeito suspensivo pretendido.

Contra o acórdão (fls. 165), denegatório da segurança, manifestou a impetrante o presente recurso ordinário, em que renova e desenvolve a argumentação anteriormente expendida.

Sem contra-razões (fls. 197v.), subiram os autos e, neste Tribunal, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer do Dr. Eduardo Weaver de Vasconcellos Barros, manifestou-se no sentido de que seja negado provimento ao recurso (fls. 200-203).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao de-

negar a segurança, aduziu o voto-condutor o acórdão recorrido (fls. 157):

“No mérito, trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato judicial que, recebendo apelação interposta de sentença denegatória de mandado de segurança, deu-lhe efeito exclusivamente devolutivo.

A doutrina não tem admitido quer o efeito suspensivo na apelação, quer a sobrevida da liminar após a sentença denegatória, ao fundamento principal de que a natureza mandamental da sentença em segurança e a clareza do artigo 12, parágrafo único da Lei nº 1.533/51 afastam tal possibilidade.”

E mais adiante (fls. 158-150):

“Já a jurisprudência tem entendimento pacífico no sentido de que, em decorrência de literal disposição de lei (art. 12, par. único da Lei nº 1.533/51), não cabe efeito suspensivo em apelação interposta de sentença prolatada em mandado de segurança, a não ser em casos excepcionais em que a sentença seja claramente ilegal ou abusiva e geradora de prejuízo irreparável.

A respeito, servem de exemplo os seguintes julgados:

“Mandado de Segurança. Apelação. Efeito simplesmente devolutivo. A admissão de efeito suspensivo só pode ser tole-

rada, excepcionalmente, quando se demonstra que da sua ausência podem ocorrer danos irreparáveis ou de difícil reparação ao postulante. Hipótese em que a concessão do pedido importaria em sacrifício do caráter auto-executório da decisão do *writ*. Impetração não conhecida. Cassada liminar”. (M.S. nº 112.601-DF, Rel. Min. José Cândido, DJU de 30.4.87, pág. 7.676).

“Mandado de Segurança. Recurso de Apelação. Efeitos. Suspensão. Não se prestando o **mandamus** para dar efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto, eis que não se vislumbra dano ameaçado por ilegalidade efetiva ou de difícil reparação, nem se constatando no ato impugnado qualquer ilegalidade, já que em mandado de segurança o efeito é somente devolutivo, dado o caráter urgente e auto-executório da ação mandamental, incabível é o conhecimento da impetração. Pedido não conhecido.” (M.S. nº 104.251-SC, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJU de 6.2.86, pág. 822).

Ora, examinando-se a sentença de 1º grau, que denegou a ordem ao principal fundamento de que são diversos os fatos geradores do IPI na importação e o incidente sobre similares nacionais,

daí decorrendo terem prazos de recolhimento diversos, constata-se que ela não contém nenhuma ilegalidade flagrante ou abusiva causadoras de prejuízo irreparável, sendo antes fruto de convencimento razoável do magistrado a **quo**, cujo mérito não cabe aqui analisar.”

Na verdade, a apelação interposta de sentença denegatória de mandado de segurança é recebida apenas no efeito devolutivo, pretendendo-se em casos com o presente, apenas que se suspenda os efeitos dos atos acoimados de ilegais.

A propósito, diz a Súmula nº 405 — Supremo Tribunal Federal:

“Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.”

A jurisprudência tem admitido temperos quanto à aplicação do citado verbete. Nesse sentido, tenho votado. Todavia, na hipótese, não há divisar, como assinalado no julgado recorrido, que se revistam os atos impugnados de flagrante ilegalidade ou abusividade ou ainda que deles decorram lesão irreparável ou de difícil ou incerta reparação.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 22.436-0 — SP

(Registro nº 92.0011639-6)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Companhia Paulista de Força e Luz — CPFL*

Advogados: *Dr. Jack Izumi Okada e outros*

Recorrido: *José Lino*

Advogados: *Dr. Plínio Cavalcanti de Albuquerque Filho e outros*

**EMENTA: Administrativo. Rede de energia elétrica. Conservação. Responsabilidade da concessionária.**

I — O art. 22 da Lei nº 6.766, de 19-12-79, não teve o condão de transferir para o Município a obrigação de manter e conservar a rede de distribuição de energia elétrica, não inovando, a propósito, o disposto no art. 4º do Decreto-Lei nº 271, de 26-2-67. O referido encargo permanece sendo da responsabilidade da concessionária.

II — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Américo Luz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Brasília, 29 de março de 1995 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,  
Presidente. Ministro ANTÔNIO DE  
PÁDUA RIBEIRO, Relator.

---

Publicado no DJ de 17-04-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial interposto pela Cia. Paulista de Força e Luz — CPFL, com fundamento no art. 105, III, letra a da Constituição Federal, contra o v. acórdão da Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que decidiu ser da sua responsabilidade a manutenção e conservação da rede de distribuição de energia elétrica

existente no loteamento Jardim Alvorada, em Monte Mór-SP, onde o recorrido é proprietário de um terreno.

Alega a recorrente negativa de vigência ao art. 22 da Lei 6.766/79, pois a rede de energia elétrica, como equipamento urbano, após o registro do loteamento no Cartório de Imóveis, passou à propriedade do Município.

Contra-arrazoado (fls. 139-142) o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 144-145), subiu a esta Corte, onde os autos me vieram distribuídos.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Aduziu o acórdão recorrido que, desde o momento em que a ré recebeu os equipamentos e promoveu a ligação da energia elétrica no prédio do autor, cessou a obrigação do loteador de conservar os equipamentos, ainda que por ele instalados, porque passaram ao domínio da recorrente.

Diz a recorrente que não é responsável pela manutenção dos equipamentos, mas sim a Municipalidade, pois a rede de energia elétrica, como equipamento urbano, após o registro no Cartório de Imóveis, passou ao domínio do Município, segundo se depreende do art. 22 da Lei nº 6.766, de 19-12-79. Ao afastar esse entendimento, o aresto do Egrégio Tribunal **a quo** negou vigência ao citado preceito.

No meu entender, a questão foi bem equacionada e decidida no voto do ilustre Desembargador Mello Junqueira, que, a propósito, argumentou (fls. 117-119):

“Nos termos do artigo 175 da Constituição Federal, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob concessão, a prestação de serviços públicos, inclusive, com a obrigação de manter adequado o serviço.

Dentre tais serviços está a energia elétrica.

No caso, o serviço está a cargo da Concessionária Companhia Paulista de Força e Luz.

A lei que regula essa concessão é, ainda, o Decreto 41.019/57.

Em seus artigos 131 e 132, dispõe o diploma legal:

“Art. 131. Os concessionários de serviços de energia elétrica deverão dispor de quadro de pessoal técnico e administrativo legalmente habilitado e em quantidade suficiente para atender aos serviços de operação e conservação das instalações.

Art. 132. A operação e a conservação deverão ser aparelhadas e organizadas de modo a assegurar a continuidade e a eficiência dos fornecimentos, além da segurança das pessoas e a conservação dos bens e instalações nelas empregadas.”

Ainda, dispõe o artigo 178, II deste Decreto que:

“Os concessionários de serviços de energia elétrica incorrerão em multas: II — Se se verificar deficiência de operação ou de conservação das instalações...”.

Assim, não resta dúvida de que à Companhia Paulista, empresa concessionária, incumbe, com exclusividade, a tarefa consistente na manutenção e conservação dos equipamentos e instalações que visam o fornecimento de energia elétrica.

E toda e qualquer delegação, neste sentido, é inoperante, a não ser que persista a responsabilidade originária e legal.

Mais, estão embutidas nas tarifas cobradas as despesas de exploração (art. 165 do Dec. 41.019/57), dentre as quais se explicita a distribuição da energia e administração, sendo certo que na classificação de contas se elenca obrigação de manutenção.

E isto é lógico e natural, porquanto, à semelhança da telefonia, o prestador de um serviço público deve garantir este serviço mantendo sua regularidade, que só ocorrerá com a manutenção da própria rede veiculadora do serviço.

Ante essa legislação, desnecessário um ato formal de transferência da rede física à concessionária, o que se operalizou com o simples recebimento da obrigação de fornecimento de energia.

A discussão a respeito do ponto de entrega da energia, como

bem lembrado pelo ilustre Relator, não beneficia a recorrente.

E que a rede de energia elétrica passa na via pública onde fica a residência do autor, no Jardim Nova Alvorada, no Município de Monte-Mor, e o prédio onde foi ligada a energia elétrica pela ré fica contíguo à via pública. Assim sendo, incide o inciso I do art. 135 do decreto citado que diz que considerado ponto de entrega, entre outros referidos nos demais incisos, quando o prédio for contíguo à via pública, ressalvado o caso do inciso seguinte — Os pontos respectivos ramais no limite da propriedade particular.

Não parece ser o caso do inciso dois do art. 135 porque o prédio do autor não fica afastado da linha tronco de transmissão ou distribuição e os ramais de alimentação estão estabelecidos em via pública.

Não há que se argumentar com lei de parcelamento do solo urbano — 6.766/79, porquanto o disposto no seu art. 22, afirma, apenas, que integram o domínio dos Municípios as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos.

Integram o domínio municipal tão-só, as áreas onde se instalarão os equipamentos urbanos. E área não se confunde ou nela se compreende o equipamento instalado, que por lei anterior é da responsabilidade e manutenção da concessionária.

Neste ponto, a própria apelante aceita o argumento, quando em seu memorial afirma que esta questão foi objeto de inúmeras discussões, manifestando os tribunais responsáveis as concessionárias pela manutenção e conservação das redes de energia elétrica.

Deduz, no entanto, que isto ocorreria até o advento da Lei 6.766/79. Daí para frente o seu artigo 22 modificou a situação, passando a rede elétrica para propriedade do município.

Engano.

Anteriormente a esta lei, já dispunha de forma idêntica o Decreto-Lei 271, de 26 de fevereiro de 1967, em seu artigo 4º, dizendo:

“Desde a data da inscrição do loteamento, passaram a integrar o domínio público de Município as vias e praças e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo”.

A nova lei de parcelamento do solo nada modificou, nem inovou e, portanto, aceita, ainda, a jurisprudência anterior.

A norma legal não dispõe que integra o domínio municipal o

equipamento urbano de energia elétrica. Afirma, apenas, que a área, o solo, é que integrará este domínio público.

Nem se afirma o acessório integrar o principal, porquanto existe outra norma legal a responsabilizar as empresas concessionárias de energia elétrica.

Embora inexista, ainda, o ato formal de incorporação da rede à concessionária, a manutenção dos equipamentos pela só prestação dos serviços, já é de sua responsabilidade, por ordem legal e em decorrência lógica da prestação do serviço continuado.

É de se lembrar o argumento deduzido pelo autor de que, caso procedentes as razões da apelante, a concessionária deveria cobrar englobadamente de todos os condôminos o uso da energia, porquanto o ponto de entrega alcançaria a entrada do loteamento, dado que este, como num todo, seria particular e particular a rede de distribuição.

Nestes termos, pelo meu voto, acompanho os eminentes Desembargadores Relator e Revisor.”

Por se me afigurar correta a aplicação dada pelo julgador recorrido ao preceito legal colacionado pela recorrente, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 28.114 — RJ

(Registro nº 92.0025683-0)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Sérgio Manoel Dutra Neves*

Advogados: *Drs. Marilena Rocha Lovisi e outros*

Recorrida: *Letra S/A Crédito Imobiliário*

Advogados: *Drs. Luiz César Vianna de Giacomo e outros*

**EMENTA:** *Processual Civil. Execução. Devedor citado por edital. Nomeação de curador especial: necessidade. Embargos à execução propostos pelo curador especial: admissibilidade. Precedentes. Recurso especial provido.*

**I —** O juiz deve nomear curador especial ao devedor citado fictamente, e que não compareceu ao processo de execução.

**II —** O curador especial, representante judicial do devedor citado fictamente, pode ajuizar ação de embargos à execução. Inteligência dos arts. 9º, II, 319, 598, 621, 632, 652 e 654, do CPC, do art. 5º do Decreto-Lei n. 4.657/42 e do art. 5º, LV, da CF/88. Aplicação do enunciado n. 9 da Súmula do TACIVRJ.

**III —** Precedente do STF: RE n. 108.073/MG. Precedentes do STJ: REsp n. 35.061/RJ, REsp n. 24.254/RJ, REsp n. 32.623/RJ, REsp n. 37.652/RJ e REsp n. 27.103/RJ. VII — Precedentes do extinto TFR: AC n. 62.202/PR, Ag n. 46.897/GO e Ag n. 40.974/SP.

**IV —** Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Minis-

tros Ari Pargendler, Hélio Mosimann e Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de março de 1997 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS,  
Presidente. Ministro ADHEMAR  
MACIEL, Relator.

Publicado no DJ de 07-04-97.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sérgio Manoel Dutra Alves interpõe recurso especial contra acórdão proferido pelo TACIVRJ em sede de embargos infringentes.

Letra S.A. de Crédito Imobiliário, agente financeiro do Banco Nacional da Habitação, ajuizou execução fundada em título extrajudicial (contrato de hipoteca) contra o ora recorrente.

O juiz de primeiro grau nomeou curador especial ao ora recorrente, devedor citado por edital, e que não compareceu ao processo de execução.

Em seguida, o ora recorrente, representado pelo curador especial, ajuizou embargos à execução.

O juiz de direito extinguiu o processo sem julgamento do mérito, ao fundamento de que o curador especial não tem legitimidade para propor embargos à execução.

Inconformado, o curador especial apelou.

Posteriormente, a 4ª Câmara do TACIVRJ, por maioria de votos, deu provimento à apelação, em acórdão assim ementado:

“Embargos à execução. Executado citado por edital. Legitimação do Curador Especial para oferecer embargos, única forma de defesa viável e que justifica a sua intervenção. Recurso provido” (fl. 44).

Irresignada, Letra S.A. Crédito Imobiliário interpôs embargos infringentes.

O 2º Grupo de Câmaras do TACIVRJ, por maioria de votos, acolheu os embargos infringentes para “restabelecer” a sentença, em aresto assim ementado:

“Embargos à execução.

No processo de execução, ao reverso do que ocorre com o de conhecimento, o devedor é citado para cumprir a obrigação, a teor da regra do art. 652 do digesto processual, e não para se defender, descabendo, por isto, a nomeação de Curador Especial ao executado, citado por editais, providência restrita às lides cognitivas, para garantia do direito de defesa.

Ilegitimidade da Curadoria Especial para integrar o pólo ativo da ação incidental de embargos de devedor” (fl. 90).

Insatisfeito, Sérgio Manoel Dutra Neves, representado por seu curador especial, interpôs recurso especial pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional. Alega que o aresto proferido pelo TACIVRJ contrariou os arts. 9º, II, 598 e 745, todos do CPC. Aduz que o acórdão recorrido está em dissonância com a jurisprudência do STF (RE n. 108.073/MG, relator Ministro Francisco Rezek), do 1º TACIVSP e do TAMG.

Letra S.A. Crédito Imobiliário apresentou contra-razões.

O recurso especial foi admitido na origem.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial, em parecer assim ementado:

*“Recurso especial — Citação por edital — Inércia do devedor — Embargos à execução — Legitimidade de curador especial — Recurso que deve ser provido”* (fl. 113).

Os autos deram entrada nesta Corte em 05/10/92 (fl. 111), e em meu gabinete, em 06/02/97 (fl. 116).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Senhor Presidente, o recurso especial merece prosperar.

Diferentemente do processo de conhecimento, no qual o réu tem a oportunidade de apresentar respostas no bojo da mesma relação jurídica processual, no processo de execução tal não se dá. A ação incidental de embargos do devedor é a única via hábil à sublevação do executado contra a execução que lhe move o credor.

Os que interpretam o art. 9º, II, c/c o art. 319, c/c os arts. 621, 632 e 652, todos do CPC, em sua literalidade, concluem que o curador especial só pode ser nomeado em processo de conhecimento, já que no processo de execução não existe a figura da revelia, por ser o réu citado para satisfazer a obrigação constante do título executivo, e não para apresentar contestação, ou seja, defesa.

No entanto, como bem alerta o Professor **Nelson Nery Júnior**, em

seus “Princípios fundamentais — Teoria Geral dos Recursos”, Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., página 302, “talvez o mais importante dos métodos de interpretação seja o *teleológico*. O direito brasileiro o consagrou expressamente no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil. O intérprete deve observar o sentido finalístico da norma, vale dizer, a justificação social da norma”.

Realmente, a interpretação literal de um dispositivo legal é, por vezes, contrária à finalidade da regra, aos princípios constitucionais que sustentam o ordenamento jurídico, os quais devem prevalecer em face daquele método de interpretação.

É o que ocorre na hipótese dos autos.

A regra inserta no art. 9º, II, do CPC deve ser interpretada em seu sentido finalístico, qual seja, zelar pelos interesses do réu citado por edital, e que não se manifestou nos autos.

Sem dúvida, apesar de não ter comparecido em juízo, o réu, seja no processo de conhecimento ou no de execução, tem constitucionalmente asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88).

Lembro, ainda, que o art. 598 do CPC estabelece que as disposições que regem o processo de conhecimento se aplicam subsidiariamente ao processo de execução, pelo que a regra inserta no art. 9º, II, do CPC também deve ser aplicada aos processos executivos. Nesse sentido é a lição do saudoso Professor **Celso Agrícola Barbi**:

“No processo de execução, qualquer que seja a modalidade do título em que se funde, não é possível, a rigor, falar em revelia, porque o réu é citado para cumprir a obrigação, e não para se defender, uma vez que a lei presume existir o direito comprovado no título.

*Apesar disso, entendemos que se o executado foi citado com hora certa ou por editais e não se defendeu, deve o juiz dar-lhe curador, equiparando-se a falta dos embargos à revelia.*

*Assim pensamos porque o essencial para a interpretação do texto legal não é o conceito de revelia, mas sim a motivação e a finalidade da lei. O motivo da norma legal, como já se disse antes, é não haver certeza de que o réu tenha tomado conhecimento da propositura da ação; e a finalidade é dar-lhe, neste caso, alguma defesa, porque sua omissão reforça a suposição de que ele não ficou ciente da propositura da ação” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, Vol. I, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1991, página 74) (grifei).*

No mesmo sentido é o ensinamento do Professor **Humberto Theodoro Júnior**:

*“Citação executiva por edital — Quando o devedor não é encontrado para cumprimento do mandado executivo, sua citação realizar-se-á por edital (art. 654). Feita a penhora, após o prazo do edital, haverá de ser o devedor intimado, para os efeitos do art. 669. Como*

se trata de pessoa em local ignorado, essa intimação não poderá ser feita pelo oficial após a lavratura do auto de penhora. Outra alternativa não há, senão a de lançar-se mão de outro edital para a intimação.

Só assim a execução poderá ter prosseguimento em seus ulteriores termos, superado o estágio reservado aos embargos do devedor.

*Ao devedor, citado fictivamente por edital, que não oferecer embargos em tempo útil ou que não se fizer representar nos autos da execução, será dado curador especial, nos termos do art. 9º, nº II, já que, também na execução, é configurável a revelia, pelo menos para efeito da curatela à lide” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, Vol. IV, Forense, Rio de Janeiro, 1979, páginas 427 e 428) (grifei).*

Por oportuno, transcrevo os comentários do Professor **Nelson Nery Jr.**:

*“No processo de execução não existe revelia em sentido técnico, porque não há contestação: o devedor é citado para cumprir a obrigação decorrente do título executivo. Não cabe citação com hora certa na execução por quantia certa, pois o CPC 653 estabelece o arresto quando não encontrado o devedor. Quando este for citado por editais e não comparecer ao processo, a ele deve ser dado curador especial, que poderá opor embargos do devedor. Embora com natureza jurídica mista, de ação e de defesa, os embargos são o*

*único meio de defesa colocado à disposição do devedor no processo de execução, de sorte que se tem reconhecido ao curador especial o direito de deduzi-los em defesa do devedor*” (“Código de Processo Civil comentado”, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, página 345) (grifei).

“Embora na execução não se possa falar em revelia em seu sentido técnico, caso o devedor citado fictamente não apresente embargos, a ele deve dar-se curador, pois o essencial para a interpretação do texto comentado não é o conceito estrito de revelia, mas a finalidade e motivação da lei” (“Código de Processo Civil comentado”, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, página 343) (grifei).

A jurisprudência das 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Turmas desta Corte também é no sentido de que o curador especial, representante judicial do devedor citado fictamente, pode ajuizar ação de embargos à execução. Senão vejamos:

*“Processual Civil — Execução — Citação editalícia — Embargos de devedor — Nomeação do curador especial — Lei 5.471/71 — Artigos 9, II, 319, 320, 322 e 601, CPC.*

*1. Afastando-se exegese literal, compreende-se que, embora o executado não seja citado para contestar, mas para impugnar, não comparecendo, no seu significado amplo, viceja a revelia. O curador oficial, com amplitude, admitindo-*

*se que deduza os pontos possíveis. O sistema do Código não se com-padece com a interpretação que restrinja o conceito de revelia.*

*2. ‘A jurisprudência do STJ acolheu entendimento no sentido de que o curador especial (ad litem) tem legitimidade para opor embargos do devedor em execução, onde o executado, citado por edital, remanesce revel. Trata-se, segundo a doutrina, de exigência de defesa do revel pelo curador e tem fundamento no princípio do contraditório, pois não se sabe se ele — o réu revel — não quis contestar ou não pode, ou mesmo não soube da citação’ (REsp 32.623.4/RJ — Rel. Min. Waldemar Zveiter).*

*3. Recurso provido” (REsp n. 35.061/RJ, 1ª Turma do STJ, unânime, relator Ministro Milton Luiz Pereira, publicado no DJU de 17/04/95).*

*“Processual Civil — Embargos do devedor — Curador especial — Legitimidade — Executado citado por edital — Precedentes STJ.*

*— Ao executado, citado por edital, que permanece revel, é dado curador especial com legitimidade para opor embargos do devedor, em atendimento ao princípio do contraditório.*

*— Recurso não conhecido” (REsp n. 24.254/RJ, 2ª Turma do STJ, unânime, relator Ministro Peçanha Martins, publicado no DJU de 13/03/95).*

*“Processual Civil — Legitimidade do curador especial de opor embargos do devedor — Executado citado por edital.*

*I — A jurisprudência do STJ acolheu entendimento no sentido de que o curador especial (ad litem) tem legitimidade para opor embargos do devedor em execução, onde o executado, citado por edital, remanesce revel. Trata-se, segundo a doutrina, de exigência de defesa do revel pelo curador e tem fundamento no princípio do contraditório, pois não se sabe se ele — o réu revel — não quis contestar ou não pôde, ou mesmo não soube da citação.*

*II — Recurso conhecido pela letra c e provido” (REsp n. 32.623/RJ, 3ª Turma do STJ, unânime, relator Ministro Waldemar Zveiter, publicado no DJU de 31/05/93).*

*“Processo Civil. Embargos do devedor. Curador especial.*

*O curador especial tem legitimidade para opor embargos do devedor.*

*Precedentes.*

*Recurso conhecido e provido” (REsp n. 37.652/RJ, 3ª Turma do STJ, unânime, relator Ministro Costa Leite, publicado na RSTJ 57/409).*

*“Execução. Embargos oferecidos pelo curador especial. Legitimidade.*

*O curador especial tem legitimidade para opor embargos à execução.*

*Precedentes do STJ.*

*Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 27.103/RJ, 4ª Turma do STJ, unânime, relator Ministro Barros Monteiro, publicado no DJU de 28/02/94).*

*“— Execução. Embargos do devedor. Curador especial.*

*— O curador especial está legitimado a opor embargos à execução de devedor citado por edital.*

*— Recurso conhecido e provido” (REsp n. 38.662/RJ, 4ª Turma do STJ, unânime, relator Ministro Torreão Braz, publicado no DJU de 09/05/94).*

Nesse sentido também era a jurisprudência predominante no Tribunal Federal de Recursos, conforme restou assentado no julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência, suscitado no Agravo de Instrumento n. 41.165. Por oportuno, invoco valiosos precedentes daquela extinta Corte:

*“— O curador especial tem legitimidade para embargar execução” (Apelação Cível n. 62.202/PR, 6ª Turma do extinto TFR, unânime, relator Ministro Torreão Braz, publicado na RTFR 122/102).*

*“Processual Civil. Execução fiscal. Curador especial.*

*I — Em respeito ao princípio do contraditório torna-se impositiva a presença do Curador, quando o executado não atende à citação editalícia” (Agravo de Instrumento n. 46.897/GO, 6ª Turma do extinto TFR, por maioria, relator designado para o acórdão Ministro Eduardo Ribeiro, publicado na RTFR 133/29).*

*“Execução hipotecária — CEF — Executado Revel. Nomeação de Curador à lide (art. 9º, II, do CPC). Legalidade do respectivo*

despacho que aplicou regra cogente, de ordem pública.

Agravo improvido” (Agravo de Instrumento n. 40.974/SP, 6ª Turma do extinto TFR, por maioria, relator Ministro Américo Luz, publicado na RTFR 73/9).

O STF também já se pronunciou sobre o tema, em acórdão assim ementado:

*“Curador especial. Processo de execução. Executado que não atende à citação-edital.*

*É devida a nomeação de curador especial ao executado que citado por edital não comparece a juízo. Doutrina.*

*Mérito do acórdão recorrido, que deve subsistir”* (RE n. 108.073/MG, 2ª Turma do STF, unânime, relator Ministro Francisco Rezek, publicado no DJU de 27/03/87).

Por fim, lembro que o acórdão proferido pelo TACIVRJ em grau de

infringentes contraria a própria Súmula daquela Corte, conforme se apreende do enunciado n. 9:

*“É obrigatória a nomeação do curador especial, nas hipóteses do art. 9º do Código de Processo Civil, o qual tem legitimidade para opor embargos à execução”.*

Em suma, Senhor Presidente, o curador especial, representante judicial do devedor citado fictamente, pode ajuizar ação de embargos à execução.

Com essas considerações, conheço do recurso especial, e dou-lhe provimento para “restabelecer” o acórdão proferido em grau de apelação (fls. 43/45).

Determino seja enviada cópia do presente acórdão à Comissão de Jurisprudência do STJ, a fim de que seja apreciada a conveniência da edição de Súmula acerca da matéria.

É como voto.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 56.791 — SP

(Registro nº 94.0034963-7)

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Maciel

Recorrente: Cantareira S/A Distribuidora de Veículos

Advogados: Drs. Ivar Luiz Nunes Piazzeta e outros

Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo

Advogados: Drs. Mônica de Melo e outros

**EMENTA:** *Processual Civil. Processo de mandado de segurança. Embargos infringentes: inadmissibilidade. Aplicação da orientação consubstanciada na Súmula n. 169 do STJ. Ressalva do ponto de vista do relator. Recurso especial: intempestivo. Recurso não conhecido.*

**I** — A Corte Especial do STJ, em consonância com a orientação consubstanciada no enunciado n. 597 da Súmula do STF, agasalhou a tese de que não cabem embargos infringentes contra acórdão não-unânime proferido em processo de mandado de segurança. Ressalva do ponto de vista do relator.

**II** — A interposição de recurso incabível não suspende ou interrompe o prazo para a apresentação do recurso próprio, bem como não tem o condão de impedir o trânsito em julgado do acórdão inadequadamente impugnado.

**III** — Recurso especial não conhecido.

## ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Ari Pargendler, Antônio de Pádua Ribeiro, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de dezembro de 1996 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

---

Publicado no DJ de 03-02-97.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Cantareira Distribuidora de Veículos Ltda. interpõe recurso especial contra acórdão proferido pelo TJSP.

2. A ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Delegado Regional Tributário da Grande São Paulo. Requereu a concessão do *writ* para poder recolher o ICMS relativo à importação de mercadorias do exterior pelo regime de apuração mensal.

3. O juiz de primeiro grau denegou a segurança.

4. Inconformada, a ora recorrente apelou.

Posteriormente, a 14ª Câmara Civil do TJSP, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, ao fundamento de que o ICMS referente à importação de mercadorias do

exterior é devido quando do desembaraço aduaneiro.

5. Irresignada, a ora recorrente interpôs embargos infringentes, os quais foram liminarmente indeferidos pelo relator do acórdão embargado, ao fundamento de que “incabíveis de acórdão que, em mandado de segurança, decide por maioria de votos a apelação” (fls. 136).

6. Não se dando por vencida, Cantareira Ltda. interpõe recurso especial fundado na alínea **b** do permissivo constitucional. Alega que TJSP julgou válido o art. 2º, V, da Lei paulista n. 6.374/89, o qual é contestado em face do art. 1º, II, do Decreto-lei n. 406/68. Invoca em seu prol o acórdão proferido por esta Corte quando do julgamento do REsp n. 14.777/SP. Requer seja dado provimento ao recurso.

7. A recorrida apresentou contra-razões, argüindo preliminar de intempestividade do especial.

8. O Ministério Público do Estado de São Paulo opinou pelo acolhimento da preliminar de intempestividade do especial, visto que “a interposição dos descabidos embargos infringentes não pode ter o condão de interromper o prazo recursal”.

9. O recurso especial foi admitido na origem.

10. Recebi os autos em meu gabinete em 10/07/96 (fls. 175) e pedi dia em 05/08/96 (fl. 175).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Sr. Presidente,

em primeiro lugar aprecio a preliminar de intempestividade do especial, argüida pela Fazenda do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

“De fato, o acórdão recorrido foi publicado em 03/05/94, conforme consta de fls. 131, e a recorrente — Cantareira Distribuidora de Veículos Ltda. — somente interpôs o recurso em 03/06/94, conforme protocolo de fls. 138. Assim decorreram praticamente 30 dias da publicação do v. acórdão recorrido.

Nem se alegue que houve a interposição de embargos infringentes que haveriam suspenso o prazo, uma vez que estes sequer foram conhecidos, uma vez que são incabíveis em sede de mandado de segurança.

Do exposto, o recurso sequer pode ser conhecido” (fl. 149).

*Em 05/08/96 elaborei o seguinte voto:*

O art. 530 do CPC estabelece que “cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação”.

O **caput** do art. 12 da Lei n. 1.533/51, com a redação dada pelo art. 3º da Lei n. 6.014, de 27/12/73, estabelece que “da sentença, negando ou concedendo o mandado, cabe apelação”.

Como a Lei n. 6.014/73, a qual “adapta o Código de Processo Civil às leis que menciona” (Lei n. 1.533/51, arts. 12 e 13), veio dar cumprimento ao art. 1.217 do CPC de 1973, o qual estabelece que “ficam mantidos os recursos dos processos regulados

em leis especiais e as disposições que lhes regem o procedimento constantes do Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, até que seja publicada a lei que os adaptará ao sistema deste Código”, não vejo como deixar de aplicar o art. 530 do CPC aos processos de mandado de segurança.

Assim o é porque a Lei n. 6.014/73 fixou a *apelação* como o recurso cabível contra a sentença proferida em ação de mandado de segurança (art. 3º da referida lei). E como de acórdão não-unânime proferido em apelação cabe o recurso de embargos infringentes (art. 530 do CPC), é cabível, por consequência, o recurso de infringentes contra o acórdão proferido por maioria de votos em apelação oriunda de processo de mandado de segurança.

Basta, a meu ver, uma simples leitura da legislação trazida a lume em 1973, a qual reformulou todo o sistema recursal do nosso direito processual civil. Se a lei (Lei n. 6.014/73) que adapta o processo do mandado de segurança ao novo CPC quisesse impedir a aplicação do art. 530 do Código, teria feito expressamente. Se não o fez, não cabe ao intérprete impedir que as partes façam uso do mencionado meio impugnativo, sob pena de contrariedade aos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

Como o STF estabeleceu no Enunciado n. 597 de sua Súmula que “não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu, por maioria de vo-

tos, a apelação”, alguns doutrinadores (a minoria) e alguns tribunais, inclusive esta Corte, se curvaram a essa orientação.

No entanto, como já dito, prefiro a orientação consubstanciada na conclusão XLIII do Simpósio de Direito Processual Civil realizado em Curitiba/PR, em outubro de 1975, **in verbis**:

“Cabem embargos infringentes do acórdão, não unânime, que julga apelação em processo de mandado de segurança”.

Nesse sentido é a lição do saudoso Professor **Celso Agrícola Barbi**, **in verbis**:

“Embargos infringentes em apelação no direito atual — O Código de Processo Civil de 1973 simplificou o nome do recurso para “embargos infringentes” e, no art. 530, fixou o seu cabimento no mesmos termos do art. 883 do Código anterior, dispondo que “cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória”.

“Aparentemente, não houve modificação no sistema desse recurso, mas, na realidade, houve, e substancial. É que, no direito revogado, o agravo de petição, contra cujo julgamento não se admitiam embargos infringentes, era largamente empregado. Nos procedimentos, isto é, aquelas que punham termo ao processo sem decisão do mérito (art. 846). E, em

vários procedimentos regidos por leis especiais, ele era o único recurso cabível contra a sentença final, houvesse ou não julgamento do mérito, **v.g.**, nos processos de mandado de segurança, de acidente do trabalho, de executivo fiscal etc.

“Assim, nesse sistema, a sentença que julgava o mérito das causas reguladas pelo Código era apelável, e se, no julgamento da apelação, a decisão fosse por maioria de votos, havia lugar para os embargos. Enquanto isso, a sentença que julgava o mérito do mandado de segurança, de acidente de trabalho etc., era passível de agravo de petição; e no julgamento deste, mesmo que a decisão fosse por maioria de votos, não seria ela embargável.

“No Código de 1973 desapareceu o agravo de petição, cabendo apelação da sentença que puser termo ao processo, com ou sem julgamento do mérito, como se vê no art. 513, e da remissão por ele feita aos arts. 267 e 269.

“A Lei n. 6.014, de 27.12.73, em seu art. 3º, deu nova redação ao art. 12 da Lei n. 1.533, o qual agora dispõe que “da sentença, negando ou concedendo o mandado, cabe apelação”.

Ora, como os embargos infringentes, nos termos do art. 530 do Código, são cabíveis contra decisão não unânime proferida em apelação, ressurgiu o problema de saber se esses embargos são cabíveis quando a apelação, julgada

por maioria de votos, for em processo de mandado de segurança.

“O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 27.10.79, no julgamento do RE 83.246, decidiu, por maioria de votos, pelo não cabimento dos aludidos embargos infringentes (**in** RTJ, vol. 80, pág. 185).

“Os argumentos dos votos vencedores são, em resumo, os seguintes: a Lei n. 6.014 não visa a criar em mandado de segurança recurso até então não existente nele; o procedimento do mandado de segurança é totalmente regulado por lei especial, só se lhes aplicando as normas ao Código quando a própria lei o determinar, como fez, **v.g.**, a propósito do litisconsórcio, no seu art. 19; a interposição dos embargos tem efeito suspensivo, o que não se coaduna com a executoriedade imediata que caracteriza a sentença concessiva do mandado de segurança.

“Não nos convencemos da procedência desses argumentos ou de serem eles suficientes para solução do problema.

“Quanto ao da finalidade da Lei n. 6.014, nada indica que ela, ao considerar a apelação como recurso cabível da sentença que decidir mandado de segurança, pretenda excluir outras consequências da inovação. Os embargos infringentes não são recurso com características incompatíveis com o procedimento do mandado de segurança; tanto assim que eles já foram admitidos antes da Lei n.

1.533, por disposição expressa do Código de Processo Civil de 1939. Sua supressão pela Lei n. 1.533 justificava-se, como meio de abreviar o processo, em favor do impetrante, porque este, em caso de derrota no agravo de petição, tinha à mão o recurso ordinário constitucional, para o Supremo Tribunal Federal, que o julgava quanto às questões de fato e de direito.

“Pelo contrário, parece mais adequado entender que o sistema do código, como geral que é, deve aplicar-se aos procedimentos regidos em leis especiais, salvo naquilo em que essas leis dispuserem em contrário ou em que as normas do Código não se coadunarem com as peculiaridades do procedimento regido por aquelas leis.

“O segundo argumento, que é frequentemente invocado para excluir a aplicação de normas do Código ao mandado de segurança, não é também decisivo. Como dissemos acima, o Código contém regras que normalmente devem ser aplicadas a todos os procedimentos. Só por exceção decorrente da lei ou de peculiaridade daqueles procedimentos é que eles não se aplicam a essas ações. Lembre-se a jurisprudência dos nossos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que, após a supressão do recurso ordinário constitucional, passou a admitir o uso do recurso de revista nos mandados de segurança, apesar de a legislação específica não se referir a esse recurso. O argumento para es-

sa admissão era o caráter geral desse recurso, além de sua compatibilidade com o processo do mandado de segurança.

“Quanto ao terceiro argumento, é preciso distinguir quatro hipóteses, para melhor análise: a) a sentença concedeu o mandado, mas foi reformada em apelação; b) a sentença concedeu o mandado e foi confirmada em apelação; c) a sentença negou o mandado e foi confirmada em apelação; d) a sentença negou o mandado, mas este foi concedido na apelação.

“Na hipótese a, os embargos não vão afetar a execução já feita ou em curso, porque eles suspendem os efeitos da apelação e não os da sentença apelada. Esta tinha executoriedade própria, que não se alterou pela interposição e julgamento da apelação e nem pela oposição dos embargos. Nesse sentido é pacífica a doutrina nacional, com relação aos efeitos dos embargos, e tem ele perfeita aplicação ao mandado de segurança (**E. D. Moniz de Aragão**, Embargos Infringentes, págs. 123 e 124).

“Na hipótese b, os embargos não vão afetar a execução da sentença pelos mesmos princípios expostos no tópico acima.

“Na hipótese c, como não houve concessão do mandado em nenhuma oportunidade, não há decisão concessiva a ser executada.

“A hipótese d é que oferece maior complexidade se se entender, de acordo com o ponto de vista da-

queles ilustres ministros que não são admissíveis os embargos, o acórdão de apelação, que concedeu o novo mandado, seria imediatamente exequível. Diz o Min. Decio Miranda que, se se admitirem os embargos, eles suspenderiam a executoriedade imediata, que é da natureza do mandado de segurança.

“Parece-nos, todavia, que não há o dilema posto pelo despacho em análise. O princípio geral do nosso direito processual é, realmente, que os recursos suspendem a execução da sentença.

“Mas, no que tange ao mandado de segurança, desde sua primeira regulamentação em lei ordinária, sempre prevaleceu regra oposta, isto é, a sentença concessível é exequível, apesar da interposição de recurso. Assim está consagrado no art. 10, alínea a, e art. 11 da Lei n. 191, de 16/01/1939; no art. 325, itens I e II, do Código de Processo Civil de 1939; no art. 12 e seu parágrafo único da Lei n. 1.533, de 1952, na sua redação original.

“Vê-se, portanto, que, na construção legislativa do instituto desde a primeira lei, sempre se considerou peculiaridade importante a imediata exequibilidade da sentença concessiva do mandado.

“Dentro dessa orientação pacífica do direito nacional, é correto entender que se o mandado de segurança, negado pelo juiz singular, for concedido pelo tribunal, em grau de apelação e por maioria de

votos, essa decisão seria exequível desde logo, mesmo se opostos, ou oponíveis, embargos infringentes ao acórdão concessivo.

“Outros argumentos podem ainda ser alinhados em favor dessa interpretação. Na doutrina e na jurisprudência relativas ao mandado de segurança, nota-se permanente preocupação em não criar restrições indevidas ao seu uso, porque isto implicaria em dificultar a defesa do cidadão contra ilegalidade do Poder Público.

“Exemplo disso encontra-se na jurisprudência anterior à supressão do recurso ordinário constitucional contra denegação de mandado de segurança pelos tribunais locais ou federais. Essa jurisprudência não admitia recurso de revista no mandado de segurança, especialmente com o argumento de que o impetrante tinha ao seu dispor o aludido recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal, que julgará o caso em sua plenitude.

“No entanto, quando o Ato Institucional n. 6, de 1.2.1969, suprimiu o aludido recurso, ficou restringida a defesa do cidadão porque o agravo de petição, mesmo se julgado por maioria de votos apenas, não ensejava recurso de embargos. A jurisprudência modificou-se, rapidamente, para passar a admitir o recurso de revista no mandado, como meio de propiciar ao impetrante uma oportunidade de reexame da questão, ainda que limitadamente, na instância local. Essa jurisprudência formou-se em

todos os tribunais, inclusive no Supremo, prevalecendo até a supressão do recurso de revista no Código de 1973.

“No fixar essa nova jurisprudência, deve ter pesado no ânimo do intérprete a circunstância de que, em caso de denegação do mandado no julgamento do agravo de petição, ainda que por maioria de votos, o impetrante só tinha a porta estreita do recurso extraordinário.

“Todas essas restrições ao mandado de segurança levam a concluir que o uso dos embargos infringentes contra acórdão que, em apelações, por maioria de votos, julgar mandado de segurança, é de toda conveniência, para eficaz defesa do cidadão, e encontra apoio na lei e nos princípios que regem a espécie.

“Como dissemos mais acima, se na apelação foi concedido o mandado negado pela sentença apelada, os embargos não suspenderão a execução do acórdão embargado. “Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar de bem fundados votos vencidos, orientou-se em sentido contrário ao que defendemos e originou a Súmula n. 597 do seguinte teor: “Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação (**Barbi, Celso Agrícola**, Mandado de Segurança, 1993, págs. 252 a 257).

Também o eminente Professor **Marcos Afonso Borges** defende a

admissibilidade dos embargos infringentes contra acórdão proferido, por maioria de votos, em apelação interposta contra sentença que decidiu mandado de segurança. Senão vejamos:

“Os argumentos acima servem também para a hipótese de mandado de segurança. Aqui o ponto de vista majoritário dos tribunais é pela inadmissibilidade, invocando também a já mencionada Súmula 597 do Supremo Tribunal Federal.

Em lapidar estado sobre o assunto, o prof. **Celso Agrícola Barbi** demonstra o equívoco em que os tribunais têm incorrido, não admitindo o recurso de embargos infringentes em mandado de segurança. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, como já se demonstrou (v. nota 43 deste capítulo), vinha quase que sistematicamente seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão em que foi relator o Des. José Carlos Barbosa Moreira, entendeu admissível o remédio. A tese da admissibilidade, à qual nos filiamos, tendo em vista os ensinamentos dos mestres atrás invocados, conta ainda com a adesão de outros juristas e de tribunais, devendo prevalecer na Justiça do nosso país.” (**Borges, Marcos Afonso**, “Embargos infringentes”, 2ª ed., CEJUP, Belém, 1993, pág. 74).

Após aprofundado estudo sobre o tema, **Arruda Alvim** conclui:

“Se o recurso que cabe, em mandado de segurança, é o de apelação, não há que se cogitar da natureza do tipo ou da finalidade do mandado de segurança, para não se usarem os embargos infringentes. Em sendo o recurso de apelação, e havendo um voto vencido, **ipso facto**, há de se admitir a utilização dos embargos infringentes, no âmbito e na medida daquele voto vencido, isto é, há de se aplicar, sem dúvida alguma, a lei que admite o recurso de embargos infringentes ao mandado de segurança.” (**Arruda Alvim**, “Análise das principais inovações do sistema e da estrutura do Código de Processo Civil”, publicado na RP 3/194).

A respeito do tema, invoco o pronunciamento do Professor **Jacy de Assis**:

“A Súmula 597 é uma restrição injusta e incoerente ao instituto do mandado de segurança, que, mais do que qualquer outra garantia constitucional, precisa encontrar nos Tribunais, e especialmente no Supremo Tribunal Federal, trânsito aberto à sua necessária formulação política e social.” (**Assis, Jacy de**. “Embargos infringentes em mandado de segurança”, publicado na RF 263/66).

Outra não é a orientação de **José Ignácio Botelho de Mesquita, in verbis**:

“Assim, ao contrário do que dispõe a Súmula, entendo cabíveis os

embargos infringentes em Mandado de Segurança” (**Mesquita, José Ignácio Botelho de**. “Mandado de segurança”, 1977, pág. 71).

**Celso Bastos** adverte que “não se pode deixar de, como um corolário necessário dos efeitos jurisdicionais da decisão, admitir que hão de ser cabíveis todos os recursos previstos no Código de Processo Civil para garantia das partes. Daí não ser possível entender-se como alguém possa ficar com um direito absolutamente denegado, com força de coisa julgada, sem que tenha podido fazer valer um recurso que, se fora em via de ação ordinária, lhe seria extensível. Essa é a razão pela qual, como um consectário necessário dos efeitos da própria decisão proferida em mandado de segurança, quer-nos parecer que esta há de ser proferida, sempre, ao depois de esgotados os recursos cabíveis para as ações em geral” (**Bastos, Celso Ribeiro**. “Do mandado de segurança”, Saraiva, 1978, pág. 75).

No mesmo sentido é a lição do Professor **Hely Lopes Meirelles**, como nos dá notícia o eminente Ministro Cunha Peixoto:

“**Hely Lopes Meirelles**, depois de enumerar os recursos estabelecidos pela Lei nº 1.533/51, acrescenta:

‘*Cabem*, ainda, genericamente, os demais recursos contemplados pelo novo Código de Processo Civil (art. 496), desde que no processamento da impetração

venham a ocorrer as situações que os ensejam, a saber, agravo de instrumento, *embargos infringentes* e embargos de declaração, bem como apelação de terceiro prejudicado (C. Pr. Civ., art. 499) e o recurso adesivo (C. Pr. Civ., art. 509).” (RTJ 80/192) (grifei).

Com a mesma linha de raciocínio, **Nelson Nery Júnior** defende que “os recursos previstos no CPC não estão excluídos do sistema da lei de mandado de segurança”. E se insurge contra a Súmula n. 597 do STF lembrando que “a doutrina, no entanto, admite, de modo absolutamente correto, os embargos infringentes no processo de mandado de segurança” (**Nery Júnior, Nelson**. “Princípios fundamentais — Teoria geral dos recursos, editora Revista dos Tribunais, 1990, pág. 61).

Em seus comentários à Súmula n. 597 do STF, o Professor **Roberto Rosas**, após invocar a tese do eminente Ministro Néri da Silveira, bem como os ensinamentos de **Celso Barbi**, **Moniz de Aragão** e **Jacy de Assis**, concluiu que a não-aceitação dos embargos infringentes contra acórdão não-unânime proferido em apelação interposta em processo de mandado de segurança contraria a sistemática recursal atual. Senão vejamos:

“O Código de Processo Civil é o repositório de normas gerais aplicáveis a todos os procedimentos gerais ou especiais, ainda aqueles regulados por leis especiais. Se es-

tas não discrepam da generalidade, logo aplicam-se as normas do CPC (prazos e recursos). A Lei 6.014 adaptou o procedimento do mandado de segurança, quanto ao recurso cabível da decisão de 1º grau — a apelação, e não mais o agravo de petição. Como essa lei não limitou ou regrou a apelação, presume-se que a sede da sua estrutura está no CPC, inclusive o cabimento de outros recursos, da decisão apelada. Não vale a observação de que houve apenas substituição do recurso, mantida a sistemática anterior.” (**Rosas, Roberto**. “Direito sumular”, 7ª ed., Malheiros, 1995, pág. 284).

Por derradeiro, lembro que **Vicente Greco Filho**, “Direito Processual Civil Brasileiro”, 2º vol., página 299; **Seabra Fagundes**, “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, páginas 261/262, nota 91; **José Cretella Júnior**, “Comentários às leis do mandado de segurança”, páginas 243/244; **Othon Sidou**, “**Habeas data**, mandado de injunção, **habeas corpus**, mandado de segurança, ação popular — As garantias ativas dos direitos coletivos”, páginas 300/301; **Sérgio Ferraz**, “Mandado de segurança (individual e coletivo) — Aspectos polêmicos”, páginas 138/139; **Barbosa Moreira**, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V, 6ª ed., Forense, 1993, página 477; e **Sérgio Bermudes**, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VII, 2ª ed., editora Revista dos Tribunais, 1977, páginas 175 e 204, também defendem o cabimento dos

embargos infringentes contra acórdão não-unânime proferido em apelação em processo de mandado de segurança.

Como se vê, a melhor doutrina pátria entende que a orientação consubstanciada na Súmula 597 do STF não merece ser prestigiada.

Finda a abordagem doutrinária, passo a invocar precedentes de alguns dos mais tradicionais tribunais de justiça do país, ou seja, do TJSP, do TJRJ, do TJMG, do TJRS e do 1º TACIVSP.

Em primeiro lugar, transcrevo ementa de acórdão proferido pelo TJRJ, do qual foi relator o Professor José Carlos Barbosa Moreira:

“No processo de mandado de segurança, cabem embargos infringentes contra acórdão não-unânime proferido no julgamento da apelação” (Embargos infringentes na apelação cível n. 5.856, 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, por maioria — 1 voto vencido, relator Desembargador Barbosa Moreira, **in Marcos Afonso Borges**, “Embargos Infringentes”, 1993, pág. 97).

Por oportuno, transcrevo o seguinte trecho do voto-condutor proferido pelo eminente Desembargador Barbosa Moreira:

“Assim, a questão preliminar deve ser equacionada em termos de cabimento ou não-cabimento de embargos infringentes contra julgamento não-unânime de apela-

ção em processo de mandado de segurança...

“2. Segundo o art. 530 do estatuto processual, cabem embargos infringentes contra acórdão proferido por maioria de votos em apelação. A apelação é, hoje, o recurso cabível contra sentença em processo de mandado de segurança: a Lei n. 6.014, de 27 de dezembro de 1974, no art. 3º, deu nova redação ao art. 12 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que previa para a hipótese o agravo de petição, convindo notar que também foi alterado o parágrafo único desse dispositivo, para ajustar-se à nova sistemática processual, em que o antigo recurso **ex officio** se viu substituído pelo reexame obrigatório em segundo grau de jurisdição.

“As regras constantes do Código de Processo Civil constituem o reservatório comum da disciplina de todos os feitos, desde que compatíveis com os diplomas legais extravagantes que lhes tracem o procedimento. Tal princípio já era proclamado pela doutrina sob o regime anterior (**Pontes de Miranda**, Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, 2ª ed., t. 1, pág. 72; **Evandro Gueiros Leite**, Conflitos intercontextuais de processo, 1963, págs. 43 e 100), entre outras excelentes razões porque, a não ser assim, ficariam sem disciplina, nos processos regulados por tais leis, matérias de suma importância, nelas não versadas, como a da capacidade das partes e modos de suprir-lhe a falta, a da contagem de prazos, a

da nulidade de atos processuais etc. Agora, a norma expressa do art. 273 do Código em vigor não deixa margem a qualquer dúvida: 'o procedimento especial e o procedimento sumaríssimo' — ali se diz — 'regem-se pelas disposições gerais do procedimento ordinário', sem que se vislumbre no texto distinção alguma entre procedimentos especiais disciplinados no próprio Código e procedimentos especiais regulados em leis extravagantes.

'Deve, pois, entender-se que a aplicabilidade das regras codificadas aos procedimentos especiais não depende de remissão expressa que a elas façam as leis extravagantes. Tal remissão existe, há de reputar-se meramente explicitante, relacionando-se talvez com o empenho do legislador em preexcluir interpretações que negassem a incidência em determinado ponto específico, quando não sejam, pura e simplesmente, sinal de má técnica legislativa. Da eventual presença da remissão de modo algum se pode extrair, por descabida utilização do argumento **a contrario sensu**, a ilação de que só os dispositivos do Código a que se faz referência na lei extravagante se apliquem ao procedimento especial nela contemplado. O único pressuposto da incidência das regras codificadas é a inexistência, na lei extravagante, de disposições que com elas se choquem, ou, em termos mais genéricos, a incompatibilidade com a sistemática da lei extravagante.

"3. Esses princípios, que são inconcussos, comportam adequada aplicação em matéria de recursos no processo de mandado de segurança. Faleceria qualquer base à suposição de que, em semelhante processo, apenas se possam admitir os recursos mencionados na Lei n. 1.533. Nela não se encontra, por exemplo, alusão sequer implícita aos embargos de declaração, nem remete o seu texto aos arts. 454 e 535 do Código de Processo Civil, que deles tratam. No entanto, jamais se duvidou de que os embargos declaratórios são perfeitamente utilizáveis no processo de mandado de segurança. E, sob a vigência do Código anterior, prevaleceu o entendimento favorável à admissibilidade, nesse processo, do recurso de revista, do qual tampouco se ocupava a Lei n. 1.533. O mesmo se diga, ainda hoje, do agravo de instrumento, sem o qual ficaria inerte, por exemplo, o impetrante vencido em primeiro grau, a quem o Juiz deixasse de receber a apelação ou a julgasse deserta.

"Dispôs o art. 1.217 do Código que ficariam mantidos os recursos dos processos regulados em leis especiais, até que fosse publicada a lei que os adaptaria ao sistema do próprio Código. Sucede que, antes mesmo da entrada deste em vigor, a Lei n. 6.014, conforme assinalado, adaptou o procedimento do mandado de segurança, do ponto de vista dos recursos, ao sistema do estatuto processual de 1973. Substituiu o agravo de petição,

que cabia contra a sentença, pela apelação. Ao fazê-lo, sem qualquer ressalva, submeteu essa apelação ao regime comum, com a possibilidade dos embargos infringentes no caso de decisão não unânime. Se quisesse excluir tal possibilidade, diria a Lei n. 6.014, ao dar nova redação ao art. 12 da Lei n. 1.533: 'Da sentença, negando ou concedendo o mandado, cabe apelação, de cujo julgamento, entretanto, ainda que por simples maioria, não se admitirão embargos infringentes'. Não o fez a Lei n. 6.014, nem o fez, depois, a Lei n. 6.071, que modificou a redação do parágrafo único, para tornar certo que só a sentença concessiva, não a denegatória da segurança, se sujeita necessariamente ao duplo grau de jurisdição. O legislador não podia deixar de ter presente a circunstância de que, no sistema do Código, são embargáveis os julgamentos não-unânicos em grau de apelação; sabia que, substituindo por esta o agravo de petição, daria azo à incidência do art. 530 do Código. Se omitiu a ressalva, há de ser porque estava de acordo com esse resultado, facilmente previsível e probabilissimamente previsto.

"Note-se que as Lei ns. 6.014 e 6.071 vieram adaptar à sistemática do Código a das leis extravagantes; descabe interpretá-las em sentido tal que minimize a adaptação. O que se quis foi tornar o regime da lei extravagante tão próximo quanto possível do regime codificado; qualquer entendi-

mento que, sem base textual, obste a essa aproximação, ou lhe reduza o alcance, deve ser rejeitado como contrário à **mens legis**. A Lei n. 6.014 e a Lei n. 6.071 não se referiram aos embargos infringentes porque não era preciso: colocando a apelação no lugar do agravo, o eventual cabimento dos embargos era a consequência natural e inevitável, que só por disposição expressa se poderia afastar.

"4. À afirmação de que o processo de mandado de segurança se submete ao sistema de recursos do Código de Processo Civil tem-se objetado com argumento relativo aos efeitos da apelação. Esse argumento pode ser assim resumido: o art. 520 do Código atribui à relação, em regra, o duplo efeito, e só a título excepcional o efeito meramente devolutivo. Ora, entre as exceções não está previsto o caso da sentença em mandado de segurança. Logo, se se aplicasse ao processo do mandado de segurança o sistema de recursos do Código, sem restrições, a apelação contra a sentença nele proferida ficaria privada do efeito suspensivo.

"O raciocínio, **data venia**, é equivocado. Sob a vigência da Lei n. 1.533 em sua redação primitiva, o agravo de petição, que era o recurso cabível contra a sentença, no sistema do Código de 1939, tinha efeito suspensivo, e o art. 846 daquele diploma tampouco abria exceção para o mandado de segurança. Foi com base no art. 12 da

Lei n. 1.533 que se firmou a tese da não-suspensividade do agravo. Rezava o texto: 'Da decisão do Juiz, negando ou concedendo o mandado, caberá o recurso de agravo de petição, assegurando-se às partes o direito de sustentação oral perante o tribunal **ad quem**'. E acrescentava o parágrafo único: 'Da decisão que conceder o mandado de segurança recorrerá o Juiz **ex officio**, sem que esse recurso tenha efeito suspensivo'. Foi daí que se tirou, por interpretação sistemática, que também o recurso voluntário de agravo era desprovido de tal efeito.

"Ora, nada impede que se persista em construir do mesmo modo. Na redação atual dada pela Lei n. 6.017, dispõe o parágrafo único do art. 12: 'A sentença, que conceder o mandato, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente'. A cláusula derradeira é equivalente à anterior: quando se diz, aí, que a sentença comporta execução provisória, o que se está a dizer, por outras palavras, é que a sujeição da sentença à revisão necessária em segundo grau, ao contrário do que ordinariamente acontece (CPC, art. 475), não tem a virtude de suspender-lhe a eficácia. Ora, continua a ser válido o argumento que se utilizava sob o antigo regime: se ao agravo de petição não se reconhecia efeito suspensivo por não o ter o recurso **ex officio**, analogamente, tampouco à apelação se reconhecerá daquele efeito, por não o

produzir a submissão ao duplo grau obrigatório de jurisdição. Para atingir semelhante resultado, não seria preciso que o art. 520 do Código incluísse entre as exceções o caso da sentença concessiva da segurança; nem era razoável que a incluísse, já que ali unicamente se cuidou de exceções inerentes ao sistema do próprio Código, sem que isso excluía a existência de outras hipóteses, aliás numerosas, em que a apelação só tem efeito devolutivo, mercê de disposições de leis extravagantes. É claro que a regra codificada não incide quando afastada por tal via. O fenômeno é absolutamente corriqueiro e dispensa maior consideração. De forma alguma autoriza a inferência de que seja inaplicável, em princípio, ao processo do mandado de segurança o sistema de recursos do Código de Processo Civil.

"5. Outro argumento de que às vezes se lança mão, especificamente contra admissibilidade dos embargos infringentes, é o de que, tendo este efeito suspensivo, retardarão o cumprimento do acórdão que, sem unanimidade, haja concedido a segurança. Tal consequência não se harmonizaria com a índole necessariamente expedita do remédio.

"O argumento, **data venia**, só à primeira vista impressiona. Em primeiro lugar, a conclusão vai muito além das premissas, porque o temido risco apenas se justificaria numa única das várias hipóteses concebíveis: a de haver o im-

petrante sucumbido no primeiro grau e vencido no segundo. Nas outras, com efeito, o problema nem sequer se põe: se ele já vencer no primeiro grau, a sentença concessiva da segurança era imediatamente exequível, e essa exequibilidade não se vê tolhida pela interposição de embargos infringentes contra o acórdão, quer tenha este reformado, quer tenha confirmado a decisão apelada; se ele sucumbiu em ambos os graus de jurisdição, não haverá qualquer mandado a ser cumprido. Logo, a cautela que se preconiza é quando menos, obviamente excessiva: nega o cabimento dos embargos em todos os casos, para evitar resultado indesejável apenas em um deles.

“Muito mais adequado afigura-se o alvitre de entender que, ‘se o mandado de segurança, negado pelo Juiz singular, for concedido pelo tribunal, em grau de apelação e por maioria de votos, essa decisão seria exequível desde logo, mesmo se opostos, ou oponíveis, embargos infringentes ao acórdão concessivo’ (Celso Agrícola Barbi, Do mandado de segurança, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1976, pág. 285).

Assim se obvia o receado inconveniente, sem lançar a barra longe demais, como fazem os que excluem **sic et simpliciter**, o cabimento dos embargos. A quem objetar que seria impossível, sem regra expressa, negar-lhes suspensividade na hipótese aludida, poderá responder-se que bem mais gra-

ve é infringir a regra expressa do art. 530 do Código de Processo Civil, negando-lhes admissibilidade quando a lei peremptoriamente os admite. Das duas soluções, não é decerto a primeira que de modo mais ostensivo envia em conflito com o ordenamento legal” (voto-condutor proferido pelo Des. Barbosa Moreira, **in Marcos Afonso Borges**, “Embargos infringentes”, 1993, págs. 997/1000).

Quando do julgamento dos embargos infringentes na Apelação Cível n. 5.643, o 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ adotou a mesma orientação, conforme se apreende da ementa:

*“Mandado de segurança — Acórdão não unânime — Embargos infringentes — Admissibilidade.*

No processo de mandado de segurança cabem embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido no julgamento da apelação” (Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 5.463, 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, por maioria — 1 voto vencido —, relator para o acórdão Desembargador Barbosa Moreira, publicado na RT 543/206).

O TJRS adotou recentemente a mesma orientação, em acórdão assim ementado:

*“Embargos infringentes. Mandado de segurança. Cabimento.*

Em havendo apelação em mandado de segurança, cabem embargos infringentes, observadas condições

destes.” (Embargos infringentes n. 592101554, 1º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, unânime, relator Desembargador Milton dos Santos Martins, publicado na RJTJRGs 158/132)

Naquela oportunidade, o Desembargador Milton dos Santos Martins, invocando a lição dos Professores **Othon Sidou** e **Ulderico Pires**, proferiu o seguinte voto-condutor:

“Sr. Presidente, eminentes Colegas, **Othon Sidou**, excepcionando o agravo de instrumento (por absoluta falta de oportunidade), não tem dúvida o cabimento de todos os recursos em mandado de segurança, assim, embargos infringentes (‘As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos’, pág. 323, Forense, 1977). Bastante resumir, outrossim, com o **Ulderico Pires dos Santos**: ‘Toda discussão anterior a respeito do cabimento ou não de embargos infringentes em mandado de segurança desapareceu com o advento do novo CPC, que, abolindo o agravo de petição, deu-lhe, como substituto, a apelação’. E adiante: ‘Conjugue-se, pois, a nova redação do art. 12 da Lei n. 1.533, dada pela Lei n. 6.014, de 1973, com o art. 530 do novo CPC e facilmente se verá, de modo claro e expreso, o cabimento dos embargos infringentes das sentenças proferidas em mandado de segurança’ (‘O Mandado de Segurança na Doutrina e Jurisprudência’, pág. 419, Forense, 1977).

Essa orientação, aliás, de há muito firmada neste Colendo Grupo, consoante precedentes destacados pelo eminente Procurador de Justiça no jurídico parecer escrito, notadamente no Processo n. 590088100, de 7.6.91, em que o eminente Relator, Des. Tupinambá M. C. do Nascimento, alertou: “Leio aqui a ementa deste julgamento que foi em novembro de 1990. A restrição de recurso em processo de mandado de segurança, sem que haja lei expressa a respeito, não se harmoniza com os termos do art. 5º, LV, da CF/88, na parte em que é assegurada a qualquer litigante em processo judicial a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (RJTJRGs 158/133).

Aliás, o 1º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS já tinha adotado essa orientação quando do julgamento dos embargos infringentes n. 24.701, dos quais foi relator o então eminente Desembargador Athos Gusmão Carneiro.

O 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, por 5 votos a 2, também decidiu pela inaplicabilidade da Súmula 597 do STF, conforme o disposto no acórdão publicado na RJTJRGs 150/285.

O TJMG também já firmou que “cabem embargos infringentes em mandado de segurança” (Embargos Infringentes na Apelação 69.991, 1ª Câmara Cível do TJMG, por maioria — 4 votos vencedores, contra 1 vencido — relator Desembargador Oliveira Leite, publicado na RT 622/184).

Naquela oportunidade, votou o Desembargador Lúcio Urbano:

“entendo ser possível a interposição de embargos infringentes em mandado de segurança” (RT 622/184).

Também o Desembargador Lincoln Rocha, no que foi acompanhado pelos Desembargadores Paulo Tinoco e Rubem Miranda, votou:

“Sempre sustentei que são cabíveis embargos infringentes em mandado de segurança.” (RT 622/184).

Recentemente, o TJSP apreciou a questão, em acórdão assim ementado:

“*Recurso* — Embargos infringentes — Apelação em mandado de segurança, decidida por maioria de votos — Cabimento dos embargos — Insubsistência da Súmula n. 597 do Supremo Tribunal Federal — Embargos conhecidos. Votos vencedor e vencido.” (Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 119.319-1, 2ª Câmara Cível do TJSP, por maioria — 3 votos vencedores, contra 2 vencidos —, relator Desembargador Cezar Peluso, publicado na RJTJESP 136/376).

O 1º TACIVSP adotou a mesma orientação quando do julgamento dos Embargos Infringentes n. 241.594, cujo acórdão restou assim ementado:

“*Recurso* — Embargos infringentes — Mandado de segurança não originário — Ação não unânime — Artigos 14 da Lei n. 6.014, de 1973 e 530 do Código de Processo Civil — Conhecimento.” (Embargos Infringentes n. 241.594, 3º Grupo de Câmaras Cíveis do 1º TACIVSP, por maioria — 1 voto vencido —, relator Juiz Franciulli Neto, publicado na JTACSP 60/124).

Por oportuno, transcrevo o seguinte trecho do voto-condutor:

“A tese de que não cabem embargos infringentes em processo de mandado de segurança não originário, quando não unânime o julgado proferido em grau de apelação, era perfeitamente legítima, no regime recursal anterior, quando tais decisões eram atacáveis através de agravo de petição. Agora, segundo dispõe o artigo 14 da Lei n. 6.014, de 27 de dezembro de 1973, da sentença que concede ou denega mandado de segurança cabe apelação e o Código de Processo Civil, no artigo de 530, concede embargos infringentes quando não unânime a decisão proferida em *apelação* ou em ação rescisória.

Ora, em se tratando, como se trata, de apelação, o ponto de vista em sentido contrário, ainda que preponderante, é defensável **de lege ferenda**, mas não em face do direito positivo, tanto assim é que essa posição, embora merecedora de todo o respeito, para ser

defendida necessita de enormes elucubrações e digressões, pois afronta a clareza solar da lei.”

No âmbito do STF, como é de conhecimento de V. Exas., impera a orientação de que não cabem embargos infringentes contra acórdão não-unânime proferido em apelação em ação de mandado de segurança.

No entanto, quando do julgamento do RE n. 83.246/SP, os eminentes Ministros Leitão de Abreu e Cunha Peixoto se posicionaram contra a orientação consubstanciada na Súmula n. 597 do STF.

Por oportuno, transcrevo o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Leitão de Abreu:

“Procede a preliminar a que se refere o parecer da Procuradoria-Geral da República, uma vez que, na espécie, não sendo unânime a decisão recorrida, contra ela cabia embargos infringentes, nos termos do art. 530 do Código de Processo Civil. Isto porque, desde a Lei n. 6.014, de 31/12/1973, cabe, pelo art. 3º, apelação da sentença, que negue ou conceda mandado de segurança. Manifestado o recurso sob a vigência desse diploma legal, aliás com fundamento expresso no mencionado dispositivo legal, a caracterização também expressa do recurso como apelação, tornava inequívoco, na espécie, o cabimento de embargos infringentes, pois não-unânime o acórdão que julgou a apelação.” (RTJ 80/187).

Após invocar o ensinamento dos juristas **Haroldo Valadão**, **Hely**

**Lopes Meirelles**, **Celso Agrícola Barbi**, **Pontes de Miranda**, **Moniz Aragão** e **Lopes da Costa**, o eminente Ministro Cunha Peixoto conclui:

“Com o advento do novo Código de Processo Civil, o mandado de segurança prosseguiu com o processo, julgamento e recurso disciplinados pela Lei nº 1.533/1951, até que fosse publicada lei que adaptasse os recursos ao sistema do Código, conforme estabelece o art. 1.217, **verbis**:

Por fim, lembro que *o recurso de embargos infringentes em processo de mandado de segurança não tem efeito suspensivo*, visto que a apelação interposta em feito dessa natureza também não o tem, já que a sentença pode “ser executada provisoriamente” (parágrafo único do art. 12 da Lei n. 1.533/51, com a redação dada pela Lei n. 6.071/74).

É a conclusão XLIV do Simpósio de Direito Processual Civil realizado em Curitiba/PR, em outubro de 1975, **in verbis**:

“Não têm efeito suspensivo os embargos infringentes em processo de mandado de segurança”.

A propósito, transcrevo os comentários de **Nelson Nery Júnior** sobre os efeitos do recurso de embargos infringentes:

“Efeitos. Interpostos de acórdão que julgou ação rescisória, têm sempre efeito devolutivo e suspensivo. *Interpostos de acórdão profe-*

*rido em apelação, terão os mesmos efeitos da apelação que os originou.* No mesmo sentido: RITJSP 843, **caput.**” (Nery Júnior, Nelson. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 1994, pág. 660).

Em outras palavras, sendo a ação de mandado de segurança, a apelação não terá efeito suspensivo e, por conseqüência, os embargos infringentes também não impediram a imediata eficácia da decisão proferida pelos tribunais estaduais ou regionais.

Aliás, a Corte Especial do STJ já assentou, à unanimidade de votos, que “o efeito do recurso, em mandado de segurança, é sempre devolutivo, à vista do caráter auto-executório da decisão nele proferida” (MS n. 771/DF — AgRg, Corte Especial do STJ, unânime, relator Ministro Torreão Braz, publicado no DJ de 03/02/92).

Em suma, cabem embargos infringentes contra acórdão não-unânime proferido em apelação interposta em face de sentença proferida em ação de mandado de segurança. Tal recurso, no entanto, não terá efeito suspensivo.

Senhores Ministros, por fim, lembro que já não cabe ao STF, mas sim a esta Corte, apresentar ao país a melhor interpretação da legislação infraconstitucional. Por conseqüência, cabe ao STJ, ao apreciar os arts. 530 e 1.217 do CPC, o art. 12 da Lei n. 1.533/51, com a redação dada pela Lei n. 6.014/73, decidir se cabem ou não embargos infringentes em

acórdão não-unânime proferido em apelação proveniente de ação de mandado de segurança. Portanto, e tendo em vista que a questão ainda é alvo de (enorme) divergência no âmbito doutrinário, bem como nos tribunais estaduais, entendo que esta Corte precisa, de uma vez por todas, enfrentar o ponto e pacificar a celeuma que ainda perdura no meio jurídico acerca da aplicabilidade ou não da Súmula n. 597 do STF.

*Esse foi o voto que preparei em 05/08/96.*

*No entanto, na sessão realizada em 16/10/96, a Corte Especial do STJ sumulou a matéria nos seguintes termos:*

“São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.” (Súmula n. 169 do STJ).

Portanto, mas ressaltando o meu ponto de vista, passo a adotar a orientação sumulada por esta Corte.

Por conseqüência, não há outra opção senão declarar a intempestividade do recurso, visto que o acórdão proferido em grau de apelação foi publicado em 03/05/96 (fl. 131) e o especial foi interposto tão-somente em 03/06/96 (fl. 138), ou seja, fora dos quinze dias legais.

Com essas considerações, e ressaltando o meu ponto de vista, acolho a preliminar de intempestividade e não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 108.716 — RS

(Registro nº 96.0060034-1)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Irmãos Geremia Ltda.*

Advogados: *Celso Luiz Bernardon e outros*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Procuradores: *Susana Farinha Machado Carrion e outros*

**EMENTA:** *Mandado de segurança. Ato judicial. Denegação de liminar em cautelar inominada. Compensação de créditos tributários. Impossibilidade pela via eleita. Segurança denegada. Recurso ordinário desprovido.*

**Incabível a obtenção da compensação de créditos tributários através de simples medida liminar.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Adhemar Maciel, Ari Pargendler e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 18 de março de 1997 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS,  
Presidente. Ministro HÉLIO MOSI-  
MANN, Relator.

---

Publicado no DJ de 14-04-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSI-MANN: Trata-se de recurso especial interposto por Irmãos Geremia Ltda., fundado no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão que entendeu não ser possível a compensação entre valores recolhidos indevidamente, a título de Finsocial, com valores a recolher, relativamente à Cofins, via medida liminar em ação cautelar.

Alega a recorrente, em síntese, violação ao artigo 66, da Lei nº 8.383/91, bem como dissídio jurisprudencial.

Com as contra-razões de fls. 149/153, vieram os autos a esta superior instância.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): O tema de que se cuida, compensação tributária, Finsocial **versus** Cofins, tem merecido desta egrégia Segunda Turma, tratamento que pode ser sintetizado pelas ementas postas nos seguintes termos:

*“Tributário. Compensação. Contribuição para o Finsocial e contribuição para o Cofins. Possibilidade. Lei nº 8.383/91, art. 66. Aplicação.*

I — Os valores excedentes recolhidos a título de Finsocial podem ser compensados com os devidos a título de contribuição para o Cofins.

II — Não há confundir a compensação prevista no art. 170 do Código Tributário Nacional com a compensação a que se refere o art. 66 da Lei nº 8.383/91. A primeira é norma dirigida à autoridade fiscal e concerne à compensação de créditos tributários, enquanto a outra constitui norma dirigida ao contribuinte e é relativa à compensação no âmbito do lançamento por homologação.

III — A compensação feita no âmbito do lançamento por homologação, como no caso, fica a depender da homologação da autoridade fiscal, que tem para isso o prazo de cinco anos (C.T.N., art. 150, § 4º). Durante esse prazo, pode e deve fiscalizar o contribuinte, examinar seus livros e docu-

mentos e lançar, de ofício, se entender indevida a compensação, no todo ou em parte.

IV — Recurso especial conhecido e provido, em parte.” (REsp nº 88.477-DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 02.09.96).

*“Tributário. 1. Crédito compensável e compensação. Distinção. A compensação demanda “provas e contas”, mas nada impede que sem estas, se declare que o recolhimento indevido é “compensável”, porque a discussão até essa fase não desborda das questões de direito. 2. Finsocial. A contribuição para o Finsocial é denominação que identifica dois tributos juridicamente diversos: a) o imposto chamado contribuição para o Finsocial, instituído pelo Del. nº 1.940/1982; b) a contribuição para o Finsocial instituída pelo art. 28 da Lei núm. 7.738/1989. Uma terceira espécie de contribuição para o Finsocial foi declarada inconstitucional, “aquela criada pelo art. 9º da Lei núm. 7.689/1988” (RE 150.764-1); os valores recolhidos a esse título são, depois de corrigidos monetariamente desde a data do pagamento, compensáveis com aqueles devidos à conta da contribuição para financiamento da seguridade social — Cofins. Recurso especial conhecido e improvido.” (REsp nº 86.032-MG, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 20.05.96).*

Conforme anotado pelo eminente Relator:

“A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins foi criada em substituição à Contribuição para o Finsocial, com as mesmas características desta. Ambas são da mesma espécie tributária nos termos do artigo 66 da Lei nº 8.383, de 1991. Agora, essa conclusão não vale para a Contribuição Social sobre o Lucro (outro fato gerador), para a Contribuição para o PIS (destinação diferente) e, muito menos, para os impostos.

A compensação, nos tributos lançados por homologação, independe de pedido à Receita Federal. A lei não prevê esse procedimento, que de resto sujeitaria o contribuinte aos recolhimentos dos tributos devidos enquanto a Administração não se manifestasse a respeito. A correção monetária do indébito se dá a partir do recolhimento indevido. A limitação da atualização do crédito frustraria as finalidades da compensação.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial pela letra a, e de dar-lhe provimento, em parte, para declarar que os valores excedentes da alíquota de 0,5%,

recolhidos como Contribuição para o Finsocial são *compensáveis* com os valores devidos a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins; assegurados, evidentemente, à Administração Pública a fiscalização e controle do procedimento efetivo de *compensação*, e invertidos os ônus da sucumbência.”

De concluir-se, assim, que os valores excedentes recolhidos a título do Finsocial são compensáveis com aqueles devidos a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins, assegurados à Administração Pública a fiscalização e o controle do procedimento atinente à compensação.

Ressalte-se, entretanto, que tal compensação não poderá ser obtida através de simples medida liminar.

O deferimento liminar pressupõe a iminência de lesão irreversível. Na compensação tributária, tal ameaça não existe, vez que se o contribuinte não efetuar, de imediato, a compensação, poderá, oportunamente, pleitear a restituição de débito.

Do exposto, conheço do recurso mas lhe nego provimento.

É como voto.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 112.315 — SP

(Registro nº 96.0069260-2)

Relator: *O Sr. Ministro Ari Pargendler*

Recorrentes: *Alberto José Gonçalves e cônjuge*

Advogados: *Drs. Francisca Maria Cardamone Lerário e outro*

Recorrida: *Desenvolvimento Rodoviário S/A — DERSA*

Advogados: *Drs. Nanci Slaviero Tanomaru e outros*

**EMENTA: Processo Civil. Honorários de advogado. Desapropriação indireta. A chamada ação de desapropriação indireta nada mais é do que uma ação ordinária de indenização, substitutiva da ação de reivindicação, inservível depois que a propriedade particular é, mesmo que irregularmente, afetada ao domínio público; ordinária a ação, os honorários de advogado devem ser arbitrados segundo essa natureza e a regra aplicável é a do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil. Recurso especial conhecido e provido.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Adhemar Maciel.

Brasília, 08 de abril de 1997 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente. Ministro ARI PARGENDLER, Relator.

---

Publicado no DJ de 28-04-97.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator): Alberto José Gonçalves e sua mulher, Denir Regina Lodi Gonçalves, propuseram ação or-

dinária contra Dersa — Desenvolvimento Rodoviário S.A., para vê-la condenada a indenizar-lhes o valor de imóvel que, desapossado administrativamente, foi utilizado na construção da Rodovia Governador Carvalho Pinto (fls. 02/06 e 10).

O MM. Juiz de Direito, Dr. Ítalo Morelle, julgou procedente a ação, arbitrando os honorários de advogado em dez por cento sobre o valor da condenação (fls. 234 e 249), sentença reformada pela Egrégia 1ª Câmara de Férias “Janeiro/96” de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Desembargador Felipe Ferreira, que, nessa parte, reduziu a verba honorária “para 8% (oito por cento) sobre o valor total da condenação” (fl. 300).

Seguiram-se embargos de declaração (fls. 302/304), rejeitados (fls. 309/311), bem assim o presente recurso especial, interposto com base no artigo 105, inciso III, letras **a** e **c**, por violação do artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil (fl. 324).

## VOTO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator): O exato dimensionamento da lide exige que se dê o nome correto a esta ação; a chamada ação de *desapropriação indireta* nada mais é do que uma ação ordinária de *indenização*, substitutiva da ação de *reivindicação*, inservível, nos termos da antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, depois que a propriedade particular é afetada ao domínio público, mesmo que irregularmente.

Nessa linha, os honorários de advogado devem ser arbitrados segundo a natureza dessa *ação ordinária*; e a regra aplicável é a do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, **in verbis**:

“Art. 20 — A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 3º — Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”.

Na espécie, o acórdão recorrido tratou da matéria como se estivesse diante de uma desapropriação, aplicando o artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, com temperamentos, como seja:

“Quanto à questão da verba honorária, que a expropriante quer reduzir para a faixa de 3% a 6% do valor da indenização e os expropriados aumentá-la para 20%, o nosso entendimento é que a justa remuneração do advogado estará agasalhada no percentual de 8% (oito por cento) do total da indenização. Com efeito, dispõe o art. 27, § 1º, do Dec.-Lei nº 3.365/41 que: “A sentença que fixar o valor da indenização, quanto este for superior ao preço oferecido, condenará o desapropriante a pagar honorários de advogado sobre o valor da diferença”. É certo que a jurisprudência tem adotado o percentual de 6%, como justa remuneração do advogado na ação expropriatória, do porte da presente ação, tendo presente que em tais ações o honroso mister se restringe ao litígio pelo **quantum** indenizável, ficando claro que na ação direta, será subtraído da base de cálculo o valor da oferta, como diz o dispositivo **supra**, da lei especial. Mas, **in casu**, trata-se de desapossamento administrativo, onde o lesado é que tem de ir às barras do juízo, para obter a reparação do dano causado, dando início a ação que cabia ser promovida pelo expropriante, de sorte que a remuneração tem de ser

aumentada, mas não exageradamente, de sorte que percentuais de 10% a 20% como estabelecidos no ordenamento processual, serão destinadas às desapropriações de pequeno porte, exatamente para a manutenção da justa remuneração do profissional advogado, observando-se que, aqui, já não há oferta inicial a ser subtraída da base de cálculo dos honorários” (fls. 298/299 e 310/381).

A aplicação do § 4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil, que autoriza o arbitramento dos honorários de advogado abaixo do limite de dez

por cento, só seria possível, na espécie, se a condenação recaísse na Fazenda Pública — conceito em que as sociedades de economia mista não se subsumem.

Outra poderia ser a solução, se se tratasse de verdadeira ação de desapropriação, precedida dos trâmites legais, em que a sociedade de economia mista, agindo por delegação, se qualificasse como uma extensão da Fazenda Pública.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para fixar os honorários de advogado em dez por cento sobre o valor da condenação.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 112.956 — MG

(Registro nº 96.0070928-9)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrentes: *Antonio do Carmo Martins e outros*

Advogados: *Wander Santos Pinto e outros*

Recorrido: *Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais — DER/MG*

Advogada: *Marisa Martins Ferreira*

**EMENTA: Processo Civil. Liquidação. Inclusão dos índices inflacionários. Inocorrência de preclusão.**

**Devendo a indenização ser a mais completa possível, deve compreender a correção monetária, que não representa acréscimo ou pena, mesmo depois do trânsito em julgado.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Adhemar Maciel, Ari Pargendler e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 17 de março de 1997 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

---

Publicado no DJ de 14-04-97.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto por Antonio do Carmo Martins e outros, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado que considerou indevida a aplicação do IPC (Índice de Preços ao Consumidor), na atualização de cálculos, ao argumento de que “expedidos os precatórios e feitos os respectivos pagamentos”, não têm os autores direito à nova atualização, vez que transitada em julgado a sentença que o homologou.

Manifestados embargos declaratórios, foram os mesmos rejeitados, à unanimidade.

Sustentam os recorrentes, em síntese, negativa de vigência aos artigos 467 e 468, do CPC, e 1º, da Lei nº 6.899/81. Alegam dissídio jurisprudencial.

Com as contra-razões de fls. 155/164, vieram os autos a esta superior instância.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Esta egrégia Segunda Turma, apreciando caso análogo, da relatoria do eminente Ministro Américo Luz — REsp nº 35.689-SP, in DJ de 27.09.93 — decidiu consoante a seguinte ementa:

*“Administrativo e Processual Civil. Precatório. Parcelamento. Art. 33 do ADCT/88. Não pagamento. Atualização. Inclusão, no cálculo, dos índices inflacionários apurados pelo IBGE correspondentes ao período de janeiro de 1989 a janeiro de 1991. Exclusão, sob alegação de preclusão do índice relativo a fevereiro de 1986 concernente à transformação das ORTNS para OTNS determinada pelo DL 2.284/86. Substituição do de fevereiro de 1991 pela “TR”. Recurso especial. Provimento.*

A indenização, por imperativo constitucional, deve ser a mais justa possível. Não se pode conceber, considerada a inflação galopante que a economia do país atravessa, a exclusão da correção monetária sobre o **quantum** indenizatório devido, hipótese que consubstanciaria verdadeiro prêmio à devedo-

ra. Sendo a correção mera atualização do valor da moeda, não representando acréscimo ou pena, tem ela incidência a qualquer tempo, *mesmo que a decisão tenha passado em julgado. Afasta-se, por isso, a alegada preclusão.*

Inclusão, no cálculo, dos índices do IPC suprimidos pelo acórdão relativos a fevereiro de 1986 (14,36%), e fevereiro de 1991 (21,87%).”

Outros precedentes da Turma: REsp nº 65.228-PR; REsp nº 66.821-SP; REsp nº 64.462-DF, em 24.5.95; REsp nº 79.694-GO, em 13.12.95; Embargos de Declaração nos REsp. nº 67.477-SP e 67.688-SP, em 4.12.95).

Na linha dos precedentes colacionados, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É o voto.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 113.912 — GO  
(Registro nº 96.0073217-5)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Advogados: *Adilson de Faria e outros*

Recorrido: *José Carlos Santana*

Advogados: *Raimundo de Oliveira Silva e outro*

**EMENTA:** *Administrativo. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Utilização. Construção da casa própria. Possibilidade, se observados os requisitos legais para o saque.*

— A expressão “aquisição da casa própria” tem significado mais amplo, abrangendo a moradia adquirida ou a construída, em terreno próprio, com recursos do seu proprietário. Tal interpretação atende à finalidade da lei, que pretendeu, sem dúvida, facilitar a obtenção da casa própria pelos trabalhadores de baixa renda.

— Permitindo a legislação a movimentação da conta, mesmo quando a operação se realize fora do Sistema Financeiro da Habitação, uma vez preenchidos os requisitos para o financiamento, pelas mesmas razões sociais não se irá restringir a utilização dos depósitos apenas aos casos de compra e venda, estritamente considerados. Construir não deixa de ser uma forma de se tornar proprietário da unidade habitacional.

— Segurança concedida. Decisão confirmada, porque não contrariada a lei federal.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Adhemar Maciel, Ari Pargendler e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 18 de março de 1997 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

---

Publicado no DJ de 14-04-97.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Cuida-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal — CEF, fundado no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, proferido em grau de embargos infringentes, improvidos por decisão majoritária, que assegurou aos titulares de conta vinculada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS, o direito ao saque para construção de casa própria, desde que preenchidos os requisitos da legislação disciplinadora, mesmo quando não se trate de financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação.

Sustenta a recorrente, em síntese, negativa de vigência ao artigo 10, **caput**, da Lei nº 5.107/66 e ao artigo 36, do Decreto nº 84.509/80.

Sem contra-razões, posto que não oferecidas, vieram os autos a esta superior instância.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Em caso análogo, REsp nº 59.896-DF da minha relatoria, **in** DJ de 5.6.95, esta egrégia Segunda Turma consolidou o entendimento consubstanciado na seguinte ementa:

*“Administrativo. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Utilização. Construção da casa própria. Possibilidade, se observados os requisitos legais para o saque.*

— A expressão “aquisição da casa própria” tem significado mais amplo, abrangendo a moradia adquirida ou a construída, em terreno próprio, com recursos do seu proprietário. Tal interpretação atende à finalidade da lei, que pretendeu, sem dúvida, facilitar a obtenção da casa própria pelos trabalhadores de baixa renda.

— Permitindo a legislação a movimentação da conta, mesmo quando a operação se realize fora do Sistema Financeiro da Habitação, uma vez preenchidos os requisitos para o financiamento, pelas mesmas razões sociais não se irá restringir a utilização dos depósitos apenas aos casos de compra e venda, estritamente consi-

derados. Construir não deixa de ser uma forma de se tornar proprietário da unidade habitacional.

— Segurança concedida. Decisão confirmada, porque não contrariada a lei federal.”

Na linha do exposto, adotando os fundamentos da decisão recorrida e não detectando negativa de vigência ao texto legal, não conheço do recurso especial.

É como voto.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 117.429 — MG  
(Registro nº 97.005902-2)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Procuradores: *Dr. Afonso Augusto Ribeiro Costa e outros*

Recorrido: *Juan Charles Ávila*

Advogada: *Dra. Andréia Aparecida Alves da Cunha*

**EMENTA:** *Processual Civil. Contradição entre o voto condutor e a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal. Embargos de declaração: admissibilidade. Aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC: impossibilidade. Decisão homologatória de atualização de cálculos no curso da execução. Recurso cabível: agravo de instrumento, e não apelação. Dúvida objetiva: inexistência. Erro grosseiro: constatado. Princípio da fungibilidade recursal: inaplicável. Recurso parcialmente provido.*

I — Não são protelatórios os embargos de declaração interpostos com o fito de eliminar contradição existente entre o voto condutor e a ementa do acórdão.

II — Embora não esteja inserto em nenhum dos dispositivos do Código de Processo Civil em vigor, o princípio da fungibilidade ainda rege o sistema recursal pátrio. O princípio da fungibilidade só tem aplicação quando o recorrente não comete erro grosseiro. Para que o equívoco na interposição de recurso seja escusável é necessário que haja dúvida objetiva, ou seja, divergência atual na doutrina ou na jurisprudência acerca do recurso cabível. Se, ao contrário, não existe dissonância ou já está ultrapassado o dissenso entre os comentadores e os tribunais sobre o recurso adequado, não há que se invocar o princípio da fungibilidade recursal.

III — Constitui erro grosseiro a interposição de apelação, ao invés de agravo de instrumento, contra decisão homologatória de conta de atualização efetuada no curso da execução.

IV — Recurso especial conhecido e parcialmente provido para excluir a multa imposta.

## ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial 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. Votaram de acordo os Srs. Ministros Ari Pargendler, Hélio Mosimann e Peçanha Martins. Impedido o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de maio de 1997 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

---

Publicado no DJ de 09-06-97.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: A Fazenda Nacional interpõe recurso especial contra acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região.

Juan Charles Ribeiro Costa e outros ajuizaram “Ação Declaratória de Nulidade de Exigência Tributária cumulada com Restituição de Indébito Tributário” (fl. 03) contra a Fazenda Nacional.

O juiz federal de primeiro grau julgou procedente a demanda.

A Fazenda Nacional apelou.

A 4ª Turma do TRF da 1ª Região, à unanimidade de votos, negou provimento à apelação.

Transitado em julgado o acórdão, os autos retornaram à vara de origem.

Os ora recorridos requereram a remessa dos autos à contadoria, o que foi deferido pelo juiz de primeiro grau.

Elaborada a conta, foi dada vista às partes.

A Fazenda Nacional concordou com os cálculos, enquanto os ora recorridos não se manifestaram. Em seguida, o juiz federal homologou os cálculos em sentença irrecorrida.

Citada nos moldes do art. 730 do CPC, a Fazenda Nacional não ajuizou embargos à execução, dando ensejo à expedição de ofício requisitório.

Depositada a verba requisitada, os ora recorridos requereram o levantamento, bem como a remessa dos autos à contadoria.

Elaborados os cálculos, foi dada vista às partes. A Fazenda Nacional impugnou os cálculos. Já os ora recorridos não se manifestaram.

Após rejeitar a impugnação, o juiz federal homologou os cálculos por meio de decisão que foi publicada no órgão oficial do dia 13/12/94 (fl. 80, verso).

Inconformada, a Fazenda Nacional apelou (em 15/12/94 — fl. 82).

Apoiando-se no acórdão proferido pela Corte Especial do STJ nos EREsp n. 6.875/SP, a eminente Juí-

za Eliana Calmon negou seguimento à apelação, por configurar erro grosseiro interpor apelação ao invés de agravo de instrumento contra decisão homologatória de atualização de cálculos.

Irresignada, a Fazenda Nacional interpôs agravo regimental.

Conduzida pelo voto proferido pela eminente Juíza Eliana Calmon, a 4ª Turma do TRF da 1ª Região, à unanimidade de votos, negou provimento ao agravo regimental.

Insatisfeita, a Fazenda Nacional interpôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados, aplicando-se a multa prevista no art. 538 do CPC.

Não se dando por vencida, a Fazenda Nacional recorre de especial pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional. Alega que o acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região contrariou o art. 810 do CPC de 1939, bem como o parágrafo único do art. 538 do CPC de 1973. Invoca em seu prol precedentes do STJ.

Além do especial, foi interposto recurso extraordinário.

Não foram apresentadas contrarrazões.

O recurso especial foi parcialmente admitido na origem. Já o extraordinário foi inadmitido.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Senhor Presiden-

te, em primeiro lugar aprecio a alegação de violação ao parágrafo único do art. 538 do CPC.

No acórdão proferido em sede de agravo regimental, o Tribunal Regional Federal firmou que está pacificado o entendimento de que decisão que homologa conta de atualização desafia agravo de instrumento, pelo que constitui “erro grosseiro a interposição de *agravo*” (fl. 106) (grifei).

A Fazenda Nacional interpôs embargos de declaração, alegando a contradição entre o voto condutor e a ementa.

A 4ª Turma do TRF da 1ª Região rejeitou os embargos, e aplicou a multa do art. 538 do CPC.

Com a devida vênia dos eminentes juízes prolatores do acórdão recorrido, assiste — no tocante à alegação de violação ao art. 538 do CPC — razão à Fazenda Nacional. Realmente, enquanto o voto condutor afirma que configura “erro grosseiro” a interposição de apelação (fl. 103), a ementa estabelece que constitui erro inescusável a interposição de agravo (fl. 106).

Como se vê, há contradição entre a ementa e o voto condutor do acórdão proferido em grau de regimental, pelo que os embargos de declaração não podem ser considerados protelatórios, já que foram interpostos com base no art. 535, I, do CPC.

Apesar de ter sanado a contradição quando do julgamento dos declaratórios, o TRF da 1ª Região aplicou multa, a qual, a meu ver, merece ser excluída.

Por tais razões, excluo a multa imposta pelo Tribunal Regional Federal.

No mais, não assiste razão à Fazenda Nacional.

Como já dito no relatório, trata-se de apelação interposta — em 15/12/94 — contra decisão (fl. 80, frente e verso) homologatória de conta de atualização de cálculos efetuados no curso da execução movida contra a Fazenda Nacional. Para que não reste dúvida, lembro a V. Exas. que na fase de liquidação já tinha sido proferida sentença homologando a conta (fl. 61), pelo que a decisão impugnada por meio de apelação foi a que tão-somente homologou a atualização dos cálculos.

Bem, dando continuidade ao voto, lembro que desde o 6º Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, realizado em Belo Horizonte em 1983, a jurisprudência já era no sentido de que “não cabe apelação contra julgamento de cálculo no curso da execução, haja vista que aí não se pode falar em liquidação, que, como se sabe, antecede a execução” (conclusão n. 5 do Encontro).

Nesse sentido sempre foi a jurisprudência e a doutrina majoritária.

Por fim, no dia 07/11/94 foi publicado no “Diário da Justiça” a Súmula n.º 118 do STJ, firmando que “o agravo de instrumento é o recurso cabível da decisão que homologa a atualização do cálculo da liquidação”. Antes, ou seja, no dia 19/09/94, já tinha sido publicada no “Diário da Justiça” a ementa do acórdão proferido no incidente de uniformização de ju-

risprudência no REsp n. 31.345/SP, o qual deu ensejo à elaboração do citado enunciado.

Portanto, ao tempo da interposição da apelação já estava sumulado pela Corte Especial do STJ que o recurso cabível contra decisão homologatória de conta de atualização é o agravo de instrumento.

Por conseqüência, por ter sido a apelação interposta após a publicação da Súmula do STJ, que tão-somente veio pôr uma pá de cal sobre a questão, a qual já estava, a rigor, pacificada, tenho que a troca do agravo de instrumento pela apelação constitui **in casu** erro grosseiro, excludente da aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Não há dúvida de que o princípio da fungibilidade, antes previsto no art. 810 do Código de Processo Civil de 1939, ainda rege o sistema recursal pátrio, embora — infelizmente — não esteja expresso em nenhum dispositivo do Código em vigor. No entanto, o princípio da fungibilidade recursal só tem aplicação quando o recorrente não comete erro grosseiro.

Para que o erro na interposição de recurso não seja considerado grosseiro, é necessário que haja dúvida objetiva, ou seja, divergência na doutrina ou na jurisprudência acerca do recurso cabível. Se, ao contrário, há entre os comentadores e os tribunais dissonância sobre o recurso adequado, deve ser aplicado o princípio da fungibilidade. A respeito do tema, invoco a conclusão n. 55 do 6º Encontro Nacional de Tribunais de Alçada:

“Admite-se a fungibilidade dos recursos desde que inócurre o erro grosseiro. Inexiste este quando há acentuada divergência doutrinária-jurisprudencial sobre qual seria o recurso próprio” (publicada na Revista dos Tribunais, volume 580, páginas 297 e seguintes).

Como não há atualmente divergência na doutrina ou na jurisprudência — ao contrário, já está até sumulado — acerca do recurso cabível (ou seja, o agravo) contra decisão homologatória de conta de atualização de cálculos, tenho que o princípio da fungibilidade recursal não favorece a Fazenda Nacional. Aliás, há um recente acórdão relatado pelo eminente Ari Pargendler, no qual foi solucionada questão similar à dos autos:

*“Processo Civil. Recursos. Atualização de conta de liquidação. Interposição de apelação, ao invés de agravo, após o julgamento do incidente de uniformização de juris-*

*prudência no Superior Tribunal de Justiça.*

*Após o julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência que resultou na Súmula n. 118 do STJ — o qual ocorreu em 14/04/1994, com publicação do acórdão em 19/09/1994 — a interposição de apelação, ao invés de agravo de instrumento, em face de sentença homologatória de atualização do cálculo de liquidação, constitui erro grosseiro, impeditivo da aplicação do princípio da fungibilidade.*

*Recurso especial não conhecido” (REsp n. 99.436/MG, 2ª Turma do STJ, unânime, rel. Min. Ari Pargendler, DJU 29/10/96, pág. 41.633).*

Com essas considerações, conheço do recurso especial e dou-lhe parcial provimento tão-somente para excluir a multa imposta pelo tribunal regional.

É como voto.