

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL Nº 16.096-0 — PR

(Registro nº 91.0021980-0)

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

Recorrente: *Município de Curitiba*

Recorrida: *Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares de Curitiba Ltda. — UNIMED de Curitiba — MEDIPAR*

Advogados: *Drs. Heron Arzua e outros, e Raul Alberto Dantas e outros*

EMENTA: Recurso Especial. É devido o Imposto Sobre Serviços pelas Sociedades Profissionais quando estas assumem o caráter empresarial, estando, ainda, consoante o artigo 9º, §§ 1º e 3º do Decreto 406/68, modificado pelo Decreto-lei 834/69, onde incluem-se as sociedades dos médicos. Incidência no caso da Súmula 81 do Supremo Tribunal Federal.

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, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os

Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

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

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: No Tribunal de Alçada

do Estado do Paraná, a questão foi assim exposta:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário e Apelação Cível nº 12/86, de Curitiba — 3ª Vara Fazenda Pública em que é Remetente Dr. Juiz de Direito, Apelante Município de Curitiba e Apelado Soc. Coop. de Serviços Med. e Hosp. de Curitiba Ltda.

1 — A ora apelada interpôs embargos do devedor, em execução que lhe move o Município de Curitiba, alegando que é uma sociedade cooperativa prestadora de serviços a seus associados, estando isenta da tributação do ISSQN, sendo a pretensão do Município descabida.

Em resposta afirma o apelante que o lançamento foi feito de acordo com o art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406, salientando que a embargante exerce atividade econômica e, portanto, sujeita ao tributo.

O Dr. Juiz julgou procedentes os embargos, extinguindo a execução, condenando o embargado no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em um milhão de cruzeiros. Diante do duplo grau de jurisdição, o douto magistrado ordenou a remessa dos autos a este Tribunal.

A seu turno, apela o Município de Curitiba, pedindo a reforma do julgado.

O recurso foi contra-arrazoado.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 627 a 630, opinou por converter o julgamento em diligência, para uma perícia contábil ou, dar provimento ao reexame necessário e à apelação, reformando-se a sentença de primeiro grau.” (fls. 637/638)

Foi a sentença modificada por maioria de votos, em acórdão substanciado nesta ementa:

“Embargos do devedor — Execução fiscal — I.S.S. — Cooperativa de serviços médicos — Admissibilidade — Reexame e recurso providos.

É devido o Imposto Sobre Serviços, pelas Sociedades profissionais quando esta assume o caráter empresarial, estando, ainda, consoante o art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/88, modificado pelo Decreto-Lei 834/69, onde incluem-se as sociedades dos médicos.” (fls. 637)

Com fundamento no voto vencido manifestou a UNIMED de Curitiba embargos infringentes, que foram recebidos em acórdão exteriorizado na forma a saber:

“Embargos à execução. Execução fiscal. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Cooperativa de serviços médicos. Inexistência de finalidade lucrativa. Não incidência do tributo. Desde que a atividade da sociedade cooperati-

va de serviços não apresenta fins lucrativos, pois apenas “celebra com terceiros contrato de atendimento médico-hospitalar, sempre em nome dos cooperados, colocando à disposição dessas pessoas os serviços dos médicos que integram o seu quadro associativo, como simples mandatária, nada recebendo” (JTACSP 99/47), não está ela sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Embargos recebidos.” (fls. 672/673)

Daí o recurso especial da Municipalidade escorada nas letras **a** e **c** da permissão constitucional, alegando que o **v. acórdão** impugnado negou vigência aos artigos 97 e 111 da Lei 5.764/71, assim como o § 3º do artigo 9º do Decreto-lei 406/68, além de divergir de julgados que traz a cotejo. Inadmitido o recurso. Agravou a Municipalidade. Provi o agravo para melhor exame da demanda. Subindo os autos a esta Corte, aqui opinou a douta Subprocuradoria Geral da República pelo provimento do recurso.

É este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Nos embargos infringentes a UNIMED de Curitiba, ora recorrida, veio a ser vitoriosa ao fundamento de que:

“Apura-se dos autos, que a Embargante é uma cooperativa regularmente constituída (fls. 423/426); que seu objeto é “a defesa econômico-social dos integrantes da profissão de Médicos, através do Aprimoramento do Serviço de Assistência médica e hospitalar, que será prestado sob forma coletiva ou individual” (art. 2º, do Estatuto): que, para realizar esse objetivo, como mandatária dos cooperadores, poderá assinar, em nome dos Cooperados, contratos para a execução de serviços sob a forma coletiva, com firmas ou companhias interessadas em fornecer assistência médica ou hospitalar aos seus empregados ou familiares”, (§§ 1º e 3º, do art. 2º, *idem*); que recebe dos interessados-contratantes, pelos serviços prestados, os honorários e as despesas hospitalares, repassando-os aos prestadores, retendo, apenas, uma parcela, destinada às despesas administrativas.

Assim, diante do exposto, pode-se concluir que, se “o imposto só incide sobre serviços prestados, mediante remuneração, como profissão ou atividade lucrativa” (cf. **Aliomar Baleeiro**, Direito Tributário Brasileiro, 6ª ed., p. 269, e, ainda, **Bernardo Ribeiro de Moraes**, Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços, 1ª ed., 1984), e se a Embargante e mandatária dos cooperados é apenas captadora de serviços para seus associados, não exercendo, assim,

atividade lucrativa, descabe exigir da Embargante o tributo pretendido. Nesse sentido, aplica-se perfeitamente o julgado da 3ª Câmara Cível (acórdão nº 10.678), supra referido.

O parecer da Doutra Procuradoria-Geral de Justiça, também, segue a mesma orientação, nesta passagem: “A embargante é uma cooperativa legalmente constituída, autorizada a funcionar como cooperativa de serviço, exercendo suas atividades, conforme norma estatutária, sem fins lucrativos, visando à captação de clientes para seus associados, somente médicos, aos quais são encaminhados os honorários, pagando eles, individualmente, o imposto incidente. Veja-se que os fundos acumulados, em caso de liquidação da sociedade, destinar-se-á ao Banco Nacional de Crédito Cooperativo S/A — BNCC (Estatuto, art. 61 — fls. 395).

Incorre, pois, o fato gerador do tributo reclamado.” (fl. 667).

Por tais motivos, acolhem-se os embargos, a fim de restabelecer a decisão **a quo**, nos termos do voto vencido.” (fls. 677/679)

Data vênia desse respeitável entendimento penso que a análise do acórdão da apelação sobre o tema da isenção se ajusta melhor ao caso vertente e está assim fundamentado:

“Trata-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo

Município de Curitiba contra a r. sentença de primeiro grau, que julgou procedentes os embargos do devedor opostos pela apelada.

Com relação à conversão do julgamento em diligência, para uma perícia contábil que constate ou não se o Imposto Sobre Serviços foi pago, manifestada no judicioso parecer de fls. 627 a 630, da lavra do Dr. Graciano de Jesus Campos, **venica concessa**, não deve ser acolhida porque a apelada está sendo executada, exatamente, por não ter pago o tributo.

No que pertine ao mérito, a decisão recorrida, **data venia**, deve ser reformada, para se julgar improcedentes os embargos do devedor.

A questão está fulcrada na incidência ou não do Imposto Sobre Serviços a ser devido pelas sociedades de profissionais, como é a espécie.

A tese da sentença é que a exigência do fisco municipal estaria a incidir em bitributação, em face dos médicos cooperados, individualmente, pagarem o referido imposto.

Não se nega isso, nem a apelante se propõe a tal afirmação. Ao contrário, reconhece o pagamento individual pelos associados e está a exigir da apelada o pagamento pela cota fixa da sua parte.

Afirma a sentença, que a apelada não aufere lucro. Nada menos

enganoso. A prova de que a apelada auferiu lucros foi por ela mesma produzida nos autos principais ao juntar certidão do Registro Imobiliário, referente à aquisição do imóvel onde mantém sua sede, nesta Capital, adquirido, certamente, com o produto dos negócios que realiza, em nome de seus cooperados, com as empresas rebedoras da prestação de serviços (fls. 12, dos autos de Execução). Através do mesmo documento, verifica-se que a apelada celebrou contrato de financiamento com o Banco Nacional de Crédito Cooperativo, a juros especiais, e o resgatou no prazo convencionado, circunstâncias que mais reforçam a idéia de lucro na sua atividade.

“É do seu estatuto: “No cumprimento das suas finalidades, a Cooperativa poderá assinar, em nome dos Cooperados, contratos para a execução de serviços sob a forma coletiva, com firmas ou companhias interessadas em fornecer assistência médica ou hospitalar aos seus empregados ou familiares”.

“Para a pretensão de assistência sob a forma individual, a Cooperativa poderá instituir planos de assistência familiar ou pessoal, assinando contratos com interessados, em nome dos Cooperados”.

(§§ 1º e 2º, do artigo 2º, dos Estatutos, fls. 371).

Ora, se a Cooperativa trata de toda parte burocrática e contratual com os clientes — empresas e pessoas — evidentemente que cobra um percentual dos seus associados, razão do negócio que criou e pôs em execução, sob uma forma engenhosa de burlar o fisco, e por usar o título de “Cooperativa”, deve fazer uso para atribuir-se a isenção de tributos.

Observa-se que o “serviço” é negociado pela Cooperativa, de cujos clientes cobra um preço, e sobre esse preço deve recair o imposto na forma que pretende o apelante, ou seja, pela forma fixa, prevista no § 1º, do artigo 9º, do Decreto-Lei nº 406, de 31.12.68, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 834, de 08.09.69.

A apelada não foi constituída para fins meramente altruísticos mas, como registra seus estatutos, para prestar os serviços ali determinou-se a finalidade de lucro, tanto que remunera seus dirigentes, como se verifica do inciso VI, do artigo 27 (fls. 381, dos autos de Execução).

Anote-se que em seus estatutos não se depara com qualquer norma que elimine a idéia de lucro, motivo para descaracterizar a apelada como empresa destituída de rendimentos pela atividade que exerce, sendo de enfatizar, que presta serviços, justamente, para terceiros.

“Remuneração de Dirigentes. Não se beneficiam do regime tributário previsto neste artigo (129, I, II e III, do RIR), as cooperativas que, comportando-se como empresa, desvirtuando a sua finalidade, remuneram dirigente”.

Editora Resenha Tributária, Acórdão do 1º Conselho do Contribuinte nº 103-04.077/11.

De outro lado, a alteração introduzida na redação do § 3º, do artigo 9º, do Decreto-Lei nº 406, pelo Decreto-Lei nº 834, tornou claro e indubitado o dever ao recolhimento do Imposto Sobre Serviços, como se pode ver através de sua nova redação:

“Quando os serviços a que se referem os itens 1, 2, 3, 5, 6, 11, 12 e 17 da lista anexa forem prestados por sociedade, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviço em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável”.

No tocante ao **bis in idem** apontado na r. decisão recorrida, isto não ocorre, pelo simples fato de que os médicos, atuando como profissionais liberais, recolhem o imposto como pessoa física, e a cooperativa, na qualidade de en-

tidade prestadora de serviços, como pessoa jurídica.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim tem se manifestado, como se depara dos acórdãos publicados in RTJ, vol. 113, págs. 1.292 e 1.420 que tratam da questão, que se aplica, como luva no caso em tela, através dos votos dos Ministros Francisco Rezek e Rafael Mayer.

A apelada nada mais é que uma sociedade civil, prestadora de serviços, com a finalidade de seus estatutos, contratando e dirigindo os negócios firmados com seus clientes, que os repassam aos médicos, seus cooperados.

É devido pelas sociedades de profissionais o Imposto Sobre Serviços, quando esta assume o caráter empresarial e por estar diante da norma do artigo 9º, e seus §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406, de 31.12.68, modificado pelo Decreto-Lei nº 834, de 08.09.69, diante dos serviços a que se refere a lista anexa, nos itens 1, 2, 3, 5, 6, 11, 12, 17, onde incluem-se as sociedades de médicos.

Assim e nos termos do bom lançado parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça, que faz justiça ao parecer oferecido nas razões de apelação do recorrente, é de ser dado provimento ao reexame necessário e à apelação voluntária, para julgar improcedentes os embargos do devedor, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Ante o exposto,

Acordam os Juizes integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por maioria de votos, em dar provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário do Município de Curitiba, para julgar improcedentes os Embargos do Devedor, e inverter o ônus da sucumbência, prosseguindo-se a execução." (fls. 638/643).

O problema da isenção do imposto sobre serviços incidente nas cooperativas defendida pelo acórdão impugnado não encontra ressonância na Súmula 81 do Excelso Pretório assim redigida:

"As cooperativas não gozam de isenção de impostos locais, com fundamento na Constituição e nas leis federais."

E o Decreto-lei 406/68 modificado pelo artigo 9º, § 3º do Decreto-Lei nº 834/69 na lista de serviços prevê a tributação. Sendo assim o imposto é devido. Decidindo como decidiu o v. acórdão recorrido negou vigência ao citado dispositivo legal. Já com relação ao dissídio jurisprudencial invocado deixou a recorrente de

atender às diretrizes dos §§ 1º e 2º do artigo 255 do RI/STJ.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar o v. acórdão recorrido e restabelecer o acórdão de fls. 637/643, que julgara improcedentes os embargos do devedor.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 16.096-0 — PR — (91.0021980-0) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Município de Curitiba. Advogados: Heron Arzua e outros. Recda.: Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares de Curitiba Ltda. — UNIMED de Curitiba — MEDIPAR. Advogados: Raul Alberto Dantas e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 22.06.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.

RECURSO ESPECIAL Nº 16.186-0 — RJ

(Registro nº 91.0023006-5)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *João Francisco Sobrinho*

Recorrido: *Instituto Nacional de Seguro Social — INSS*

Advogados: *Drs. Luiz Eduardo Peregrino Fontenelle e outro, e Ayrton Matheus D'Azevedo*

EMENTA: Processo Civil. Justiça gratuita. Lei nº 1.060/50, art. 9º. CPC, art. 519.

— “Os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias” (art. 9º da Lei nº 1.060/50).

— A gratuidade, uma vez deferida, infirma a obrigação de o beneficiário efetuar o preparo de que cuida o art. 519 do Código de Processo Civil.

— **Recurso provido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Luiz Pereira.

Brasília, 03 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro HUBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Adoto o relatório do ilustre Subprocurador-Geral da Re-

pública, Dr. Miguel Guskow, a saber:

“1.1. O recorrente propôs ação acidentária contra o INSS, visando o benefício, requerendo a gratuidade de justiça.

1.2. Deferida a gratuidade (fls. 10), foi citada a autarquia e foi produzida prova pericial em juízo através de exames médicos.

1.3. Contudo, o juízo de primeiro grau entendeu devesse ser indeferida a inicial por considerá-la inepta, por entender que o autor é parte manifestamente ilegítima e porque pela ausência de Comunicação de Acidente do Trabalho não se caracterizou acidente de trabalho.

1.4. Interposto recurso de apelação, foi decretada a sua deserção pelo Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro, através da sua 8ª Câmara, porque, segundo o entendimento daquele Tribunal, com

o indeferimento da inicial também ficou implicitamente revogada a concessão da justiça gratuita anteriormente deferida.

1.5. Daí o recurso especial contra o acórdão, alegando o recorrente que teria violado o art. 9º da Lei nº 1.060/50 e o art. 519 do CPC, além de dissídio jurisprudencial a respeito da matéria.” (fls. 86/87).

Respondido tempestivamente, o recurso foi admitido, tendo os autos sido remetidos à d. Subprocuradoria Geral da República em 28 de janeiro de 1992, embora só tendo sido distribuído ao ilustre Subprocurador acima indicado no dia 18 de maio de 1994, que ofertou parecer dois dias após, retornando o feito ao meu Gabinete no dia 30 do mesmo mês e indicado para pauta no dia 7 do mês seguinte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Como já salientado, o recorrente promoveu ação acidentária requerendo a gratuidade de justiça, que foi deferida, tendo sido produzida prova pericial em juízo através de exames médicos, após o que o juízo de primeiro grau entendeu devesse ser indeferida a inicial por considerá-la inepta, à consideração de que o autor é parte manifestamente ilegítima como também em razão da ausência da Comunicação de Acidente do Trabalho.

Em grau apelatório, foi decretada a deserção do recurso por ter a eg. Corte Estadual entendido que, com o indeferimento da inicial, também estaria implicitamente revogada a concessão da gratuidade de justiça anteriormente deferida.

Acontece que o art. 9º da Lei nº 1.060/50 pontifica que “os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias”.

Com efeito, tendo sido deferida essa gratuidade, como foi, evidentemente que ela permanece enquanto não for proferida decisão definitiva pondo fim à causa, por isso mesmo que não há que se falar em ter o beneficiário que efetuar o preparo de que cuida o art. 519 do Código de Processo Civil, visto que não se dirige àqueles, como o ora recorrente, contemplados pelo benefício da gratuidade de justiça.

Diante de tais pressupostos, dou provimento ao recurso para o fim de determinar ao eg. Tribunal a **quo** que, superado o óbice da não efetuação do preparo, prossiga no julgamento da apelação, como melhor entender.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 16.186-0 — RJ — (91.0023006-5) — Relator: O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Recte.: João Francisco Sobrinho. Advogados: Luiz Eduardo Peregrino Fontenelle e outro. Recdo.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogado: Ayrton Matheus D’Azevedo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 03.08.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS.

RECURSO ESPECIAL Nº 21.764-0 — SP

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Mário da Conceição da Silva*

Advogados: *Drs. Maria Betânia do Amaral e outro*

EMENTA: *Estupro e atentado violento ao pudor contra a mesma vítima.*

Hipótese de tentativa de estupro seguida de atentado violento ao pudor consumado.

Distinção logicamente inviável entre atos libidinosos diversos da conjunção carnal (tentativa de estupro) e atos libidinosos diversos da conjunção carnal (atentado violento ao pudor).

Continuidade delitiva reconhecida.

Recurso especial conhecido mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Flaquer Scartezzini, José Dantas e Costa Lima.

Brasília, 24 de junho de 1992 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator (este acórdão deixa de ser assinado por motivo de licença do Min. Relator).

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Mário da Conceição da Silva foi condenado por tentativa de estupro

e atentado violento ao pudor, em concurso material, cometidos contra a pessoa de Ronilda Pereira Rodrigues.

Em grau de apelação, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao apelo da defesa para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Nesse ponto, o acórdão ficou assim redigido:

“Como concluiu o parecer do Dr. Procurador de Justiça, na linha da sentença, “houve tentativa de estupro e prática violenta de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, em momentos diversos”.

Nada obstante, na esteira de jurisprudência que, **data venia**, se tem como superior (cf. R.T., 492/308, 529/325, 563/320; 570/315, 601/320, 606/327, 612/316, etc.), entende-se que continuados os delitos (práticas da mesma espécie).

Pela proclamação da situação, dessarte, reduzir-se-á a punição.

Bem dosados em 2 anos de reclusão as reprimendas para cada um dos crimes — beneficiou-se o réu, sem dúvida, da não demonstração de sua condição de casado, o que redundaria no aumento de que cuida o art. 226, n^o III, do Código Penal —, pois, através do acréscimo mínimo de um sexto sobre 2 anos (continuidade de dois delitos), chega-se ao montante final de 2 anos e 4 meses de reclusão.

Porque graves as conseqüências de seu comportamento (rompeu o hímen de jovem de 17 anos de idade) e porque com outros dois envoltimentos criminais (lesão corporal dolosa e tentativa de furto — cf. fls. 41/42 e 86), limita-se a Câmara, **si et in quantum**, a deferir ao acusado o regime prisional semi-aberto. Oficiando-se nesse sentido ao MM. Juiz.” (Fls. 121).)

Inconformado com essa conclusão, ingressou com recurso especial o Dr. Procurador-Geral de Justiça do Estado, pela letra c do permissivo constitucional, citando como divergentes acórdãos da 6^a Turma desta Corte (REsp 6.131) e do Supremo Tribunal Federal (RvCr 4.762-6-SP e outros).

Após transcrever o acórdão ora recorrido, salienta o ilustre recorrente:

“Assim decidindo, **data venia**, a douta Turma Julgadora dissentiu de consolidada orientação traçada pelo Excelso Pretório que repele o cabimento da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor que, embora se integrem no mesmo gênero, são de espécie diversa. Mesmo quando sejam perpetrados contra a mesma vítima, como na hipótese dos autos. Esse, também, o entendimento firmado por nossos melhores doutrinadores (Nelson Hungria, “Comentários ao Código Penal”, Forense, 1954, vol. VIII, p. 119; Damásio E. de Jesus, “Direito Penal”, Saraiva, 1985, 3^o vol.,

Parte Especial, p. 99; Celso Delmanto, "Código Penal Anotado", Saraiva, 5ª ed., p. 290)." (Fls. 126/127).

Admitido o recurso, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer da Dra. Laurita Hilário Vaz, opina pelo conhecimento e provimento do recurso para restabelecer a decisão de primeiro grau.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Preliminarmente, conhecimento do recurso, já que o dissídio está demonstrado com julgados que consideraram não serem crimes da mesma espécie o estupro e o atentado violento ao pudor, razão pela qual, ainda que praticados contra a mesma pessoa não configurariam o denominado crime continuado.

Passo ao exame do mérito.

Conforme salientamos em voto proferido no REsp 20.871, a caracterização do crime continuado, tanto antes como depois da reforma penal de 1984, pressupõe a homogeneidade substancial das várias condutas que compõem a série delitiva. Entre nós, aliás, essa é uma inafastável exigência legal que resulta do requisito "crimes da mesma espécie" inserido entre outros, no art. 71 do Código Penal (anterior art. 51, § 2º).

Se quanto a isso não há dúvida, o mesmo se poderá dizer quanto à conceituação do que seja "crimes da mesma espécie".

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido extremamente rigorosa na aplicação desse requisito, conduzindo, na prática, embora nem sempre dizendo-o claramente, a identificar crimes da mesma espécie com crimes previstos no mesmo tipo penal. (No RECr 89.358, admitiu-se expressamente essa identificação). Daí a exclusão da continuidade delitiva entre *roubo* e *extorsão* (HC 57.564, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 28/3/80, p. 1.773, ERE 96.701, Rel. Min. Moreira Alves, RT 600/438) entre, *furto* e *roubo* (RE 99.630, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ 1º/6/84, p. 8.732, RE 99.467, Rel. Min. Néri da Silveira, RTJ 109/345) e entre *estupro* e *atentado violento ao pudor* (vários julgados citados no recurso).

A 6ª Turma deste Tribunal acompanhou essa jurisprudência, pelo voto de desempate, ficando vencidos os Ministros Vicente Cernicchiaro e Carlos Thibau (REsp 6.131).

Pensamos ser essa uma interpretação restritiva insustentável diante dos dispositivos do Código Penal em exame, já que, prevendo o art. 71, **caput**, a aplicação da pena mais grave quando os crimes sejam diversamente punidos ("aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas"...), é óbvio que o legislador penal brasileiro estendeu o crime continuado para condutas homogêneas, embora previstas, por diversificação de circunstâncias, em tipos incriminadores diversos. (Nesse sentido, consultem-se **Mirabete**, *Manual*, 1,

5ª ed., p. 315, **Fragoso**, *Lições PG*, 7ª ed., p. 368).

Assim, o fato de o estupro constar do art. 213 e o atentado violento ao pudor do art. 214, não constitui óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva.

Sob esse aspecto, como fez o acórdão recorrido não identífico, no estupro e no atentado violento ao pudor, crimes de espécies diferentes, já que as condutas típicas respectivas são substancialmente homogêneas.

Segundo **Maurach**, de um ponto de vista objetivo, a conduta tida por continuada pressupõe que os atos praticados pelo autor sejam homogêneos, lesem o mesmo bem jurídico e guardem entre si uma certa relação de tempo, lugar e de aproveitamento de ocasiões essencialmente iguais. (*Derecho Penal*, II, p. 433).

Esse autor salienta, entretanto, que o nexó de continuidade pode ocorrer entre tentativa e consumação, autoria única e co-autoria, mas não entre *autoria* e *participação* nem entre *ação* e *omissão* (*op. cit.*, p. 434).

Como se vê, na lição do grande penalista alemão apesar da identidade de espécies delitivas, em tese, o *modo de execução* do crime pode afastar a continuidade, quando revele condutas seguidas mas não concretamente homogêneas.

O que foi dito até aqui põe à mostra um aspecto pouco explorado da

continuidade delitiva, a sua dificuldade de conceituação e a conseqüente necessidade de exame do caso concreto para se saber se ocorre ou não uma verdadeira *unidade jurídica* nos vários delitos em série, para que recebam a qualificação de *crime continuado*, com as conseqüências penais daí derivadas.

Nelson Hungria parece ter entrevisto essa questão quando, no tópico referido no recurso, afirma:

“Se o agente, além da conjunção carnal, pratica outro ato de libidinagem não classificável entre os **praeludia coiti** (coito anal, **irrumatio in ore**, etc.), haverá concurso material de estupro e atentado violento ao pudor.” (*Comentários*, v. VII, 5ª ed., págs. 118/119).

Como se vê, nessa passagem, o grande penalista não afirma que o atentado e o estupro não sejam crimes da mesma espécie. Pelo contrário, admite até que o primeiro seja absorvido pelo segundo, nos **praeludia coiti** (crime único). Mas fala em concurso material, embora limitando-se a uma afirmação sem, contudo, dizer a razão.

Não estamos autorizados a interpretar a intenção do ilustre penalista, nessa passagem. Por isso acrescentamos, por nossa conta, àquela afirmação que, entre dois extremos, isto é, o crime único (**praeludia coiti**) e o concurso material (pluralidade de crimes), deve haver um ponto intermediário, ou seja, o crime continuado.

Não temos dúvida, porém, em afirmar que há enorme dificuldade em admitir-se a continuidade deli-

tiva entre estupro e certas formas extremadas de atentado violento ao pudor, de que são exemplos o sexo anal e o sexo oral, pela brusca mudança no *modo de execução*, pelo maior sofrimento infligido à vítima e pela reorientação do dolo do agente para a prática de uma forma anormal de ato sexual, repugnante para a generalidade das pessoas.

Assim, as condutas, tal seja o quadro em que se desenvolveram, adquirem aspectos diferenciados, revelantes, aptos a excluir a hipótese de continuidade delitiva.

Em resumo, não nos incluímos entre aqueles que proclamam a presença de obstáculo, na legislação brasileira, ao reconhecimento da continuidade delitiva entre crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tão-só pela consideração de que tais crimes não seriam da mesma espécie. Tenho, para mim, que há homogeneidade, em tese, entre os delitos em exame, ambos *espécies* semelhantes de satisfação da libido.

No caso dos autos, aliás, essa homogeneidade salta aos olhos por se tratar de tentativa de estupro, isto é, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, já que esta não se consumou, e atentado violento ao pudor (rompimento do hímen da vítima com a introdução do dedo), que também constitui ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Assim, temos, atos libidinosos em concurso com mais atos libidinosos, o que levaria a um absurdo se não os considerássemos crimes da mesma espécie.

Ante o exposto, conheço do recurso pela divergência mas lhe nego provimento.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Sr. Presidente, na realidade, a posição que tomei sobre a matéria se concilia, quer se trate de crime consumado, quer de crime tentado, pois que tais cometimentos não alteram o posto básico da questão, conforme voto que anexarei.

No caso dos autos, o equívoco do Tribunal, a meu ver, não está em reconhecer a continuidade, do estupro e um atentado ao pudor; está mais em que houve tentativa de estupro, quando, na verdade, o que houve foi o concurso formal do violento atentado ao pudor.

E desde que o recurso do Ministério Público não enseja a correção do acórdão em favor do réu, fico em mantê-lo, apesar de mostrar-se contrário à tese defendida pelo recorrente.

Acompanho, pois, a conclusão do Sr. Ministro Relator.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL Nº 17.587
— SÃO PAULO

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, pedi vista destes autos, como o fiz do REsp 20.871, para melhor me situar sobre a controvérsia da continuidade delitiva do estupro e do atentado violento ao pudor, posto que ao propósito divergiram os votos de V. Exa. neste caso e do Sr. Min. Assis de Toledo naquelo outro, ambos chamados na assembléa de 1º deste mês de junho, tudo em face do tradicional trata-

mento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Dispus-me, pois ao exame dos precedentes-supremos, todos cingidos à preocupação de distinguir entre si os crimes da mesma espécie dos crimes da mesma natureza, que na terminologia penal brasileira, a primeira continua reguindo o chamado crime continuado, e a segunda estabelecia a configuração da chamada reincidência específica, figura, esta última, já agora proscriita do Cód. Penal.

No tema dessa distinção conceitual, a justificar a persistência do Pretório Excelso em mantê-la, confesso que me convenceu a excelente fundamentação do voto do Sr. Ministro Moreira Alves, nos ERECr nº 96.701-RJ, Tribunal Pleno 12/4/84, in RTJ 144/635. Em exaustiva pesquisa doutrinária. S. Exa. confrontou os mais célebres penalistas nacionais (Nelson Hungria, Costa e Silva, Basileu Garcia, Manoel Pedro Pimentel, Magalhães Noronha, Frederico Marques, Damásio de Jesus, Anibal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso) e os estrangeiros (Antolisei, Mazini, Betiol, Delitala, Leone, Maggiore e De Marsico; assim como Maurach e Mayer), a partir dos respectivos diplomas do direito positivo pátrio. Acentuou o posicionamento acorde de que, em tese, crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas discordante na justificação do componente celular da continuidade, ora o definindo pela unidade do bem ju-

rídico ofendido, ora pelos elementos objetivos e subjetivos, ora pela unidade da regra preceptiva ou ainda pela unidade do tipo fundamental. Daí concluir, no curso de uma dissertação por mais de dez páginas daquele número da RTJ, que, no caso de que se tratava, não havia conceber-se que o roubo e extorsão são continuidade de uma mesma incriminação fragmentada em artigos diversos por motivos especiais do legislador.

À luz desse mesmo estudo, a idêntica conclusão chegou S. Exa. com apoio do Pretório, em ocasião posterior (RECr 100.788, DJ de 11/10/84), no tocante aos crimes de tentativa de estupro e atentado violento ao pudor consoante ementa deste teor:

“Concurso material de crimes. Atentado violento ao pudor (coito anal e fellatio ou irruminatio in ore) e tentativa de estupro.

Quando os atos libidinosos não são daqueles que precedem ao coito normal (**praeludia coitus**), há concurso material de atentado violento ao pudor com tentativa de estupro, ainda que praticados contra a mesma vítima, e isso porque não são eles crimes da mesma espécie, requisito esse indispensável à configuração de crime continuado que, por esse motivo, não ocorre.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Finalmente, em caso absolutamente igual ao dos autos, o Pretório

Excelso voltou ao tema da continuidade, em julgamento do Tribunal Pleno, em 30/04/87, reafirmando-o, consoante ementa seguinte:

“Revisão criminal. Estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima.

— Competência desta Corte para julgar a revisão criminal, uma vez que o acórdão objeto dele é de sua lavra.

— O acórdão revisando se adstringiu a seguir a jurisprudência desta Corte que continua firme no sentido de que o estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima, caracterizam concurso material.

— Inexistência, portanto, de contrariedade a texto expresso da Lei Penal.

Revisão improcedente.” — RvCr 4.762, votação unânime, Rel. Ministro Moreira Alves — in DJ de 19/06/87.

A partir de então, dos acórdão que consultei — um único dos quais, mais antigo (28/11/83), até divergente, dado que admitiu a continuidade de estupro com o atentado contra uma mesma vítima (RE 100.562, Rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 108/888) —, todos os demais demonstram, numa longa e invariável relação de julgados as enraizadas razões da preceituação jurisprudencial asseverante do concurso material.

Na linha desses precedentes sucessivos, o recorrente aludiu a dois acórdãos deste Tribunal, da forma como a Eg. Turma filiou-se àquela orientação predominante no Supremo Tribunal Federal. De fato, à unanimidade de votos, proferiu-se o colacionado acórdão no REsp 4.042-SP, Rel. Min. Costa Leite, DJU de 10/12/90; e por maioria, vencidos os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Relator primitivo, e Carlos Thibau, manteve-se o entendimento anterior — REsp 6.131-SP, DJU de 29/4/91.

Deste último padrão destaca-se o voto vencido, do Sr. Min. Vicente Cernicchiaro, em coincidente posicionamento do voto do Sr. Min. Assis Toledo no citado recurso de que pedi vista, enquanto que em sentido contrário, destaca-se o voto do Sr. Min. William Patterson.

Impregnado da impressão de acerto que me ficou do aludido manuseio dos anais daquele exaustivo debate da matéria do Supremo Tribunal Federal, e “longe, muito longe” de pretender responder por conta própria a excelência dos argumentos a favor da *continuidade* entre o *estupro* e o *atentado violento ao pudor*, desenvolvidos mesmo em votos vencidos naquela Suprema Corte, e seguidos neste Tribunal pelos dois brilhantes votos já citados, a meu modesto entender, a caracterização da ficção penal de que se cuida encontra-se em déficit para com o requisito primeiro que se lhe deve indagar — a espécie típica.

Na realidade, quer seja indagada pela unicidade dos objetos jurídicos (**Nelson Hungria**), pela unidade da regra perceptiva (**Frederico Marques**), ou pela unidade do bem jurídico (**Basileu Garcia**), a lembrar as proposições mais simples, penso que os crimes confrontados, apesar de agregados pela mesma natureza, distanciam-se pela inconciliável estrutura do tipo legal. A propósito, reporto-me ao voto condutor daquele segundo acórdão da Eg. Sexta Turma, lavra do Sr. Min. William Patterson, no seguinte tópico:

“Todavia, a distinção se faz pelo direcionamento dos desígnios, tão afastados uns dos outros, que conduziu o legislador a estabelecer a dualidade delituosa, e até mesmo prescrever penas diferentes. Para caracterizar seu propósito de distinguir as duas figuras e, assim, evitar confusões na hermenêutica, foi suficientemente claro ao excluir, no art. 214, a “conjunção carnal” do universo que compõe o “ato libidinoso”. A lógica, nessa conduta, parece-me irrefutável. Na primeira há uma prática normal nas relações, enquanto no segundo prepondera o desejo de práticas não convencionais.”

Em suma, Senhor Presidente, porque fiel àquela respeitável jurisprudência do Pretório Excelso, fico em aderir ao voto de V. Exa.; pelo que, também conheço do recurso e lhe dou provimento.”

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, acompanho, também, a conclusão do voto do Sr. Ministro Relator, porque está evidente que não houve tentativa de estupro, mas atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.764-0 — SP — Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Mário da Conceição da Silva. Advogados: Maria Betânia do Amaral e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento (em 24.06.92 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Edson Vidigal, Flaquer Scartezzini, José Dantas e Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

RECURSO ESPECIAL Nº 22.706-2 — AL

(Registro nº 92.0012314-7)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Cia. Açucareira Usina Laginha*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Advogados: *Ricardo Iazaby Lubambo e outro, e Luiz Ricardo Selva e outros*

EMENTA: *Tributário. Contribuição e Adicional Incidente sobre Açúcar e Álcool (CAA). Constituição de 1967 e Emenda nº 1/69. Alteração da alíquota pelo Poder Executivo. Delegação do exercício da competência ao Conselho Monetário Nacional. Possibilidade.*

No regime constitucional de 1967, com as alterações decorrentes da Emenda nº 1/69, era facultado ao Poder Executivo Federal alterar alíquotas e bases de cálculo das contribuições de intervenção no domínio econômico, que possuíam natureza parafiscal (artigo 21, inciso I, c/c § 2º).

A delegação ao Conselho Monetário Nacional do exercício da competência para alterar a alíquota da contribuição e seu adicional, incidentes sobre operações com açúcar e álcool (CAA) não agride a legislação de regência, desde que respeitados os balizamentos instituídos pelo Decreto-Lei nº 1.952/82. Precedente.

Recurso improvido, por unanimidade.

ACÓRDÃO

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília, 18 de maio de 1994 (data do julgamento).

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Insurge-se Cia. Açucareira Usina Laginha, com arrimo nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão que julgou legal e jurídica a cobrança da contribuição e seu respectivo adicional incidente sobre o açúcar e o álcool — CAA.

O recorrente alega violação aos artigos 8º e 97, VI do Código Tributário Nacional. Quanto ao primeiro, argumenta que, com o advento do Decreto-Lei nº 1.952/82, operou-se indevida delegação da competência

de fixar a alíquota da CAA ao Conselho Monetário Nacional — CMN. Quanto ao segundo dispositivo (artigo 97, VI do CTN), afirma que o citado Decreto-Lei nº 1.952/82 destinou ao Tesouro Nacional a receita proveniente da arrecadação da contribuição, desafetando sua destinação e, **ipso facto**, transmudando-lhe em imposto disfarçado.

Apontou, ainda, ocorrência de dissenso pretoriano, trazendo à colação, como paradigma, julgado do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (folha 452).

Admitido na origem, subiram os autos a esta superior instância, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): De início, aprecio as irrogações de maltrato à letra do artigo 8º do CTN, para, de pronto, afastá-las.

Com efeito, o artigo 8º do C.T.N. tem compreensão diversa e não pertine à delegação de competência ou transferência de atribuições, entre entidades da administração pública. Com efeito, dispõe o artigo 8º do CTN:

“O não exercício da competência tributária não a defere a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a que a Constituição a tenha atribuído”.

O dispositivo supra é de clareza meridiana e nele se pretendeu clarificar a discriminação constitucional de rendas tributárias. É que, a Constituição Federal estabeleceu de forma precisa, a distribuição da competência tributária entre as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados e Municípios), de forma que, com base nessa repartição um deles não possa instituir imposto cuja criação seja da competência do outro. O preceito do artigo 8º pode parecer acaciano, mas, o que pretendeu afirmar foi que, “ainda que uma pessoa jurídica de direito público não institua um tributo que lhe foi constitucionalmente conferido, a sua omissão não permite que pessoa jurídica de direito público diversa venha a criar esse mesmo imposto. Exemplificando: Se o Estado da Federação não cria o ICM sobre determinado fato gerador, o Município, com o só fato da omissão do Estado, não fica autorizado a instituí-lo. O dispositivo invocado se dirige, como a própria recorrente reconhece à União, Estados e Municípios, não alcançando os demais órgãos da administração pública, mesmo porque, a estes, a Constituição não confere competência para a instituição de tributos. Demais disso, inexistente antinomia com a lei (artigo 8º do CTN) na *delegação*, pelo Decreto-Lei nº 1.952/82, ao Conselho Monetário Nacional, para a fixação da *alíquota* da C.A.A. Essa delegação, em se tratando de contribuições parafiscais, era constitucionalmente possível, desde que veiculada através de

lei. É o que preleciona o jurista **José Souto Maior Borges**, no Parecer — fls. 131:

“Competência administrativa não se presume. Há de ser expressa ou claramente implícita em texto legal. Em certo sentido e como ensina insuperadamente **Seabra Fagundes**, administrar é aplicar a lei de ofício. E toda atribuição de competência administrativa envolve o seu balizamento dentro dos confins (os limites) que lhe impõe a lei. A competência administrativa é limitada precisamente neste sentido: nenhuma outra autoridade, não compreendida na outorga, pode vir a exercer funções para as quais não está legalmente habilitada” (fl. 131)”.

Como se observa, a delegação da competência ao CMN, para a alteração da *alíquota*, desde que inserida em lei, não fere qualquer postulado jurídico constitucional vigente no País. Não vislumbro, pois, configurada qualquer ofensa ao artigo 8º do CTN.

Quanto à indigitada afronta ao artigo 97, IV, do CTN, a recorrente não conseguiu demonstrar. Com efeito, estabelece o questionado dispositivo:

Art. 97 — “Somente a lei pode estabelecer:

IV — a fixação da alíquota do tributo e de sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65”.

Vale salientar, desde logo, que no regime da Constituição Federal de 1967, com a Emenda 1/69, a contribuição do IAA tinha, segundo a jurisprudência predominante, a feição de contribuição *parafiscal*, tendo sido criada como intervenção no domínio econômico ou no interesse de categorias profissionais (Constituição Federal, artigo 21, § 2º). Preceitua o § 2º artigo 21 da Constituição Federal de 1967:

§ 2º — A União poderá instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.

Observe-se, desde logo, que o dispositivo supratranscrito, em fazendo remissão ao inciso I do artigo 21, faculta, ao Poder Executivo, alterar a *alíquota* ou a *base de cálculo das contribuições*, sem sequer submeter essas alterações ao princípio da anterioridade tributária. Entende-se, pois, que o Decreto-Lei nº 1.952/82 não criou nova hipótese de incidência, mas tão-só alterou a alíquota da contribuição — CAA, consoante a expressa autorização, conferida ao Executivo, inscrita no artigo 21, I, da Constituição pretérita.

Ademais, tendo em vista a natureza *parafiscal* da contribuição do IAA, era possível, como se entendeu

no acórdão hostilizado, a delegação a entidade paraestatal (CMN) com o fito de disciplinar a sua cobrança, fixando-lhe a majoração, ainda mais quando, no próprio contexto da lei (que conferiu essa delegação, quando da criação da CAA, foram fixados limites, dentro dos quais as entidades competentes, por delegação, poderiam, disciplinar a sua instituição e destino. O fato gerador da contribuição é a atividade de transformação da cana e tem a finalidade de custear a intervenção da União na economia canavieira nacional, não havendo relação substancial com a operação de circulação de mercadorias.

Este entendimento, na verdade, põe-se cõnsona com o escólio anteriormente agasalhado por esta egrégia Primeira Turma no julgamento do REsp nº 32.682-9/SP, relatado pelo eminente Ministro **Garcia Vieira**, e que restou assim ementado:

“Tributário — Contribuição e adicional — Açúcar e álcool.

A Constituição Federal anterior conferia poder à União para alterar alíquotas e bases de cálculo das contribuições de intervenção no domínio econômico.

É possível a delegação a entidades paraestatais para disciplinamento da cobrança das contribuições ao IAA, respeitado o limite máximo fixado pelo Decreto-Lei nº 1.952/82.

Recurso improvido.” (REsp 32.682-9/AL (93.0005577-1) pub. no DJ 23.08.93).

Quanto ao dissenso pretoriano, não restou configurado. É que, após transcrever excerto de decisório do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, como paradigma, escreveu a recorrente: “A afetação da receita da contribuição parafiscal é fundamental à sua caracterização e conseqüente legalidade”. E confirma: “Conquanto o acórdão recorrido não se tenha manifestado de forma expressa a respeito, a matéria foi questionada nas contra-razões de apelação. “Deste modo, ao dar provimento à apelação o **decisum** implicitamente, rejeitou a tese da recorrente, e entendeu que a contribuição **sub examen** não perdia sua característica parafiscal, transmudou-se em impostos” (fls. 204 e 205).

Como é óbvio, a própria recorrente afirma, de forma expressa e clara, que o decisório recorrido não examinou, nem decidiu a tese sobre a feição parafiscal das contribuições. Isso significa que o *leading case* não serve para efeito de comparação, desde que tratou de matéria diversa daquela discutida no acórdão objugado. A afirmação de que, se a matéria estaria embutida na apelação e, ao dar provimento a esta, o **decisum**, indiretamente, rejeitou-a não tem fomento de direito e não basta à configuração do conflito pretoriano, na forma regimental, que deve ser explícito e claro. Omitindo-se, o decisório, no julgamento de questão que lhe era de suma importância, teria que usar, como de fato o fez, dos embargos declaratórios.

Todavia, se, ao julgar os embargos, o Tribunal **a quo** afastou a alegativa de omissão do julgado, por inexistir, a recorrente teria que embasar o Recurso Especial, sob o pálio da letra **a**, na invocação de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil, segundo os precedentes desta e da Suprema Corte de Justiça (e não o fez).

Por tais razões, conheço do recurso pela letra **a**, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros, este processo nem sequer poderia ter sido trazido a julgamento hoje, especialmente depois que recebi um memorial subscrito pelo eminente Advogado que acaba de fazer sustentação oral da tribuna.

É que, como V. Exas. acabaram de ouvir, ele trouxe novos argumentos ao deslinde da causa. Mas como, ao receber este memorial, já tinha conhecimento de que o eminente Advogado Martorelli, que acaba de fazer a brilhante sustentação oral, tinha viagem marcada para Brasília, no dia de hoje, exatamente para defender este ponto de vista da tribuna, este processo não poderia ser mais adiado.

Por esta razão, em relação a essa questão, não me foi possível fazer um voto escrito. Tentarei apreciar, de improviso, esses argumentos trazidos, somente agora, pelo eminente Advogado.

Em primeiro lugar, sabemos — assim como o sabe o eminente Advogado — que o “especial” é um recurso formal, e os seus pressupostos estão previstos expressamente na Lei nº 8.034, artigo 26, que dispõe: “do recurso especial constará a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento respectivo, as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.”

Esses requisitos não de vir ao ensejo da petição de recurso. Entretanto, em relação aos novos argumentos trazidos no memorial e repisados, agora, da tribuna, o eminente Advogado, na formulação do seu recurso, a eles não se referiu, sequer através de uma única palavra.

Tive ocasião de ler todo o recurso e vou relê-lo agora, especificamente na parte pertinente à violação do dispositivo de Lei Federal. Assim está formulado o recurso: (lê)

“O acórdão recorrido violou
.....
..... cujo efeito será analisado
no recurso extraordinário.”

Em relação a esse aspecto, o eminente Advogado poderá ter tratado, como de fato o tratou, mas no recurso extraordinário. Porém não poderíamos julgar aqui matéria que esteja inserida no recurso excepcional, sem que usurpássemos competência da Suprema Corte de Justiça. (Lê)

“Violou ainda a decisão
.....
.... tudo como medida de justiça.”

Como V. Exas. acabam de ver, a questão de terem sido ou não, os Decretos-Leis nºs 308, 1.714 e 1.952, que criaram a CAA (contribuição do IAA a ser paga pelas usinas) e se estes foram ou não recepcionados pelo sistema constitucional vigente, nenhuma palavra sequer foi dita por ocasião da formulação do recurso. E como se sabe, o recurso especial, por ser formal, e os seus requisitos devam vir preestabelecidos, desde logo, na petição), não pode ser ratificado, nem retificado posteriormente, e, tampouco, emendado, pelo Ministério Público, cujo parecer, datíssima vênua, deveria se cingir à matéria inserida no corpo do recurso, conforme estabelece a lei.

Desta forma, essa matéria da recepção, no tocante à compatibilidade ou não entre esses decretos-leis e a Constituição vigente, não foi prequestionada. E no recurso especial, não se pode adotar o chamado **jura novit curia**. Primeiramente, porque se exige, desde logo, que os dispositivos porventura violados, sejam transcritos na petição de recurso, para possibilitar o cotejo entre eles, os fatos e os demais dispositivos constitucionais (ou legais), a fim de que o Juiz tenha condição de dizer se eles foram ou não violados (ou recebidos pelo Sistema Constitucional) e também para evitar que, trazidos ao conhecimento do Juiz, nesta fase do recurso excepcional, sejam julgadas matérias com supressão das instâncias ordinárias.

Inexistindo o prequestionamento, é impossível se conhecer dessa matéria. Quanto aos demais argumentos, o meu voto por escrito, que passo a ler, faz remissão a todos eles, conforme V. Exas. poderão observar:

“De início, aprecio as irrogações
desta egrégia Corte de Justiça.”

A tese do eminente Advogado é relevantíssima. É bem provável que a legislação que instituiu a contribuição para o IAA tenha sido revogada pela Constituição Federal de 1988. Mas eu precisaria, para fazer este julgamento, que essa matéria estivesse embutida no recurso, constando, em primeiro lugar, do princípio da legalidade inscrito no art. 97, inciso I, do Código Tributário Nacional; e, em segundo lugar, pelo menos da referência aos arts. 149, 150, inciso I, e 156 da Constituição Federal a que V. Exa. se referiu. Para efeito de uma comparação, de uma aferição, de um julgamento, se realmente a Constituição teria revogado a lei. Mas, como se trata de um recurso formal, e todos os fundamentos fáticos e jurídicos têm que vir, desde logo, inseridos na petição inicial, não posso julgar uma matéria estranha ao recurso, sob pena de infringir todos os princípios atinentes ao cabimento do especial.

Por tais razões, conheço do recurso pela letra a, mas nego-lhe provimento.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Peço vista.

É como voto.

MATÉRIA DE FATO

O DR. JOÃO HUMBERTO MARTORELLI (Advogado): Senhor Presidente, a questão do artigo 97, inciso IV, princípio da legalidade, está levantada no recurso.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Mas não é a do inciso IV, **data maxima venia**, que V. Exa., deveria levantar, e sim a do inciso I, do mesmo artigo 97, que seria o princípio da legalidade, revogado pelo princípio constitucional subsequente da Constituição Federal de 1988.

O DR. JOÃO HUMBERTO MARTORELLI: Senhor Presidente, não quero insistir na questão do artigo 97, inciso IV, porque seria matéria de direito, e devo fazer esclarecimentos sobre matéria de fato. Gostaria de fazer uma observação sobre o seguinte: a questão da recepção foi apreciada pelo Tribunal a **quo**, o qual entendeu que não teria sido recepcionada, exatamente por conta disso foi apontada violação ao artigo 97 do Código Tributário Nacional.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Ela foi apreciada pelo Tribunal, porém não constou do recurso de V. Exa. Não posso julgar contrariamente àquilo que está no recurso. Se V. Exa. silenciou no recurso, datíssima vênia, equivale a uma renúncia àqueles argumentos. E, se pedido houvesse, também haveria renúncia àquela parte do pedido a que V. Exa. silenciou.

O DR. JOÃO HUMBERTO MARTORELLI: O artigo 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional, diz que somente a lei pode estabelecer a fixação da alíquota do tributo.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Mas onde está o princípio da recepção embutido, onde está o princípio que a Constituição revoga toda a legislação anterior naquilo que conflitar com ela?

O DR. JOÃO HUMBERTO MARTORELLI: Senhor Presidente, isto é pressuposto do conhecimento deste artigo 97.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Matéria implícita não se pode julgar em recurso especial; é absolutamente impossível.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 22.706-2 — AL — (92.0012314-7) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Cia. Açucareira Usina Laginha. Advogados: Ricardo Iazaby Lubambo e outro. Recda.: Fazenda Nacional. Procs.: Luiz Ricardo Selva e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. João Humberto Martorelli, pela Recorrente.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Relator, Demócrito Reinaldo, negando provimento ao recurso, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira (em 07.03.94 — 1ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Discute-se a cobrança da Contribuição relativa à produção de açúcar e álcool.

O E. Ministro Relator declara correta a exação.

Fomenta-se nos argumentos de que:

a) o Art. 8º do CTN veda a invasão de competência tributária entre as unidades federadas. Não veda, contudo, a delegação de poderes entre diversos órgãos ou pessoas componentes de uma das daquelas unidades;

b) no regime de 1967, a contribuição do IAA guardava o caráter de parafiscal; cujo valor pode ser alterado por lei ordinária;

c) em se tratando de contribuição parafiscal, era possível, mediante Lei, delegar a fixação de alíquotas e a disciplina da cobrança;

d) o dissídio pretoriano não foi demonstrado satisfatoriamente.

Pedi vista dos autos, porque me restava a impressão de existir, na hipótese, divergência jurisprudencial.

De outra parte, o Memorial que nos ofereceu o E. Advogado J. Humberto Martorelli suscitou questão fascinante; a de que os DL 308/67, 1.712/79 e 1.952/82 não teriam sobrevivido à Constituição Federal de 1988.

Verifiquei, entretanto, que o tema relativo à recepção dos três diplomas normativos está sediado no Direito Constitucional. Tanto, que integra recurso extraordinário interposto pela ora Recorrente.

Acompanho o E. Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 22.706-2 — AL — (92.0012314-7) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Cia. Açucareira Usina Laginha. Advogados: Ricardo Iazaby Lubambo e outro. Recda.: Fazenda Nacional. Procs.: Luiz Ricardo Selva e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 18.05.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 22.832-7 — SP

(Registro nº 92.0012481-0)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrentes: *Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais, Cotra S.A. Empresa Comercial Exportadora e Instituto de Resseguros do Brasil — IRB*

Recorridos: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Maria Aparecida Santiago Leite e outros, Antonio Vilas Boas Teixeira de Carvalho e outros, e Theotônio Negrão e outros*

EMENTA: *Seguro. Responsabilidade civil. Transporte marítimo.*

Imprequestionamento (Súmula 282-STF) e pretensão de reexaminar matéria probatória.

Inaplicabilidade ao caso do art. 698 do Código Comercial, pois não se trata de avaliação em seguros feitos em moeda estrangeira.

Se o sinistro ocorrer dentro do prazo de pagamento do prêmio, sem que ele se ache efetuado, o direito à indenização não ficará prejudicado, se o segurado cobrir o débito ainda dentro do prazo contratualmente estipulado. Precedentes do STF e STJ.

Feita a denúnciação da lide ao instituto ressegurador, restaram cumpridos o art. 68 e seus parágrafos do Dec.-Lei nº 73, de 21.11.66.

Recursos especiais não conhecidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer dos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação de cobrança

de seguros e de indenização por perdas e danos proposta por "Cotra S.A. Empresa Comercial Exportadora" contra "Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais" e "Instituto de Resseguros do Brasil — IRB" em razão de acidente de transporte marítimo em que afetada carga de feijão (14.678.430 kgs). Segundo a autora, em 11.12.84, o navio "Beograd", de bandeira iugoslava, que transportava a carga de feijão, ao trafegar fora do canal do Rio São Lourenço, no Canadá, abalroou a embarcação belga "Federal Danube", que se achava ancorada. Em consequência, rasgaram-se as chapas de bombordo, ensejando penetração de água nos porões 6 e 7 e ocasionando a perda da carga. Tentaram-se reparos provisórios para o efeito de cumprir-se o contrato de transporte. Porém, com o largo tempo decorrido, o remanescente da carga acabou por deteriorar-se, tornando-se imprópria para o consumo humano. Enquanto se desenrolavam os fatos no Canadá, a autora recebeu o adiantamen-

to da indenização, relativa à perda da mercadoria que havia nos porões 6 e 7 do navio, sem juros e com dedução do valor dos salvados, no importe de US\$ 2,122,311.30.

A seguradora-ré promoveu a denunciação da lide ao órgão ressegurador.

O MM. Juiz de Direito julgou procedente a demanda, mas a decisão foi anulada, a fim de que se permitisse às partes a produção de provas orais.

Nova sentença foi proferida (fls. 2.356/2.379), a qual julgou procedente a ação, para condenar:

“I — a co-ré Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais a pagar à autora: a) — a quantia de US\$ 8.513.489,40 (oito milhões, quinhentos e treze mil, quatrocentos e oitenta e nove dólares e quarenta centavos), deduzindo-se o adiantamento já pago, no valor de US\$ 2.122.311,20 (dois milhões, cento e vinte e dois mil, trezentos e onze dólares e vinte centavos), mais o produto da venda dos salvados da carga como for apurado em regular liquidação por artigos; b) — o prêmio proporcional do seguro referente à parte da reclamação não indenizada, no valor de US\$ 83.102,00 (oitenta e três mil e cento e dois dólares); c) — a sobre estadia devida aos Armadores, em decorrência da ordem ao IRB em seguir viagem desnecessariamente, após a declaração de abandono da carga, estimada em

US\$ 96.600,00 (noventa e seis mil e seiscentos dólares); d) — o óleo diesel pago desnecessariamente ao navio, após a declaração de abandono, estimado em US\$ 15.525,00 (quinze mil, quinhentos e vinte e cinco dólares), cujo montante será apurado em regular liquidação por artigos; e) — o custo do navio parado, a partir de 02.03.85, após a declaração de abandono, estimado em US\$ 210.000,00 (duzentos e dez mil dólares) conforme for apurado em regular liquidação por artigos; f) — as despesas suportadas com Advogados e Peritos em Montreal, New York, Savannah, Rio de Janeiro, São Francisco do Sul e Santos, estimadas em US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares), a serem apuradas em regular execução por artigos; g) — as despesas de viagem dos representantes da autora ao Canadá, Estados Unidos e Rio de Janeiro, estimadas em US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares), conforme for apurado em regular liquidação por artigos; h) — as despesas com despachantes e agentes em Santos, desnecessariamente contratados, após a declaração de abandono da carga aos seguradores, conforme forem apuradas em liquidação por artigos, estimadas desde logo em US\$ 10.000,00 (dez mil dólares); i) — despesas com o procedimento de venda dos salvados nos Estados Unidos, conforme for apurado em liquidação por artigos, estimados em US\$ 300.000,00 (trezentos mil dólares); j) — pre-

juízos da autora em cancelamento de linhas de crédito e de negócios, a serem apurados em regular liquidação por artigos; k) — os gastos com combustível do navio, na quantia de US\$ 238.517,47 (duzentos e trinta e oito mil, quinhentos e dezessete dólares e quarenta e sete centavos);

II — o co-réu Instituto de Resseguros do Brasil — IRB a compor os danos morais sofridos pela autora, em razão da campanha difamatória já aludida, os quais serão apurados em regular liquidação por artigos.

Condeno os co-réus, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios do Procurador da autora, fixada esta verba em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação especificada nos itens I e II desta decisão, entendida a expressão à soma do principal corrigido mais juros. Custas em proporção. Justifico o percentual dos honorários pelos termos do artigo 20, § 3º, do C.P.C., bem como pelo ótimo trabalho elaborado, em matéria dificultosa e complexa, e ainda pela necessidade de se remunerar condignamente a profissão.

A moeda estrangeira será convertida para a nacional ao câmbio do dia da chegada do navio neste Porto de Santos, a partir de quando será corrigida monetariamente até o efetivo pagamento, pelas ORTN's, de acordo com a Lei nº 6.899/81. Sobre as verbas

da condenação se acrescerá, ainda, juros de mora, à taxa legal, contados desde a citação.

Deixo de mandar desentranhar os documentos constantes dos volumes 6 e 7, tendo em conta que serão utilizados na apuração dos danos já referidos na fase de liquidação.

Finalmente, *julgo procedente* a ação de garantia (denúnciação da lide), declarando o denunciado à lide (I.R.B.) responsável perante a denunciante pelo que esta pagar à autora, em decorrência da condenação, até o limite de sua responsabilidade e pelo resseguro da carga que não foi recebida pela autora, apurando-se em regular execução por artigos, e valendo a presente sentença como título executivo (art. 76, do C.P.C.).” (fls. 2.376/2.379).

A Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por maioria, deu provimento parcial aos apelos do IRB e da seguradora para, reduzindo a verba honorária a 15% do valor previsto na sentença, distribuir os ônus da sucumbência, em 1/5 para o primeiro apelante e 4/5 para a segunda. Nesse julgamento, restou vencido parcialmente o 3º Juiz, que: a) julgava a autora carecedora da ação proposta em relação ao co-réu “Instituto de Resseguros do Brasil”; b) excluía da condenação imposta à co-ré seguradora a parcela sob a letra **j** mencionada na decisão de 1º grau (prejuízos decorrentes do cancelamento de créditos e negócios); c) decretava a sucumbência recíproca à vista da ilegitimidade reconhecida quanto ao IRB.

Foram opostos embargos declaratórios pela seguradora e pelo Instituto, tendo sido recebidos, em parte, apenas os deste último para retificar-se o julgamento da apelação, no sentido de que se deu provimento parcial aos recursos, vencido parcialmente o 3º Juiz, que o dava em maior extensão.

Contra a parte não unânime do julgado, os réus ofereceram embargos infringentes, que foram recebidos, a fim de fazer prevalecer integralmente o voto vencido do 3º Juiz no julgamento da apelação.

Novos declaratórios foram opostos, mas rejeitados.

Dois recursos especiais foram manifestados com respeito à parte unânime do Acórdão proferido em sede de apelação, o primeiro pela “Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais” (fls. 3.239/3.244), o segundo pelo Instituto de Resseguros do Brasil — IRB” (fls. 3.256/3.271). A empresa seguradora argüiu contrariedade aos arts. 666 a 796 do Código Comercial, especialmente ao art. 710, sob a assertiva de que o segurador não pode ser condenado a indenizar mais do que segurou; ao art. 730 do mesmo Código, ao argumento de que o segurado não tem ação de cobrança enquanto não apresentar ao segurador a conta de seus prejuízos; aos arts. 753 a 760 do Código Comercial, pois o segurado não tem ação de cobrança se não fizer o abandono ao segurador da coisa segurada; ao art. 711, inc. 11, do citado diploma legal, já que o segurador não

responde por dano ou avaria que não exceda de 3% do valor segurado; ao art. 729 do Código Comercial, porquanto o segurador, condenado a pagar o valor do seguro, não pode ser obrigado a devolver o prêmio respectivo; aos arts. 159 e 1.056 do Código Civil, sob a afirmativa de que não praticou ilícito, por ação ou omissão voluntária; ao art. 1.454 do mesmo “Codex”, diante do agravamento dos riscos promovidos pelo segurado; ao art. 698 do Código Comercial, sustentando que a conversão do seguro para a moeda nacional se faz ao câmbio da data da apólice; ao art. 952 do Código Civil, dizendo que nenhuma obrigação é exigível antes de seu vencimento; aos arts. 955, 962, 963 e 1.061 do CC, de vez que os juros de mora só podem ser cobrados se houver mora a partir dela; ao art. 396 do CPC, sob o asserto de que não pode haver condenação sem prova; se a prova é documental, a juntada dos documentos não pode ser diferida para a execução; e ao art. 460 do CPC, pois o réu não deve ser condenado a pagar duas vezes a mesma coisa.

De sua vez, o IRB apontou negativa de vigência do art. 12 e seu parágrafo único, do Dec.-Lei nº 73/66 (o pagamento do prêmio deve ser feito antes da ocorrência do sinistro); do art. 458, inc. II, do CPC (o Acórdão está sem suporte na prova dos autos; acha-se desprovido de qualquer fundamentação); do art. 535, II, do CPC (o julgado não se pronunciou acerca de questão invocada em sede de embargos declaratórios —

desvio de rota da embarcação); nesse tópic, trouxe como dissidente o aresto publicado na RTJ 125/1.344; negativa de vigência do art. 698 do Código Comercial (a conversão da moeda nacional opera-se tomando por base o valor da moeda estrangeira na data da apólice); do art. 1º do Dec.-Lei nº 857, de 11.9.69 (a obrigação somente pode ser satisfeita em moeda nacional).

Irresignada com o **decisum** prolatado em grau de embargos infringentes, a autora também apresentou recurso especial (alíneas **a** e **c** do permissor constitucional), asseverando vulneração do art. 5º, V e X, da Constituição Federal; 159 e 1.547 do Código Civil, 68, parágrafo único, do Dec.-Lei nº 73/66; 20, § 3º, **a**, **b** e **c**, 530, 535, incs. I e II, do CPC, além de dissídio interpretativo com arestos dos Tribunais de Justiça de São Paulo e Minas Gerais. Aduziu a recorrente, em síntese, o seguinte: a) a ação delituosa do Instituto de Resseguros do Brasil, com a conivência da seguradora, desenvolveu-se comprovadamente em várias frentes; b) não cabem embargos infringentes em Acórdão unânime; c) o IRB é litisconsorte necessário nos termos do art. 68, § único, do Dec.-Lei nº 73/66, não podendo ser excluído da condenação; d) descabido o arbitramento da verba honorária do IRB em percentual mais elevado (20%); e) a Câmara deixou de enfrentar as dúvidas, contradições e obscuridades suscitadas nos embargos de declaração.

Contra-arrazoados os apelos extremos, o interposto pela Compa-

nhia de Seguros foi admitido, sendo indeferidos os demais. Estes últimos foram mandados processar para melhor exame da controvérsia, em razão de provimento aos agravos interpostos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Tocante ao apelo especial interposto pela seguradora, restaram impquestionados os temas concernentes aos arts. 666 a 796 do Código Comercial, dos quais o único apontado especificamente foi o art. 710 (o segurador não pode ser condenado a indenizar mais do que segurou); ao art. 730 do mesmo Código (o segurado não tem ação de cobrança enquanto não apresentar ao segurador a conta de seus prejuízos); aos arts. 753 a 760 do mesmo diploma legal, indicados de forma genérica (falta de abandono ao segurador da coisa segurada); ao art. 711, inc. 11, do mesmo *Codex* (dano ou avaria que não exceda a 3%); ao art. 729 do C. Com. (condenação de devolver o prêmio); ao art. 952 do Código Civil (exigibilidade da obrigação); ao art. 460 do CPC (condenação dúplice).

Incide aí o enunciado da Súmula 282 do Excelso Pretório, de conformidade com o qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

De outro lado, a alusão feita ao art. 396 do Código de Processo Civil

mostra-se inteiramente anódina no caso, desde que a petição inicial veio instruída com as cópias dos documentos tidos como indispensáveis à propositura da demanda, cujos originais se acostaram aos autos afinal por determinação do Eg. Tribunal a quo. A assertiva de que não pode haver condenação sem prova é estranha ao mencionado preceito legal e, demais, evidencia a pretensão de reexaminar matéria probatória, inviável no bojo do recurso especial (Súmula nº 07-STJ).

Por igual, invade o campo da área fática, a que é de todo alheio o apelo extremo aforado, a asserção de que não se praticou ato ilícito algum, por ação ou omissão voluntária (arts. 159 e 1.056 do CC).

É de ser dito o mesmo acerca da ocorrência da mora. Tocante à época de fluência dos juros moratórios, inafastável a aplicação do disposto no art. 219 do Código de Processo Civil.

Por último, fica a questão da conversão da moeda estrangeira para a nacional, tema, aliás, abordado também pelo recorrente ressegurador. Não se verifica — bem de ver — contrariedade alguma ao art. 698 do Código Comercial, uma vez que, conforme deixara destacado o **decisum** recorrido em sede de embargos declaratórios, a referida norma legal somente diz respeito à avaliação em seguros feitos sobre moeda estrangeira, de que aqui não se cuida.

2. Tanto quanto o da seguradora, o recurso manejado pelo Instituto de Resseguros do Brasil não prospera.

A alegação de negativa de vigência do art. 698 do Código Comercial é comum a esses recursos, já tendo sido acima objeto da devida apreciação.

Há u'a questão prévia atinente à ausência de fundamentação do julgado recorrido. Todavia, o V. Acórdão discorreu **quantum satis** sobre a perda inicial de parte da carga transportada e, ainda, sobre a deterioração do remanescente por haver se tornado imprópria ao consumo humano. Em suma, não há dúvida alguma sobre a motivação expendida quanto ao comportamento ilícito, por ação ou omissão, do co-réu ressegurador. O asserto de que não há embasamento da decisão na prova coligida está a reclamar — sem dúvida — o revolvimento de tema fático, com a incidência nesse ponto de já citada Súmula nº 07 desta Casa.

Não se trata, de qualquer forma, de decisão desfundamentada. Quanto à falta de pronunciamento específico sobre cada um dos diversos itens do pedido formulado na exordial, cabia ao recorrente provocar a explícita manifestação e eventual suprimento da omissão pelo órgão julgador, através da via própria.

Não vejo, outrossim negativa de aplicação **in casu** do art. 535, inc. II, do CPC. É que o decisório recorrido, instigado pela empresa seguradora acerca da preceituação do art. 1.454 do Código Civil Brasileiro (que fica neste tópico também examinado em face da afinidade das

questões), não deixou de apreciar a temática em sede de embargos declaratórios, *in verbis*: “Quanto às despesas posteriores à chegada do navio, não se pode imputar à autora — que não é armadora nem lhe podia ditar normas — os gastos com o deslocamento do navio transportador; não se cuidava de carga de pequeno monte nem livre dos riscos de deterioração”. (fls. 3.162). Era o suficiente para arredar a alegação de desvio de rota e de agravamento de risco pela segurada. Vale acentuar, de todo o modo, que este aspecto da defesa oferecida por ambos os réus envolve igualmente matéria de fato, com o que não se compadece a natureza do recurso excepcional.

O dissídio pretoriano (alínea c do admissivo constitucional) consequentemente não se aperfeiçoa, até porque o Acórdão recorrido não se contrapõe, quanto à tese, ao aresto carreado como paradigma.

Sustenta, ainda, o instituto ressegurador que a segurada não tinha direito ao recebimento do seguro, pois o pagamento do prêmio deve ser feito antes da ocorrência do sinistro.

A propósito, colhe a observação registrada no voto vencedor da lavra do ilustre Juiz, hoje Desembargador, Regis Fernandes de Oliveira, segundo a qual o que se achava segurado era o feijão e não o navio. São palavras textuais de S. Exa.: “Está evidente que se o sinistro (desastre) ocorreu no dia 11 de dezembro de 1984 (embate das embarca-

ções), menos verdade não é que a deterioração do feijão ocorreu posteriormente” (fls. 3.130).

Tal pormenor, de caráter fático, já afasta a assertiva de negativa de vigência do art. 12 e parágrafo único do Dec.-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.

Não bastasse, este C. Tribunal, pela sua Eg. Terceira Turma, em hipótese na qual se teve ocasião de afastar a invocação de ilegalidade dos decretos regulamentadores do supramencionado Dec.-Lei nº 73/66, decidiu:

“Normas que regem matéria securitária admitem o fracionamento do valor do prêmio. Todavia, se o sinistro ocorrer dentro do prazo de pagamento do prêmio, sem que ele se ache efetuado, o pagamento dos danos não será prejudicado, contanto que o segurado o adimpla no prazo contratualmente clausulado” (REsp nº 9.138-RS, rel. Ministro Waldemar Zveiter).

É essa a diretriz imprimida pela Suprema Corte (RTJ 66/793 e 88/340).

Não se vê, outrossim, negativa de aplicação do art. 1º do Dec.-Lei nº 857, de 11.9.69, sobre cuja incidência, na espécie, o V. Acórdão recorrido, por sinal, não cogitou sequer. O que importa, de qualquer maneira, é que a autora não está cobrando a quantia devida em dólares americanos, mas sim o equivalente

em moeda nacional. Assim, não há na espécie óbice algum ao livre curso da moeda brasileira.

3. O apelo especial da segurada, apesar da veemência com que redigido, não apresenta foros de viabilidade.

Somente em recurso extraordinário é cabível o julgamento de alegação pertinente à ofensa ao texto constitucional.

O Acórdão proferido em Apelação à evidência não teve desfecho unânime, já que o Terceiro Juiz deu provimento parcial às apelações interpostas em maior extensão, daí ensejando o oferecimento dos embargos infringentes pela co-ré seguradora e pelo co-réu ressegurador.

No que tange à posição do IRB na lide, a irresignação da recorrente, frente ao disposto no art. 68 do Dec.-Lei nº 73/66, não se justifica. É que o aludido órgão foi convocado a responder à demanda sob dupla qualidade: a) como réu, no pólo passivo, em razão de seu comportamento considerado ilícito, por ação e omissão, inclusive diante da campanha difamatória que teria tentado contra a empresa segurada; b) como litisdenunciado. Ora, desde que feita a ele a denúncia da lide, cumpridos restaram o art. 68 e parágrafos do supra referido Decreto-Lei.

O que o Tribunal de origem entendeu em grau de embargos infringentes — e aí em função de todo o quadro probatório reunido nos autos — é que a autora é carecedora da ação proposta contra o mencionado

Instituto, inclusive no que concerne aos denominados danos morais. Assim, para avaliar-se a eventual contrariedade aos arts. 159 e 1.547 do CC seria de absoluto rigor atribuir-se nova versão aos fatos, a que, no entanto, se opõe a já lembrada Súmula 07-STJ.

Desassiste razão também à recorrente na parte relativa à determinação da verba advocatícia por ela devida em favor da entidade resseguradora, com o decorrente reconhecimento da sucumbência recíproca. A fixação da honorária depende, como se sabe, dos fatos da causa, de forma que a pretensão deduzida nesse particular esbarra não só na citada Súmula nº 07-STJ, como também na de nº 389 do Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se por derradeiro que a Eg. Câmara do Tribunal a quo enfrentou os itens destacados pela ora recorrente em sede de embargos declaratórios (não se aponta onde a omissão alegada) e que não se concretizou, de resto, o dissenso jurisprudencial, seja porque não observadas as prescrições regimentais (art. 255, e parágrafos do RISTJ), seja porque o V. Acórdão não tratou do tema concernente à indenizabilidade ou não do dano moral.

4. Do quanto foi exposto, não conheço dos recursos.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TÔRREÃO BRAZ: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Também não conheço dos recursos interpostos, na mesma linha do voto do Ministro Relator, quer por não ter sido contrariado nenhum dos dispositivos legais infraconstitucionais, quer porque a matéria versaria em grande parte sobre aspectos fáticos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 22.832-7 — SP — (92.0012481-0) — Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais. Advogados: Maria Aparecida Santiago Leite e outros. Recte.: Cotra S/A Empresa Comercial Exportadora. Advogados: Antonio Vilas

Boas Teixeira de Carvalho e outros. Recte.: Instituto de Resseguros do Brasil — IRB. Advogados: Theotônio Negrão e outros. Recdos.: Os mesmos. Sustentaram, oralmente, os Drs. Maria Aparecida Santiago Leite, pela 1ª Recorrente; Luiz Leonardo Goulart, pela 2ª Recorrente; e Sérgio Servulo Cunha, pelo 3ª Recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu dos recursos (em 22.03.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 23.398-0 — RS

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Pedro Moacyr Madeira Gonçalves*

Advogado: *Dr. Ruy Fernando Zoch Rodrigues*

Recorrido: *Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul*

EMENTA: *Processual Penal. Prescrição da ação.*

A extinção da punibilidade pela prescrição da ação, ou da pretensão punitiva, prejudica o exame do mérito da apelação criminal, já que, nessa hipótese, o processo extinto não deixa qualquer resíduo.

Recurso conhecido mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Ministro Flaquer Scartezzini. (Sustentação oral, Dr. Ruy Fernando Zoch Rodrigues (Recte.) e Dr. Pedro Yannoulis (MPF)).

Brasília, 09 de setembro de 1992 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Pedro Moacyr Madeira Gonçalves, médico anestesista radicado na Comarca de Uruguaiana, foi condenado à pena de um ano de detenção por prática de delito previsto no art. 121, § 3º, do CP. Inconformado, interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul decretado a extinção da punibilidade com fundamento nos arts. 107, IV, 109, V e 110, § 1º, do CP, não apreciando o mérito.

Foram opostos embargos de declaração, recebidos para esclarecer os fundamentos da decisão.

Ainda inconformado, recorre o réu com fulcro no art. 105, III, letras a e c. Alega negativa de vigência ao art. 381, III, do CPP, bem como cita julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, ao seu ver divergem do acórdão recorrido.

Reconhece a tese de que inexistente interesse recursal ao condenado beneficiado pela prescrição da pretensão punitiva, já que os efeitos acessórios da condenação ficam afastados. Sustenta, porém, que o reexame possa ser feito, principalmente em casos em que o réu tenha sido condenado por ato praticado no exercício da profissão.

Pleiteia o provimento do recurso a fim de que o Tribunal a quo examine o mérito do pedido.

Admitido o recurso, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer da lavra da Dra. Ela Wiecko V. de Castilho, opina pelo conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): No tocante à letra a, razão não assiste ao recorrente, pois o preceito contido no art. 381, III, do CPP, refere-se à indicação dos motivos da decisão. E, neste ponto, o acórdão recorrido não apresenta qualquer omissão, demonstrando, inequivocamente, a razão pela qual não foi examinado o mérito do pedido.

Com relação ao dissídio jurisprudencial, o recorrente traz à colação acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, destacando-se o relativo à Apelação Criminal nº 600.163.893, Rel. Juiz Eládio Lecey, exibido por xerox autenticada, do qual extrai-se o seguinte tópico:

“Quanto ao apelo de Raul Antônio Gularte, inobstante a prescrição, é de se examinar o mérito, em respeito ao direito de todo réu condenado e apelante em ver apreciada sua pretendida absolvição que sempre é mais honrosa.” (Fls. 1.197, 6º vol.).

Tratando-se de divergência entre tribunais do mesmo Estado, Tribunal de Justiça e de Alçada, como bem assinalou o douto parecer de fls. 2.128/2.130, esta Corte já se manifestou sobre a possibilidade do recurso especial conforme acórdão proferido no REsp 10.954-SP, Rel. Min. Costa Lima, publicado no DJ de 07/10/91.

Portanto, demonstrada a divergência, conheço do recurso pela letra c.

Passo ao exame do mérito.

Trata-se de prescrição da ação, ou da pretensão punitiva, porque a extinção da punibilidade foi decretada antes do trânsito em julgado da sentença.

Nessa hipótese, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que não cabe

o exame de mérito por não haver qualquer resíduo resultante do processo extinto. Nesse sentido, o seguinte acórdão:

“Apelação criminal. Recurso do réu, embora reconhecida prescrita a ação penal, para que se reconheça a improcedência da acusação. Inadmissibilidade. — Distinção entre prescrição da ação e da condenação. — A prescrição da ação exclui a apreciação do merecimento da pretensão punitiva. — Ainda que a prescrição da ação se declare pelo errôneo entendimento que a calcula retroativamente pela pena imposta, não pode causar gravame ao acusado, porque é prescrição da ação e não da condenação. — Recurso conhecido e não provido.” (RE 79.527, RTJ 73/304).

O antigo Tribunal Federal de Recursos seguia essa mesma orientação, tendo inclusive editado a Súmula nº 241, *in verbis*:

“A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal.”

Coerente com essa orientação, a que sempre dei adesão, conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Sr. Presidente, em homenagem

ao esforço do jovem Advogado, pela sua inteligente defesa oral, quero lembrar que, por certa época, manteve posição insistente em que, embora não haja resíduos de uma condenação refutada como injusta, há considerar-se porém, o estigma da condenação — marca social e quiçá jurídica. Tive oportunidade, ainda no antigo Tribunal, de verificar casos em que o réu não era reincidente, porque o crime havia sido abrangido pela prescrição extintiva da pretensão punitiva, mas que, mesmo assim, anotavam-se os seus maus antecedentes, exemplificados, apesar disso, pela condenação insubsistente.

Sr. Presidente, na grande realidade, ainda hoje ousaria releva a prejudicialidade do recurso em tais casos, imensamente prejudicial ao réu que se declara inocente. Contudo, a interpretação sistêmica construída pelos Tribunais é, indiscutivelmente, a de que a prescrição intercorrente, etiologicamente, absorve qualquer resíduo da condenação por ela alcançada.

Por isso que há muito tenho me limitado a ressaltar meu ponto de vista, rendendo-me aos precedentes.

Daí que, no caso, verifico que o conhecimento do recurso, na realidade, é inafastável, pela marca dos

Tribunais em dissídio, mas que, na procedência, esbarra na predominância da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do antigo Tribunal Federal de Recursos e já deste novo Tribunal, posicionada em não conhecer do mérito recursal, se ocorrente a prescrição extintiva.

Portanto, acompanho o Sr. Ministro Relator, para também negar provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 23.398-0 — RS — Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo. Recte.: Pedro Moacyr Madeira Gonçalves. Adv.: Ruy Fernando Zoch Rodrigues. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Sustentaram oralmente o Dr. Ruy Fernando Zoch Rodrigues (p/recte.) e Dr. Pedro Yannoulis (p/M.P.F.)

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento (em 09.09.92 — 5ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 25.889-7 — RJ

(Registro nº 92.0019959-3)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Clube Naval*

Recorrido: *Alcy Rodrigues da Silveira*

Advogados: *Amaro Carlos da Ronha Senna e outros, e Edson Silva Torres e outro*

EMENTA: Recurso especial. Perdas e danos. Indenização.

Decisão baseada nos fatos da causa.

Inexistência de julgamento ultra petita.

Impossibilidade de revisão extraordinária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retomando o julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves, rejeitar a alegação de intempestividade do recurso, dele, entretanto, não se conhecendo. Votaram com o Relator os Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Costa Leite (§ 2º, art. 162, RISTJ).

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: À guisa de relatório, ado-

to a exposição sobre a causa feita pela douta Subprocuradoria-Geral da República:

“O ora recorrido moveu ação para lograr a reintegração na posse de certo imóvel acrescido de marinha, além de postular indenização por perdas e danos, consoante a inicial de fls. 2/9.

A r. sentença de fls. 367/379 decretou a procedência parcial do **petitum**, para condenar o Réu a reparar o custo do aterro realizado e benfeitorias por ele deixadas na área, quando dela foi desalojado, motivo da apelação do Demandado, de fls. 381/391, bem assim, a da União Federal, de fls. 395/401.

A Terceira Turma do Eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, à unanimidade, deu provimento à inconformidade da União, para considerá-la como simples assistente do Acionado e negou provi-

mento à irresignação deste último, prejudicada a remessa oficial (fls. 425/435).

Daí, o recurso especial do Suplicado, de fls. 440/452, com base nos permissivos constitucionais das alíneas a e c, ao fundamento de o Ven. Acórdão hostilizado haver contrariado o Código Civil, art. 517 e o Código de Processo Civil, arts. 165, 458, 460, 462, 471 e 473, apontando, igualmente, dissídio pretoriano, na espécie.

Por via do r. despacho de fls. 477/479, da Em. Presidência do Aug. Colegiado a quo, foi admitido o apelo extremo." (fls. 484/485)

Ao final de sua promoção opina o *parquet* pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Sr. Presidente, peço vênias para rejeitar a preliminar de intempestividade, porquanto a União foi parte, a toda evidência, até pelo menos o momento em que o Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro decidiu que ela deveria figurar no processo apenas como assistente.

A ação é de reintegração de posse, proposta por Alcir Rodrigues da Silveira contra o Clube Naval, exclusivamente, no Juízo Comum Estadual.

A União ingressou nos autos e arguiu a incompetência absoluta, e essa arguição foi acolhida pela 5ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, razão por que os autos foram encaminhados para a Justiça Federal.

Tenho para mim que a União teria, em tese, interesse em eventualmente recorrer, se fosse o caso, até para não figurar na posição de assistente, se assim lhe parecesse; portanto, a parte teria o benefício do art. 191 do Código de Processo Civil.

Rejeito, portanto, a preliminar.

VOTO — MÉRITO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): As razões pelas quais o Ministério Público Federal manifesta-se por merecer prosperar a insurgência são as seguintes:

"..., entendeu o Ven. Aresto atacado indenizável o aludido aterro e o barracão nele erguido, como se fossem benfeitorias necessárias, quando, a toda evidência, não se poderiam configurar como tais, sobretudo tendo em vista a má-fé do possuidor, no caso.

Por mais, resultou a Ven. Decisão recorrida em nítido julgamento *ultra petita*, visto como foi pleiteada, desde a peça inaugural, tão-somente, a indenização pelos 4.620m² de aterro, sendo propiciada, todavia, a reparação por 14.640m² de atulhamento marítimo, com as sobras da pedreira vizinha.

De outro lado, restou efetivamente caracterizada, **data venia**, a imprópria modificação da situação jurídico-processual da União, em face das questões já decididas, inclusive com trânsito em julgado, a propósito de ser o imóvel em questão da propriedade dela, com o que não poderia deixar de ser parte, no feito, e não como culminou do Ven. Acórdão guerreado, transmutada em mera assistente.

Por fim, segundo assinalado nos Vens. Julgados trazidos a confronto, a ocupação de terreno de marinha não é indenizável, por ocasião de desapossamento dele." (fls. 485)

Peço vênia, entretanto, para discordar da opinião manifestada.

O acórdão impugnado não cogitou de ter ou não o recorrido agido de má-fé. Ao contrário, lê-se no voto condutor:

"Quando, em 1977, o Autor pretendeu legalizar sua situação perante o SPU, foi expedido o Decreto nº 80.431, de 28 de setembro do mesmo ano, autorizado o Clube Naval a realizar aterro para construção de sua sede náutica, na área já existente de 14.640m², conforme nos informa o contrato de aforamento (fls. 142/145 dos autos), sendo que esta cessão deu-se de forma gratuita.

A posse do Autor foi mansa e pacífica até o dia 21 de outubro de 1977, quando, por meios le-

gais, a União Federal determinou o despejo sumário do A. Com. tal determinação, na oportunidade foi incendiada a benfeitoria, fato este levado ao conhecimento das autoridades do 79º Distrito Policial e do Corpo de Bombeiros (doc. fl. 40).

Acrescente-se, por oportuno, que as taxas e o laudêmio e demais encargos, formas de renda para a União, sempre foram pagas pelo Autor, porém, em nome de Guanapesca (fls. 64/71 e 72/75)." (fls. 429/430)

E adiante:

"A responsabilidade civil do Estado, face ao direito positivo, como tem sido freqüentemente julgado pelos nossos Tribunais, fundamenta-se na teoria do risco administrativo integral.

Dita teoria iniciou-se com Pedro Lessa e, tendo sido posteriormente exposta com grande clareza por autores modernos, dentre os quais destaco Sérgio D'Andréa Ferreira, Juiz deste Tribunal, em sua obra *Direito Administrativo Didático*, pp. 279/280.

Assim, a responsabilidade de indenizar, excluídas as causas excludentes de responsabilidade, tais como caso fortuito e força maior, a culpa da vítima repousa na teoria risco-proveito, como definido pelo Em. Des. Federal D'Andréa Ferreira. (fls. 430/431).

Finalmente:

“O v. Acórdão espelha com clareza a teoria da responsabilidade civil, cujos termos ajustam-se à hipótese dos autos.

A r. sentença hostilizada está toda lastreada na farta e exuberante documentação trazida aos autos, como também nos laudos fornecidos pelo louvado do Juízo (fls. 245/254) e dos assistentes técnicos das partes em confronto (fls. 266/273 e 290/297, respectivamente), donde resulta estar o v. **desicum** incensurável.” (fl. 431).

Como se vê, o decisório tem, além da teoria do risco administrativo, fundamento fático colhido das provas dos autos, impossíveis de serem revistas nesta instância extraordinária.

Invocável, sem dúvida, a Súmula nº 7, desta Corte.

Quanto à alegação de julgamento **ultra petita** — tal não ocorre. É certo que a área originariamente teria 4.620m², mas o autor da ação reclama um aterro ao mar autorizado pela Prefeitura de Niterói e visorizado pelo Ministério da Marinha. Aliás, a respeito, a sentença, confirmada pelo acórdão, esclareceu:

“O autor não pode ser reintegrado na posse, por ausente esse direito real, em termos de oposição, mas pelo que gastou para efetivar um aterro de 4.620m², esses reconhecidos e mais 10.020,00m², admitidos ainda que precariamente, deve ser indenizado, bem como pelas

benfeitorias, das quais não se cogita de necessidade, uma vez que o autorizado Clube Naval se encarregou de destruir. Na medida em que o Clube Naval aproveitou o aterro existente, no total de 14.640,00m², para completar até as dimensões do seu interesse, houve um benefício econômico e a conseqüente perda por parte ao Autor. Tal indenização se impõe, pela premissa que orienta a matéria civil: **honestal vivere, alterum non laedere** (Justiniano), que não admite o enriquecimento sem causa, pela via do deslocamento patrimonial sem ressarcimento.

O pedido veio acumulado: reintegração e completa indenização por perdas e danos. Dos dois, contempla-se o segundo, apenas, quanto indenização, sem lucros cessantes, vez que não foi provado o fim lucrativo da utilização do bem; como se apurar em liquidação de sentença.” (fls. 378/379)

Diante do exposto, inexistentes as articuladas contrariedades à lei federal, bem assim ausente a divergência invocada, face às peculiaridades da causa em julgamento, não conheço do recurso especial.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.889-7 — RJ — (92.0019959-3) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Clube Naval. Advogados: Amaro Carlos

da Rocha Senna e outros. Recdo.: Alcy Rodrigues da Silveira. Advogados: Edson Silva Torres e outro. Sustentou oralmente, o Dr. Edson Silva Torres, pelo Recorrido.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator rejeitando a preliminar de intempestividade do recurso, pediu vista o Sr. Ministro Nilson Naves. Aguardam os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter (em 08.11.93 — 3ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Preliminarmente, trata-se de saber se o recurso especial foi interposto dentro do prazo. Da sentença que julgou procedente o pedido, “para condenar o Clube Naval — União Federal a indenizar ao autor, Sr. Alcy Rodrigues da Silveira o custo da realização de um aterro, acrescido de marinha, ...” (fls. 367/379), apelaram o Clube e a União, e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região decidiu dessa forma, conclusivamente:

“A r. sentença hostilizada está toda lastreada na farta e exuberante documentação trazida aos autos, como também nos laudos fornecidos pelo louvado do Juízo (fls. 245/254) e dos assistentes técnicos das partes em confronto

(fls. 266/273 e 290/297, respectivamente), donde resulta estar o v. **decisum** incensurável.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da União Federal para considerá-la como Assistente do Réu; nego provimento à apelação do Clube Naval e considero prejudicada a remessa oficial.”

Ao se opor à sentença, a União pleiteara o seguinte:

“a) — que será reformada a r. sentença, preliminarmente, para declará-la como mera assistente do Clube Naval, não sendo parte na lide;

b) — que suas razões de apelação, como assistente, serão acolhidas, considerando-se o feito improcedente, ...”

2. Ora, se a assistência da União era qualificada e, como tal, litisconsorte do réu, tal se tornou, em decorrência do acórdão, assistência simples, não se justificando, a partir daí, a aplicação do art. 191, que manda contar em dobro os prazos, seja porque, se existente, o litisconsórcio fora desfeito (a propósito, conferir o REsp 2.727), seja porque nem o assistente nem o assistido têm o privilégio de contar em dobro os prazos (a propósito, ver o AgRg-39.843, da 5ª Turma).

Por isso é que o presente recurso só há de ser tempestivo se for aplicável ao caso o art. 191 (ver fl.

440), e como creio que o privilégio aqui não se aplica, peço vênia para, por essa razão, não conhecer do especial, em preliminar.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.889-7 — RJ — (92.0019959-3) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Clube Naval. Advogados: Amaro Carlos da Rocha Senna e outros. Recdo.: Alcy Rodrigues da Silveira. Advogados: Edson Silva Torres e outro.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Nilson Naves acolhendo a preliminar de intempestividade do recurso, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Aguarda o Sr. Ministro Waldemar Zveiter (em 29.11.93 — 3ª Turma).

Não participou do julgamento, o Sr. Ministro Costa Leite (§ 2º, art. 162, RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Em primeiro lugar, a questão relativa à tempestividade do recurso.

A União figurava no processo como parte, tanto que sofreu condenação, como se observa do dispositivo da sentença (fls. 379). Seu recurso foi, entretanto, provido, passando a assistente. Ocorre que essa modifi-

cação da posição processual estaria a depender do trânsito em julgado. Enquanto isso não ocorresse, continuaria como parte. Desse modo, incidia a regra contida no artigo 191 do C.P.C.

Rejeito a alegação de intempestividade.

Sustenta-se, no especial, que contrariado o disposto no artigo 517 do C.P.C. Ter-se-ia admitido que haveria benfeitorias a indenizar, embora haja sido reconhecido que a posse seria de má-fé. Tal salientou o eminente Relator, disso não cuidou o acórdão. O tema, em verdade, não foi prequestionado.

O mesmo se pode afirmar da alegada violação do artigo 460 do C.P.C. Também não houve prequestionamento. Não se trata aqui da circunstância de inexistir menção àquele dispositivo, mas de não haver sido versada a questão jurídica. E note-se que não se cuida de eventual vício, surgido apenas no julgamento. Esse confirmou a sentença, onde se impusera a mesma condenação que se sustenta haver ultrapassado os limites da lide.

Divergência jurisprudencial não se demonstrou. O acórdão do Tribunal Federal de Recursos afirmou ser devida indenização por benfeitorias, em nada discrepando do que decidiu o aresto que se intenta reformar. Menos ainda há dissídio com o julgamento do Supremo Tribunal Federal. Não se reconheceu direito à indenização, em virtude do desapossamento de terreno de marinha, mas pelo que realizou o recorrido no local.

Por fim, discute o recorrente a posição da União. Quanto a isso não

lhe reconheço interesse. Seja ela assistente simples ou litisconsorcial, como pretende, em nada se modifica a situação do recorrente.

Acompanho o Relator, não conhecendo do recurso.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, também peço vênia ao Eminentíssimo Ministro Nilson Naves para acompanhar o voto do Eminentíssimo Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.889-7 — RJ — (92.0019959-3) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Clu-

be Naval. Advogados: Amaro Carlos da Rocha Senna e outros. Recdo.: Alcy Rodrigues da Silveira. Advogados: Edson Silva Torres e outro.

Decisão: Retomando o julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves, rejeitou a alegação de intempestividade do recurso, dele, entretanto, não se conheceu (em 08.02.94 — 3ª Turma).

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

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Costa Leite (§ 2º, art. 162, RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 29.055-0 — MG (Registro nº 92.0028386-1)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Margarida Coimbra do Nascimento*

Recorrido: *José Maria do Nascimento*

Advogados: *Drs. José Márcio da Rosa Lopes e outros, e Humberto Theodoro Junior*

EMENTA: Ação de alimentos onde foram fixados na inicial os provisórios. Improcedência de pedido, determinando-se, no entanto, fosse depositado em caderneta de poupança o valor de tais alimentos.

1. Os alimentos provisórios são “devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário”, isto é, do recurso hoje especial. 2. Mas a Turma entendeu que, ao determinar o depósito, a instância ordinária não ofendeu o art. 13, § 3º, da Lei nº 5.478/68. 3. Recurso especial fundado na alínea a, de que a 3ª Turma não conheceu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Cláudio Santos. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Waldemar Zveiter (§ 2º, art. 162, RISTJ).

Brasília, 14 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: No acórdão recorrido, a questão foi assim relatada pelo Desembargador Hugo Bengtsson:

“José Maria do Nascimento aforou uma ação revisional de alimentos provisórios, pretendendo sua exoneração. Contestado o pedido, a ré, ainda, postou pedido reconvenicional.

Porque julgara improcedente o pedido contido na ação de alimentos, o MM. Juiz **a quo** extinguiu o presente processo referente à ação revisional, sem julgamento de mérito.

Em decorrência de embargos declaratórios aviados pelo varão,

complementou o MM. Juiz que os descontos deveriam continuar a ser feitos, porém os respectivos valores seriam depositados em nome da alimentária em caderneta de poupança, à conta e ordem do Juízo.

Inconformada, apela a ré (fls. 35/40), em resumo:

que a decisão proferida nos embargos declaratórios feriu direito líquido e certo da apelante;

que, tendo o MM. Juiz extinto o processo sem apreciar o mérito, não poderia dar a prestação jurisdicional forçada pelo apelado nos embargos declaratórios;

que o julgamento foi **ultra petita**;

que o art. 14 da Lei 5.478/68 não afeta a continuidade do pagamento dos provisórios.”

S. Exa. votou desta forma (voto acolhido pela Turma):

“Jamais, **data venia**, a decisão proferida nos embargos declaratórios viria a ferir possível direito líquido e certo da apelante. Isto porque não se reveste de flagrante ilegalidade, nem dela resultam prejuízo de difícil ou incerta reparação.

Por outro lado, não se cuida de uma decisão **ultra petita**. Na verdade, extinguindo-se o processo, sem julgamento de mérito, o MM. Juiz, usando de sua faculdade cautelar, apenas determi-

nou que os valores relativos à pensão provisória fossem depositados em DCM.

Tal provimento teve reflexo na ação de alimentos, onde se fixaram os referidos provisórios. Ora, trata-se de duas ações conexas e nada impediria que o digno sentenciante, uma vez que proferiu duas sentenças, apartadamente, dispusesse a respeito dos efeitos imprimidos ao recurso manifestado na ação de alimentos.

Ora,

‘De acordo com o art. 13, § 3º da Lei nº 5.478/68, os alimentos provisórios são devidos até a decisão final, transformando-se em definitivos por força da coisa julgada, não podendo estes ser executados na pendência de recurso’ (RT 552/205).

Mas, com cediço, os alimentos provisórios são substituídos pelos definitivos, mesmo na pendência de recurso.

Se se julgou improcedente o pedido de alimentos, entendo que a providência cautelar determinada pelo MM. Juiz fora providencial, em face do efeito único — devolutivo — que se empresta à apelação interposta (art. 14 da Lei 5.478/68).

Aliás, é desta 3ª Câmara o entendimento de possível depósito cautelar da verba destinada à pensão alimentícia provisória, quando a ação é julgada improcedente.

Convém, respeitosamente, destacar os argumentos interpretativos do em. Des. Rubem Miranda, em aguda observação (Ap. Cív. nº 75.801/3, Jur. Min. 105, fls. 119):

‘Se a ação tivesse sido julgada procedente, com a confirmação dos alimentos provisórios, teria aplicação o art. 13, § 3º, da Lei nº 5.478/68 (Lei dos Alimentos), isto é, mesmo com o recurso do réu, os alimentos provisórios continuariam sendo devidos até decisão final, inclusive o julgamento do Recurso Extraordinário. Não é este, porém, o caso dos autos. Aqui a sentença julgou improcedente o pedido da mulher, cassando, em consequência, os alimentos provisórios, liminarmente fixados. Neste caso, ao recurso da autora vencida não se aplica a disposição do referido art. 13, § 3º, uma vez que os alimentos deixaram de ser devidos, mas o art. 14, com a redação que lhe deu a Lei nº 6.014, de 27/12/73, pelo qual da sentença caberá apelação no efeito apenas devolutivo, ou seja, sem suspensão dos efeitos da sentença, que isentou o réu da obrigação de pensionar. Em suma: quando o pedido de alimentos é julgado procedente, deve ser observado o disposto no art. 13, § 3º; quando improcedente, esse dispositivo não tem aplicação, prevalecendo o efeito suspensivo do Art. 14 da Lei’.

Com estas razões de decidir, nego provimento à apelação.”

Daí o recurso especial, suscitando duas questões: que não era lícito ao juiz, em embargos de declaração, “de-

terminar que os alimentos provisórios passassem a ser depositados em caderneta de poupança, à disposição do juiz!!!”, contrariando, assim, os arts. 2º, 128 e 460 do Cód. de Pr. Civil; que o acórdão, ao entender possível o depósito da verba destinada aos alimentos provisórios, contrariou, também, o art. 13, § 3º da Lei nº 5.478/68.

Foi o recurso admitido por este despacho do Desembargador José Norberto Vaz de Mello:

“O dissídio jurisprudencial, conquanto invocado, não restou demonstrado. Limitou-se a recorrente a transcrever ementas de acórdãos paradigmas, sem demonstrar analiticamente a divergência, em desatenção ao disposto no par. 2º do art. 255 do RISTJ, na redação da Emenda Regimental nº 01.

Ademais, quanto ao Agravo nº 22.850-TJRS, tido como divergente, o repositório em que publicado (Alexandre de Paula) não é considerado autorizado, restando novamente inobservada a norma regimental.

Inviável, pois, o apelo sob o enfoque da alínea c.

No que pertine à alínea a, a recorrente pretende vulnerados os arts. 2º, 128 e 460 do CPC e 13, par. 3º, da Lei 5.478/68.

Com relação aos dispositivos do Estatuto Processual Civil, tidos como violados, inviável o recurso.

Como registrou o acórdão, ‘não se cuida de uma decisão **ultra petita**. Na verdade, extinguindo-se o processo, sem julgamento de mérito, o MM. Juiz, usando de sua faculdade cautelar, apenas determinou com os valores à pensão provisória fossem depositados em DCM’.

Ademais, como ressaltou o ilustre Procurador de Justiça, lembrando orientação do STJ, as regras que proíbem a decisão **ultra petita** ‘merecem exegese menos rigorosa, nos casos de demandas de caráter nitidamente alimentar’ (cfr. REsp 8.698-SP — rel. Min. Athos Carneiro — DJ de 02.09.91 — p. 11.815).

Quanto à alegação de ofensa ao art. 13, par. 3º, da Lei 5.478/68, entendo deva prosseguir o apelo.

Discute-se nos autos questão relativa à possibilidade de serem depositados os alimentos provisórios em caderneta de poupança à conta e ordem do juízo, até o trânsito em julgado da decisão deneatória dos alimentos.

Segundo a recorrente a decisão hostilizada, defendendo o depósito dos alimentos provisórios em caderneta de poupança, ‘na realidade os retira da suplicante, infringindo, assim, o disposto no par. 3º, do art. 13 da Lei 5.478/68 que determina que ‘os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário’ — (fls. 116).

Para o acórdão recorrido, se se julgou improcedente o pedido de alimentos, 'a providência cautelar determinada pelo MM. Juiz fora providencial, em face do efeito único — devolutivo — que se empresta à apelação interposta (art. 14 da Lei 5.478/68)' — fls. 111.

Debate-se, pois, tormentosa questão — prevalência dos alimentos provisórios, mesmo sobre vindo a improcedência do pedido de alimentos.

O tema foi objeto de exame pelos tribunais pátrios. Há arestos que consideram devida a verba alimentar até a decisão final da causa — inclusive julgamento do apelo excepcional —, por força do art. 13, par. 3º, da Lei 5.478/68. Para os que adotam tal entendimento, quis o legislador proteger a alimentária, considerando que o efeito devolutivo de que cuida o art. 14 da mencionada lei, refere-se às apelações interpostas contra sentenças que condenam em alimentos (cfr. Ag nº 22.850-TJRS — Julgados do TARS — vol. 51 — p. 178; MS nº 219 — TJMT, Jurisprudência Brasileira, vol. 31, p. 149; MS nº 263.171 — TJSP — RT 561/171).

A matéria doutrinariamente também é controvertida. Yussef Said Cahali, contrariamente ao afirmado pelo recorrido, acolhe entendimento no sentido de que os alimentos provisoriamente fixados só podem ser cassados após decisão final da causa. E, mencio-

nando orientação jurisprudencial, conclui: '... assim, como a apelação interposta da decisão que não concede alimentos tem ambos os efeitos, não pode o juiz, na pendência desse recurso cassar alimentos provisionais concedidos'.

O ilustre autor lembra acórdão da Quarta Câmara Cível do TJSP que 'descarta a aplicação do art. 13, par. 3º, da Lei 5.478/68, pelas situações iníquas a que poderiam conduzir: se se reconheceu a inexistência dos pressupostos da obrigação de prestar alimentos, não há como se impor ao vencedor a obrigação de continuar pagando os alimentos provisórios'. O aresto, afirma **Yussef Said Cahali**, 'conquanto justificado sob o aspecto lógico', está 'em desconformidade com a regra legal' (Dos alimentos — SP — Ed. RT — 1984 — p. 565 — gn).

As alegações do recorrente, como se vê, pertinem com a interpretação de normas legais, tendo sido atendidos os requisitos de admissibilidade, pelo que entendido deva a questão ser submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, que dirá, com a habitual proficiência, se ocorre ou não a alegada ofensa."

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Efetivamente, o dis-sídio jurisprudencial não foi de-

monstrado de acordo com as exigências regimentais. É que a recorrente, na petição de interposição do recurso, não atentou para o disposto no art. 255 e §§ do Regimento deste Tribunal, no que diz respeito à comprovação da divergência. Doutra parte, de todo improcedente a alegação de violação dos arts. 2º, 128 e 460, do Cód. de Pr. Civil, sobre a ocorrência de julgamento **ultra petita**. Destarte, em torno destes dois aspectos do recurso, subscrevo as considerações do Sr. Desembargador José Norberto Vaz de Mello, transcrita no relatório.

2. No que concerne ao depósito do valor dos alimentos provisórios, determinado pela instância ordinária, contra tal se inconformou a recorrente, alegando o seguinte:

“7) Por outro lado, o v. acórdão recorrido, defendendo o depósito dos alimentos provisórios em caderneta de poupança, à disposição do juiz, na realidade os retira da suplicante, infringindo, assim, o disposto no § 3º, do art. 13, da Lei nº 5.478/68, que determina que ‘os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário’.

Pretendeu o legislador que os alimentos provisórios continuariam a ser pagos quando deles decaísse a alimentanda, até o julgamento da apelação e, se for o caso, até o julgamento do recurso extraordinário (e especial),

inexistindo suspensão dos alimentos provisórios negados pela sentença, pelo fim social de que se reveste, a não ser face à decisão final do feito, decisão transitada em julgado (caso contrário, não será final).

8) O art. 14 da Lei 5.478/68 em nada altera a questão da continuidade do pagamento dos alimentos provisórios, porque ao falar em efeito devolutivo, pretende tão-somente compatilizar a lei com o que dispõe o art. 520, II, do CPC, evidentemente quando se tem a sentença condenatória de prestação de alimentos (tanto assim que modificado pela Lei nº. 6.014/73).

E se o art. 14 tivesse a intenção de se referir aos alimentos provisórios, a matéria estaria colocada entre os §§ do art. 13, como é óbvio.”

3. “Os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário”, segundo preceitua o § 3º do art. 13. Anotando-o, escreveu **Theotônio Negrão**:

“Art. 13:13. “Entendido à letra, o dispositivo significa que os alimentos provisórios, i.e., concedidos **initio litis** (v. art. 4º), tanto na ação de alimentos provisionais quanto na ação de alimentos propriamente dita, vigoram até julgamento do recurso especial, salvo se revisto na forma do § 1º, **in fine**.” (22ª edição, pág. 701).

Sem dúvida alguma, a questão é tormentosa, conforme anotou, com propriedade, em seu despacho, o Desembargador José Norberto Vaz de Mello. No caso presente, o acórdão recorrido ofendeu o aludido § 3º? Como se sabe, o juiz, nos embargos de declaração, esclareceu que os descontos em folha continuariam sendo efetuados, mas os valores seriam depositados em nome da alimentanda, em caderneta de poupança. E o acórdão confirmou a sentença, no ponto: “Aliás, é desta 3ª Câmara o entendimento de possível depósito cautelar da verba destinada à pensão alimentícia provisória, quando a ação é julgada improcedente”. Ao que creio, respondendo a pergunta, o acórdão não ofendeu a lei.

4. No acórdão publicado na RJTJESP-LEX-79/248, o Sr. Desembargador Moretzsohn de Castro fez essa declaração de voto vencedor:

“No tocante ao tema principal, é dispensável qualquer acréscimo à magnífica sentença do insigne Juiz, Dr. Fernando Acayaba de Toledo, que examinando a controvérsia em todos os seus aspectos, deu à causa a solução que se impunha.

A apte. dispensou os alimentos porque foi bem aquinhoadada na partilha e mostrou condições de sustentar-se com o próprio trabalho o que, de resto, constitui a norma para pessoas jovens e saudáveis, independentemente do sexo. Após a separação tentou reconstruir a sua vida, sem êxito, não se podendo imputar ao apdo.

qualquer responsabilidade quanto a esse fato. Nem é lícito colocá-lo ‘na retaguarda financeira das duas fracassadas tentativas da apte.’ como bem observou o douto Procurador de Justiça. Com a autora não guarda mais qualquer vínculo, sequer de ordem moral, a justificar que se lhe imponha o dever de sustentá-la.

A Turma Julgadora, aliás, à unanimidade, repeliu no mérito, a pretensão da recte.

O ilustre Des. Alves Barbosa, porém, votou vencido quanto à cassação da pensão provisória ao ensejo da sentença em face da norma contida do art. 13, § 3º da Lei nº 5.478, de 25/7/68 segundo a qual ‘os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário’.

O dispositivo acima resultou de emenda do ilustre Deputado Nelson Carneiro (nº 16, 4ª parte) que tinha em mente os alimentos provisionais, ou seja, aqueles de que a parte necessita não apenas para o seu ‘sustento, habitação e vestuário’, mas também para ‘as despesas para custear a demanda’ (art. 852, par. único do CPC). Na redação original, aliás, figurava a expressão ‘alimentos provisionais’, posteriormente substituída por ‘alimentos provisórios’. Justificando-a, diz o insigne parlamentar: ‘em determinadas circunstâncias,

a controvérsia pode subir à apreciação do Supremo Tribunal Federal (art. 114, inc. III, da CR) e justo não seria que, antes do julgamento, se suspendesse a provisão **ad litem**, desemparrando a quem, vencido na Justiça local, pode ser a final vencedor'. E demonstrando claramente que não tinha presente a hipótese de alimentos provisórios (adiantamento da prestação alimentícia em face da presumida necessidade do alimentando), conclui: 'Não se dá efeito suspensivo ao recurso extraordinário, como à primeira vista poderá parecer. Se, por exemplo, em ação ordinária de desquite, ambos os cônjuges foram julgados culpados, e somente a mulher recorrer extraordinariamente ao Supremo Tribunal Federal, nada impede que, extraída carta de sentença, promova o marido a partilha dos bens comuns. Se somente o marido se reconheceu responsável pela dissolução da sociedade conjugal, e é ele quem pretende reformar a decisão recorrida, então a mulher continuará recebendo os alimentos provisórios, até que sejam fixados os definitivos, acaso mandados apurar em execução' ('A Nova Ação de Alimentos', **Nélson Carneiro**, Freitas Bastos. 1ª ed.).

No caso presente, em face de elementos de cognição incompleta, houve por bem o MM. Juiz conceder alimentos provisórios. Podia tê-los negado ou podia tê-los modificado após a citação do réu, como ocorre, aliás, com certa

freqüência à vista de novos elementos probatórios trazidos pelo contestante. Assim já tem decidido este E. Tribunal. Ora, por que razão havia de se negar ao Juiz, após a instrução e a verificação da inexistência dos pressupostos da prestação alimentícia o poder-dever de cancelar tal verba manifestamente indevida na hipótese? 'Se a medida liminar' — recorda o ilustre Procurador de Justiça — é a satisfação provisoriamente antecipada do pedido, como sustenta a doutrina dominante (**Calamandrei, José Alberto dos Reis**), a eficácia da decisão pela qual o Juiz resolve deferi-la, não ultrapassa o momento em que for editada a sentença, porque a primeira resolvendo questão incidente, não tem como preponderar sobre a outra, que põe termo ao processo julgando o mérito da causa' (RTJ 76/116, RT 513/95 e RJTJESP, ed. LEX, 47/56 — fl. 432).

A lição acima, extraída do julgamento do HC nº 53.531, de São Paulo, do qual foi Relator o eminente Min. Antonio Neder bem demonstra o absurdo a que levaria a interpretação literal do art. 13 da Lei nº 5.478, de 1968: a decretação da prisão pelo não pagamento da pensão provisória reduzida pela sentença final, homologatória de acordo entre as partes (RTJ 76/116-123).

Acresce, na hipótese, que a Turma Julgadora proferindo decisão definitiva (eis que embasada em elementos de fato, não suscetíveis de reapreciação na instân-

cia extraordinária) considerou que a autora, ora apte. não tem direito algum a alimentos. Qual o sentido de condenar o ex-marido a pagá-los no período que fluiu da sentença até a publicação do v. acórdão?

O MM. Juiz, com a máxima vênia do eminente Relator sorteado, bem interpretou a lei e atendeu ao comando do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual 'na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'.

Daí por que acompanhando o eminente Relator designado, neguei provimento ao recurso." (págs. 249/250).

O que foi considerado nesse acórdão foi que ao vencedor não se impõe a obrigação de continuar pagando alimentos até decisão final, inclusive julgamento de recurso extraordinário, ou de recurso especial. Pareceu à declaração de voto que a disposição do referido § 3º se justificaria no caso de alimentos provisionais, e não no caso de alimentos provisórios. Diversamente, porém, veja-se a lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, nesses tópicos de seus comentários ao Código de Processo Civil:

"Tratando-se de medida cautelar, a concessão liminar de alimentos provisionais pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada pelo juiz antes da sen-

tença (art. 807), independentemente até de procedimento específico para tanto, ou de alteração no estado financeiro das partes. A manutenção da cautela, nos casos em que se verifica (ver tomo I desses Comentários, nº 72), não deve perdurar além dos recursos ordinários de segundo grau, se o tribunal se manifestar contrário ao autor. Se duas instâncias ordinárias, rejeitaram a demanda, ou mesmo, se só o tribunal o fizer, ao prover recurso do réu, não se pode presumir, em prol do autor, a existência do **fumus boni iuris** essencial para a eficácia da cautela. Os alimentos provisionais mantêm-se, assim, até o julgamento dos recursos ordinários. Mas, não se o acórdão desfavorecer o autor.

Totalmente distinto apresenta-se o problema, olhado do ponto de vista da Lei nº 5.478/68. Aqui, a tutela, embora em procedimento sumário, está adstrita a diferentes requisitos, produzindo eficácia de outra ordem.

A concessão de alimentos provisórios não depende da discricção do juiz, nem a atuação deste se exerce em juízo de probabilidade, dispensado, como é, exame da aparência do direito e do risco de dano. Assim, o só **fumus boni iuris** não basta, porque a lei exige, em seu art. 2º, prova inicial do parentesco ou da obrigação alimentar do devedor. E não há necessidade de ser aferido o risco de dano, compelido o juiz a fixar inicialmente alimentos provisórios, 'salvo se o credor expressamente declarar que

deles não necessita' (Lei nº 5.478/68, art. 4º)."

.....

"A diversidade estrutural entre as duas tutelas, concedidos os provisionais em razão de probabilidade e os provisórios quando demonstrado inicialmente o dever alimentário, conduz, ainda, a outra conseqüência. Enquanto os alimentos cautelares ficam mantidos até o julgamento dos recursos ordinários, salvo revogação anterior à sentença ou se o acórdão desfavorecer o autor, os provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário (Lei nº 5.478/68, art. 13, § 3º). A respeito é interessante ressaltar que, embora se discuta na jurisprudência relativamente ao alcance deste dispositivo em caso de modificação do **quantum** da pensão, na sentença ou no acórdão, prevalece o entendimento de que os alimentos provisórios, liminarmente concedidos, só podem ser cassados depois da decisão final da causa, inclusive do recurso extraordinário, quando transita em julgado a decisão nesse sentido." (VIII vol., Tomo II, Forense, págs. 380/1 e 384).

5. Feitas as transcrições, retomo o caso em julgamento. De fato, a questão é tormentosa: (a) os alimentos concedidos **initio litis**, sejam provisionais sejam provisórios, são devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso especial;

(b) não são devidos os provisórios, pois o aludido § 3º refere-se, historicamente, aos provisionais; (c) são devidos os provisórios, e não os provisionais, estes até o julgamento dos recursos ordinários.

Pois bem, seja lá como for, o que se impõe aqui saber é se o depósito dos diversos valores em caderneta de poupança, de acordo com a ordem do juiz, que o acórdão confirmou, isto é, se tal resolução entrou em atrito com o que reza o art. 13, § 3º da Lei nº 5.478, de 25.7.68. Suponho eu que não, porque, de um modo, não se negou que os alimentos eram devidos, de outro modo, interpretou-se a lei, simplesmente, fugindo-se à sua literalidade, é certo, mas sem comprometê-la. Em suma, a lei não teve a sua vigência negada nem foi contrariada.

6. Daí que confirmando o acórdão de origem, não conheço do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.055-0 — MG — (92.0028386-1) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Recte.: Margarida Coimbra do Nascimento. Advogados: José Márcio da Rosa Lopes e outros. Recdo.: José Maria do Nascimento. Advogado: Humberto Theodoro Junior.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros Dias Trinda-

de e Cláudio Santos (em 31.05.93 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Tal como o Relator tenho por inconsistente a alegação de que violados os artigos 2º, 128 e 460 do C.P.C. Trata-se de ação revisional de alimentos provisórios. Julgada improcedente a ação em que fixados aqueles, havia que se dispor sobre a repercussão do ali decidido na demanda de revisão. E isso o que fez o MM. Juiz ao receber os declaratórios.

A outra questão, entretanto, é realmente complexa. Passa-se a seu exame.

Estabelece a lei de alimentos que a pensão provisória deve ser fixada, ao despachar o juiz a inicial, exce-tuando-se apenas a hipótese de o credor afirmar expressamente que deles não carece. Tais alimentos, entretanto, poderão ser a qualquer tempo revistos, “se houver modificação na situação financeira das partes”. De qualquer sorte, “serão de-

vidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário”. Por fim, acrescenta a lei que a apelação da sentença que julgar a ação de alimentos será recebida no efeito devolutivo. Em torno dessas normas é que se colocam as dificuldades, notadamente porque não se compatibilizam integralmente, ao menos a um primeiro exame, exigindo esforço do intérprete.

Primeiro ponto diz com a abrangência do pedido de revisão. Tem-se entendido — embora a lei se refira apenas à modificação na situação financeira das partes — que poderá ser deferido também se qualquer delas conseguir demonstrar o equívoco evidente na sua fixação. Pode revelar-se, desde logo, de manifesta insuficiência ou de exagero patente, hipóteses em que o respectivo montante, mesmo provisoriamente fixado, será alterado. Não se justificaria a subsistência de arbitramento intoleravelmente alto, que o alimentante houvesse de atender, pena de prisão, ou claramente inferior às necessidades mínimas do alimentando.

Coloca-se, aí, a primeira dificuldade. Poderá a revisão apenas ajustar para mais ou para menos a pensão provisória ou será lícito cancelá-la de todo? Há quem sustente inadmissível sua supressão completa. Esse entendimento encontra amparo na regra de que os provisórios serão devidos até decisão final. Pode conduzir, entretanto, a situações verdadeiramente absurdas. Supo-

nha-se que o alimentário, no curso do processo, fosse beneficiado pelo recebimento de vultoso legado. Injustificável que, não obstante, houvesse de subsistir a obrigação alimentar, até o esgotamento de todos os recursos na ação principal. Estar-se-ia placitando o enriquecimento injusto de uma das partes em detrimento da outra. Admita-se, agora, que o mesmo legado houvesse sido recebido antes do ajuizamento da ação, fato sonegado pelo autor. Não se poderia afirmar que tivesse havido modificação da situação econômica das partes. Na realidade, o postulante de alimentos jamais deles recebera. Injustificável que, nesse caso, fosse-lhe dado tratamento mais benévolo, com a subsistência da pensão, até o trânsito em julgado da sentença, premiando sua má-fé.

Reconhecendo embora as dificuldades de interpretação que resultam do texto, vejo-me forçado a admitir que a revisão prevista no parágrafo 1º do artigo 13 da Lei 5.478/68 admite, em primeiro lugar, sejam os provisórios cancelados. Em segundo, que isso possa fazer-se quando se patenteie ser a situação financeira das partes consideravelmente distinta da exposta na inicial.

As instâncias ordinárias deram solução algo peculiar. Os alimentos provisórios supõem a necessidade

de quem os deva receber, não se constituindo em indenização. Assim sendo, não se justificaria fossem depositados. Se o alimentando deles carece, não há como negar-lhe a disponibilidade. Se ausente a necessidade, inexistente razão para o depósito.

No caso, entretanto, o recurso é apenas da autora da ação. Assim sendo, pelas razões expostas, dele não conheço.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.055-0 — MG — (92.0028386-1) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Recte.: Margarida Coimbra do Nascimento. Advogados: José Márcio da Rosa Lopes e outros. Recdo.: José Maria do Nascimento. Advogado: Humberto Theodoro Junior.

Decisão: Retomando o julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 14.12.93 — 3ª Turma).

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

Não participou do julgamento, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter (§ 2º, art. 162, RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 29.973-5 — SP

(Registro nº 92.0031044-3)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Roberto da Freiria Estevão*

Advogados: *João Carlos Lopes de Souza e outros, e Ronaldo Alves Bezerra*

EMENTA: *Férias não gozadas por necessidade do serviço. Indenização. Imposto de renda. Não incidência.*

— O pagamento decorrente de férias não gozadas por absoluta necessidade do serviço, não está sujeito à incidência do imposto sobre a renda, vez que tem caráter indenizatório, não se constituindo, assim, em acréscimo patrimonial. Precedentes.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Brasília, 03 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Contra acórdão da Quarta Câ-

mara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, concedendo a segurança para afastar a incidência do imposto de renda sobre a indenização por férias não gozadas por estrita necessidade do serviço, a Fazenda paulista interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal.

A recorrente sustenta, em síntese, que o acórdão atacado, ao assim decidir, violou os arts. 150 e 153, III, da Carta Magna, 43, I e II, do CTN, 3º e 6º, da Lei 7.713/88, vez que a indenização paga em razão de férias não gozadas “constitui fato gerador da incidência do imposto sobre a renda, uma vez que de renda se trata”.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A matéria de que tratam os autos é idêntica à que, na qualidade de relator, apreciei no REsp nº 40.921-7-SP. Assim, reportando-me aos fundamentos do voto que então proferi, cujo inteiro teor junto ao presente, não conheço do recurso.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL
Nº 40.921-7 — SP

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A discussão, na espécie, consiste em saber se a indenização paga em razão de férias não gozadas, por absoluta necessidade do serviço, é ou não fato gerador da incidência do imposto sobre a renda.

Do v. acórdão recorrido, destaco o seguinte trecho, que bem delinea a questão (fls. 146/7):

“Decorre daí que, se o funcionário público tem indeferidas suas férias por absoluta necessidade de serviço, como foi o caso, sofre ele um dano que está a merecer indenização. Daí os pagamentos de férias atrasadas em pecúnia, em nada semelhantes a “renda”, tal como legalmente conceituada, ou a “proventos”. Não

colhe, com o devido respeito, o argumento da Fazenda de que, em se tratando de dano, o indeferimento das férias por necessidade absoluta de serviço traria, como consequência, a desobrigação de indenizar. Ao contrário, a necessidade absoluta de serviço não pode servir de base para subtrair do servidor o direito a férias, já incorporado em seu patrimônio jurídico. Se é obrigado a sacrificá-las em proveito da Administração, deverão ser convertidas em perdas e danos, na pior das hipóteses.

Verifica-se, então, que mesmo de uma interpretação literal dos textos legais não decorre a conclusão de que incida o Imposto de Renda sobre as indenizações. É bem verdade que no art. 6º da Lei 7.713 o legislador, ao dispor sobre as isenções, fez com que elas também incidissem sobre certas indenizações. Interpretando os dispositivos em pauta a **contrario sensu** poder-se-ia chegar à conclusão de que as demais indenizações não estariam isentas, completando-se a idéia de que, por isso, elas integravam o conceito de renda ou proventos. Ora, consoante já se viu, as indenizações não são renda e nem proventos. Não são renda porque não se encartam no conceito legal de renda, tal como está expresso nos diplomas acima mencionados. E não se encartam no conceito de proventos por tudo o que se conhece do significado da palavra “proven-

to". As isenções em epígrafe, assim, são inócuas vez que, de qualquer forma, a hipótese, quanto a elas, seria de não-incidência."

Creio que não assiste razão à recorrente. Isto por entender que, efetivamente, o pagamento decorrente de férias não gozadas por necessidade do serviço não constitui renda ou provento de qualquer natureza, não sendo, também, acréscimo patrimonial, ao contrário, tem caráter indenizatório, visando apenas reparar o dano sofrido pelo servidor, decorrente da não usufruição do descanso garantido por lei.

Assim, o entendimento da Turma esposado quando do julgamento dos Recursos Especiais nºs 26.998 e 39.872, ambos de São Paulo, relatados pelos eminentes Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann, acórdãos assim ementados, respectivamente, **verbis**:

"Imposto de renda. Férias não gozadas por necessidade do serviço. Indenização. Não incidência.

I — O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço tem natureza indenizatória, portanto, não é renda nem proventos de qualquer natureza, mas, sim, uma recomposição a um prejuízo anteriormente sofrido pela pessoa que as recebe, não redundando em acréscimo patrimonial, por isso que não está sujeita à incidência do imposto de renda.

II — Recurso desprovido." (DJ de 28.02.94)

.....

...

"Recurso especial. Licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço. Pagamento de natureza indenizatória. Não incidência do imposto de renda.

O pagamento da licença-prêmio, como das férias, não gozadas por necessidade do serviço, pela sua natureza indenizatória, não está sujeito à incidência do imposto de renda. (DJ de 20.06.94)

Não conheço do recurso."

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.973-5 — SP — (92.0031044-3) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: João Carlos Lopes de Souza e outros. Recdo.: Roberto da Freiria Estevão. Advogado: Ronaldo Alves Bezerra.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 03.08.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.668-5 — RS

(Registro nº 92.0032957-8)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrida: *Indústria de Calçados Flama Ltda.*

Interessada: *Indústria de Calçados Flama Ltda. — em concordata*

Advogados: *Edson Laura Cardoso e outros, Ernesto Flocke Hack e Cláudio Luiz Bonazza*

EMENTA: *Concordata. Adiantamento em contrato de câmbio. Correção monetária. Restituição.*

A restituição das importâncias adiantadas em contrato de câmbio, autorizada pelo art. 75 da Lei nº 4.728/65, não se sujeita ao lapso temporal estabelecido pelo art. 76 da lei falencial, sendo ademais devida a correção monetária, consoante entendimento sumulado desta Corte (verbete nº 36), salvo a cumulação com a correção cambial.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Costa Leite, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

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

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

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Cuida-se de recurso especial em pedido de restituição de adiantamento em contrato de câmbio, fundado no art. 105, III, a e c da CF, onde se alega violação ao art. 75, § 3º, da Lei 4.728, art. 59 do CC, art. 4º da LICC e ao art. 78, § 2º da Lei 7.661/45, bem como dissídio com a Súmula 36 desta Corte e julgados de outros tribunais.

Sustenta o recorrente a inaplicabilidade do prazo limitador, estabelecido na Lei de Falências, art. 76, § 2º, à hipótese dos autos. Aduz, ainda, ter o acórdão guerreado dis-

sentido da Súmula 36, do STJ, ao não incluir a atualização monetária como parcela integrante do valor a ser restituído, mas sim, como crédito quirografário.

Contra-razões às fls. 195/228.

Recurso admitido por ambas as alíneas.

Perante esta Corte opina o ilustre membro do Ministério Público pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Merece prosperar o apelo do Recorrente. Com efeito, pacificou-se a jurisprudência desta Corte, encontrando-se inclusive sumulada no verbete nº 36, de que é restituível com a importância adiantada em contrato de câmbio a correção monetária, que, aliás, integra aquela quantia a fim de preser-

var sua identidade no tempo, ressalvada, entretanto, a cumulação com a correção cambial.

Outrossim, impende ressaltar que o pedido de restituição dos adiantamentos em questão, postulado com base no art. 75 da Lei nº 4.728/65, não está sujeito ao lapso temporal estabelecido pelo art. 76 da Lei Falencial, eis que, na espécie, tratando-se de restituição de bem fungível, incabível a sua equiparação com a venda de coisas (bens infungíveis) a crédito, esta sim vinculada à exigência de que a aquisição tenha se dado no período suspeito, tudo conforme decisão da 2ª Seção, no REsp nº 24.477-1-RS, DJU de 13.09.93 (cópia anexa).

Pelo exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas e dou-lhe provimento, para julgar procedente o pedido. Custas pela concordatária e honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL Nº 24.477-1 — RS

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Banco Real S/A, Calçados Juçara Ltda.*

Recorridos: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. José Manoel de Arruda Alvim Netto e outros, e Ierece Pilar Oro e outros*

EMENTA: Comercial. Concordata. Restituição de adiantamento de câmbio. Correção monetária. Lapso temporal do art. 76, § 2º da Lei de Falências.

1. A restituição de adiantamento de câmbio, em concordata, inclui atualização monetária.

2. Não exige a lei, para a restituição de adiantamento de câmbio, o lapso temporal do art. 76, § 2º da Lei Falimentar, restrito aos casos de coisas vendidas a crédito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao REsp do Banco Real S/A e conhecer, mas negar provimento ao REsp de Calçados Juçara Ltda. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Athos Carneiro, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar e Barros Monteiro. Afirmou suspeição o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Deixou de votar o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo por não ter assistido à leitura do relatório. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cláudio Santos.

Brasília, 30 de junho de 1993 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Recorrem o *Banco Real S/A* com fundamento no art. 105, III, a e c da Constituição Federal, e a *Calçados Juçara Ltda.* com base na letra c do mesmo artigo, de acórdão proferido pela Sexta Câma-

ra Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negou provimento a apelações interpostas em pedido de restituição de quantias adiantadas por conta de contratos de câmbio contra a *Calçados Juçara Ltda.*, em concordata preventiva.

Sustentam os recorrentes *Banco Real S/A* ter o acórdão contrariado o art. 75, § 3º da Lei 4.728 de 14/07/65, quando não incluiu a correção monetária no valor da restituição conforme a Súmula 36 do Superior Tribunal de Justiça. Alega ainda dissídio jurisprudencial. A *Calçados Juçara Ltda.* traz julgados dissidentes à colação.

Recebido e processado os recursos vieram os autos a este Tribunal onde o Ministério Público opina pelo provimento do recurso do Banco Real e improvimento ao da concordatária.

É como relato.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Em relação ao primeiro recurso, aplica-se o enunciado da Súmula 36, da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

“A correção monetária integra o valor de restituição, em caso de adiantamento de câmbio, requerida em concordata ou falência”.

Quanto ao segundo recurso, da empresa em regime de concordata, tenho que está demonstrada a divergência, por isso que o acórdão paradigma decidiu no sentido de somente ser cabível a restituição, nas mesmas condições estabelecidas no art. 76, § 2º da Lei Falimentar, para a hipótese de restituição de coisas vendidas, ou seja, com a exigência de que tal somente é possível quando as coisas tenham sido adquiridas nos quinze dias anteriores à falência.

A restituição de adiantamentos de contratos de câmbio, feitos em moeda nacional, a empresas exportadoras, tem por finalidade assegurar uma garantia maior aos emprestadores, com o objetivo de incentivar as exportações, empenho da administração do país, no sentido de ameaçar divisas em moeda forte, que, ainda hoje, não obstante a abertura da economia, favorecendo as importações, continua como uma das metas do país, que almeja conquistar mercados.

Assim há que interpretar o art. 75, § 3º da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965 como mais um incentivo às exportações, opção da época em que editado, com ênfase de todos lembra — Exportar é a solução — era lema de toda publicidade oficial, então.

Ora, erigindo como incentivo a garantia de que, em caso de falência ou concordata da empresa financiadora dos contratos que envolviam o comércio exterior, dispensou o legislador tratamento diverso daquele dado às restituições, pelo art. 76, § 2º da Lei Falimentar, especificamente destinados àqueles casos de vendas a crédito, com entrega das mercadorias até quinze dias do requerimento da falência, até porque, segundo esse mesmo artigo, **caput** e seu parágrafo primeiro, não se há de exigir o lapso temporal, para a restituição, quando devida em virtude de direito real ou de contrato, de um modo geral. Daí por que, de entender-se que somente na hipótese figurada no § 2º do art. 76 — coisas vendidas a crédito — é que se justifica o lapso temporal mencionado.

A orientação do Supremo Tribunal Federal, seja dizendo constitucional, em face da isonomia, o preceito da Lei de Mercado de Capitais ora em exame, seja ao aplicá-lo simplesmente, independentemente do que dispõe o art. 76, § 2º da Lei de Falências, é no sentido de destacar a finalidade de ordem pública da primeira, de incentivo para atingir meta governamental, rejeitando a tese da simbiose pretendida pela recorrente, tese essa que tem sido adotada pela egrégia Quarta Turma, com ponderáveis razões, inspiradas, por certo, em aversão ao que se entende por privilégio a credor da massa em detrimento de outros, aversão que levou o egrégio Tribu-

nal de Justiça do Rio Grande do Sul, de onde é originário, também, o presente feito, a construir, inteligentemente, no sentido de destacar como quirografário, o crédito da parcela correspondente à correção monetária do adiantamento de câmbio.

É de dizer ainda, que no contrato de câmbio não há venda, mas compra pela instituição financeira.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso do Banco Real S/A e lhe dar provimento, para reformar o acórdão e prover a apelação, de sorte a modificar a sentença, para que seja incluída na restituição a devida correção monetária e de conhecer do recurso da concordatária, mas lhe negar provimento.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, trata-se de uma causa em que se questiona a incidência ou não de correção monetária no valor da restituição, em caso de adiantamento de câmbio requerido em concordata ou falência. A respeito deste tema, o Eminentíssimo Relator, Ministro Dias Trindade, aplica o enunciado da Súmula nº 36 da jurisprudência desta Corte, no sentido de que a correção monetária realmente integra o valor a ser restituído.

Já, a empresa concordatária sustenta uma vinculação desse dispositivo da Lei do Mercado de Capitais com norma da legislação falencial,

alusiva àquele prazo de quinze dias anteriores ao requerimento de concordata para caber a restituição.

A respeito desse tema, disse o seguinte o Eminentíssimo Relator:

“Ora, erigindo como incentivo a garantia de que, em caso de falência ou concordata da empresa financiadora dos contratos que envolviam o comércio exterior, dispensou o legislador tratamento diverso daquele dado às restituições, pelo art. 76, § 2º da Lei Falimentar, especificamente destinados àqueles casos de vendas a crédito, com entrega das mercadorias até quinze dias do requerimento da falência, até porque, segundo esse mesmo artigo, **caput** e seu parágrafo primeiro, não se há de exigir o lapso temporal, para a restituição, quando devida em virtude de direito real ou de contrato, de um modo geral. Daí por que, de entender-se que somente na hipótese figurada no § 2º do art. 76 — coisas vendidas a crédito — é que se justifica o lapso temporal mencionado.

A orientação do Supremo Tribunal Federal, seja dizendo constitucional, em face da isonomia, o preceito da Lei de Mercado de Capitais ora em exame, seja ao aplicá-lo simplesmente, independentemente do que dispõe o art. 76, § 2º da Lei de Falências, é no sentido de destacar a finalidade de ordem pública da primeira, de incentivo para atingir meta go-

vernamental, rejeitando a tese da simbiose pretendida pela recorrente, tese essa que tem sido adotada pela egrégia Quarta Turma, com ponderáveis razões, inspiradas, por certo, em aversão ao que se entende por privilégio a credor da massa em detrimentos de outros, aversão que levou o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de onde é originário, também, o presente feito, a construir, inteligentemente, no sentido de destacar como quirografário, o crédito da parcela correspondente à correção monetária do adiantamento de câmbio.

É de dizer ainda, que no contrato de câmbio não há venda, mas compra pela instituição financeira.”

O eminente Ministro Relator, destarte, conheceu do recurso do Banco Real S/A e lhe deu provimento, para incluir a correção monetária na restituição, e conheceu do recurso da concordatária, mas negou-lhe provimento.

A respeito do tema do lapso temporal, a egrégia Quarta Turma, por voto majoritário, vem decidindo consoante explicitado na ementa do Recurso Especial nº 6.114-0/SP, **in verbis**:

“*Concordata preventiva. Contrato de câmbio. Pedido de restituição de adiantamento.*

O pedido de restituição, formulado nos termos do artigo 75, § 3º, da Lei 4.728, de 14.07.65, es-

tá sujeito à condição estabelecida na lei falencial, devendo assim o adiantamento ter sido efetuado nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata, por incidência à espécie do disposto no artigo 76, § 2º, combinado com o artigo 166, da Lei Falencial, em exegese compreensiva.

Cumpra não supervalorizar, além do explicitamente previsto, a situação jurídica da instituição financeira, colocando sem limite temporal o pedido de restituição de dinheiro (com a devida correção monetária), em potencial prejuízo aos créditos privilegiados derivados das relações trabalhistas, previdenciárias ou fazendárias, e aos demais créditos.”

No mesmo sentido numerosas outras decisões da egrégia Quarta Turma, sempre por maioria de votos, como se vê nos Recursos Especiais nºs 7.731, 8.277, 12.003 e 16.910.

Todavia, no caso concreto, não encontrei nos autos prova de que os adiantamentos por conta de contrato de câmbio não foram efetivados dentro do lapso temporal dos quinze dias. É que a recorrente concordatária, desde a apelação — fls. 40/44 —, refere-se à data de 18 de setembro de 1989 como a do *deferimento* da concordata, e o lapso temporal deve ter por termo o dia do *requerimento* da concordata. Assim também procedeu a concordatária ao interpor o presente recurso especial — fls. 135.

Ante o exposto, mantendo embora o entendimento doutrinário que alicerçou os arestos acima referidos, no caso concreto, por falta de prova da data em que requerida foi a concordata, devo acompanhar o Eminentíssimo Ministro Relator.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuida a espécie se possível ou não incidência da correção monetária no valor da restituição, em caso de adiantamento de câmbio requerido em falência ou concordata.

O Senhor Ministro Dias Trindade aplica ao caso o enunciado da Súmula 36, admitindo integrar o valor restituível a correção monetária. Por isso conheceu e deu provimento ao recurso especial do Banco Real S/A; conhecendo também do Recurso Especial de Calçados Juçara Ltda., pelo dissídio, mas para negar-lhe provimento.

Esta última, empresa concordatária, sustenta existir vinculação entre o § 3º do artigo 75 da Lei 4.728 do Mercado de Capitais, com o § 2º do artigo 76 da Lei Falimentar, pertinente ao prazo de quinze dias anteriores ao requerimento de concordata para receber a restituição.

O Senhor Ministro Athos Carneiro afirmando seu entendimento na Colenda 4ª Turma que sujeita o pedido de restituição de adiantamento de Câmbio à condição estabelecida na Lei Falimentar qual seja a de

que aquela só ocorrerá se o adiantamento houver sido efetuado nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata, acompanhou o Senhor Ministro Relator na conclusão de seu voto, visto inexistir nos autos referência a data do requerimento de concordata mas, tão-só, de seu deferimento.

Solicitei vista dos autos para esclarecer dúvida quanto a esse ponto e vejo, que com razão, o Senhor Ministro Athos Carneiro.

Contudo, peço vênias a Sua Excelência para não encontrar relevância da espécie no julgamento da causa. É que toda a discussão levantada nos autos põe em relevo que no caso os adiantamentos se deram fora daquele prazo, enquanto que o Banco sustenta-o incabível porque só exigível quando referente a coisas vendidas a crédito não envolvente, pois, nos adiantamentos de câmbio, como deflui do relatório de fls. 93.

E nesse passo, com a devida licença dos eminentes Senhores Ministros que entendem diversamente, mantenho fidelidade aos julgados que temos proferido na Colenda Terceira Turma.

A concordatária na operação de câmbio, de que tratam os autos, em verdade não é a compradora da moeda estrangeira mas sim vendedora, tornando, desse modo, absolutamente inaplicável a regra do mencionado § 2º do artigo 76 de Lei Falimentar que prevê a hipótese em que o concordatário é o adquirente

da coisa vendida a crédito e a ele entregue nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata. Certo, por outro lado, que o pedido de restituição disposto no § 3º do artigo 75 da Lei de Mercado de Capitais diz com a quantia adiantada por instituição financeira, por conta de Contrato de Câmbio de moeda estrangeira, em que o concordatário é o vendedor não contendo aquele parágrafo 3º qualquer condição especial para a ação de restituição de adiantamento, a não ser o próprio deferimento da concordata.

Fernando G. M. Cavalcante, em excelente monografia (O Contrato de Câmbio de Exportação em Juízo, página 41, Ed. Renovar, 1989) define a natureza jurídica do contrato de câmbio, como compra, em regra, celebrada a termo, em que uma instituição financeira adquire as divisas de um exportador, acentuando, assim, a diferença com os contratos comerciais em que o concordatário é o comprador.

Tais os fundamentos pelos quais acompanho o Senhor Ministro Relator integralmente.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: No sentido do voto do emittente Relator e, agora, do pronunciamento do Ministro Fontes de Alencar tenho votado em inúmeras oportunidades na Eg. Quarta Turma, entendendo impertinente aqui

o requisito de ordem temporal previsto no art. 76, § 2º, da Lei de Falências. A **ratio essendi** do art. 75, § 3º, da Lei nº 4.728/65 difere profundamente daquela do preceito acima referido da Lei Falimentar. Além disso, não vejo razões para aplicar disposição do direito falencial a uma lei de caráter especialíssimo como é o caso da chamada Lei de Mercado de Capitais.

Em resumo, são essas as razões pelas quais, rogando vênha àqueles que pensam em sentido contrário, acompanho o ilustre Ministro Relator em seu douto voto.”

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.668-5 — RS — (92.0032957-8) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Edson Laura Cardoso e outros. Recda.: Indústria de Calçados Flama Ltda. Advogado: Cladimir Luiz Bonazza Interes.: Indústria de Calçados Flama Ltda. — em concordata. Advogado: Ernesto Flocke Hack.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe negou provimento (em 28.03.94 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.670-8 — SP

(Registro nº 93.0002088-9)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Técnica de Pré-moldados S/A*

Advogados: *Rubens Camargo Mello e outros*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Marco Antonio Moraes Sophia e outros*

EMENTA: *Recurso especial. Tributário. Correção de crédito fiscal. Critério adotado pela nova lei paulista. Efeito retroativo. Inaplicabilidade. Votos vencidos.*

A nova lei do Estado de São Paulo, Lei nº 6.374/89, que instituiu a Unidade Fiscal da Fazenda (UFESP) não tem efeito retroativo, não se aplicando a fatos pretéritos.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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 maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus, que dele não conheciam. Participaram do julgamento os Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Brasília, 01 de junho de 1994 (data do julgamento).

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

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto por *Técnica de Pré-Moldados S/A*, com fundamento no art. 105, III, letras a e b, da Constituição Federal, contra acórdão da Décima Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado que, em execução fiscal, reformando decisão de primeiro grau, julgou legítima a atualização monetária dos débitos fiscais relativos a ICM pelo índice do IPC de janeiro de 1989, dando aplicação à Lei nº 6.374/89, que instituiu a unidade fiscal conhecida como UFESP.

Sustenta a recorrente, em síntese, que o venerando aresto hostilizado violou frontalmente a Lei Federal nº 5.172/66 (Código Tributário

Nacional) e legislação subsequente, pois o Tribunal não poderia emprestar aplicação retroativa de índices de correção monetária mais gravosos do que aqueles em vigor até então.

Contra-razões às fls. 77/82.

Inadmitido o apelo (fls. 93), foi o mesmo processado em virtude do provimento do agravo de instrumento interposto.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): O entendimento sufragado pelo acórdão, segundo o qual houve uma continuidade de adoção do mesmo índice informando o critério de correção monetária dos débitos, que sempre tiveram previsão legal, não pode prevalecer para o caso concreto. Nem mesmo em face da Súmula nº 400, do Supremo Tribunal Federal, como se refere o despacho que inadmitiu o recurso.

É que, segundo ficou bem esclarecido na sentença, a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, em seu artigo 113, introduziu a Unidade Fiscal da Fazenda do Estado de São Paulo — UFESP, dispondo no § 3º que os valores relativos a créditos tributários constituídos antes da vigência da referida lei, serão corrigidos monetariamente pelos índices das Obrigações do Tesouro Nacional (OTN) até 31 de janeiro de 1989, e

a partir desta data, de acordo com a variação das UFESP.

É o caso. O crédito objeto da execução fiscal, conforme a certidão da dívida ativa, refere-se ao ICM do mês de dezembro de 1988, não se podendo dar efeito retroativo às novas disposições legais.

Assim tem decidido esta Turma, segundo atesta precedente relatado pelo eminente Ministro Peçanha Martins:

“A Lei Estadual nº 6.374, instituidora da UFESP e publicada em março/89, não podia estabelecer índice de correção monetária incidente sobre período anterior à data da sua vigência, infringindo, destarte, a Lei Federal 5.670/71” (REsp nº 13.872-SP, em 25.11.92).

O voto condutor, seguido pela Turma, explicitou:

“Quanto à alegada infringência à Lei 5.670/71, entendo configurada. É que a UFESP, criada pela Lei Estadual 6.374, de março de 1989, determinou, no seu § 3º, que os débitos anteriores seriam atualizados consoante os índices das “Obrigações do Tesouro Nacional — OTN até 31 de janeiro de 1989, e após essa data, segundo a variação das UFESP”.

Ora, a variação que se tenha processado no IPC no período de janeiro/89 não poderia ser exigido para a correção monetária dos

créditos tributários anteriores à vigência da lei. De igual modo, não poderia a lei publicada em março estabelecer índice de correção monetária incidente sobre período anterior à data da sua vigência.

Embora adotando o IPC, índice oficial para proceder-se à atualização da UFESP, a verdade é que o legislador paulista criou uma nova unidade fiscal para correção monetária dos créditos do Estado de São Paulo. Fazendo-o, não poderia fazê-lo incidir sobre débitos pretéritos. E tanto é assim que manteve a incidência da OTN, embora até 31 de janeiro de 1989. Assim dispondo, não poderia, a meu ver, fazer incidir outro índice de correção monetária não previsto no mesmo período.”

Frente ao exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a sentença.

Eis o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.670-8 — SP — (93.0002088-9) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Técnica de Pré-moldados S/A. Advogados: Rubens Camargo Mello e outros. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Marco Antonio Moraes Sophia e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso e dando-lhe provimento a fim de

restabelecer a sentença, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Peçanha Martins, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz. Aguardam os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e José de Jesus (em 23.08.93 — 2ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Acompanho o Relator, eminente Ministro Hélio Mosimann, porquanto, tal como já decidi a Turma em julgado da lavra do não menos eminente Ministro Peçanha Martins, a “Lei nº 6.374/89, instituidora da UFESP e publicada em março/89, não podia estabelecer índice de correção monetária incidente sobre período anterior à data da sua vigência”.

Em conclusão, dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.670-8 — SP — (93.0002088-9) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Técnica de Pré-moldados S/A. Advogados: Rubens Camargo Mello e outros. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Marco Antonio Moraes Sophia e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após o voto do Sr. Minis-

tro Américo Luz acompanhando o Sr. Ministro Relator, pediu vista o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Aguarda o Sr. Ministro José de Jesus (em 13.10.93 — 2ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sustenta, em suma, a recorrente que o acórdão do Egrégio Tribunal a quo, ao admitir que a Lei Estadual nº 6.374, de 1º-3-89, estabelecesse a aplicação retroativa de índices de correção monetária mais gravosos do que aqueles até então em vigor, teria violado o art. 106 e seus incisos do Código Tributário Nacional.

O ilustre Relator conheceu do recurso e deu-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos Ministros Peçanha Martins e Américo Luz. Fundou-se o seu douto voto no decidido por esta Turma no REsp nº 13.872-SP, na assentada de 25.11.92, Relator Ministro Peçanha Martins.

Pedi vista dos autos porque não participei do julgamento que se corporificou no precedente, em que se apóia o voto do eminente Relator.

Do estudo a que procedi, cheguei à conclusão de não se achar caracterizada, no caso, ofensa ao art. 106 do Código Tributário Nacional, porquanto a sua aplicação não foi ven-

tilada pela decisão recorrida, não tendo a recorrente manifestado os indispensáveis embargos declaratórios, visando a prequestionar a questão federal pertinente (Súmulas nºs 282 e 356 do S.T.F.).

Seja como for, não me parece tenha ocorrido aplicação retroativa de dispositivo de lei estadual estipulando índice de correção monetária mais gravoso do que aquele até então em vigor.

Com efeito, o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (C.T.N., art. 144). Todavia, calculado o montante do tributo devido, este não permanece imutável quanto à sua expressão monetária, estando sujeito à atualização até a data do pagamento, que reflita a queda de poder aquisitivo da moeda, decorrente da insidiosa inflação que, há tempos, vem desestruturando a economia do País, com graves reflexos sociais. Diz o § 2º do art. 97 do referido Código que não constitui majoração do tributo “a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”.

Dentro desse quadro, argumenta, com razão, o acórdão recorrido (fls. 57):

“Na realidade, a atualização monetária dos débitos fiscais relativos a ICM tem previsão legal antiga, fazendo-se inicialmente segundo as variações das ORTNs,

posteriormente substituídas pelas OTNs (art. 88 da Lei nº 440/74). Estas, a seu turno, variavam de acordo com o IPC, que era o fator de correção da inflação real e continuou a sê-lo após a extinção das OTNs, tanto que o novo indexador criado pelo Governo Federal o adotou para a atualização dos BTNs posteriormente criados (art. 5º, parágrafo segundo, da Lei nº 7.777/89). Houve, assim, uma continuidade de aplicação do mesmo índice informando o critério de correção monetária de tais débitos que, repita-se, sempre teve previsão legal.”

Nesse contexto, não diviso qualquer ofensa ao art. 106 do Código Tributário Nacional, razão por que peço vênia ao ilustre Relator e aos eminentes Ministros, que o acompanharam para não conhecer do recurso.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Srs. Ministros, entendo que não há ofensa ao art. 106 do Código Tributário, mesmo porque sequer foi prequestionado e, ainda que fosse, o acórdão deixa muito claro que a legislação paulista sempre previu a correção monetária. Essa correção sempre foi contada pelo IPC e mesmo na época da extinção das OTNs, quando houve aquele congelamento da correção monetária, na verdade, o próprio Governo a restabeleceu em seguida ao fixar o BTN como novo critério.

Confesso que mesmo adentrando no exame do mérito não estou vendo nenhuma correção monetária abusiva. Chamo atenção para este ponto que, para mim, é argumento básico. Os casos são muitos e quero fixar orientação sobre a matéria. Penso que o lançamento do crédito tributário, que é o seu acerto, reporta-se à data do fato gerador. Então, a sua expressão em termos reais é aquela atinente à época do fato gerador. Se há variação monetária, evidentemente não podemos admiti-la como uma retroação. Há que se verificar qual índice é adequado para calcular o valor do tributo em termos reais, na data do pagamento. Essa é a tese que adotei e pretendo adotar para todos os casos. O que me importa é isso: qual era o valor do tributo na data do lançamento, que se reporta à data do fato gerador? Houve vários índices de atualização. Qual é aquele que expressa a inflação? Estou adotando o IPC, por entender, no contexto, que é o melhor índice para calcular o valor real do tributo devido. Essa é a linha que estou seguindo.

Extinta a OTN, a pretexto de ter acabado a inflação, o que não ocorreu, qual o índice a ser adotado para compensar a queda de poder aquisitivo da moeda?

A minha divergência está exatamente no seguinte, segundo procurei argumentar: a legislação paulista sempre previu a correção monetária e, pela legislação de regência, sempre foi ela medida pelo IPC.

Houve um período em que o índice adotado foi congelado, mas a inflação continuou a existir. Daí que o ato governamental do Estado de São Paulo, à vista de legislação paulista na época vigorante, determinou que se seguisse o critério consistente na aplicação do IPC. Por isso, tendo em vista o aspecto maior, o que me importa, conforme salientei, é o valor real do tributo na data do lançamento, que se reporta, por sua vez, à época do fato gerador. Esse valor tem de ser observado na data do pagamento. Não adentro em questões menores que, a meu ver, conduzem a visão pouco consentânea com a realidade das coisas.

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Aparte): Apenas ponderaria o seguinte: essa instrução do Governo do Estado é posterior à Lei nº 6.374, que estabeleceu o critério, e contraria a própria lei.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sustento que esta instrução está exatamente em harmonia com a legislação estadual que até então vigorou.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): V. Exa. empresta efeito retroativo à lei? Essa é a grande discussão.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: É exatamente o que estou dizendo. A meu ver essa lei não tem efeito retroativo. Examinando o recurso, sustento, em primeiro lugar, que não foi prequestionada a aplicação do art. 106 do

C.T.N. Isso bastaria para não conhecer do recurso. Mas, além disso, entendo que não houve aplicação retroativa da lei local, porque sempre a legislação paulista adotou o IPC como índice de correção monetária. Houve um branco no período em que a BTN ficou congelada, mas nesse intervalo de tempo, houve inflação. Daí o ato governamental esclarecendo que, nesse período, como sempre aconteceu, se aplicava o IPC. É a única solução que me surgiu, levando em conta que nós temos reconhecido o índice de 70,28%, tanto para a Fazenda quanto para o contribuinte.

Para sermos coerentes com o que temos decidido freqüentemente, creio que outra alternativa não nos resta. Temos, nos vários casos que aqui chegaram, reconhecido jurisprudencialmente o direito do contribuinte e o direito da Fazenda no tocante ao índice do período questionado. Assim sendo, o ato governamental paulista apenas adotou a nossa jurisprudência. Adotou a nossa jurisprudência que, a meu ver, outra coisa não poderia ter feito senão aplicar a legislação de regência.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, a questão, **data venia**, não é essa. A Lei Paulista nº 6.374 determinou, expressamente (art. 113) que a instituição da UFESP corresponderia à OTN de NCr\$ 6,17 (seis cruzados

novos e dezessete centavos). É disposição expressa de lei. O Decreto Estadual nº 30.356 que se lhe seguiu, declarou que a UFESP se regeria pelo valor do BTN fiscal. Neste caso, e em inúmeros outros que já julgamos aqui, o que se verifica é que não obstante a Lei 6.374 seja de 1º de março de 1990, e só tendo entrado em vigor em 01.04.90, o julgador admitiu que o Estado de São Paulo, por uma mera instrução que se seguiu aos decretos que regulamentaram a matéria, aplicasse a esses débitos pretéritos os 70,28%.

Ora, se temos como certo que o Estado se submete ao princípio da legalidade e se o próprio Estado, dentro da sua competência legislativa, estabeleceu um parâmetro de correção monetária, não pode admitir um outro que vigia no passado, sob pena de, em assim fazendo, estar aplicando valores passados contra um critério que ele próprio estabeleceu. Foi assim que proclamei o meu voto, entendendo, no caso, que havia uma ilegalidade e, mais que isso, já que também duvidamos que o Estado possa legitimamente estabelecer a UFESP, mas isso já no plano do Direito Constitucional, por isso mesmo que se trata de matéria monetária, reservada à competência exclusiva da União. É uma outra questão que há de se submeter à Corte Especial.

No que diz respeito ao plano da legalidade, não vejo como admitir que uma simples instrução possa contrariar o princípio que a própria lei desse mesmo Estado estabeleceu.

Esse é o meu ponto de vista.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor Presidente, gostaria de fazer algumas colocações, porque estou sendo contrariado, no voto que proferi.

Primeiro, não se trata de discutir a questão da constitucionalidade, abordada no acórdão que serviu de padrão para meu voto e que teve como Relator o Ministro Peçanha. A matéria de ordem constitucional é objeto de um outro recurso que, se não me engano, está com vista para o Ministro Américo Luz. Ultrapassamos esta questão, neste processo sob julgamento.

Segundo: não tenho aqui meus apontamentos, mas, pelo que recorde das observações feitas, foi prequestionada a matéria em relação ao Código Tributário Nacional, se não de forma expressa, pelo menos, implicitamente. Trata-se da aplicação do princípio da retroatividade (art. 106 do C.T.N.). Embora o acórdão só não faça expressa referência ao dispositivo, a tese em discussão é a da retroatividade, ou, mais precisamente, da aplicação da lei a ato ou fato pretérito.

Terceiro: essa Lei nº 6.364 é de 1º de março para entrar em vigor, diz expressamente, 30 dias após. Estamos tentando aplicá-la para esse crédito de dezembro de 1988. Essa é a grande discussão: a retroatividade ou não. Penso não retroagir. Apli-

quem-se os índices que se quiser aplicar, mas o que não podemos afirmar é que essa lei, de 1º de março, para entrar em vigor trinta dias após, retroage, para efeito de corrigir-se um crédito de dezembro de 1988. Essas são as minhas colocações.

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. V. Exa. dividiu seu brilhante voto em duas partes: uma, com uma preliminar de não prequestionamento, e, outra, se ainda que assim não fosse, examinou o mérito.

Antes de proferir o meu voto quero lembrar uma coisa muito curiosa que V. Exa. mencionou em seu voto: no tocante à Lei que instituiu o BTN estabeleceu que este teria como indexador o IPC. Jamais faltou indexador para correção em tal período. O que se pleiteia é não pagar correção nesse período de 90 dias. O fato, porém, de se dizer que a lei entrou em vigor e que está se aplicando retroativamente, não creio ser verdade. O que está acontecendo é que um índice inflacionário que veio progressiva e subterraneamente, e depois aflorou com um nome novo, o BTN; a correção não desapareceu, continuou viva.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Por isso li o texto do acórdão, que diz: (lê)

“Atualização monetária dos débitos fiscais relativos a ICM tem

previsão legal antiga, fazendo-se inicialmente segundo as variações das ORTNs, posteriormente substituídas pelas OTNs (art. 88 da Lei nº 440/74). Estas, a seu turno, variavam de acordo com o IPC, que era o fator de correção da inflação real e continuou a sê-lo após a extinção das OTNs, tanto que o novo indexador criado pelo Governo Federal o adotou para a atualização dos BTNs posteriormente criados (art. 5º, parágrafo segundo, da Lei nº 7.777/89). Houve, assim, uma continuidade de aplicação do mesmo índice informando o critério de correção monetária de tais débitos que, repita-se, sempre teve previsão legal.” (fls. 57)

Acredito, então, que não podemos isolar a questão, em face disso.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Estou apenas me referindo a este detalhe, porque todos nós participamos da Corte Especial, e a matéria já está sendo votada naquele Órgão, com vista do Sr. Ministro Torreão Braz.

Sr. Presidente. Preliminarmente, não temos conhecido de centenas de recursos toda vez que não há o prequestionamento, e essa preliminar não foi examinada pelo Eminentíssimo Ministro Relator e por aqueles que o acompanharam. Sempre a examinamos com base nas Súmulas nºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal e por unanimidade. Parece-me que devemos apreciá-la.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Se não foi levantada matéria de conhecimento, estou fazendo-o, pois, no caso, pode ser conhecida de ofício.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Trata-se do art. 106 do Código Tributário Nacional?

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sim, Excelência. Estamos aplicando-o em todos os julgamentos. Se realmente não examinarmos esta preliminar, estaremos correndo o risco de cair em contradição e fazer injustiça. Solicitaria ao Sr. Ministro Presidente que submetesse ao Eminentíssimo Ministro Relator essa preliminar de não conhecimento por ausência de prequestionamento, com base nas Súmulas nºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, as quais temos aplicado reiteradamente, já que o Eminentíssimo Ministro Relator não se referiu a esse aspecto preliminar.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor Presidente, até me dispensaria de votar separadamente sobre o prequestionamento, tanto que enfrentei o mérito do recurso. Toda vez que enfrentamos o mérito, partimos do pressuposto de que há prequestionamento regular. Neste sentido, temos votado freqüentemente, em todas as sessões. Quando se levanta a questão, então sim, temos que enfrentá-la, até com destaque.

Entendo que está prequestionada a matéria, como me reportei anteriormente.

O despacho do Presidente deixou de admitir o recurso e dei provimento ao agravo de instrumento. O Presidente do Tribunal disse que apesar de não estar em forma explícita, estava prequestionada e aplicava a Súmula nº 400, do Supremo, isto é, embora não seja a melhor solução, era razoável.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Aparte): Se V. Exa. me permite, estou um pouco mais rigoroso, em matéria de liberalidade, do que os Presidentes dos Tribunais, senão não vamos resistir à pretória de processos. Se falar que o prequestionamento está implícito, todos os recursos subirão e teremos que examiná-los. Assim, não terá mais sentido o controle da subida de recursos.

OS SRS. MINISTROS PEÇANHA MARTINS E AMÉRICO LUZ: De acordo (sem explicitação).

VOTO — PRELIMINAR — VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Entendo, como V. Exa., que não houve o prequestionamento. Evidentemente, aquilo que não foi objeto de decisão no Tribunal ou de embargos de declaração não deve ser conhecido. Louvo-me numa informação do Eminentíssimo Relator afirmando que, ao admitir o recurso, o Presidente

do Tribunal disse que estava implicitamente prequestionada. A Câmara do Tribunal teria prequestionado, referenciando ou discutindo essa matéria, evidentemente que não houve.

Logo, em preliminar, fico vencido, como V. Exa.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): O Sr. Ministro me permite um aparte, ainda sobre o prequestionamento? O Presidente do Tribunal não disse que estava implícito; ele disse que a decisão da Colenda Corte Suprema é pacífica no sentido de que o prequestionamento deve ser explícito, ainda que se trate de questões da Lei Maior.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Digo a V. Exa. que a minha preocupação é muito grande, senão daqui a pouco vamos examinar todo e qualquer recurso.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): A minha é enorme. Estava conversando com o Ministro Américo Luz, alertando de que daqui para frente em todos os recursos especiais teriam que ser examinados: primeiro, separadamente, o prequestionamento; depois é que iríamos julgar o recurso, se fosse o caso. Mas não temos feito isso. Quando passamos ao mérito do recurso, partimos do pressuposto de que houve o indispensável prequestionamento.

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: É necessário saber se é preciso que se indique com precisão o artigo, ou se se trata só da matéria.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Evidentemente que a questão há de ser reexaminada caso a caso. Neste caso, por exemplo, à vista dos autos, entendi que, concretamente, não houve prequestionamento. Os outros Colegas entenderam que sim.

VOTO — MÉRITO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Uma vez vencido na preliminar de conhecimento, curvo-me à maioria, neste caso, apesar de estar bem dito por V. Exa. que não havia o prequestionamento, e passo a votar quanto ao mérito.

Como vinha dizendo inicialmente, a minha grande preocupação é exatamente o argumento do Ministro Peçanha Martins de que estaríamos dando efeito retroativo à Lei nº 6.374. Parece-me que não é bem assim. A impressão que tenho é de que o último indexador de correção monetária, anterior ao BTN, era o IPC. Hoje verificamos estratégias de governo tão comuns: o Governo diz que vai congelar o Real por 90 (noventa) dias, mas a medida provisória já tem o indexador IPCR para corrigir o Real. Isso aconteceu no Governo Collor: houve o famoso congelamento, mas a inflação continuou normalmente, com o IPC como indexador. Veio a Lei nº 6.374 e disse que se aplicava o BTN, como novo indexador.

O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro citou o art. 5º, I ou II, da Lei

nº 7.777, dizendo que o indexador seria o BTN e esse dispositivo diz que o BTN tem como indexador o IPC, então o IPC não desapareceu. Durante esse período em que estamos concedendo 70,28%, e o Estado era parte, não o fazíamos por isonomia, mas baseados no indexador que era o IPC, que continuou vivo, dando força ao BTN. Quando a lei paulista afirma que se aplica o BTN está dizendo que a correção se faz pelo IPC, que é o fundamento do BTN. Ora, se assim é, e se a inflação não deixou de existir, apenas o Governo Federal quis aliviar a sua carga e a dos governos estaduais e municipais, dizendo que estava congelado naquele período, a verdade é que a inflação ressurgiu e nós já julgamos centenas de casos concedendo ora ao Estado, ora ao particular, a correção 70,28%.

APARTE

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Nós temos feito com fundamentos diferentes. Quando damos ao particular a atualização monetária, o fazemos em desapropriação ou então em ato ilícito. No Brasil a atualização monetária se deve a decisões do Supremo Tribunal Federal e é com esse embasamento que temos dado ao contribuinte. Mas o Estado só pode agir dentro do rigor da lei e foi o Estado que mal legislando, inclusive, se limitou. Agora, por exemplo, vemos que há oito meses, mais ou menos, o Estado de São Paulo editou uma lei dan-

do isenção em bares e restaurantes, para apenas taxar uma parcela. Vai ter prejuízo porque a decisão mudou. O Estado só pode cobrar de acordo com a lei, e a lei é que dizia: OTN de 6.17%. Assim começou o UFESP, em São Paulo, de março para aplicação em abril. Então, não é possível que haja a lei paulista estabelecendo isso e o próprio Estado, por uma simples instrução, venha depois dizer que se aplica a débitos pretéritos 70,28%. Foi ele quem se limitou.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. O Sr. Ministro Peçanha Martins está incidindo num grande equívoco, inclusive nos seus votos anteriores, quando ele concede 70,28%, porque o índice social do Governo Federal foi de 6.17%. Por isso é que a lei paulista diz que a correção deverá ser de 6.17%. Acontece que depois veio a inflação real da Fundação Getúlio Vargas, de 76,45%, tirou-se 6.17%, ficou 70.28%. O Sr. Ministro Peçanha Martins tem concedido 70,28% à Fazenda e às partes reiteradamente. Tinha que dar 6.17% e não 70,28%. Agora ele está dizendo que a lei paulista fixou em 6.17%, porque quando ela foi editada o indexador oficial proclamado pelo Governo Federal, Ministério da Fazenda foi nesse percentual. Só que era falso e essa falsidade foi corrigida com a inflação. Então, V. Exa. não pode negar o que tem feito nos seus votos.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Toda jurisprudência sobre correção monetária no Brasil foi criada tendo em conta o princípio do enriquecimento sem

causa. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a atualização monetária nos casos de ilícito com dano corporal; posteriormente, foi estendendo a outros casos de ato ilícito, depois às ações de repetição do indébito tributário. Enfim, é uma jurisprudência que corporifica, na verdade, a adoção de um princípio fundamental do direito, aquele que veda o enriquecimento sem causa.

No caso, lei sobre correção monetária existia. Nos outros casos, sequer havia lei sobre correção monetária. O que cabe à jurisprudência — e é o que procuramos fazer — é, exatamente, aclarar, mostrar qual o índice que poderia ser aplicado, visando a evitar o enriquecimento sem causa. É aí que há de situar-se a matéria, **data venia**.

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: E é assim que tenho julgado em relação aos particulares e continuarei a fazê-lo. Quanto ao Estado, apenas defiro se a lei assim o determinar.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: O Ministro Peçanha Martins ao particular, concede 70,28% e ao Governo do Estado não concede.

APARTES

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Apenas posso fazer assim, porque ao Estado, o critério da

lei. Para isso é que se estabeleceu, criou-se, o Direito Administrativo: para limitar o Estado, que não pode surpreender o cidadão para cobrar alguma coisa que a lei não prevê.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Parece-me que o enfoque do recurso não é bem esse, Ministro Peçanha Martins. O grande problema é a retroatividade que se reconhece, ou não, a essa Lei 6.374. Esse é o problema. O restante é decorrência do reconhecimento ou não da retroatividade. É o que me parece.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A minha dificuldade reside em alinhar meu pensamento, porque o Ministro Peçanha Martins me deixa com uma certa dificuldade. O que estou dizendo é o seguinte: o índice que a Lei nº 6.374 determinou em seu texto e que deveria ser aplicado, era 6,17%. Refere-se ao índice oficial que o Governo proclamou. Apenas proclamou-o erradamente. Quando o Governo reconheceu que o índice não era esse, e sim 76,45%, deduzidos os 6,17%, perfazia um total de 70,28%. Não haveria necessidade do Governo Estadual baixar uma lei complementar para dizer que aquele índice não é de 6,17%, e sim de 76,45%, descontado o oficial, perfaz um total de 70,28%. Esse é o meu raciocínio. Esse indexador, essa correção, nesse período, sempre existiu e alcançou os débitos. Como diz o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, na hora do pagamento é que é o problema de

um lado ou de outro. Temos concedido isso aqui reiteradamente.

Pedindo muitas vênias ao Relator, ao Ministro Peçanha Martins, e ao Ministro Américo Luz, para acompanhar o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, porque entendo que temos que fixar essa posição, porque todos nós votaremos essa matéria na Corte, e ela está colocada no sentido do entendimento do Ministro Peçanha Martins, que não é, realmente, do meu ponto de vista, a melhor solução.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.670-8 — SP — (93.0002088-9) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Técnica de Pré-moldados S/A. Advogados: Rubens Camargo Mello e outros. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Marco Antonio Moraes Sophia e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus não conhecendo do recurso, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz (em 16.05.94 — 2ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Ratifico o meu pronunciamento anterior, porquanto convencido estou de que a Lei nº 6.374/89, instituidora da UFESP e publicada em março/89, não podia estabelecer índice de correção monetária incidente sobre período anterior à data da sua vigência.

Acompanho o eminente Relator, provendo também o recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.670-8 — SP — (93.0002088-9) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Técnica de Pré-moldados S/A. Advogados: Rubens Camargo Mello e outros. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Marco Antônio Moraes Sophia e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus, que dele não conheciam (em 01.06.94 — 2ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrentes: *Manuel Gonçalves Martins — Sucessão e outros*

Recorridos: *Rute Holstein de Aguiar e outro*

Advogados: *Drs. Manoel D. da Silva e outros, e Kanita Barcelos Mene-gassi e outros*

EMENTA: *Civil. Processo Civil. Inventário. Partilha judicial.*

Timbrada a natureza judicial da partilha, com a adjudicação de bem a menor, a sentença não há de ser vista como meramente homologatória, motivo por que só pode ser desconstituída por meio de ação rescisória. Recurso conhecido, pelo dissídio, mas não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Walde-mar Zveiter e Cláudio Santos.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE:
Sucessão de Manuel Gonçalves Mar-

tins e outros, nos autos da ação ordinária de nulidade de partilha em que contendem com Rute Holstein de Aguiar e seu filho Leonardo Ricardo de Aguiar, manifestam recurso especial, com fundamento na alínea c, do permissivo constitucional, contra acórdão da e. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim enunciado:

“A sentença de adjudicação, envolvendo o menor e dispondo a respeito do usufruto legal à viúva meeira, tem natureza sentencial, por ter tornado judicial a partilha, somente rescindível, através de ação rescisória dos arts. 485 e seguintes do Código de Processo Civil. Não sendo caso de anulabilidade, com base no art. 1.030 do mesmo diploma legal, por tratar-se de ato sentencial e não de ato sentencializado

pela homologação, o que retira a aplicação do art. 1.029 do CPC.

Os autores, por sua vez, não são herdeiros do falecido cuja partilha, pretendem anular.

Apelo improvido.”

O recurso foi admitido na origem, subindo os autos.

Nesta instância extraordinária, oficiou o Ministério Público Federal, cujo parecer, da lavra do eminente Subprocurador-Geral **Nelson Parucker**, foi assim sintetizado:

“Inventário. Cessão de direito hereditário, por escritura pública, em arrolamento que não culminou concluído. Subseqüente adjudicação, em outro inventário, do imóvel cedido, em favor do filho menor do cedente, em face da morte deste, promovido o registro do álbum competente. Pretensão dos sucessores do cessionário, também falecido, em lograr a invalidação da questionada adjudicação. Ven. Aresto que entendeu cabível, no caso, a ação rescisória para o desiderato em tela, em lugar da demanda intentada. Recurso Especial impugnando tal posição a não merecer êxito, segundo precedente dessa Eg. Corte.”

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O voto condutor do acór-

vão recorrido apresenta-se alicerçado nos seguintes fundamentos:

“A começar pela jurisprudência tem a sentença homologatória de adjudicação em inventário, cunho decisório, como se vê de arestos colacionados por **Arruda Alvim** e **Teresa Arruda Alvim Pinto**, em ‘Ação Rescisória’ — Repertório de Jurisprudência e Doutrina.

‘Em razão de a sentença de adjudicação ser de natureza constitutiva e não meramente homologatória, é cabível ação rescisória.’ (p. 23).

‘Cabe ação rescisória de sentença homologatória de adjudicação em inventário, pois o seu teor, diferente das decisões meramente homologatórias, possui certo cunho decisório, não se limitando a simplesmente formalizar um ato de vontade das partes.’ (p. 26)

A sentença que adjudicou o único bem do autor da herança, o chalé de madeira, número 797, da Rua Frederico Eitzberger, nesta Capital, em favor do menor Leonardo Ricardo de Aguiar, com reserva de usufruto à viúva meieira, com base no § 1º, do art. 1.611 do Código Civil, decretou a natureza judicial da partilha, por se tratar de ato sentencial, e não mera homologação.

O ato do juiz está revestido de carga decisória, não só por ter atribuído o único bem descrito ao

menor, como também por ter decidido a respeito da reserva do usufruto em favor do cônjuge sobrevivente, casado pelo regime de separação de bens (art. 258, inc. II, do Código Civil), conforme está na certidão de casamento de fl. 19.

A rescindibilidade da sentença de adjudicação, constante de fl. 42 dos autos, se fará através do disposto nos arts. 485 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo de competência da Justiça de segundo grau de jurisdição o julgamento e prescritível em dois anos, contados da data do trânsito em julgado da respectiva sentença.

Embora não sendo das mais adequadas a terminologia do art. 1.030 do Código Civil, que em vez de rescindível poderia ter utilizado anulável, pois a partilha é anulável e não rescindível, quando eivada de vício que a torne suscetível de invalidação, como aquela que preterir herdeiro, como afirmam alguns pensadores, da corrente a qual se filiam os autores. Não é, no caso concreto, a solução adequada, porque não se trata de sentença meramente homologatória. Trata-se de ato sentencial e não de ato sentencializado pela homologação.

Demais, os autores não são herdeiros do falecido José Ricardo de Aguiar, pai do menor e ex-marido da viúva, ora ré, para aplicação do inc. III, do art.

1.030, do Código de Processo Civil, que autoriza a anulação da partilha, por força do art. 1.029, quando da preterição de herdeiro.

Rui da Matta Costa, ao tratar Da Partilha Que Preteriu Herdeiro, em artigo de doutrina publicado na Revista Brasileira de Direito Processual, Editora Forense, vol. 24, p. 52, diz:

‘Portanto, em conclusão, a partilha julgada por sentença transitada em julgado e levada a efeito com preterição de herdeiro que foi parte no processo de inventário, por isso rescindível nos termos do art. 1.030, inc. III do Código de Processo Civil, poderá ter a sua rescindibilidade obtida através de *Ação Rescisória*, disciplinada nos artigos 485 e seguintes do mencionado estatuto legal, de competência da Justiça de segundo grau de jurisdição julgar é prescritível em dois anos, contados da data do trânsito em julgado da respectiva sentença’.

‘Há necessidade de que o herdeiro preterido tenha sido parte no inventário em razão de que, se não participou do processo, terá ele ação de petição de herança, de caráter reivindicatório, cujo tempo para prescrever é outro (Código Civil, art. 177), e não a enfocada *Ação Rescisória* (Cfr. **Silvio Rodrigues**, in ‘Direito Civil’, Direitos das Sucessões, vol. 7, Edição 1979, pág. 284)’.

Como ainda não se encontra encerrado o processo de inventário da falecida Dominga da Silva Aguiar, onde teria se habilitado Manuel Gonçalves Martins, pai dos autores, nem estes herdeiros legais de José Ricardo de Aguiar, como antes já foi salientado, outro é o caminho a ser percorrido pelos demandantes.”

Tais lineamentos jurídicos são irreprocháveis. Timbrada a natureza judicial da partilha, ante as circunstâncias assinaladas, a sentença não há de ser vista como meramente homologatória, motivo por que só pode ser desconstituída por meio de ação rescisória.

À feição, a propósito, o acórdão da e. Quarta Turma no REsp nº 21.377-4-SP, referido no duto parecer do Ministério Público Federal, para o qual o eminente Ministro Barros Monteiro escreveu a seguinte ementa:

“Tratando-se de partilha judicial, face à existência no inventário de interessados menores impúberes, o meio impugnativo cabível da sentença proferida é o da ação rescisória e não o da ação de

anulação exercitável perante o juiz singular. Inaplicação ao caso do lapso prescricional. Recurso especial não conhecido.”

Destarte, conhecendo do recurso, pelo dissídio, nego-lhe provimento. É como voto, Senhor Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.306-3 — RS — (93.0004278-5) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Rectes.: Manuel Gonçalves Martins — Sucessão e outros. Advogados: Manoel D. da Silveira e outros. Recdos.: Rute Holstein de Aguiar e outro. Advogados: Kanita Barcelos Menegassi e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe negou provimento (em 29.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.170-9 — RJ

(Registro nº 93.0007356-7)

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

Recorrente: *Semeg Serviços Médicos Guanabara Ltda.*

Recorrido: *Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 2ª Região*

Advogados: *Drs. Carlos Alberto Ferreira de Souza e outro, e Valter Villas Boas de Meireles e outro*

EMENTA: Recurso especial. Decisão de Juiz Monocrático. Não se conhece de recurso especial de decisão de Juiz Monocrático, ainda que se trate de causa decidida em única ou última instância, a teor do artigo 105, III, por ser incabível na espécie. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

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

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A douta Subprocuradoria Geral da República assim relatou e opinou sobre a questão:

“Semeg Serviços Médicos Guanabara Ltda. irresignado com a r. decisão do MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Seção Judiciária do Rio de Janeiro (fls. 115/115v. e 118), manifesta o presente *recurso especial*, com fundamento no artigo 105, III, da Constituição Federal.

Alega que a referida decisão, retirada de embargos infringentes, equiparada a decisão de 2º grau, violou o artigo 126 do CPC, bem como a Súmula 105 do Tribunal Federal de Recursos (fls. 123/128).

O recurso foi inadmitido na origem, consoante despacho de fls. 129.

Sustentando a tese de que um juiz singular quando decide embargos infringentes em razão do valor da causa, como foi o caso, “equipara-se a Tribunal, uma vez que julga em segundo grau, em última instância ordinária”, interpôs agravo de instrumento provido, nesse Eg. Superior Tribunal de Justiça (fls. 146 do proc. em apenso).

O caso é **sui generis** e, para melhor compreensão, deve ser resumido desde suas origens.

O recorrente opôs inicialmente embargos à Execução Fiscal proposta pelo Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 2ª Região, que foram rejeitados, conforme sentença de fls. 77/81.

Dessa decisão interpôs Apelação Cível para o antigo Tribunal Federal de Recursos (fls. 83/87), convertidos em embargos infringentes (fls. 114), considerando o teor do artigo 34 da Lei nº 6.830/80.

Tais embargos foram rejeitados por intempestivos (fls. 115 e 115v.). Razão pela qual o recorrente sustentando a tempestividade do prazo, considerando o recesso de Carnaval, opôs embargos de declaração (fls. 117), desprovidos pela decisão de fls. 118, que embora reconhecendo a procedência da alegação, deixou de corrigir o erro.

Ora, se se tratasse de matéria constitucional, dúvida não haveria quanto ao cabimento do recurso extraordinário, face às decisões do Excelso Pretório, admitindo o recurso **per saltum**.

Ocorre que, nesse caso, a previsão constitucional é expressa pois o texto se refere “às causas decididas em única ou última instância” (CF, art. 102, III).

Entretanto, na hipótese de recurso especial, o seu cabimento esta-

ria condicionado às “causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”, nos casos que indica (CF, art. 105, III, **caput**).

Assim, é manifestamente incabível o recurso especial interposto da decisão de juiz monocrático que, em hipótese alguma poderá ser equiparável a juiz de tribunal, para efeito de interposição do especial, face ao exposto texto constitucional.

O parecer, diante do exposto, é pelo não conhecimento do recurso.” (fls. 172/174)

É este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Tem razão o parecer. Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 136.154 publicado no DJ de 23.04.93, pág. 6.923, o Excelso Pretório orientou que só cabe Recurso especial de decisões de Tribunais, órgão de segundo grau. E como o recurso foi interposto contra decisão de Juiz monocrático dele não conheço.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.170-9 — RJ — (93.0007356-7) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Semeg Serviços Médicos Guanabara Ltda. Advogados: Carlos Alberto

Ferreira de Souza e outro. Recdo.: Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 2ª Região. Advogados: Valter Vilas Boas de Meireles e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 08.06.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.724-9 — RS

(Registro nº 93.0012119-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Unibanco — União de Bancos Brasileiro S/A*

Recorrido: *José Augusto Bresolin*

Interessado: *Irineu Zanotto*

Advogados: *Valdomiro Loch e outros, e Audi Marli Antunes e outros*

EMENTA: Multa contratual e honorários de advogado. Súmula nº 616 do STF.

Demonstrado haver o acórdão admitido a cumulatividade da multa prevista no contrato com a verba honorária, inexistente a alegada violação à lei federal. Dissídio com a Súmula nº 616/STF não evidenciado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Votaram com o Relator os Ministros Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Ministro Waldemar Zveiter.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Cuida-se, neste ensejo, de recurso especial do Unibanco — União de Bancos Brasileiros S/A,

com suporte no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Carta Magna, onde sustenta negativa de vigência ao art. 20, § 3º, combinado com o art. 125, inciso I, ambos do CPC, ao art. 921 do Código Civil e ao art. 99, § 1º, da Lei nº 4.215/63, no acórdão proferido pelo Eg. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (fls. 144/146).

Alega, ainda, o recorrente, a ocorrência de dissídio entre o julgado impugnado e a Súmula 616 do STF, assim como decisões de outros tribunais.

O recurso excepcional foi admitido na instância ordinária apenas pela divergência pretoriana.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Não tem o recurso condições de ser conhecido, muito menos provido. Com efeito, as decisões de primeiro e segundo graus de jurisdição admitiram claramente a cumulatividade da multa contratual com os honorários pela sucumbência nos embargos à execução. Apenas o acórdão, nos embargos declaratórios, reduziu a verba honorária para 10% (dez por cento), dentro, portanto, dos limites legais. Ressalte-se haver a sentença

ressalvado os honorários da execução, no que não foi modificada pela decisão superior.

De outra parte, não versou o acórdão sobre o direito de o advogado do recorrente executar seus honorários. É matéria não questionada.

Diante do exposto, evidenciado não existir a alegada violação da lei federal, nem o dissenso jurisprudencial, do recurso não conheço.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.724-9 — RS — (93.0012119-7) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Unibanco — União de Bancos Brasileiros S/A. Advogados: Valdomiro Loch e outros. Recdo.: José Augusto Bresolin. Advogados: Audi Marli Antunes e outros. Interes.: Irineu Zanotto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 19.04.94 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.980-5 — SP

(Registro nº 93.0013172-9)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrentes: *Carlos Umberto Garrosino e outro*

Advogados: *Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros*

Recorrente: *José Abelardo Guimarães Camarinha*

Advogados: *Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Sustentação oral: *Joaquim Jair Ximenes Aguiar, pelo 2º recte. — José Abelardo Guimarães Camarinha — e Eduardo Weaver de Vasconcellos Barros, pelo Ministério Público Federal*

EMENTA: *Processual Civil. Legitimidade de parte. Ação civil pública. Leis 7.347/85 e 8.078/90. Reparação de danos. Municipalidade de Marília/SP. Ilegitimidade do Ministério Público. Precedentes.*

1. *Questão relativa à legitimidade de parte é passível de exame de ofício, não podendo o Tribunal ad quem furtar-se de apreciá-la sob alegação de preclusão.*

2. *A Lei nº 7.347/85 confere legitimidade ao Ministério Público para propor ação civil pública nas condições estabelecidas no art. 1º, acrescido do inc. IV pela Lei 8.078/90.*

3. *Ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o Ministério Público legitimidade para promover ação civil pública para esse fim específico.*

4. *Recursos especiais conhecidos e providos para decretar a extinção do processo, na forma do art. 267, VI, do CPC.*

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 se-

guir, por unanimidade, conhecer dos recursos e lhes dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Recursos especiais interpostos; o primeiro por *Carlos Umberto Garrosino* e *José Zorbetti* com apoio na letra a, inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, e o segundo, por *José Abelardo Guimarães Camarinha* estribado nos permissivos a e c do mesmo dispositivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, reformando a decisão de primeiro grau, julgou procedente ação civil pública motivada pelo Ministério Público, condenando-os, solidariamente, a ressarcir prejuízos causados ao erário público.

Os recorrentes exerceram, respectivamente, os cargos de Secretário de Finanças, Chefe de Gabinete e Prefeito Municipal de Marília-SP e foram acionados pelo Ministério Público por terem autorizado diversos contribuintes, em atraso no pagamento do IPTU e INSS, a saldarem seus débitos pelo valor original, sem multas, juros e demais acréscimos legais.

Julgada improcedente no primeiro grau, o Tribunal julgou renunciados os agravos retidos de fls. 632/635 e 911/913 (dos réus); negou provimento ao de fls. 916/920 e não conheceu o de fl. 921 (ambos do autor), dando pela procedência da ação quanto ao mérito.

Inconformados, após a rejeição dos embargos declaratórios oferecidos, Carlos Humberto Garrosino e José Zorbetti, em seu apelo especial, alegam violação aos arts. 267, § 3º, e 462 do CPC, por não ter o acórdão apreciado as preliminares de ilegitimidade e falta de interesse de agir do Ministério Público e não ter levado em conta fato superveniente, consubstanciado em leis municipais que cancelaram os débitos fiscais, os juros e correção dos tributos lançados até 31.12.87. José Abelardo, a seu turno, sustenta também ofensa ao citado art. 267, § 3º, e ao art. 81 do CPC, que só autoriza o Ministério Público a promover ação nos casos previstos em lei, bem como divergência jurisprudencial frente a acórdãos do STF e do STJ, que indica como paradigmas.

O Ministério Público ofereceu contra-razões às fls. 1.118/1.124 e 1.125/1.133.

Ambos os apelos foram admitidos na origem pelo despacho de fls. 1.135/1.138.

Devidamente processados e remetidos a esta Corte, dispensei o pronunciamiento da Subprocuradoria Geral da República, na forma do art. 256/RISTJ.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Os recursos manifestados se identificam, submetendo à apreciação desta Corte

questões de natureza processual, por isso que podem ser examinados em conjunto.

A primeira delas diz respeito à violação do art. 267, § 3º, do CPC, por não ter sido apreciada de ofício matéria concernente às condições da ação, veiculada desde a contestação e reiterada no agravo retido.

Sustentam os recorrentes que a Lei 7.347/85 legitima o Ministério Público a ajuizar ação civil pública apenas nas hipóteses nela especificadas, não o autorizando a promovê-la para ressarcimento de prejuízos causados ao erário por supostos atos ilícitos, caso específico da ação popular, que não pode ser substituída por aquela. Não contemplando a referida lei a possibilidade da ação civil pública para o fim perseguido na presente demanda — verdadeira ação de reparação de danos —, a teor do art. 81 do CPC, que só admite o exercício da ação pelo Ministério Público nos casos previstos em lei, o *Parquet* não tem legitimidade para ajuizá-la.

O acórdão impugnado entendeu que as preliminares foram rejeitadas no primeiro grau e não foi pedido o seu reexame no **ad quem**, através do agravo retido, por isso considerou que este recurso fora renunciado.

É certo que o art. 522, § 1º, do CPC estabelece que se reputa renunciado o agravo retido quando não pedida expressamente seu exame pelo Tribunal. Não obstante, essa pretensão está implícita no agravo de fls. 632/635 e foi manifestada

expressamente no final do de fls. 911/913. Demais disso, o art. 267, § 3º, do diploma processual determina o conhecimento de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, de questão relativa à ilegitimidade da parte. A esse respeito a Suprema Corte decidiu:

“Proposta a questão sobre a legitimidade de parte, não pode o Tribunal eximir-se de apreciá-la, sob alegação de preclusão, sendo-lhe mesmo possível apreciá-la de ofício.” (RE 103.949-SP, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 112/1.404).

No mesmo sentido o acórdão da 3ª Turma deste Tribunal, da lavra do eminente Min. Waldemar Zveiter, prolatado no REsp 5.735-PR (DJU, 04.02.91, p/576).

Sendo assim, não podia o Tribunal **a quo** furtrar-se ao exame da questão de ilegitimidade do Ministério Público para propor a ação.

O art. 5º da Lei 7.347/85 empresta legitimidade ativa ao Ministério Público para propor ação civil pública nas condições especificadas no art. 1º, com o acréscimo do inciso IV feito pela Lei 8.078/90, para proteger danos causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Inegável que o caso vertente não se enquadra em qualquer das três primeiras hipóteses previstas no mencionado dispositivo, restando

examiná-lo sob o aspecto do interesse difuso ou coletivo.

O art. 81, parágrafo único, da Lei 8.078/90 conceitua os interesses difusos “como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Para **Rodolfo Camargo Mancuso**: “... são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico). Podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.” (Interesses Difusos, pág. 105).

Hely Lopes Meirelles afirma que esse tipo de ação “Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu” (Mandado de Segurança, Ação Popular, etc. etc., 13ª ed., pág. 121).

A Egrégia 1ª Turma deste Tribunal, em acórdão da lavra do eminente Min. Garcia Vieira prolatado no REsp 35.644-0-MG concernente a ação civil pública relativa a men-

salidades escolares e repasses de aumento de professores, afastou a legitimidade do Ministério Público por não se tratar de interesse difuso ou coletivo, mas de interesses individuais de grupo de alunos de determinado colégio (DJU 04.10.93).

No caso presente, não se pode dizer que propondo ação para ressarcir possíveis danos causados à Municipalidade de Marília, esteja o Ministério Público defendendo interesses coletivos ou difusos.

De tudo quanto até agora foi exposto, pode-se concluir que, efetivamente, o Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor a ação, na forma da Lei 7.347/85, e que o seu pedido, formulado com amparo nesta mesma lei, é juridicamente impossível de ser atendido.

Quanto à alegada violação do art. 462/CPC, por não ter sido considerado fato superveniente: edição das Leis Municipais 3.401 e 3.433, respectivamente, de março e julho de 1989, a primeira cancelando débitos para com a Fazenda Municipal, nas condições que estabelece, e a segunda autorizando o Prefeito a cancelar juros, multa e correção monetária de tributos municipais, a matéria foi devidamente enfrentada no acórdão, asseverando que as mencionadas leis não favorecem aos recorrentes, pelos motivos que expõe.

Por tudo isso, conheço dos recursos e lhes dou provimento pelo primeiro fundamento apresentado para decretar a extinção do processo, na forma do art. 267, VI, do CPC.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.980-5 — SP — (93.0013172-9) — Relator: O Sr. Ministro Peçanha Martins. Rectes.: Carlos Umberto Garrosino e outro. Advogados: Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros. Recte.: José Abelardo Guimarães Camarinha. Advogados: Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros. Recdo.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Sustentaram, oralmente, os Drs. Joaquim Jair Ximenes Aguiar, pelo 2º recte. — José Abelardo Gui-

marães Camarinha — e Eduardo Weaver de Vasconcellos Barros, pelo Ministério Público Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu dos recursos e deu-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 15.06.94 — 2ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.140-0 — SP

(Registro nº 93.0013597-0)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Yoshiharu Okuda — Espólio*

Recorrida: *Companhia de Desenvolvimento Econômico de Marília — Codemar*

Advogados: *Alberto de Almeida Silva e outros, e Sílvio Guilen Lopes e outros*

EMENTA: *Realização de obras públicas pela administração, através de empresa de economia mista. Custeio dessas obras efetuado pelos particulares. Possibilidade.*

Quando o Estado intervém no domínio econômico, o regime jurídico a que se submete é aquele pertinente ao Direito do Trabalho e das Obrigações, equiparando-se à empresa particular, inaplicando-se-lhe as normas relativas ao predomínio vertical do Poder Público.

Em realizando, o Município, através de Sociedade de Economia Mista, obras públicas (construção de rede de esgotos), torna-se

possível a cobrança do preço livremente pactuado com os particulares, com base em “autorização de serviços”, que legitima a emissão de duplicatas.

A empresa pública cuja receita se constitui através de faturamento pela realização de serviços (e não de arrecadação tributária), desde que autorizada pelos beneficiários da construção, pode emitir duplicatas que garantam o ressarcimento das despesas com a realização das obras.

Recurso a que se nega provimento. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 01 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: O Espólio de *Yoshiharu Okuda* promoveu, em Comarca do Estado de São Paulo, uma ação de inexistência de débito cambial contra a Companhia de Desenvolvi-

mento Econômico de Marília — Codemar.

Alega, o autor que, o pedido da ré, firmou documento em que autorizou à ré a construção de rede coletora de esgoto, para pagamento parcelado e com emissão de duplicatas. Como essas obras se integram ao patrimônio público e não podem ser objeto de mercância, o seu custeio exige se faça através de contribuição de melhoria, sendo nulas as duplicatas emitidas.

A ação foi julgada improcedente nas instâncias ordinárias.

Irresignada, a vencida manifestou recurso especial, estribada nos autorizativos das letras a e c. Alega que o acórdão recorrido, além de dissentir de julgados de outros Tribunais, ofendeu, a um só tempo, preceitos do Código de Processo Civil (artigos 12 e 992, IV), da Lei nº 5.474/68 (artigo 1º), do Decreto-Lei nº 195/67 (artigo 2º, IV) e do CTN (artigos 81 e 82).

Admitido por decisão em agravo e devidamente processado, nesta instância o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): O Espólio de *Yoshiharu Okuda* promoveu, perante o Juízo da Comarca de Marília, no Estado de São Paulo, u'a ação declaratória negativa de relação jurídico-cambial — “ou inexistência de débito cambial” — contra a Companhia de Desenvolvimento Econômico de Marília — “Codemar”.

Alega, o autor que, a pedido da ré, firmou documento “autorizativo” para que esta construísse a rede “coletora de esgoto”, para pagamento parcelado e com a emissão de “duplicatas”. Como essas obras se integram ao patrimônio público e não podem ser objeto de mercância, o seu custeio exige, por força de lei, a “contribuição de melhoria”, sendo nulas as duplicatas emitidas, por inexistência da **causa debendi**.

A ação foi julgada improcedente, em ambas as instâncias.

Irresignada, interpôs, a vencida, recurso especial, sob o pálio das alíneas a e c, do autorizativo constitucional, indicando, como violados, os artigos 12, V e 992, IV, do Código de Processo Civil; artigo 1º da Lei nº 5.474, de 1968; artigo 2º, IV, do Decreto-Lei nº 195, de 1967 e artigos 81 e 82 do CTN, eis que:

a) é injurídico o custeio de obra pública mediante pagamento através de emissão de duplicatas;

b) é impossível a emissão de título causal para substituir a vontade das partes;

c) o custeio das obras exige a instituição da contribuição de melhoria.

Em primeiro lugar, afasto qualquer apreciação sobre os dispositivos do Código de Processo Civil, que não foram objeto de decisão em qualquer fase do julgado (Súmulas 282 e 356 do STF).

De igual sorte, não conheço do especial pelo alegado dissenso pretoriano, desde que, o recorrente não transcreveu na formulação recursal, sequer através de “ementa”, julgado de qualquer outro Tribunal, porventura divergente, para possibilitar a comparação.

No pertinente aos demais dispositivos de lei indicados como violados, a questão se tornou tormentosa, nos Tribunais, na sua maioria afastando a possibilidade de o custeio de obras públicas (asfaltamento, redes de esgotos, etc.) ser realizado diretamente pelos beneficiários, através de emissão de “duplicatas”. Todavia, recentemente, a jurisprudência vem se firmando em sentido contrário, tolerando, em certos casos, quando os serviços públicos são realizados por “empresa de economia mista” e, em havendo contrato, o pagamento desses serviços mediante a emissão de duplicatas de serviço. É que, como salientado no acórdão malsinado, “quando o Estado intervém no domínio econômico, o regime jurídico a que se submete é o pertinente ao do direito do trabalho e ao das obrigações. Há, portanto, nivelamento completo do Estado com os particulares.

Despe-se o Estado de suas prerrogativas próprias, para sujeitar-se ao direito privado. Não atinge as entidades criadas pelo Estado (Sociedade de Economia Mista, Empresas Públicas e Fundações) qualquer norma de conteúdo publicístico. Equiparam-se a qualquer empresa particular, não se lhes transmitindo normas relativas ao predomínio vertical do Poder Público. A incidência de normas públicas diz respeito exclusivamente ao vínculo que une o Estado à sua entidade, que se denomina tutela ou controle. Não há qualquer impedimento legal que impeça a prestação — por Sociedade de Economia Mista — da construção de rede de esgotos e nada impede, também, que, realizando qualquer obra, cobre seu custo do particular por ela beneficiado. Pode ela própria, a Sociedade de Economia Mista, firmando contrato com o contribuinte, haver o preço combinado. Assinando o autor, a “autorização de serviços”, firmando o vínculo com a Administração, regido pelo direito privado, tornou legítima a exigência do preço através da emissão das duplicatas” (fls. 294 e 296).

Em verdade, as “duplicatas de serviço” firmadas pela recorrente não estão destituídas de “causa”, como pretende, porquanto, originárias de uma “autorização”, que induvidosamente, tem inteira feição de “contrato” vinculativo, desde que, não é só um instrumento que permite a “efetivação das obras”, mas, “concorda sobre o preço”, “forma e prazo de pagamento”, aceitando, ainda, a “firmação das duplicatas”. Nesses

casos, “existente o vínculo contratual autorizativo da prestação de serviços, legítima é a emissão das duplicatas, não se podendo cogitar de incidência de contribuição de melhoria. O colendo STF, em caso análogo (RTJ, vol. 98/912) deixou assentado ser ilegítima a emissão de duplicatas de prestação de serviços, desde que não originadas de contrato que as autorize.” (Ag. de Instr. nº 13.139-SP, Relator Ministro Peçanha Martins).

Nessa mesma linha de raciocínio são inúmeras as decisões desta Corte, “que entendeu legítima a cobrança de preço livremente pactuado entre os particulares e empresa e economia mista, com base em autorização de serviços, legitimando a emissão de duplicatas”. É bastante citar: Agravo de Instrumento nº 11.262 — Relator Ministro Cláudio Santos; Agravo de Instrumento nº 11.785 — Relator Ministro Nilson Naves; Agravo de Instrumento nº 13.139 — Relator Ministro Peçanha Martins; Agravo de Instrumento nº 10.900 — Relator Ministro Eduardo Ribeiro; Agravo de Instrumento nº 12.093 — Relator Ministro Fontes de Alencar.

A questão, como afiançou o nobre Ministério Público Federal, seria de somenos importância, vez que, “uma empresa pública (ou mista), que possui o sistema de receita por faturamento de serviços, e não de arrecadação tributária, autorizada pelos beneficiários da obra, pode emitir duplicatas com o fim de ressarcimento das despesas com a realização das obras” (fl. 422).

Estribado nos argumentos acima expostos e ao subsídio da jurisprudência desta Corte e, não vislumbrando ofensa aos dispositivos de lei indicados, conheço do recurso pela letra a, mas lhe nego provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.140-0 — SP — (93.0013597-0) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Yoshiharu Okuda — Espólio. Advogados: Alberto de Almeida Silva e outros. Recda.: Companhia de De-

senvolvimento Econômico de Marília — Codemar. Advogados: Sílvio Guilen Lopes e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 01.06.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.247-4 — SP

(Registro nº 93.0017650-1)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Martha Ferreira da Silva*

Recorrido: *Desembargador Relator da Apelação Cível nº 155.061-1*

Advogados: *Drs. Nelson Altemani e outro*

EMENTA: *Exceção de suspeição. Diligências inúteis ordenadas pelo Desembargador Relator. Imputação de parcialidade.*

Fundamento do Acórdão recorrido não impugnado pela recorrente.

A prova dos fatos, que levam à convicção de suspeição do juiz, não é de ser apreciada em sede de recurso especial (Súmula nº 07-STJ).

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 3 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: O Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão plenária, rejeitou a exceção de suspeição oposta por Martha Ferreira da Silva ao Relator sorteado da Apelação Cível nº 155.061-1/8, Desembargador Rebouças de Carvalho, que, segundo a excipiente seria interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes, o que estaria revelado pelos reiterados despachos que proferiu em dois agravos de instrumento precedentes, cujos desfechos em consequência restaram retardados por vários anos.

Para a Eg. Corte, não houve prova efetiva da alegada amizade íntima com aqueles que figuram no pó-

lo passivo da demanda. Acentuou, mais, o V. Acórdão que “os reiterados pedidos de informações exigidos pelo excepto a respeito da perícia, quando somente se discutiam preliminares, excedem, a rigor, os limites do razoável e podem mesmo tangenciar a área do arbítrio. Mas daí extrair que essas diligências tidas como inúteis e impertinentes tinham por finalidade procrastinar o julgamento do agravo para beneficiar uma das partes revelando por conseguinte a parcialidade do Relator, é conclusão que não se pode admitir sem o risco de comprometer o princípio processual da livre convicção” (fls. 536).

Rejeitaram-se os embargos declaratórios por maioria, havendo a declaração de voto vencido asseverado que as diligências realizadas eram procrastinatórias, em razão do que não pode ser invocado no caso o art. 130 do CPC.

Daí o presente recurso especial tirado pela excipiente com fulcro na alínea a do permissor constitucional, apontando afronta ao art. 130 do Código de Processo Civil. De conformidade com as alegações da recorrente, o aludido preceito legal confere ao Juiz poderes para determinar as provas necessárias à instrução do processo; isso não significa, contudo, a atribuição de poderes ilimitados ao Magistrado. Aduziu, ainda, que os sucessivos despachos protelatórios não decorriam de algum erro de apreciação dos fatos: representavam o propósito de retardar o julgamento, até que se apo-

sentassem os Desembargadores Kazuo Watanabe e Néelson Schiavi.

O apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): O Acórdão recorrido admitiu que diligências inúteis e impertinentes tenham sido efetivamente determinadas pelo excepto quando da tramitação dos agravos de instrumento precedentes. Não reconheceu, todavia, que os reiterados despachos visassem à procrastinação dos respectivos julgamentos com o fim de beneficiar um dos litigantes. Concluiu, com efeito, aquele decisório: “Não resultando, enfim, e estreme de dúvidas, que a posição do Desembargador Rebouças de Carvalho, revelada nos julgamentos aludidos decorre de relações de amizade com os opositores da excipiente nas várias ações ajuizadas e não restando demonstrado, da mesma forma, que ao assim decidir tivesse ele, por qualquer razão, interesse em favorecê-los, não pode prosperar a suspeição oposta” (fls. 536-537). Vale dizer, para o V. Acórdão, os fatos apontados não se evidenciaram como suficientes para que se pudesse, sem sombra de dúvidas, proclamar a ocorrência de parcialidade do julgador.

Adstrito o apelo especial à asserção de contrariedade ao art. 130 do CPC, do aspecto referido não cuidou

a ora recorrente, deixando incólume, sem impugnação, tal fundamento do julgado recorrido.

Assim, a alegação de ofensa ao supramencionado preceito da lei processual civil mostra-se irrelevante para o deslinde da espécie presente. O que verdadeiramente sobreleva é saber se, de fato, os sucessivos despachos prolatados pelo Desembargador Relator de ditos agravos tiveram por finalidade alongar a solução de cada um deles para então favorecer os adversários da excipiente.

Trata-se aí — bem de ver — de matéria probatória, a que é de todo estranho o recurso especial, a teor do que enuncia a súmula nº 07 desta Casa. O insigne **Pontes de Miranda** lembrou que “a prova dos fatos que levam à convicção da suspeição do juiz não pode ser discutida em recurso extraordinário, porque se refere a **quaestio facti** (1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de setembro de 1948, R.F. 122, 133)” (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo II, pág. 408).

A prolação de sucessivos despachos dilatatórios, a par de sujeitar-se ao controle jurisdicional através dos remédios cabíveis postos à disposição dos interessados pela lei, é matéria que se insere também na esfera disciplinar da Magistratura, aspecto que, aliás, não passou sem providência por parte da excipiente, a qual, segundo consta, convocou medidas que chegaram a ser tomadas pelo Órgão de cúpula do Tribunal local. Para extrair-se desses fa-

tos a parcialidade do julgador sorteado é preciso, antes de mais nada, descer-se aos meandros da prova, com o que não se compadece, como dito, a natureza do apelo excepcional. Apenas a título de ilustração, pode-se aqui evocar aresto emanado do extinto Tribunal Federal de Recursos, de conformidade com o qual “a simples ocorrência de eventuais erros na condução do processo não caracteriza interesse do excepto a favor da parte **ex adversa** da excipiente, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses previstas no art. 135, I a V, do CPC (Exceção de Suspeição 133-PE, Relator Ministro Assis Toledo, in “Código de Processo Civil Anotado”, **Alexandre de Paula**, pág. 668, 5ª ed.).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.247-4 — SP — (93.0017650-1) — Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Martha Ferreira da Silva. Advogados: Nelson Altemani e outro. Recdo.: Desembargador Relator da Apelação Cível nº 155.061-1.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 03.05.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.911-8 — PR

(Registro nº 93.0019866-1)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrentes: *João Pedro Ghignone Costa e cônjuge*

Recorridos: *Gilka Gilda D'Annunzio Ghignone — Espólio e outros*

Advogados: *Drs. Hugo Mósca e Hermindo Duarte Filho e outros*

EMENTA: *Escritura pública. Requisitos.*

— Os defeitos de forma da escritura pública são insanáveis e, por isso, é nulo o instrumento lavrado por escrevente não juramentado.

— Assinatura a rogo de cedente impossibilitada de assinar sem a consignação da razão dessa impossibilidade.

— Contrariedade aos arts. 264 e 265 das Ordenações Filipinas, ainda vigentes neste ponto específico por força da consolidação operada pelo Decreto nº 3.084, de 05.11.1898.

— Anulabilidade do acórdão, por haver dele participado juiz impedido. Matéria não prequestionada.

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: João Pedro Ghignone Costa e s/mulher propuseram ação declaratória contra o espólio de Gilka Gilda D' Annunzio Ghignone e outros, objetivando anular escritura pública de cessão de cotas da sociedade comercial J. Ghignone & Cia. Ltda., assinada a rogo pela ce-

dente. Alegaram, dentre outros vícios, que a cedente não se achava impossibilitada de assinar e que o documento fora lavrado por pessoa não juramentada.

A sentença de primeiro grau julgou o pedido procedente, mas a E. Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná a reformou em acórdão assim ementado (fls. 216, vol. 2), **verbis**:

“Tabelião — Escritura pública — Assinatura a rogo.

— A escritura pública lavrada por tabelião ou por quem habilitado, pode ser assinada por pessoa capaz a rogo não só daquele que não sabe ler nem escrever mas também de todo o comparecente que, por qualquer outro motivo, não possa assinar (art. 134, § 2º, do Cód. Civil).”

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados.

Daí o recurso especial, à base das letras **a** e **c** do permissivo constitucional, em que os autores, além de dissídio pretoriano, argüem contrariedade aos artigos 134, inc. V e 137 do CPC, 134, § 2º do Código Civil,

por inaplicável à espécie e 264 e 265 do Decreto nº 3.084, de 05 de novembro de 1898.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): Apesar de afirmado, no despacho que admitiu o recurso especial, que o Desembargador Silva Wolff, impedido por ser parente de uma das partes, não participou do julgamento da apelação, consta do respectivo acórdão o seu nome (e também a assinatura) como componente da Câmara julgadora, juntamente com os Desembargadores Nunes do Nascimento e Abrahão Miguel (fls. 226/227). Do mesmo vício se ressentem o acórdão proferido nos embargos de declaração (fls. 252).

O defeito torna anuláveis as decisões increpadas e serve até de fundamento para a ação rescisória, como se infere do art. 485, inc. II, do CPC.

Ocorre, porém, que a matéria não foi prequestionada. Com efeito, o assunto não foi ventilado e os ora recorrentes nem mesmo implicitamente a ele se referiram nos embargos declaratórios.

A anulabilidade decorrente do impedimento pode ser alegada em qualquer fase do processo na instância ordinária, que se completa

com o último julgamento no segundo grau de jurisdição. Não na instância extraordinária, onde o prequestionamento constitui pressuposto basilar, porque a parte deve indicar o preceito de lei federal que considera vulnerado, a fim de que o STJ exerça a sua função uniformizadora atribuída pela Constituição Federal.

Dir-se-á que o vício ocorreu no acórdão recorrido. Essa circunstância, porém, não inibia a parte interessada de suscitar a questão na oportunidade do julgamento da apelação ou pela via dos embargos declaratórios. Estes só serão dispensáveis, com vistas ao prequestionamento, quando o acórdão ventilar a matéria de modo explícito, com menção inclusive do dispositivo legal cuja contrariedade se alega.

Nesta parte, portanto, não conheço do recurso.

Passo ao exame das questões relativas ao mérito.

A decisão monocrática anulou o negócio jurídico pelos fundamentos que a seguir transcrevo (vol. 1, págs. 160/161):

“A escritura que se pretende anular (fls. 33 e 34) teve a assinatura, em lugar da cedente, a rogo, de uma das irmãs de um dos réus, sob a alegação de se achar ela impossibilitada de assinar. Não se consignou no ato a razão desta impossibilidade. A escritura foi lavrada em 21 de junho de 78 e a apresentação de atestado

(fls. 78), datado do dia seguinte, sem autenticação, naturalmente não comprova o impedimento. O fato da cedente ter outorgado procuração ao pai para outros negócios naturalmente nada prova. Nada prova porque é um ato normal da vida dos negócios do qual não pode se inferir incapacidade.

A escritura foi realizada por pessoa não juramentada (fls. 130) tendo como testemunhas dois auxiliares de cartório que assinavam usualmente sem saber o que faziam. A circunstância de ser representada a cedente por irmã de um dos réus naturalmente é suspeita. Em síntese o negócio jurídico é inexistente e deve ser declarada sua nulidade por preterição de formalidades legais à sua eficácia: consentimento inexistente por falta de comprovação idônea da impossibilidade física de comparecimento da cedente; ato realizado por funcionário incompetente, não juramentado; representação viciada da cedente por pessoa com interesse na causa; assinatura por duas testemunhas que não tinham ciência perfeita do que faziam. A impressão do polegar direito da cedente ao ato não impressiona posto que não se sabe em que condições foi conseguida e se a cedente, devido a caquexia, estava cônica do que fazia.”

O acórdão recorrido reconheceu que o instrumento padece dos vícios

apontados pelos recorrentes, inclusive de o ter sido lavrado por escrevente não juramentado, mas afasta a eiva de nulidade, porque a escritura pública não é da substância da cessão de cotas de capital social, nos termos do art. 134 do Código Civil.

No caso, é de convir que a escritura pública era necessária, visto como a assinatura se fez a rogo, exigindo o art. 135 do Código Civil, para o instrumento particular, a assinatura do figurante. E ainda que assim não fosse, se os figurantes escolheram a escritura pública, os requisitos desta haveriam de ser observados.

Os parágrafos 1º a 5º do art. 134 do Código Civil foram acrescentados pela Lei nº 6.952, de 06.11.81, e não poderiam reger contrato celebrado em junho de 1978, eis que tal implicaria em dar-lhes efeito retrooperante, em desrespeito ao fato consumado.

As regras jurídicas sobre requisitos da escritura pública são de direito público, conforme anota **Pontes de Miranda**, estando em vigor, quanto a este ponto, as Ordenações Filipinas, pois “não se fez qualquer lei que se substituísse à legislação anterior relativa aos pressupostos gerais das escrituras públicas” (“Tratado de Direito Privado”, Borsoi, 1954, tomo III, págs. 360/361). E, por assim também entender, o STF anulou escritura que o mesmo Tribunal do Paraná considerou válida. Fê-lo nos Embargos no Recurso Extraordinário nº 78.570-PR, pa-

radigma indicado pelos recorrentes, merecendo destaque o seguinte tópico do voto do Relator, o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin (RTJ, vol. 78/507):

“O Dec. 3.084, de 5.11.1898, é Consolidação das Leis referentes à Justiça ou ao processo federal. Como Consolidação que é, não cria direito: apenas compila o direito existente.”

E linhas adiante:

“É a compilação do que está na Ordenação, Livro I, Título 78, §§ 4º, 5º, 6º e 7º, e Título 80, § 7º. Texto próprio das Ordenações do Reino, que esse decreto compilou, consolidou.

Continuam as Ordenações em vigor. Esse decreto não criou direito novo e nada revogou. Seria o caso de examinar se as formalidades referentes às escrituras compõem tema de Organização Judiciária ou de processo. E, já aí, **data venia**, nossa divergência também é irremediável. Tenho que não é tema de Organização Judiciária, que diz mais com a estrutura do juízo e seus órgãos auxiliares. Nesse sentido foi que a Constituição adotou a expressão, para autorizar que os Tribunais de Justiça dispusessem sobre Organização Judiciária. Tema de processo, também, não me parece que possa ser considerado. Sabem todos que a expressão *foro extrajudicial* é uma expres-

são imprópria. O processo, nos seus capítulos essenciais, se refere à jurisdição, à ação e ao processo. A disciplina de atos públicos, como as escrituras lavradas por tabeliães, não se compreende em nenhum desses temas do direito processual. Parece-me, pois, que seria, mesmo, a matéria, enquadrável no direito notarial — e, se não me engano, a opinião é de Pontes de Miranda — ramo do direito público que disciplina a função pública de autenticação e a fé pública que se atribui a documentação de atos praticados perante determinados oficiais.”

Em trabalho doutrinário, o Ministro **Moreira Alves** mostra o acerto da decisão do STF (que tem o beneplácito também, além de **Pontes de Miranda**, de festejados juristas, como **Serpa Lopes** (“Tratados dos Registros Públicos”, vol. IV/370) e **Amaral Santos** (“Prova Judiciária no Cível e Comercial”, vol. IV/115, 3ª ed.). Depois de um esboço histórico sobre o assunto desde os regimentos de tabeliães de 1305 em Portugal, passando pelo já mencionado Decreto nº 3.084/898 e pelo Código Civil vigente, conclui (Ajuris, vol. 20, págs. 20/21):

“De 1916 aos nossos dias, nada de novo se verificou, na legislação brasileira, quanto aos requisitos da escritura pública.

Continuam eles, portanto, a ser disciplinados basicamente pelas Ordenações Filipinas, com um ou outro pormenor acrescentado por leis posteriores. É talvez, o traço

único de sobrevivência, neste lado do Atlântico, da velha codificação portuguesa.

E seus dispositivos que, a propósito, persistem em vigor, incorporaram-se, de início, à legislação do império brasileiro — Estado unitário — e, com a República, por atração da competência legislativa da União, se tornaram, como sucedeu com o Cód. Com. de 1850, legislação federal.”

Na espécie **sub judicte**, o instrumento se reveste de defeitos de forma, que são insanáveis (Pontes de Miranda, obr. e vol. citados, pág. 361), e basta, para torná-lo írrito, o fato de ter sido lavrado por escrevente não-juramentado (vol. 1, fls. 131), como o exige o art. 265 das Ordenações Filipinas, compilado pelo Decreto nº 3.084, de 1898. A este vício, bastante em si, acrescentem-se aqueles outros referidos na sentença, como o silêncio sobre a razão pela qual a outorgante cedente estava impossibilitada de assinar, sendo ela médica e, portanto, pessoa de cultura e o pormenor, que levanta suspeita, de haver assinado a rogo da cedente uma irmã dos réus.

Menosprezados, portanto, requisitos essenciais à validade da escritura pública, tenho por violados os arts. 264 e 265 das Ordenações Filipinas, em face da compilação operada pelo invocado Decreto nº 3.084, de 05.11.1898, cujo vigor à época da realização do ato notarial não se discute.

Em consequência, conheço do recurso em parte e nesta parte lhedou provimento para restaurar a sentença de inferior instância, que julgou procedente a ação.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, também, na primeira parte, entendo que, não tendo o acórdão cogitado da questão da nulidade ou da anulabilidade argüida, não há como se apreciar em recurso especial. Quanto à segunda, acompanho inteiramente o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): Quanto à primeira parte acompanho o voto do Eminentíssimo Relator, porque o tema não fora prequestionado. No tocante à segunda parte, no que tange à figura de quem lavrou o instrumento, não me parece nos termos do art. 134 do Código Civil, que seja imprescindívelmente um serventuário juramentado. Com efeito, dispõe o dispositivo mencionado que o instrumento conterá a assinatura das partes, dos comparecentes, bem como o do tabelião, encerrando o ato. A exigência relativa ao servidor que lavra o ato está no campo da organização judiciária de cada unidade da Federação, não chegando a comprometer o próprio ato, posto que não se ocupa o art. 134 do Código

Civil de tal pormenor. No que tange à circunstância de o tabelião haver subscrito o instrumento depois, obviamente, para subscrevê-lo, assim teria que ser feito.

Todavia, dos fatos relatados, concludo que o Tribunal chegou a encontrar vícios no título, embora entendesse que o mesmo não era da essência da transação, mas teria ocorrido aquele vício. Quanto ao aspecto fático de ter sido depois, não está explicitada a impossibilidade da assinatura da parte outorgante.

Dadas essas peculiaridades, mas com ressalva do que já expus, acompanho V. Exa.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho o em. Relator.

Em primeiro lugar, porque realmente há falha no tocante ao prequestionamento, e este Tribunal tem entendido que, mesmo em se tratando de nulidade absoluta, não se pode conhecer da matéria antes de ultrapassado o prequestionamento.

Quanto ao mais, dadas as peculiaridades do caso, tenho que deu S. Exa. acertado desate à questão posta.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, quanto à matéria de merecimento do recurso

especial, acompanho o Eminentíssimo Relator pelas razões apontadas por S. Exa.

No tocante à argüida irregularidade havida no julgamento do recurso de apelação em virtude da participação nele de um Desembargador que se declara impedido, penso que a irregularidade surgiu com o acórdão, daí não ser, a meu ver, exigível, no caso, o requisito do prequestionamento. De qualquer maneira essa matéria fica prejudicada, porque está sendo acolhida a segunda e principal argüição.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.911-8 — PR — (93.0019866-1) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Rectes.: João Pedro Ghignone Costa e cônjuge. Advogado: Hugo Mósca. Recdos.: Gilka Gilda D'Annunzio Ghignone — Espólio e outros. Advogados: Hermindo Duarte Filho e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Hugo Mósca, pelos Recorrentes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento (em 07.12.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.173-2 — SP

(Registro nº 93.0020681-8)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais*

Recorrido: *Eldorado S/A Comércio, Indústria e Importação*

Advogados: *Drs. Justiniano Proença e outros, e Augusto Novaes Bueno e outro*

EMENTA: Documento público — Valor probante.

O documento público faz prova dos fatos que o funcionário declarar que ocorreram em sua presença. Assim, tratando-se de declarações de um particular, tem-se como certo, em princípio, que foram efetivamente prestadas. Não, entretanto, que seu conteúdo corresponda à verdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Waldemar Zveiter e Nilson Naves, não conhecer do recurso especial.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 12 de setembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Porto Seguro — Compa-

nhia de Seguros Gerais ajuizou indenizatória regressiva contra Eldorado S/A — Comércio, Indústria e Importação, em virtude do furto de veículo, ocorrido no interior do estacionamento de um dos estabelecimentos da ré. Alegou que firmara contrato de seguro com a proprietária a quem pagou o prejuízo, sub-rogando-se em todos os seus direitos. Ação julgada procedente.

No Juízo de segundo grau a sentença foi reformada, tendo-se por não provado o fato.

No especial a autora sustentou que vulnerado o art. 364 do C.P.C., na medida em que a decisão recorrida não reconheceu a presunção de veracidade atribuída a documento público. Apontou dissídio com julgados que arrolou.

Recurso admitido e processado.
É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O acórdão recorrido julgou improcedente a ação por considerar não provado o fato em que se fundava o pedido, ou seja, que houvesse ocorrido o furto no estacionamento da ré. Fê-lo nos seguintes termos:

“No mérito o recurso prospera porque não se pode considerar comprovado o furto. A testemunha é a própria vítima. E boletim policial de ocorrência, registro de produção unilateral que é, nada prova; a não ser o fato de ter o interessado estado numa repartição policial e feito ali suas declarações.”

O dispositivo invocado estabelece que o documento público faz prova de sua formação, o que não se questiona, e “dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”. Isso significa que se o funcionário consignar haver sido efetuado um pagamento em sua presença, ou que alguém prestou determinadas declarações, há de ter-se como certo, em princípio, que o pagamento foi efetuado, ou que as declarações foram prestadas. Nenhuma presunção se firma, entretanto, quanto ao conteúdo das afirmações que hajam sido feitas. Essas poderão ser verdadeiras ou não.

Amaral Santos, o mais autorizado tratadista sobre a prova, de

quantos escreveram em língua portuguesa, assim se pronuncia em comentários ao invocado dispositivo:

“No concernente às declarações das partes, certifica ele apenas que as ouviu e o que ouviu, não que sejam verdadeiras”.

E mais adiante:

“Conforme essa regra, o documento público faz prova da formação da declaração das partes. O fato de que as partes declararam o que nele se contém se há como verdadeiro até que se demonstre a falsidade da afirmação do oficial público. Todavia, este apenas certificou o que ouviu das partes, não que estas lhe houvessem feito declarações verdadeiras. Em consequência, o documento público prova a formação das declarações das partes e não a sua eficácia, isto é, prova a verdade extrínseca das declarações e não a sua sinceridade.” — Comentários ao CPC — Forense — 1ª ed. — IV volume — p. 170.

A emprestar-se o pretendido valor a tais documentos, ter-se-ia instituído um modo de, com facilidade, modificar-se a distribuição do ônus da prova, legalmente previsto. Ocorrendo o furto do veículo em um lugar qualquer, o proprietário se dirige a uma delegacia e informa que o fato se deu em estacionamento propiciado por um comerciante. A esse estaria transferido o ônus de fazer

a prova, esta sim diabólica, de demonstrar o contrário.

Entendo, pois, que não houve violação da lei. E também o dissídio não se acha comprovado, embora o contrário possa parecer da simples leitura da ementa do paradigma indicado.

Em primeiro lugar, como salientado pelo recorrido, no precedente trazido a confronto havia peculiaridade de relevo. No caso ora em julgamento, alguém compareceu a uma dependência policial e relatou ter ocorrido um furto em determinado lugar. A autoridade cingiu-se a anotar o que lhe foi dito. No acórdão indicado consignou-se:

“Assim a prova documental, materializada no mencionado Boletim de Acidente, elaborado por autoridade especializada, com todas as informações e detalhes obtidos no local do sinistro, firma em princípio o convencimento da propriedade do veículo objeto da demanda, que deve prosseguir.”

Em segundo lugar, sequer se formou maioria quanto ao valor probante do documento. Participaram do julgamento quatro juízes. O Ministro Cláudio Santos ficou vencido. O Ministro Gueiros Leite acompanhou o Relator, mas salientando que o fazia “sem questionar a validade da prova da propriedade do veículo, feita pelo documento oficial de fls. 16”. Fundou seu pronunciamento na circunstância de os réus terem entregue o veículo ao causa-

dor do acidente, assumindo o risco do uso indevido.

Pelo exposto, não conheço do especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.173-2 — SP — (93.0020681-8) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais. Advogados: Justiniano Proença e outros. Recdo.: Eldorado S/A Comércio, Indústria e Importação. Advogados: Augusto Novaes Bueno e outro.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Aguardam os Srs. Ministros Cláudio Santos e Nilson Naves (em 28.02.94 — 3ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, leio o relatório do voto proferido por Vossa Excelência:

“Porto Seguro — Companhia de Seguros Gerais ajuizou indenizatória regressiva contra Eldorado S/A — Comércio, Indústria e Importação, em virtude do fur-

to de veículo, ocorrido no interior do estacionamento de um dos estabelecimentos da ré. Alegou que firmara contrato de seguro com a proprietária a quem pagou o prejuízo, sub-rogando-se em todos os seus direitos. Ação julgada procedente.

No Juízo de segundo grau a sentença foi reformada, tendo-se por não provado o fato.

No especial a autora sustentou que vulnerado o art. 364 do CPC, na medida em que a decisão recorrida não reconheceu a presunção de veracidade atribuída a documento público. Apontou dissídio com julgados que arrolou.

Recurso admitido e processado.”

No voto de Vossa Excelência, que não é longo, aduz:

“O acórdão recorrido julgou im procedente a ação por considerar não provado o fato em que se fundava o pedido, ou seja, que houvesse ocorrido o furto no estacionamento da ré. Fê-lo nos seguintes termos:

“No mérito o recurso prospera porque não se pode considerar comprovado o furto. A testemunha é a própria vítima. E boletim policial de ocorrência, registro de produção unilateral que é, nada prova; a não ser o fato de ter o interessado estado numa repartição policial e feito ali suas declarações.”

O dispositivo invocado estabelece que o documento público faz prova de sua formação, o que não se questiona, e “dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”. Isso significa que se o funcionário consignar haver sido efetuado um pagamento em sua presença, ou que alguém prestou determinadas declarações, há de ter-se como certo, em princípio, que o pagamento foi efetuado, ou que as declarações foram prestadas. Nenhuma presunção se firma, entretanto, quanto ao conteúdo das afirmações que hajam sido feitas. Essas poderão ser verdadeiras ou não.

Amaral Santos, o mais autorizado tratadista sobre a prova, de quantos escreveram em língua portuguesa, assim se pronuncia em comentários ao invocado dispositivo:

“No concernente às declarações das partes, certifica ele apenas que as ouviu e o que ouviu, não que sejam verdadeiras.”

E mais adiante:

“Conforme essa regra, o documento público faz prova da formação da declaração das partes. O fato de que as partes declararam o que nele se contém se há como verdadeiro até que se demonstre a falsidade da afirmação do oficial público. Todavia, este apenas certificou

o que ouviu das partes, não que estas lhe houvessem feito declarações verdadeiras. Em consequência, o documento público prova a formação das declarações das partes e não a sua eficácia, isto é, prova a verdade extrínseca das declarações e não a sua sinceridade. Comentários ao CPC — Forense — 1ª ed. — IV volume — pág. 170.”

A emprestar-se o pretendido valor a tais documentos, ter-se-ia instituído um modo de, com facilidade, modificar-se a distribuição do ônus da prova, legalmente previsto. Ocorrendo o furto do veículo em um lugar qualquer, o proprietário se dirige a uma delegacia e informa que o fato se deu em estacionamento propiciado por um comerciante. A esse estaria transferido o ônus de fazer a prova, esta sim diabólica, de demonstrar o contrário.

Entendo, pois, que não houve violação da lei. E também o dissídio não se acha comprovado, embora o contrário possa parecer da simples leitura da ementa do paradigma indicado.

Em primeiro lugar, como salientado pelo recorrido, no precedente trazido a confronto havia peculiaridade de relevo. No caso ora em julgamento, alguém compareceu a uma dependência policial e relatou ter ocorrido um furto em determinado lugar. A autoridade cingiu-se a anotar o que lhe foi dito. No acórdão indicado consignou-se:

“Assim a prova documental, materializada no mencionado Boletim de Acidente, elaborado por autoridade especializada, com todas as informações e detalhes obtidos no local do sinistro, firma em princípio o convencimento da propriedade do veículo objeto da demanda, que deve prosseguir.”

Em segundo lugar, sequer se formou maioria quanto ao valor probante do documento. Participaram do julgamento quatro juízes. O Ministro Cláudio Santos ficou vencido. O Ministro Gueiros Leite acompanhou o Relator, mas salientando o que fazia “sem questionar a validade da prova da propriedade do veículo, feita pelo documento oficial de fls. 16”. Fundou seu pronunciamento na circunstância de os réus terem entregue o veículo ao causador do acidente, assumindo o risco do uso indevido.

Pelo exposto, não conheço do especial.”

Vossa Excelência não conheceu do recurso. Peça-lhe vênua para continuar mantendo o entendimento que esposou ao relatar e votar o *Recurso Especial nº 4.365-0, do Rio Grande do Sul*, assim ementado:

“Civil — Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Presunção de veracidade do boletim de ocorrência policial não elidida.

I — O Boletim de Ocorrência goza de presunção **juris tantum** de veracidade, prevalecendo até que se prove o contrário.

II — Dispõe o art. 364, do CPC, que o documento público faz prova não só de sua formação, mas, também, dos fatos que o escrivão, o tabelião ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

III — Esse fato, todavia, não implica em sua aceitação absoluta. Pode o réu, com meios hábeis, desfazê-la se ou quando contiver elementos inverídicos.

IV — Recurso conhecido e provido.”

Na fundamentação do meu voto, digo o seguinte:

“O Recurso Especial foi admitido pelo fundamento da alínea c, do art. 105, inciso III, da Constituição e, assim, o examino.

É ler, no essencial, o que diz o Acórdão recorrido (fls. 64):

“Impõe-se confirmada a sentença apelada porque a prova da legitimação passiva **ad causam** dos réus era ônus da autora.

Não tem os autos prova documental da propriedade do automóvel Chevette, placa BH — 1409, pois não veio ao processo o registro do mesmo no DETRAN.

A certidão da ocorrência policial de fls. 15/16 não tem da-

ta e não assegura a origem das informações nela lançadas. A ausência de judicialização dessa prova, pela dispensa dos depoimentos das testemunhas arroladas na inicial, deixou órfã de embasamento probatório a própria postulação de ressarcimento.

Por isso, sem prejuízo de eventual retorno da autora a Juízo, querendo, a Câmara confirma a sentença apelada, por seus fundamentos.”

Como lido no relatório, traz o recorrente à colação julgados que defendem a tese de que, nas lides em que se discute acidente de trânsito, o Boletim de Ocorrência goza de presunção de veracidade, prevalecendo até que se prove o contrário.

Como fácil de depreender, a decisão recorrida divergiu do entendimento firmado na jurisprudência do Colendo Tribunal de Alçada do Paraná.

O cerne da questão está em saber se o Boletim de Ocorrência, emitido pela autoridade administrativa, tem o condão de comprovar ser o veículo abalroado de propriedade dos demandados.

É de cediço conhecimento presumir-se legítimo o documento público, admitida, obviamente, a prova em contrário. Tanto no Direito Administrativo — confira-se **Hely Meirelles** — Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., pág.

137 — quanto, no que interessa, na lei processual civil.

Assim é que dispõe o art. 364, da norma adjetiva que o documento público faz prova não só de sua formação, mas também, dos fatos que o escrivão, o tabelião ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

Torna-se indubitado, pois, que a certidão de ocorrência, lavrada pelos funcionários do DNER e vista, às fls. 16, ao contrário do que sustentado no Acórdão recorrido, goza da presunção **juris tantum**, de veracidade.

Esse fato, todavia, não implica em sua aceitação absoluta. Pode o réu, com meios hábeis, desfazê-la se ou quando contiver elementos inverídicos.

No caso versante, ofertado esse documento pelo autor, suficiente pela presunção referida, para colocar o réu no pólo passivo da ação, cumpria a este, nos precisos termos do inciso II, do art. 333, do Código de Processo Civil, provar sua ilegitimação passiva, pois que, invertera-se o ônus dessa prova.

E como assim não tenha entendido o Acórdão, atacou-o o Recurso Especial nesse ponto: “A presunção e a inversão do ônus da prova”, tal como já o fizera no recurso de apelação, fls. 49 e seguintes e 73/75, desinfluyente a menção expressa ao dispositivo legal que tanto impõe.

Assim a prova documental, materializada no mencionado Boletim de Acidente, elaborado por autoridade especializada, com todas as informações e detalhes obtidos no local do sinistro, firma em princípio o convencimento da propriedade do veículo objeto da demanda, que deve prosseguir.

Configurado o dissídio, conhecido, pois, do recurso pela letra c, violados que foram os arts. 364 e 333, II, do CPC e dou-lhe provimento para, reformando o Acórdão recorrido e a sentença de primeiro grau, determinar o prosseguimento do feito, decidindo-se posteriormente como de direito.”

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Esse é o ponto.

Na avaliação da prova, o que não posso admitir é que se presuma não verdadeira a declaração constante de documento público. Ora, se alegar-se a existência de um fato criminoso que não ocorreu, é crime (art. 340 do Código Penal). Isso já bastaria por si, para presumir-se verdadeira a declaração e válida a prova, embora a lavratura pelo oficial, pelo tabelião ou pelo serventuário da Delegacia de Polícia, dessa declaração no documento público, apenas ateste que alguém compareceu e afirmou que houve o furto, porque quem faz essa afirmação se sujeita à ação penal, se falsa a afirmação.

Da forma como escrevi na ementa do precedente, admito gozar de presunção **juris tantum** de veraci-

dade o Boletim de Ocorrência. Parto do princípio de que a palavra do cidadão deve ser acreditada na comunicação da existência de um crime, até porque este fato, por si só, se não for verdadeiro, já constitui crime por ele respondendo seu autor.

Essa, Senhor Presidente, é a interpretação que consigo extrair desse dispositivo da Lei Processual.

Com tais considerações, peço vênia para manter meu ponto de vista, enunciado no Recurso Especial nº 4.365-0-RS, a que fiz referência. Assim, respeitosamente, divirjo do voto do Senhor Ministro Relator e, neste caso, conheço do recurso para reformar o acórdão e restabelecer a sentença.

Senhor Presidente, já votei em casos posteriores sustentando que, a não se interpretar assim a norma, segundo o meu entendimento, estaríamos considerando desvaliosa a assertiva de todo e qualquer cidadão que, por exemplo, se visse furtado de seu veículo e que comparecesse a uma Delegacia Policial para afirmar aquele fato, registrando queixa, por inexistir qualquer outro tipo de prova ou testemunha. Exemplifico: alguém deixa estacionado em determinado local o seu automóvel, e, quando regressa, o carro foi furtado. O proprietário comparece à Delegacia para narrar os fatos registrando a queixa. Esse Boletim de Ocorrência é documento hábil, suficiente, para que, após o prazo de trinta dias — se não recuperado o

veículo, se a polícia não o encontrar — a companhia seguradora, existindo seguro, faça o ressarcimento.

Ora, a prevalecer, **data venia**, o entendimento exposto no respeitável voto de Vossa Excelência estará se subtraindo do documento público a presunção de veracidade do alegado que deve ter. Aí penso, sim, residir a necessidade da realização de prova diabólica por parte de quem foi furtado. Poderá a companhia seguradora se recusar ao pagamento do seguro, na inexistência de qualquer outra prova, senão daquele Boletim de Ocorrência feito pela própria vítima à autoridade, competente.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Presidente): Senhor Ministro, a questão é de avaliação das provas e estamos julgando Recurso Especial.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, não só no julgamento deste recurso como também no do Recurso Especial nº 37.253 assumi posição análoga acompanhando o voto de V. Exa.

Peço vênia ao Eminentíssimo Ministro Waldemar Zveiter para, fiel aos votos por mim proferidos nos precedentes citados, acompanhar o voto do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, de acordo com

o voto que proferi no REsp 37.253, peço vênia para acompanhar o voto do Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Conheço do recurso especial e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.173-2 — SP — (93.0020681-8) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais. Advogados: Justiniano Proença e outros. Recdo.: Eldorado S/A Comércio Indústria e Importação. Advogados: Augusto Novaes Bueno e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, proferiram votos os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves. O Sr. Ministro Cláudio Santos acompanhou o Relator. Os Ministros Waldemar Zveiter e Nilson Naves conheceram do recurso e deram-lhe provimento. Verificando-se o empate, será designada outra oportunidade para proferir-se o voto de desempate a cargo do Sr. Ministro Costa Leite (em 09.08.94 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — DESEMPATE

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Os autos vieram-me conclusos em razão do disposto no art. 162, § 3º, do RISTJ, prendendo-se a questão sobre a qual sou chamado a proferir voto de desempate à exegese do art.

364 do Código de Processo Civil. O voto do eminente Relator, Ministro Eduardo Ribeiro, apresenta-se ali-cerçado nos seguintes fundamentos:

“O acórdão recorrido julgou improcedente a ação por considerar não provado o fato em que se fundava o pedido, ou seja, que houvesse ocorrido o furto no estacionamento da ré. Fê-lo nos seguintes termos:

‘No mérito o recurso prospera porque não se pode considerar comprovado o furto. A testemunha é a própria vítima. E boletim policial de ocorrência, registro de produção unilateral que é, nada prova; a não ser o fato de ter o interessado estado numa repartição policial e feito ali suas declarações.’

O dispositivo invocado estabelece que o documento público faz prova de sua formação, o que não se questiona, e ‘dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença’. Isso significa que se o funcionário consignar haver sido efetuado um pagamento em sua presença, ou que alguém prestou determinadas declarações, há de ter-se como certo, em princípio, que o pagamento foi efetuado, ou que as declarações foram prestadas. Nenhuma presunção se firma, entretanto, quanto ao conteúdo das afirmações que hajam

sido feitas. Essas poderão ser verdadeiras ou não.

Amaral Santos, o mais autorizado tratadista sobre a prova, de quantos escreveram em língua portuguesa, assim se pronuncia em comentários ao invocado dispositivo:

‘No concernente às declarações das partes, certifica ele apenas que as ouviu e o que ouviu, não que sejam verdadeiras.’

E mais adiante:

‘Conforme essa regra, o documento público faz prova da formação da declaração das partes. O fato de que as partes declararam o que nele se contém se há como verdadeiro até que se demonstre a falsidade da afirmação do oficial público. Todavia, este apenas certificou o que ouviu das partes, não que estas lhe houvessem feito declarações verdadeiras. Em consequência, o documento público prova a formação das declarações das partes e não a sua eficácia, isto é, prova a verdade extrínseca das declarações e não a sua sinceridade.’ — Comentários ao CPC — Forense — 1ª ed. — IV volume — p. 170.

A emprestar-se o pretendido valor a tais documentos, ter-se-ia instituído um modo de, com faci-

lidade, modificar-se a distribuição do ônus da prova, legalmente previsto. Ocorrendo o furto do veículo em um lugar qualquer, o proprietário se dirige a uma delegacia e informa que o fato se deu em estacionamento propiciado por um comerciante. A esse estaria transferido o ônus de fazer a prova, esta sim diabólica, de demonstrar o contrário.

Entendo, pois, que não houve violação da lei. E também o dissídio não se acha comprovado, embora o contrário possa parecer da simples leitura da ementa do paradigma indicado.

Em primeiro lugar, como salientado pelo recorrido, no precedente trazido a confronto havia peculiaridade de relevo. No caso ora em julgamento, alguém compareceu a uma dependência policial e relatou ter ocorrido um furto em determinado lugar. A autoridade cingiu-se a anotar o que lhe foi dito. No acórdão indicado consignou-se:

‘Assim a prova documental, materializada no mencionado Boletim de Acidente, elaborado por autoridade especializada, com todas as informações e detalhes obtidos no local do sinistro, firma em princípio o convencimento da propriedade do veículo objeto da demanda, que deve prosseguir.’

Em segundo lugar, sequer se formou maioria quanto ao valor

probante do documento. Participaram do julgamento quatro juizes. O Ministro Cláudio Santos ficou vencido. O Ministro Gueiros Leite acompanhou o Relator, mas salientando que o fazia 'sem questionar a validade da prova da propriedade do veículo, feita pelo documento oficial de fls. 16'. Fundou seu pronunciamento na circunstância de os réus terem entregue o veículo ao causador do acidente, assumindo o risco do uso indevido."

Sua Excelência foi acompanhado pelo Ministro Cláudio Santos, tendo o Ministro Waldemar Zveiter manifestado a sua discordância com base no voto que proferiu no REsp 4.365-0, acrescentado-lhe o que se segue:

"Na avaliação da prova, o que não posso admitir é que se presume não verdadeira a declaração constante de documento público. Ora, se alegar-se a existência de um fato criminoso que não ocorreu, é crime (art. 340 do Código Penal). Isso já bastaria por si, para presumir-se verdadeira a declaração e válida a prova, embora a lavratura pelo oficial, pelo tabelião ou pelo serventuário da Delegacia de Polícia, dessa declaração no documento público, apenas ateste que alguém compareceu e afirmou que houve o furto, porque quem faz essa afirmação se sujeita a ação penal, se falsa a afirmação.

Da forma como escrevi na ementa do precedente, admito gozar de presunção **juris tantum** de veracidade o Boletim de Ocorrência. Parto do princípio de que a palavra do cidadão deve ser acreditada na comunicação da existência de um crime, até porque este fato, por si só, se não for verdadeiro, já constitui crime por ele respondendo seu autor.

Essa, Senhor Presidente, é a interpretação que consigo extrair desse dispositivo da Lei Processual.

Com tais considerações, peço vênua para manter meu ponto de vista, enunciado no Recurso Especial nº 4.365-0-RS, a que fiz referência. Assim, respeitosamente, divirjo do voto do Senhor Ministro Relator e, neste caso, conheço do recurso para reformar o acórdão e restabelecer a sentença."

O Ministro Nilson Naves, fazendo referência ao voto proferido no REsp 37.253, posicionou-se de acordo com o Ministro Waldemar Zveiter.

Passo a lançar o meu voto de desempate.

Sustenta o Ministro Waldemar Zveiter que o Boletim de Ocorrência Policial goza de presunção **iuris tantum** de veracidade. É este, em verdade, o cerne da questão.

Como consabido, as presunções são judiciais, as chamadas simples, e legais, dividindo-se as últimas em

absolutas (**iuris et de iure**) e relativas (**iuris tantum**).

As presunções legais relativas têm a ver com o ônus da prova. Como enfatiza **Barbosa Moreira** “que elas se relacionam, em termos genéricos, com a matéria atinente à prova é, à evidência, indiscutível; a relação, porém, limita-se a um tópico particular dessa matéria, a saber, a distribuição do **onus probandi**” (“Temas de Direito Processual Civil — As Presunções e as Provas”, Saraiva, 1ª ed., pág. 61).

Nesse contexto, o que se verifica, em primeiro lugar, é que o art. 364 cinge-se, em verdade, a estatuir que o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrevem, o tabelião ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença. Com efeito, não estabelece a presunção **iuris tantum** de veracidade da declaração prestada ao agente público, de modo a inverter o ônus da prova. E nem há outra norma legal que assim estabeleça.

Seria dado cogitar, relativamente ao que consta do Boletim de Ocorrência Policial, da chamada presunção simples. Partir-se-ia, então, de um fato provado para chegar-se, no plano do raciocínio lógico, à conclusão sobre a existência de

outro. Mas o fato provado aqui é exclusivamente a declaração prestada pelo interessado, que, isolada, não permite concluir que o furto tenha ocorrido no estacionamento da ré.

Pedindo vênias aos eminentes Ministros Waldemar Zveiter e Nilson Naves, acompanho o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.173-2 — SP — (93.0020681-8) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais. Advogados: Justiniano Proença e outros. Recdo.: Eldorado S/A Comércio Indústria e Importação. Advogados: Augusto Novaes Bueno e outro.

Decisão: Retomando o julgamento, renovou-se o relatório e o Sr. Ministro Costa Leite acompanhou o Relator, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Waldemar Zveiter e Nilson Naves, não conheceu do recurso especial (em 12.09.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Nilson Naves e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.276-3 — MG

(Registro nº 93.0021065-3)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrente: *Banco Real S.A.*

Recorridos: *Construmil — Construtora e Montagem Industrial Ltda. e outro*

Advogados: *Drs. Edelberto Augusto Gomes Lima e outro, e Marilda França Chaves*

EMENTA: *Execução. Nota promissória vinculada a contrato de financiamento. Avalista.*

— Participando o avalista do contrato de abertura de crédito, a que está vinculada a nota promissória, é devedor solidário e sujeito, em consequência, a todas as cláusulas e condições estipuladas (STJ, Súmulas nºs 26 e 27).

— São compatíveis a multa contratual e a comissão de permanência.

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

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

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, Presidente em exercício. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: O Juiz de Direi-

to de Itaúna rejeitou embargos opostos por Construmil — Construtora e Montagem Industrial e Wandir Eustáquio da Silva à execução que lhes moveu o Banco Real S.A., fundada em nota promissória vinculada a um contrato de financiamento e condenou os executados a pagarem ao exequente, além do principal, comissão de permanência a partir do vencimento, custas, honorários advocatícios de 10% sobre o valor do débito e multa contratual.

A E. Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais deu parcial provimento à apelação dos executados, nestes termos (fls. 33/34):

“Precisamente por não estar em execução o contrato de abertura de crédito, e tendo em vista que a cambial é título autônomo e independente da causa que a fez surgir, acolhe-se, em parte, o ape-

lo interposto para decotar da execução as verbas alusivas à multa contratual e taxa de permanência previstas na avença. Ademais, tal corte deveria mesmo acontecer, vez que a multa contratual não se pode cumular com honorários advocatícios nem a comissão de permanência incidir sobre o débito juntamente com a correção monetária prevista na Lei 6.899/81. Estes dois últimos acresceres se destinam ao mesmo fim, que é o da atualização do valor do crédito, razão pela qual sua cumulativa aplicação constitui **bis in idem** proibido em lei e rechaçado pela jurisprudência.

Dou, pois, parcial provimento ao apelo para excluir da condenação as verbas acima referidas, mandando incidir apenas juros de mora (6% a.a.) e correção monetária a partir do vencimento da nota promissória. Mantenho a verba honorária de dez por cento sobre o débito a ser apurado.”

A esse acórdão manifesta recurso especial o Banco Real S.A., com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sob a alegação de ofensa ao artigo 4º, incisos VI e IX, da Lei nº 4.595/64, combinado com a Resolução nº 1.129/86, do *BA-CEN*, aos artigos 20 e parágrafos e 585, I e II, do CPC e aos artigos 85, 86, 896 e 919 do Código Civil, além de dissídio interpretativo.

O recurso subiu a esta Corte em virtude de provimento do agravo interposto.

É o relatório.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): É jurisprudência assente nesta Corte, condensada na Súmula nº 27, que a execução pode fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio, inexistindo obstáculo algum à execução **sub examine**, que tem por base contrato de financiamento e nota promissória a ele vinculado.

Também já está firmado que “o avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário” (Súmula nº 26).

Por discordar dos princípios exarados nesses dois verbetes, o acórdão recorrido não considerou válidas as parcelas estipuladas no contrato de abertura de crédito, tais como a multa contratual e a comissão de permanência, e, assim decidindo, conflitou com os paradigmas invocados no STF e do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que defenderam a tese consoante a qual, participando os avalistas do contrato de financiamento, são devedores solidários e estão sujeitos, conseqüentemente, a todas as cláusulas e condições pactuadas, inclusive acréscimos decorrentes de inadimplemento.

Manifesto o dissídio pretoriano, não enxergo, entretanto, o alegado maltrato às disposições legais referidas pelo recorrente.

Do quanto foi exposto, conheço do recurso pela letra c e lhe dou provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.276-3 — MG — (93.0021065-3) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Recte.: Banco Real S.A. Advogados: Edelberto Augusto Gomes Lima e outro. Recdos.: Construmil — Construtora e Montagem Industrial Ltda. e outro. Advogada: Marilda França Chaves.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (em 28.03.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.136-3 — SP

(Registro nº 93.0023790-0)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Edneide Fabrício da Silva Lima*

Advogada: *Dra. Vera Lúcia de Souza*

EMENTA: *Penal. Roubo. Revólver de brinquedo (“arma finta”). Circunstância agravante. Precedentes da Sexta Turma. Recurso especial conhecido e provido.*

I — A recorrida, acompanhada de dois comparsas, utilizando-se de arma de brinquedo (revólver), intimidou e assaltou sucessivamente três vítimas. O juiz monocrático a condenou a sete anos de reclusão (CP, art. 157, § 2º, I e II). Inconformada, ela apelou. Sua pena privativa de liberdade foi reduzida para 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão. O Ministério Público do Estado de São Paulo, por seu turno, recorreu de especial pela alínea c do autorizativo constitucional.

II — O § 2º do art. 157 do CP tem como agravante “se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma”. Assim, o que se tem

de levar em conta não é a efetiva potencialidade da “arma”, mas o que ela pode aparentar aos olhos do homo medius para efeito de violência e intimidação. Sibilina seria a distinção entre “arma de verdade” mas sem condições de utilização efetiva (revólver sem cão, sem tambor, sem bala etc.) e um revólver de brinquedo, imitativo do verdadeiro.

Precedentes da Sexta Turma do STJ.

III — Recurso especial conhecido e provido para restaurar a sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Pedro Acioli. Ausente, por motivo de licença médica, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 31 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de São Paulo* com

apoio no art. 105, III, c, da CF contra acórdão da *Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*.

2. A ora recorrida, Edneide Fabrício da Silva Lima, foi condenada a 7 anos de reclusão e 18 dias-multa, em regime fechado, pelo juiz da 28ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, por infringência ao art. 157 (roubo), § 2º, I e II, do Código Penal. A recorrida, com outros acusados, nos dias 14 e 16 de dezembro de 1991, praticaram três assaltos, utilizando um revólver de brinquedo.

Inconformada, apelou a defesa. O acórdão recorrido deu provimento parcial ao recurso para afastar a qualificadora de emprego de arma e reduziu a pena para 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 15 dias-multa, fixado o regime semi-aberto. Entendeu o aresto impugnado que o uso de revólver de brinquedo não justifica a qualificadora prevista no § 2º do art. 157 do Código Penal.

3. O recorrente alega divergência jurisprudencial, uma vez que o STF e STJ entendem, consoante juris-

prudência pacífica, que o emprego de arma de brinquedo, se intimida a vítima, credencia o aumento de pena previsto no art. 157, § 2º, do CP. Pede seja cassado o acórdão recorrido para o restabelecimento de pena na forma imposta pela sentença de 1ª grau.

4. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. F. Adalberto Nóbrega, opinou pelo provimento do recurso especial a fim de que seja cassado o acórdão atacado e restabelecida a pena original imposta na 1ª instância. Entendeu que a razão da qualificadora é a ameaça para a vítima que está tanto numa arma de brinquedo, como numa arma verdadeira.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Senhor Presidente, conheço julgados não só do STF (Ministro Marco Aurélio, HC nº 70.534, DJU de 14/09/93), como de TJs no sentido de não se admitir a “arma de brinquedo” como agravante no crime de roubo. Tenho para mim que tal posicionamento advém, em parte, da jurisprudência italiana ao tratar da “*circostanza aggravante*” pelo uso de “*giocattolo*” como “*arma finta*”.

O eminente Relator, Juiz Wálter Swesson, assim fundamentou seu voto:

“O reconhecimento da qualificadora seria, com o devido respeito

pelas opiniões em sentido contrário, autêntico **bis in idem**, visto que a grave ameaça seria não só utilizada para a caracterização do roubo, mas também para o reconhecimento da qualificadora do emprego de arma, em autêntica falta de sintonia com o espírito da lei.”

No caso concreto, a recorrente em companhia de uma amiga e um terceiro fizeram três assaltos com uma arma de brinquedo (revólver). Primeiro um chofer de táxi, que ficou sem seu veículo; no segundo assalto, a vítima foi uma mulher que estava em ponto de ônibus e o terceiro roubo, o de um transeunte, o qual ficou privado de sua carteira de notas.

O recorrente demonstrou a existência de dissídio jurisprudencial.

No REsp nº 36.752/SP, em que figura como Relator o eminente Ministro José Cândido de Carvalho Filho, publicado no DJU de 29/11/93, p. 25.908, pedi vista. Assim alinhabei meu voto:

“Durante o julgamento nesta Turma, o douto representante do Ministério Público Federal, Dr. Ribeiro De Bonis, sustentou que o dispositivo em tela fala em “violência ou ameaça” com “emprego de arma”. Um revólver de brinquedo não pode ser encarado como “arma” para o fim de majorar a pena-base. Trata-se de dado objetivo e não subjetivo.

“Senhor Presidente, peço vênia ao nosso estudioso Subprocurador-Geral da República para acompanhar V. Exa. Deve-se levar em linha de conta o pavor da vítima diante de um “revólver”, ainda que, sob o ângulo objetivo, não seja arma. O que importa é a eficácia produzida pela “arma de brinquedo” pelo “revólver sem cão” etc. No caso concreto, no momento do assalto, aos olhos do **homo medius**, tal brinquedo tomou feições de arma intimidatória. **Magalhães Noronha**, discorrendo sobre “armas próprias”, ensina:

“Muita vez, uma arma pode não ser idônea para a realização da violência, de acordo com seu destino próprio; assim, p. ex., um revólver descarregado. Mas será idôneo para a ameaça se a vítima desconhecer essa circunstância. A lei exige apenas que a ameaça ou a violência sejam exercidas com emprego de arma. Não há questionar se o agente preparou-se de antemão com ela, para pôr em ação aqueles meios. É suficiente empregá-la, ofendendo a integridade corporal da vítima ou ameaçando-a” (“Direito Penal”, Saraiva, 1977, II:166).

“A jurisprudência predominante é no sentido esposado pelo eminente Relator. **Celso Delmanto** colaciona arestos do STF nas RTJS

n^{os} 113/404, 114/341, 592/425, 592/435 e 109/1.285.

“O Min. Rafael Mayer assim sumariou acórdão do STF:

“A arma defeituosa não descaracteriza a qualificadora do crime de roubo advinda de seu emprego” (JUTACRIM 82/482, **apud Alberto Silva Franco** e outros in “Cód. Penal e sua interpretação jurisprudencial”, RT, 4^a ed., p. 1.074).

“Assim, acompanho o eminente Relator. Dou provimento ao recurso.”

A ementa ficou assim:

“Recurso especial. Tentativa de roubo. Revólver de brinquedo. Art. 157, § 2º, inciso I e art. 14, inc. II, ambos do Código Penal.

— Hipótese em que o comerciante deixou-se intimidar, sob ameaça de um revólver utilizado pelo assaltante, que, somente após apoderar-se do dinheiro do caixa, foi dominado pela vítima com ajuda de um de seus empregados.

— Não é possível deixar-se de configurar a tentativa, com a qualificadora do delito, com a violência exercida com emprego de revólver de brinquedo. Tratando-se de crime complexo, é importante examinar-se se a violência ocorreu antes ou depois da subtração. **In casu**, foi antes da subtração, impondo reconhecer-se o

êxito do início da execução, em decorrência da comprovada intimidação da vítima, ignorando tratar-se de arma de brinquedo. O que deve levar em conta é a vontade criminosa do agente.

— Recurso provido para prestigiar a sentença de primeiro grau, que conclui pela forma qualificada da tentativa do delito.

(REsp nº 36.752/93-SP, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, DJU de 29/11/93, p. 25.908)

Com tais considerações, conheço e provejo o recurso, restabelecendo as penas fixadas pelo juiz singular.

É meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.136-3 — SP — (93.0023790-0) — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Maciel. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recda.: Edneide Fabrício da Silva Lima. Advogada: Vera Lúcia de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 31.05.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Pedro Acioli. Ausente, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, por motivo de licença médica.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.417-6 — MS

(Registro nº 93.0024693-3)

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

Recorrente: *Banco Central do Brasil*

Advogados: *Drs. Haroldo Malheiros Duclerc Vercosa e outros*

Recorridos: *Purcina Barbosa de Almeida e outros*

Advogado: *Dr. Oswaldo Barbosa de Almeida*

EMENTA: Processual Civil. Honorários de advogado. Ação cautelar. Cabimento. Duplo grau obrigatório. Reforma da sentença em detrimento da entidade pública dele beneficiária. Impossibilidade.

I — Nas lides cautelares há sucumbência e, portanto, condenação da parte vencida ao pagamento da verba advocatícia.

II — No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública (Súmula nº 47-STJ).

III — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José de Jesus.

Brasília, 24 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial interposto pelo Banco Central do Brasil, com fundamento no artigo 105, III, letras a e c da Constituição Federal, contra o v. acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (fls. 123):

“Processual Civil. Tributário. Cautelar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 8.024/90. Preliminares: ilegitimidade passiva do BACEN e nulidade parcial da sentença por inobservância do parágrafo

único, artigo 1º da Lei nº 8.076/90. Ônus da sucumbência.

— A teor do artigo 9º, da Lei nº 8.024/90 o controle da indisponibilidade dos valores retidos se encontra a cargo do Banco Central do Brasil, previsão que confere ao BACEN a qualidade de réu nesta ação.

— O plenário desta Corte, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.076/90, Arguição de Inconstitucionalidade deduzida no MS nº 37.658, (900337625-5), sessão de 22 de abril de 1991, e, portanto, tal preceito desmerece ser aplicado.

— Preliminares rejeitadas.

— Presente o *fumus boni iuris*, pois plausível o direito substancial invocado, em face da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 8.024/90.

— O *periculum in mora* sobressai da necessidade do demandante de desbloquear importância retida, de imediato, face à reconhecida perda do poder aquisitivo da moeda.

— Em demanda cautelar incidem os ônus da sucumbência (Voto Vista proferido na Apelação Cível-SP, Processo nº 124.790 (890318121-2), sendo apelante a União Federal e apelado Ivo Antonioli).

— Apelação do Banco Central do Brasil desprovida.

— Remessa oficial parcialmente provida.”

Alega o recorrente negativa de vigência aos artigos 474 e 796 do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial, ao argumento de que são indevidos honorários advocatícios em medida cautelar. Sustenta, ainda, ofensa ao princípio da **reformatio in pejus**, por fixar a verba honorária sem que a parte adversa tivesse recorrido voluntariamente.

Sem contra-razões (fls. 141), o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 143-144), subiu a esta Corte, onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Duas são as questões postas no recurso especial: a relativa ao cabimento, ou não, de condenação em honorários na ação cautelar e a atinente à **reformatio in pejus**, porquanto, ao julgar a remessa **ex officio**, o acórdão recorrido impôs e fixou a condenação na verba advocatícia em detrimento da entidade beneficiária do duplo grau obrigatório.

Quanto à sucumbência em ação cautelar, preleciona **Humberto Theodoro Júnior**:

“Da autonomia e contenciosidade da ação cautelar, decorre sua sujeição aos princípios comuns da sucumbência, de sorte que a sentença final deverá impor ao venci-

do o ônus das custas processuais e dos honorários advocatícios do vencedor (artigo 20) (21).

Sendo, contudo, contrária a sentença de mérito ao autor da ação cautelar, esses gastos de sucumbência na esfera cautelar incluir-se-ão no montante da reparação a ser feita ao vencedor, nos termos do artigo 811 (22).

Urge, por outro lado, distinguir entre ação cautelar e simples medida cautelar. A ação pressupõe litigiosidade, ao passo que a mera medida cautelar pode cumprir sua missão preventiva sem a contestação ou oposição do requerido. Uma antecipação de prova, um depósito, uma caução e quase todas as outras medidas cautelares, em determinadas circunstâncias, podem perfeitamente ser requeridas e promovidas até mesmo com o assentimento da parte contrária.

Sem a lide cautelar (isto é, sem o conflito de interesses em torno da providência preventiva), não há ação cautelar, mas apenas medida cautelar. E não havendo lide (o que, praticamente, se revela pela falta de contestação ao pedido do provimento preventivo), não haverá, também, sucumbência, o que exclui a condenação de custas e honorários advocatícios.

Sendo certo que as medidas cautelares nem sempre reclamam ação cautelar, deve-se concluir que a incidência da verba advocatícia estará sempre condicionada

à existência da situação contenciosa caracterizadora da verdadeira ação cautelar, situação essa que não se revela pelo simples pedido de providência preventiva, mas sim pela atitude assumida pela parte contrária diante da postulação provocadora do acionamento da atividade jurisdicional cautelar.” (Processo Cautelar, págs. 130-131, 3ª edição, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1978).

A propósito, ensina **Galeno Lacerda** sobre a matéria.

“Sucumbência existe onde houver lide instaurada, o que ocorre sempre nos processos jurisdicionais e eventualmente nos voluntários, quando nestes surgir litígio. Daí, a obrigação de o vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios (artigo 20), obrigação extensiva ao desistente e àquele que reconheceu o pedido (artigo 26).

A jurisprudência divide-se quanto ao cabimento da condenação ao pagamento de honorários no processo cautelar, com predominância da corrente afirmativa.

A matéria comporta distinção. Em princípio, os honorários são sempre devidos nas cautelas jurisdicionais antecedentes. Nelas se manifesta lide parcial, há despesas com o processo e honorá-

rios a cargo das partes em remuneração ao trabalho dos advogados. A aplicação do princípio da sucumbência enquadra-se, assim, no sistema do Código. Além do mais, nem sempre haverá processo principal, ou porque o autor da ação cautelar decaiu da medida, ou nela obteve sentença contrária, e não ingressou com a ação principal. Se nestas circunstâncias, cabe sucumbência porque um só o processo contencioso, o mesmo deverá ocorrer se ao cautelar seguir-se o processo principal.

A condenação em honorários e despesas, porém, pode padecer da transitoriedade peculiar às medidas cautelares, segundo o **eventum litis**. Assim, se o autor da ação cautelar vier a perder a ação principal, devolverá ao réu os honorários e despesas recebidos no processo acessório, nos termos do artigo 811. O mesmo deverá acontecer, **mutatis mutandis**, se o réu, vencedor na cautela, sucumbir na ação principal. Donde concluir-se que a sucumbência na cautela só permanece quando o vencedor, nesta, também vencer a ação principal, ou quando não intentada a demanda depois da vitória do réu na ação cautelar.

Quanto às cautelas jurisdicionais incidentes, a condenação autônoma à sucumbência deverá ocorrer nas repressivas, isto é, no atentado e na arguição de falsi-

dade, porque aí sempre haverá sentença própria em virtude da suspensão do processo principal (artigos 881 e 394). Nas demais cautelas incidentes, a freqüente cumulação e absorção da sentença cautelar pela principal, como se viu do número anterior, faz com que a avaliação dos honorários e o montante das despesas venham a abranger as duas ações, convindo mesmo, por economia processual, haja uma só sucumbência. O mesmo acontecerá se, pelo retardamento do processo cautelar antecedente, a respectiva sentença cumular-se com a principal.

Se houver desistência da ação cautelar, após citação e comparecimento do réu ao respectivo processo através de advogado constituído, cabe condenação do autor em despesas e honorários, de acordo com o artigo 26 (R.T., 496/143). Idem, se o autor desistente obteve liminar, com prejuízo para o réu, embora não haja este ainda respondido à ação.

Nas cautelares voluntárias, em regra, não há sucumbência porque ausente o litígio. Isto não significa, porém, que o vencido na ação principal não deva arcar com as despesas do vencedor pagas em cautelares voluntárias anteriores, como vistorias, notificações, justificações, etc. (R.T., 492/93). Da mesma forma, se surgir litígio no processo voluntário,

p. ex., se impugnado o direito à vistoria, haverá vencido e vencedor, cabendo condenação em sucumbência (R.T., 491/62, 502/215)” (Comentários ao Código de Processo Civil, págs. 334-336, Forense, 1980, 1ª edição).

Em suma, nas lides cautelares há sucumbência e, portanto, condenação de parte vencida ao pagamento da verba advocatícia. Todavia, a sucumbência da cautelar pode padecer de transitoriedade **secundum eventum litis**. Ou nas palavras de **Galeano Lacerda**: “a sucumbência na cautela só permanece quando o vencedor, nesta, também vencer a ação principal, ou quando não intentada a demanda depois da vitória do réu na ação cautelar.”

No caso, em se tratando de lide cautelar, cabível era a condenação em honorários. Todavia, tendo a sentença decidido que aquela verba seria fixada na ação principal, não podia o acórdão, sem recurso voluntário, apreciando remessa oficial, impor e fixar a condenação naquela verba honorária. A propósito, a Súmula nº 47, desta Corte:

“No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.”

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.417-6 — MS — (93.0024693-3) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Banco Central do Brasil. Advogados: Haroldo Malheiros Duclerc Vercosa e outros. Recdos.: Purcina Barbosa de Almeida e outros. Advogado: Oswaldo Barbosa de Almeida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe

provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 24.11.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.492-3 — SP

(Registro nº 93.0024798-0)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrente: *Bela Vista S.A. Empreendimentos e Participações*

Recorrido: *An Chu Gin*

Advogados: *Drs. Udo Ulmann e outros, e Neusa Maria Mollon e outro*

EMENTA: Compromisso de compra e venda de imóvel. Rescisão por culpa do comprador. Cláusula penal.

— **É lícita a cláusula penal que estipula a perda das prestações pagas na hipótese de rescisão do contrato por culpa do comprador.**

— **É defeso ao juiz aplicar lei nova a negócio jurídico aperfeiçoando sob o império de lei anterior, ex vi do disposto no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.**

— **Não incidência, no caso, por lhe ser vedado efeito retrooperante, o art. 53 do Código do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.90).**

— **Recurso conhecido e provido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provi-

mento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): O despacho que admitiu o recurso, da lavra do ilustre Des. João Sabino Neto, expõe a controvérsia nestes termos (fls. 156/158):

“Trata-se de recurso especial interposto por Bela Vista S.A. — Empreendimentos e Participações contra acórdão unânime da Décima Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça, com fulcro no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal.

Cuida-se de ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos e reintegração de posse, proposta pela recorrente e julgada procedente pela sentença de fls. 74/77.

Apelaram as partes, a recorrente adesivamente, e a E. Turma deu provimento parcial ao recur-

so da ré e não conheceu do adesivo (fls. 120/122), aduzindo que a perda das quantias pagas contraria o art. 53 da Lei nº 8.078/90. E o que foi objeto do recurso adesivo deveria ter sido argüido em embargos declaratórios.

Alega a recorrente que o acórdão negou vigência à Lei nº 8.078/90, ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e ao art. 63 da Lei nº 4.591/64, pois o Código do Consumidor não se aplica ao caso concreto, já que o contrato é anterior à vigência da lei. Aponta, ainda, dissídio jurisprudencial.

Embora a divergência não esteja demonstrada, nos termos do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o apelo comporta seguimento pela alínea a do permissivo constitucional.

Não obstante fundamentada a conclusão da E. Turma Julgadora, configuram-se os pressupostos de admissão, devendo ser processado o recurso para que o E. Superior Tribunal de Justiça possa pronunciar-se a respeito.

A matéria controvertida relativamente à aplicação do art. 53 do Código do Consumidor aos contratos celebrados antes de sua vigência, foi suficientemente exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, portanto, o requisito do prequestionamento.

Ante o exposto, defiro o processamento do recurso, pela alínea a do permissivo constitucional.”

Processado o recurso, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): O contrato rescindido foi assinado em 23 de setembro de 1986 e a Lei nº 8.078, de 11.9.90 (Código do Consumidor) teve sua vigência iniciada cento e oitenta (180) dias após a sua publicação, que ocorreu em 12.9.90.

Em tema de irretroatividade, disciplinam a matéria, no sistema positivo brasileiro, duas regras jurídicas distintas: a do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, dirigida ao juiz e a do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, dirigida ao legislador sobretudo.

A propósito, escreve **Caio Mário da Silva Pereira** (Instituições de Direito Civil, Forense, 1ª ed., vol. I/113):

“Sob a inspiração do preceito, a idéia da não-retroatividade decorre de que a lei não pode alcançar o tempo pretérito sem retroatividade, e como a irretroatividade é imposta ao juiz como norma orientadora da aplicação do direito, far-se-á esta sempre orientada pela idéia de excluir qualquer efeito retrooperante.”

.....
Outras vezes, o princípio da não-retroatividade é assentado com

caráter mais rijo do que uma simples medida de política legislativa, pois assume o sentido de uma norma de natureza constitucional. Com uma tal valência, reflete muito maior extensão e, especialmente, mais profunda intensidade. Não é apenas uma regra imposta ao juiz, a quem é vedado atribuir à lei efeito retrooperante. Mais longe do que isto, é uma norma cogente para o legislador, à sua vez proibido de ditar leis retroativas.”

Não pode haver vacilações a respeito. É princípio inconstratável, em nossa organização jurídica, que **tempus regit actum**, do qual se infere que as obrigações, seja qual for o seu conteúdo, “são sempre regidas pela lei vigente ao tempo do seu nascimento” (**Serpa Lopes**, Com. à Lei de Introdução ao Código Civil, Freitas Bastos, 1959, vol. I/360).

O dissídio de interpretação não está demonstrado na forma exigida pelo art. 255 do RISTJ, mas é manifesta, na espécie vertente, a contrariedade ao citado art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Do quanto foi exposto, conheço do recurso pela letra a e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença de primeira instância.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.492-3 — SP — (93.0024798-0) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Recte.:

Bela Vista S/A Empreendimentos e Participações. Advogados: Udo Ulmann e outros. Recdo.: An Chu Gin. Advogados: Neuza Maria Mollon e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 11.04.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.562-8 — SP

(Registro nº 93.0025059-0)

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

Recorrentes: *Marco Antônio Lorena e outros*

Advogados: *Drs. Mauro Del Ciello e outros*

Recorrida: *Dersa Desenvolvimento Rodoviário S/A*

Advogados: *Drs. Nanci Slaviero e outros*

EMENTA: *Desapropriação. Juros moratórios e compensatórios. Contagem.*

I — Na desapropriação, os juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, fluem, a partir do trânsito em julgado da sentença, sobre o total da indenização, nesta abrangidos os juros compensatórios.

II — Essa incidência de juros sobre juros não constitui anatocismo.

III — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimida-

de, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Brasília, 24 de novembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA
RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial interposto por *Marco Antônio Lorena e outros*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea c da Constituição Federal, contra o v. acórdão proferido, em grau de embargos infringentes, pela Egrégia Nona Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, por maioria de votos, determinou o cálculo dos juros moratórios sem considerar-se, na sua base de cálculo, o valor correspondente aos juros compensatórios (fls. 382-388).

Sustenta a recorrente, em síntese, que o v. aresto dissente de jurisprudência iterativa desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 420-422), o recurso cujo processamento foi admitido (fls. 424-425), subiu a esta Corte onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao admitir o processamento do presente recurso, aduziu o ilustre 4º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 424-425):

“Não obstante fundamentada a conclusão da E. Turma Julgadora, configuram-se os pressupostos de admissão, devendo ser processado o apelo para que o E. Superior Tribunal de Justiça possa pronunciar-se a respeito.

A matéria controvertida é relativa à forma de cálculo dos juros moratórios e compensatórios e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, portanto, o requisito do prequestionamento.

O dissídio encontra-se demonstrado, preenchendo os requisitos do Regimento Interno do E. Superior Tribunal de Justiça.”

Conheço, pois, do recurso, e, no mérito, dou-lhe provimento.

A jurisprudência desta Corte sobre a matéria é pacífica, no sentido de que, na desapropriação, os juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, fluem, a partir do trânsito em julgado da sentença, sobre o total da indenização, nesta abrangidos os juros compensatórios, não constituindo anatocismo essa incidência de juros sobre juros. É o que se depreende das ementas a seguir transcritas, relativas a precedentes de que fui Relator:

“Desapropriação — Incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios. Cabimento. Cumulação dos compensatórios. Dissídio não configurado.

I — Na desapropriação, os juros moratórios, à taxa de 6% ao

ano, fluem, a partir do trânsito em julgado da sentença, sobre o total da indenização, nesta abrangidos os juros compensatórios.

II — Essa incidência de juros sobre juros não constitui, no caso, anatocismo, não se subsumindo à hipótese a Súmula nº 121 do S.T.F., segundo precedente daquela Colenda Corte.

III — Quanto à cumulação dos juros compensatórios, improcede o alegado dissídio pretoriano.

IV — Recurso especial parcialmente provido.” (REsp nº 19.008-SP, 2ª Turma, Julg. 14.04.93, DJ 03.05.93)

“Desapropriação — Incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios. Cabimento.

I — Na desapropriação, os juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, fluem, a partir do trânsito em julgado da sentença, sobre o total da indenização, nesta abrangidos os juros compensatórios.

II — Essa incidência de juros sobre juros não constitui, no caso, anatocismo, não se subsumindo à hipótese a Súmula nº 121 do S.T.F., segundo precedente daquela Colenda Corte.

III — Recurso especial conhecido e desprovido.” (REsp nº 35.661-0-SP, 2ª Turma, Julg. 22.09.93, DJ 11.10.93)

“Desapropriação — Incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios. Cabimento.

I — Na desapropriação, os juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, fluem, a partir do trânsito em julgado da sentença, sobre o total da indenização, nesta abrangidos os juros compensatórios.

II — Essa incidência de juros sobre juros não constitui, no caso, anatocismo, não se subsumindo à hipótese a Súmula nº 121 do S.T.F., segundo precedente daquela Colenda Corte.

III — Recurso especial desprovido.”

(REsp nº 18.588-SP, 2ª Turma, Julg. 24.06.92, DJ 03.08.92)

Isto posto, em conclusão, conhecimento do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.562-8 — SP — (93.0025059-0) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Rectes.: Marco Antônio Lorena e outros. Advogados: Mauro Del Ciello e outros. Recda.: Dersa Desenvolvimento Rodoviário S/A. Advogados: Nanci Slaviero e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (em 24.11.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.601-2 — SP

(Registro nº 93.0025171-6)

Relator: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Eletricidade de São Paulo S/A — Eletropaulo*

Recorrida: *Companhia Cervejaria Brahma*

Advogados: *Drs. Elasio Alberto de Oliveira Rondon e Ricardo Gomes Lourenço e outros*

EMENTA: *Prescrição quinquenal (dec. 20.910/32) — Empresa pública — Sociedade de economia mista — Inaplicabilidade (Súmula nº 39) — Submissão da empresa pública às normas do direito privado.*

I — A prescrição de prazo curto, criada pelo Decreto nº 20.910/32, não beneficia empresa pública, sociedade de economia mista ou qualquer outra entidade estatal que explore atividade econômica (Súmula nº 39).

II — O Art. 173, § 1º da Constituição Federal submete ao Direito privado, não apenas a forma de organização e funcionamento daquelas entidades, mas sua atividade empresarial. Esta, principalmente, não se pode afastar das normas civis, comerciais, tributárias e processuais aplicáveis às empresas privadas. Ao Estado não é lícito fazer concorrência desleal à iniciativa privada.

III — A remuneração pelo fornecimento de energia elétrica constitui preço público, não constituindo imposto, taxa ou contribuição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 02 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Cuida-se de recurso especial interposto por Ele-

tricidade de São Paulo S/A — ELE-TROPAULO com amparo na alínea a da permissão Constitucional.

O acórdão impugnado, em ação de repetição de indébito proposta pela recorrida, postulando a devolução de valores tarifários, pagos com majoração, por força de operação retroativa de Portaria do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica — DNAEE, afastou arguição de prescrição quinquenal e condenou a ora recorrente no pagamento das diferenças pagas a maior, acrescidas dos consectários legais.

O apelo especial em juízo primeiro de admissibilidade mereceu parcial acolhida. Do r. decisório, destaca a seguinte passagem, que bem expõe a hipótese:

“Alega a recorrente que o acórdão negou vigência ao Decreto-Lei nº 4.597/42, ao Decreto nº 20.910/32, ao art. 965 do Código Civil, ao art. 6º do Código de Processo Civil, ao art. 150 do Código de Águas, ao art. 126 do Decreto nº 41.019/57, à Portaria 670 do Ministério das Minas e Energia e à Portaria nº 95/79, do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica.

O apelo reúne condições de admissibilidade, mas apenas em parte.

Com efeito, os dispositivos legais correspondentes ao art. 6º do Código de Processo Civil e ao art. 150 do Código de Águas não foram apreciados pelo acórdão re-

corrido de modo explícito, não se configurando, assim, o indispensável prequestionamento viabilizador da instância excepcional. E, como não foram interpostos embargos declaratórios, obstam a admissão as Súmulas nºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

E a questão do pagamento ter sido ou não efetuado por erro remete ao conjunto probatório emergente dos autos, incidindo na hipótese, para obstar o seguimento, a Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

De outro lado, a alegação de violação à portaria não enseja apelo especial, sendo exigível infringência à lei federal.

No entanto, com relação à prescrição o recurso comporta seguimento” (fls. 612/614).

Deferido o processamento do recurso, com as restrições acima apontadas, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): De início, a decisão que admitiu o recurso especial apenas sob o enfoque da alegada vulneração ao Decreto-Lei 4.597/42 e ao Decreto 20.910/32 é de ser mantida.

Efetivamente, os dispositivos inscritos nos artigos 6º do Código Civil,

150 do Código de Águas e 126 do Decreto 41.019/57 não foram debatidos na instância ordinária, nem tampouco foram opostos embargos declaratórios, a inviabilizar o exame do apelo, em face da ausência do requisito do prequestionamento.

Por igual, a suposta contrariedade ao art. 965 do CPC, por implicar em apreciação do fato de ter sido efetuado o pagamento com erro, não comporta conhecimento, por incidente, na espécie, o óbice da Súmula 07 do STJ que veda o reexame do conjunto probatório da causa.

De outra parte, o recurso especial não se presta à interpretação de norma secundária, estabelecida em Portaria, impondo-se a demonstração de violação à legislação federal.

No tocante ao tema da prescrição quinquenal, o recurso merece conhecimento.

Cumpra observar que a questão já foi examinada por esta Turma, no julgamento do REsp nº 17.558-0-SP.

Naquele julgamento decidiu-se, *in verbis*:

“I — A prescrição de prazo curto, criada pelo Decreto nº 20.910/32, não beneficia empresa pública, sociedade de economia mista ou qualquer outra entidade estatal que explore atividade econômica (Súmula nº 39).

II — O Art. 173, § 1º da Constituição Federal submete ao Direito privado, não apenas a forma de organização e funcionamento

daquelas entidades, mas sua atividade empresarial. Esta, principalmente, não se pode afastar das normas civis, comerciais, tributárias e processuais aplicáveis às empresas privadas. Ao Estado não é lícito fazer concorrência desleal à iniciativa privada.

III — A remuneração pelo fornecimento de energia elétrica constitui preço público, não constituindo imposto, taxa ou contribuição.”

Reporto-me ao voto-vista que proferi naquele julgamento e que veio a ser acatado pela Turma:

“Petri S/A pleiteou, contra Eletropaulo — Eletricidade de São Paulo S/A, a repetição de quantia que afirma haver pago indevidamente. Tais quantias foram entregues à demandada, a título de pagamento pelo fornecimento de energia elétrica.

O acórdão recorrido — dando provimento ao agravo de instrumento interposto pela ré — declarou extinto o processo por entender haver-se operado prescrição quinquenal em favor da demandada.

Para tanto, entendeu aplicável à espécie, o Art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597, que assim dispõe:

“O Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos

paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos”.

O Decreto nº 20.910/32 estabeleceu a prescrição quinquenal das ações relativas a dívidas passivas do Estado. Seu texto é bastante conhecido.

O Art. 2º, acima transcrito, faz com que a prescrição brevíssima atinja o direito de cobrar, judicialmente, dívidas das “autarquias ou entidades e órgãos paraestatais”.

Para se beneficiar desta regalia, não basta o **status** de “autarquia ou entidade paraestatal”. É necessário o atendimento de outros requisitos, a saber:

1. ser criada por lei;
2. manter-se através de impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei.

O primeiro destes requisitos não está demonstrado nos autos. Não há qualquer notícia de que a Eletropaulo tenha sido gerada no Poder Legislativo Paulista.

Nos termos do CPC (Art. 337), “parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

Quanto ao segundo, o próprio Acórdão recorrido admite que se

trata da “restituição de um preço público”.

Ainda que se admita que a demandada Eletropaulo seja uma “entidade paraestatal criada por lei” é de se convir que o segundo requisito de incidência da prescrição de curto prazo não se verifica.

Com efeito, a lei somente outorga o benefício àquelas entidades que se mantenham através de impostos, taxas ou contribuições, exigidas em virtude de lei.

Para melhor argumentar, recapitulemos os conceitos destes três instrumentos de manutenção:

Imposto: “é o tributo cuja obrigação tem como fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte” (CTN — Art. 16);

Taxa: é o tributo devido “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (CTN — Art. 145, II);

Contribuição: O Direito brasileiro admite três espécies de “contribuições exigidas em virtude de lei”, a saber: a) de melhoria, decorrente de obras públicas (CF — Art. 145, III); b) contribuições sociais de intervenção no domínio econômico ou de interesse de categorias

profissionais ou econômicas (CF — Art. 149); c) contribuições para custeio dos sistemas de previdência e assistência social dos servidores públicos (CF — Art. 149, parágrafo único).

Estas espécies mantêm duas características em comum: a) a circunstância de serem criadas e de terem os respectivos valores fixados por lei; b) a obrigatoriedade dos respectivos pagamentos.

O fornecimento de energia elétrica é, sem dúvida, um serviço público, específico e divisível.

No entanto, o valor de seu pagamento não é fixado em lei. Embora o Estado mantenha tal valor sob controle (por conveniência de natureza econômica), sua liberação é juridicamente possível.

De outro lado, mesmo no regime de intervenção estatal, o preço da energia elétrica pode ser aumentado ou diminuído, mediante simples portaria do Departamento competente para o fazer.

Existe outra particularidade, que afasta da taxa a contraprestação pelo fornecimento de eletricidade: o consumo de energia é voluntário; ninguém é obrigado, sequer, a conectar sua residência ou indústria à rede pública.

Ao contrário do que ocorre com a taxa, a circunstância de o serviço de eletricidade estar à disposição do consumidor não constitui fato gerador do pagamento.

É que o fornecimento de eletricidade assim como o ensino e o transporte de passageiros gera preço público.

Merece transcrição o **primoroso ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coelho:**

“(…) Ao jurista cujo objeto primordial é o direito posto, cabe distinguir a taxa do preço exatamente *pelo regime jurídico de cada qual*. O preço é contratualmente acordado. A taxa é unilateralmente imposta pela Lei. O primeiro parte da autonomia da vontade. A segunda é heterônoma. O contrato de prestação de serviço público mediante a contraprestação em pecúnia, pode ser rescindido e só o fornecimento efetivo dá lugar ao pagamento. A prestação de serviços públicos, pelo pagamento de taxas inadmitte rescisão e a só disponibilidade do serviço, quando legalmente compulsória a sua utilização, se específico e divisível, autoriza a tributação. Os regimes são diversos. O nome pouco importa na espécie e tampouco as parvoíces extrajurídicas. Certa feita Aliomar Baleeiro, quando Ministro da Suprema Corte averbou, com felicidade, que “preço compulsório” é taxa e “taxa facultativa” é preço. Como sempre, importa surpreender a **assentialia** dos institutos e não o que é acidental, o que se não admite é a mescla. Algumas concessionárias

do serviço de fornecimento de água querem as vantagens dos dois regimes sem as respectivas desvantagens” (Comentários à Constituição de 1988 — Forense — 3ª Ed. — 1991 — pág. 53).

Como se percebe, a Eletropaulo se mantém com preços públicos, não com qualquer dos tributos ou contribuições para-fiscais referidos no Art. 2º da Lei nº 4.597/42.

Esta Corte, em acórdão que serve de referência à Súmula nº 39, já apreciou o tema da prescrição brevíssima em favor de empresa estatal. Isto ocorreu no julgamento do REsp nº 1.604, pela 4ª Turma, que assim decidiu:

“Prescrição vintenária, e não quinquenal, por não satisfazer a FEPASA, sociedade de economia mista, aos pressupostos estabelecidos no art. 2º do D-Lei 4.597/42, pois sua fonte básica de receitas são as tarifas, portanto preço público, e não impostos, taxas ou contribuições exigíveis por lei.”

A questão, nesta Corte, foi pacificada na Súmula nº 39, assim expressa:

“Prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista.”

A Eletropaulo não é beneficiária da prescrição quinquenal.

Nem o pode ser.

É que esta pessoa jurídica, ainda que seja empresa estatal (os autos não esclarecem), haverá de caber em um dos tipos viáveis destas entidades: empresa pública ou sociedade de economia mista.

Ora, em nosso Direito Constitucional, “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias” (CF, Art. 173, § 1º).

Na excelente monografia “Administração Indireta Brasileira”, **José Cretella Júnior** comenta o preceito constitucional, referindo-se ao “empresário público”, de quem diz:

“Como pessoa jurídica pública que ingressa numa sociedade mercantil, o Estado não se coloca nem acima nem abaixo do direito, nem fora do direito, mas se submete às próprias regras que editou (“suporta a lei que fizeste”), tradução do princípio da legalidade, e no caso, às leis do direito público e às leis do direito privado” (Ed. Forense — 198 — pág. 339).

José Afonso da Silva, em seu precioso “Curso de Direito Cons-

titucional Positivo” (Ed. RT, 4ª Ed., pág. 519) invoca Hely Lopes Meirelles, para afirmar:

“o que a Constituição submete às normas do direito privado, não é, portanto, a instituição e a organização da empresa ou sociedade; é a sua atividade empresarial. Esta, sim, não pode afastar-se das normas civis, comerciais e tributárias *pertinentes, para que não se faça concorrência desleal à iniciativa privada*”.

Não se deve esquecer que o § 1º, quase incidindo em redundância, adverte que a empresa pública e a sociedade de economia mista sujeitam-se “ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

O *busílis* encontra-se na palavra “inclusive”.

Inclusive, significa: “de modo inclusivo; com inclusão; até, até mesmo” (Novo Dicionário Aurélio — 1ª Ed., pág. 758).

Pode-se, assim, dizer que as sociedades de economia mista devem observar, por inteiro, o regime a que estão submetidas as empresas privadas.

Inda que existisse preceito infraconstitucional dizendo o contrário, ele seria ineficaz.

É que, no Estado de Direito, o ordenamento jurídico parte da Constituição. Assim, qualquer

norma que fuja aos ditames da Constituição é ineficaz.

Se a norma contrária à Constituição é anterior à vigência desta, ela desaparece, por efeito de revogação.

Não cabe, no Estado de Direito em que nos encontramos, interpretação no sentido de enxergar nas empresas estatais, entidades anfíbias, capazes de viver, tanto na seara do direito público, quanto nos limites do direito privado.

É a velha questão hamletiana: ser ou não ser.

Ou a entidade é sociedade de economia mista e se subordina ao direito privado, ou não o é.

A segurança do Estado de Direito é avessa ao hibridismo.

Quando o Estado cria uma sociedade de economia mista (ou empresa pública), ele o faz, no propósito de a lançar no livre jogo do Direito privado, após avaliar as vantagens e desvantagens que isto representa.

Não quisesse enfrentar tais agruras, o Estado teria criado uma autarquia.

Pelo Art. 20 do Código Civil, as pessoas jurídicas se diferenciam de forma absoluta de seus sócios.

O Art. 173 da Constituição, em seu § 1º, diz:

“A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras

entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

Favorecer empresa pública, dando-lhe acesso à prescrição quinquenal é subtraí-la ao regime do direito privado, em desrespeito ao Art. 173, § 1º, da Constituição Federal.

Por isto, *data venia*, dou provimento ao recurso para, homenageando a Constituição e a Súmula nº 39 desta Corte, reformar o acórdão recorrido e negar provimento ao agravo.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.601-2 — SP — (93.0025171-6) — Relator: O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Recte.: Eletricidade de São Paulo S/A — Eletropaulo. Advogado: Elasio Alberto de Oliveira Rondon. Recda.: Companhia Cervejaria Brahma. Advogados: Ricardo Gomes Lourenço e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 02.05.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.086-9 — ES

(Registro nº 93.0026563-6)

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

Recorrente: *Caixa Econômica Federal-CEF*

Advogados: *Drs. Paulo Roberto Costa Bhering e outros*

Recorridos: *José Carlos Pereira Bermudes e cônjuge*

Advogados: *Drs. Helcias de Almeida Castro e outro*

EMENTA: *Sistema financeiro de habitação. Plano de equivalência salarial. Aplicação.*

I — É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de admitir, em casos como o presente, a aplicação do Plano de Equivalência Salarial para o reajustamento da prestação da casa própria. Precedentes do STJ.

II — Ofensa ao art. 7º do Decreto-Lei nº 2.291, de 21.11.86, ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 19, de 30.08.66, e ao art. 1º da Lei nº 6.423, de 17.06.77, não caracterizada.

III — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso.

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

Impedido o Sr. Ministro Américo Luz.

Brasília, 24 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal — CEF, com fundamento no art. 105, III, letras **a** e **c** da Constituição Federal, contra o v. acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, assim ementado (fls. 120):

“Mútuo hipotecário — SFH — Plano de equivalência salarial — Legitimidade passiva ad causam — CEF — Reajustamento das prestações — Remuneração dos mutuários.

I — A CEF é parte legítima para figurar no pólo passivo de

causa relativa ao Sistema Financeiro da Habitação (art. 5º do Decreto-Lei nº 2.291/86).

II — O objetivo maior da Lei que criou e instituiu o Plano Nacional de Habitação, de nº 4.380/64, foi o da manutenção do equilíbrio contratual entre a renda do mutuário e o valor da prestação.

III — Apesar de o E. Supremo Tribunal Federal ter estabelecido que não mais prevaleciam as normas dos parágrafos do art. 5º da Lei nº 4.380/64, incompatíveis com o Decreto-Lei nº 19/66, o BNH, responsável pelos critérios de correção das prestações, sempre propiciou, em determinados casos, a relação salário/prestação.

IV — O Plano de Equivalência Salarial — PES, criado pelo BNH, traz ínsita a idéia de proporção entre a variação da prestação e o salário do mutuário.

V — Contrato de adesão que deve ser interpretado, no caso de dúvidas, em favor dos aderentes.

VI — Entendimento jurisprudencial dominante.

VII — Apelação desprovida”.

Sustenta a recorrente que o aresto recorrido, além de negar vigência ao art. 7º do Decreto-Lei nº 2.291/86, ao art. 1º do Decreto-Lei nº 19/66, ao art. 1º da Lei nº 6.423/77, deu interpretação divergente de outros Tribunais ao Decreto-Lei nº 2.291/86 e da fixada pelo STF ao art. 5º e parágrafos da Lei nº 4.380/64, além de dissídio jurisprudencial.

Sem contra-razões (fls. 120v.), o recurso, cujo processamento foi inadmitido (fls. 122-123), em despacho posteriormente reconsiderado (fls. 127-128), subiu a esta Corte, onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Este é o voto-condutor do acórdão recorrido, na lavra do seu ilustre Relator, Dr. Valmir Peçanha (fls. 93-99):

“Estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso.

A apelante sustenta, em preliminar, a sua ilegitimidade para integrar o pólo passivo, eis que, ao suceder o extinto BNH, não lhe foi transmitida a atribuição de representá-lo como órgão normativo do Sistema Financeiro de Habitação.

Malgrado invoque o art. 7º do Decreto-Lei 2.291/86, que delega ao Conselho Monetário Nacional o exercício de atribuições inerentes àquele extinto órgão, quando atuar como instituição central daquele sistema habitacional, o art. 5º do mencionado diploma legal, rechaça qualquer tentativa de evasão da Apelante, ao estabelecer que:

“Art. 5º Nas relações processuais já instauradas, em que o

BNH seja parte, assistente ou oponente, ficam suspensos os prazos nos respectivos processos, até que a CEF venha a ser intimada por mandado, de ofício pelo Juiz, ou a requerimento das partes, ou do Ministério Público.”

Note-se que a previsão para processos em curso, distante de limitar a abrangência do artigo transcrito, estende aos mesmos a responsabilidade da Apelante em acompanhar os atos judiciais do BNH.

Assim sendo, rejeito a preliminar suscitada. Passo, a seguir, ao mérito da questão.

A Lei 4.380/64 estabeleceu, em seu art. 5º, ao prever a possibilidade de haver reajustamentos das prestações mensais de amortização e juros, que estes teriam como base o Índice geral de preços apurados pelo Conselho Nacional de Economia (§ 1º). Previu, também, que fosse resguardada a relação original entre o valor da prestação e do salário mínimo (§§ 4º e 5º). Dispôs, ainda, que, em casos de servidores públicos ou autárquicos, se tomasse como base a vigência da lei que lhes alterasse os vencimentos (§ 9º).

Feita esta primeira colocação, é oportuno, desde logo, observar que, conforme percutientemente sinalado pelo Ministro Pedro Acioli, em voto proferido quando do julgamento da AMS nº 104.763-SP:

“O objetivo maior da lei que criou e instituiu o Plano Nacional da Habitação foi o da *manutenção do equilíbrio contratual* entre a *renda do mutuário* e o *valor da prestação*”

O Decreto-Lei nº 19/66 tornou obrigatória a correção monetária nas operações do Sistema Financeiro da Habitação, admitindo que tivesse como base a variação do salário mínimo, se estivesse em questão imóvel residencial cujo valor fosse inferior ao de setenta e cinco salários mínimos e delegou atribuições ao Banco Nacional de Habitação para regulamentar a aplicação das referidas correções.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, apreciando a representação para interpretação da lei em tese, oferecida pelo Procurador-Geral da República estabeleceu que “não mais prevalecem, a partir do Decreto-Lei nº 19/66, e com relação ao SFH, as normas dos parágrafos do art. 5º da Lei nº 4.380/64, com ele incompatíveis”.

Sabendo-se que o mencionado Decreto-Lei delegou ao Banco Nacional de Habitação competência para regulamentar a *correção das prestações mensais* dos imóveis residenciais, cumpre verificar se as normas, por ele editadas, impossibilitaram a adoção do critério de correção previsto nos parágrafos do art. 5º da Lei 4.380/64.

A Instrução nº 5/66, do Conselho de Administração do BNH, estabeleceu dois planos de reajusta-

mento das prestações. O primeiro, plano A, vinculava os reajustes aos índices de variação do salário mínimo e não poderia ser adotado para imóveis residenciais que superassem o valor correspondente a 75 salários mínimos. O segundo, plano B, adotava como no índice de reajuste a variação nominal das ORTNs. Seguiu-se, portanto, os ditames do mencionado Decreto-Lei nº 19/66.

A RC nº 25/67 aumentou para quinhentos salários mínimos o valor previsto no plano A e criou o plano C, que tinha, também, como fator de reajustamento a variação do salário mínimo. Posteriormente os planos A e C foram substituídos pelo Plano de Equivalência Salarial, criado pela RC nº 36/69, que determinou, também, que o plano B passasse a denominar Plano de Correção Monetária.

Tendo em vista que o valor do salário mínimo aumentava em proporção superior à variação das ORTNs, foi editada a RC 12/73, que dizia que o fator de reajustamento, além de não ultrapassar o do salário mínimo, não seria maior do que a das ORTNs. Isto leva a crer que a intenção era de se beneficiar o contratante sob o regime de Equivalência Salarial.

Em abril de 1977 houve nova alteração no regime de reajustamento das prestações, através da edição da RC 01/77, mantendo-se, no entanto, os Planos de Equiva-

lência Salarial e de Correção Monetária. Tal instrumento normativo determinou, como fator de reajuste, para ambos os casos, a variação dos valores das UPCs, distinguindo-os apenas, quanto à periodicidade e época em que se procederia à atualização dos valores das prestações.

Este regime reinou soberano até outubro de 83, quando foi editado o Decreto-Lei 2.065/83, que permitiu, em seu art. 23, a opção pelo reajuste com base nas UPCs ou no salário mínimo. Somente no ano seguinte, em 1984, foi criado um plano de verdadeira equivalência salarial, através do Decreto-Lei nº 2.164/84, tendo em vista que vinculava o valor da prestação à alteração do salário da categoria profissional do mutuário. E mais, o § 1º do art. 10 do Decreto-Lei nº 2.284/86, veio a estatuir que “em nenhuma hipótese a prestação do Sistema Financeiro da Habitação será superior à equivalência salarial da categoria profissional do mutuário”.

De todo o exposto, chega-se à conclusão de que as normas acima não incompatibilizaram a idéia original de proporção entre prestação e salário, já preconizada pelo art. 5º da Lei 4.380/64, uma vez que, mesmo quando se pretendeu desvincular do salário o reajuste das prestações da casa própria — através da aludida RC 01/77 —, manteve-se o nome de Plano de Equivalência Salarial, remanescendo, portanto, embuti-

da a idéia de reajuste proporcional ao salário do contratante.

Para melhor mensuração da amplitude da adoção deste título sobre os contratos firmados, adoto entendimento esposado pelo digno colega Dr. Arnaldo Lima, no julgamento da Apelação Cível nº 89.02.00638-7, adiante transcrito:

“Os contratos celebrados entre mutuários e mutuantes, são por *adesão*. Assim sendo, na esteira de antiga e constante doutrina, a qual se reflete na Jurisprudência, as cláusulas que geram dúvidas devem ser interpretadas em favor dos *aderentes*. Di-lo, dentre outros, o Mestre **Washington de Barros Monteiro**:

“Tenha-se em vista que nos contratos de adesão, as cláusulas duvidosas, sempre se interpretam em favor dos aderentes”. (Direito das Obrigações — 2ª parte — 5º Vol., Saraiva, p. 33).

Demais disso, é princípio nuclear, inerente à perquirição do alcance que as partes pretenderam, ao se vincularem, obrigacionalmente, que:

“Nas declarações de vontade atender-se-á mais a sua intenção que ao sentido literal de linguagem” — art. 85, CC.

A leitura dos contratos, máxime no alusivo aos reajustes, deixa entrever, claramente, que os Mutuários-Apelados, estavam convictos de que a elevação de suas prestações seria no mesmo índice de correção dos seus vencimentos ou remunerações, tendo em vista a adoção do “Plano de Equivalência Salarial”. A equivalência — parece mais do que lógico —, só poderia ter sentido se se tomasse como paradigma o próprio salário do mutuário. Este raciocínio, aliás, mais se robustece, ainda com a devida *venia*, quando se sabe que o agente financeiro, para fazer o financiamento, exige que o pretendente comprove a sua renda e que o comprometimento da mesma não supere, como regra, a 30%. Há portanto, desde o primeiro momento, uma preocupação mais do que legítima, no sentido de se vincular o financiamento ao que ganha o mutuário. Tal adequação financeira do contrato, todavia, ficará totalmente superada se se exigir correção da prestação em percentual que supere o reajuste do salário ou vencimento. Ficaria inócua aquela preocupação inicial, se assim fosse e, fatalmente, como tem ocorrido em um sem número de casos, conduziria o mutuário à insolvência, não por culpa sua mas em virtude de uma indevida execu-

ção do contrato, por parte dos agentes financeiros. A Justiça, evidentemente, não poderia condescender com isto, daí a razão pela qual tem dado ganho de causa a inúmeros mutuários.”

Ressalte-se, por fim, que recentemente, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, apreciando o Recurso Especial nº 3.637-BH, se manifestou em harmonia com o todo acima esposado, resumido nos termos da seguinte ementa:

“Imóvel — Mutuário — Reajuste das prestações — Salário mínimo — Divergência jurisprudencial.

O v. acórdão recorrido ao confirmar a sentença que determinou o reajustamento das prestações da casa própria segundo a variação do salário mínimo divergiu da decisão do E. STF na Representação nº 1.288-3/DF.

O limite de reajustamento das prestações da casa própria permaneceu após a vigência do art. 1º do Decreto-Lei nº 19/66, não é o da variação do salário mínimo, mas o da equivalência salarial.

Recursos parcialmente providos.” (Publicado no DJ de 01/10/90, Seção I, pág. 10.434)

Assim sendo, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.”

O transcrito julgado está em harmonia com a orientação das 1ª e 2ª Turmas desta Corte, no sentido de que o critério de reajuste das prestações da casa própria pela variação do salário mínimo ou pelos percentuais de variação dos salários ou vencimentos ajusta-se à legislação em vigor e não contraria interpretação do Supremo Tribunal Federal, dada na Representação nº 1.283-3-DF (REsps nºs 100-PR; 139-PR; 148-RS; 159-RS; 178-RN; 180-RS; 263-PR; 330-PB; 462-SP; 714-RJ; 1.243-RJ; 1.568-DF; 1.633-MG; 1.782-PE).

Eis as ementas de alguns precedentes:

“Recurso Especial. Contratos de financiamento da casa própria, vinculados ao SFH, com cláusula de equivalência salarial. Reajustamento das prestações de amortização com base nos índices dos reajustamentos dos salários. Alegada violação do Decreto-Lei nº 19/66 e das Leis nºs 6.205/75, art. 1º; 6.423/77, art. 1º; nº 5.107/66, art. 13, e divergência com decisão do STF, na representação nº 1.288/3-DF.

Irrogações descabidas.

Conquanto o Decreto-Lei nº 19/66 houvesse revogado o art. 5º e parágrafos, da Lei nº 4.308/64 — conforme declarado pela Suprema Corte, no precedente indicado — o BNH, no exercício de atribuições que lhe foram outorgadas pelo novel diploma legal, e

diante da realidade dos fatos, manteve o critério de atualização das prestações contratuais da casa própria com base em índices de reajustamentos salariais.

Por outro lado, instituiu o Fundo de Compensação de Variações Salariais (RC 25/67) destinado a cobrir eventuais saldos devedores, com o que foi superado o óbice da utilização de recursos do FGTS com remuneração inferior à prevista por lei para os depósitos vinculados (art. 13 da Lei nº 5.107/66).

A substituição do salário mínimo pela ORTN, como fator de reajustamento, determinada pelas Leis nºs 6.205/75 e 6.423/77, além de insuscetível de modificar contratos perfeitos e acabados, não teve o propósito de agravar a situação dos mutuários, mas o de resguardá-la dos efeitos da política de valorização da mão-de-obra não especializada que se pôs em prática naquela conjuntura. Julgamento **ultra petita** não configurado, já que ao dar parcial provimento ao recurso do agente financeiro, além de não se afastar do tema da interpretação contratual, restringiu o acórdão o pedido deduzido pelos mutuários, sabido que era que os índices de reajustamento de salários foram significativamente inferiores aos da variação do salário mínimo, no período questionado.

Recursos não conhecidos.” (REsp nº 3.285-AM, Rel. Min. Ilmar Galvão, Julg. 15.08.90, DJ 19.11.90).

“Sistema Financeiro de Habitação. Plano de Equivalência Salarial.

I — É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de admitir, em casos como o presente, a aplicação do Plano de Equivalência Salarial para o reajustamento da prestação da casa própria.

II — Recurso especial provido.” (REsp nº 13.593-MG, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Julg. 26.02.92, DJ 23.03.92).

“Administrativo. Sistema financeiro da habitação. Prestação da casa própria. Critério de reajuste. Índice de correção dos salários. Plano de equivalência salarial. Precedentes.

— Com a instituição do Sistema Financeiro da Habitação pela Lei nº 4.380/64, foi adotado o princípio de que a prestação da casa própria deve ser reajustada por índices equivalentes aos adotados para a correção dos salários dos mutuários.

— Tal critério, imprescindível à manutenção do equilíbrio econômico do contrato e previsto expressamente em sucessivas resoluções do Banco Nacional de Habitação e no Decreto-Lei nº 2.283/86, não foi afastado pela legislação superveniente — DL nº 19/66, Lei nº 5.107/66, Lei nº 6.205/75 e Lei nº 6.423/77.

— Este Tribunal tem consagrado o pensamento de que a tese

adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Representação nº 1.288-DF não afasta a equivalência dos índices de correção da prestação da casa própria com os percentuais de reajuste dos salários dos mutuários.

— Recurso especial desprovido.” (REsp nº 16.490-0-MG, Rel. Min. Cesar Rocha, Julg. 19.10.92, DJ 07.12.92).

“Recurso especial. Mutuários do sistema financeiro da habitação. Contratos de financiamento da casa própria. Reajustamento das prestações. Adoção do plano de equivalência salarial. Precedentes do tribunal.

— Consoante interpretação emprestada à legislação pertinente, os contratos destinados à aquisição da moradia própria, através do Sistema Financeiro da Habitação, devem seguir o plano de equivalência salarial, reajustando-se as prestações no mesmo percentual e periodicidade do aumento de salário da categoria profissional do mutuário.

— Recurso especial conhecido e provido pelo fundamento da letra c.” (REsp nº 29.028-8-RS, Rel. Min. José de Jesus Filho, Julg. 02.12.92, DJ 08.02.93).

Não há, pois, identificar ofensa aos tratos legais colacionados, nem o alegado dissídio pretoriano.

Isto posto e à vista da súmula nº 83 desta Corte, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.086-9 — ES — (93.0026563-6) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Advogados: Paulo Roberto Costa Bhering e outros. Recdos.: José Carlos Pereira Bermudes e cônjuge. Advogados: Helcias de Almeida Castro e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 24.11.93 — 2ª Turma).

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

Impedido o Sr. Ministro Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.306-0 — SP (Registro nº 93.0027221-7)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Ferrovia Paulista S.A — FEPASA*

Advogados: *Drs. Nádia Bacha Scarati Feijó e outros*

Recorridos: *Francisco dos Santos e outros*

Advogada: *Dra. Sônia Aparecida de Lima Santiago*

EMENTA: *Administrativo e Processual Civil. Ferrovia estadual (sociedade de economia mista). Prazo privilegiado para prescrição: inexistência. Interpretação sistemática do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42. Súmula do Supremo Tribunal Federal: impossibilidade de ser invocada com base na alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, uma vez que não se enquadra como “Lei”. Recurso especial não conhecido por ambas as alíneas.*

I — *A Ferrovia Paulista S.A. interpôs recurso especial, invocando prescrição quinquenal do fundo de direito de alguns dos recorridos (Decreto-Lei nº 4.597/42, art. 2º).*

II — *Numa interpretação sistemática, não se tem como privilegiar a recorrente, uma sociedade de economia mista estadual, com as benesses do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42, feito por influência do direito fascista italiano, onde impreciso já era o conceito de ente parastatale.*

III — *Súmula do STF, por não ser “lei”, não tem como embasar recurso especial com fulcro na alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição.*

IV — *Recurso especial não conhecido por ambas as alíneas do autorizativo constitucional.*

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Cuida-se de recurso especial interposto pela *Ferrovias Paulista S.A. — FEPASA*, com fundamento no art. 105, III, alíneas a e c, da CF contra acórdão proferido pelo TJSP nos autos da ação de complementação de proventos ajuizada por Francisco dos Santos e outros.

2. O TJSP (Décima Sétima Câmara Civil), reformulando parcialmente a sentença que acolhera **in totum** o pedido, reconheceu a prescrição quinquenal das parcelas vencidas, mês a mês, anteriores ao ajuizamento da ação.

3. A recorrente especial aponta violação aos artigos 1º do Decreto nº 20.910/32 e 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42, além de divergência com o Verbete 443 do STF e dissenso pretoriano. Sustenta que os recorridos *Francisco dos Santos, Ary Machioni, Paulo da Fonseca, Reinaldo Santana e Luiz Eugênio Palma Perera* somente ajuizaram a ação após cinco anos de suas aposentadorias, ou seja, quando decorrido o prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32 c/c art. 2º do Decreto nº 4.597/42. Desse modo, conforme entendimento jurisprudencial do STF, a prescrição do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 atinge o próprio direito e não só as prestações.

4. Contra-razões (fls. 370/374). Aduzem os recorridos que a prescrição do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 não afeta o núcleo do benefício, mas, tão-somente, as parcelas de tratos sucessivos anteriores ao quinquênio prescricional.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Senhor Presidente, como acabamos de ouvir do relatório, a Ferrovias Paulista S.A., a recorrente especial, insiste na reforma do acórdão do eg. Tribunal de Justiça de S. Paulo, alegando dissenso jurisprudencial e contrariedade à lei infraconstitucional (Decreto nº 20.910/32, art. 1º, e do Decreto-Lei nº 4.597/42, art. 2º).

No tocante à alínea a do autorizativo constitucional, a recorrente me parece sem razão. Em primeiro lugar, “súmula”, ainda que do STF (nº 443), não se encasa como “lei federal” (CF, art. 105, III, a). Logo, não enseja recurso especial.

Quanto ao art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42, é mister ligeira explicação. Diz ele:

“O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos”.

Senhor Presidente, estamos diante de um texto criado há mais de meio século, quando confuso era o conceito de *ente parastatale* na própria Itália fascista, de onde foi importado o **nomen juris**. Como esclarece **Cino Vitta** em seu clássico “Diritto Administrativo”, 1º vol., p. 141, editado pela Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949, o primeiro diploma legal tedesco a usar o termo foi o Decreto-Lei nº 1.822/24, em seu art. 2º. Procurou-se *tertium genus* “*accanto alle persone giuridiche private ed a quelle pubbliche*” (No mesmo sentido o verbete *Enti Parastatali* do “*Nuovo Digesto Italiano*”, p. 431, também editado pela Unione Tipografico-Editrice Tri-

nese, 1938). Depois, o Decreto-Lei nº 870/26 já procurou dar outra conotação aos **enti parastatali**.

Francesco A’Alessio em suas “*Instituzioni di Diritto Amministrativo*”, já conceituava os **enti parastatali** como pessoa jurídica de direito público:

“*Così gli enti parastatali sono sempre persone giuridiche. Qualche volta si confondono con essi delle persone giuridiche private (ex.: società commerciali) equivocando per il fatto che lo Stato abbia in esse una qualunque ingerenza, o nella costituzione del capitale sociale, o nella costituzione degli organi sindacali, o nella vigilanza sui servizi pubblici da esse gestiti, in forza di concessione*” (1º vol., p. 392, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1943).

No Brasil nunca se chegou a um denominador comum quanto às entidades paraestatais. Autor há, como **Cotrim Neto**, que sugere mesmo que se “expunja da sistemática do direito administrativo a expressão entidade paraestatal” (RDA 83/43).

Um exame mais detido do nosso texto de 1942, numa interpretação sistemática, mostra que hoje não se tem como englobar a recorrente como prescribente privilegiada. Percebe-se — passados os anos — que o legislador quis dar privilégio a entidade de direito público, nunca à entidade privada, como no caso da recorrente, uma mera “sociedade de economia mista”.

Pela alínea c do permissivo constitucional, também não conheço. As ementas apresentadas como parâmetros se referem a entidades da administração direta (Decreto nº 20.910/32).

Com tais observações, não conheço do especial por ambas as alíneas.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.306-0 — SP — (93.0027221-7) — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Maciel. Recte.: Ferrovia Paulista S/A — FEPASA. Ad-

vogados: Nadia Bacha Scarati Feijo e outros. Recdos.: Francisco dos Santos e outros. Advogada: Sônia Aparecida de Lima Santiago.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 22.03.94 — 6ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIAIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.357-4 — SP

(Registro nº 93.0027555-0)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Moisés Júlio Gonçalves*

Advogados: *Dr. Jefferson Sidney Jordão e outro*

Récorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

EMENTA: *Penal e processual. Tóxico. Fato acontecido antes do advento da Lei de Crimes Hediondos. Pequena quantia cedida gratuitamente a menores. Sentença que capitulou o crime no art. 16 da Lei nº 6.368/76. Apelação provida para enquadrar o réu no art. 12. Impossibilidade de exame da questão principal via recurso especial por implicar reexame de fatos. Recurso especial provido tão somente para alterar o regime prisional para semi-aberto.*

I — O recorrente especial foi condenado pelo juiz singular a seis meses de reclusão (art. 16 da Lei nº 6.368/76). Insatisfeito, o Ministério Público apelou. O tribunal deu provimento à apelação, con-

denando o réu a quatro anos de reclusão (art. 12). O condenado, por seu turno, interpôs recurso especial pelo autorizativo da alínea a (arts. 16 e 37 da LT e arts. 83, § 2º, c, e 59 do CP).

II — A questão principal foi ventilada no acórdão da apelação. Logo, não se pode falar em “falta de prequestionamento”. No tocante ao regime prisional (fechado), a única oportunidade que teve a defesa de agité-la foi nos embargos declaratórios.

III — A questão principal (aplicação do art. 16 e não do art. 12) não tem como ser dirimida via especial. Implicaria reexame de provas. Quanto ao regime prisional, caberia ao tribunal, quando da fixação da pena no mínimo legal, dizer por que o regime prisional era o fechado, já que o fato se deu antes do advento da Lei de Crimes Hediondos.

IV — Recurso especial conhecido só para fixar o regime prisional inicial como sendo o semi-aberto.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, tão-somente para fixar o regime semi-aberto, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Pedro Acioli. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 21 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Moisés Júlio Gonçalves interpõe recurso especial com arrimo no art. 105, III, a, da CF, contra acórdão proferido pelo TJSP.

2. O recorrente foi denunciado como incurso no art. 12 c/c art. 18 da Lei de Tóxicos. Em primeira instância, foi condenado à pena de 6 meses de detenção e a 20 dias-multa (art. 16).

3. O Ministério Público local apelou e obteve a condenação conforme constante da denúncia. A pena, assim, ficou em 4 anos de reclusão e 66 dias-multa, em regime inicial fechado.

4. Interpostos embargos declaratórios, restaram desprovidos.

5. Sobreveio, então, o presente recurso especial por afronta aos artigos 16 e 37 da Lei nº 6.368/76 e

artigos 33, § 2º, c, e 59 do Código Penal. O recorrente sustenta que o acórdão recorrido aplica ao fato provado na ação penal dispositivo legal totalmente inaplicável (o art. 12 da Lei nº 6.368/76). A quantidade de droga apreendida era mínima (140 miligramas). Assim, demonstra-se que a esporádica e eventual cessão de ínfima porção de substância tóxica não se equipara ao fornecimento, ainda que gratuito, referido no art. 12 da Lei de Tóxicos. Também feridos restaram os arts. 33, § 2º, c, c/c o art. 59 do CP, porquanto, sem nenhuma fundamentação legal, fixou-se o regime inicial fechado, quando deveria ser o aberto.

6. Contra-razões, fls. 289/292.

7. O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso. Aduziu que os artigos 16 e 37 da Lei nº 6.368/76 não foram prequestionados (Verbetes nºs 282 e 356 de Súmulas do STF). No mais, a pretensão do recorrente é, tão-somente, reexaminar provas (Verbetes nº 7 de Súmula do STJ).

8. O recurso especial chegou a esta Corte por força de decisão proferida no Ag nº 37.463-9/SP.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): O especial, como acabamos de ouvir, se faz somente pela alínea a. O recorrente sustenta que o aresto atacado afrontou a

LT, arts. 16 e 37, bem como o CP, arts. 33, § 2º, c, e 59.

Senhor Presidente, em que pesem às observações do Ministério Público, os arts. 12 e 16 da Lei nº 6.368/76 foram tratados no acórdão de apelação. Quanto ao regime prisional (fechado), ele só poderia, efetivamente, ser agitado em sede de embargos de declaração, pois só apareceu, pela primeira vez, no aresto recorrido.

Infelizmente não se tem como apreciar a questão principal em tema de recurso especial. O recorrente, na verdade, pretende o reexame de provas e não sua simples valoração. Mas, mesmo se assim não fosse, o aresto recorrido bem interpretou o art. 12 da LT, que fala em “fornecer ainda que gratuitamente” etc. Não interessa se a quantia era ou não pequena, se se destinava ou não ao comércio. O certo é que se justificou no acórdão a razão do enquadramento no art. 12. Assim, violado não restou o art. 37 da LT.

No tocante ao regime prisional inicial, tenho para mim que ele teria que ser o semi-aberto e não o fechado. O acórdão da apelação, data venia, não justificou o porquê do regime mais gravoso. Só o fez mais tarde, por ocasião dos embargos declaratórios. O fato se deu em 09/05/90. A Lei de Crimes Hediondos — Lei nº 8.072 — é de 25/07/90, posterior, pois, ao acontecido. O dispositivo de lei aplicado, então, só poderia ser o art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

Quanto a tratar-se de norma penal e não processual, pode-se asseverar que o regime inicial, fixado quando da condenação, é integrante da pena, fazendo parte de sua individualização. A propósito, leciona **Júlio Fabbrini Mirabete**:

“Por serem de direito penal, de caráter mais severo, os artigos 263 e 264 da Lei nº 8.069, de 13/7/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e os artigos 1º, 2º, parágrafos 1º, 5º, 6º, 8º, **caput**, e 9º da Lei nº 8.072, de 25/7/1990 (que dispõe sobre crimes hediondos e dá outras providências), não se aplicam aos delitos praticados antes de suas respectivas vigências.” (“Manual de D. Penal”, Atlas, 7ª ed., 1º vol., p. 61).

Com tais considerações, conheço do recurso especial tão-somente para alterar o regime prisional, que será, desde o início, o semi-aberto.

É meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.357-4 — SP — (93.0027555-0) — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Maciel. Recte.: Moisés Júlio Gonçalves. Advogados: Jefferson Sidney Jordão e outros. Recdo.: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso, tão-somente para fixar o regime semi-aberto (em 21.06.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Pedro Acioli. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.527-5 — SP (Registro nº 93.0028125-9)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Recorrente: *Instituto Nacional de Seguro Social — INSS*

Advogado: *Dr. Ary Durval Rapanelli*

Recorrida: *Josefa Eleuterio da Silva*

Advogados: *Drs. Maria Ivanete Vettorazzo e outro*

EMENTA: Previdenciário. Recurso especial. Aposentadoria por idade. Honorário de advogado. Prestações vincendas. Exclusão.

1. Em ação de concessão de benefício previdenciário, julgada procedente, não cabe incluir na condenação prestações vincendas, por isso necessário a exclusão das mesmas.

2. Precedentes.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Pedro Acioli e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo de licença médica, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 26 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: A rurícola Josefa Eleutério da Silva ajuizou ação sumaríssima contra o Instituto Nacional de Seguro Social — INSS, visando a sua aposentadoria por idade.

A sentença julgou procedente a ação e fixou a verba honorária em 10% sobre o valor total da condenação, acrescido de um (1) ano de prestações vincendas.

Ao apreciar a apelação interposta pela entidade autárquica, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por votação unânime, negou provimento ao recurso, mantendo a decisão monocrática.

Inconformada, a autarquia manejou recurso especial com espeque no

art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Carta Magna, alegando que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 20, § 3º, letras a e c, c/c o § 4º do Código de Processo Civil, pugnando pela redução dos honorários e exclusão das prestações vincendas.

Admitido o apelo pela letra a, do permissivo constitucional (fls. 60/61), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): O recurso versa sobre prestações vincendas e verba honorária. Quanto à irresignação tocante à primeira, estou em que assiste razão à recorrente pois, *in casu*, não se cogita de indenização por ato ilícito contra a pessoa e sim de reajuste de benefício previdenciário por isso que retiro da condenação as prestações vincendas. Quanto ao percentual de 10% (dez por cento), tenho que prevaleceu o critério equitativo previsto no § 4º do CPC. Ademais, o deslinde da questão suscita o comando da Súmula nº 07, desta Corte.

Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso para excluir do valor do cálculo tão-só as prestações vincendas.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.527-5 — SP — (93.0028125-9) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Anselmo Santiago. Recte.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogado: Ary Durval Rapanelli. Recda.: Josefa Eleuterio da Silva. Advogados: Maria Ivanete Vectorazzo e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso para excluir as prestações vincen-

das, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 26.04.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo de licença médica, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.890-8 — SP

(Registro nº 93.0029238-2)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Toninho Comércio de Escapamentos Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. José Luiz Matthes e outros, e Carla Pedroza de A. de Abreu Sampaio e outros*

EMENTA: *ICM — Base de cálculo — Serviço de instalação de rádio, amortecedores, escapamentos, etc. ... — Inclusão — Honorários — Embargos.*

A própria Constituição Federal determina que o ICMS incidirá “sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios”.

Os serviços prestados pela embargante não constam da lista anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, sendo legítima a exigência do ICMS.

Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento.

A verba honorária arbitrada na inicial da Execução Fiscal sobre o total da condenação não é adicionada à fixada pela sentença sobre o débito.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 06 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso especial interposto por Toninho Comércio de Escapamentos Ltda., com apoio nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão que entendeu devida a inclusão na base de cálculo do ICM dos serviços de instalação de rádio, amortecedores, escapamentos, etc., por ele prestados.

Alega o recorrente que o venerando aresto hostilizado violou os artigos 8º, parágrafo 2º do Decreto-Lei nº 406/68 e 20 do CPC, bem como divergiu de julgados que traz à colação.

Entende que a partir do Decreto-Lei nº 834/69, apenas o fornecimen-

to de mercadorias empregadas naquelas operações cujos serviços não estavam especificados na lista é que ficava sujeito à incidência do ICM.

Insurge-se, ainda contra o termo inicial da incidência da correção monetária sobre a verba honorária, aduzindo que tratando-se de obrigação de natureza processual o dever de pagar surge com a prolação da sentença.

Prosegue sustentando a impossibilidade de acumulação dos honorários de advogado de 10% arbitrados na execução com os 10% fixados na sentença que julgou improcedentes os embargos (fls. 190/197).

Oferecidas contra-razões (fls. 200/203), foi admitido o recurso (fls. 205/206), subindo os autos a este Colendo Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Aponta a recorrente, como violados, vários dispositivos legais, versando sobre questões devidamente prequestionadas e comprova a divergência nos moldes exigidos pelo artigo 26, parágrafo único da Lei nº 8.039/90 e artigo 255 do nosso regimento.

Conheço do recurso pelas letras **a** e **c**.

O recurso é admissível e merece provimento parcial.

A recorrente tem por objetivo a exploração do ramo de comércio de

acessórios para veículos e, também, o alinhamento de direção e balanceamento de rodas (docs. de fls. 151/157). Vende ela acessórios como rádios, amortecedores, escapamentos e os coloca nos carros. Sua atividade consiste na venda de mercadorias, com prestação de serviços, com preponderância da primeira (fls. 77 do laudo de fls. 72/77). Os serviços prestados por ela na instalação dos acessórios, no alinhamento da direção e balanceamento de rodas não constam da lista anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31.12.68. Ora, esta norma legal, no seu artigo 8º, parágrafos 1º e 2º, estabeleceu que o ISS tem como fato gerador a prestação de serviço constante da lista (**caput**). Estes serviços, quando incluídos na lista, ficam sujeitos apenas ao ISS, ainda quando sua prestação envolva fornecimento de mercadorias (§ 1º). Quando eles não forem especificados na lista e sua prestação importe no fornecimento de mercadorias, ficam eles sujeitos ao ICMS (§ 2º). No caso é a hipótese do § 2º, porque os serviços prestados pela recorrente, com a instalação dos acessórios, alinhamento de direção e balanceamento de rodas, não constam da lista e envolvem o fornecimento, a venda dos acessórios. A incidência é apenas do ICMS, inclusive sobre a parte de serviços. Pela Lei Estadual nº 440/74, artigo 1º, inciso III, com a alteração imprimida pelo artigo 1º da Lei nº 5.886, de 03 de novembro de 1987, o fato gerador do ICMS, passou a ser “o valor da operação de

que decorre a saída ou o fornecimento da mercadoria”. Com a recente Lei do Estado nº 6.374, de 1º de março de 1989, artigo 2º, item IV, **b** o fato gerador do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, quando no fornecimento de mercadorias, com prestação de serviços, estes ficam sujeitos à incidência do ICMS. Ocorre o fato gerador deste imposto no fornecimento de mercadorias com serviço. Sua base de cálculo é o valor total de operação, correspondendo às mercadorias e os serviços (Lei Estadual nº 6.374/89, art. 24). A própria Constituição Federal (art. 155, IX, **b**) determina que o ICMS incidirá “sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios”. Os serviços prestados pela embargante não estão incluídos na competência tributária dos Municípios, porque envolvem fornecimento de mercadorias, com preponderância da venda de mercadorias.

Com razão o venerando aresto hostilizado (fls. 185/187), ao acentuar que:

“Com efeito, a prova dos autos demonstra que a atividade do recorrente é tipicamente comercial, sendo que a inclusão de prestação de serviços deu-se após alteração contratual. Todavia, tal não modifica a questão, tanto que o assistente técnico do próprio apelante foi categórico ao afirmar que “A atividade de venda de

mercadorias é mais representativa da empresa sendo que existe lucro na conta de mercadorias, sobre o qual incidiu o ICM" (fls. 126). Dessa forma, não há falar-se em incidência do ISS, vez que os serviços prestados não estão na lista de competência tributária municipal, fato, aliás, como dito na r. sentença, incontroverso. O imposto devido é o ICM, hoje o ICMS. Tal se dá, eis que o art. 8º, § 2º, do DL 406/68 diz que a sujeição em tela se dá ao imposto estadual." (fls. 186/187)

Nesta parte não merece censura o venerando acórdão recorrido que, também agiu acertadamente ao determinar a incidência da correção monetária sobre os honorários de advogado arbitrados sobre o valor da causa. A questão já se encontra cristalizada na nossa Súmula nº 14, **verbis**:

"Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento."

A meu ver, merece reforma a parte do venerando aresto hostilizado que admitiu a acumulação dos honorários de 10% arbitrados na execução (fls. 02 dos autos em apenso), com os 10% fixados na sentença que julgou improcedentes os embargos (fls. 161). Esta condenação cumulativa não pode prevalecer porque o seu arbitramento, na execu-

ção, foi provisório e incidiu sobre o valor total da condenação. Somente nos embargos esta condenação se tornou definitiva e sucumbência só houve nos embargos. Esta Egrégia Turma no Recurso Especial 28.273-5-SP, julgado no dia 18.11.92, à unanimidade, entendeu que:

"A verba honorária arbitrada na inicial da Execução Fiscal sobre o total da condenação não é adicionada à fixada na sentença sobre o débito.

A fixação provisória é substituída pela sentença, posto haver uma só condenação e só uma sucumbência."

Por ocasião deste julgamento, salientei em meu voto condutor que:

"Ao despachar a Inicial da execução fiscal, o julgador monocrático arbitrou os honorários de advogado em 10% (dez por cento) sobre o total da condenação (desp. de fls. 02 dos autos em apenso) e na sentença proferida nos embargos à execução fixou estes honorários em 10% sobre o total do débito, "mantida a verba honorária estipulada do despacho inicial de processamento da execução" (fls. 20). O v. acórdão recorrido manteve a sentença (fls. 51/52).

Resta saber se prevalece ou não esta condenação cumulativa. A meu ver, no caso, ela não prevalece, porque o seu arbitramento em 10% (dez por cento) sobre o

valor total da condenação foi provisório e se houve embargos, a condenação somente ocorreu nestes e não pode haver, nos embargos, outra condenação em honorários de advogado, porque a condenação da devedora, na dívida, foi uma só e somente houve uma sucumbência.”

Dou parcial provimento ao recurso para determinar que os honorários de advogado sejam apenas os arbitrados nos embargos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.890-8 — SP —
(93.0029238-2) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Garcia Vieira. Recte.: Toninho Comércio de Escapamentos Ltda. Advogados: José Luiz Matthes e outro. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Carla Pedrosa de Andrade de Abreu Sampaio e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 06.12.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.058-9 — PE

(Registro nº 93.0029794-5)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Francisco Xavier de Araújo Neto*

Recorrido: *Banco Itaú S/A*

Advogados: *Drs. Antônio Fernando Monteiro e José Carlos Cavalcanti de Araújo*

EMENTA: *Correção monetária. Termo inicial de fluência. Dívida decorrente de ilícito. Lei 6.899/81. Interpretação em face da orientação jurisprudencial anterior. Enunciados nºs 562 da Súmula/STF e 43 da Súmula/STJ. Recurso provido.*

I — A disciplina da Lei 6.899/81, naquilo em que se mostra restritiva e retrógrada em cotejo com a orientação jurisprudencial fixada anteriormente à sua edição, deve ser interpretada com temperamento e lógica, de molde a evitar que dessa exegese advenha injusti-

ficado recuo do processo evolutivo de construção pretoriana ou, o que seria mais grave, que resulte em autorização legal ao enriquecimento sem causa.

II — Em se tratando de dívida decorrente de ato ilícito, qualificável como “de valor”, impõe-se tomar em consideração, para definir o termo inicial de fluência da correção monetária, não a norma do § 2º do art. 1º da Lei 6.899/81, inaplicável a tais situações, mas sim a orientação jurisprudencial que antes da edição desse diploma legislativo já havia sido definida pelo Supremo Tribunal Federal (enunciado nº 562 e precedentes), no sentido de que nesses casos a incidência se opera “a partir da data do efetivo prejuízo”, orientação hoje cristalizada no verbete nº 43 da Súmula desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Brasília, 24 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: O recorrente propôs, em 21.10.1980, ação de cobrança contra o Banco Itaú S/A objetivando reaver a quantia de Cr\$ 400.000,00 (quatrocentos mil cruzeiros), que te-

ria sido indevidamente debitada em sua conta corrente em 18.8.1980.

O Juiz, reconhecendo a irregularidade do procedimento levado a efeito pela instituição bancária, uma vez que não autorizada pelo autor a retirada do aludido numerário da conta de que era titular, julgou procedente o pedido para condenar a parte ré ao pagamento do principal reclamado acrescido de juros e correção monetária.

Inconformado, o banco interpôs apelação, deduzindo, entre outros argumentos, o seguinte:

“Por fim, não havia por que incidir correção monetária e juros, senão, no máximo, a partir da citação em 21.1.84 (fls. 12v.) termo em que, se não provido este recurso na totalidade, deve ser acolhida a sua fluência, a partir daquela data acolhendo-se em parte o apelo”.

Analisando a impugnação recursal, a eg. Segunda Câmara Cível do

Tribunal de Justiça de Pernambuco, por decisão majoritária, negou-lhe provimento, lançando acórdão assim ementado no que interessa:

“Mérito — Banco — retirada de dinheiro de conta corrente sem autorização do titular para transferência a conta de terceiro, noutra agência: devolução com juros e correção monetária a partir do lançamento”.

Oferecidos infringentes, foram acolhidos, também por maioria, na linha do voto condutor, assim fundamentado:

“Eu diria que também participo das restrições que a Egrégia Turma assim como a Colenda Segunda Câmara Cível têm em relação ao sistema financeiro, e diria que, se se tratasse de um julgamento moral talvez a Egrégia Turma tivesse realmente acobertada de razão. Mas, em se tratando de um julgamento jurídico, quer me parecer, com a devida vênia, que devemos dar provimento aos embargos.

Não se trata de dívida de valor. Se fosse a chamada dívida de valor não haveria a menor dúvida que a correção monetária contar-se-ia a partir da data do fato. Trata-se eminentemente de dívida em dinheiro que, por equívoco ou não, foi retirado de uma conta e depositado em outra.

De lege ferenda, eu diria que se deveria cobrar a correção monetária a partir do fato.

Sucedo que **habemus legem** e a lei é muito clara, é a Lei 6.899, de 8.4.81, que pelo seu art. 1º decreta que:

“Art. 1º A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

§ 1º Nas execuções de títulos ... a contar do respectivo vencimento. § 2º Nos demais casos, o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação”.

Não é da citação, é do ajuizamento da ação.

Então, **de lege ferenda** eu estou de pleno acordo nesses tipos de incidentes. Talvez a lei devesse dizer que a correção monetária contaria do fato. Mas nós temos a lei expressa e não podemos julgar **contra legem** e, se julgarmos, provavelmente teremos que rejulgar isso aqui logo mais adiante numa ação rescisória porque seria expressamente contra a disposição do § 2º do art. 1º da Lei 6.899.

Com essas considerações e com a devida vênia da Egrégia Turma, meu voto é no sentido de dar provimento aos embargos infringentes para que a correção monetária seja contada a partir da data do ajuizamento da ação”.

A ementa restou assim vazada:

“Ação de cobrança — correção monetária — termo **a quo**.

Na ação de cobrança de dívida em dinheiro a correção monetária incidirá a partir do ajuizamento nos termos do disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 6.899/81.

Embargos acolhidos por maioria de votos”.

Irresignado, o autor manifestou recurso especial, alegando violação dos arts. 168, CP, 962 e 1.544, CC, além de divergência com o enunciado nº 562 da súmula/STF. Sustenta não haver proposto “ação de cobrança de dívida em dinheiro”, ... “mas sim ação de cobrança de dinheiro que estava depositado em sua conta corrente e dali foi retirado sem o seu consentimento, “ato ilícito criminoso”.”

Contra-arrazoado foi o apelo inadmitido na origem, subindo os autos por força de agravo a que dei provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Quanto à alínea a, o especial, tal como sustentado em contra-razões, não merece ser conhecido, seja porque, no que diz com a invocada ofensa ao art. 168, CP, ausente o prequestionamento, seja porque os preceitos do Código Civil ditos afrontados pelo recorrente cuidam da incidência de juros moratórios, matéria estranha ao tema que se constituiu em objeto da decisão recorrida (termo inicial de fluência da correção monetária).

Diviso, contudo, a alegada divergência jurisprudencial com o enunciado nº 562 da súmula/STF.

Conquanto rotulado de ação de cobrança, os fatos e fundamentos deduzidos pelo autor na inicial, bem assim o teor do pedido formulado, conduzem à inequívoca compreensão do que em realidade se pretendeu (indenização consistente no pagamento do “principal” — valor reclamado (Cr\$ 400.000,00) — “acrescido dos juros moratórios, correção monetária, cominações legais e verba honorária”) e da **causa petendi** (haver o réu, sem autorização, debitado em conta corrente do autor a importância de Cr\$ 400.000,00).

Diante desses elementos, e observados os aforismos da **mihi factum dabo tibi ius** e **iura novit curia**, não resta dúvida sobre a real natureza desta causa — ação indenizatória em decorrência de ato ilícito. E, em se tratando de ação deste jaez, não se há de falar em dívida de dinheiro.

Houve, portanto, equívoca qualificação jurídica dos fatos pelo eg. Colegiado, certamente influenciado pelo **nomem iuris** conferido pelo autor à ação e pela circunstância de tratar-se de dano quantificável de plano, porque decorrente de subtração de quantia certa de dinheiro.

Isso, contudo, não desnatura ou transmuda a natureza da dívida de que se cuida, enquadrável como dívida de valor.

A propósito, o Sr. Ministro Nilson Naves, ao votar nos EAC 110.446,

julgados pelo extinto TFR (voto reproduzido em parte no acórdão prolatado quando do julgamento do REsp 14.930-PR, de que S. Exa. foi relator), embora destacando a cada vez maior irrelevância da distinção entre as dívidas de valor e de dinheiro, acabou por estabelecer de forma exemplificativa os casos em que se verificam uma e outra:

“Ora, cremos, tal distinção perdeu substância em regime de absoluta instabilidade da moeda, de flutuação permanente de seu valor, quando se despe, por completo, das características que a marcam — de padrão de valor, de instrumento de troca, meio de pagamento e liberação, de reserva de valor; — quando é o próprio Poder que a emite, que lhe reconhece, proclama e fixa a desvalorização; não há mais falar em dívida de valor e dívida de dinheiro, porque igualmente desfiguradas as prestações, quer de uma quer de outra. Tanto sofre quem tem a cobrar uma dívida de valor — alimentos, um braço perdido no emprego, reparação patrimonial por ato ilícito, ou o que seja — e que receberia o ressarcimento — o **quid** — desnaturado na moeda do pagamento, insuscetível de representar reparação; como o que empresta quantia em dinheiro — no momento, representativa de um poder de compra — um **quid**, da mesma forma — e que a vai receber, tempos depois, em **quantum** insuscetível

de significar senão parcela variável da quantia prestada, mas sempre menor em poder aquisitivo”.

Fica claro, portanto, que, na espécie, em se cuidando, em realidade, de “reparação patrimonial por ato ilícito” — e, diga-se, não importa se absoluto ou relativo — estamos diante de dívida de valor.

Fixado este entendimento, tem-se que, uma vez constatada a efetiva ocorrência do ilícito — no caso, a indevida retirada dos Cr\$ 400.000,00 da conta corrente — a reparação do dano causado cumpre seja plena, para o que cabível a “atualização de seu valor”, conforme proclamado pelo aludido verbete nº 562:

“Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios dos índices de correção monetária”.

Essa atualização, por óbvio, deve ser procedida a partir do efetivo prejuízo, sem o que não se alcançaria a reparação completa, finalidade do referido comando jurisprudencial consoante anotações ao referido enunciado por **Roberto Rosas** (“Direito Sumular”, RT, 5ª ed.), das quais extraio:

“As várias regras do Código Civil impunham o pleno ressarcimento do dano, o obstáculo era encontrar-se a fórmula de atualização do valor, isto é, o valor

entre a época do dano e a época do pagamento da indenização, muitas vezes mediando anos entre esses termos.

O ponto básico da indenização das perdas e danos, a indenização do dano patrimonial previsto no art. 1.059 do Código Civil, o que efetivamente se perdeu. Logo, o desfalque no patrimônio de quem sofreu o dano, donde a observação de Clóvis Beviláqua, em comentários ao art. 1.060, de que a reparação deverá ser a mais completa que for possível. Essa reparação dá com a moeda nacional, que reflete um valor econômico, como impõe o art. 1.534 do Código Civil.

Carvalho Santos ainda observa que o verdadeiro conceito de dano representa toda a diminuição do patrimônio do credor, a perda ou diminuição do patrimônio que o credor sofreu (Interpret. do art. 1.059)" (Direito Sumular).

Aliás, como reconhecido pelo próprio Desembargador **Etério Galvão**, prolator do voto que capitaneou o acórdão recorrido,

"Se fosse a chamada dívida de valor não haveria a menor dúvida que a correção monetária contaria a partir da data do fato".

Também o em. Desembargador **Nildo Nery dos Santos**, que o segundou, assim se posicionou em relação ao particular, ao proferir voto vista:

"Caso restasse caracterizada a segunda conceituação, dívida de valor, estaria a exigir-se a indenização do dano decorrente da ilicitude do ato com incidência da correção monetária a partir da data em que ocorreu o fato, ou seja, 18.8.1980. Este, inclusive, é o entendimento do STF ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 97.799-6 e 96.947-1, decisões essas que se encontram na jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo, vol. 125, pág. 222; RT 560, pág. 224; Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, RT, vol. 566, pág. 111".

Com efeito, mesmo antes da edição da Lei 6.899/81, essa era a orientação do Supremo Tribunal Federal: em se tratando de indenização decorrente de ato ilícito, caracterizada a dívida como de valor, cabível a atualização monetária a partir do efetivo prejuízo.

E o advento da referida Lei 6.899/81 não veio restringir as hipóteses e o alcance da incidência de correção monetária tal como já vinha sendo admitida pelo Excelso Pretório, senão ampliá-la para atingir, por exemplo, as chamadas dívidas de dinheiro.

Em outras palavras, a disciplina da Lei 6.899/81, naquilo em que se mostra aparentemente restritiva e retrógrada em cotejo com a orientação jurisprudencial anteriormente à sua edição fixada, deve ser interpretada com temperamento e lógica, de molde a evitar que dessa exegese

advenha injustificado recuo do processo evolutivo da construção pretoriana ou, o que seria mais grave, que resulte em autorização legal ao enriquecimento sem causa.

Exemplificativos, a propósito, os seguintes julgados:

— “Correção monetária. Há duas espécies de correção monetária: a) por dívida de valor decorrente de ato ilícito; b) por dívida de dinheiro, instituída pela Lei nº 6.899/81.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que, em ato ilícito contratual, incide a correção monetária.

3. Recurso extraordinário não conhecido” (RE 97.100-ES, relator o Sr. Ministro Alfredo Buzaid, RTJ 106/345).

— “A Lei 6.899/81 não veio impedir a fluência da correção monetária nos casos em que, anteriormente, já era admitida, mas, sim, estendê-la a hipótese em que essa correção não se aplicava” (RE 99.222-RJ, relator o Sr. Ministro Moreira Alves, RTJ 106/860).

— “Ilícito contratual. Dívida de valor. Correção monetária.

A jurisprudência do Supremo é pacífica no sentido de que, no ilícito contratual, é devida a correção monetária independentemente da Lei 6.899.

Recurso extraordinário provido” (RE 112.265-RJ, relator o Sr. Ministro Francisco Rezek, RTJ 122/419).

Do voto condutor deste último aresto, extrai-se excerto que bem exemplifica a posição adotada:

“Estando o dissídio de jurisprudência demonstrado, com a invocação de diversos acórdãos do Supremo, conheço do extraordinário; e o faço para provê-lo, ante o entendimento pacífico desta Corte, no sentido de que, em caso de ilícito contratual, é cabível a correção monetária independentemente da Lei nº 6.899: esta lei não anulou a construção pretoriana relativa à atualização monetária da dívida de valor. Assim, dou provimento ao extraordinário, para que a correção monetária incida sobre cada parcela restituenda, *a partir do momento em que deveria ter sido paga*” (grifei).

Esta Corte tem se posicionado em idêntica diretriz, conforme bem demonstra o entendimento assentado por esta Quarta Turma, quando do julgamento do REsp 4.874-SP, por mim relatado, no sentido de que:

“I — Em se tratando de ilícito contratual, caracterizada a dívida como de valor, incidente é a correção monetária mesmo em período anterior à Lei 6.899/81, quando a jurisprudência já a admitia.

II — É de entender-se que a Lei 6.899/81 veio estender a correção monetária a hipóteses em que até então não era aplicada, como ocorria com a chamada dívida de dinheiro.

III — Consoante reiteradamente afirmado pela Corte, não constituindo um **plus** mas mera atualização da moeda aviltada pela inflação, a correção monetária se impõe como imperativos econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa” (DJ de 4.3.91).

Quanto ao termo inicial de fluência da correção em casos tais, o enunciado nº 43 da jurisprudência sumulada deste STJ apenas tornou explícito o que implicitamente já se continha no aludido verbete 562 da súmula/STF, vale dizer:

“Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”.

Explicitando ainda mais essa orientação, a Terceira Turma, ao apreciar o REsp 24.865-0-SP, relator o Sr. Ministro **Nilson Naves**, teve oportunidade de proclamar:

“Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito (absoluto ou relativo, dívida de valor, portanto) “a partir da data do efetivo prejuízo” (súmula 43/STJ)” (DJ de 3.11.92).

Esta Quarta Turma, aliás, em 10.10.89 (DJ de 20.11.89), no REsp 803-BA, já ementara:

“Correção monetária. Inadimplemento contratual. Ato ilícito. *Incidência a partir da sua ocorrência*.”

— Em se tratando de ato ilícito, caracterizado por descumprimento contratual, a correção monetária alcança período anterior à edição da Lei nº 6.899/81, em face do princípio segundo o qual a ninguém é dado locupletar-se à custa de outrem.

— A correção monetária, como mera atualização de valores defasados pela corrosão da moeda em regime de economia inflacionada, constitui imperativo não só econômico e jurídico, mas também ético” (grifei).

Em conclusão, sendo a dívida exigida **in casu** decorrente de ato ilícito, qualificável como “de valor”, impõe-se tomar em consideração, para definir o termo **a quo** de incidência da correção monetária, não a norma do § 2º do art. 1º da Lei 6.899/81, inaplicável às situações como a de que se cuida, mas sim a orientação jurisprudencial que antes da edição desse diploma legislativo já havia sido definida pelo Supremo Tribunal Federal (enunciado nº 562 e precedentes), no sentido de que nesses casos a fluência tem início “a partir da data do efetivo prejuízo”, orientação hoje confirmada e cristalizada no enunciado nº 43 da súmula desta Corte.

Em face do exposto, conhecendo do recurso pela alínea c do autorizativo constitucional, dou-lhe provimento para determinar que o principal reclamado (Cr\$ 400.000,00) seja monetariamente corrigido a partir de 18.8.1980, data em que o re-

corrente se viu privado de dispor de tal quantia em razão do débito em conta corrente indevidamente levado a efeito pelo recorrido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.058-9 — PE — (93.0029794-5) — Relator: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Francisco Xavier de Araújo Neto.

Recdo.: Banco Itaú S/A. Advogado: José Carlos Cavalcanti de Araújo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 24.05.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.780-5 — GO

(Registro nº 93.0034776-4)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorridos: *Vivaldo de Souza Machado e cônjuge*

Advogados: *Izaias Batista de Araújo e outros, e Adilson Ramos e outros*

EMENTA: *Processual Civil — Embargos do devedor — Execução fundada em título extrajudicial — Sentença que os julgou improcedentes não transitada em julgado — Caráter definitivo — Art. 587, do CPC.*

I — Assentado na doutrina e jurisprudência do STJ o entendimento no sentido de que, julgados improcedentes os Embargos, a Execução prosseguirá em caráter definitivo, se ou quando fundada em título extrajudicial, equiparada esta, inclusive, àquela com suporte em sentença transitada em julgado (art. 587, do CPC).

II — Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Mi-

nistros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taqui-

gráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Costa Leite e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nilson Naves.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: *Vivaldo de Souza Machado* e *cônjuge* agravaram da decisão prolatada pelo Dr. Juiz de Direito da Segunda Vara da Comarca de Morrinhos-GO, que determinou o prosseguimento da Ação de Execução forçada que lhes move o *Banco do Brasil S/A*, mesmo interposta apelação, recebida tão-só no efeito devolutivo, contra sentença que julgou improcedentes Embargos do Devedor por eles opostos. Pretendem a reunião dos processos de Embargos aos da Execução e o da Ação Consignatória, suspendendo-se a Execução e sus-tando-se, ainda, a avaliação e praça.

O agravado ofereceu resposta pug-nado pelo improvimento do Agravo (fls. 74/77).

Por ocasião do Juízo de Retratação, o digno Magistrado reconside-rrou o despacho impugnado.

Inconformado, requereu o Banco a remessa do Instrumento ao Colendo Tribunal de Justiça de Goiás (art. 527, § 6º, do CPC) e ali, a Segunda Câmara Cível, julgando o feito, à unanimidade, negou-lhe provi-mento (fls. 94/100).

Opostos Embargos Declaratórios (fls. 102/103), foram rejeitados (fls. 107/111).

Irresignado, ainda, interpôs o exe-qüente Recurso Especial, fundado no art. 105, III, a e c, da Constituição, alegando negativa de vigência do art. 587, do CPC, bem como diver-gência jurisprudencial com julgados de outros tribunais, inclusive deste Superior Tribunal de Justiça, trazendo à colação o REsp nº 11.203-0-SP. Aduz, em síntese, que a execução por título extrajudicial é sempre de-finitiva (fls. 113/116).

Oferecidas contra-razões (fls. 121/135), o nobre Presidente daque-le Tribunal o admitiu, determinan-do a remessa dos autos a esta Supe-rior Instância (fls. 137/139).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Embasado na jurisprudência da Corte (REsp nº 22.486-3-GO — RSTJ 40/511), en-tendeu o Acórdão recorrido que, no caso, a sentença proferida nos Em-bargos do Devedor poderá ser exe-cutada provisoriamente. “Todavia, o seu curso encerra com a avaliação,

não podendo realizar alienação de bem imóvel, salvo se ocorrentes quaisquer das hipóteses previstas no art. 1.113, do Código de Processo Civil.” (fls. 98).

Por sua vez, sustenta o Banco-recorrente que o Aresto, dessa forma, teria contrariado o art. 587, do mesmo diploma legal, bem como divergido da jurisprudência de outros tribunais, inclusive, desta Egrégia Corte.

A matéria não é pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais. Mas estou em que a melhor orientação é aquela segundo a qual “se o título extrajudicial líquido e certo por si mesmo engendra execução definitiva, com maioria de razão produzirá esse mesmo efeito o título extrajudicial já contrastado por embargos do devedor.

É aquele mesmo título, a que se acrescentou em liquidez a certeza o já haver sido afrontado por embargos rejeitados no primeiro grau de jurisdição.

Presente aquela espécie, ou presente esta última, de liquidez incrementada, não há razão para se recusar à segunda espécie o prosseguimento, em caráter definitivo, da execução na pendência do recurso.” (RE nº 95.583-PR — RTJ 100/700).

O Código de Processo Civil, em seu art. 587, às expressas, conceitua a execução fundada em título extrajudicial como definitiva equiparando-a, inclusive, àquela com suporte em sentença transitada em julgado.

A propósito, é do magistério de **Barbosa Moreira** a seguinte lição:

“A execução prossegue em caráter provisório, caso a sentença exequenda — que é a proferida no anterior processo de conhecimento, não a que repeliu os embargos — esteja ainda sujeita a recurso (art. 587, 2ª parte); em caráter definitivo, na hipótese contrária, bem como na de título extrajudicial (art. 587, 1ª parte). A eventual pendência de recurso contra a sentença que julgou improcedentes os embargos não obsta à definitividade da execução; a esse recurso é que alude o art. 686, nº V, 2ª parte, por onde se vê que apesar dele se promove, na execução pecuniária, a hasta pública — inconcebível se aquela fosse provisória (art. 588, nº II).” (O Novo Processo Civil Brasileiro, Forense, 1976, 1ª ed., vol. II, págs. 166/167)

Na mesma trilha desse entendimento, **Silva Pacheco**:

“O disposto no art. 520, V, tem muito interesse, principalmente na execução com base em título extrajudicial. Julgados improcedentes os embargos opostos, a execução prosseguirá, independente do recurso, e nem por isso tornar-se-á provisória, porque definitiva é ela, desde o início, con-

soante o art. 587.” (Tratado das Execuções, Saraiva, 1976, 2ª ed., vol. I, págs. 209/210)

E a essa orientação se somam, dentre outros, **Mendonça Lima**.

Impende ressaltar, no caso de eventual provimento do recurso do devedor-embargante, contra a sentença que decretou a improcedência dos embargos, quando a execução já estiver definitivamente terminada, no que pertine aos danos irreparáveis, a solução está prevista no art. 574, da mesma lei adjetiva.

Nesse mesmo sentido, se decidiu no precedente quando do julgamento do REsp nº 6.382-PR, relatado pelo eminente Ministro Nilson Naves, cujo Aresto, por sua ementa, dispôs:

“Execução de sentença, com liquidação transitada em julgado. Embargos do devedor. Caráter definitivo da execução. Caução. Em casos dessa espécie, apresenta-se definitiva a execução, ainda que penda apelação da sentença que julga improcedentes os embargos. Caso em que se não requer a prestação de caução. Recurso Especial não conhecido.”

(DJ de 30.9.91).

Tenho, pois, que o Acórdão recorrido, não só negou a vigência do dispositivo legal apontado, como também, divergiu do entendimento afirmado pela melhor doutrina e pelos Egrégios Superior Tribunal de Jus-

tiça e Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai do texto do Acórdão padrão, de minha relatoria, onde se consignou: “... julgados improcedentes os embargos, a Execução prosseguirá em caráter definitivo, se ou quando fundada em título extrajudicial, equiparada esta, inclusive, àquela com suporte em sentença transitada em julgado (art. 587, do CPC)” (REsp nº 11.203-0-SP — DJ de 03.08.92).

Diante do exposto, conheço do recurso, por ambas as alíneas, e dou-lhe provimento para, cassando o Acórdão recorrido, determinar o prosseguimento da Execução em caráter definitivo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.780-5 — GO — (93.0034776-4) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Izaías Batista de Araújo e outros. Recdos.: Vivaldo de Souza Machado e cônjuge. Advogados: Adilson Ramos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 29.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Costa Leite e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 42.584-0 — PR

(Registro nº 94.0000798-1)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Indústria de Madeiras Lamisserra Ltda.*

Recorrido: *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA*

Advogados: *Drs. Paulino Andreoli e outros, e Lucia Helena Bertaso Guldani*

EMENTA: *ITR — Legitimidade da cobrança — Área objeto de ação discriminatória — Irrelevância.*

Além de não provadas, nos autos, as limitações ao pleno exercício da propriedade, tais restrições, se houvessem, não teriam o condão de obstar a cobrança do ITR, cujo fato gerador, é “a propriedade, o domínio útil ou a posse do imóvel”.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 21 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso especial interposto por Indústria de Madeiras Lamisserra Ltda., com apoio na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Tributário. Imposto territorial rural. Obrigação legal. Irrelevância das vicissitudes sofridas pelo proprietário em decorrência de ação judicial proposta por terceiro. O impedimento temporário do pleno exercício da propriedade, v.g., a de explorá-la, não exonera seu titular do pagamento do

imposto territorial rural, porque se trata de obrigação legal, só elidida, conseqüentemente, nas hipóteses previstas em lei. Hipótese em que a sentença obstou a execução do crédito tributário porque, objeto de uma ação discriminatória, o imóvel rural não pôde ser aproveitado. Remessa **ex officio** provida.” (fls. 58)

Esclarece a recorrente que a área de terras a que se refere o ITR pretendido é objeto de ação discriminatória proposta pelo Estado de Santa Catarina e que, em conseqüência dessa ação, não pode a proprietária utilizar-se do imóvel para qualquer fim, por força do disposto no art. 24 da Lei nº 6.383/73.

Prossegue aduzindo existir previsão legal de desconto de até 90% do valor do imposto quando a proprietária der adequado aproveitamento às áreas, sendo que, se por um lado está impedida de dar aproveitamento à terra objeto da ação discriminatória, por outro não pode gozar do desconto do ITR.

Alega ser injusto e ilegal a exigência de recolhimento de imposto elevadíssimo sobre área de terras que não pode ser explorada.

Sustenta, a final, que o v. aresto hostilizado violou o art. 24 da Lei nº 6.383/73, o art. 49 da Lei nº 6.746/79, bem como os artigos 2º, 3º e 50 da Lei nº 4.504/64 (fls. 60/69).

Admitido o recurso (fls. 72/73), subiram os autos a este C. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: — Aponta a recorrente como violados os artigos 24 da Lei nº 6.383, de 07 de dezembro de 1976, 49 da Lei nº 6.746, de 10 de dezembro de 1979, 2º e 3º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, artigo 50, parágrafo 8º da Lei nº 4.504, de 30/11/64, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966 e artigo 70 do Decreto-lei nº 57, de 18/11/66.

A Lei nº 6.746/79 não tem artigo 49. Ela só tem cinco artigos. A matéria contida nos artigos 2º e 3º da Lei nº 4.771/65 e artigo 50, parágrafo 8º da Lei nº 4.504/64, com a redação dada pelo artigo 7º do Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, não foi ventilada no venerando aresto recorrido e não foram interpostos embargos de declaração, sendo aplicáveis o disposto nas súmulas 282 e 356 do STF. O Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966 não tem o artigo 70. Ele só tem 18 (dezoito) artigos.

Conheço do recurso apenas pela alegada violação ao artigo 24 da Lei nº 6.383/76.

O recurso é admissível, mas não merece provimento.

Estabelece o artigo 24 da Lei nº 6.383/76 que:

“Iniciado o processo discriminatório, não poderão alterar-se quaisquer divisas na área discrimi-

minada, sendo defeso a derrubada da cobertura vegetal, a construção de cercas e transferências de benfeitorias a qualquer título, sem assentimento do representante da União.”

Não está provado nestes autos que o imóvel objeto da execução, imóvel “Quiriri vaca Pintada”, situado no Município de Campo Alegre, Estado de Santa Catarina (certidão de fls. 03 dos autos de execução, em apenso), esteja incluído na área objeto da ação discriminatória (docs. de fls. 11/14) que sequer, se refere ao nome da recorrente (fls. 13).

Não provou a recorrente estar proibida de alterar quaisquer divisas, de derrubar a cobertura vegetal e de construir cercas em sua propriedade ou de transferir dela benfeitorias. Ainda que esta proibição existisse, ela só existe, se não houver autorização do representante da União e, também, não se provou lhe ter sido negada tal autorização. Mesmo que o imóvel da recorrente tivesse incluído na área objeto da ação de discriminação e estivesse ela proibida de alterar suas divisas, derrubar as matas ali existentes, construir cercas e de transferir benfeitorias, não estaria ele isento do ITR, nem teria direito à sua redução. Verifica-se, pelo artigo 29 do CTN que:

“O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil

ou a posse de imóvel por natureza como definido na lei civil, localizado fora da zona urbana do Município.”

Ora, se o fato gerador do ITR é “a propriedade, o domínio útil ou a posse do imóvel...” e a embargante não perdeu nenhum destes direitos, não tem ela direito à isenção pretendida ou à redução do citado imposto.

As restrições contidas no citado dispositivo legal não impedem a recorrente de desenvolver, em sua propriedade, atividades tais como a exploração da agricultura, pecuária, piscicultura, etc.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 42.584-0 — PR — (94.0000798-1) — Relator: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Indústria de Madeiras Lamisserra Ltda. Advogados: Paulino Andreoli e outros. Recdo.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA. Advogada: Lucia Helena Bertaso Goldani.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 21.03.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 43.070-4 — SP

(Registro nº 94.0001913-0)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrentes: *Helena Vilar de Queiroz Agnone e outro*

Recorrido: *José Walter de Amorim*

Advogados: *Drs. Dácio Antônio Gomes de Araújo e outros, e Pedro Cassimiro de Oliveira*

EMENTA: *Comercial e civil — Ação de reconhecimento de sociedade de fato — Pedido de dissolução — Contrato escrito inexistente.*

I — A falta de documento escrito, comprobatório da existência de sociedade, constitui irregularidade, contudo, não desnatura a capacidade processual de um dos sócios a postular em juízo, em seu nome, para reaver o patrimônio, em poder dos demais. Tal restituição se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa destes.

II — Incidência do disposto na Súmula nº 07, do STJ.

III — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do Recurso Especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Costa Leite e Eduardo Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nilson Naves.

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

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

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuida-se de Ação de Reconhecimento de Sociedade de Fato, cumulada com Pedido de Dissolução, proposta por José Walter de Amorim contra Helena Vilar de Queiroz Agnone e outro, julgada procedente (fls. 102/108).

Inconformados, apelaram os réus, alegando em suma, inexistente qualquer prova escrita da sociedade (fls. 119/124).

A Décima Câmara Civil do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, negou provimento, forte em que, se a existência da sociedade não poderia ser comprovada

contra terceiros, dada a ausência de contrato social, ela era robusta e ostensiva entre os sócios, como observa da da prova testemunhal (fls. 137/144).

Irresignados, ainda, interpuseram os apelantes Recurso Especial, fundado no art. 105, III, a, da Constituição, alegando negativa de vigência dos artigos 1.366 do Código Civil e 303, do Código Comercial. Sustentam que as questões entre sócios e sociedade somente poderão ser provadas por escrito, e, no caso, a existência dela foi reconhecida, exclusivamente, com base na prova testemunhal; que, no entender deles, se admite (fls. 160/163).

Oferecidas contra-razões (fls. 165-166), o eminente Quarto Vice-Presidente daquela Corte o admitiu (fls. 168/169).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Cuida-se de Ação de Reconhecimento de Sociedade de Fato, cumulada com Pedido de Dissolução. Tal sociedade tinha como atividade promover excursões turísticas; porém, não foi regularizada. O recorrido afastado da sociedade, pretende sua dissolução e partilha dos haveres comuns.

Por sua vez, sustentam os recorrentes que somente através de contrato escrito é que o recorrido lograria êxito em seu intento.

Razão não lhes assiste.

Em verdade, não vislumbro qualquer ofensa aos dispositivos de lei

apontados, eis que o Acórdão deu correta aplicação do direito à espécie, e o fez arrimado nas circunstâncias e fatos constantes dos autos.

Na hipótese, consoante anotado no Acórdão, as partes associaram-se comercialmente na exploração de turismo, havendo, assim, uma comunhão de interesses com formação do patrimônio comum. E a solução dada à causa é a mais justa e correta, uma vez que reside no direito obrigacional e impede o enriquecimento ilícito de uma das partes, em detrimento da outra.

Ora, se a existência da sociedade não poderia ser comprovada contra terceiros, dada a ausência de contrato social, ela era robusta e ostensiva entre os sócios. A prova testemunhal, notadamente as pessoas que fizeram diversas viagens para Foz do Iguaçu, não hesitaram em afirmar que entre as partes havia uma sociedade (fls. 141).

Com muita propriedade, asseverou a Colenda Turma Julgadora (fls. 142):

“E, não é porque a sociedade não possuía contrato comprobatório de sua existência, que referida circunstância possa ter o condão de isentar os réus de pagamento. Ou seja, a personalidade jurídica da sociedade não é pressuposto para a indenização de antigo sócio.”

A propósito, assevera **Waldemar Martins Ferreira**, citado no Ares to (fls. 142/143):

“A disposição legal não devia, no sentir dos juízes, ser entendida com absoluto rigor. Nem todas, indistinctamente, eram as acções inadmissíveis sem contracto probatório da sociedade: mas, e unicamente, as que não tinham outra causa possível fora da existência da sociedade... como é possível entender, que os sócios estão privados de demandar-se reciprocamente pela restituição dos bens de suas entradas sociaes, pela partilha de lucros havidos dos bens de suas entradas sociaes, pela partilha de lucros havidos em comum, e de demandar a terceiros para pagamento de dívidas?

Quando não existe sociedade legalmente constituída, ou contractada em forma legal, existiu todavia uma sociedade de facto, uma comunhão de interesses; e aí temos uma causa jurídica de acções, embora não tenhamos a existência legal de uma sociedade.” (Sociedades Commerciaes Irregulares, São Paulo — 1º Editora Ltda., 1927, págs. 48/49).

Nessa mesma trilha de entendimento, **Carlos Maximiliano** quando diz:

“**Summum Jus. Summa Injuria.** (Supremo Direito. Suprema Injustiça). Direito elevado em grau máximo, injustiça em grau máximo resultante. O excesso de juricidade é contra-producente; afasta-se do objetivo superior das leis; desvia os pretórios dos fins

elevados para que foram instituídos; faça-se justiça, porém do modo mais humano possível, de sorte que o mundo progrida e jamais pereça. (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 9ª ed., pág. 169).”

O autor, ora recorrido, demonstrou à sociedade “a **affetio societatis** havida com os recorrentes, bem como a aquisição dos bens durante a constância da comunhão social” (fls. 143).

Isso é o que basta como supedâneo à sua pretensão. A falta do documento escrito, como sustentado pelos recorrentes, constitui irregularidade; mas, contudo, não desnatura a capacidade processual de um dos sócios a postular em juízo, em seu nome, para reaver o patrimônio a que tem direito.

Tal como anotara o eminente Ministro Athos Carneiro:

“... sabido que mesmo as chamadas sociedades de fato, sem personalidade jurídica (CPC, art. 12, VII), podem pleitear em juízo; mais ainda, as sociedades eventualmente em dissolução.

“Em voto na AC 31.130 (julgada em 03.04.79 pela Primeira Câmara Cível e publicada na RJTJRS, 76:286), tivemos oportunidade de afirmar que “podem atuar em juízo inclusive comunidades de pessoas ou patrimônios desprovidos de personalidade jurídica, e inclu-

sive assiste capacidade para ser parte até a órgãos internos de pessoas jurídicas quando na defesa de interesses peculiares ao mesmo órgão. São as chamadas “pessoas formais”, as quais inclusive compreendem, na boa lição de **Tornaghi**, as pessoas jurídicas em formação e as pessoas jurídicas em liquidação: daí a antecipação e o prolongamento da personalidade judiciária dos corpos ainda, ou já, sem personalidade jurídica (Comentários ao Código de Processo Civil, Revista dos Tribunais, 1974, v. 1, p. 132-3).” (REsp nº 1.551-0-MG, DJ de 09.04.90).

Certas, assim, afiguram-se as decisões recorridas que melhor e corretamente situaram a controvérsia, restituindo o patrimônio do recorrido em poder dos recorrentes, que se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa destes.

Demais disso a questão foi dirimida à luz das provas constantes

dos autos, daí não comportar reexame em sede do Especial, por expressa disposição da Súmula nº 07, do STJ.

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.070-4 — SP — (94.0001913-0) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Rectes.: Helena Vilar de Queiroz Agnone e outro. Advogados: Dácio Antônio Gomes de Araújo e outros. Recdo.: José Walter de Amorim. Advogado: Pedro Cassimiro de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 09.05.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Costa Leite e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 44.175-7 — SC

(Registro nº 94.0004673-1)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Irmãos Gomes Ltda.*

Recorrido: *Jabur Pneus S/A*

Advogados: *Everaldo João Ferreira e outros, e João Batista Gomes Ulysea e outro*

EMENTA: *Civil e Processual Civil — Ação de busca e apreensão — Alienação fiduciária — Bens fungíveis e consumíveis — Inadmissibilidade — Lei nº 4.728/65.*

I — Consolidado na jurisprudência da Segunda Seção da Corte o entendimento no sentido de que inadmissível a alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis).

II — Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Costa Leite e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nilson Naves.

Brasília, 09 de maio de 1994 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuida-se de Ação de Busca e Apreensão proposta por Jabur Pneus S/A contra Irmãos Gomes Ltda., alegando, em síntese, que Francred Crédito Financiamento e Investimento concedeu à requerida empréstimo no valor de Cz\$ 140.178,20, a ser resgatado em quatro parcelas

mensais, da qual figurou a requerente como fiadora. Destinava-se o crédito à aquisição de 22 pneus, que foram oferecidos em alienação fiduciária, como garantia do cumprimento da avença.

Ocorre que, não tendo a devedora pago a primeira parcela no prazo estipulado, promoveu a autora o respectivo protesto, operando-se, assim, o vencimento antecipado de todas as prestações. Saldando o débito, e sub-rogando-se no direito ao crédito e na garantia fiduciária, pediu, então a busca e apreensão dos bens.

Julgada procedente a ação (fls. 103/104), apelou a ré (fls. 105/113), tendo a Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, à unanimidade, negado provimento ao apelo, ao entendimento de que são suscetíveis de alienação fiduciária as coisas fungíveis e consumíveis (fls. 127/131).

Inconformada, ainda, interpôs a apelante Recurso Especial, fundado no art. 105, III, c, da Constituição, alegando divergência jurisprudencial com julgados de outros tribunais; traz à colação Aresto deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça, onde adotada tese em sentido

contrário a do Acórdão recorrido (fls. 134/175).

Oferecidas contra-razões (fls. 177/180), o eminente Vice-Presidente daquela Corte o admitiu, determinando a remessa dos autos a esta Superior Instância (fls. 185/187).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): No ponto, consignou o Acórdão (fls. 130):

“A questão em debate há muito não comporta controvérsia, tendo sido apreciada inclusive pela Suprema Corte, a qual assentou que “o direito positivo nacional admite alienação fiduciária de bem móvel fungível e também consumível” (RTJ 105/383).”

Por outro lado, traz a recorrente Aresto deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 19.915-8-MG, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, onde se decidiu no sentido da inadmissibilidade da alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis). E, assim, o examino.

Naquela assentada, assim, proferiu o nobre Relator:

“**In casu**, as mercadorias dadas em garantia destinavam-se à comercialização, o que se dessume da simples conjugação da na-

tureza dos bens cuja propriedade resolúvel foi transferida (caixas de latas de gêneros alimentícios) e do objetivo social da empresa devedora fiduciária (exploração do ramo de comércio de gêneros alimentícios)...” (fls. 37).

Ademais, ainda que se considerasse inexistir “consumo jurídico” na espécie, assim entendido o que respeita aos bens destinados à alienação, não se poderia negar que referidas mercadorias, porque gêneros alimentícios, são, quando menos, materialmente consumíveis. Possuem termo de validade, antes do qual devem ser ingeridas, sob pena de não mais se prestarem à finalidade natural que lhes é inerente.

Reitero, portanto, frente a essa circunstância, a orientação que sufraguei quando do julgamento do citado REsp nº 6.424-PR, oportunidade em que, ao proferir voto-vista, firmei posição no sentido de que bens fungíveis consumíveis (e/ou comerciáveis) não se podem constituir em objeto de alienação fiduciária, tampouco de busca e apreensão ou ação de depósito previstas no Decreto-lei nº 911/69”.

Em percuciente estudo publicado na Revista *Ajuris* 40/7-13, escreveu o Desembargador **Adroaldo Furta-**
do Fabrício:

“Entretanto, quando se começa a cogitar de alienação fiduciária em garantia de coisas fungí-

veis e consumíveis, cuja destinação, senão a própria razão de existir, é a de circular constantemente ou a de transformar-se por obra da indústria, começa a ficar difícil compreender-se o dever de guarda inerente à posição jurídica de quem detém o alheio e por isso deve manter-se em condições de restituir. O automóvel, a máquina, a mobília, o equipamento de trabalho são bens a cujo respeito é perfeitamente pensável o dever de guarda e conservação, imposto ao possuidor ou detentor, até que se resolva, pela extinção do débito, a propriedade do credor. Mas o mesmo não se pode dizer ou sequer pensar dos bens fungíveis que constituem o próprio objeto habitual da mercancia do financiado ou os insumos que o industrial vai empregar na produção de coisas mais elaboradas. Aí, a disponibilidade da coisa, para o possuidor, é inerente à sua própria razão de ser, ou no mínimo inseparável das circunstâncias em que ela existe em determinado tempo e lugar. O estoque da loja; a matéria-prima do estabelecimento fabril; as peças do montador destinam-se necessariamente a uma permanência curtíssima em poder do comerciante ou industrial; nada mais do que o tempo necessário à sua venda, ou à sua transformação, ou à incorporação. Dá-los em alienação fiduciária, ou mesmo em garantia real a outro título, mas com dever de guarda, conservação e entrega, implica a sua

imobilização e a conseqüente paralisação da atividade que constitui o escopo mesmo da empresa comercial ou industrial. O devedor já não as pode vender, ou especificar, ou transformar, ou aceder, porque deve mantê-las tais como são, *in natura*, à disposição do credor, íntegras e imutáveis.

Não melhora em nada essa visão contraditória e absurda do bem fungível e consumível dado em alienação fiduciária a idéia de que essas coisas podem ser continuamente substituídas por outras da mesma espécie, valor e quantidade. O giro do comércio e as cambiantes necessidades da produção industrial não se podem furtrar a contingências sazonais e a variações esporádicas da oferta e da procura, algumas cíclicas e previsíveis, outras insuscetíveis de qualquer programação. Os pãos de lã destinados à confecção de indumentária de inverno não serão repostos quando acabar a estação fria; o *best-seller* esgotado há de ser substituído na prateleira da livraria pelo livro novo e de maior sucesso, recentemente lançado. Só quem viver fora da realidade do dia-a-dia pode ignorar esse dado elementar.

Mas há mais, e mais grave. Admitir-se a alienação fiduciária de bens fungíveis significa aceitar-se a possibilidade jurídica de sua busca e apreensão no rito do Decreto-lei nº 911/69, e portanto a

possibilidade de conversão desse procedimento em ação de depósito, e conseqüentemente a eventualidade de prisão do devedor. Prisão de depositário? Não, porque se depósito há é depósito irregular, incompatível com a **actio depositi directa** até porque submetido prudentemente às regras do mútuo. A prisão, então, é mesmo por dívida, simplesmente, já que as praxes do comércio, os usos correntes, o bom-senso e as elementares necessidades do tráfico indicam não estar o devedor obrigado a guardar e conservar os bens. Muito ao contrário, tem de fazê-los circular, renová-los, substituí-los, para manter o giro normal do seu negócio, realizar o seu lucro e, inclusive, poder pagar os seus débitos.”

Para finalizar, colho dos precedentes desta Corte, trecho que se me afigura bem refletir o pensamento ora defendido. Nele, REsp nº 1.922-RS, Relator o Senhor Ministro Cláudio Santos, DJU de 10.09.90, disse o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro:

“A questão pertinente à alienação fiduciária de bens fungíveis enseja divergência jurisprudencial, devendo-se assinalar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal tinha firmado sua orientação no sentido de que era possível. Na doutrina encontra-se afirmação de que logicamente

não o poderiam ser (Moreira Alves — Da Alienação Fiduciária em Garantia — Saraiva — 1973 — p. 105). O bem há de ser coisa certa, individualizada (Orlando Gomes — Alienação Fiduciária em Garantia — Rev. Trib. 2ª ed. — p. 55). Reconhecem, porém, esses próprios autores, que a lei autorizou fossem tais bens objeto do negócio em exame. Fica realmente difícil negá-lo, em vista do que dispõe o § 3º do artigo 1º da Lei nº 4.728/65, redação do Decreto-lei nº 911/69. Face ao direito vigente, por conseguinte, considero tenha-se que admitir como lícito sejam fiduciariamente alienados, em garantia, bens fungíveis, ainda que nisso haja inconvenientes.

Cumpra ter-se em conta, porém, que não há confundir bens fungíveis com consumíveis. Frequentemente a coisa reúne as duas qualidades; não necessariamente, porém. Ora, parcela significativa das objeções que se fazem à alienação fiduciária dos bens fungíveis diz respeito, em verdade, ao fato de serem consumíveis por destinação. Assim, as observações de Adroaldo Furtado Fabrício, transcritas no voto do Ministro Nilson Naves. São consumíveis os insumos que o industrial emprega na elaboração de outros produtos como o são os que constituem objeto de atividade mercantil, por isso mesmo que destinados a alienação (Código Civil, artigo 51, parte final). Ora, se são consumíveis, exatamente, porque

se destinam a serem usados pelo comerciante ou industrial, na atividade que lhe é específica, é evidente incoerência supor-se que deva ele conservá-los, para entregá-los ao credor, em caso de não pagamento do débito. Ter-se-ia singular situação de alguém fazer um empréstimo e, ao mesmo tempo, assumir a obrigação de manter em estoque mercadorias de valor equivalente, de que não poderia utilizar-se, posto que de sua utilização resulta o consumo.

Em relação a tais bens, é ilógico admitir-se alienação fiduciária e não há lei que obrigue a tolerá-la, ao contrário do que sucede com os fungíveis. Chocante seja dado em garantia um bem que se destina exatamente a ser consumido, não constituindo argumento bastante o de que pode ser repostado. Essa possibilidade nem sempre se apresenta concretamente o que faz a ameaça de prisão a verdadeira garantia do credor, devendo ser obstados contratos que conduzam a burla do texto constitucional.

Concluindo. Se o bem for simplesmente fungível, poderá ser fiduciariamente alienado, pois neste sentido dispõe a lei específica. Não assim, entretanto, se consumível, por destinar-se à indústria ou comércio de seu proprietário.

No caso, trata-se de bens destinados à comercialização. Consumíveis, por conseguinte.”

Para este acórdão escreveu o eminente Senhor Ministro Relator a seguinte ementa:

“Processo civil. Embargos de divergência. Alienação fiduciária. Bens fungíveis consumíveis. Posicionamento do Tribunal. Recurso conhecido e provido.

I — A 2ª Seção da Corte, competente no tema, por maioria unânime seu entendimento proclamando a inadmissibilidade da alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis (comerciais).

II — É missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça apaziguar a jurisprudência revolta, buscando a melhor exegese do direito federal infraconstitucional. Para a realização desse objetivo, em primeiro lugar deve uniformizar a sua própria jurisprudência.” (DJ de 17.12.92)

Nessa espécie dirimiu-se divergência entre julgados das Colendas Terceira e Quarta Turmas, restando vencido ponto de vista que até então em mais de um feito consignara por maioria esta Colenda Turma, dentre os quais o do REsp nº 3.909-0-RS, traduzindo em síntese na ementa seguinte:

“Comercial e constitucional — Alienação fiduciária — Bens fungíveis consumíveis — Garantia de mútuo — Prisão por dívida (Constituição Federal).

I — A legislação pertinente não veda a alienação fiduciária em garantia de bem fungível, subsumindo-se neste os consumíveis, cuja custódia tem o caráter de depósito irregular.

II — Quando pactuantes celebram negócio jurídico com garantia fiduciária de bens fungíveis, assim o fazem como forma para agilizar o empréstimo acobertado por tal garantia.

III — Não há como se admitir a ameaça de prisão decorrente do texto legal pela eventual inexistência do bem em depósito, sabido que a privação de liberdade por causa tal se contrapõe ao princípio constitucional de impossibilidade de prisão por dívida.

IV — Recurso conhecido e provido.” (DJ de 29.10.90).

Outra não é a hipótese dos autos.

Contudo, vencido, como disse ante a manifestação majoritária, não vejo, ressalvado o meu pensamento sobre a matéria, como deixar de aderir ao entendimento consolidado na Segunda Seção, para cumprir a

função maior desta Egrégia Corte, qual a de uniformizar a aplicação do Direito Federal.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, cassando o Acórdão recorrido, julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 44.175-7 — SC — (94.0004673-1) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Irmãos Gomes Ltda. Advogados: Everaldo João Ferreira e outros. Recdo.: Jabur Pneus S/A. Advogados: João Batista Goes Ulysea e outro.

Decisão A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 09.05.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Costa Leite e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 44.716-0 — DF

(Registro nº 94.0005925-6)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrido: *ISS Servisystem Comércio e Indústria Ltda.*

Advogados: *Drs. Acelio Jacob Roehrs e outros, e Marçal de Assis Brasil Neto e outros*

EMENTA: Edital. Férias Forenses. Fluência do prazo.

O prazo do edital não se suspende com a superveniência das férias forenses, por isso que não se destina à prática de ato processual. Finda a dilação, é que passa a correr o prazo para resposta. Se este iniciou-se após o término das férias forenses, não há divisar negativa de vigência ao art. 179 do CPC. Recurso conhecido pelo dissídio, mas não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 05 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Nos autos da ação anulatória de título de crédito que promove contra Lopes Representações e Comércio Ltda. e Banco do Brasil S.A., ISS Servisystem Comércio e Indústria Ltda. interpôs agravo de instrumento de decisão que entendeu tempe-

tiva a contestação apresentada pelo segundo réu, ao qual a e. Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento, a teor dos seguintes fundamentos sintetizados na ementa do acórdão:

“Edital. Fluência do prazo de dilação durante as férias.

Não há lugar para aplicação da regra do art. 179 do C.P.C. na contagem do prazo do edital, em face de que a regra em comento é destinada à prática de atos processuais, apenas. O prazo do edital, que não se confunde com o prazo de resposta (este sim, prática de ato processual), é estabelecido em favor do citando propiciando-lhe largo prazo para tomar conhecimento da ação, não para a prática de qualquer ato processual.”

No presente recurso especial, alega-se negativa de vigência aos arts. 179 e 232, IV, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial.

Admitido o recurso, subiram os autos.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Como dito no voto condutor do acórdão recorrido, a discussão que se trava é se o prazo do edital continua correndo nas férias ou se suspende com a superveniência delas, recomençando a correr com o seu término.

O raciocínio desenvolvido pelo ilustre Desembargador Getúlio Vargas, que a ementa transcrita no relatório estampa precisamente, afigura-se-me escoreito.

Deveras, a regra do art. 179, do Código de Processo Civil, não pode ser interpretada senão conjugadamente com a do art. 177, daí resultando que a superveniência das férias forenses somente opera a suspensão de prazo fixado para a realização de ato processual.

O prazo do edital não se destina à prática de ato processual. Finda a dilação, é que passa a correr o prazo de resposta, sendo certo que, no caso dos autos, este iniciou-se após o término das férias forenses.

Demonstrado o dissídio de interpretação, conheço do recurso, mas lhe nego provimento. É como voto, Senhor Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 44.716-0 — DF — (94.0005925-6) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Acelio Jacob Roehrs e outros. Recdo.: Iss Servisystem Comércio e Indústria Ltda. Advogados: Marçal de Assis Brasil Neto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe negou provimento (em 05.04.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 45.459-0 — RJ

(Registro nº 94.0007434-4)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Condomínio do Edifício Paulino Ribeiro Campos*

Recorrida: *Regina Maria Ribeiro Campos Fernandes Basto*

Advogados: *Drs. Edson Gaudio Rangel e outros, e Osmar de Freitas Castro e outro*

EMENTA: *Cota Condominial. Convenção de condomínio, que prevê correção monetária do débito, desde que o atraso no pagamento seja superior a seis meses.*

Tema enfocado no recurso especial, que o v. Acórdão, todavia, não abordou (Súmulas nºs 282 e 356-STF).

Cuidando-se, de todo o modo, de direito disponível, era permitido aos interessados estipular o cômputo da correção monetária da forma que melhor lhes conviesse. Inexistência de contrariedade ao art. 1º da lei nº 6.899/81.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de ação de cobrança de cotas condominiais proposta pelo Condomínio do Edifício Paulino Ribeiro Campos contra Regina Maria Ribeiro Campos Fernandes Basto.

O MM. Juiz de Direito julgou procedente, em parte, o pedido, aplicando-se a correção monetária a partir do sexto mês do vencimento de cada cota, conforme previsto na convenção condominial.

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro manteve a decisão monocrática. Eis a ementa do acórdão:

“Condomínio — Cobrança de cotas condominiais — Isenção pela convenção de correção para as cotas com atrasos inferiores a seis meses — Validade — Natureza contratual da convenção — Sua força obrigatória enquanto não modificada.

Sentença confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos” (fls. 86).

Inconformado, o autor manifestou recurso especial com arrimo nas alíneas a e c do permissivo constitucional, alegando contrariedade ao

art. 1º da Lei nº 6.899/81 e dissidência interpretativa com arestos desta Corte e do próprio Tribunal prolator da decisão recorrida. Sustentou o recorrente, em síntese, que a cláusula convencional não pode prevalecer ante o disposto no art. 1º do diploma legal acima mencionado.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Na conformidade com o disposto na Súmula nº 05 desta Casa, descabe interpretar-se o alcance e finalidade da cláusula sob nº 46 da Convenção Condominial.

De outro lado, a questão jurídica posta no apelo especial, concernente à prevalência da Lei nº 6.899/81, não foi objeto de apreciação específica por parte do Acórdão recorrido, razão pela qual se acha, já de início, ausente o requisito do prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356 do Excelso Pretório).

Mas, ainda que assim não fosse, razão desassistida ao recorrente, consoante bem evidenciaram a sentença e o V. Acórdão que a manteve.

É que se trata, no caso, de direito disponível, sendo facultado aos interessados estipular o cômputo da correção monetária da maneira que lhes convier. “Direito dispositivo é aquele que se refere à regulação de

relações jurídicas sobre as quais, em sua constituição, modificação, conservação ou extinção, se possibilita, sem qualquer restrição, a manifestação da autonomia da vontade de seus integrantes. Distingue-se, com efeito, a norma dispositiva da cogente, que não pode ser derogada, de forma alguma, pelos interessados, na sua incidência sobre determinado fato” (in “Enciclopédia Saraiva do Direito”, vol. 26, pág. 423).

Na espécie, não há falar em *ius cogens*, pelo que, como acentuou a decisão ora hostilizada, a Convenção Condominial podia, como o fez, estabelecer a incidência da correção monetária somente seis meses após o atraso no pagamento do débito.

Não se vê afronta à lei federal, nem tampouco divergência pretoriana, pois dois dos arestos paradigmáticos são oriundos do mesmo Tribunal (Súmula 13-STJ), enquanto que o remanescente diz com temática não versada nestes autos.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 45.459-0 — RJ — (94.0007434-4) — Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Condomínio do Edifício Paulino Ribeiro Campos. Advogados: Edson Gaudio Rangel e outros. Recda.: Regina Maria Ribeiro Campos Fernandes Basto. Advogados: Osmar de Freitas Castro e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 19.04.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 46.544-3 — RS
(Registro nº 94.0010030-2)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Rodobens Administração e Promoções Ltda.*

Recorrido: *Transportes Jorgeto Ltda.*

Advogados: *Drs. Roberto Eduardo Tafari e outros, e Mirza Falcão e outro*

EMENTA: *Processo civil. Contrato de adesão. Foro de eleição. Prevalência de regra geral de competência (art. 100, IV, b, CPC). Recurso não conhecido.*

I — A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo:

- a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual;
- b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário;
- c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa.

II — Reconhecida qualquer dessas circunstâncias excepcionais, a definição da competência se impõe seja procedida segundo as regras gerais estabelecidas no diploma processual (no caso, art. 100, IV, b, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Ajuizada por consorciada ação de cobrança na circunscrição judiciária de Porto Alegre-RS, pretendendo por via da mesma haver restituição de prestações pagas à administradora do consórcio, esta ofereceu exceção de incompetência, salientando que do contrato de participação consta cláusula expressa prevendo como competente para a solução de qualquer pendência relativa ao negócio celebrado “o foro da comarca de São José do Rio Preto”.

Inacolhida a exceção em primeiro grau, a ré excipiente interpôs agravo, havendo a eg. Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul negado-lhe provimento com base na seguinte fundamentação:

“São três os fundamentos a ensejar o improvimento do agravo:

a) trata-se, à evidência, de contrato de adesão. A cláusula de eleição, por impressa previamente, é indicativo seguro de que não houve manifestação na escolha do foro, mas, em verdade, estipulação unilateral, merecendo, por isso, total desconsideração;

b) a Câmara já firmou posição no sentido de considerar ineficaz o ajuste a respeito do foro de eleição se ele dificultar ou impossibilitar a defesa dos interesses do aderente; e

c) em verdade, competente para o processamento e o julgamento da ação é o foro desta Capital porque aqui tem representação demandada, como salientado pelo eminente Magistrado, e, daí, a correção da decisão de 1º Grau, com fundamento no artigo 100, inciso IV, letra **b** do Código de Processo Civil.

De acrescentar, a apresentação de defesa, com a necessária proficiência, está a evidenciar que a excipiente/agravante não enfrentou qualquer obstáculo no exercício normal de suas atividades na Comarca e, por fim, nenhuma de suas ponderações logrou derruir a fundamentação da bem lançada decisão de 1º grau”.

A ementa respectiva restou assim redigida:

“Exceção de incompetência. Consórcio. Contrato de adesão.

Ineficaz a eleição de foro em contrato de adesão, face à ausência de manifestação de vontade na escolha do foro e a evidente dificuldade que teria a aderente no exercício da defesa de seus interesses. Aplicação das regras gerais de competência, **in casu**, da previsão contida no artigo 100, inciso IV, letra **b**, do Código de Processo Civil.

Recurso improvido”.

Inconformada, a administradora ré manifestou recurso especial, invocando afronta ao art. 111, CPC e existência de dissídio interpretativo com julgados desta Corte, de Tribunais estaduais e, especialmente, com o enunciado nº 335 da súmula/STF. Sustenta

a) que o foro de eleição deve prevalecer, inobstante instituído em contrato de adesão;

b) que, “ao manifestar sua pretensão de adquirir bem pelo sistema de consórcio, poderia a recorrida ter-se utilizado das inúmeras administradoras existentes, inclusive várias de seu próprio Estado, tendo optado, porém, pela recorrente”;

c) que, “por outro lado, não se aproveita **in casu** a figura da discrepância de poder econômico existente entre as partes contratantes, isto porque a recorrida não possui nenhuma característica de fragilidade, quer econômica, quer de conhecimentos comerciais, uma vez que é comerciante, devidamente habilitada para o pleno exercício do comércio”;

d) que “não se pode acolher a singular alegação de que a aderente é a parte mais fraca”, havendo “necessidade de prova a esse respeito”;

e) que a tese adotada no acórdão recorrido somente prevalece nos casos em que a parte aderente não reúna “condições de entender o real conteúdo e efeitos da cláusula”, vale dizer, seja “contratante economicamente fraco e culturalmente despreparado”.

Contra-arrazoado, foi o apelo admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Este Tribunal, é certo, tem admitido que o foro de eleição estabelecido em contrato de adesão pode, dependendo da natureza da avença, das circunstâncias de sua celebração e das condições econômico-culturais das partes contratantes, não prevalecer, sendo de aplicar-se, em casos tais, as regras gerais de competência. Confirmam-se, nesse sentido, o AgRg/Ag 18.961-RS e o REsp 29.602-RS, relatados respectivamente pelos Srs. Ministros Athos Carneiro e Barros Monteiro, de cujas ementas se extrai:

— “Foro de eleição. Nos contratos tipicamente de adesão, o foro de eleição poderá ceder lugar ao foro do domicílio do réu ou de cumprimento do contrato” (DJ de 1º.3.93).

— “O foro de eleição, constante de contrato de adesão, pode ser desconsiderado, aplicando-se as regras gerais de competência, se constitui ele obstáculo ao cumprimento das obrigações pactuadas”.

Não basta, porém — e o trecho final da segunda das ementas que venho de transcrever já confere essa noção — a simples circunstância de tratar-se de contrato de adesão para, com base só nessa constatação objetiva, ter-se por inoperante a cláusula de eleição de foro nele inserida.

Esse, aliás, o entendimento que restou assentado pela Terceira Turma desta Corte, quando do julgamento do REsp 13.451-SC, Relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro:

“Competência — Eleição de foro.

A circunstância de tratar-se de contrato de adesão, só por si, não basta para ter-se como inadmissível a cláusula de eleição de foro...” (DJ de 21.9.92).

Com efeito, somente não subsiste a competência do foro contratualmente eleito, mesmo que o tenha sido em sede de contrato de adesão, se evidenciado que um dos contratantes, no momento da celebração, não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e conseqüências da estipulação contratual ou, ainda, quando de tal estipulação resulte inviabilidade ou

especial dificuldade de acesso ao Judiciário, por impor a uma das partes excessivo gravame econômico, retirando-lhe, na prática, a possibilidade de exigir coercitivamente o cumprimento das obrigações ajustadas ou de promover a satisfatória defesa dos seus interesses em juízo.

Por óbvio, também quando o contrato for de obrigatória adesão, vale dizer, quando tiver por objeto produtos ou serviços fornecidos com exclusividade por determinada empresa, em regime de monopólio, não se mostra possível, uma vez subtraída à parte aderente que deles necessita qualquer escolha ou ingerência contratual, a preponderância de foro de eleição prejudicial a esta. Em casos tais, na verdade, há absoluta e inafastável imposição unilateral da fornecedora, a que de modo algum se pode furtar aquele que precise do fornecimento.

Feitas essas considerações, passo ao exame da espécie em causa. O contrato de que se cogita é de participação em consórcio, sendo consorciada uma empresa de transportes (“Transportes Jorgete Ltda.”).

Não se trata, portanto, de contrato enquadrado na categoria a que venho de aludir (“contratos de obrigatória adesão”), na medida em que a ora recorrida poderia optar por contratar, para aquisição do veículo de que precisava, com qualquer outra administradora atuante no mercado.

De outra parte, não vejo como prosperar o raciocínio desenvolvido

no acórdão recorrido no sentido de que “a cláusula de eleição, por impressa, é indicativo seguro de que não houve manifestação na escolha do foro, mas, em verdade, estipulação unilateral, merecendo, por isso, total desconsideração”.

Se assim fosse, todas as cláusulas impressas, ainda aquelas relativas à essência do ajuste, deveriam ser desconsideradas, tidas por não escritas.

Não é possível presumir-se que as estipulações contratuais, só porque concebidas previamente por um dos contratantes e tipografadas, sejam inválidas, inoperantes, máxime quando no outro pólo da relação contratual se encontre uma pessoa jurídica que, estando afeita às práticas do comércio, se pressupõe tenha lido referidas estipulações e em relação a tanto manifestado anuência.

Ainda que se admita que a interpretação de tais ajustes se deva fazer de forma favorável à parte aderente, isso não significa devam ser simplesmente desconsideradas as cláusulas que lhe acarretem algum gravame ou obrigação.

No caso posto a exame, porém, há circunstância, reconhecida no v. acórdão recorrido, que importa no afastamento da competência contratualmente estabelecida, autorizando a incidência da regra geral prevista no art. 100, IV, b, CPC.

Entendeu-se aplicável ao caso concreto a orientação firmada pela Câmara “no sentido de considerar

ineficaz o ajuste a respeito do foro de eleição se ele dificultar ou impossibilitar a defesa dos interesses do aderente”, orientação essa que, como visto, se afeiçoa à sufragada pelas Terceira e Quarta Turmas deste Tribunal.

É de salientar-se que o fato de a parte aderente ser pessoa jurídica não conduz necessariamente à conclusão de que possui condições econômicas suficientes para demandar em juízo no foro contratualmente previsto ou de que para tanto não lhe seja exigível singular sacrifício.

Assim, trate-se de pessoa física ou jurídica, se a prevalência do foro de eleição importar em inviabilidade de acesso à Justiça ou mesmo em obstáculo para que a parte aderente exerça de forma plena e efetiva as garantias processuais que lhe são constitucionalmente asseguradas (contraditório, ampla defesa etc.), em casos tais a adoção das regras gerais de competência se impõe.

Oportuno citar, a propósito, o entendimento sustentado, em sede doutrinária, por **Francisco de Paula Xavier Neto** (Revista de Processo nº 56/220), que o Sr. Ministro Athos Carneiro, ao votar como Relator no REsp 27.122-1-MG, teve ocasião de reproduzir:

“Com efeito, não se nega a orientação doutrinário-jurisprudencial de que, em contratos de adesão, a ação deve ser proposta no local determinado pelas partes

(foro de eleição). Entretanto, o aderente pode valer-se das regras gerais de competência, promovendo a ação no lugar onde o contrato de adesão foi celebrado, por intermédio de agente do réu, ainda que outro tenha sido o foro eleito, se a prevalência deste é obstáculo ao cumprimento do avençado. É que muitas vezes, o autor da estipulação a que a outra parte se limitará a aderir, visa criar uma regulamentação que piora ou exaspera a posição do utente em relação à que decorreria da lei, se inexistisse a cláusula impressa. Este agravamento resulta, normalmente, de procedimento abusivo da parte estipulante, ao pretender, *verbi gratia*, que o aderente, na busca de seu direito material, tenha que se deslocar para grandes distâncias dentro do País, quando, em verdade, não possui condições sequer para arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios. Por outro lado, a empresa, em regra, dispõe de agência ou sucursal no local onde contraiu a obrigação e reside o utente, inclusive com o corpo de advogados.

Em hipótese que tais, onde é palmar o poderio econômico da estipulante em relação à parte aderente, a justiça comutativa vê-se postergada, pelo que se impõe a justa proteção do utente contra o proceder abusivo.

Urge, pois, o controle judicial na *lex contractus*, valendo-se o Juiz, na hipótese do foro eleito

ser, efetivamente, prejudicial ao aderente, e observada a real vontade deste na hora que aderiu ao contrato, a aplicação de regras hermenêuticas, *in casu*, o artigo 100, IV, **b**, do CPC e a Súmula 363 do STF, que a rigor, não dizem respeito, exatamente, a contratos de adesão, porém, de real aplicação nestas circunstâncias, eis que se trata de regra geral de competência”.

No caso, o eg. colegiado de segundo grau, além de haver extraído da análise da situação fática a ilação de que a eficácia do ajuste, no que diz com o foro de eleição, impossibilitaria ou dificultaria a defesa dos interesses da aderente, aduziu que o transcurso do feito perante a Comarca de Porto Alegre não implica em qualquer deficiência à atuação processual da excipiente que, possuindo representação na Capital sul-riograndense, logrou apresentar defesa “com a necessária proficiência”.

Em relação ao particular, é de anotar-se que o em. Relator do citado REsp 13.451-0-SC, após discordar do entendimento de que, em se tratando de contrato de adesão, nunca prevalece a cláusula de eleição, enfatizou:

“Aderiria a essa tese quando o acórdão aditasse outras razões como, por exemplo, a especial dificuldade que decorresse para outra parte ou a evidência de que o excipiente nada mais quer que

dificultar a propositura da ação, posto que não teria, ele próprio, problema algum em ser demandado naquele foro em que ajuizada”.

Na mesma direção, da mesma Turma, o REsp 40.988-8-RJ, cuja ementa foi ontem publicada no DJU.

Assim, mantendo coerência com os precedentes da Corte, não diviso a alegada vulneração do art. 111, CPC.

Quanto à existência de dissídio jurisprudencial, não logrou a recorrente demonstrá-la nos moldes regimentais, deixando de citar as fontes de que extraídos alguns dos paradigmas, reproduzindo apenas a ementa de outros e, ainda, trazendo à colação julgado do mesmo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, do qual originário o aresto impugnado.

Por outro lado, não se negou aplicabilidade ao enunciado nº 335 da súmula/STF, que estabelece a validade da “cláusula de eleição do fo-

ro para os processos oriundos do contrato”. Apenas o que se afirmou foi que essa orientação genérica sofre temperamentos, comporta exceções, mormente quando se cuida dos chamados contratos de adesão.

Em face do exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 46.544-3 — RS — (94.0010030-2) — Relator: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Rodobens Administração e Promoções Ltda. Advogados: Roberto Eduardo Tafari e outros. Recdo.: Transportes Jorgeto Ltda. Advogados: Mirza Falcão e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 10.05.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 46.626-1 — PI

(Registro nº 94.0010361-1)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Zhenia Reis Soares Siqueira Baldoíno*

Recorrido: *Hamilton da Silva Baldoíno*

Advogados: *Roberto Ferreira Rosas e outros, e Luiz Gonzaga Soares Viana e outro*

EMENTA: *Separação judicial. Partilha. Divergência.*

Inexistindo consenso entre os cônjuges sobre a partilha dos bens, ainda não avaliados, aplica-se a regra do artigo 1.121 do CPC.

Recurso conhecido em parte e provido para excluir da sentença a partilha dos bens.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, 30 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Cuida-se de ação de separação judicial ajuizada por Zhenia Reis Soares Siqueira Baldoíno contra seu cônjuge, Hamilton da Silva Baldoíno, com fundamento no art. 5º **caput** da Lei nº 6.515, de 26.12.77.

O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de São Raimundo Nonato-PI jul-

gou procedente a ação para decretar a separação judicial do casal, a partilha dos bens, com fundamento no art. 7º e parágrafos da Lei nº 6.515/77, regular a pensão, a guarda e as visitas relativas à filha do casal.

Inconformada, apelou a autora alegando, em preliminar, que as partes não foram ouvidas separadamente e em conjunto; houve afronta ao art. 398 do CPC, porquanto não facultada à apelante a oportunidade de manifestar-se sobre os novos documentos juntados aos autos; não foram considerados os seus pedidos de suspensão da audiência de instrução e julgamento e de produção de prova oral. Solicita, afinal, a nulidade da sentença porque a partilha dos bens nela definida não corresponde à real situação dos bens. Quanto ao mérito, ratifica os argumentos da peça vestibular.

A 2ª Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, à unanimidade e “de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conheceu do recurso e lhe negou provimento, para confirmar a sentença apelada em todos os seus termos”.

Rejeitados os embargos declaratórios (fls. 195/196), interpôs a au-

tora o presente Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, onde alega afronta e negativa de vigência ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, art. 1.775 do Código Civil e arts. 331, II, 398 e 1.121, parágrafo único do CPC e aponta dissídio jurisprudencial.

Alegou nulidade do processo por ter sido realizada a audiência, cujo adiamento fora requerido, e nulidade da sentença por conter a partilha dos bens do casal, sem prévia avaliação, sem o consenso das partes e descumprindo o disposto nos artigos 1.775 CC e 1.121, § único do CPC.

O il. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, negou seguimento ao recurso.

No agravo de instrumento, tirado contra aquela decisão, o il. Relator à época, reconsiderando seu despacho anterior (fls. 109), determinou a subida dos autos para melhor examinar o recurso.

A recorrente apresentou memorial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. Após realizada sem êxito a audiência de conciliação, o magistrado designou a audiência de instrução e julgamento, para a qual foram intimados os advogados das partes. O procurador da autora não compareceu, nem justificou a ausência. Logo, não tem co-

mo reclamar da realização da solenidade, nem alegar eventual prejuízo decorrente da sua falta.

2. A partilha dos bens não poderia ter sido objeto do julgamento da ação de separação, pois sobre a repartição os cônjuges não haviam chegado a um consenso, nem o patrimônio fora devidamente avaliado. Nesse caso, impunha-se adotar o procedimento recomendado pelo artigo 1.121 do CPC. É certo que tal disposição está no capítulo reservado à separação consensual, mas é “intuitivo que idêntica norma terá de ser seguida, como tem sido, em se tratando de inventário decorrente de separação judicial” (Cahali, Divórcio e Separação, 4ª ed., p. 453). Somente assim poderá ser atendida a régra do artigo 1.775 CC e a recomendação da doutrina: “A condição principal da boa partilha é a igualdade” (Carvalho Santos, CCB Interpretado, 13ª ed., XXIV — 387).

Isto posto, conheço em parte do recurso, por violação ao disposto nos artigos 1.121 CPC e 1.775 CC, e nessa parte lhe dou provimento, para excluir da sentença a partilha dos bens do casal, que será realizada na forma da lei, assim como acima ficou explicitado.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 46.626-1 — PI — (94.0010361-1) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recite.: Zhenia Reis Soares Siqueira Baldoíno. Advogados: Roberto Ferreira Rosas e outros. Recdo.: Hamilton da Silva Baldoíno. Advogados: Luiz Gonzaga Soares Viana e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 30.08.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 47.342-0 — SP

(Registro nº 94.0012069-9)

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

Recorrentes: *Reginaldo Ferreira de Araújo e outros*

Recorrido: *Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo — DAAE*

Advogados: *Drs. João David Christin de Gouveia e outros, e Pedro Bernardino de Miranda*

EMENTA: *Precatório. Execução.*

Compete ao Juiz da execução o cumprimento do Precatório e não ao Presidente do Tribunal que exerce atividade administrativa podendo, no entanto, examinar as formalidades extrínsecas do precatório, o erro material que jamais transita em julgado e podem ser corrigidos a qualquer tempo. Recurso especial conhecido e provido.

Precedentes do TFR, STJ e STF.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo

parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 20 de junho de 1994
(data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim expôs e decidiu a questão:

“Em Ação de Desapropriação, já em sede de Execução, indeferiu-se, pela r. decisão interlocutória (fls. 52) agravada, “o pedido de verificação da exatidão ou não do depósito e conseqüente atualização dos cálculos...” (sic — fls. 3).

Daí a irresignação dos Exeqüentes manifestada através deste Agravo de Instrumento (fls. 2/7) pelo qual se busca reforma do julgado vez que o Juiz da Execução é o competente para “dirimir qualquer controvérsia relativa à complementação do precatório...” (sic — fls. 7); que “o Assento Regimental nº 195/91, da Egrégia Presidência do Tribunal de Justiça não pode, **data maxima venia**, alterar dispositivos do Código de Processo Civil...” (verbis — fls. 3).

Deferida a formação do Agravo (fls. 2), com Resposta (fls. 36/37), mantida a r. decisão interlocutória agravada (fls. 38), subiram os autos.

É o relatório.

Em razão do comando constitucional do art. 100, § 2º é que sobreveio o Assento Regimental nº 195 desta Egrégia Corte disciplinando, em suma, expedição dos precatórios.

Assim, atingido o termo final do processo de Liquidação e já, agora, em sede de Execução, requisitado o pagamento na conformidade do disposto no art. 730, I do Código de Processo Civil, as subseqüentes questões atreladas àquele pagamento, como a que se cuida, não mais dizem respeito ao Juízo da Execução, que se ostenta, assim, a partir daí, incompetente. Nesta condição, ao julgar aquelas questões profere decisões nulas. E assim é porque, mercê daquele Provimento, compete ao Presidente do Tribunal, dentre outras atribuições, ordenar a correção das inexatidões materiais ou retificar erros de cálculo, resolvendo todas as questões relativas ao cumprimento dos precatórios, inclusive sua extinção. Atribuições limitadas, pois, à disciplina do cumprimento dos precatórios judiciais e não a outras questões atinentes ao Processo de Execução.

Disto desponta o acerto do r. julgado, que subsistirá.

Nega-se provimento ao Agravo de Instrumento.” (fls. 67/68)

Opostos embargos de declaração foram eles rejeitados. Daí o recurso especial do vencido, escorado nas letras a e c da previsão constitucional, sob alegação de que o v. acórdão impugnado teria negado vigência aos artigos 575, II, 794, I e 795 todos do CPC, 29 do Decreto-Lei 3.365/41, além de divergir de julgados que indica, posto que a competência é do Juiz da causa.

Foi o recurso inadmitido. Todavia, provi o agravo para melhor exame do recurso.

É este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Em execução de sentença o ora recorrente pediu a atualização dos cálculos do precatório para verificar a exatidão dos depósitos. Entendeu o nobre magistrado que tal atribuição era do Presidente do Tribunal, inclusive a extinção do precatório. Na atividade administrativa do Presidente do Tribunal não se inclui o procedimento adotado podendo no entanto examinar as formalidades extrínsecas do precatório, o erro material que jamais transita em julgado e podem ser corrigidos a qualquer tempo. Assim já decidia o egrégio e sempre lembrado Tribunal Federal de Recursos nos autos do Precatório nº 4.716 publicado na RTFR, vol. 53, pág. 3, seguindo a orientação do STF no RE 78.612 publicado na RTJ, vol. 71, págs. 574/575, trazido a confronto no recurso. Além deste cita o recorrente os REsps 2.061 e 2.388 publicados na RSTJ nº 11, págs. 382 e 402 e mais outros dos quais destoa o acórdão recorrido. De

igual forma já votei nos REsps nºs 2.060 e 9.296. Comprovado o dissídio jurisprudencial, conheço do recurso pela letra c e dou-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido a fim de que o juiz **a quo** prossiga no cumprimento do precatório.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 47.342-0 — SP — (94.0012069-9) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Rectes.: Reginaldo Ferreira de Araújo e outros. Advogados: João David Christin de Gouveia e outros. Recdo.: Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo — DAEE. Advogado: Pedro Bernardino de Miranda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 20.06.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Churrascaria Rio Preto Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Normando Fonseca e outro, e Célia Mariza de Oliveira e outros*

EMENTA: *Tributário. ICMS. Fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e similares. Base de cálculo.*

Nos precisos termos do § 2º, do art. 8º do D.L. 406/68, o fornecimento de mercadorias, agregado a prestação de serviço não especificada na lista, sujeita-se unicamente à incidência do imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS).

A prestação de serviço adjunta ao fornecimento de mercadorias em bares, restaurantes e correlatos não constitui hipótese de incidência do ISS, por não integrar a lista anexa ao D.L. 406/68.

O tributo devido, no caso, é o ICMS, e tem por base de cálculo o valor total da operação, englobando tanto a parcela referente às mercadorias fornecidas como aquela pertinente aos serviços prestados pelo estabelecimento.

Precedentes do egrégio STF.

Recurso improvido, por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos au-

tos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília 1º de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Litigam a *Fazenda Estadual* e o contribuinte sobre a legitimidade do ICM (ICMS) sobre o fornecimento de alimentos e bebidas em bares e restaurantes e similares.

Enquanto a Fazenda defende a exigência do tributo, nos termos do Decreto-Lei nº 406/68, artigo 8º, §§ 1º e 2º, e legislação estadual, o contribuinte porfia pela inexigibilidade, porquanto a operação envolve, também, fato gerador de imposto municipal sobre serviços (ISS), que recairia sobre a diferença entre o total cobrado e a parcela relativa ao valor das mercadorias.

Argumenta-se, ademais, que não havendo a legislação estadual estabelecido a separação entre o fornecimento das mercadorias e a prestação de serviços, tomando, aquele, como fato imponível, mas como base de cálculo o valor total da operação, a cobrança do ICM seria ilegal.

É o relatório.

VOTO

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

A quesília gira em torno da validade das leis estaduais, sobre concluir-se pela legitimidade ou não da cobrança do ICM relativo ao fornecimento de alimentação e bebidas

em bares e restaurantes e quejandos, tomando-se como base de cálculo, para a incidência daquele tributo, o montante da operação, ou seja, o somatório compreensivo do fornecimento das mercadorias (embora estas sejam consumidas no local), com a prestação de serviços, ou, por outro lado, se, em face da lei (Decreto-Lei nº 406/68, artigo 8º, e CTN, artigo 9º, I e 97, IV), faz-se necessária a distinção, através de lei específica, entre o fornecimento da mercadoria e a prestação de serviços — separando o que é do Estado do tributo que pertence ao Município.

Efetivamente, durante muitos lustros proclamou-se nos Tribunais, que, ao se firmar a jurisprudência cristalizada na Súmula nº 574 do STF, no sentido de que, sem lei estadual que a estabeleça, é ilegítima a cobrança do ICM sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes ou estabelecimento similar, já se colocava como principal fundamento dessa orientação (prevalecente durante muito tempo), o de que o conceito de saída de mercadorias como fato gerador do tributo estadual não abrange o de fornecimento para consumo imediato, como se faz nos bares e quejandos, ainda que, no conceito genérico, esse fornecimento configure circulação de mercadoria (artigo 1º, I, do Decreto-Lei nº 406/68). Daí, tornou-se imprescindível, como assentaram os Tribunais, que, desde que tal fornecimento não implicava em saída efetiva da mercadoria, posto que esta era consumida no próprio estabelecimento, fosse a hipótese de exação

expressamente contemplada pelo legislador estadual. Ocorre que, nem a lei federal (Decreto-Lei nº 406/68), nem a estadual (Lei nº 440/74) definiram a base de cálculo que corresponderia àquela relativa à saída da mercadoria.

A partir daí, dessa omissão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE nº 100.563-RTJ, 109/1.211) firmou-se no sentido de que: “a lei estadual deve distinguir o preço dos serviços do das mercadorias, erigido este em base de cálculo do ICM. A ausência da legislação neste sentido torna impossível a cobrança do mencionado tributo. São inumeráveis os Arestos da Suprema Corte neste sentido (RTJ, vol. 114/696; 115/368; 116/838; 117/427; 118/292; 119/289). A tese predominante era a de que o imposto (ICM), há de ter por base, apenas, a mercadoria fornecida, abstraídos do valor os serviços necessários para a devida execução (D.J. de 26.06.89).

Enveredando por esta interpretação, é que o Superior Tribunal de Justiça construiu seu entendimento, sendo um dos precursores o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no REsp nº 11.460, a averbar: “Se a lei não distingue, em sua base de cálculo, o fornecimento de mercadoria e a prestação de serviços, é ilegítima a cobrança do ICM.”

Ressalta-se, como se afirmou, que o entendimento perfilhado pelo STJ foi inspirado na jurisprudência pacífica e predominante na Excelsa Corte, sobre a matéria.

Ocorre que, já por influência do sistema tributário preconizado na

atual Constituição, o S.T.F. mudou a sua jurisprudência e já no julgamento do RE nº 144.795-SP (D.J. de 12.11.93) “proclamou a plena validade constitucional da legislação paulista, acerca dessa matéria e, especificamente, da Lei nº 6.374/89 e, em consequência, reconheceu como legítima a incidência da exação em causa.”

Com efeito, dispõe o artigo 8º do Decreto-Lei nº 406/68, “que o imposto sobre serviços de qualquer natureza é da competência dos Municípios.” E, no § 1º, prevê, “que os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva o fornecimento de mercadorias.” Por sua vez, preconiza o § 2º, “que o fornecimento de mercadorias, com prestação de serviços não especificados na lista, fica sujeito ao imposto sobre circulação de mercadorias.” Isso significa que no fornecimento de mercadorias em bares, restaurantes e similares, uma vez que a prestação de serviços correlata não está especificada na lista, o imposto a incidir é o ICM (artigo 8º, § 2º, do Decreto-Lei nº 406/68). E a base de cálculo do tributo é o *valor da operação*, isto é, o total que o contribuinte despendeu com o fornecimento das mercadorias, mais a prestação de serviços (Decreto-Lei nº 406/68, artigo 2º, inciso I).

Nessa linha de raciocínio, era legítima a cobrança do ICM sobre o fornecimento de alimentos e bebidas, em bares, restaurantes e quejandos, no Estado de São Paulo, mesmo a partir do advento da Lei nº 5.887/87, com as alterações pos-

teriores. Ao proferir decisão no RE nº 172.018-2/SP, em que faz remissão à jurisprudência, hoje, predominante naquela Corte Suprema, escreveu o Ministro Celso de Melo: “O fornecimento de alimentação e bebidas, para consumo no próprio estabelecimento, casos de restaurantes, bares, boates, etc., compreende-se na hipótese de mercadoria fornecida com prestação de serviços. Pelo singelo motivo de que não se acham relacionados em lei complementar, como exigido pela Constituição (artigo 156, IV) os serviços envolvidos na operação, prestados por cozinheiros, “maîtres” e garçons, estão sujeitos ao ICMS (RE 144.795-SP). A precisão constante do artigo 155, § 2º, IX, b, da Carta Política constitucionalizou a norma inscrita no artigo 8º, § 2º do Decreto-lei nº 406/68, que, revestido de força e eficácia de lei complementar, consoante atesta a doutrina, submete ao âmbito de incidência do tributo estadual em causa, o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços, desde que, não especificados estes na lista anexa ao Decreto mencionado” (D.J. de 22.02.94).

A circunstância de o Decreto-Lei nº 406/68, como proclamou o STF (RE 129.877-4), não contemplar, na lista que lhe é anexa, os serviços prestados no fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes e bares, cafés e estabelecimentos similares *afasta*, por sua vez, a possibilidade de se ter, no caso, a dupla incidência, sendo certo, ainda, que o valor cobrado fica sujeito apenas ao imposto sobre circulação de mercadorias (§ 2º do artigo 8º do

Decreto-Lei nº 406), da mesma forma que a prestação de serviços incluídos (na lista) sofre unicamente a incidência do imposto sobre serviços, ainda que envolva o fornecimento de mercadorias (§ 1º do artigo 8º).

Com essa nova interpretação dos dispositivos invocados da Lei Federal (Decreto-Lei nº 406/68) e com base em orientação firmada pela Suprema Corte, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, fico vencido na preliminar, mas o acompanho no mérito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 48.459-6 — SP — (94.0014720-1) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Churrascaria Rio Preto Ltda. Advogados: Normando Fonseca e outro. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Célia Mariza de Oliveira e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, conheceu do recurso e no mérito, negou-lhe provimento (em 01.06.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 49.251-3 — RJ
(Registro nº 94.0016298-7)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Cândido's Bar e Restaurante Ltda.*

Recorrida: *Maria Henriqueta Ribeiro Nunes de Santos Castro*

Advogados: *Drs. Milton Moraes Martins e Hylton Moniz Freire Júnior e outro*

EMENTA: Processo civil. Competência. Reparação de dano. Delito.

A norma do parágrafo único do art. 100 do CPC refere-se aos delitos de modo geral, abrangendo tanto os de natureza penal como civil. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente. Ministro COSTA LEITE,
Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE:
Trata-se de recurso especial interposto por Cândido's Bar e Restau-

rante Ltda., com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão da e. Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob a alegação de que negou vigência ao art. 100, IV, a e V, a, do Código de Processo Civil, bem como ao art. 108, I, a, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Rio de Janeiro, ao prover agravo de instrumento, entendendo aplicável a regra competencial do parágrafo único do art. 100 do CPC.

O recurso foi admitido a teor dos seguintes fundamentos:

“... como se vê da inicial, por cópia às fls. 10/14, o fato (incêndio) do qual sustenta-se emergiram os danos, de que se carpe a autora, ocorreu em Pedra de Guaratiba, onde a ré tem sua sede. Nessas condições, não se estando diante da ação de reparação de

dano decorrente de delito ou de acidente de veículo, a regra de competência prevista no Parágrafo único do artigo 100 do Código de Processo Civil não tem, de fato, aplicação, incidindo, antes, na espécie, a que fixa a competência do foro, tendo presente o local onde a pessoa jurídica tem a sua sede (art. 100, IV, a), foro em que, no caso dos autos, se confunde com o do próprio lugar do fato (art. 100, V, a).”

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O v. aresto recorrido apresenta-se assim fundamentado:

“Tem razão a agravante. A jurisprudência, observando a regra contida no parágrafo único do art. 100 do CPC, já firmou entendimento no sentido de que as vítimas de delito ou acidentes de veículo podem optar pelo foro do seu domicílio ou do local do fato para reclamar a reparação dos danos sofridos.

A agravante reside nesta cidade e foi vítima de uma explosão de que decorreu um incêndio, tudo causado por culpa do réu. Pretende a reparação dos danos físicos que sofreu, lucros cessantes e dano moral. Tem, portanto, o direito de promover a ação no juízo do seu domicílio.

A disposição, como anota a jurisprudência de um modo geral, visa beneficiar a vítima do dano pois, como observa **Hélio Tornaghi**: ‘Não seria razoável que, ademais de lesado, a vítima ainda houvesse de deslocar-se para o domicílio do réu ou para qualquer outro foro, agravando-se-lhe o prejuízo.’ (Comentários — vol. I — p. 340).”

Escorreita a fundamentação do acórdão. Tratando-se de delito, incide a norma do parágrafo único do art. 100 do Código de Processo Civil, que se refere aos delitos de modo geral, abrangendo tanto os de natureza penal como civil. Nem se diga que tal regra de competência alude especificamente ao delito de trânsito. A expressão “acidentes de veículos” já seria de suficiente abrangência, fazendo dispensável se mencionassem também delitos, como acentuou o eminente Ministro Eduardo Ribeiro no voto condutor do acórdão desta Turma no REsp nº 14.731-RJ.

Do quanto exposto, Senhor Presidente, não conheço do recurso. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 49.251-3 — RJ — (94.0016298-7) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Cândido’s Bar e Restaurante Ltda. Advogado: Milton Moraes Martins. Recda.: Maria Henriqueta Ribeiro Nunes de Santos Castro. Advogados: Hylton Moniz Freire Júnior e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 11.10.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Edu-

ardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 49.933-0 — SP

(Registro nº 94.0017950-2)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Magnum S/A Participações e Empreendimentos*

Recorridos: *Fernando Mitsuru Nishimura e outro*

Advogados: *Drs. Nilton Serson e outro, e José Augusto Alcântara de Oliveira e outro*

EMENTA: *Direito Civil. Compromisso de compra e venda de imóvel celebrado antes da vigência da Lei 8.078/90. Inadimplemento. Resolução. Cláusula penal. Previsão de perda de todas as prestações pagas pelos promissários-compradores inadimplentes. Redução pelo judiciário. Possibilidade. Art. 924, CC. Precedentes. Limite da redução. Recurso parcialmente provido.*

I — Estipulada, em compromisso de compra e venda de imóveis, pena convencional de perda de todas as prestações pagas pelos compromissários-compradores, o juiz, declarando resolvido o ajuste, pode, autorizado pelo disposto no art. 924, CC, reduzi-la a patamar que entenda justo.

II — De tal redução, contudo, não pode resultar condenação dos promissários-adquirentes a quantia insuficiente a fazer face, pelo menos, às efetivas perdas e danos experimentadas pela promitente-vendedora, sob pena de placitar-se enriquecimento sem causa.

III — Hipótese em que, determinada a devolução das prestações (exceto as arras) aos compromissários-compradores, a estes incumbe arcar com o pagamento dos aluguéis relativos ao período de ocupação, devidos desde a imissão na posse até a entrega do imóvel.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Brasília, 8 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Proposta por promitente-vendedora ação de “rescisão” de compromisso de compra e venda de imóvel cumulada com imissão na posse e perdas e danos, os réus, promissários-compradores, contestaram e reconvieram.

O Juiz, dando pela procedência do pedido inicial e improcedência do reconvenicional, impôs aos réus a perda, “a título de composição em perdas e danos, de todas as quantias pagas e das benfeitorias, ainda que necessárias, por eles introduzidas no imóvel”, além de condená-los ao pagamento de aluguel mensal, desde a citação até a efetiva entrega do imóvel.

Interposta apelação, a eg. Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal

de Justiça de São Paulo deu-lhe parcial provimento para, entendendo leonina a previsão contratual de perda completa das quantias pagas pelos promissários-adquirentes, “ordenar” à empresa autora a devolução de tais quantias (exceto o sinal), com correção monetária, estabelecendo, ademais, que ao pagamento de aluguéis pela ocupação somente estarão obrigados os apelados após o trânsito em julgado.

Da fundamentação lançada no acórdão, extrai-se:

“... a cláusula que estabeleceu perda completa das quantias pagas pelos compradores, é realmente leonina, imposta que foi pela parte poderosa e que sequer considerou a possibilidade do adquirente, no futuro, ficar sem condição de prosseguir no negócio. A norma do Código de Defesa do Consumidor, ainda que aqui inaplicável, é de exemplar justiça e inspira solução que não deixe os réus inteiramente desamparados. Nas palavras de **Caio Mário**, é puramente potestativa a cláusula que “coloca todo o efeito da declaração de vontade na dependência do exclusivo arbítrio daquele a quem o ato interessa” (Instituições, 7ª ed., Vol. I, pág. 397).

Destarte, se a autora recupera o apartamento e dele poderá dispor, com preço atual de mercado, não é justo que os adquirentes, sem condições de continuar pagando as prestações, percam também as que conseguiram honrar. A perda do sinal informado (Cr\$

100.000,00 — fl. 10) fica mantida nos termos do art. 1.097 do Código Civil. Mas as demais parcelas serão devolvidas aos réus, corrigidas desde a data de cada desembolso.

Quanto aos aluguéis, não há por que cobrá-los desde a citação e nem a posse era irregular enquanto debatida a questão no âmbito do Judiciário. Apenas com o trânsito em julgado é que a presença dos réus, no imóvel, ficará injustificável, correndo daí a reparação na forma de aluguel pelo período excedente.

No que tange às benfeitorias, impostos e outras despesas feitas pelos suplicados, não há o que alterar na decisão. Assim, o apelo dos réus é parcialmente provido para acolher o pedido reconvenicional nos termos indicados”.

Inconformada, a autora manifestou recurso especial alegando inobservância aos arts. 115, 916, 917, 1.056, 1.059, 1.092 e 1.094, todos do Código Civil, além de divergência interpretativa com julgados do Supremo Tribunal Federal e desta Corte. Sustenta, em síntese:

a) que a estipulação de cláusula penal prevendo a perda das prestações pagas (pré-estipulação das perdas e danos devidos em virtude da inexecução contratual) é perfeitamente válida nos compromissos de compra e venda como o de que se cuida;

b) que a Câmara julgadora, negando aplicação ao “princípio secular do **pacta sunt servanda**”, valeu-se do “denominado “direito alternativo”, que prega a solução que

se afigure, aos olhos do julgador, a mais “justa” para o litígio, em contraposição ao direito positivado”;

c) que a decisão recorrida encerra inequívoco “enriquecimento sem causa dos devedores”, “que ocuparam e ainda ocuparão o imóvel **sub judice** por longo período, sem se verem molestados ou obrigados a desembolsar qualquer importe, sequer aluguel pela utilização da coisa”.

Contra-arrazoado, foi o apelo admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): No acórdão recorrido não se proclamou a invalidade da cláusula penal contratualmente estabelecida. Ao contrário, afirmada restou a impossibilidade de incidência **in casu** da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que em seu art. 53 estabelece:

“Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

O eg. Colegiado de segundo grau, portanto, ao consignar “que a Lei 8.078/90 entrou em vigor algum tempo depois de firmado o pacto, não cabendo aplicação retroativa”, reconheceu lícita a estipulação contratual objeto da controvérsia.

Considerando-a, contudo, injusta e abusiva, no sentido de excessivamente onerosa aos compromissários-compradores, valeu-se do disposto no art. 924, CC — embora sem fazer referência expressa a esse preceito — para mitigar-lhe o rigor.

Assim, limitou o **quantum** devido pelos réus, por força da resolução a que deram causa, apenas à perda do sinal (arras), à não restituição das benfeitorias, impostos e outras despesas por eles realizadas durante o período de ocupação e ao pagamento de aluguéis após o trânsito em julgado.

Quanto à licitude da redução da pena convencional a patamar que o órgão julgador entenda justo, com base na norma do art. 924, CC, esta Corte já assentou:

“Compromisso de compra e venda. Cláusula penal compensatória. Revisão judicial.

A cláusula contratual que prevê a perda das importâncias pagas, no caso de inadimplemento dos promitentes-compradores, tem caráter de cláusula penal compensatória, podendo o juiz, rescindindo o contrato, reduzi-la proporcionalmente. Art. 924 do Código Ci-

vil”. (REsp 8.354-SP, Relator o Sr. Ministro Nilson Naves, DJ de 7.10.91).

“Promessa de compra e venda de Imóvel.

.....”

A cláusula que prevê não tenha direito o promitente-comprador à devolução das importâncias pagas deve considerar-se como de natureza penal, compensatória, podendo ser reduzido seu valor com base no art. 924 do Código Civil” (REsp nº 12.074-SP, Relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 4.5.92).

“Direito Civil. Compromisso de compra e venda. Inadimplemento. Pedidos de “rescisão” contratual, reintegração na posse e perdas e danos. Redução destas aos prejuízos efetivamente sofridos e ao aluguel pela ocupação. Cláusula penal. Inteligência dos arts. 920 e 924, CC. Recursos não conhecidos.

I — Não se justifica que o Direito, que deve realizar o justo, albergue pretensão que, além da resolução contratual e da reintegração na posse, ainda postula a perda da integralidade das quantias pagas, quando o inadimplemento decorreu apenas das duas últimas prestações.

II — A pena convencional prevista no art. 920, CC, não se limita ao percentual da “lei de usura”, sendo lícito ao juiz, porém, autorizado pela norma do art. 924 do mesmo diploma, reduzi-la a pata-

mar justo, evitando que referida multa venha a constituir fonte de enriquecimento indevido” (REsp nº 10.620-SP, por mim relatado, DJ de 20.4.92).

Não diviso, portanto, no acórdão recorrido, ofensa aos arts. 115, 916, 917, 1.092 e 1.094, CC.

Considero, entretanto, assistir razão à recorrente no que toca à alegada afronta aos arts. 1.056 e 1.059 da lei civil.

Conquanto seja facultado ao julgador mitigar o rigor da cláusula penal pactuada, reduzindo-lhe proporcionalmente o valor, lícito não se mostra que essa redução se opere de forma tal que o **quantum** dela resultante, a cujo desembolso obrigados os compromissários-compradores, seja insuficiente a fazer face sequer aos efetivos prejuízos experimentados pelos promitentes-alienantes.

No caso, sem que haja necessidade de reexame dos aspectos fáticos da causa, resulta inequívoco que a imposição de pagamento de aluguéis somente a partir do trânsito em julgado conduz a inadmissível enriquecimento sem causa dos recorridos em detrimento da recorrente.

O encargo locatício, nas hipóteses como a vertente, evidencia-se devido pelos promissários-compradores inadimplentes desde quando imitados na posse do imóvel e durante todo o período de ocupação. Do contrário, tendo dado causa à rescis-

são, seriam ainda contemplados com moradia gratuita durante todo esse período.

Procede, pois, em relação ao particular, o inconformismo deduzido pela recorrente nos seguintes termos:

“Vale destacar que os Recorridos estão na iminência de experimentar um acréscimo patrimonial impressionante: consoante o v. acórdão impugnado, além de desobrigados a pagar aluguel pela utilização do imóvel, ainda farão jus à restituição de quase tudo o que pagaram no período.

É como se os Recorridos tivessem feito uma poupança no período, obtendo, além dos rendimentos, moradia gratuita, por mais de 03 (três) anos. Só o que pouparam de aluguel lhes permitirá comprar um apartamento novo. Diante desse quadro, teria a Recorrente realizado melhor negócio se em vez de vender, houvesse alugado o apartamento. Aí, quem sabe, talvez tivesse garantido alguma remuneração razoável.

Portanto, a conclusão inelutável é que, em nome de pretensa justiça, a r. decisão recorrida redundou em evidente enriquecimento sem causa aos Recorridos, que foram agraciados com moradia gratuita e um belo pecúlio, às custas da Recorrida”.

Com efeito, a prevalecer a conclusão estampada no acórdão recorri-

do, não haveria **restitutio in integrum**, tampouco, via de consequência, restabelecimento das partes ao **status quo ante**; arcariam os devedores apenas com parte das perdas e danos suportados pela credora, perdas e danos que, por definição legal, englobam, além do que essa efetivamente perdeu, “o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Disso resulta axiomático não ser admissível a gratuidade da permanência dos promissários-adquirentes no imóvel, permanência que impossibilitou e está impossibilitando a promitente-alienante de locá-lo a outra(s) pessoa(s) e auferir o rendimento que de tal prática lhe adviria.

Por fim, de anotar-se não haver restado satisfatoriamente evidenciada a invocada divergência pretoriana, tendo a recorrente, em relação a tanto, reproduzido apenas as ementas dos acórdãos trazidos à colação, inservíveis e insuficientes à demonstração da similitude das espécies em cotejo.

Em face do exposto, conhecendo em parte do recurso, e apenas pela alínea **a** do autorizativo constitucional, nessa parte dou-lhe provimento para impor aos recorridos (réus) obrigação pelo pagamento de aluguéis mensais, cujos valores se-

rão fixados em sede de procedimento liquidatório, devidos durante todo o período de ocupação, vale dizer, desde quando imitidos na posse do imóvel até a sua efetiva entrega, compensando-se o valor dos locativos e o valor das prestações que a recorrente está obrigada a devolver. No mais, fica mantida a decisão recorrida, inclusive no que respeita a distribuição dos ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 49.933-0 — SP — (94.0017950-2) — Relator: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Rectes.: Magnum S/A Participações e Empreendimentos. Advogados: Nilton Serson e outro. Recdos.: Fernando Mitsuru Nishimura e outro. Advogados: José Augusto Alcântara de Oliveira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 08.08.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 50.349-3 — RJ
(Registro nº 94.0018914-1)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Varig S/A — Viação Aérea Rio-Grandense*

Recorrida: *UAP Seguros Brasil S/A*

Advogados: *Drs. Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros, e Roberto Honorato da Silva e outro*

EMENTA: Transporte aéreo — Mercadoria — Extravio — Responsabilidade.

A execução do contrato de transporte aéreo compreende o que se faça por terra, para entrega da mercadoria ao destinatário.

A norma pertinente à limitação da responsabilidade do transportador abrange a execução integral do contrato, não se a podendo ter como compreendendo apenas os riscos inerentes ao transporte pelo ar.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cláudio Santos.

Brasília, 06 de setembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente e Relator.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A Egrégia Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, provendo apelação interposta por UAP Seguros do Brasil S/A, na indenizatória ajuizada contra Varig S/A — Viação Aérea Rio-Grandense, concluiu:

“O extravio de mercadoria durante o transporte rodoviário, feito entre o aeroporto e o endereço do destinatário, não tendo qualquer relação com os riscos do transporte aéreo, não pode ficar sujeito à indenização tarifária, prevista no Código Brasileiro do Ar. Neste caso, é integral a responsabilidade da transportadora

pelo pagamento do valor da mercadoria extraviada.” (fls. 120)

Rejeitado o pedido de declaração, a apelada apresentou recurso especial.

Sustentou que contrariados os arts. 245, 246, 262 e 264 do Código Brasileiro de Aeronáutica. Argumentou que aplicável a limitação da responsabilidade, vez que o transporte rodoviário, na hipótese, integra o aéreo. Alegou, ainda, negativa de vigência do art. 1.058, parágrafo único, do Código Civil, caracterizado motivo de força maior, em virtude do roubo da mercadoria. Afirmou existir divergência jurisprudencial.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): O acórdão recorrido entendeu que a limitação da responsabilidade do transportador aéreo só se justificaria em razão dos riscos que lhe são próprios. Não abrangeria hipóteses como a dos autos, em que a perda da mercadoria ocorreu quando era levada, por terra, para ser entregue ao destinatário. Examinei a matéria ao julgar o REsp 39.297 e destaco trecho de voto que então proferi:

“O Código Brasileiro de Aeronáutica prevê limite para indenização no transporte aéreo em ge-

ral (art. 246) e, especificamente em relação à carga, fixa-o em valor correspondente a três OTN por quilo, “salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor e mediante o pagamento de taxa suplementar, se for o caso” (art. 262). Primeira questão a examinar prende-se à assertiva de que a limitação se restringiria às hipóteses de riscos próprios do transporte aéreo.

Tenho para mim que tal interpretação é incompatível com a lei em exame. Além de não ter, a ampará-la, qualquer dispositivo do Código, é repelida pelo que nele está expresso. O artigo 246, já citado, ao dispor genericamente sobre a limitação de responsabilidade, refere-se à execução do contrato de transporte de carga e menciona o artigo 245, onde se explicita o que compreende. Dali se vê que abrange todo o período em que se acha sob a responsabilidade do transportador, ainda que no aeródromo, indo do recebimento à entrega final. A leitura dos dois dispositivos, um expressamente invocado pelo outro, mostra que a restrição à responsabilidade diz com toda a execução do contrato, em que se inserem situações onde não se pode vislumbrar risco específico do transporte pelo ar. Note-se, ainda, que se na execução do contrato de transporte aéreo outro meio for utilizado, e havendo dúvida sobre onde se verificou o dano, essa se resolve, tratando-se da

responsabilidade do transportador, pela incidência do disposto no Código em exame (artigo 263).

De outra parte, o artigo 248 cuidou dos casos em que não incide a regra limitativa. Pretendesse a lei que também em outros não seria de se aplicar, haveria de aí mencioná-los. Abstendo-se de fazê-lo, não é possível ampliar as exceções. Aliás, a adotar-se o entendimento em exame, quando se trate de carga, a exceção passaria a ser a regra. Raramente dano ou extravio adviria da natureza desse transporte. Ter-se-ia que admitir haver o Código previsto amplamente a limitação de responsabilidade, mas que a regra restritiva só excepcionalmente incidiria.

Em verdade, a lei estabeleceu opção. Preferindo o expedidor pagar o frete normal, sujeitar-se-á à limitação de responsabilidade. Se mais lhe convier contratar de forma diversa, fará declaração especial de valor e arcará com taxa suplementar, deixando de haver a questionada restrição.

Considero, pois, que não há lugar para a distinção, fundada na natureza do risco. A única prevista em lei decorre da escolha do expedidor.”

O douto aresto impugnado invocou, em abono da tese que acolheu, voto do Ministro Moreira Alves no RE 80.058. Tenho para mim, entretanto, que, embora haja feito men-

ção aos riscos desse transporte, a razão de decidir foi outra. Colocou-se em relevo que a lei se referia a acidente e como tal não se haveria de entender o furto da mercadoria.

No caso, é certo, teria ocorrido roubo e, a adotar-se aquele entendimento, não se verificara o acidente, apto a fazer aplicar a limitação de responsabilidade. Sucede que aquele julgado refere-se ao Código Brasileiro do Ar (Decreto-Lei 32/66) cujo artigo 98 estabelecia a responsabilidade do transportador “pelo dano resultante de destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou de carga, nos acidentes ocorridos durante o transporte aéreo”. A vigente lei (Código Brasileiro de Aeronáutica — Lei 7.565/86), ao tratar da responsabilidade contratual, menciona acidente quando cogita de dano sofrido por passageiro. Ao tratar do que ocorra com carga, a essa circunstância não faz referência.

Considero, pois, que o acórdão violou o artigo 246 do citado Código, razão por que conheço o recurso e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 50.349-3 — RJ — (94.0018914-1) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Varig S/A — Viação Aérea Rio-Grandense. Advogados: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros. Recdo.: UAP Seguros Brasil S/A. Advogados: Roberto Honorato da Silva e

outro. Sustentou oralmente, o Dr. Pedro Augusto de Freitas Gordilho, pela Recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 06.09.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento, os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Costa Leite e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 50.486-4 — RS

(Registro nº 94.0019149-9)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrido: *José Rubens Pillar*

Advogado: *Dr. José Rubens Pillar*

EMENTA: REsp — Penal — Crime — Prefeito municipal — Lei nº 6.766/79 — O Prefeito Municipal é funcionário público, nos termos do disposto no art. 327, Código Penal. O objeto jurídico — Administração Pública — por si só, não encerra todos os crimes funcionais. O Título XI, cap. II relaciona crimes comuns (qualquer pessoa, capaz e imputável pode praticá-los). A Lei nº 6.766/79 não descreve crime funcional. Irrelevante, por isso, a qualificação jurídica do agente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli, Ademar Maciel e Anselmo Santiago.

Brasília, 30 de agosto de 1994
(data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com base na alínea a do per-

missivo constitucional, contra o v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que rejeitou denúncia oferecida contra ex-prefeito da Comarca de Alegrete, como incurso nas penas do art. 50, inciso I da Lei nº 6.766/79, pela suposta prática de loteamento irregular.

O v. acórdão está assim ementado:

“O Órgão Público, na pessoa do Prefeito Municipal, não pode ser sujeito ativo da prática de loteamento irregular previsto na Lei nº 6.766/79, a qual visa resguardar a administração pública e os adquirentes de imóveis loteados. Trata-se de acusação política com a qual o Judiciário não pode compartilhar. Denúncia rejeitada por não haver crime” (fls. 136).

O recorrente arguiu que o tipo penal previsto no art. 50, I da Lei 6.766/79 não distingue ou restringe o seu sujeito ativo, não se autolimitando. Sustenta:

“Assim, pratica o crime contra a Administração Pública quem dá início, de qualquer modo, ou efetua loteamento ou desmembramento de solo, para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as exigências traçadas pela própria Lei nº 6.766/79, ou pelas normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios.

Com efeito, sujeito ativo deste crime é quem pratica o fato des-

crita na norma penal incriminadora, isto é, quem executa a ação nuclear de dar início ou efetuar loteamento ou desmembramento sem autorização do órgão competente, ou em desacordo com as disposições legais” (fls. 146).

Sem contra-razões (fls. 150).

Despacho de admissão às fls. 151/152.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo provimento do recurso e a fim de ser recebida a denúncia formulada pelo órgão Ministerial local (fls. 158/161).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LÚIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Este recurso coloca em mesa importante e sedutor tema doutrinário do Direito Penal, qual seja — conflito aparente de normas penais — que divide os escritores quanto aos princípios regentes.

Tenho para mim, o — princípio da especialidade — é suficiente para solucionar todos os casos, tornando despidendas considerações a respeito dos — princípios da absorção (consupção), subsidiariedade e alternatividade.

Com efeito, as normas se colocam em relação — gênero/espécie. **Norma specialis derogat norma generalem.** Especial é a norma que encerra todos os elementos de outra

— geral — e acrescenta outro, o **quid** distintivo. Exemplo sempre repetido: homicídio e infanticídio. O segundo contém os dados constitutivos do primeiro — matar alguém — e especializa: sujeito ativo, sujeito passivo, momento da execução e condição bio-psicológica da agente.

Na mesma envergadura, coloca-se matéria decidida por esta 6ª Turma, no HC nº 2.628-4 — DF, registrando ser inadequado imputar ao funcionário público (CP, art. 327) o crime de desobediência (CP, art. 330) porque essa infração está arrolada entre os crimes praticados por particular contra a Administração em geral (Título XI, Capítulo II). Assim — na prática de ato de ofício — inadequado atribuir-lhe essa infração penal. Em tese, poder-se-á falar em — prevaricação (CP, art. 319). Jamais, o anterior, por faltar um elemento constitutivo:

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

O sujeito ativo, penso, integra o tipo; conseqüentemente, os elementos da infração penal. Tipo básico, ou tipo derivado, pouco importa. Ambos, como unidade jurídica compõem a definição do ilícito penal. Remete, por isso, para plano secundário a clássica distinção de elementos constitutivos (essenciais) e elementos circunstanciais (acidentais).

O Prefeito Municipal, sem dúvida, está contido na definição do art. 327, Código Penal. É, pois, funcionário público para os efeitos penais. Quando pratica — atos de ofício — lógico, só pode praticar o crime, cujo tipo, encerre tal funcionário em sua definição.

Assim, jamais praticará — apropriação indébita (CP, art. 168) — caso não se aproprie de coisa, de que tem a posse, em razão do cargo (CP, art. 312). Poder-se-á, na hipótese, raciocionar apenas com o — peculato.

Nesse quadrante, examinar-se-á o caso **sub judice**.

A denúncia encerra:

“Em 28.12.92, José Rubens Pillar, então Prefeito Municipal de Alegrete, deu início a dois loteamentos denominados “Tapera” (bairro Dr. Romário Araújo de Oliveira — área de 179.025,59 m²) e “Gamino II (bairro José de Abreu — área de 5 ha), ambos em terrenos pertencentes ao Município, em desacordo com a Lei nº 6.766/79, com a Lei Orgânica Municipal de 03.04.90 e com a

Lei Estadual nº 9.077/90, eis que concedeu “autorizações de posse” sem o prévio assentimento da Câmara de Vereadores infringindo o disposto no art. 29, VII da Lei Orgânica do Município; sem providenciar no atendimento às exigências da Lei Federal sobre parcelamento do solo urbano (nº 6.766/79), notadamente no que se refere a plantas e projetos indicados nos arts. 6º a 9º e respectivos incisos e parágrafos; e sem obter o licenciamento da FEPAM, conforme determina a Lei Estadual acima citada em seu art. 2º, IV (fls. 2/3).

Sem dúvida, a descrição imputa ao Recorrido conduta como — Prefeito Municipal — ou seja, ato de ofício.

A Lei nº 6.766, de 19.12.1979 — dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências — relaciona (Capítulo IX) as respectivas infrações penais.

O art. 50 estatui constituir crime — contra a Administração Pública — comportamento relacionado em três incisos.

O objeto jurídico — Administração Pública — por si só não encerra todos os crimes funcionais. Tanto assim, o Código Penal relaciona-os no Capítulo I e, no Capítulo II estão os crimes comuns, vale dizer, qualquer pessoa (capaz e imputável) poderá cometê-los.

A Lei nº 6.766/79 não descreve — crime funcional. Insista-se, crime contra a Administração Pública não é sinônimo de — crime funcional.

Nessa linha, porque o art. 50, da Lei nº 6.766/79 narra — crime co-

mum — irrelevante a qualificação — Prefeito Municipal — como agente dos respectivos delitos.

A denúncia, assim, não é inepta. Prefeito Municipal, reedite-se, pode, na mencionada imputação do Ministério Público figurar no pólo passivo da relação jurídico-processual (legitimidade passiva *ad causam*).

O v. acórdão, *data venia*, contrariou o disposto no art. 50, I, da Lei nº 6.766/79.

Aliás, o STJ, bem registrou o r. despacho do ilustre Presidente do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício, decidiu em sentido contrário ao aresto recorrido. Ilustrativamente, RSTJ 46/25, 6ª Turma, Relator Min. José Cândido de Carvalho Filho.

Conheço do Recurso Especial. Dou-lhe provimento para receber a denúncia, prosseguindo-se, na Corte de Origem.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 50.486-4 — RS — (94.0019149-9) — Relator: O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Recte.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recdo.: José Rubens Pillar. Advogado: José Rubens Pillar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 30.08.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 50.506-2 — SP

(Registro nº 94.0019305-0)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Unibanco — União de Bancos Brasileiros S/A*

Recorrida: *Terezinha Pereira Gallo*

Advogados: *Waldir do Nascimento e outros, e Mário Augusto Moore*

EMENTA: Embargos de Terceiro. Mulher separada. Partilha de bens. Registro (falta).

A mulher separada judicialmente pode oferecer embargos de terceiro com base em partilha de bens, homologada judicialmente, ainda que não registrada no ofício de registro de imóveis.

Documento. Juntada em segunda instância. Ciência à parte contrária (falta).

Não se decreta a nulidade se a parte nada alega sobre o conteúdo do documento, deixando de oferecer oportunos embargos declaratórios.

Recurso conhecido em parte, pela divergência, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso pelo dissídio, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Brasília, 09 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, Presidente em exercício. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Terezinha Pereira Gallo opôs embargos de terceiro à execução movida pelo Unibanco contra Strutec Serviços Técnicos de Engenharia Ltda., empresa da qual o seu ex-marido era sócio e avalista, objetivando a proteção de imóvel seu irregularmente penhorado, uma vez que se encontra separada judi-

cialmente do devedor. Julgados im-
procedentes os embargos no juízo
singular, apelou vencida.

A eg. 7ª Câmara do 1º Tribunal
de Alçada Civil de São Paulo, à
unanimidade, deu provimento ao
apelo da embargante, determinan-
do a liberação do bem, eis que este
já havia sido partilhado em divisão
amigável, homologada judicialmen-
te, antes da questionada penhora
(fls. 84/85).

Inconformado, o Unibanco apre-
sentou o presente recurso especial,
pelas alíneas a e c do permissor
constitucional, alegando negativa de
vigência ao art. 398 do CPC e ao
art. 530 do CC, além de dissídio
com arestos do Pretório Excelso,
deste eg. STJ e de outros tribunais.
Sustenta, em síntese: a) o v. acór-
dão recorrido decidiu com funda-
mento em documentos (cópia da
partilha) juntados pela apelante
sem oportunizar a manifestação do
recorrente; b) conforme a jurispru-
dência do eg. STF, a partilha de
bens homologada judicialmente na
separação consensual, sem o devido
registro, não atribui a propriedade
exclusiva a um dos cônjuges; c) con-
forme os documentos que coligiu, o
presente caso está coberto pela coi-
sa julgada (fls. 87/91).

A il. Presidência do eg. Tribunal
a quo admitiu o processamento do
apelo especial apenas pelo dissídio
jurisprudencial (fls. 159/163).

Em contra-razões, redargüiu a
recorrida que os documentos, sem
maior relevância para o julgamen-

to, foram juntados por determinação
do Juiz Relator (fls. 56), em comple-
mentação à prova dos autos, o que
descaracterizaria a pretendida vio-
lação do art. 398 do CPC. Invoca o
REsp 5.186, Rel. o em. Min. Eduar-
do Ribeiro, que admitiu embargos
de terceiro da mulher para defesa
dos bens que lhe couberam em par-
tilha homologada, ainda que não re-
gistrada. Aduz, ainda, que não há
falar em coisa julgada.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO
DE AGUIAR (Relator): 1. Já estava
nos autos a carta de sentença e for-
mal de partilha de fls. 8, compro-
vando o fato da separação do casal
e a repartição dos seus bens. O que
fez o Relator foi simplesmente de-
terminar a complementação dessa
prova, para esclarecer quais bens
tocaram a cada um dos cônjuges. À
contraparte não foi dada prévia
ciência da juntada destes documen-
tos, anteriormente à sessão de jul-
gamento, mas até agora nada foi di-
to nos autos contra o conteúdo de
tais certidões, nem esclarecido qual
o prejuízo que, do desconhecimento
da juntada, teria decorrido ao exe-
qüente embargado. Além disso, o
banco não utilizou do recurso cabí-
vel para reclamar da omissão.

2. Apesar da jurisprudência em
sentido contrário, filio-me à orien-
tação preconizada no REsp nº 5.186,
RJ, da eg. 3ª Turma, Relator o emi-

nente Ministro Eduardo Ribeiro, com a seguinte ementa:

“Embargos de terceiro. Formal de partilha não registrado. Legitima-se à apresentação de embargos de terceiro a mulher que intenta defender os bens que lhe couberam em partilha, devidamente homologada, ainda que não registrado o formal”.

No voto do Relator, depois da referência à jurisprudência firme do STJ quanto à admissibilidade dos embargos de terceiro, por parte do promitente-comprador, ainda que não registrado o instrumento, consta:

“Com maior razão os embargos haverão de ser admitidos na hipótese em exame. Aqui se trata apenas de dissolução de condomínio. Melhor, de registro, na serventia própria, dos atos de que resultou aquela dissolução, decorrente da homologação do acordo, por sentença”.

Os julgamentos posteriores sufragaram a mesma tese, como se pode ver no REsp 7.568-PR, 3ª Turma, Relator Min. Cláudio Santos; REsp 26.742-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Dias Trindade; REsp 28.099-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves.

3. Por fim, a matéria relativa à coisa julgada não foi objeto de questionamento, além de não ficar de nenhum modo demonstrada nos autos.

Isto posto, conheço em parte do recurso, pela divergência com o decidido no RE 106.195/2, na RT 602/278 (1985), apenas quanto aos efeitos da partilha não registrada, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 50.506-2 — SP — (94.0019305-0) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recede.: Unibanco — União de Bancos Brasileiros S/A. Advogados: Waldir do Nascimento e outros. Recda.: Terezinha Pereira Gallo. Advogado: Mario Augusto Moore.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pelo dissídio, mas negou-lhe provimento (em 09.08.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO.

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *José de La Peña Júnior*

Recorrido: *Banco Sudameris Brasil S/A*

Advogados: *Paulo Henrique Oliveira da Rocha Lins e outros, e Marcio Gabriel Plastina e outros*

EMENTA: *Nota Promissória. Avalista. Mandatário.*

A validade do aval está condicionada à assinatura do próprio punho do avalista ou do mandatário especial, isto é, do que exhibe mandato por escrito, com poderes expressos para a prática de atos cambiais. O simples fato do filho dizer-se mandatário do pai para, em seu nome, assinar como avalista nos títulos de dívida em que ele filho ou sua empresa figuravam como devedores principais, não basta para o reconhecimento de que estava assumindo pelo outro a relação cambial do aval.

Cabia ao credor exequente exigir a procuração, no momento do ato, e, depois, quando da cobrança, fazer a prova do mandato, com base no qual foram os títulos assinados.

Violação ao disposto no artigo 14, combinado com o artigo 56, do Dec. 2.044/1908, e 333, I, do CPC.

Penhora. Lei 8.009/90.

A proibição da Lei 8.009/90 incide sobre a penhora formalizada antes de sua vigência, conforme é da jurisprudência do STJ.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs.

Ministros Antônio Torreão Braz, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Brasília, 09 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, Presidente em exercício. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Cuida-se de embargos de devedor opostos por José de La Peña Júnior à execução que lhe move o Banco Sudameris Brasil S/A, alegando que não assinou os títulos, nem deu procuração ao filho para que o fizesse em seu nome. Pediu a liberação do bem penhorado, nos termos da Lei 8.009/90.

Os embargos foram julgados improcedentes, e o embargante apelou.

A eg. 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, à unanimidade, negou provimento ao recurso sob o fundamento de que, à falta de provas hábeis, o devedor deve responder pelo aval dado pelo filho como seu procurador; quanto à penhora, a Lei 8.009/90 não lhe socorre, “eis que editada anos após a emissão dos títulos” avalizados, sendo o imóvel a própria garantia do aval.

Inconformado, interpôs o sucumbente recurso especial, pelas alíneas a e c do permissor constitucional, alegando negativa de vigência aos arts. 14 do Dec 2.044, de 13.12.1908, 333, II, do CPC e à Lei 8.009/90. Sustenta: a) não pode ser executado como avalista, uma vez que não há mandato verbal ou escrito outorgado pelo recorrente; b) o ônus da prova cabe ao recorrido embargado; c) não deve subsistir a penhora, posto que recaiu sobre bem de família, devendo incidir a Lei 8.009/90.

Redargüiu o recorrido, em suas contra-razões, que o recurso não de-

ve ser conhecido por falta de interesse de recorrer, impugnando as alegações do recorrente relativas à validade do aval. Pugna, ao final, pela aplicação da pena de litigância de má-fé.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. A execução embargada foi promovida também contra o ora recorrente, na condição de avalista, que teria figurado em alguns dos títulos exeqüendos através de procurador, na pessoa do filho.

Negando o fato de ter outorgado poderes ao filho para a assunção da obrigação cambial, e assim a própria existência do instrumento que deveria acompanhar os títulos, cabia ao banco credor produzir tal prova, o que não fez. A v. decisão recorrida se satisfaz com menos e admitiu a responsabilidade cambial do embargante porque, como pai, a sua “alegação do comportamento do filho não pode ser aceita sem arrimo em outros elementos de prova” (fls. 120). Acolheu as mesmas razões de convencimento expostas na sentença, onde consta, sobre o ponto: “No exame da matéria de fundo, verifico que em todos os documentos que vieram aos autos, contratos e títulos, sempre compareceu aos mesmos o embargante, representado por sua entidade familiar, pois em todos os documentos

seu filho José de La Peña Neto firma os documentos na condição de procurador do pai, o embargante” (fl. 87). Ocorre que o embargante nega tenha outorgado mandato ao filho, não era sequer sócio da firma à qual foram concedidos os empréstimos, deles não se beneficiou nem sabia de sua existência.

Afirmado pelo banco exequente que o débito havia sido assumido também pelo ora embargante, através de procurador, a forma negativa apresentada pelo apontado devedor acarretou ao exequente o dever de provar ao menos a existência do mandato, com poderes para a prática de atos cambiais. Na lição de **Magarinos Torres**: “A emissão é de responsabilidade pessoal, e salvo o mandato por escrito, não se admite a emissão de nota promissória por ordem ou conta de outrem. Para que alguém possa assinar validamente por outra pessoa, obrigando-a, exige a lei que seja mandatário especial (art. 54, IV), isto é, que tenha procuração expressa, ou representação contratual, ou legal, para assinar nota promissória, devendo tal circunstância ser referida no próprio ato e acompanhar a assinatura do procurador” (Nota Promissória, 4ª ed., p. 48/49).

No caso dos autos, portanto, o ônus da prova de que o embargante assumira a obrigação cambial era do exequente embargado, sendo impossível exigência por ele feita ao executado para que provasse não ter constituído procurador.

Isto posto, penso que viola a regra sobre a prova (art. 333, II), e a da Lei Cambial, sobre os requisitos do aval (arts. 14 e 56 do Dec. 2.044/1908), a decisão que reconhece a existência de relação cambiária com base em indícios, dos quais o mais forte é ser o alegado mandatário filho do mandante.

Não se pode pensar, no caso dos autos, na teoria da aparência ou da boa-fé, pois o credor é um banco, a quem incumbia o dever de cuidado na formalização dos seus negócios, assim como recomendado pela doutrina e está na prudência do homem comum.

2. Se não fosse por isso, que se sobrepõe, também conheceria e daria provimento ao recurso pelo segundo fundamento: a penhora não pode recair sobre o único bem imóvel do devedor, que lhe serve de moradia, (fl. 90), ainda que a dívida e a constrição judicial tenham surgido antes da vigência da Lei 8.009/90, conforme é da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça.

Em resumo, conheço e dou provimento ao recurso para julgar procedentes os embargos, invertendo o ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 50.841-0 — RJ — (94.0020271-7) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Rec-te.: José de La Peña Júnior. Advogados: Paulo Henrique Oliveira da

Rocha Lins e outros. Recdo.: Banco Sudameris Brasil S/A. Advogados: Márcio Gabriel Plastina e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 09.08.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 51.457-6 — RS

(Registro nº 94.0021932-6)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Estado do Rio Grande do Sul*

Recorridos: *Homero Pinto Guerreiro e cônjuge*

Advogados: *Drs. Marjori Teixeira Duren e outros, e Marina Beatriz S. de Magalhães e outros*

EMENTA: Denúnciação da lide — Honorários do patrono do denunciado — Vitória do denunciante na demanda principal.

Tratando-se de garantia simples ou imprópria, em que a falta de denúnciação da lide não envolve perda do direito de regresso, o denunciante arcará com os honorários do advogado do denunciado. Não assim, entretanto, na hipótese prevista no artigo 70, I do C.P.C., quando os honorários serão suportados pelo vencido na demanda principal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento parcial.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ação reivindicatória, cumulada com anulatória de registro, contra Homero Pinto Guerreiro e Nair Silva Guerreiro, e estes intentaram ação de manutenção de posse contra aquele, relativamente ao mesmo imóvel, sendo que, em ambas as ações, denunciaram a lide a Paulo Hofmeister e Edith Neves Hofmeister, de quem houveram o bem.

A ação de manutenção de posse foi julgada procedente e improcedente a reivindicatória, cumulada com pedido de cancelamento de registro, e “inoperosa a denúncia da lide”.

Ambas as partes apelaram, tendo sido provido o recurso de Homero Pinto Guerreiro e outra, e improvido o apelo do Estado do Rio Grande do Sul, ao qual se impuseram os ônus da sucumbência decorrentes da litisdenúnciação, em acórdão que assim se viu resumir:

“Ação reivindicatória promovida pelo Estado. Prova pericial que lhe é desfavorável. Ação de manutenção relativa à área reivindicanda. Coleta probatória que ampara a pretensão dos AA. Sentença mantida no mérito.”

O Estado do Rio Grande do Sul manifestou recurso especial, apontando vulneração dos arts. 20 do Código de Processo Civil, 176, II, “3”, e 214 da Lei 6.015/73 e 507, pa-

rágrafo único do Código Civil. Insurge-se contra a condenação em honorários, em razão da litisdenúnciação feita pelos ora recorridos e, quanto ao mérito, alega que ficou demonstrada a correção do seu título, sobre a área pretendida, enquanto que imprestável o dos recorridos, por ausência de identificação e delimitação da área de que dizem ser proprietários. Sustenta a quebra do princípio da continuidade do registro, salientando que, de acordo com os arts. 214 e 176, II, “3”, da LRP, as nulidades a ele relativas têm o condão de invalidá-lo, independentemente de ação direta. Pede a reforma do julgamento, invocando o art. 507, parágrafo único do Código Civil, segundo o qual “entende-se melhor a posse que se fundar em justo título”.

Mantido o despacho que indeferiu o processamento do especial, foi interposto agravo regimental, apenas quanto à parte relativa à vulneração do art. 20 do CPC. Reconsiderarei a decisão e provi o agravo, para melhor exame, determinando sua conversão em especial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Observo, de início, que o agravo regimental referiu-se exclusivamente à condenação em honorários, preclusas as demais matérias. Este, pois, o tema a ser examinado.

Verifica-se que duas as demandas. Uma, possessória, movimentada

da pelos ora recorridos, e outra, reivindicatória, em que autor o ora recorrente. Em ambas houve denúncia da lide. A propósito da condenação em honorários, esta Terceira Turma, ao julgar o REsp 39.570, cuja cópia se juntou aos autos, decidiu nos termos da seguinte ementa:

“Denúnciação da lide requerida pelo réu — Improcedência da ação — Honorários do advogado do denunciado.

Tratando-se de garantia simples ou imprópria, em que a falta da denúncia da lide não envolve perda do direito de regresso, sendo a ação julgada improcedente e prejudicada a denúncia, deverá o denunciante arcar com os honorários do advogado do denunciado. Inexistência de vínculo entre este último e o autor que, em relação a ele, não formulou qualquer pedido”.

Vê-se que se acolheu opinião doutrinária no sentido de que cumpre distinguir. Quando se imponha a denúncia da lide, pena de envolver-se a possibilidade de perda do direito de regresso, se vencedor o denunciante, a parte contrária a este arcará com os honorários do denunciado. Não assim, entretanto,

quando se cuide de garantia simples, em que não se arrisca a perda do direito de regresso.

Na reivindicatória, incidiria o disposto no artigo 70, I do C.P.C. O direito de regresso condicionava-se à denúncia. Não assim, entretanto, na possessória.

Conheço e dou provimento parcial ao recurso para que os denunciantes arquem com metade dos honorários a que foram condenados.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 51.457-6 — RS — (94.0021932-6) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. Advogados: Marjori Teixeira Duren e outros. Recdos.: Homero Pinto Guerreiro e cônjuge. Advogados: Marina Beatriz S. de Magalhães e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento parcial (em 08.08.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 51.764-8 — SP

(Registro nº 94.0022923-2)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Condomínio Edifício Dafne*

Recorrido: *Município de São Vicente*

Advogados: *Drs. Luís Carlos Lopes e Maria Helena Pessoa Pimentel e outros*

EMENTA: Processual Civil. Recurso deserto. Art. 519 do CPC.

Decorrido o prazo de dez dias sem que o apelante, devida e regularmente intimado, efetue o preparo do recurso, e incorrendo justo impedimento, deve ser julgado deserto o apelo.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília, 05 de setembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: O recorrente interpôs agravo de instrumento da decisão monocrática que julgou deserto o recurso de apelação, em face da manifesta intempestividade de seu preparo.

O eg. Tribunal a quo negou provimento ao agravo à consideração de que o recorrente foi intimado para o preparo no prazo de dez dias, sob pena de deserção, no dia 21 de maio de 1992, só tendo o mesmo sido efetuado no dia 17 de junho.

Inconformado, foi agitado o recurso especial de que se cuida por alegada ofensa aos arts. 518 e 519 do Código de Processo Civil e art. 5º, XXXIV e XXXV, da Constituição Federal, bem como por divergência com os julgados que indica.

Sem resposta, admitido o recurso apenas pela alegada violação ao art. 519 do Código de Processo Civil, o recorrente interpôs agravo de instrumento retido com o fito de que seja o recurso conhecido pelos demais motivos alegados.

Os autos vieram-me conclusos no dia 20 de julho do corrente ano e indiquei-o para julgamento no dia 23 de agosto, dispensando a manifestação da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): O recurso não merece ser conhecido pela alínea c porque o recorrente não atendeu ao comando contido no § 1º do artigo 255 do RISTJ. Com efeito, apresenta-se falha a comprovação da desinteligência dos julgados.

O recorrente não comprovou nem demonstrou o dissenso pretoriano, já que não procedeu a demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, impossibilitando a evidência da moldura fática norteadora das decisões que afirmou discrepantes.

É que é imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses.

Igualmente não conheço do recurso pela pretendida violação ao art. 518 do Código de Processo Civil, pela absoluta ausência de prequestionamento, nem ao art. 5º, XXXIV e XXXV, da Constituição Federal, eis que o recurso especial não se presta a discutir ofensa a preceito constitucional.

Mas conheço do recurso pela argüida violação ao art. 519 do Código de Processo Civil, todavia, para improvê-lo.

É que, em verdade, o recorrente foi regular e inquestionavelmente intimado para o preparo da apelação no dia 21 de maio de 1992, conforme dá conta o despacho cuja publicação encontra-se certificada às fls. 86, “sob pena de deserção”.

Inobstante isso, o preparo somente foi efetuado no dia 17 de junho, nos termos do certificado às fls. 89.

Daí ser incensurável o r. despacho que decretou deserto o recurso, nos termos do pontificado no art. 519 do Código de Processo Civil.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 51.764-8 — SP — (94.0022923-2) — Relator: O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Recte.: Condomínio Edifício Dafne. Advogado: Luiz Carlos Lopes. Recdo.: Município de São Vicente. Advogados: Maria Helena Pessoa Pimentel e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 05.09.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA*

Advogados: *Iza Geszikter Ventura e outros*

Recorrido: *Wilson Martins da Costa*

EMENTA: *Recurso Especial. Execução fiscal. Dívida de natureza tributária. Representação afeta à Procuradoria da Fazenda Nacional e não ao INCRA.*

Cabe à Procuradoria da Fazenda Nacional propor e acompanhar as execuções fiscais para cobrança de dívida oriunda das receitas arrecadadas pelo INCRA.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 24 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: *O Instituto Nacional*

de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, interpôs recurso especial ao v. acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado:

“Execução fiscal — Extinção do processo sem julgamento do mérito — Legitimação ativa do INCRA — Cobrança de Crédito Tributário.

I — A partir da Lei Complementar nº 73/93 a Procuradoria da Fazenda Nacional somente está legitimada a cobrar judicialmente a dívida ativa da União e não de suas autarquias. O referido diploma revogou as Leis nºs 8.022/90 e 8.383/91, que haviam transferido para ela a tarefa de cobrar a dívida ativa do INCRA.

II — Recurso provido, em parte, para anular a sentença, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal, com a legitimação ativa do INCRA.”

Sustenta o recorrente, em síntese, que o v. acórdão, em decidindo pela sua *legitimatío ad causam*, teria violado o art. 1º, da Lei nº 8.022/90, e art. 67, da Lei nº 8.383/91, bem como divergido da interpretação dada, acerca da matéria, pela 1ª Turma do TRF-4ª Região, que optou pela ilegalidade da Portaria nº 449.

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

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, a jurisprudência do STJ vai-se inclinando em sentido contrário à tese consagrada no acórdão recorrido.

Efetivamente, a jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público tem se pronunciado no sentido de que a atribuição de propor e acompanhar as execuções fiscais na cobrança da dívida ativa oriunda das receitas arrecadadas pelo INCRA é da Procuradoria da Fazenda Nacional. Confirmam-se:

“Competência — Execução fiscal — INCRA — Procuradoria da Fazenda Nacional.

Compete à Procuradoria da Fazenda Nacional propor e acompanhar as execuções fiscais para a cobrança da dívida ativa oriunda das receitas arrecadadas pelo INCRA. Não existe lei autorizando a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a delegar a competência que lhe foi atribuída pela Constituição (art. 131) e pelas Leis nºs 8.022/90 (art. 1º) e 8.383/91 (art. 67), para representar a União na cobrança do ITR.

Recurso provido.” (REsp nº 38.824-0-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, in DJ de 08.11.93).

“Competência. Execução fiscal. INCRA. Procuradoria da Fazenda Nacional. ITR.

I — A competência para propor e acompanhar as execuções fiscais na cobrança da dívida oriunda das receitas arrecadadas pelo INCRA é da Procuradoria da Fazenda Nacional. Precedente.

II — Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 35.366-1-RJ, Rel. Min. José de Jesus Filho, in DJ de 07.02.94).

No primeiro precedente, o eminente relator pôs termo à controvérsia aos seguintes argumentos:

“Está bem claro pelo artigo 131, § 3º da Constituição Federal vigente que:

“Na execução da dívida de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.”

No caso, a dívida é de natureza tributária e sobre isto não paira a menor dúvida.

A Lei nº 8.022, de 12 de abril de 1990, em seu artigo 1º transferiu para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a apreciação, inscrição e cobrança do Imposto Territorial Rural. Também a Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, em seu artigo 67, estabeleceu que:

“A competência de que trata o artigo 1º da Lei nº 8.022, de 12 de abril de 1990, relativa à apuração, inscrição e cobrança da Dívida Ativa oriunda das receitas arrecadadas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, bem como a representação judicial nas respectivas execuções fiscais, cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.”

Como se vê, está bem clara a competência da Procuradoria da Fazenda Nacional para propor e acompanhar as execuções fiscais para a cobrança da dívida oriunda das receitas arrecadadas pelo INCRA.

A delegação de competência ao INCRA pela Portaria nº 449/90 (doc. de fls. 21) violou os dispositivos constitucionais (art. 131) e legais (art. 1º da Lei nº 8.022/90 e artigo 67 da Lei 8.383/91) e não

pode prevalecer. Pela delegação a autoridade administrativa transfere a seu subordinado atribuições decisórias, e no caso, não existe subordinado e a competência é prevista em dispositivo permanente da Constituição e em leis editadas após a sua vigência e com ela perfeitamente compatíveis”.

Na linha desses precedentes é que conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 52.534-9 — RJ — (94.0024572-6) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA. Advogados: Iza Geszikter Ventura e outros. Recdo.: Wilson Martins da Costa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 24.08.94 — 2ª Turma).

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.

