

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL Nº 01 — SP

(Registro nº 89.0007734-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite*

Recorrentes: *Nello Morganti S/A Agropecuária e outros*

Recorridos: *Ivo Morganti — Espólio e outros*

Advogados: *Antônio Villas Boas Teixeira de Carvalho e outro, Maércio Frankel de Abreu Sampaio e outro*

EMENTA: Recurso Especial. Sociedade anônima. Autonomia das deliberações assembleares.

As deliberações societárias são autônomas e soberanas, não sujeitas a atos praticados ultra vires societatis, isto é, atos não razoavelmente vinculados à sociedade.

A preferência para o aumento de capital não pode ser levada além do seu raio de ação, para assim ampliar o privilégio legal, e isso por força de simples acordo ou negócio feito entre acionistas.

Negativa de vigência do art. 171, Lei 6.404/76. Dissídio (CF, art. 105, III, a e c).

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, à unanimidade, conhecer o recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: A decisão que inadmitiu os recursos extraordinários é do seguinte teor:

«Reconhecida a procedência parcial da ação de anulação de assembléias acionárias e proclamada a extinção da reconvenção, sem composição do mérito — em ambas as instâncias (fls. 759/782 e 957/973) — os litigantes, de um lado o Espólio de Ivo Morganti, Maria Dirce Forani Morganti e Ivo Morganti Júnior, e, de outro, Nello Morganti Sociedade Anônima Agropecuária e outros, recorrem extraordinariamente, com apoio nas letras *a* e *d*, do permissivo constitucional. No primeiro apelo, dos réus da demanda, a alegação é de que o acórdão violou o artigo 171 da Lei nº 6.404/76, e divergiu de decisões do Colendo Supremo Tribunal Federal (fls. 975/989). No recurso dos autores, além do conflito jurisprudencial, é alegada afronta aos artigos 114, 118 e 129, § 1º, da citada lei, aos artigos 1.079, 1.165 e 1.168 do Código Civil, ao artigo 4º da Lei de Introdução a esse diploma, ao artigo 130 do Código Comercial, e ao artigo 126 do Código de Processo Civil (fls. 991/1005). Às impugnações de fls. 1.007/1.015 e 1.017/1.021 seguiu-se o parecer de fls. 1.023/1.025, pelo indeferimento.

2. Realmente, nenhuma das inconformidades tem condições de ser admitida. Em primeiro lugar, porque, salvo os dispositivos da Lei das Sociedades Anônimas (nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), aos demais falta prequestionamento, com as Súmulas 282 e 356 obstando o seguimento dos apelos pela letra *a*. É que não se pode atribuir ao julgado o vício de afronta a regras que ficaram de todo alheias ao campo decisório, quais as dos demais diplomas legais invocados a fls. 991/1.005. A essas o aresto não fez sequer alusão, e por isso não se prestam de base à irresignação suprema, a título de negativa de vigência.

3. Ao dispor sobre a matéria pertinente ao direito de voto e de preferência, bem como ao *quorum* totalitário, longe de se apartar dos preceitos da Lei nº 6.404, a decisão assegurou-lhe rigorosa aplicação, em consonância com as peculiaridades fácticas da espécie, desvendadas pela prova, que, aliás, não pode ser revista em sede excepcional (Súmula 279). Respeitantemente ao primeiro tema, o acórdão analisou com percuciência os elementos de convicção angariados no processo, concluindo pela manutenção do correto entendimento da sentença. Sopesou a conduta anterior dos contratantes e, à luz do artigo 131, III, do Código Comercial, proclamou a exis-

tência de estipulação indireta, mas existente, veja-se bem, resultante da própria redação contratual sobre o pormenor e sujeita à exegese estrita das avenças benéficas, tudo a justificar a inferência de que o direito do voto «ficou reservado aos doadores» das ações da empresa. E a constituição de mandato em prol do donatário Ivo Morganti, por parte da doadora, roborada com eloquência o acerto da interpretação adotada. No que tange ao exercício do direito de preferência, inegável a plausibilidade do entendimento de que a vontade dos doadores não ficara restrita à doação, apenas, das bonificações supervenientes: «Ao contrário, a proporcionalidade ficou bem estipulada, em caso de aumento de capital a qualquer título. E a preocupação dos doadores, quanto à manutenção do controle acionário, assim demonstrada, no particular, veio devidamente exteriorizada no ato». Finalmente, no que concerne ao *quorum* totalitário, o julgado bem demonstrou ser inaceitável que o direito posto deixasse ao talante de eventual acionista dissidente resoluções que afetam substância a vida empresarial. Na verdade, o que a lei autoriza é o aumento do *quorum*, não a totalização, a integralização absoluta das vontades sociais, sob pena de ferir princípio de ordem pública e lançar por terra o conceito democrático da predominância da maioria, em troca da unanimidade.

4. Sob o prisma do conflito pretoriano, as irresignações também não podem ser recebidas. Não lograram os recorrentes demonstrar a existência de circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados. Até porque não se revela suficiente à comprovação do dissenso a simples transcrição de excertos, quando não atestem que o tema discutido e julgado pelo paradigma seja, realmente, idêntico ou semelhante ao do aresto guerreado (RTJ vol. 82/522). Mais que isso, os padrões colacionados às fls. 1.003/1.005 somente poderiam amparar os argumentos deduzidos pela letra a; não, porém, a alegação de divergência, pois o aresto recorrido não afirmou em nenhum momento tese que se oponha à consagrada nos paradigmas. De outra parte, algumas das decisões a que se apegam a irresignação de fls. 978/980 chegam a roborar o entendimento da Turma julgadora, como bem fez ver a impugnação. Por toda forma, destarte, os apelos esbarram no teor da Súmula 291 e do artigo 322 do Regimento Interno do Colendo Supremo Tribunal Federal, quando manifestados sob o enfoque de dissídio de interpretação.

5. Considerando, pois, a razoabilidade do julgado recorrido (Súmula 400) e a circunstância de que sobre a exegese de cláusulas contratuais não pode ser aberta a via especialíssima (Súmula 454), bem como o fato de não ter sido demonstrado o conflito pretoriano, por todos os títulos os apelos devem ser indeferidos. Nego-lhes seguimento».

Entretanto, o recurso de Nello Morganti S/A Agropecuária e outros veio a ser processado em virtude do provimento do agravo de instrumento.

Com as razões (fls. 1.062/1.072), contra-razões (fls. 1.091/1.101) e parecer da Procuradoria-Geral da Justiça de São Paulo (fls. 1.103/1.108), subiram os autos à Suprema Corte, onde a douta Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal determinou a remessa dos autos a esta Corte, convertidos em recurso especial, em decorrência da instalação do Superior Tribunal de Justiça.

Com cinco volumes e um apenso.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): O espólio de Ivo Morganti propôs esta ação ordinária de nulidade das assembléias gerais de Nello Morganti S.A. Agropecuária, Usina Açucareira da Serra S.A. e Empreendimentos Imobiliários Bom Retiro S.A. Indústria e Comércio, que figuram como réus juntamente com as pessoas físicas de seus administradores e acionistas.

A ação foi julgada procedente em parte, para anular-se a deliberação autorizadora do aumento de capital da 1ª rê, Nello Morganti S.A. Agropecuária. E como havia reconvenção, foi esta julgada extinta, *ex vi* do disposto no art. 267, VI, CPC.

Nello Morganti S.A. e demais réus apelaram da extinção da reconvenção, e da sucumbência parcial na ação. Também apelaram o Espólio de Ivo Morganti e Ivo Morganti Júnior. As apelações foram desprovidas em decisão unânime do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5ª Câmara Cível, que confirmou a sentença na íntegra.

Nello Morganti S.A. e demais réus recorreram extraordinariamente, bem como o Espólio de Ivo Morganti e Ivo Morganti Júnior, sendo que o destes não prosperou, mas sim o primeiro, provido o agravo de instrumento e determinando-se a subida do recurso para melhor exame. Restou o RE nº 115.722-4-SP, que o STF converteu neste Recurso Especial nº 1, por tratar matéria restrita ao âmbito legal.

Dele conheço pelos seus dois fundamentos nas letras a e c, art. 105, III, da Constituição, pois os recorrentes trouxeram à baila, por pretendidamente contrariado, o artigo 171 da Lei nº 6.404, de 15-12-1976, e a prova da existência do dissídio.

Eis o histórico dos fatos.

O Grupo Morganti é formado por três companhias: Nello Morganti S.A. Agropecuária, Usina Açucareira da Serra S.A. e Empreendimentos Imobiliários Bom Retiro S.A. Essas empresas são de capital fechado e de natureza familiar.

O Comendador Nello Morganti e sua mulher detêm o controle acionário do Grupo, também formado, entre outros, pelos seus filhos Ivo Morganti, já falecido, e Iva Lydia Ayres Monteiro. O Espólio figura como recorrido, sendo representado pela viúva e inventariante Maria Dirce Farani Morganti e pelo herdeiro Ivo Morganti Júnior, filho do acionista pré-morto.

Nello Morganti e sua mulher doaram aos filhos Ivo e Iva Lydia, em partes iguais, a totalidade das ações que possuíam nas empresas Nello Morganti S.A. Agropecuária e Usina Açucareira da Serra S.A., reservando-se o usufruto das ações doadas. A doação foi feita em 1976, por escritura pública revestida dos eufemas legais, sendo destinada aos donatários a sua propriedade das ações.

Ivo Morganti passaria a ter, após a morte dos pais, o controle acionário das duas empresas do Grupo. Mas foi ele quem faleceu primeiro, em 1982, transferindo-se a propriedade das suas ações ao Espólio. A esta altura dos fatos, foram realizadas assembléias gerais extraordinárias das empresas, para alterações estatutárias e aprovação dos aumentos de capital.

Essas deliberações resultaram dos votos majoritários de Nello Morganti e sua mulher, questionando-se nesta demanda o direito de voto das ações gravadas com usufruto. Ficou, porém, decidido na sentença e no acórdão que teria havido estipulação indireta sobre o direito de voto dos usufrutuários doadores, pelo que seriam formalmente válidas tais deliberações (Sentença, fls. 773/777; Acórdão fls. 959/964).

Essa decisão transitou em julgado para os autores, após o perecimento do seu RE (Ag 115.224-9, fl. 158, autos AgRg em apenso ao 1º vol.). Mas o acórdão lhes foi favorável em parte, ao decretar — repita-se — a invalidade da deliberação das assembléias que autorizam o aumento de capital de Nello Morganti S.A. Agropecuária, com a incorporação de terras pertencentes a Empreendimentos Bom Retiro S.A.

Está na sentença:

«Quando da realização das assembléias anulandas, o capital de Nello Morganti S.A. Agropecuária foi aumentado através da incorporação de terras da Empreendimentos Imobiliários Bom Retiro S.A. Naquela oportunidade, ficou assegurado aos demais acionistas o prazo de 30 dias para o exercício do direito de preferência na subscrição proporcional do capital aumentado (Observa-se que as ações subscritas deveriam ser integralizadas em dinheiro, no prazo referido). Tal determinação fez com que o aumento de capital não fosse dividido em partes iguais entre a donatária Iva Lydia Ayres Monteiro e o Espólio de Ivo Morganti.»

Com o provimento parcial da apelação dos autores, ficou decidido que não tinha sido válido o aumento de capital, obtido com violação da vontade do doador Nello Morganti, que estipulara na escritura de doação a distribuição proporcional de ações entre os donatários, em futuros aumentos de capital, a qualquer título.

É ler-se:

«Que fica estabelecido pelos doadores que no caso de aumento de capital das sociedades referidas, a qualquer título, as ações resultantes destes aumentos pertencerão na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada donatário, porém sujeitas a usufruto em favor deles doadores, na forma acima estabelecida.»

A argumentação foi a de que a cláusula supracitada passou a ser imutável entre as partes. Tratando-se de doação pura, com a aceitação da liberalidade pelos donatários, tornou-se lei entre as partes até a revogação da doação ou pela superveniência do óbito dos doadores.

Daí o REsp, em que os recorrentes sustentam ter o acórdão recorrido sobreposto uma cláusula do contrato de doação à norma contida no art. 171, da Lei 6.404/76, *verbis*:

«Art. 171. Na proporção do número de ações que possuírem, os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital.»

Na ata da assembléia em que o aumento de capital foi aprovado, ficou estabelecido o seguinte:

«a) abertura do prazo de 30 dias, a fim de que os acionistas, usando do direito estatuído no art. 171 da Lei 6.404/76, subscrevessem o aumento do capital na proporção das ações de cada um deles;

b) não ocorrendo essa subscrição, o aumento seria feito mediante a incorporação de bens pela sociedade coligada Empreendimentos Bom Retiro S.A.»

Ora, condicionar o aumento de capital, mediante subscrição, nos casos em que ele somente o fosse em partes iguais entre os acionistas donatários, equivaleria a impedir esse tipo de aumento, pelo eventual não-uso da preferência por qualquer acionista.

Os recorrentes apoiaram essa argumentação em acórdãos de outros tribunais, dos quais destaco um, do STF, que mais me pareceu adequado à hipótese dos autos, embora antigo mas editado em tema sempre novo, que é o direito de preferência do acionista.

Senão, vejamos:

«Sociedade Anônima. Aumento de Capital. Preferência.

O direito do acionista é certo e intangível à preferência para a subscrição de aumento de capital. Mas é limitado pela proporcionalidade e se esgota com o decurso do prazo em que se deve exercer. Levar a preferência além do seu raio de ação, para alcançar situação diferente, importa ampliar o privilégio legal» (STF, RE 14.469, Rel. Laudo de Camargo, 18-4-1949, RF 124/391).

Os recorrentes têm razão. O venerando acórdão recorrido não podia, como fez, submeter as deliberações societárias à cláusula da escritura de doação, pactuada apenas entre acionistas, doadores e donatários, pois o

que é feito entre outros não aproveita nem prejudica (*res inter alios acta nec nocet, nec prodest*).

Embora Nello Morganti e sua mulher fossem os acionistas majoritários das duas empresas, não foi como representantes delas que pactuaram a doação, pouco importando que se tratassem de sociedades fechadas, de índole familiar. Isso porque foram esses mesmos acionistas majoritários que votaram nas assembléias anulandas, autorizando o aumento de capital das empresas referidas mediante subscrição em dinheiro.

Fizeram-no como usufrutuários das ações gravadas, às quais a sentença e o acórdão reconheceram o direito de voto, matéria preclusa. E, ao que parece, como o intuito de frustrar o direito dos donatários, de crescerem societariamente a sua propriedade das ações resultantes do aumento de capital deliberado. O que não pode deixar de ser analisado, porém, é o fato de que, após a morte de Ivo Morganti, e com a representação do seu Espólio pela viúva Maria Dirce Farani Morganti — que se aliou ao filho e herdeiro Ivo Morganti Júnior, autores nesta ação contra o sogro e avô — deve-se ter gerado um clima de conflito entre usufrutuários e nus-proprietários, pois, enquanto reinou a concórdia nas empresas, nunca foram contestadas a doação ou a validade das anteriores deliberações societárias.

O venerando acórdão recorrido quis impor às empresas envolvidas, contra a vontade da maioria votante nas assembléias anulandas, drástica alteração da proporcionalidade legal, em benefício de privilégio estranho aos estatutos sociais. Se os nus-proprietários, Espólio de Ivo Morganti e Ivo Morganti Júnior, embora convidados, não exerceram, no prazo de 30 dias, o seu direito de preferência na subscrição do aumento de capital, proporcionalmente às ações de cada um, é lógico e jurídico que esse privilégio legal não podia extrapolar do texto, conforme aconteceu.

É ler-se no acórdão:

«No tocante ao acolhimento da procedência parcial da demanda, é inegável que as deliberações que afetaram a liberalidade estipulada pelos doadores, que exigia observância no aspecto da subscrição do capital elevado, dado o caráter vinculativo do contrato e da estipulação imposta (*omissis*), não podiam ser tomadas».

O art. 171, citado, outorga o direito de preferência em favor dos acionistas, mas contém, igualmente, limites a esse direito e ao seu exercício. Assim é que a subscrição se fará proporcionalmente ao número de ações de cada um. E quanto ao tempo, a assembléia geral fixará prazo nunca inferior a 30 dias para o seu exercício. Do mesmo que não se poderá privar os acionistas, da preferência, como um direito intangível, por via dos estatutos ou da assembléia, tampouco será possível levar-se esse privilégio legal além do seu raio de ação, para ampliá-lo pela aplicação do texto fora do seu enunciado.

Fazê-lo seria negar a tese da lei.

Esta é, também, a orientação dos julgados relacionados pelos recorrentes, dos quais destaco, às fls. 983/984, aquele do STF atrás do referido.

Abro um parêntese para comentar a cláusula referida da escritura de doação.

Conforme foi dito, a doação é *res inter alios acta* em relação à autonomia e soberania das decisões assembleares. A assembléia geral convocada e instalada regularmente é órgão supremo, capaz de tomar as resoluções que julgar convenientes à defesa e desenvolvimento da empresa (Lei 6.404/76, art. 121). E quem diz deliberação da assembléia geral, diz deliberação da sociedade, diz vontade societária, somente anulável por vício de vontade ou de consentimento.

Não fica a sociedade aos atos praticados *ultra vires societatis*, por administradores ou acionistas, atos não-razoavelmente vinculados à companhia. Os acordos (que nos vieram do direito norte-americano e são conhecidos como *voting trust*), por excelência, só poderão ser observados pela companhia e oponíveis a terceiros quando levados ao seu conhecimento e averbados nos livros próprios (Lei 6.404/76, art. 118, § 1º — 5ª); ou reconhecidos e ratificados pela assembléia geral, desde que não causem prejuízo à sociedade.

Esses atos não valem, portanto, em relação à sociedade, mas apenas entre as partes contratantes, independentes e fora dos estatutos. Se ocorreu violação da vontade do doador, como no caso, quando determinou a distribuição proporcional de ações entre os donatários em futuros aumentos de capital, esta seria uma querela autônoma, entre doadores e donatários, alheia, portanto, a esta ação para decidir-se sobre a imutabilidade da cláusula contratual e se a conduta dos doadores, nas deliberações assembleares, importou em revogação do privilégio, e quais seriam as suas conseqüências patrimoniais.

O art. 118, § 3º, da Lei 6.404/76, dispondo sobre o acordo de acionistas, assegura que, nas condições previstas no acordo, os acionistas poderão promover a execução específica das obrigações assumidas.

Da decisão na reconvenção não cogitou o recurso.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso, para reformar o acórdão e restabelecer a validade das assembléias gerais anuladas, e, no particular, a deliberação pertinente ao aumento de capital da empresa Nello Morganti S.A. Agropecuária.

É como voto.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trazendo o assunto à memória da Turma, leio a parte inicial do voto do Sr. Relator, fls. 1 e 2: (lê). Leio, ainda, o seguinte trecho de fl. 3: (lê).

De fato, entre as nulidades arroladas nesta ação ordinária de nulidade de deliberações tomadas em assembléias gerais, o Espólio de Ivo Morganti e

Ivo Morganti Júnior apresentaram a de ofensa à vontade do doador, nesses termos:

«Houve, também, violação à vontade expressa no ato de doação das ações que previu a futura distribuição proporcional de novas ações em aumento de capital, 'a qualquer título' (sic), e a preferência na aquisição pelos donatários, para que, entre eles se conservassem as ações da N. Morganti S.A. e da Usina, nas proporções estabelecidas à época».

E as instâncias ordinárias acolheram tal fundamento, com a sentença dando pela procedência em parte da ação («tão-só para anular a deliberação relativa ao aumento de capital da companhia Nello Morganti S.A. Agropecuária...»), com o acórdão improvando os recursos («confirmando na íntegra a bem-lançada sentença recorrida, por seus próprios fundamentos,...»). Leio os motivos dados por um e por outro, os da sentença às fls. 779/781, os do acórdão à fl. 971: (lê).

De minha parte, acho que ocorreu, aqui, ofensa ao direito de preferência, qual o Sr. Relator, *verbis*:

«Daí o REsp, em que os recorrentes sustentam ter o acórdão recorrido sobreposto uma cláusula do contrato de doação à norma contida no art. 171, da Lei 6.404/76, *verbis*»:

.....

«Os recorrentes apoiaram essa argumentação em acórdão de outros tribunais, dos quais destaco um, do STF, que mais me pareceu adequado à hipótese dos autos, embora antigo mas editado em tema sempre novo, que é o direito de preferência do acionista».

.....

«Os recorrentes têm razão. O venerando acórdão recorrido não podia, como fez, submeter as deliberações societárias à cláusula da escritura de doação, pactuada apenas entre acionistas, doadores e donatários, pois o que é feito entre outros não aproveita nem prejudica (*res inter alios acta nec nocet, nec prodest*)».

Portanto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, tive a bondade de solicitar, ao gabinete de V. Exa., cópia de seu voto, e o estudei com bastante atenção. Não tenho nada a acrescentar, V. Exa. tocou no ponto fundamental de toda esta controvérsia. É o ato assemblear que deve prevalecer, porque foi cumprido regularmente o disposto no art. 171. O aspecto da doação, como V. Exa. afirmou, prevalece *inter alios actas*, e, se há qualquer problema, eles têm que dirimir isto em outra via, o que deve prevalecer é o ato e a vontade da própria sociedade.

Também acompanho V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 01 — SP — (Reg. nº 89.0007734-1) — Rel.: O Sr. Min. Gueiros Leite. Rectes.: Nello Morganti S.A. Agropecuária e outros. Recdos.: Ivo Morganti — Espólio e outros. Advs.: Antônio Villas Boas Teixeira de Carvalho e outro e Maercio F. de Abreu Sampaio e outro.

Decisão: A 3ª Turma do STJ, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, à unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (Em 12-9-89, 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 5 — MT

(Registro nº 89.0007933-6)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo

Recte.: *José Gilberto Borges de Freitas*

Recdo.: *Jair Pessine*

Advs.: *Dr. Renato Gomes Nery e outros, Dr. Clóvis de Mello e outro*

EMENTA: Direito Civil. Juros. Percentual acima do texto legal. Ofensa à lei de divergência com jurisprudência sumulada.

Recurso conhecido e provido.

A circunstância do título ter sido emitido pelo devedor, voluntariamente, com os seus requisitos formais, não elide a ilegalidade da cobrança abusiva de juros, sendo irrelevante a instabilidade da economia nacional.

O sistema jurídico nacional veda a cobrança de juros acima da taxa legal.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Insurge-se o Recorrente, através do recurso próprio, contra o v. acórdão da Primeira Câmara Cível, do eg. Tribunal de Justiça de Mato Grosso, que, por unanimidade, assentou:

«Não se pode taxar de agiotagem ou de cobrança de juros excessiva ou desmedida a cobrança que foge das regras antecedentes como se nos tempos atuais o Brasil tivesse uma estabilidade financeira e econômica, uma inflação regular e controlada, sob pena de permitir que o devedor trilhe pelo caminho do enriquecimento ilícito.

Deve-se para cada caso de empréstimo ser feito exame específico atento ao prazo, condições dos juros e paralelismo inflacionário».

Após embargar de declaração para fins de prequestionamento, o Recorrente interpôs o recurso especial, enfatizando também que teria havido ofensa a normas constitucionais.

No que diz respeito à matéria de competência deste Superior Tribunal de Justiça, argumenta o Recorrente que o v. acórdão teria oficializado a agiotagem, ao arrepio da legislação vigente, que veda a cobrança de juros onzenários, hoje com respaldo na própria Carta Magna, aduzindo que a decisão impugnada se apresenta também em divergência com outras decisões pretorianas, inclusive com a jurisprudência sumulada da Excelsa Corte (enunciado nº 121).

Na mesma peça, formulou arguição de relevância, repetindo a argumentação.

Admitido o recurso no Tribunal de origem, foi o mesmo processado, com a formulação de razões e contra-razões.

Alega o Recorrido, em preliminar, que não se deve conhecer do recurso, que objetiva reexame de prova. No mérito, aduz que o título em execução não padece de vícios, tendo sido emitido voluntariamente pelo Recorrente.

Acrescente-se ainda que pretendeu o Recorrente, na inicial da ação ordinária, a inexigibilidade do título originado da alegada agiotagem, com sua redução ao valor originário, acrescido dos juros à taxa legal, nos termos da lição de Orlando Gomes, *in* «Contratos», ed. Forense.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): 1. Rejeito a preliminar de não conhecimento.

Na realidade o Recorrente não pretende reexame de prova, como dá a entender o Recorrido, mas sim a reforma do julgado ao fundamento central de que o mesmo violou a lei federal ao admitir a cobrança de juros acima do permitido, em divergência com a jurisprudência de outros Tribunais.

Conheço do recurso.

2. No mérito, acolho a pretensão recursal, ao entendimento de que o v. acórdão, em franca divergência com a jurisprudência de melhor quilate, ofendeu a lei federal, negando-lhe vigência.

A circunstância do título ter sido emitido com os seus requisitos formais não elide a ilegalidade da cobrança abusiva de juros, inequivocamente demonstrada nos autos, com percentuais na faixa dos dois dígitos, no início da década que se finda, época, recorde-se, de índices inflacionários bem menores do que os atuais.

Do v. acórdão recorrido se colhe o texto que se segue, a demonstrar com eloquência a tese nele acolhida:

«Como admitir-se a cobrança de juros onzenários ou agiotagem.

Efetivamente, se ela tivesse ocorrido, todavia, o plano cruzado, de infeliz memória, legalizou cobrança como a da espécie, sob pena de tornar aviltante ou ineficaz o crédito reclamado.

Ao contrário, não é ao credor que se poderia imputar usura, mas, sim, tese de enriquecimento ilícito ao devedor.

Não pode assim a lei ser aplicada em desbenefício do credor diante do quadro que a intervenção do estado na economia criou com reflexos desastrosos nas transações particulares» (sic).

Tal posicionamento mais se reforçou e explicitado ficou na ementa do acórdão, já transcrita no relatório.

Como bem assinalou o ilustre Presidente do colendo Tribunal de origem, Desembargador José Vidal, em sua decisão de admissibilidade do recurso, «em verdade, o acórdão recorrido, ao admitir a cobrança de juros fora das regras legais, anteriores à inflação galopante, justificou a agiotagem e a cobrança excessiva de juros. A concessão dada pelo acórdão a juros excessivos não afrontou tão-só a Súmula 121, como também o Decreto nº 22.626, de 7-4-33 (Lei de Usura)».

«A estipulação e a percepção de juros não são contra a moral, nem contra o direito natural ou justo (cf. *Chr. Fr. Schott, Dissertationes Iures Naturalis, diss. de moralitate usurarum*, II, 53 S); todavia, são contra a moral e depõem contra a própria organização social os juros excessivos».

Por outro lado, «se a permissão de juros há de ser a regra, nem por isso há de o Estado permitir os juros extorsivos que levam à exploração do trabalho humano para a ganância dos usurários», ministro Pontes de Miranda («Tratado de Direito Privado», Revista do Tribunais — SP, 3ª ed., 2ª reimpressão, t. XXIV, pág. 18). Com razão o mestre, ao recorrer a *Chr. Fr. Schott*, para reforçar o seu repúdio à usura, a exemplo de Santo Tomás de Aquino (*Summa Theologiae*, IIª e IIae. *Quaestio* LXXVII) e outros escolásticos que a combatiam por julgá-la contrária à idéia da justa remuneração e induzidora da formação de preços arbitrários e ofensivos à liberdade e contrária à justiça. O Código Civil Brasileiro, de 1916, antes de condenar toda a espécie de juros ou renda de capital como propugnado por Aristóteles («Política». Lib. I, Cap. IV, *in fine*, e *Ética Nicomaquea*, Lib. V, Cap. V), acabou por albergar o instituto, assegurando às pessoas físicas ou jurídicas o direito natural de ampla liberdade para a fixação de juros «abaixo ou acima da taxa legal» (art. 1.062).

Vê-se, pois, pelo texto do referido dispositivo legal, que encerra o princípio da liberdade das convenções, que o «Código Civil adotou, francamente, essa orientação liberal, que aliás já viera da lei de 24 de outubro de 1823» (Clóvis Bevilacqua, «Código Civil Comentado», ed. Paulo de Azevedo Ltda., BH 1958, v. IV pág. 363). «Mas, tantos foram os abusos e extorsões, que o legislador pátrio voltou atrás» (Washington de Barros Monteiro, «Curso de Direito Civil — Direitos das Obrigações» — Saraiva, 1959, 2ª ed., pág. 239). Editou-se, então, o Decreto nº 22.626, de 7-4-33 (Lei de Usura), que veda, em seu art. 1º, *caput*, «estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (art. 1.062 do Código Civil)», como também coibe o anatocismo (art. 4º).

A cláusula da capitalização é irrita, nula, nenhuma, consoante têm acentuado doutrina e jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que as consubstanciou na Súmula, *verbis*: «É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionados», entendimento que vinha sendo cristalizado nas decisões daquela mais Alta Corte de Justiça (e.g. RE nº 90.341/79, RTJ, 92.1341; RE nº 97.202/82, RTJ 105/785).

Em síntese, a jurisprudência e a doutrina são tranqüilas e remansosas sobre a *quaestio*. Ademais, o Estado em sua função ético-social não pode e não deve sancionar a crematística através da «agiotagem» e, por isso mesmo, a Constituição vigente adota, como princípios fundamentais, dentre outros, o da «dignidade da pessoa humana» e o dos «valores sociais do trabalho... » (art. 1º, incs. III e IV — primeira parte), dispondo, no seu art. 192, § 3º:

«As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.»

Sem embargo da referida norma constitucional ser dirigida, em especial, às instituições financeiras, é certo, contudo, que o Decreto nº 22.626/33 está em perfeita sintonia com aquele preceito, pois só assim serão respeitados os princípios fundamentais insertos no art. 1º, incisos III e IV, da Carta Magna.

Em *ultima ratio*, o v. acórdão impugnado fere a lei federal (Decreto nº 22.626/33) e diverge da jurisprudência, inclusive da que se cristalizou no Enunciado nº 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Em face do exposto, ressaltando o direito do Recorrido-exeqüente receber o valor do crédito originário com as atualizações decorrentes dos juros legais, e da correção monetária a partir da data do vencimento do título, nos termos da Lei nº 6.899/81, provejo o recurso, condenando o Recorrido em 15% (quinze por cento) do valor devido e apurado a final.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, restrita a questão à matéria de direito, acompanho o Sr. Ministro Relator.

Não está em julgamento aqui a matéria referente à correção monetária, tópico não abordado no v. Acórdão recorrido, conforme mencionou o Sr. Relator. Há violação do direito federal, porque se exigiram, na espécie, juros acima de taxa legal. E, ainda está configurado o dissídio jurisprudencial em face da Súmula nº 121 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, pelas duas alíneas referidas, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedentes os embargos à execução e procedente a ação ordinária de inexigibilidade do título, ficando, portanto, invertidos os ônus da sucumbência, fixados, se for o caso, de acordo com o critério que oportunamente definir o eminente Sr. Ministro Relator.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Srs. Ministros, conquanto público e notório que a depreciação vertiginosa do valor nominal da moeda venha, já há algum tempo, determinando vários tipos de providências, tendentes a neutralizar prejuízos patrimoniais; e conquanto também se possa admitir que a excedente taxa de juros possa, em casos especiais, prestar-se à reparação destes danos, resulta, contudo, de tudo quanto foi exposto, que nos autos não se procura a legitimação da exigência de juros formalmente excessivos a título de compensação, de prejuízos decorrentes da depreciação da moeda ou da inflação monetária.

Com estes acréscimos ao d. voto do Sr. Ministro Relator, acompanho S. Exa., na conclusão.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5 — MT — (Reg. nº 89.0007933-6) — Rel.: Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: José Gilberto Borges de Freitas. Recdo.: Jair Pessine. Advs.: Drs. Renato Gomes Nery e outros e Clóvis de Mello e outro.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, acompanhado pelos Srs. Ministros Barros Monteiro e Bueno de Souza, inicialmente provendo o recurso, pediu vista o Sr. Ministro Athos Carneiro. Aguarda o Sr. Ministro Fontes de Alencar (4ª Turma — 8-8-89).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes colegas, verificando os autos, constatei que, com as sucessivas reformas dos títulos de crédito, a dívida do recorrente subiu de 4 milhões de cruzeiros, em 19-1-81, para 20 milhões e 346 mil cruzeiros, em 10-2-82. Portanto, mais ou menos em um ano e meio, houve uma multiplicação praticamente por mais de 5 vezes. Ao mesmo tempo, os índices das ORTNs eram, em janeiro de 1981, de 74, e em fevereiro de 1982, de 152, ou seja, apenas o dobro, no mesmo período de tempo. Da análise do processo, verifica-se que toda a prova tende a revelar ter ocorrido, realmente, a fixação de «juros» desmedidos, no sentido de que muito ultrapassando a correção monetária relativa àquele período.

Em suma, Sr. Presidente, o meu voto é no sentido do voto do eminente Relator, ficando, todavia, claro que este provimento não impede a cobrança do crédito originário com os juros legais e a correção monetária, na forma da lei.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5 — MT — (Reg. nº 89.0007933-6) — Rel.: Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: José Gilberto Borges de Freitas. Recdo.: Jair Pessine. Advs.: Drs. Renato Gomes Nery e outros e Clóvis de Mello e outro.

Decisão: prosseguindo no julgamento do feito, após o voto-vista do Sr. Ministro Athos Carneiro acompanhado os votos anteriores, pediu vista o Sr. Ministro Fontes de Alencar (4ª Turma — 14-8-89).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: O meu pedido de vista prendeu-se a dúvida quanto à arguição de inexigibilidade do título, mas verifiquei, examinando os autos, que, conquanto se tivesse falado em

inexigibilidade do título, o que se pediu foi a redução da dívida ao valor inicial, com a correção. Neste caso, acompanho o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5 — MT — (Reg. nº 89.0007933-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: José Gilberto Borges de Freitas. Recdo.: Jair Pessine. Advs.: Drs. Renato Gomes Nery e outros e Clóvis de Mello e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Fontes de Alencar, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (4ª Turma — 28-8-89).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 12 — SP

(Registro nº 89.0008147-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Irene Gomes*

Recorrida: *Julieta Alves de Oliveira*

Advogados: *Drs. Paulo Porchat de Assis Kannebley, Salvador J. A. de Bernardis Giacomini*

EMENTA: Recurso especial. Usucapião ordinário. Conceito de justo título.

Justo título, aludido no artigo 551 do Código Civil, é o título válido, em tese, para transferir o domínio, mas ineficaz, na hipótese, por não ser o transmitente o titular do direito ou faltar-lhe o poder de alienar. Abonada doutrina e precedentes jurisprudenciais exigem esteja o título registrado. Não é justo título, para os efeitos do usucapião de breve tempo, o compromisso de venda por instrumento particular não registrado e não registrável, embora o preço integralmente pago.

Recurso especial conhecido, com base na letra c do permissivo constitucional, e provido. Ação de usucapião improcedente e ação reivindicatória procedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer e prover o recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 8 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro ATHOS CARNEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Trata este processo de usucapião ordinário, visando obter a propriedade de um apartamento localizado na cidade de Santos — SP, figurando como autores Julieta Alves de Oliveira, e o espólio de Ariovaldo Gualberto de Oliveira. Narram os demandantes, na inicial, que ao pretenderem obter como promitentes-compradores a escritura definitiva do imóvel, verificaram que o mesmo havia sido objeto de contrato, devidamente inscrito, de promessa de cessão e compromisso de compra e venda, figurando como promitente compradora Irene Gomes.

Propuseram, então, ação de anulação objetivando invalidar o mencionado pré-contrato, cumulando pedido de adjudicação compulsória do imóvel.

De sua parte, Irene Gomes ofereceu reconvenção, pleiteando a imissão na posse do apartamento. O Egrégio 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo entendeu de julgar os litigantes, tanto autores como a reconvinte, carecedores das respectivas ações. Os autores, porque seu compromisso não fora inscrito no registro imobiliário; a reconvinte, porque somente poderia exigir a entrega da posse, mediante a ação de imissão, de quem lhe prometera a venda, e não da ocupante do apartamento.

Já agora, com ação de usucapião, amparados em justo título e boa-fé, pretendem a aquisição do domínio sob a tutela do art. 551 do Código Civil, salientando que há mais de 10 anos mantêm eles autores a posse do apartamento nº 23, embora equivocada referência, no recibo do sinal, ao apartamento nº 12, equívoco aliás corrigido nos últimos recibos das prestações do preço, inteiramente pago.

Em resposta, sublinhou a ré Irene Gomes faltar aos autores justo título e boa-fé, além de estar a autora Julieta ocupando imóvel outro que não o aludido em seu pré-contrato; além disso, a oposição da contestante teria interrompido o prazo de posse. Irene Gomes ajuizou, outrossim, demanda reivindicatória, buscando a entrega do imóvel ocupado pela inventariante Julieta.

Reunidas as ações, de usucapião e reivindicatória, em fundamentada sentença foi julgada improcedente a ação de usucapião, e procedente, no essencial, a ação reivindicatória, sendo mencionado que Irene Gomes havia

antes obtido ganho de causa em ação adjudicatória do imóvel, promovida contra a firma promitente-vendedora.

Os vencidos manifestaram apelação, à unanimidade provida em acórdão que concluiu pela procedência da ação de usucapião, com dispensa do registro imobiliário face às «peculiaridades do caso», e com a conseqüente improcedência da demanda reivindicatória.

Buscando arrimo ao art. 119, III, letras *a* e *d*, da Constituição de 1969, Irene Gomes interpôs recurso extraordinário, afirmando violados os arts. 551 e 490 do Código Civil, e divergência com acórdão do Colendo Supremo Tribunal Federal, *in* RTJ 76/555.

O eminente Desembargador 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu o recurso extremo, pelo dissídio jurisprudencial.

O Ministério Público do Estado de São Paulo manifestou-se pelo não conhecimento da irresignação, e no mesmo sentido foi o pronunciamento da Subprocuradoria-Geral da República.

No Supremo Tribunal Federal o recurso interposto foi convertido em recurso especial, fundado nas letras *a* e *c* do inciso III do art. 105 da vigente Constituição da República, com a remessa do feito a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): A espécie trata de usucapião ordinário, exigente de justo título e boa-fé, nos termos do artigo 551 do Código Civil. O *v.* acórdão recorrido considerou justo título, para os efeitos do usucapião ordinário, documento que denominou «compromisso de compra e venda», e que afirmou «irrevogável pelo integral pagamento»; manifesta, outrossim, que a exigência de registro imobiliário, tido por «imprescindível para corrente jurisprudencial expressiva, a que se filiou a sentença», deveria ser dispensada ante às «peculiaridades» do caso concreto, em que o compromisso originariamente consignou com erro o número do apartamento prometido vender, tendo todavia ficado certo que era o mesmo imóvel igualmente comprometido com a ora recorrente Irene Gomes. Mas, no dizer do acórdão, quando esta ajuizou ação de reivindicação, em 1981, já se consumara, pelo decênio, o usucapião ordinário em favor da recorrida Julieta Alves de Oliveira.

Todavia, embora Julieta Alves de Oliveira esteja na posse do apartamento desde o termo de sua construção, em início de 1965 (inicial, fl. 4, nº 3), não dispõe ela do justo título capaz de ensejar a declaração de domínio, em seu favor, por via do usucapião de breve tempo. Mesmo para aqueles autores que entendem dispensável o requisito do registro imobiliário, justo título será aquele «hábil em tese para a transferência do domínio, mas que não a tenha realizado na hipótese por padecer de algum defeito ou lhe fal-

tar qualidade específica. A regra prática para aferi-lo seria de considerar que o título há de ser tal que transferiria o domínio independente de outra qualquer providência, se viesse escorrito» (Caio Mário da Silva Pereira, «Instituições de Direito Civil», v. IV, 1981, pág. 129/130). Em suma, segundo este mesmo autor, o título deve revestir «a faculdade abstrata de transferir a propriedade», deve ter «o poder em tese de efetuar a transmissão».

Para Lenine Nequete, justo título é «todo ato formalmente adequado a transferir o domínio ou o direito real de que se trata, mas que deixa de produzir tal efeito em virtude de não ser o transmitente senhor da coisa ou do direito, ou de faltar-lhe o poder de alienar» («Da Prescrição Aquisitiva», AJURIS, 3ª ed., nº 42).

Tema objeto de grave controvérsia é a possibilidade de o compromisso de compra e venda ser considerado como justo título, para os efeitos ora pretendidos. Autores modernos buscam conceitos mais abrangentes de justo título, e assim, v.g., José Osório de Azevedo Júnior («Compromisso de Compra e Venda», 2ª ed., Saraiva, 1983, pág. 77), em posicionamento abonado por Nélson Luiz Pinto («Ação de Usucapião», RT, 1987, pág. 112 e ss.), para quem o conceito de justo título deve ser repensado em vista da realidade social brasileira, aceitando-se como tal não só o compromisso de compra e venda, como «qualquer outro documento que retrate uma *justa causa possessionis*, posse com *animus domini* e que possibilitaria ao possuidor futura transcrição desse documento ou substituição por outro definitivo, desde que naturalmente cumprida a contraprestação do adquirente» (ob. cit., pág. 122).

No caso ora em julgamento, o título obtido pelo falecido marido da recorrida Julieta Alves de Oliveira, é um simples «recibo de sinal e principio de pagamento», passado em 23-11-61 em instrumento particular pela firma vendedora e construtora do prédio, e mais os recibos de pagamento do preço, financiado em oito anos. É título que o habilitou à posse, mas não será, no conceito adotado pela jurisprudência e doutrina prevalentes, o justo título referido no artigo 551 do Código Civil. É de acórdão da Egrégia 1ª Câmara Cível do TJRS, de que fomos relator, a ementa:

«Justo título, aludido no artigo 551 do CC, é o título válido, em tese, para transferir o domínio, mas ineficaz, na hipótese, por emanado de quem não é o proprietário. A expressão *justo*, anexada à palavra título, não significa que a transmissão de propriedade deva ser regular; se o fosse, a prescrição seria inútil ao possuidor. A expressão apenas significa que o título, *em si mesmo*, deva ser translativo da propriedade, de tal forma que a propriedade seria transferida se o título emanasse do verdadeiro proprietário» (RJ do TJRGS, 75/309).

De outra parte, a recorrente Irene Gomes, por instrumento público, tornou-se em 14-10-63 promitente compradora do mesmo imóvel; houve dupla promessa, em suma, efetuada pela mesma firma promitente vendedora.

Mas a segunda promitente compradora registrou seu título em 28-1-64, e, tendo obtido carta de adjudicação do apartamento, veio a matriculá-lo e registrá-lo em seu nome, como proprietária, em 4-5-81 (fl. 20v., apenso II). A alegação da recorrida é de que a aquisição da propriedade pela recorrente, através de adjudicação, teria ocorrido depois do transcurso do decênio previsto no artigo 551.

Impende ponderar que o artigo 551 do Código Civil não explicita em que consiste o justo título, e a exegese ampliativa adotada no douto aresto recorrido, como tal considerando o pré-contrato tornado irrevogável pelo integral pagamento, embora não registrado, não se pode afirmar seja contrária à lei federal invocada. Vale aqui registrar, em termos, a tese da Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que decisão que dá razoável interpretação à lei não autoriza o recurso extraordinário com arrimo na letra *a* do permissivo constitucional. O *v. aresto* igualmente não violou o art. 490 do CC, ao afirmar, no exame da prova, a boa-fé da postulante do usucapião decenal.

Todavia, indubitavelmente, a interpretação dada ao artigo 551 do Código Civil, pela decisão impugnada, diverge da jurisprudência que prevaleceu no Pretório Excelso, expressa pelo acórdão apontado como paradigma — RE 78.881, *in* RTJ 76/555 — cuja ementa dispõe:

«Justo título, para o efeito do que expressa o artigo 551 do Código Civil, é o instrumento hábil, formalizado e registrado, mas, bem se vê, que manifeste aquisição *a non domino*. Precedentes da Corte. Recurso extraordinário provido em parte».

No voto do eminente Relator é lembrado o aresto no RE 6.750, de que foi relator o eminente jurista Orosimbo Nonato, onde este afirma que o usucapião ordinário «exige justo título, vale dizer, título formalizado e, pois, transcrito», fazendo remissões à anciã doutrina e a autores vários. A tese é reafirmada no STF na Apelação Cível nº 9.691 — DF, Relator o eminente Ministro Francisco Rezek (RTJ, 118/64), *ac.* de 6-11-85.

Conheço, pois, do recurso, com arrimo na letra *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

Conhecendo-o, aplico o direito à causa (Súmula 456 do STF), para dar provimento ao recurso especial e restabelecer, no essencial, a sentença. Parece-nos deve ser mantido o conceito de justo título, para o usucapião de breve tempo, tal como de muito preconizado em respeitável doutrina e adotado pelo Pretório Excelso nos arestos mencionados. Cumpre outrossim notar que, no caso concreto, o título apresentado pela postulante do usucapião decenal não apenas não foi registrado como não seria registrável, por falta de elementos legalmente indispensáveis à identificação registral do imóvel prometido vender — Lei nº 6.015/73, art. 176. Entretanto, nas circunstâncias peculiares ao caso em julgamento, as perdas e danos devidos à recorrente serão contados a partir da publicação da presente decisão.

Nestes termos dou por procedente a ação reivindicatória e improcedente a ação de usucapião, restabelecido no essencial o veredicto do juízo monocrático.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, estou de inteiro acordo com o eminente Ministro Relator. Entendo também que a solução encontrada por S. Exa. é a que melhor se adapta à legislação em vigor, sobretudo em face da corrente ainda predominante no que tange ao entendimento respeitante ao conceito de justo título. Ausente esse requisito, a solução se impunha, sendo de aduzir a circunstância de que, no caso concreto, pelos dados do relatório, já havia com trânsito em julgado uma ação adjudicatória em favor da parte que veio propor a ação reivindicatória posteriormente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, também acompanho o Sr. Ministro Relator, à falta do requisito do justo título.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Sr. Ministros, também acompanho o Sr. Ministro Relator, sublinhando apenas que, no caso, o título em que se baseia o pretendido usucapião é o contrato de compromisso de compra e venda, que reclama mais cuidadoso exame, porquanto patenteia a posse, pelo usucapiente, de bem, cuja propriedade reconhece na pessoa do promitente vendedor que, no caso, por melhor título, se comprometeu a alienar a terceiro: melhor título, porquanto registrado e, nesta altura, já prestigiado por sentença que acolheu a reivindicação.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12 — SP — (Reg. nº 89.0008147-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Irene Gomes. Recorrida: Julieta Alves de Oliveira. Advogados: Drs. Paulo Porchat de Assis Kannebley e Salvador J. A. de Bernardis Giacomini.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e proveu o recurso (8-8-89 — 4ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 16 — SP

(Registro nº 89.8151-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Ermelino Matarazzo*

Recorrido: *Francisco Matarazzo Júnior — Espólio*

Advogados: *Drs. Roberto Mortari Cardillo, Hugo Mósca, Carlos Francisco de Magalhães e outros, Maria Cristina Paixão Cortes*

EMENTA: Direito das sucessões. Doação de bens. Colação.

Inexiste violência ao disposto no artigo 1.788 do Código Civil se o acórdão recorrido, interpretando cláusula testamentária, no contexto em que lançada, entendeu que a mesma expressava dispensa de colação.

Alegação de que o julgado não cogitou da exigência de que o valor dos bens não excedessem ao da metade disponível. Matéria não examinada em qualquer fase e só levantada no extraordinário, convolado em especial. Ausência de prequestionamento.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 5 de setembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Nos autos do inventário dos bens deixados por Francisco Matarazzo Júnior, decidiu o MM. Juiz que as ações de S. A. Ondina de Administração e Representação e de S. A. Oceânica de Administração, doadas a Mariângela Matarazzo Lee, estariam dispensadas da colação nos termos do artigo 1.788 do Código Civil.

Agravou Ermelino Matarazzo. Salientou inicialmente que deveria ser colacionado o usufruto daquelas ações, pois este é que fora doado à filha do *de cuius*, mãe da nua-proprietária. Sustentou, com base em opiniões doutrinárias, ser a colação obrigatória e que não teria sido dispensada pelo autor da liberalidade, devendo ser considerada adiantamento da legítima.

Embora reconhecendo que a instituição de usufruto, em favor de Maria Pia Esmeralda Matarazzo, devesse considerar-se como doação, a Egrégia Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria, negou provimento ao agravo, entendendo ter sido relevada a colação.

Recorreu extraordinariamente o vencido, argüindo que violado o disposto nos artigos 1.786, 1.788 e 1.799 do Código Civil, posto que a dispensa de colação haveria de ser sempre expressa e indubitosa, não se podendo tê-la como contida em «disposição genérica e vaga». Por outro lado, a decisão recorrida não cogitou de indagar se o valor da liberalidade seria susceptível de conter-se na metade disponível do doador.

O recurso foi admitido. As partes arazoaram e o Ministério Público, no Tribunal de origem, e perante o Supremo Tribunal Federal, opinou fosse provido o extraordinário.

O eminente Ministro Relator considerou que, por força da vigente Constituição, o recurso deveria ter-se como convertido em especial, remetendo-o a este Tribunal.

Após lançado «visto» nos autos, com pedido de dia para julgamento, foi apresentada petição, pela inventariante do espólio de Francisco Matarazzo Jr., em que se noticia haver sido celebrado acordo, nos autos do inventário, pelo qual herdeiros e sucessores desistiram dos recursos interpostos contra a sentença homologatória da partilha. Aberta vista à parte contrária, peticionou o espólio de Ermelino Matarazzo, comunicando o falecimento do recorrente e afirmando que o acordo não abrangeria a questão de que se cogita no presente recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Direito das sucessões. Doação de bens. Colação.

Inexiste violência ao disposto no artigo 1.788 do Código Civil se o acórdão recorrido, interpretando cláusula testamentária, no contexto em que lançada, entendeu que a mesma expressava dispensa de colação.

Alegação, de que o julgado não cogitou da exigência de que o valor dos bens não excedessem ao da metade disponível. Matéria não examinada em qualquer fase e só levantada no extraordinário, convolado em especial. Ausência de prequestionamento.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Embora conste dos autos ter falecido o recorrente, possível o julgamento do recurso, independentemente da habilitação, posto que fora pedido dia para o julgamento (RISTJ, art. 286).

O acordo de que se trouxe notícia menciona desistência dos recursos contra a sentença homologatória da partilha, não se referindo expressamente à hipótese. Não se nega que possa este reputar-se abrangido. A extensão daquele ato, entretanto, será adequadamente examinada na sede em que formulado. Deste modo, o recurso especial poderá ser apreciado, sem prejuízo de decisão, no Juízo competente, quanto à exata compreensão do acordado.

Passo à apreciação do recurso.

Não há cogitar da arguição de relevância posto que, à época do julgado recorrido, a esse requisito não se sujeitava a admissibilidade do recurso.

Sustenta-se ter havido violação ao disposto nos artigos 1.786, 1.788 e 1.799 do Código Civil. Manifesto o equívoco, que tenho como irrelevante, na indicação do último dispositivo. Do contexto da petição resulta indubitado que pretendeu o recorrente referir-se ao artigo 1.789. O desatendimento às mencionadas normas legais estaria em ter-se aceito a ocorrência de dispensa da colação de bens que não se fizera expressamente. E mais, em não se ter cogitado de verificar se o valor dos bens excedia a metade que o doador poderia livremente dispor.

Relativamente ao segundo motivo, está claro não ter havido prequestionamento. Envolve matéria de fato que deveria ter sido deduzida perante o Juiz, ou, pelo menos, no agravo, para que pudesse ser examinada. Não versada pela decisão recorrida, inadmissível sirva de fundamento para o recurso especial.

Inexistiu qualquer violência ao artigo 1.786 do Código Civil. O acórdão não afirmou que os descendentes, em regra, fossem desobrigados de conferir as doações recebidas. Entendeu que haveria a escusa, prevista no artigo 1.788. Por outro lado, não se contesta que a questionada dispensa ter-se-ia feito em testamento, atendido o artigo 1.789. Todo o problema está em verificar se abrangeu a questionada doação, em termos que satisfizessem o exigido pelo artigo 1.788.

Esforça-se o recorrente por demonstrar, com apoio no Ministério Público, que, de acordo com a lei, sendo a colação obrigatória e a dispensa excepcional, esta última haverá de ser expressa. Ocorre, entretanto, que o julgado recorrido não decidiu de modo diverso. Fundou-se na cláusula testamentária que estabeleceu ficassem dispensados da colação «todos os demais presentes, mesadas, custeio de estudos e outras liberalidades que foram dadas aos filhos em vida». Examinada esta disposição, no contexto do instrumento, entendeu-se que a outorga do usufruto deveria ter-se como compreendida pela expressão «outras liberalidades». Não se admitiu que a isenção houvesse sido implícita, tácita ou virtual. Reputou-se que expressa em uma formulação ampla. E isso a lei não veda. Desnecessário que os bens, em relação aos quais se desobrigue a colação, sejam precisamente individualizados. Lícito que o autor da herança exprima-se de maneira abrangente.

Tenho como certo, pois, que a questão é de interpretação de cláusula do testamento, o que faz inadmissível o recurso. Dele não conheço.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 16 — SP — (Reg. nº 89.8151-9) — Rel.: Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Ermelino Matarazzo. Recdo.: Francisco Matarazzo Júnior — Espólio. Advs.: Drs. Roberto Mortari Cardillo, Hugo Mósca, Carlos Francisco de Magalhães e outros, Maria Cristina Paixão Cortes.

Decisão: «Vencidas as preliminares de intervenção após a colação do feito em pauta, bem como a outra preliminar de prejudicialidade do recurso

em face do acordo feito no inventário, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.» (Em 5-9-89 — Terceira Turma).

Sustentou oralmente, pelo recorrido, a Dra. Maria Cristina Paixão Cortes.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Gueiros Leite e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. GUEIROS LEITE.

●

RECURSO ESPECIAL Nº 32 — PR

(Registro nº 89.8167-5)

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

Recorrente: *Luiz Eduardo Damico Costa*

Recorrido: *Deilce Maria Pereira Costa*

Advogados: *Drs. Regina Helena Afonso e outros e Dermont Rodney de Freitas Barbosa*

EMENTA: Direito Civil. Registro de casamento religioso.

O art. 73 da Lei de Registros Públicos não exige que o requerimento dirigido ao oficial do cartório seja escrito, dessumindo-se daí que pode ser verbal. Recurso Especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso; na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Luiz Eduardo Damico Costa intentou contra Deilce Maria Pereira Costa ação declaratória de

nulidade da inscrição do casamento religioso no registro civil, cumulada com pedido de anulação de casamento por vício de consentimento, questionando na primeira das pretensões a validade do ato por preterição de formalidade exigida em lei, qual seja, a existência de requerimento por escrito ao oficial do cartório por qualquer dos interessados (art. 73 da Lei nº 6.015, de 31-12-73).

Julgada improcedente a ação, a Eg. Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, deu provimento ao apelo do autor, para julgar procedente a demanda sob os dois fundamentos. Mas, o C. 2º Grupo de Câmaras Cíveis, recebendo os embargos infringentes oferecidos pelo Ministério Público, houve por bem restabelecer o r. decisório de 1º grau.

Irresignado, o autor interpôs recurso extraordinário com apoio no art. 119, inc. III, a, do permissivo constitucional então vigente, alegando ofensa à lei maior (art. 175, §§ 2º e 3º) e negativa de vigência ao art. 73 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 1973).

Denegado seguimento ao recurso, no agravo em apenso determinou-se a sua subida para melhor exame. Oficiou a Procuradoria-Geral da República, opinando pelo não conhecimento ou, quando não, pelo desprovimento. O r. despacho de fl. 392 considerou o recurso extraordinário convertido *ipso iure*, em recurso extraordinário (quanto à matéria constitucional) e em recurso especial (tocante à matéria infraconstitucional), ordenando a remessa dos autos a esta Corte para apreciar o segundo recurso aludido.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: «Direito Civil. Registro de casamento religioso.

O art. 73 da Lei de Registros Públicos não exige que o requerimento dirigido ao oficial do cartório seja escrito, dessumindo-se daí que pode ser verbal. Recurso Especial não conhecido».

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Habilitados os nubentes e realizado o casamento religioso, o celebrante apresentou o termo correspondente ao oficial do cartório, que o registrou na forma do art. 73 da Lei nº 6.015/73.

A alegação do autor, nesse particular, é no sentido de que se omitiu formalidade essencial à validade do registro, isto é, o requerimento escrito formulado por um dos interessados.

Ocorre que a lei (art. 73 citado) não exige requerimento expresso, dessumindo-se daí que pode ser verbal, conforme deixa consignado o voto do Desembargador Nunes do Nascimento por ocasião do julgamento da

apelação (fl. 282). Vale salientar, por sinal, que os atos do registro são suscetíveis de serem praticados a requerimento verbal ou escrito dos interessados (art. 13, inciso II, da Lei nº 6.015, de 1973). Na espécie em apreciação, desde que o casamento religioso foi precedido da regular habilitação dos noivos, o legislador satisfaz-se com o simples requerimento verbal feito pelo celebrante ou qualquer dos interessados.

Seria, portanto, exagerado apego à forma impor-se, no caso, o requerimento por escrito, tal como pretende o ora recorrente. Segundo magistério de Caio Mário da Silva Pereira, «dentro do princípio da liberdade de forma, admite-se que a vontade se manifeste por todos os meios, seja pela linguagem falada ou escrita, seja pela linguagem mímica, gestos, acenos, atitudes, seja ainda pela utilização de caracteres convencionais gráficos. Sempre que não for exigida forma especial, o ato perfaz-se através de um meio qualquer, por que se apure a emissão volitiva» (Instituições de Direito Civil, vol. I, pág. 416, 1ª ed.).

Escorreita, pois, a inteligência que se atribuiu ao art. 73 da Lei de Registros Públicos, não conheço do recurso.

Oportunamente, restituam-se os autos ao C. Supremo Tribunal Federal, em cumprimento à determinação de fl. 392.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, ponho-me de acordo com os fundamentos aduzidos pelo Sr. Ministro Relator. Efetivamente, ao dispor sobre as normas gerais que presidem a ordem do serviço de registro, a Lei nº 6.015/73, art. 13, dispõe:

«Salvo as anotações e as averbações obrigatórias, os atos do registro serão praticados:

I — por ordem judicial;

II — a requerimento verbal ou escrito dos interessados;

III — a requerimento do Ministério Público, quando a lei autorizar.»

E o art. 73, que é precisamente o preceito apontado como transgredido, dispõe:

«No prazo de 30 (trinta) dias a contar da realização, o celebrante ou qualquer interessado poderá, apresentando o assento ou termo do casamento religioso, requerer-lhe o registro ao oficial do cartório que expediu a certidão.

§ 1º O assento ou termo conterà a data da celebração, o lugar, o culto religioso, o nome do celebrante, sua qualidade, o cartório que expediu a habilitação, sua data, os nomes, profissões, residências, nacionalidades das testemunhas que o assinarem e os nomes dos contraentes.

§ 2º Anotada a entrada do requerimento, o oficial fará o registro no prazo de 24 (vinte e quatro) horas».

Tendo para mim que mesmo a alusão à anotação de entrada de requerimento, contida no § 2º do art. 73, é suficiente para excluir a admissibilidade da lavratura do assento no livro próprio pelo oficial do registro civil de pessoas naturais, concernente ao termo que lhe é apresentado por algum interessado ou pelo celebrante.

No caso, segundo colho do douto voto do Sr. Ministro Relator, as instâncias locais deixaram certo que o termo foi encaminhado pelo celebrante. Não se oferecendo esta questão à apreciação deste Tribunal, tenho para mim que não se afigura lesão ao dispositivo invocado.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, também estou de acordo. Parece-me que o fundamental para a inscrição do casamento religioso no registro civil, atribuindo-se-lhe os efeitos da Lei Civil, é que a prévia habilitação tenha sido válida, e sobre isso não se questiona.

Em segundo lugar, impende que o casamento religioso haja sido realizada com obediência às formalidades previstas no ritual da confissão religiosa do celebrante, e que a certidão por este fornecida também seja uma certidão hábil. Quanto a isso, também não se questiona.

O problema da existência ou não de um requerimento no sentido da inscrição no registro civil, consubstancia uma formalidade meramente instrumental, e não essencial; e só seria relevante se houvesse dúvidas no tocante àquele prazo, para se efetuar o registro, aquele prazo, digamos assim, de eficácia do casamento religioso para fins de inscrição no registro civil. Como não se discute quanto a isso, ao contrário, o registro foi efetivado imediatamente após o casamento religioso, parece-nos que o tema da existência ou não de um requerimento formal não se reveste de maior influência. Terá ocorrido mera irregularidade, porém sem forças para invalidar, para nulificar a inscrição no registro civil.

Por esses motivos, acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, embora entendendo que a lei prevê o requerimento escrito — é o que extraio do § 2º do art. 73 e, ainda, do art. 74 — com as considerações trazidas à tona pelo Sr. Ministro Athos Carneiro, acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, solicitaria a V. Exa, que tem o texto de lei em mãos, que me fizesse a fineza de ler o art. 73.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Com prazer. O art. 73 diz o seguinte: (lê):

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, solicitei a leitura do dispositivo legal exatamente para examinar com maior precisão se da lei constava explicitamente que o requerimento teria que ser escrito, sobretudo em face do caráter solene desse contrato *sui generis* que é o casamento. Não existindo tal determinação legal, parece-me que o legislador se contentou em que, naquele prazo, as pessoas autorizadas por lei comparecessem a cartório para providenciar o registro.

Com estas considerações e aquelas que foram externadas nos votos que antecederam a este, também acompanho o Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32 — PR — (Reg. nº 89.8167-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Luiz Eduardo Damico Costa. Recorrido: Deilce Maria Pereira Costa. Advogados: Drs. Regina Helena Afonso e outros e Dermont Rodney de Freitas Barbosa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 29-8-89, 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

RECURSO ESPECIAL Nº 46 — PR

(Registro nº 89.0008180-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Omar de Souza*

Advogado: *Dr. Luiz Renato Cardoso Crovador*

EMENTA: Criminal. Reincidência. Prescrição retroativa. Prazo. Para efeito da aplicação do art. 110, caput, in fine, do Código Penal, não há distinguir entre prescrição da pretensão executória a que alcança a pretensão punitiva. Divergência pretoriana demonstrada, para efeito do conhecimento do recurso especial, e prevalente a orientação paradigma, para efeito do provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de junho de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Por infração do art. 171 do Código Penal, conforme denúncia recebida a 15-10-82, o recorrido acima referenciado foi condenado, na Comarca de Curitiba-PR, a um ano e dez meses de reclusão, reconhecida a reincidência pela sentença passada em julgado para a acusação a 29-10-86. A requerimento de seu advogado, obteve decisão declaratória da prescrição retroativa, à consideração de que, em hipóteses tais, não se levaria em conta a majoração de um terço do prazo prescricional, estabelecida pelo art. 110, *in fine*, do citado diploma — fl. 293.

Dessa decisão recorreu o Ministério Público, sob fundamento da indistinção entre a prescrição retroativa, ponderada em face da pena concretizada, e a prescrição balizada pela pena em abstrato, como indevidamente as distinguiu o julgador monocrático — fl. 297. No entanto, o recurso não teve êxito, conforme acórdão da Eg. 3ª Câmara do Tribunal de Alçada daquele Estado, lavra do Juiz Sérgio Mattioli, a fundamentos que, no que interessa, bem explicitados foram pela seguinte emenda.

«Recurso em Sentido Estrito — Decretação de Prescrição Retroativa — Aumento do Prazo Prescricional — Reincidência.

Art. 581, inciso VIII do CPP *c/c* o art. 110, *caput*, e § 1º, do CP.

1. Nas hipóteses de prescrição retroativa ou superveniente, modalidades de extinção da pretensão punitiva, o lapso prescricional tem por base a pena *in concreto*, não incidível o aumento de um terço, pela reincidência, somente comportável, na prescrição da pretensão executória, após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Art. 110, *caput*, e §§ 1º e 2º, do CP.

2. O acréscimo pela reincidência, unicamente comportável, no caso de extinção da punibilidade pela pretensão executória, vale dizer, após o trânsito em julgado definitivo da sentença, é feito sobre

os prazos prescricionais, previstos no art. 109 incisos I a VI do CP e não pela pena aplicável em concreto.

3. Tendo transcorrido, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, lapso temporal previsto em lei, com base na pena *in concreto* excluído o aumento da continuidade e trântita em julgado a sentença, para a acusação, resulta consumada a prescrição retroativa.

omissis...

Recurso em Sentido Estrito improvido, por inaplicável à prescrição retroativa o aumento da reincidência, com relação ao prazo prescricional.» — Fls. 324/27.

Inconformado, o Ministério Público manifestou recurso extraordinário, com apoio na letra *d* do permissivo constitucional de então, trazendo a co-tejo o acórdão da Eg. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, igualmente explícito quanto ao tema, segundo asseveraões assim ementadas:

«Prescrição — Reincidência — Acréscimo de 1/3 ao prazo prescricional — Prazo prescricional de 2 (dois) anos que passa a ser de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses.

Ementa oficial: *habeas corpus*. Receptação. Prescrição. Reincidência. Código Penal, art. 109, VI e 110. Condenação a seis meses de detenção. Prazo prescricional acrescido de um terço em face da reincidência, totalizando dois anos e oito meses. Extinção da punibilidade não verificada. Recurso desprovido.» — RHC 64.295-1(SP). Rel. Min. Néri da Silveira, *in* «Jurisprudência Brasileira Criminal», 18/847 — fl. 353.

Conferido o teor do acórdão paradigma, foi admitido e processado o recurso (fls. 358/64), com remessa ao STF, onde recebeu parecer da douta Procuradoria-Geral da República, com os fundamentos que se seguem:

«Muito embora exista posição doutrinária divergente, o certo é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se inclinou no sentido da tese esposada pelo recorrente, *i.e.*, de que o artigo 110, *caput*, última parte, do Código Penal, não admite a distinção feita nas instâncias ordinárias.

Portanto, sendo o réu reincidente, assim reconhecido na sentença condenatória, o prazo prescricional será acrescido de um terço (1/3), seja no caso da prescrição da pretensão executória, quer em se tratando de prescrição retroativa pela pena concretizada.

Assim foi decidido no RHC 64.295-SP, relatado pelo eminente Ministro Néri da Silveira (*DJ* 4-9-87, pág. 18287) e no RHC 65.332-SP, relatado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho (RTJ 123(3): 984, mar. 88).

No caso concreto a denúncia foi recebida em 15-10-82 e a sentença publicada em 21-10-86. Como o réu foi condenado a um (1)

ano e dez (10) meses de reclusão, o prazo prescricional (quatro anos mais um terço) é de cinco (5) anos e quatro (4) meses, que não transcorreu.

Finalmente, cabe consignar que o réu ainda não foi intimado da sentença, não estando, pois, transitada em julgado a condenação.

Isso posto, somos pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário para afastar a prescrição retroativa, com a devolução dos autos à origem para fins de intimação da defesa (item 3).

Brasília, 14 de fevereiro de 1989 — *Edson Oliveira de Almeida*, Procurador da República.

Aprovo: *Aristides Junqueira Alvarenga*, Vice-Procurador-Geral da República» — fls. 371/372.

Sobrevindo a instalação deste Superior Tribunal de Justiça, houve por bem o Pretório Excelso declará-lo competente para a espécie, sob fundamento da conversão, *ipso iure*, do recurso extraordinário em recurso especial — fl. 375.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, indiscutível, pelo óbvio, a declinatória suprema, a mim parece que a conversão recursal de que se trata mostra-se aparelhada para julgamento, sem carência formal alguma, pois que, inobstante a *vacatio legis* tocante ao processamento do recurso especial, por analogia plena ao mesmo se devem aplicar as normas processuais atinentes ao recurso extraordinário, com os suprimentos regimentais recomendados desde mesmo o Ato Regimental nº 1-STJ.

Por conseguinte, segundo a boa técnica recomendada para o caso de dissídio jurisprudencial, cumpre iniciar-se o julgamento pela preliminar de conhecimento do *recurso especial*, por sinal que o primeiro a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse mister, sem maior dificuldade, verifico que a divergência pretoriana está cabalmente demonstrada. Com efeito, enquanto o v. acórdão recorrido, ao que se viu, pôs-se em louvar os escólios doutrinários que levam em conta distinguir-se a *prescrição da pretensão executória* da que alcança a *pretensão punitiva*, e concluiu por dizer inaplicável neste último caso o disposto na parte final do art. 110 do Código Penal, em sentido diametralmente oposto é a proclamação do acórdão paradigma, proferido em hipótese idêntica, para afirmar a incidência do preceito também no caso da prescrição retroativa, norteadas pela pena concretizada. Consulte-se o voto condutor, lavra do Sr. Min. Néri da Silveira, com esta conclusiva reportagem ao parecer da Procuradoria-Geral da República, *verbis*:

«5. O paciente foi condenado a seis meses de detenção, em sentença que o reconhece, expressamente, como reincidente em crime contra o patrimônio (vide sentença fls. 25/32).

6. Nos termos do art. 110, parte final, do Código Penal, o prazo prescricional, de dois anos (art. 110, c/c art. 109, VI, do CP) será acrescido de um terço, em face da reincidência, reconhecida pelo próprio recorrente.

7. Considerando que entre o recebimento da denúncia (causa interruptiva da prescrição) e a prolação de sentença condenatória não transcorreram dois anos e oito meses, mas dois anos, quatro meses e quinze dias, não houve extinção da punibilidade pelo decurso do tempo, porque inalcançando o prazo próprio.

Do exposto, nego provimento ao recurso.» (Xérox de fls. 353/354).

Dessa forma, conheço do recurso, a teor da regência hoje estabelecida no art. 105, III, letra c, da Constituição Federal.

No mérito, ao que presumo das referências doutrinárias trazidas aos autos, mormente o invocado tópico do judicioso prelecionamento do Prof. Damásio de Jesus («Prescrição Penal», Saraiva, 1987, pág. 139), a construção sufragada pelo v. decisório recorrido parte do pressuposto de que, valorizada como agravante, a reincidência previamente influi na dosimetria da pena aplicada, a qual, por sua vez, referencia o prazo prescricional retroativo a considerar; cuidar-se-ia, assim, de uma inconcebível duplicidade valorativa da reincidência, com função exasperante.

O argumento, salvo equívoco dessa dissecação analítica, se bem que reverencie, em parte, antiqüíssima posição doutral de menosprezo à relevância penal da reincidência, na verdade, d.m.v., mostra-se discutível em face do texto examinado, cuja literalidade parece conjugar-se pelo brocardo da *interpretatio cessat in claris*. Quando nada, é o que se colhe da colacionada orientação do Pretório Excelso sobre a pretendida distinção, ao proclamar, singelamente, *não haver, na lei, qualquer determinação no sentido da exceção pretendida* (RHC 65.332-SP, 2ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho, in RTJ 123/984). E mais, com igual ênfase tem-se pronunciado o Supremo quanto ao similar dispositivo (art. 115) de redução desse prazo, mesmo que retroativa a prescrição, quando menor de 21 anos o delinqüente (HC 67.362-7-PR, Rel. Min. Francisco Rezek, in DJ de 16-6-89).

Por outro lado, avaliado o tema sob o aspecto teleológico, convenha-se na razão maior da agravação dos efeitos jurídicos da reincidência, regra que vem da antigüidade e que ainda hoje se inspira finalisticamente na incontável revelação de maior culpabilidade, à qual deve corresponder maior rigor da reprovação social, em presunção, ademais, da incorrigibilidade do agente, avaliação esta que interessa de perto ao moderno conceito da pena e seus institutos correlatos.

Registre-se, afinal, no particular das analisadas conseqüências jurídicas, que nas sucessivas *reformas penais e processuais penais* de 1965, 1967, 1977 e de 1984 (Leis n.ºs 4.898, 5.349, 6.416 e 7.209), inobstante o abrandamento da reincidência e suas influências prejudiciais estabelecidas pelo Código Penal de 1940 — a exemplo da perpetuidade dos efeitos, da conversibilidade da multa em detenção ainda que insolvente o réu, e da força majorante da pena quando específica a reincidência; ou a exemplo das antigas taxações do Cód. de Proc. Penal — a prisão preventiva obrigatória e a inafiançabilidade rigorosa; ainda assim, a mais não chegou essa mitigação, nunca ao ponto de abolir o discutido acréscimo do prazo prescricional, quer se trate da pretensão executória, quer da punitiva, propriamente dita.

Em suma, até mesmo por força de suas bases ontológicas, a regra onerosa do prazo extintivo da punibilidade vem resistindo à atenuação da recidiva como circunstância influente na aplicação da pena e sua execução. A primitiva letra do art. 110, *caput*, do velho Código subsistiu imune às sucessivas modificações dos parágrafos que lhe foram acrescidos, tal qual também inalterada se mantém a sua exegese, no pormenor da desejada exceção, segundo se viu da cotejada jurisprudência suprema.

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou total provimento.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, acompanho V. Exa. tanto na preliminar de conhecimento, como no mérito.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, do mesmo modo, conheço do recurso especial, porque atendidos os pressupostos legais. E, no mérito, além dos argumentos válidos e excelentes de V. Exa., apenas lembraria que não se pode tratar semelhantemente os desiguais. Quem é primário não pode ser tratado igualmente a um reincidente. O prazo prescricional, portanto, quando se cuida de condenado reincidente, no caso de pretensão executória, é aumentado de um terço, segundo a previsão da parte final do *caput* do art. 110 do Código Penal.

De modo que, com essa breve consideração e fazendo remissão ao voto de V. Exa., também conheço e dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp 46 — PR — (Reg. n.º 89.0008180-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Recte.: Ministério Público do Estado do Paraná. Recdo.: Omar de Souza. Adv.: Luiz Renato Cardoso Crovador.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu total provimento.

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal.

— ● —

RECURSO ESPECIAL Nº 67 — SP
(Registro nº 89.0008270-1)

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

Recorrente: *Banco do Brasil S/A.*

Recorrida: *Indústria e Comércio de Plásticos Ibirá Ltda.*

Advogados: *Drs. Álvaro Alves Noga e outros e João Mariano da Silva e outro*

EMENTA: Processo civil. Embargos de terceiro.

Discussão sobre validade de títulos de domínio e alegação de fraude à execução. Reexame de matéria de fato inadmissível no âmbito do recurso especial. Impertinência, no caso, da Súmula 621 do STF. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de embargos de terceiro opostos por «Indústria e Comércio de Plásticos Ibirá Ltda.» contra o «Banco do Brasil S.A.», visando à desconstituição da penhora incidente sobre o imóvel de sua propriedade, na execução que o segundo move a «Motosport-Indústria, Comércio e Importação de Motores e Veículos Ltda.» e outros.

Julgados improcedentes em 1ª instância, a Eg. Sexta Câmara Especial do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, deu provimento ao apelo interposto pela embargante, em atenção à posse por ela exercida, para considerá-los procedentes e excluir da constrição o bem questionado.

Com suporte no art. 119, inciso III, alíneas *a* e *d*, da Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional nº 1/69), recorreu extraordinariamente o embargado, apontando negativa de vigência aos arts. 530, nº I, 533, do Código Civil, 592, nº V, 593, nº II e 600, nº I, do diploma processual civil, 22 do Dec.-Lei nº 58/37, com a redação dada pela Lei nº 6.014/73, e 172 da Lei nº 6.015/73. Alegou divergência com a Súmula 621 e indicou ainda como julgados discrepantes os grafados *in* RTJ 102/232 e *in* RT 524/252.

O recurso foi admitido em face da discrepância com a Súmula 621 do Pretório Excelso. Oferecidas razões e contra-razões, teve-se como convertido *ipso jure* o recurso extraordinário em recurso especial.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processo Civil. Embargos de terceiro.

Discussão sobre validade de títulos de domínio e alegação de fraude à execução. Reexame de matéria de fato inadmissível no âmbito do recurso especial. Impertinência, no caso, da Súmula 621, do STF. Recurso não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Saliente-se, desde logo, que a espécie em exame não se adequa ao enunciado da Súmula 621 da Suprema Corte. Assim é que a embargante — ora recorrida — não ingressou com os presentes embargos de terceiro com arrimo em promessa de venda e compra não inscrita. Bem ao reverso, fundou-se ela na sua pretensão em títulos de domínio, compreendendo toda a Quadra 62 do loteamento «Parque São Miguel». Havendo sido penhorado pelo Banco ora recorrente um terreno na mesma quadra com área de 700m², instaurou-se o debate na causa sobre a titularidade do domínio, envolvendo os interesses da embargante e da executada.

Com a exibição de inúmeras certidões e, ademais, com o ingresso nos autos do 1º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Guarulhos, na qualidade de litisdenunciado, aventaram-se as hipóteses de duplicidade de alienações ou de confusão dos imóveis. A verdade é que ambas as empresas — a embargante e a executada — possuem seus títulos registrados.

O ora recorrente Banco do Brasil busca sustentar que se acha comprovada a propriedade da sua devedora sobre o imóvel em questão. Fá-lo, evidente, mediante apreciação pormenorizada dos títulos apresentados.

O exame da matéria de fato refoge, porém, do âmbito do recurso especial (confira-se a respeito a Súmula 279 da Excelsa Corte). Em última análise, é o que pretende o recorrente na hipótese em testilha. Claro que a aferição plena acerca da predominância de determinados títulos de domínios sobre outros somente é suscetível de operar-se através das vias próprias, convocada para o litígio uma das interessadas, ou seja, a executada.

O mesmo é de ser dito no tocante à alegada fraude à execução. Pairando dúvida quanto à prevalência de um ou outro título de domínio, a ser dirimida em feito à parte, também nesse passo a questão se adstringe a simples exame da prova.

Em suma, não encontra pertinência na espécie a Súmula 621, nem tampouco se prestam a confronto os julgados tidos como discrepantes, sendo certo que um deles (RT 524/252) consubstancia o mero enunciado de uma ementa de Acórdão. Não se verifica, outrossim, negativa de aplicação dos preceitos de lei invocados, atinentes à caracterização do domínio e à fraude à execução, os quais, como visto, não foram sequer tangidos pela decisão recorrida.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 67 — SP — (Reg. nº 89.8270-1) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrida: Indústria e Comércio de Plásticos Ibira Ltda. Advogados: Drs. Álvaro Alves Noga e outros e João Mariano da Silva e outro.

Decisão: A Turma por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 22-8-89, 4ª Turma).

Os Senhores Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 193 — PR

(Registro nº 89.08426-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Francisco Cilião de Araújo e outro*

Recorrido: *Banco Lar Brasileiro S/A*

Advogados: *Drs. Joaquim Munhoz de Melo e Alceu Conceição Machado Filho e outros*

EMENTA: Aval. Concordata do avalizado. Pode o credor reclamar do avalista, em execução, o pagamento da correção monetária. Em face da garantia do aval, não cabe ao avalista invocar defesa própria do avalizado, como a falência ou concordata. Inaplicabilidade do art. 213 da Lei de Falências, exceção pertencente ao avalizado. Recurso especial conhecido pelo dissídio, porém improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Para cobrar saldo de nota promissória emitida pelo Frigorífico Santo Antônio S.A. e presa a contrato de repasse de empréstimo externo, o Banco-credor, ora recorrido, propôs execução contra os avalistas, ora recorrentes, e estes, citados, apresentaram embargos, julgados improcedentes pela sentença de fls. 59/65, no essencial:

«Os embargantes, basta ver pela inicial, em nenhuma oportunidade negaram a existência da dívida, tendo até mesmo reconhecido que, de fato, houve o pagamento parcial denunciado na execução pela embargada, o que bem demonstra que a execução não é sem causa, tendo, segundo se infere dos autos, sua origem no contrato de repasse de recursos externos antes referido.

A obrigação cambial, garantidora do pagamento da dívida por parte dos embargantes, por outro lado, está espelhada pelo aval prestado no título de fl. 12 dos autos de execução.

O fato de estar a emitente desse título em regime de concordata preventiva não desnatura a obrigação dos avalistas e tampouco obsta que deles se reclame o cumprimento da obrigação cambial assumida, por se tratar de obrigação autônoma e abstrata por excelência, e, além disso, ante o que dispõe o art. 148 da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21-6-45), de clareza meridiana, *verbis*:

'A concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis por via de regresso'.

A autonomia da obrigação, por seu turno, está prevista no art. 43 do Decreto-Lei n.º 2.044, de 31-12-08.

Força é convir, portanto, que a concordata a que está sujeita a empresa emitente da cambial não tem, em relação aos embargantes, qualquer eficácia».

.....

«No que tange às alegações de mérito, não assiste melhor razão aos oponentes. O título exequendo, na verdade, representa dívida certa, líquida e exigível, como dele se infere. Certa, porque espelhada pela própria cártula; líquida, porque deduzida em números; exigível, porque vencida. Pelo fato de o credor haver recebido pagamento parcial, confessado na inicial da execução, não se desnatura e tampouco perde sua liquidez. Aliás, o credor, consignando no verso da cambial que houvera o pagamento parcial e ao executar somente pelo saldo, está, sem dúvida, cumprindo o que dispõe o art. 22, § 2º, *in fine*, da lei cambial (Decreto-Lei n.º 2.044/08). Assim, ao devedor, caso tivesse pago por conta maior quantia, ou até mesmo menor, o que não disse, cabia o ônus da alegação e da prova. Na falta de específica impugnação, tem-se como exata a quantia cobrada, já deduzido o pagamento parcial.

Na execução, basta ver pela inicial, pede o exequente ora embargado, somente, que sejam os executados e ora embargantes compelidos à satisfação do principal, 'acrescido de juros de mora, correção monetária, custas processuais e honorários de advogado', sem qualquer pretensão quanto à multa. Na realidade, a execução se refere à nota promissória e não ao contrato de repasse, dizendo respeito, assim, unicamente à obrigação cambial. Não há se cogitar e na verdade não cogita da multa a que poderia se sujeitar a emitente. Assim, é sem dúvida vã e sem objeto a impugnação manifestada, nesse campo, pelos embargantes, conquanto não está o embargado cobrando multa.

Tratando-se de obrigação por aval, autônoma e abstrata, não estão os embargantes isentos de juros de mora e de correção monetária, ainda mais porque, independentes (Decreto-Lei n.º 2.044/08, art. 43), não se lhes comunica o privilégio atribuído por disposição especial à emitente concordatária.»

Foi a sentença confirmada pelo acórdão de fls. 113/116, assim ementado:

«I — Nulidade. Cerceamento de defesa. Arguição preclusa. A apelação cabível contra a sentença definitiva não serve para impug-

nar a admissibilidade do julgamento antecipado da lide, se este fora expressamente anunciado por decisão interlocutória não agravada.

II — Aval. Concordata do devedor. Execução movida pelo credor contra os avalistas: a) cabimento de correção monetária; b) inaplicabilidade do disposto no art. 213 da Lei de Falências.»

Na petição de recurso extraordinário, pelas anteriores alíneas a e d, com arguição de relevância, os recorrentes alegaram cerceamento de defesa, em preliminar, e negativa de vigência do art. 213 da Lei de Falências, fl. 120, com dissídio, fls. 121/127, no mérito.

Foi processado o recurso, porque acolhida a arguição quanto à «data da convenção cambial na falência».

Arrazoando-o, disseram os recorrentes às fls. 159/160:

«Acaso pareça a esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, contudo, que os documentos acostados aos autos de execução — e ora trazidos aos presentes autos — já são suficientes para o convencimento da matéria suscitada no presente recurso, pedem os recorrentes o provimento do apelo excepcional para o fim de serem julgados procedentes os embargos do devedor pelos mesmos opostos.

Alertam os recorrentes, de início, que não se discute nestes autos se os avalistas de empresa em regime de concordata respondem, ou não, pela correção monetária do débito.

O que se discute é a eficácia do pagamento efetuado na concordata, quando se trata de concordata para o pagamento integral do débito da concordatária.

E mais, a eficácia da quitação do credor, dada à concordatária por ocasião do recebimento do seu crédito».

Contra-arrazoando-o, afirmou o recorrido às fls. 173/174:

«12. Ora, a petição inicial de embargos, as razões de apelação e a petição de interposição do derradeiro apelo não contêm como causa de seu pedido, a premissa da eficácia do pagamento efetuado na concordata e a eficácia da quitação do credor no mesmo processo.

Ao contrário, todas as postulações dos Recorrentes, anteriores às razões ora refutadas, têm como causa de pedir, a não responsabilidade do avalista, pelo pagamento de correção monetária, em função do pagamento da dívida — na moeda da concordata — pela avalizada-concordatária.

O que se discutiu nestes autos, é se os avalistas de concordata respondem, ou não, pela correção monetária do débito, embora os Recorrentes procurem confundir este Excelso Pretório, com afirmação em contrário (fls. 159/160), a qual — por inteiro — é elidida pela leitura dos autos.

13. Em conseqüência, as novas alegações quanto à eficácia do pagamento e da quitação e que se revelam como únicos fundamentos do recurso, traduzem alteração da *causa petendi*, cujo conhecimento é vedado neste grau recursal, porque não provocado às instâncias inferiores.»

Ouvida, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento, conclusivamente:

«Quanto à exigibilidade do título executório, se a discussão versa apenas sobre a correção monetária não paga na concordata, a execução pode reivindicá-la. A quitação *plena, geral e rasa da credora* não implica em quitação do que não lhe foi pago, além de constituir argumentação nova porque até então o pedido se resumiu à extinção da execução pela impossibilidade do avalista pagar valor maior do que foi pago pelo devedor-concordatário, como está firmado no item 7 de fl. 127. Embora este aspecto abrangido na fundamentação do recurso, em face do art. 462 do CPC, possa abrir uma discussão do exame da quitação plena e geral do débito, a *posteriori*, para saber se desonera também o avalista, a questão não foi prequestionada nos termos das Súmulas 282 e 356.

Ante o exposto, opinamos pelo não conhecimento e não provimento do recurso, por não atendimento dos pressupostos de cabimento, nos termos do art. 325 do RISTF».

Foi o recurso extraordinário convertido em recurso especial, «nos limites do tema tido como relevante».

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): De fato, conforme alegado pelo recorrido, nas contra-razões de fls. 173/4, fl. 4 do relatório, cumpre aqui saber se o avalista de concordatário responde, ou não pela correção monetária do débito. Em conseqüência, improcede a alegação dos recorrentes de fls. 159/160, fls. 3/4 do relatório, segundo a qual o que se acha em debate «é a eficácia do pagamento efetuado na concordata». A propósito, rememoro a ementa do acórdão recorrido, no ponto que interessa, visto que a arguição de relevância só foi acolhida quanto à data da conversão cambial: «Aval. Concordata do devedor. Execução movida pelo credor contra os avalistas: a) cabimento de correção monetária; b) inaplicabilidade do disposto no art. 213 da Lei de Falências».

Colocada dessa forma a questão, impõe-se, ainda assim, o conhecimento do recurso pela anterior alínea *d* — alínea *c* do art. 105, III, da CF/88. É que o recorrente comprovou o dissídio com dois arestos: um, publicado na RT-567/109, para o qual a dívida tem o mesmo valor, tanto para o avalizado quanto para o avalista (lê); outro, em cópia às fls. 132/137, para o

qual não cabe ao credor, que se habilitou no processo de falência, reclamar dos avalistas, em execução, o pagamento de juros e correção monetária do débito.

Conheço do recurso, porém nego-lhe provimento.

O assunto destes autos já passou pelo Supremo Tribunal Federal, que adotou posição idêntica à do acórdão recorrido, conforme, *exempli gratia*, o RE 105.362, *in* RTJ-118/286, Sr. Ministro Carlos Madeira, com essa ementa: «Aval. Autonomia substancial. Tratando-se de garantia típica, no sentido de que se trata de obrigação distinta do avalizado, a responsabilidade do avalista não se altera em virtude da diminuição da capacidade financeira, ou da alteração da responsabilidade do avalizado. Não beneficiam o avalista as circunstâncias que favorecem o avalizado, inclusive no que respeita a dívida em moeda estrangeira (art. 213 da Lei de Falências). Não pode o avalista defender-se com exceções próprias do avalizado. Recurso conhecido e provido». O julgado é de 1986, mas existem outros, um deles de 1988, o RE 107.906, Sr. Ministro Célio Borja.

No RE 105.362, o Sr. Relator destacou o princípio da autonomia substancial do aval, reportando-se a precedentes daquela Corte e ao trabalho de Newton de Lucca publicado na Revista de Direito Mercantil nº 53, págs. 41/71. Nesse estudo, o ilustre comercialista contesta a fundamentação daquele acórdão publicado na RT-567/109, aqui trazido, pelos recorrentes, como acórdão padrão, e aplaude posição do Supremo Tribunal em anterior pronunciamento, *verbis*: «O STF, absolutamente consciente da autonomia substancial do aval, decidiu, com inteiro acerto, que o credor exequente, que havia recebido parte de seu crédito na concordata do eminente, tinha o direito de cobrar do avalista o restante de seu crédito cambiário» (pág. 66).

De minha parte, quero ainda pensar um pouco mais acerca dessa autonomia, não obstante o art. 43 da Lei nº 2.044/08 reputar autônomas as obrigações cambiais, e o art. 32, segunda parte, da Lei Uniforme, dispor: «*Son engagement est valable, alors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute cause autre qu'un vice de forme*». Digo assim, a saber, que ainda posso pensar mais, porque, no caso concreto, parece-me de todo injustificável que o avalista invoque exceção bem própria do avalizado, qual a prevista no art. 213 da Lei de Falências. Sobre o assunto, defendendo o aval como garantia de natureza acessória, escreveu Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *in* Aval (Alcance da Responsabilidade do Avalista), RT, 1987:

«Na medida em que o aval é uma garantia e que essa garantia está baseada na confiança de que o avalizado há de cumprir a obrigação garantida, a manifestação da vontade do avalista não pode ser estendida para além daquilo a que se quis vincular, isto é, para além da previsão consciente que ele assumiu ao prestar a garantia — qual seja, a de satisfazer o direito do credor, caso o avalizado, a tanto estando obrigado, não o faça. Por outro lado, a vontade do avalista, assim interpretada, não lhe permite a recusa do cumpri-

mento da garantia em virtude de ato ou fato atribuível ao avalizado que, sem o concurso do credor, possa baldar o exercício do seu direito (como no caso de falência ou pedido de concordata do devedor garantido) » — pág. 112.

.....
«... Em conseqüência, não poderá alegar outras defesas que toquem exclusivamente com a pessoa do devedor garantido, como a incapacidade, a diversidade não aparente de sua assinatura no título ou seu lançamento por forma que a vicia, a falência do avalizado ou sua concordata, que não afetam a essência do direito a ser satisfeito» — pág. 115.

Pelo que narrei é que entendo correto o acórdão recorrido da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná, fls. 113/115.

Como disse, Sr. Presidente, conheço do recurso pelo dissídio, porém nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. n.º 193 — PR — (Reg. n.º 89.08426-7) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Nilson Naves. Recte.: Francisco Cilião de Araújo e outro. Recdo.: Banco Lar Brasileiro S/A. Advs.: Drs. Joaquim Munhoz de Mello e Alceu Conceição Machado Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (3ª Turma, 29-8-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Walde-
mar Zveiter, Cláudio Santos e Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL N.º 194 — PR

(Registro n.º 89.8427-5)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Célia Cândido de Oliveira Vonijone*

Recorridos: *Boavista Cia de Seguros de Vida e Acidentes e outro*

Advogados: *Drs. Auracyr Azevedo de Moura Cordeiro e Ivana Maria B. de Lima*

EMENTA: Direito Civil. Seguro. Suicídio involuntário.

É inoperante a cláusula que, nos seguros de acidentes pessoais, exclui a responsabilidade de seguradora em casos de suicídio involuntário.

À seguradora, ainda, compete a prova de que o segurado se suicidou premeditadamente, com a consciência de seu ato. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: É deste teor o Acórdão recorrido:

«I — Célia Cândido de Oliveira Vonijone ajuizou execução de título extrajudicial contra Boavista Companhia de Seguros de Vida e Acidentes, Sul América Companhia Nacional de Seguros e Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes, para haver a quantia de Cr\$ 8.000.000 (oito milhões de cruzeiros), proveniente de contrato de seguro. Aduziu que é viuva de João Mário Vonijone, falecido em 5 de novembro de 1983, o qual mantinha com as executadas contrato de seguro de vida em grupo, as quais negaram o pagamento sob a alegação de que a morte do segurado decorreu de suicídio, risco excluído expressamente das garantias do contrato.

Embargando a execução, as executadas argüiram, preliminarmente, a ilegitimidade da Sul América Companhia Nacional de Seguros, por não ser de sua responsabilidade o mencionado contrato. Aduziram, a seguir, tratar-se de seguros para os casos de morte, invalidez permanente, total ou parcial, por acidente, expressamente excluída a cobertura do suicídio, quer voluntário quer involuntário.

Decidindo antecipadamente, o Dr. Juiz julgou improcedentes os embargos, tendo, no entanto, excluído da execução a Sul América Companhia Nacional de Seguros.

Inconformadas, as demais embargantes interpuseram o presente recurso, alegando, além das razões expostas na petição inicial dos embargos, que o contrato de seguro de acidentes pessoais não pode cogitar de caso de morte por suicídio, porque esse evento não constitua acidente, e que, finalmente, em momento algum, elas

aventaram a hipótese de suicídio involuntário, apenas transcrevendo cláusulas e condições gerais da apólice de seguro.

Respondido o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

II — O recurso merece provimento, não obstante as doudas fundamentações da sentença e das contra-razões do recurso.

Trata-se de seguro de acidentes pessoais, e não de vida, como erroneamente constou da petição inicial da execução.

O seguro de vida e de acidentes pessoais diferenciam-se, estando subordinados cada qual a normas e condições específicas.

Assim, a Superintendência de Seguros Privados conceitua como sendo acidente pessoal «o evento exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário e violento, causador de lesões físicas que, por si só e independentemente de outra qualquer causa, tenha por consequência direta a morte ou a invalidez permanente, parcial ou total do segurado ou torne necessário um tratamento médico».

Disseram as apelantes:

«O suicídio é um ato de auto-eliminação, pois na ocorrência do evento sempre concorre o próprio segurado. Jamais pode ser incluído naquele evento exclusivo, diretamente externo e independente de toda e qualquer causa outra que venha ocasionar a morte, não podendo portanto ser enquadrado nas hipóteses de acidentes pessoais. O que não se pode é distorcer a interpretação do fato, caracterizando o suicídio voluntário ou involuntário como acidente, condenando-se as seguradoras a indenizar nestas hipóteses somente porque receberam os prêmios, sem obrigação ou contratual. Esse entendimento deforma a conceituação e a finalidade do seguro de acidentes pessoais».

As apelantes citam artigo do advogado José Carlos Cavalcanti, publicado na RT 585/15, julho de 1984, reproduzindo vários trechos, a saber:

«a) O seguro de acidentes pessoais cobre um risco que, por envolver acontecimentos aleatórios, é incerto, podendo acontecer ou não; a «morte natural» (seguro de vida) é acontecimento certo, infalível, sendo considerada «risco» somente para fins de seguro; a época incerta, essa, infalivelmente ocorrerá.

...

c) o contrato de seguro de acidentes pessoais elimina todos os eventos que possam não caracterizar expressamente um acidente, tais como: eventos ocorridos em consequência de alterações mentais e derivados do álcool, drogas ou entorpecentes, etc.

d) O suicídio somente em raríssimas hipóteses é acidental, e também é quase impossível distingui-lo do não acidental, pelo que não tem expressão estatística que pudesse entrar na formulação dos cálculos e estudos necessários ao embasamento do seguro de acidentes pessoais, e, por isso, a apólice o exclui da cobertura, para prevenção, exatamente, da perquirição tormentosa e subjetiva desse evento».

...

«Sendo o contrato de seguro de acidentes pessoais, não se pode, evidentemente, cogitar de indenização por caso de morte por suicídio, evento esse que jamais consubstanciaria um acidente.

Não se destina o seguro de acidentes pessoais a cobrir o risco de morte, independente da causa do fato, mas apenas o risco de certas e determinadas causas de morte ou lesão corporal, não se podendo dizer que a exclusão do risco do suicídio involuntário seja contrária à própria finalidade econômica e específica do contrato. O âmbito do contrato de seguro de acidentes pessoais, como ele só visa àqueles acidentes descritos na apólice, é restrito: a indenização, em caso de morte, depende da prova da ocorrência do acidente tipificado no contrato ou não excluído dele.»

Ainda, em favor de sua tese, as apelantes invocam decisão do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, que se aplica à espécie, da qual extrai-se o seguinte trecho:

«Reagindo contra ação de execução, para cobrança de indenização no valor de Cr\$ 500.000,00, relativa ao falecimento do segurado contra acidentes pessoais, alega a seguradora, através de embargos, a nulidade da execução, entre outros argumentos pelo fato de a morte ter decorrido de suicídio, não amparado pela própria natureza do seguro.

O embargado impugnou os embargos, inclusive transcrevendo acórdão do Supremo Tribunal Federal, que admitira o pagamento da indenização por suicídio involuntário, em se tratando de seguros contra acidentes pessoais.

O ilustre juiz *a quo* julgou improcedentes os embargos.

Ambas as partes apelaram, sendo que a vencedora para que incidisse correção monetária nos honorários advocatícios.

Como se verifica nos autos, a hipótese é de seguro contra acidentes pessoais, devido somente nos casos de morte ou invalidez permanente do segurado ou quando seja necessário o respectivo tratamento médico.

Evidentemente, a causa do sinistro será sempre acidente, o que, normalmente, não pode compreender suicídio.

Acidente é toda a ocorrência involuntária externa, súbita ou violenta, seja oriundo do fato do homem, da natureza ou de caso fortuito ou de força maior.

Não há dúvida, portanto, que entre os acidentes jamais se pode incluir o suicídio». (Adcoas, 74.611, ano 1980).

Assim, aos seguros de acidentes pessoais parece inaplicável a Súmula nº 105, do Supremo Tribunal Federal, salvo se se conceituasse o suicídio como acidente pessoal, o que, no entanto, contrariaria a natureza e finalidade desse seguro.

Outrossim, sob outro aspecto, em se tratando de exceção à regra, competia à apelada a prova de que o suicídio de seu marido fora involuntário. Tal prova, no entanto, não foi feita, de vez que o simples fato de ter sido ele internado em casa hospitalar e tratado por psiquiatra meses antes do evento, não induz, necessariamente, que o suicídio tenha sido resultado de perturbação mental. O fato de as apelantes terem, apenas, invocado cláusula contratual não significa que tivessem admitido a ocorrência de suicídio involuntário, como concluiu o eminente juiz prolator da sentença.

Diante do exposto:

Acordam os Juízes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para julgar procedentes os embargos, e, conseqüentemente, extinto o processo da execução, condenando a exequente — embargada nas custas e honorários advocatícios, que arbitram em Cr\$ 800.000 (oitocentos mil cruzeiros).

Irresignada, a autora interpôs recurso extraordinário com fulcro no art. 119, inc. III, letra d, da Constituição Federal de 1967 (Emenda Constitucional nº 1/69), alegando divergência do julgado com a Súmula 105 do Colendo Supremo Tribunal Federal e com outros arestos oriundos da Alta Corte consonantes com o enunciado sumular. Afirmou ainda dissídio jurisprudencial entre o Acórdão atacado e o constante da Revista dos Tribunais 575/150 no que concerne ao ônus probatório acerca de haver sido o suicídio premeditado ou não.

Negado seguimento ao recurso, por força do agravo manifestado subiu ele para melhor exame. Ofereceram-se razões e contra-razões e, afinal, converteu-se em especial o recurso extraordinário (fl. 124).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Delineou-se o dissenso jurisprudencial tocante aos dois temas enfocados.

Ao considerar que a morte por suicídio, voluntário ou involuntário, não caracteriza acidente pessoal, o *decisum* recorrido apartou-se da sú-

mula 105 do STF, que assim se exprime: «salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro». Além disso, contrastou com diversos outros julgados, que perfilham a tese consolidada pela referida súmula, quais sejam: RTJ 37/628; RTJ 75/297; RTJ 104/1.114; Rev. dos Tribunais 575/150; Rev. dos Tribunais 562/128 e Rev. dos Tribunais 520/253.

Quanto ao *onus probandi*, o Acórdão recorrido sustentou que competia à beneficiária do seguro demonstrar que o suicídio de seu marido fora involuntário, enquanto que, em sentido oposto, atribuindo encargo à seguradora, se colacionam os julgados insertos na Revista dos Tribunais 575/150 e 401/247.

2. Inoperante é realmente a cláusula que, nos seguros de acidentes pessoais, exclui a responsabilidade da seguradora em casos de suicídio involuntário.

Segundo se infere do preceituado no art. 1.440, parágrafo único, do Código Civil, o suicídio involuntário ou não premeditado dá-se quando o agente não se acha no gozo de seu juízo perfeito. Opõe-se ao suicídio voluntário ou premeditado, que se caracteriza pela consciente e racional intenção da vítima de matar-se. Traz-se a lume, a propósito, o clássico ensinamento de Clóvis no sentido de que «o suicídio para anular o seguro deve ser conscientemente deliberado, porque será igualmente um modo de procurar o risco, desnaturando o contrato. Se porém o suicídio resultar de grave, ainda que subtânea, perturbação da inteligência, não anulará o seguro. A morte não se poderá, neste caso, considerar voluntária; será uma fatalidade; o indivíduo não a quis, obedeceu a forças irresistíveis» (Comentários, Vol. IV, pág. 571).

Não evidenciam os autos cuidar-se, *in casu*, de suicídio voluntário.

Competia às seguradoras o ônus de comprovar a sua ocorrência, conforme entendem sem discrepância a jurisprudência (cfr. além dos arestos já citados o inserto na RTJ 110/419-423) e a doutrina, valendo ressaltar-se as lições de Carvalho Santos e de João Luiz Alves.

Para o primeiro, «o suicídio, todavia, presume-se sempre como ato de inconsciência, cabendo a quem tiver interesse provar o contrário, de modo a destruir tal presunção. Vale dizer: ao segurador compete fazer a prova de que o segurado suicidou-se premeditadamente, com a consciência do seu ato (cfr. Olavo de Andrade, Seguros de Vida, pág. 96)» (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. 19, pág. 287, ed. 1938).

Conforme magistério de João Luiz Alves, «o caso de duelo não oferece dificuldade; o de suicídio, porém, na prática, pode oferecê-la. Todavia a premeditação e a sanidade de espírito são questões de fato, dependentes de prova. Essa prova incumbe ao segurador: a presunção é que o suicídio é um ato de desequilíbrio mental, que torna involuntário o ato» (Código Civil Anotado, pág. 1031, ed. 1923).

Na espécie, por primeiro, as executadas-embargantes — ora recorridas — não impugnaram especificamente a existência do suicídio involuntário (art. 302 do CPC). Acresce que, contratado o seguro para vigor a partir de 1-11-82, o evento morte só aconteceu mais de um ano após, ou seja, em 5-11-83. Assim, não há sequer que se falar aqui em período contratual de carência. Ademais, de acordo com o documento de fls. 12 dos autos de execução, não elidido por qualquer outro elemento probatório hábil, a vítima estivera internada em hospital psiquiátrico desde 1-7-83 a 23-7-83, sob os cuidados médicos do Dr. Octávio A. da Silveira.

Subsiste, assim, a responsabilidade das seguradoras, pois o suicídio involuntário não deixa de constituir um acidente, nos termos da lei.

3. Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para restabelecer a r. decisão de 1º grau.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Fico de acordo com V. Exa. Também entendo que está suficientemente configurado o dissídio jurisprudencial, porquanto a própria súmula do Supremo Tribunal Federal se coloca em antagonismo com o critério norteador da decisão recorrida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Senhor Presidente, diante das manifestações de todos os demais eminentes colegas, para não procrastinar a decisão final, e inclusive ponderando os informes a respeito do posicionamento do Supremo Tribunal sobre o tema questionado, e embora mantida alguma ressalva do ponto de vista doutrinário, também acompanho o eminente Relator.

VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, de igual maneira, também posso adiantar o meu voto, eis que essa matéria foi muito debatida no Supremo Tribunal, participando, acesamente do debate, o Ministro Gonçalves de Oliveira. Daí nasceu a Súmula nº 105.

Na verdade, ressaltava-se a divergência do Ministro Luiz Galloti, mas tenho que a posição predominante e consagrada na Suprema Corte é que o suicídio involuntário corresponde a um acidente. É a tese do eminente Relator, e com ela me afino e lhe acompanho o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Senhor Presidente, desejo adiantar o meu voto, nos termos regimentais, para aderir ao voto do eminente Relator, nos seus exatos termos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 194 — PR — (Reg. nº 89.8427-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Célia Cândida de Oliveira Vonijone. Recdos.: Boavista Cia de Seguros de Vida e Acidentes e outro. Advs.: Drs. Auracyr Azevedo de Moura e Ivana Maria B. Lima.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. (Em 29-8-89 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 215 — SP

(Registro nº 89.8485-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *José Sanches Neto e outros*

Advogados: *Drs. Maria Aparecida Gonzaga Fraga e Maria Elena Miranda e outro*

EMENTA: Administrativo. Prescrição. Fundo de direito. Prestações anteriores ao quinquênio. Inexistência de ato administrativo indeferitório da pretensão. Funcionário do Estado de São Paulo. Cálculo dos adicionais e da sexta-parte incorporadamente. Lei Complementar Estadual nº 180, de 12-5-78. Decreto nº 20.910, de 1932.

I — Não há falar em prescrição do fundo de direito, se não foi indeferida, expressamente, pela Administração, a pretensão, ou o direito reclamado. Neste caso, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede à citação para a ação. Quando a legislação em que se fundamenta a pretensão é anterior ao ato de reforma ou de aposentadoria do servidor, se a ação é proposta mais de cinco anos após o referido ato, dá-se a prescrição do fundo de direito, porque o ato de reforma ou de aposentadoria, com base na referida legislação, negou a própria pretensão.

II — Inexistência de negativa de vigência do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932.

III — Recurso Especial não conhecido (letra a) e conhecido e improvido (letra c).

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso pela alínea a, item III, art. 105, CF, 1988, e, quanto à alínea c, conhecer do recurso mas lhe negar provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de ação sumaríssima proposta por José Sanches Neto e outros contra o Estado de São Paulo. O acórdão recorrido assim equacionou a questão:

«Os autores, integrantes do quadro do Magistério da Secretaria da Educação, postularam duas ordens de pedidos: a) o restabelecimento da gratificação de nível universitário; b) o recálculo de seus vencimentos, incorporadamente, com inclusão dessa gratificação, da sexta-parte e adicionais, de modo repercutam uns, sobre os outros.

O Magistrado julgou, alternativamente, o primeiro pedido, sob epígrafe a: 1) houve-o por prescrito, porque a Administração deixou de solvê-lo há mais de 5 anos; 2) ainda que não estivesse prescrito seria indevido. Acolheu o segundo pedido, mandando calcular os adicionais e sexta-parte incorporadamente, em recíproca influência, com pagamento das diferenças, respeitada a prescrição quinquenal, juros e correção monetária, contada do ajuizamento. Impôs a cada parte o dever de arcar com os honorários de seu advogado e custas, em proporção.

Além do recurso de ofício, apelaram as partes. A Fazenda querendo a total improcedência do pedido; os autores seu total acolhimento.»

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a sentença, por seus fundamentos, ressaltando que a gratificação pleiteada foi extinta em 1970, tendo ocorrido, portanto, há muito, a prescrição. Com a improcedência do primeiro pedido, o segundo «perdeu, em parte, o seu objeto», mas «remanesceu quanto ao recálculo» das demais parcelas, de acordo com a jurisprudência daquele Tribunal.

Às fls.115/117, o Estado de São Paulo interpôs embargos de declaração, apontando a existência de contradição, uma vez que «a incidência recíproca dos adicionais e da sexta parte sobre as demais parcelas dos vencimentos

não foi pedida de forma autônoma, mas, em função da aludida Gratificação de Nível Universitário. Assim, também estão prescritas as referidas diferenças, conforme a Súmula 443 — STF:

O acórdão de fls. 125/126 rejeitou os embargos, aduzindo que os autores postularam, de maneira independente, como alternativa, o recálculo dos adicionais e da sexta-parte, mesmo sem o restabelecimento da gratificação.

Às fls. 108/116, o Estado de São Paulo recorreu extraordinariamente, com fundamento no art. 119, III, *a* e *d*, da Constituição Federal de 1967, argüindo a relevância da questão federal.

Alega que o acórdão negou vigência ao art. 1º do Decreto 20.910/32, segundo o qual todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, prescreve em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originou. No que se refere à divergência jurisprudencial, argumenta que o Colendo STF, em reiteradas decisões, declarou serem inconfundíveis o nascimento do direito e os resultados dele provenientes, considerando que só «as relações jurídicas de trato sucessivo ensejam a prescrição das parcelas respectivas. As demais, como no caso, são fulminadas pela prescrição». Indica, a seguir, decisões proferidas sobre o tema. Conclui, ressaltando que a LC nº 108/78 revogou a legislação anterior que autorizava o cálculo dos adicionais temporais sobre a sexta-parte, começando daí a fluir o prazo prescricional do próprio direito dos autores, que terminou em 12-5-83.

O eminente 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça paulista exarou despacho (fl. 121) indeferindo o processamento do recurso, sem prejuízo da formação do instrumento de relevância da questão federal. Argumentou que não foi alegada ofensa à Constituição ou manifesta divergência com a Súmula e que «incide, na espécie o art. 325, inciso VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pois o valor dado à causa é inferior à alçada recursal prevista para a época do ajuizamento da demanda, correspondente, no caso, a cem vezes o maior salário mínimo então vigente no País».

Acolhida a argüição de relevância, foram os autos remetidos ao Pretório Excelso.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando às fls. 141/143, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, por entender que a postulação está de acordo com a jurisprudência da Corte Suprema (RE 99.936-RS e RE 114.058-5-SP).

O eminente Ministro Sydney Sanches, Relator, determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, competente para apreciar o recurso, que se converteu em recurso especial, com fundamento nas letras *a* e *c* do inciso III do art. 105 da Constituição de 1988.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): O acórdão recorrido determinou o cálculo dos adicionais e da sexta parte incorporadamente, em recíproca influência, com o pagamento das diferenças, respeitada a prescrição quinquenal, juros e correção a contar do ajuizamento da ação.

No recurso, sustenta o Estado de São Paulo que o acórdão recorrido negou vigência à lei federal e lhe deu interpretação diversa da que lhe tem sido dada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, caracterizando-se, pois, as hipóteses previstas nas letras *a* e *d* do inciso III do art. 119 da Constituição de 1967 (Constituição, 1988, art. 105, III, *a* e *c*).

A lei federal mencionada como violada é o artigo 1º do Decreto 20.910, de 1932, que estabelece a prescrição das dívidas e de todo e qualquer direito ou ação contra o Estado em cinco anos, contados do ato ou fato do qual se originaram. Indica, outrossim, diversos acórdãos divergentes da Corte Suprema: RE 73.281, RTJ 70/719, 73.958, RTJ 83/787, 63.246 e 69.345, RTJ 84/851 e 94/153.

Oficiando nos autos, a douta Subprocuradora-Geral Yedda de Lourdes Pereira assim se pronunciou:

.....
«Os argumentos se resumem à preliminar de mérito e a este propriamente dito.

Na preliminar se questiona a situação decorrente de um suposto direito, excluído em 12-5-1978, do qual as prestações são conseqüências. Infere-se que a questão envolve a orientação firmada pelo STF, ao diferenciar o nascimento do direito autorizante do exercício da ação e o resultado proveniente desse direito.

Assim, não se tratando de relação jurídica de trato sucessivo, a ação exercitadora do próprio direito, do qual se origina o pedido, é atingida pela prescrição.

Tendo ocorrido a citação em 12-5-1978, conclui-se que a ação somente poderia ter sido proposta até 11-5-1983, sob pena de perda do direito de ação.

No mérito, o direito concedido pela LC 180/78, vigente a partir de 12-5-78, revogou a legislação anterior autorizativa do cálculo dos adicionais temporais sobre a sexta-parte. Por este ato foi facultada a opção dos funcionários estaduais pelo regime legal anterior, preferindo estes o novo sistema.

Desta forma, a aplicação pleiteada em 24-4-84 — data da citação — conjugando os dois sistemas de remuneração, não só é ilegal como fulminada pela prescrição.

O apelo subiu por força de argüição de relevância, justificada não só pela repercussão do ato na Administração Estadual, inclusi-

ve nas finanças, como pelo incompatível entendimento do direito que levou à negativa total da lei federal, o que justifica o seu conhecimento.

O recurso procede. O Pleno dessa Corte, decidindo o RE 99.936-RS, esclareceu definitivamente a *quaestio iuris* ao declarar:

Prescrição quinquenal. Fundo de direito. Padrão de divergência superado. Artigo 332 do RI. Decreto nº 20.910. Desserve à formação da divergência o paradigma cujo entendimento está superado pela jurisprudência de ambas as turmas, firmada no sentido de que, pelo princípio da *actio nata*, «prescreve, no quinquênio, na forma do artigo 1º do Decreto nº 20.910, o próprio direito não postulado oportunamente, e não apenas as prestações sucessivas não alcançadas pelo decurso do tempo. Art. 332 do RI. Embargos não conhecidos.» (RTJ 112/1260 — grifos não são do original).

No mesmo sentido decidiu essa Corte, recentemente, no RE 114.058-5-SP, onde servidores estaduais de São Paulo fizeram semelhante reivindicação.

Concluindo, o Ministério Público defende o conhecimento e provimento do recurso, nos termos postulados.

.....

A Lei Complementar nº 180, de 12-5-78, com efeitos a partir de 1-3-78, revogando a legislação anterior que autorizava o cálculo dos adicionais temporais sobre a sexta-parte, teria recusado o direito reclamado.

Sustenta a recorrente que, a partir daí, começou a correr o prazo de prescrição, que atingiria o próprio fundo do direito.

Em verdade, em casos semelhantes, o Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu pela prescrição da ação, tendo em vista o princípio da *actio nata*.

Menciono o RE nº 114.058-5-SP, Relator o Sr. Ministro Célio Borja:

«Prescrição quinquenal a favor da Fazenda Pública: atinge o próprio fundo do direito e não, apenas, as parcelas sucessivas, havendo sido negada, mais de um lustro antes da propositura da ação, a constituição da situação jurídica da qual resultariam (Súmula 443). RE conhecido e provido.» (DJ 3-6-88; Ementário nº 1.504-2).

No seu voto, o eminente Ministro Célio Borja invoca o decidido no RE 102.071, Relator o Sr. Ministro Oscar Corrêa, bem assim o RE 112.374-5-SP.

Esclareça-se que, no RE 114.058-5-SP, acima indicado, discutiu-se matéria idêntica à que ora é examinada.

Acontece, entretanto, que, no âmbito administrativo, não foi negado, expressamente, o direito aqui pleiteado. Somente neste caso, o que sempre sustentei (v., por exemplo, voto proferido, no TFR, nos EAC 38.117-GB, em 28-9-78; id., AC nº 40.657-RJ, em 6-11-78; id., AC 37.355-RJ, em 3-6-77), é que ocorreria a prescrição do fundo de direito. Este, ou a pretensão em si, não prescreve, se não foi indeferido, expressamente, pela Administração.

No caso não existiu tal indeferimento.

A autora trouxe a questão ao Poder Judiciário, sem que existisse ato administrativo indeferitório da pretensão.

Em princípio, não poderia assim proceder, por inoportunidade, por isso mesmo, o interesse de agir.

Tendo em vista, todavia, que a Ré contestou o mérito do pedido, sanada estaria a falta, presente o caráter instrumental do processo.

Em caso assim, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede à citação para a ação.

Registre-se que, quando a legislação em que se fundamenta a pretensão é anterior, por exemplo, ao ato de reforma ou de aposentadoria do servidor, se a ação é proposta mais de cinco anos após o referido ato, dá-se a prescrição do fundo de direito, porque o ato de reforma ou de aposentadoria, com base na referida legislação, negou ou indeferiu a própria pretensão.

Dizíamos: o fundo de direito, a pretensão em si, não prescreve, se não foi indeferido, expressamente, pela Administração.

No RE nº 93.875-SP, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

«Prescrição quinquenal. Controvérsia sobre qual de duas leis (se a anterior ou se a posterior) é que se aplica para o cálculo de uma das vantagens incorporadas a proventos.

Inexistência, no caso, de negativa de vigência do artigo 1º do Decreto 20.910/32, uma vez que, em última análise, o acórdão recorrido entendeu que, no caso, o direito à vantagem, que decorre de relação jurídica incontroversa e sobre o qual não houve decisão administrativa contrária a requerimento dos interessados, renasce mensalmente, razão por que a prescrição diz respeito, apenas, às parcelas mensais. Interpretação que, no mínimo, é razoável (súmula 400). Recurso extraordinário não conhecido.» (RTJ 101/816).

No caso, não custa repetir, não existiu ato administrativo negando a pretensão aqui reclamada.

Não há falar, portanto, que o acórdão recorrido tenha negado vigência ao art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932.

Do exposto, não conheço do recurso pela letra a (CF, 1988, art. 105, III, a); quanto à letra c (CF, 1988, art. 105, III, c), conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente. *Data venia*, vou divergir do voto de V. Exa., porque não considero como fundamental a negativa do direito na via administrativa. Houve lei extinguindo esse direito e nem assim os autores da ação pleitearam em Juízo o que pretendiam, no prazo de cinco anos previsto no Decreto-Lei nº 21.910.

Concluo divergentemente de V. Exa., pedindo vênia, para conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, o direito é relação muito intersubjetiva; ocorrendo o fato juridicamente relevante, forma-se um vínculo, estabelecendo entre as partes direitos e obrigações contrapostos. No caso dos autos, segundo o brilhante voto do eminente Relator, até a Lei Complementar nº 180, de 12 de maio de 1978, os servidores obtinham determinada vantagem sob o *nomen juris* de sexta parte. Promulgada essa lei, excluindo a vantagem, uma vez que não é reconhecida aos servidores a irredutibilidade de vencimentos, a relação jurídica foi afetada. E afetada de modo a atingir a própria causa. Conseqüentemente, a relação jurídica que concedia a sexta parte desconstituiu-se. Não mais há, portanto, a partir daquela data, entre o servidor e o Estado de São Paulo, no caso o recorrente, a relação jurídica que a ensejava.

Peço vênia a V. Exa. e aos eminentes Ministros que o acompanharam para aderir ao voto do eminente Ministro Américo Luz.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 215 — SP — (Reg. nº 89.8485-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorridos: José Sanches Neto e outros. Advogados: Drs. Maria Aparecida Gonzaga Fraga e Maria Elena Miranda e outro.

Decisão: A Turma, por maioria, não conheceu do recurso pela alínea a, art. 105, III, CF, 1988, e, quanto à alínea c, conheceu do recurso mas lhe negou provimento, vencidos os Srs. Ministros Américo Luz e Vicente Cernicchiaro que conheciam do recurso e lhe davam provimento. (23-8-89 — Segunda Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante, Américo Luz, Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

RECURSO ESPECIAL Nº 217 — SP

(Registro nº 89.8487-9)

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

Recorrente: *José Carlos Rigueira de Brito*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogado: *Dr. Alberto Zacharias Toron*

EMENTA: Processual Penal. Júri. Soberania.

Veredicto manifestamente contrário à prova dos autos. Desclassificação de homicídio qualificado para privilegiado, em grau de apelação, com base no art. 593, III, c, e § 2º, do CPP. Impossibilidade, eis que a qualificadora é elemento do crime e não circunstância da pena.

Face ao princípio da soberania dos veredictos do júri, está correta a decisão do Tribunal de Justiça que determinou, em grau de apelação fundada no art. 593, III, d, do CPP, fosse o réu submetido a novo júri.

Precedente do Supremo Tribunal Federal no HC 66.334-6-SP.

Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 5 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: José Carlos Rigueira de Brito foi condenado pela 1ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo a quatro anos de reclusão por homicídio supostamente privilegiado (Código Penal, art. 121, § 1º), embora tivesse sido denunciado e pronunciado por homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, II) porque, por motivo fútil, matou a tiros de revólver Manoel Laranjeira Pires Loureiro, em virtude de desentendimento surgido entre os dois quando o automóvel do réu foi abalroado pelo da vítima (fls. 2, 273/275 e 383).

Com fundamento no art. 593, III, *d*, do CPP, o Ministério Público apelou da decisão, porque o Conselho de Sentença se pronunciara manifestamente contra a prova dos autos, ao considerar que o réu praticara o crime tomado de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, enquanto que, na realidade, o homicídio fora perpetrado friamente pelo réu que, após prostrar no chão, com o primeiro tiro, a vítima, desarmada, desfechou-lhe o segundo disparo, que lhe retirou a vida (fls. 392/394).

A E. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento à apelação para determinar fosse o condenado submetido a novo Júri (fls. 431/433).

Desse acórdão recorreu extraordinariamente o réu com base no art. 119, III, *d*, da Constituição anterior (fls. 437/448), tendo o recurso sido transformado em especial, de acordo com o art. 105, III, *c*, da atual Carta Magna, por se tratar de matéria infraconstitucional (fl. 512).

O recorrente invoca a existência de dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e arestos do E. STF e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pois, enquanto que a Câmara *a quo* conheceu do recurso do Ministério Público abordando ponto secundário da lide, os Tribunais citados só deveriam conhecer de apelação que versasse apenas sobre ponto principal, onde não se incluíam circunstâncias qualificadoras ou minorantes. Teria, por isso, sido violentado o seu direito ao devido processo legal, pois a espécie, ao menos em tese, comportaria apenas a retificação da pena, em grau de recurso, conforme dispõe o art. 593, III, *c*, e seu § 2º, do CPP (fls. 476/485 e 437/448).

Contra-razões às fls. 487/502.

Parecer da douta Vice-Procuradoria-Geral da República, às fls. 508/509, pelo não conhecimento do recurso, por haver o E. STF uniformizado a jurisprudência, no sentido de que é necessária a realização de novo júri, quando o Tribunal de segundo grau, ao dar provimento ao recurso da acusação, entende que foi manifestamente contrário à prova dos autos o reconhecimento, pelo Conselho de Sentença, da existência de homicídio privilegiado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): A demonstrar a divergência jurisprudencial estão os arestos proferidos nas duas Turmas do Colendo STF nos recursos extraordinários criminais 94.284-RS e 113.727-4-SP, de que foram relatores, respectivamente, os Srs. Ministros Soares Muñoz e Francisco Rezek, e o acórdão da apelação criminal 20.222, julgada na 2ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo relator o Sr. Desembargador Ladislau Fernando Rohnelt, assim ementados:

«Tribunal do Júri. Qualificadora do motivo fútil. Apelação.

Não é nulo o acórdão do Tribunal *ad quem* que, em provendo a apelação da defesa, retificou a pena imposta pelo Tribunal do Júri, desclassificando o crime de homicídio qualificado para homicídio simples, pois essa decisão encontra respaldo no item III, letra c, do art. 593, do Código de Processo Penal, combinado com o § 2º do mesmo artigo, e, bem assim, na circunstância de descaber, nessa hipótese, recurso pedindo novo julgamento pelo Tribunal Popular. De outro modo, seriam irrecorríveis tais decisões. Essa eventualidade contrasta com o princípio constitucional que assegura ampla defesa e com o que estabelece que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Recurso extraordinário conhecido e não provido.» (RTJ 103/696 — fl. 451).

«Júri. Homicídio. Motivo fútil. Desclassificação. Apelação. Erro na aplicação da pena.

A qualificadora do motivo fútil reconhecida pelo conselho de sentença diz com juízo inscrito no domínio da fixação da pena, podendo ser desautorizada pelo tribunal de justiça ante apelação fundada no art. 593, III, c, do Código de Processo Penal.

Recurso extraordinário a que se nega provimento » (fl. 457)

«Homicídio.

Quando se trata de julgamento pelo Tribunal do Júri, a apelação deve versar sobre ponto principal da lide. Por conseguinte, não é admissível se o seu objeto é a pretensão de cassar o privilégio do homicídio emocional e por via de consequência submeter o réu a novo julgamento pelo júri. Apelação não conhecida » (fl. 449).

Conheço, pois, do recurso especial.

Quanto ao mérito, ao decidir que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos e mandar o réu a novo júri, porque inexistente o homicídio privilegiado, eis que praticado o crime a sangue frio, por motivo fútil (fls. 431/433), pôs-se o acórdão recorrente em testilha com os arestos mencionados, que consideram apenas acessórias e não essenciais do crime as circunstâncias que aumentam ou diminuem sua gravidade, dizendo respeito o assunto somente à fixação da pena. Porque meras *accidentalía delicti* e não *essentialía delicti*, tais circunstâncias nada teriam a ver com a estrutura do tipo delituoso, não sendo o caso de aplicar-se a alínea d do inciso III do art. 593 do CPP, e sim, em princípio, a alínea c do mesmo dispositivo, que diz com a dosimetria da pena.

Caberia, então, ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri, desclassificar o crime e à Corte de Apelação, com base no parágrafo 2º, do art. 593, retificar, eventualmente, o novo enquadramento, e nunca determinar fosse o réu submetido a novo júri.

Estava, assim, placitado o entendimento da Suprema Corte quando, na oportunidade do julgamento do *Habeas Corpus* 66.334-SP, de que era relator o Sr. Ministro José Néri da Silveira, o Sr. Ministro Moreira Alves apresentou voto vista em sentido contrário, porque, se é certo que a Segunda Instância pode alterar a sentença do presidente do júri, não pode fazê-lo quando se trata do veredito do próprio júri, tendo a apelação alcance limitado de mera cassação, sem a eficácia do *judicium rescisorium*.

Assim é que, após analisar minuciosamente a posição da doutrina e da jurisprudência (especialmente o RE Criminal 94.284-RS) face às duas teses antagônicas, o Ministro Moreira Alves, mesmo considerando as circunstâncias qualificadoras elementos acidentais do crime, repeliu a possibilidade de a Corte de Apelação alterar a decisão do júri no tocante à desclassificação do delito de qualificado para privilegiado, forte na doutrina italiana:

É ler-se:

«Com efeito, ao contrário do que ela (a tese oposta) afirma, qualificadora não é circunstância da pena, nem seu erro de julgamento será erro na aplicação da pena da qual participe o Conselho de Jurados. As qualificadoras são, em verdade, *elementos acidentais do crime*, porque, ao contrário das elementares (que são elementos essenciais do crime), não são indispensáveis à existência dele, mas influem sobre sua gravidade, e, por via de consequência, é que acarretam o aumento ou a diminuição da pena cominada ao crime sem essas qualificadoras. É essa, aliás, a lição dos maiores penalistas da Itália.

Tratando das *circostanze del reato* (circunstâncias do crime), que envolvem as qualificadoras como causa cujo efeito é o aumento ou a diminuição da pena dos crimes qualificados ou privilegiados em face dos crimes simples, Antolisei (*Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, 3ª ed., nº 151, págs. 307/308), após acentuar que a *circostanza* é elemento acidental do delito (*accidentalità delicti*), salienta que «ciò che caratterizza la circostanza insenso tecnico è il fatto che essa determinna di regola una maggiore o minore gravità del reato e in ogni caso una modificazione (aggravamento o attenuazione) della pena» (o que caracteriza a circunstância em sentido técnico é o fato de que ela determina, em regra, uma maior ou menor gravidade do crime e, em todo caso, uma modificação (agravamento ou atenuação) de la pena»), e, linhas adiante, arremata: «La presenza di una circostanza transforma il *reato semplice in reato circostanziato* e il papporto che passa fra l'uno e l'altro è una relazione da *genus a species*, Nel reato circostanziato, quindi, debbono esistere tuttigli estremi del reato semplice: la circostanza è sempre un *plus*» («a presença de uma circunstância transforma o *crime simples em crime circunstanciado* e a relação que há entre um e outro é uma relação de gênero e espécie. No crime circunstanciado, em verdade, devem existir todos os extremos

do crime simples: a circunstância é sempre um *plus*). Pannain (Manuale di Diritto Penale, I, nº 217, pg. 364) também preleciona: «Le circostanze modificano tanto il precetto come la sanzione. Esse, infatti intervegono a formare la «fattispecie legale» in senso ampio, la quale si ricava appunto dagli elementi principali e complementari o accessori del precetto» (As circunstâncias modificam tanto o preceito como a sanção. Elas, de fato, intervêm para formar a hipótese de incidência legal» em sentido amplo, a qual se obtém justamente pelos elementos principais e complementares ou acessórios do preceito»), e, adiante, conclui: «Le circostanze, dal punto di vista strutturale, importano sempre e soltanto un *plus* nei confronti della figura típica, non mai un *minus*, non mai un equivalente quantitativo, cioè sostituzione» (As circunstâncias, sob o aspecto estrutural, importam sempre e somente um *plus* em face da figura típica, nunca um *minus*, jamais um equivalente quantitativo, isto é, substituição»). E Maggiore (Diritto Penale, I, 1, 5ª ed., pág. 487) lembra que Carrara já dizia que as circunstâncias são, em verdade, «condizioni che aumentano o diminuiscono la *quantità politica* del delitto» (condições que aumentam ou diminuem a *quantidade política* do delito»), sendo certo que, para ele, a *quantidade* é aquilo pelo qual entre diversas espécies comparadas umas com as outras, existe uma relação de mais ou de menos.

Por isso mesmo é que, quando alguém é acusado de homicídio simples e acaba condenado ou por homicídio qualificado ou por homicídio privilegiado, há a desclassificação do crime, como, aliás, declara a própria ementa do acórdão nesse RE — nº 94.284, onde se lê, em sua parte inicial: «Não é nulo o acórdão do Tribunal *ad quem* que, em provendo a apelação da defesa, retificou a pena imposta pelo Tribunal do Júri, desclassificando o crime de homicídio qualificado para homicídio simples». Note-se que, em verdade, como não é o Tribunal do Júri que impõe a pena, mas o Juiz-Presidente, o que, nesse caso, o Tribunal *a quo* fez foi desclassificar o crime de homicídio qualificado para homicídio simples (que é a causa, da competência do Júri), para, depois, retificar a pena que o Juiz-Presidente aplicara em respeito à decisão dos jurados, sob pena de nulidade da sentença, por não poder estar em desacordo com a decisão do Conselho de Jurados.

Portanto, se não há dúvida de que qualificadora não é circunstância da pena, mas do crime, seu erro no julgamento não pode ser erro na aplicação da pena, mas erro de classificação do crime. Aliás, se a qualificadora fosse circunstância da pena e se situasse no terreno da aplicação desta, não teria sentido que o Código de Processo Penal, que atribui competência ao Juiz-Presidente para aplicar a pena com base na decisão do Júri (art. 492 combinado com o art. 387), lhe subtraísse dessa aplicação a determinação das qualificadoras, para colocá-las na competência do Júri, como objeto de

questos obrigatórios (art. 484, IV), cuja falta ou deficiência acarretam a nulidade da decisão do Júri (art. 564, III, *k*, e parágrafo único), e tudo isso para, em seguida, permitir que, em apelação, com fundamento na letra *c* do inciso III do artigo 593 — que alude a *erro ou injustiça na aplicação da pena ou de medida de segurança* —, o Tribunal pudesse afastar ou admitir qualificadoras por se tratar de aplicação da pena. O simples fato de a falta de qualquer requisito obrigatório (e, entre eles, o das qualificadoras) ser causa de nulidade absoluta em nosso Código de Processo Penal mostra, à evidência, que não há, na decisão do Júri — que, por isso mesmo, é incindível —, pontos principais e pontos secundários. Não se conhece nulidade absoluta do pouco relevante. E quem, em sã consciência, pode pretender que é ponto secundário o ter a defesa sustentado que o réu cometeu homicídio privilegiado e o Júri ter acolhido a tese da acusação de que o homicídio é qualificado? Ponto secundário, de somenos importância, teria o condão de, por aumentar ou diminuir a gravidade do delito, dar como consequência que a pena cominada ao homicídio privilegiado possa ser de dois a seis anos e oito meses de reclusão, ao passo que a prevista para o homicídio qualificado seja de doze a trinta anos de reclusão? A evidência dispensa a resposta.

Por outro lado, também não é exato que, em face do Código de Processo Penal vigente, se possa distinguir no veredicto dos jurados pontos principais e pontos secundários (entre estes estariam as qualificadoras, pela errônea afirmação de serem circunstâncias da pena e não elementos que acrescentam um *plus* ao crime simples), não comportando estes, ao contrário daqueles, apelação para mandar o réu a novo Júri com fundamento na letra *d* do inciso III do artigo 593 («for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos»).

À falta de texto legal vigente para sustentar-se tal afirmação, invoca-se o precedente da Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, que, em seu artigo 79, preceituava: «O juiz de direito apelação *ex officio*: 1º — Se entender que o júri proferiu decisão sobre o ponto principal da causa, contrária à evidência resultante dos debates, depoimentos e provas perante ele apresentadas...» Invocação descabida, como salienta Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, nºs 1077, pág. 246):

«Bem de ver é, porém, que aquele texto, além de referir-se a recurso de ofício, e não a recurso voluntário, falava *expressamente* em decisão sobre o ponto principal da causa. Outra, porém, é a linguagem que emprega o art. 593, nº III, letra *d*, nela não se encontrando as limitações que havia na antiga legislação de processo penal».

Mas, há mais do que isso. Sem falar na soberania do Júri a que aludiremos mais adiante (e que não era garantia individual nos idos remotos de 1841 e seguintes), o próprio sistema do Código de Processo Penal repele, sem dúvida alguma, a distinção entre ponto principal da causa e ponto secundário dela.

De feito, se a decisão do Júri pode ser anulada, mandando-se o réu a novo julgamento, por defeito ou deficiência de quesito sobre qualificadora, e isso com base na letra *a* do inciso III do artigo 593 (que diz respeito ao cabimento da apelação das decisões do Júri quando ocorrer nulidade posterior à pronúncia), qual a razão para não se determinar novo julgamento quando essa mesma decisão, no tocante à qualificadora, for manifestamente contrária à prova dos autos? Para a nulidade, a qualificadora não é ponto secundário; para a manifesta contrariedade à prova dos autos, ela o será sem que o Código de Processo Penal faça qualquer distinção? Haverá *error in iudicando* tanto em classificar um crime como simples quanto em desclassificá-lo para privilegiado ou qualificado. E como ainda adverte Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, nº 1077, pág. 245/6) — o cabimento da apelação com fundamento nessa letra *d* se dá também «na hipótese de se situarem tais circunstâncias entre elementos que possam transformar o tipo fundamental do delito em tipo qualificado, ou em tipo privilegiado». No mesmo sentido, Espínola Filho (ob. cit., VI, 5ª ed., nº 1238, pág. 155), comentando decisão, de 1950, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que admitiu apelação pela letra *d* do inciso III do artigo 593 do CPP, em caso em que o promotor pedia que o réu fosse mandado a novo Júri, porque este, contra a evidência dos autos, negara a circunstância qualificadora do motivo fútil, acentuou: «hoje, somente pode ser alterada, em recurso, a sentença do presidente do júri, fixando a pena, mas, se é o próprio veredicto que se dá de contrário, manifestamente, à prova dos autos, quer na solução condenatória ou absolutória, quer no reconhecimento ou no repúdio de circunstância, principalmente qualificativas, o Tribunal de juizes togados só pode, mas o pode inquestionavelmente, anular o julgamento». E foi, aliás, o que decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo — seguindo orientação daquela Corte — em acórdão que deu margem ao presente *habeas corpus*.

Ora, se não há, na legislação processual penal vigente, nada que impeça o cabimento da apelação por essa letra *d* quando se trate de qualificadora acolhida ou rejeitada pelo veredicto do Júri, cai por terra o último argumento da fundamentação do acórdão prolatado no RE 94.284, e que é o de que, partindo da premissa do não cabimento dessa apelação nesses casos, a defesa não teria meio para impugnar a decisão do Júri quanto às qualificadoras, e, portanto, «seriam irrecorríveis as injustiças e os erros cometidos contra a liberdade, em aberta violação do princípio jurídico-constitucional de

que nenhuma lesão de direito individual poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário», e, em contraste, também — como consta da ementa desse aresto — «com o princípio constitucional que assegura ampla defesa». Argumentos esses de ordem constitucional que não colheriam em qualquer hipótese, pois a existência de uma instância única de julgamento não traduz negativa de prestação jurisdicional, nem cerceia a ampla defesa, que é assegurada quando é ela admitida sem restrições *com os instrumentos próprios que a lei prevê*.

Ademais, é preciso ter em mente que a apelação com esse fundamento legal pode partir da acusação, caso em que — como sucederia neste presente, se o Tribunal de São Paulo, ao invés de mandar o novo Júri, desclassificasse, de pronto, o homicídio privilegiado para homicídio simples — poderia ocorrer hipótese de a Corte, em apelação da promotoria, acolher sua tese de se tratar de homicídio qualificado contra a decisão do Júri de que o homicídio seria privilegiado. Será ponto secundário do veredicto do Júri o que dá margem, também contra o réu, a desclassificação de crime dessa ordem? E como justificar esse direito da acusação com a invocação do princípio da ampla defesa da liberdade?

Além disso, o pretender-se que a letra c do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal na redação que lhe foi dada pela Lei 263/48 diz respeito aos erros e às injustiças do Tribunal do Júri no tocante às qualificadoras por serem causas que obrigam o Juiz-Presidente a aumentar ou a diminuir a pena aplicada ao réu é repellido pela interpretação literal e lógica do próprio artigo 593 do CPP.

Com efeito, na redação original do Código de Processo Penal — que foi promulgado quando o Decreto-Lei 167 do Estado Novo acabou com a soberania do Júri —, esse artigo 593 tinha a seguinte redação, quanto ao cabimento da apelação no tocante ao inciso III:

«III — das decisões do tribunal do Júri, e fundada nos seguintes motivos:

- a) nulidade posterior à pronúncia;
- b) injustiça da decisão dos jurados, por não encontrar apoio algum nas provas existentes nos autos ou produzidas em plenário;
- c) injustiça da sentença do juiz presidente, quanto à aplicação da pena ou da medida de segurança».

E, no artigo 604, se dispunha que «Se houver divergência entre a sentença proferida pelo presidente do Tribunal do Júri e a resposta dos jurados aos quesitos, o Tribunal de Apelação fará a retificação devida, aplicando a pena legal».

Portanto, pela redação originária desses dois dispositivos, tinha-se que cabia apelação da decisão dos jurados por nulidade posterior à pronúncia ou por injustiça da decisão dos jurados, por não encontrar apoio algum nas provas existentes nos autos ou produzidas em plenário (e, nesse caso de apelação, ninguém distinguia pontos principais de pontos acessórios, para não admiti-la com relação a estes); já a apelação da sentença do Juiz-Presidente cabia na hipótese de injustiça da sentença do Juiz-Presidente, quanto à aplicação da pena ou da medida de segurança, e na hipótese de divergência entre a sentença do Juiz-Presidente e as respostas dos jurados. Note-se, que o caso de injustiça quanto à aplicação da pena ou da medida de segurança dizia respeito expressamente ao Juiz-Presidente, o que, aliás, é óbvio, pois é este, e não o Conselho de Jurados, quem aplica a pena — e a aplicação da pena se traduz na fixação dela — ou a medida de segurança.

A redação desse inciso III do artigo 593 do CPP foi alterado — inclusive com a inclusão nele da hipótese que a ele dizia respeito e estava deslocada no artigo 604, que foi revogado — pela Lei 263/48, que foi editada exclusivamente para compatibilizar o Código de Processo Penal com o disposto no artigo 141, § 28, da Constituição de 1946, o qual consagrava expressamente o princípio da *soberania do Júri*. É o que está dito no artigo 1º dessa lei:

«Art. 1º A organização do Tribunal do Júri, e, igualmente, o processo dos crimes de sua competência continuam a ser regidos pelo Código de Processo Penal, com as modificações decorrentes do disposto no artigo 141, § 28, da Constituição e constantes da presente lei».

Ora, das hipóteses de cabimento de apelação referidas na redação originária do inciso III do artigo 593 do CPP, a única que, sem dúvida alguma, ofendia frontalmente o princípio da soberania do Júri era a que permitia apelação por injustiça da decisão dos jurados, por não encontrar apoio algum nas provas existentes nos autos ou produzidas em plenário. As demais em nada infringiam a soberania do Júri, pois a nulidade posterior à pronúncia acarretava, quando dissesse respeito à decisão dos jurados, a repetição do julgamento pelo próprio Tribunal do Júri, e as concernentes à injustiçada sentença do Juiz-Presidente quanto à aplicação da pena ou da medida de segurança e à divergência entre a sentença dele e a resposta dos jurados não podiam ferir a soberania do Júri porque não alcançavam decisão sua, mas, sim, a sentença do Juiz-Presidente.

Por isso mesmo, só se alterou substancialmente a hipótese prevista nesse item III que violava a soberania por permitir ao Tribunal de Apelação que modificasse a decisão dos jurados por injustiça decorrente da falta de apoio em prova existente, passando ela a ter a redação da atual letra *d* («for a decisão dos jurados manifesta-

mente contrária à prova dos autos») conjugada com o § 3º, que mandava, nesse caso, o réu a novo julgamento. Já as hipóteses das atuais letras a, b e c continuaram a ser as que vinham das letras a («nulidade posterior à pronúncia») e b («injustiça da sentença do Juiz-Presidente quanto à aplicação da pena ou da medida de segurança»), com o acréscimo da reforma por erro, bem como a do artigo 604 («se houver divergência entre a sentença proferida pelo presidente do tribunal do Júri e a resposta dos jurados aos quesitos»). Daí, a , redação atual das letras que integram o inciso III do art. 593, para fazer esses ajustes.

«III — das decisões do Tribunal do Júri, quando:

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) for a sentença do Juiz-Presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos».

Na letra c («houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança») não se manteve a alusão expressa à sentença do Juiz-Presidente, porque essa hipótese complementava a anterior, e, pela sua própria literalidade, só poderia dizer respeito a essa sentença uma vez que o Júri não aplica pena — *aplicar a pena é tão-somente fixá-la, levando em consideração os termos em que a condenação foi determinada pela resposta dos quesitos pelos jurados* — nem muito menos medida de segurança. Aliás, vai contra a lógica entender, buscando apoio em lei de 1841 que dizia respeito a uma apelação *ex officio* por parte do Juiz, o que hoje também inexistente, que a parte inicial dessa letra c, que se refere ao erro ou à injustiça na aplicação da pena, seja concernente às decisões do Júri nos chamados pontos secundários e do Juiz, e que, na parte final, no tocante à medida de segurança se refira somente à sentença do juiz, em aberrante disparidade com a origem do dispositivo, e na falta de qualquer distinção que a lei teria de fazer expressamente, e que, ao contrário, vai contra a sistemática atual do Júri que não distingue pontos principais ou pontos secundários na decisão dos jurados, pois todos os quesitos são obrigatórios, e a falta ou deficiência de qualquer deles tornam nulo o seu veredicto, que é incindível.

Ademais, se o inciso III do artigo 593 do CPP teve sua redação alterada para retirar-se a possibilidade de a decisão do Júri (e também aí não havia distinção entre ponto principal e ponto acessório) ser alterada por injustiça em decorrência de não se apoiar na prova, não tem sentido pretender-se que a letra c desse item, que

corresponde à hipótese da letra *b* da redação anterior, que se limita expressamente à sentença do Juiz, alcance a decisão dos jurados quanto a esses imaginários pontos secundários, certo como é que, sendo soberano o veredicto do Júri por força de texto constitucional, qualquer alteração nele feita por Tribunal viola essa soberania, que, por ser soberania, é incontrastável em toda sua extensão. Interpretação dessa ordem conduziria à conclusão de que a Lei 263/48, que modificou a redação do CPP exatamente para compatibilizá-lo com a soberania do Júri, teria cometido, por reserva mental (pois nada existe em sua letra e em seu espírito que diga respeito à decisão dos jurados), a inconstitucionalidade que ela veio extirpar. Nesses casos, é evidente que o erro é do intérprete e não da lei, cuja letra e espírito se ajustam naturalmente ao texto constitucional sob cujo império surgiram.

Ninguém pode negar, porque decorre de texto expresso do Código de Processo Penal, que afirmar ou recusar a existência de qualificadora é objeto de quesito obrigatório e, portanto, se situa no âmbito da competência funcional do Júri, integrando-se no seu veredicto, que é incidível, razão por que, por nulidade decorrente de simples deficiência dele, se anula integralmente o julgamento anterior e se manda o réu a novo Júri. Ora, se o veredicto do Júri é a decisão deste sobre o que está no âmbito da sua competência e se esse veredicto é, constitucionalmente soberano, é evidente que fere a soberania do Júri qualquer alteração nele introduzida por Tribunal togado. Di-lo, com todas as letras, Frederico Marques (*A Instituição do Júri*, vol. I, págs. 40/41), que não é entusiasta da instituição do Júri:

«Se soberania do Júri, no entender da *communis opinio doctorum*, significa a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir o Júri na decisão de uma causa por ele proferida — soberania dos veredictos traduz, *mutatis mutandis*, a impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados ser substituída por outra sentença sem esta base.

Os veredictos são soberanos, porque só os veredictos é que dizem se é procedente ou não a pretensão punitiva.

O problema se situa assim no campo da competência funcional. Sobre a existência do crime e responsabilidade do réu, só o Júri pode pronunciar-se, o que faz através de veredicto soberano. Sobre a aplicação da pena, decide, não soberanamente, o juiz que preside o Júri. Aos tribunais superiores, o objeto do juízo, na sua competência funcional, se restringe à apreciação sobre a regularidade do veredicto, sem o substituir, mas pronunciando ou não pronunciando o *sententia rescindenda sit*. No tocante à decisão do juiz togado, a compe-

tência funcional será de grau, podendo assim a jurisdição superior retificá-la (art. 593, § 1.º).»

Aliás, mesmo aqueles que entendem que, em face da Constituição de 1969, o Júri não mais é constitucionalmente soberano (o que é altamente controvertido, havendo forte corrente no sentido da persistência dessa soberania constitucional) não podem deixar de reconhecer que as alterações que a Lei 263/48 introduziu no Código de Processo Penal para compatibilizá-lo com a soberania do Júri, e como esta não é vedada pelo texto constitucional vigente, podendo ser estabelecida por lei, enquanto essas alterações introduzidas pela Lei 263/48 não forem modificadas para retirar a soberania do Júri elas persistem com o seu sentido próprio, sob pena de terem de ser declaradas inconstitucionais em face da Constitucional de 1946 por força da qual nasceram, certo como é que a inconstitucionalidade de uma lei, por ser vício originário, se afere em face da Constituição então vigente. É o que expressamente reconhece Magalhães Noronha (ob. cit., n.º 197, pág. 341), que entende não mais existir a soberania constitucional do Júri. Diz ele: é finda, hoje, pelo art. 153, § 18, da Constituição Federal, a soberania do Júri. Mas o princípio firmado nesse dispositivo não é *auto-aplicável*, depende de regulamentação a ser feita por lei ordinária. Enquanto isso não ocorrer, a competência da segunda Instância continua adstrita a enviar o réu a novo julgamento pelo júri». E é oportuno recordar como assinala Marques Porto (ob. cit., pág. 37) — que o próprio Projeto do Código de Processo Penal encaminhado ao Congresso em 1975 (Mensagens 159/75) curvou-se à soberania do Júri, e isto porque «a manutenção, na mencionada mensagem, de normas processuais atinentes à soberania, decorre da prevalência do entendimento da continuidade da presença, embora de forma implícita, da soberania dos veredictos na norma constitucional».

2. Por essas razões, e com a devida vênia do eminente relator, indefiro o presente *habeas corpus*.»

O Sr. Ministro Moreira Alves foi acompanhado pelos Srs. Ministros Célso Borja, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Carlos Madeira, Aldir Passarinho, restando vencidos os Srs. Ministros relator e Francisco Rezek.

Por esse julgamento, finalizado em 8-3-89, o E. STF, firmou entendimento contrário ao que então vinha expressando.

A ementa desse julgado ficou assim redigida:

«*Habeas corpus*. Júri. Apelação do Ministério Público contra a acolhida pelo Júri de qualificadora do crime. Alegação de ilegalidade do acórdão que, dando provimento à apelação, determinou que o paciente fosse submetido a novo Júri. Interpretação do art. 593, III, c, do Código de Processo Penal.

O art. 593, III, c, do Código de Processo Penal se refere a erro ou injustiça praticados pelo Juiz-Presidente quando da aplicação da pena ou da medida de segurança, e não sobre qualquer ponto a respeito do qual se tenha manifestado o Júri em seu veredicto.

Sendo a qualificadora elemento accidental do crime, e não circunstância da pena, o erro em seu julgamento não enseja apelação com fundamento na letra c do inciso III do artigo 593 do CPP, mas, sim, na letra d desse dispositivo (quando «for a decisão dos jurados manifestamente contrário à prova dos autos»), e conseqüentemente o seu provimento — como ocorreu no caso concreto — acarretará seja o réu submetido a nosso julgamento pelo Júri.

Habeas corpus indeferido.»

Assim é que, como a correção pretendida não diz respeito à mera aplicação da pena, a merecer a apreciação da instância superior, mas altera a natureza da infração, cuja identificação é atribuída com exclusividade ao Tribunal do Júri, descabe a incidência do art. 593, III, c, do CPP.

Na lição de Tourinho Filho,

«... O motivo fútil, no crime de homicídio, não é, pura e simplesmente, uma circunstância da pena. Muito embora o seja na maioria dos crimes, em se tratando de homicídio doloso, ele se converte e se transmuda em elemento constitutivo. Desse modo, sendo ele elemento do crime de homicídio qualificado, passa a compor o crime. Se fosse mera circunstância da pena, o Juiz da pronúncia não o invocaria, porquanto a circunstância da pena não pode ser invocada na pronúncia, que é sentença de natureza processual, e sim nas decisões definitivas (*in* «Processo Penal, volume 4, página 302, 10ª edição, 1987, editora Saraiva»).

Vitoriosa na jurisprudência mais recente do STF e na doutrina atual, ao que parece, essa tese merece guarida, tanto mais porque se afeiçoa melhor à Carta de 1988, em que o princípio da soberania dos veredictos do júri encontra-se textualmente inscrito entre os direitos e garantias fundamentais do homem (art. 5º, XXXVIII, c), ao contrário do que palidamente era apenas insinuado na Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 153, § 18), durante cuja vigência foi proferida o erudito voto do Sr. Ministro Moreira Alves.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 217 — (Reg. nº 89.8487-9) — SP — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: José Carlos Rigueira de Brito. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Adv.: Dr. Alberto Zacharias Toron.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Relator (5-9-89).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite, Dias Trindade, Anselmo Santiago (Juiz do TFR/1ª Região, convocado) e William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

— ● —

RECURSO ESPECIAL Nº 221 — DF

(Registro nº 89.0008491-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Recorrente: *Ministério Público do Distrito Federal*

Recorridos: *Aimé Alcebiades Silveira Lamaison e outro, Distrito Federal, Deoclécio Britto Hagel e outro, Viação Pioneira Ltda. e VIPLAN — Viação Planalto Ltda.*

Advogados: *Dr. José de Campos Amaral, Dr. Ary Lopes Rodrigues e outros, Dr. Milton de Melo e outro, Dr. Wilson Fernandes Velloso e outro e Dr. Arlindo Leoni de Souza e outro*

EMENTA: Ação popular. Remanejamento de linhas de ônibus entre empresas que já exploram a atividade de transporte de passageiros urbanos. Improcedência declarada pelo Tribunal de Justiça, ao fundamento de ausência dos pressupostos de lesividade e da ilegalidade do aludido ato.

Antes da CF/88, o ato de permissão do serviço público não exigia prévia licitação, razão pela qual não foi contemplado no art. 4º da Lei nº 4.717/65, que enumera as hipóteses de lesividade presumida.

Decisão que não violou qualquer critério jurídico de valoração da prova, como alegado, ao considerar insuficiente a prova pericial para demonstração do pretense prejuízo da empresa estatal, após cotejada com outros elementos de convicção contidos nos autos.

Precedentes jurisprudenciais que não se mostraram ajustados à hipótese dos autos. Ausência de violação dos dispositivos legais invocados. Dissídio não comprovado.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Alberto Tavares da Costa ajuizou ação popular contra José Geraldo Maciel, Deoclécio Britto Hagel, Januário Lourenço, respectivamente, Secretário de Serviços Públicos do Governo do Distrito Federal e altos funcionários da referida Pasta, bem como contra Viação Planalto Ltda. e Viação Pioneira Ltda., objetivando a anulação de atos de transferência de linhas de exploração de transporte urbano, por meio de ônibus, da Sociedade de Transportes Coletivos de Brasília Ltda. para as duas últimas rés citadas, por se tratar de atos praticados sem concorrência pública e que acarretaram sérios prejuízos ao patrimônio da TCB, que é empresa pública do Distrito Federal.

Posteriormente, foi ainda incluído no pólo passivo do processo o Sr. Aimé Alcebiades Silveira Lamaison, ex-Governador do Distrito Federal, o Distrito Federal e a Sociedade de Transportes Coletivos de Brasília Ltda.

A ação foi julgada pelo MM. Juiz da Quarta Vara da Fazenda Pública de Brasília, que concluiu pela improcedência do pedido, ao entendimento de que, conquanto se trate de atos indevidamente praticados com inobservância do requisito da licitação pública, não acarretaram prejuízo às entidades públicas mencionadas.

Irresignado, apelou o Autor, o que fez, todavia, sem êxito, havendo o Egrégio Tribunal de Justiça confirmado a r. sentença, salvo o capítulo da sucumbência, em acórdão assim ementado:

«Ação Popular. Impedimento de advogado. Identidade física do Juiz. Sucumbência. Não há que se reconhecer o impedimento do advogado e a ineficácia dos atos por ele praticados, por exercer a função de Procurador do GDF, se posicionou ele em defesa do interesse de entidade pública e se, à época da citação, os contestantes se encontravam no exercício das respectivas funções de Governador e Secretário de Serviços Públicos do Distrito Federal.

Em face do que dispõe o artigo 132 do Código de Processo Civil, com a remoção do Juiz, desvincula-se ele do processo, devendo passar os autos ao seu sucessor, mesmo que haja sido encerrada a instrução.

Ação Popular. Pretensa nulidade de atos do Governo do Distrito Federal, que reformularam o sistema de distribuição de linhas de transporte urbano de Brasília.

A lei não prescreve concurso de preferência, em se tratando de remanejamentos, em que ocorre permissão para assegurar a explo-

ração do transporte urbano, destinado a melhorar os serviços aos usuários. Não pode prosperar a Ação Popular se ausentes os pressupostos da ilegalidade e lesão ao patrimônio público.

Sucumbência. Em Ação Popular, dispensa-se o ônus da sucumbência.»

Recorreu, então, extraordinariamente, o Ministério Público do Distrito Federal, com fulcro no art. 119, III, alíneas *a* e *d*, da Carta de 1969, ao entendimento de que, no caso, bastaria a evidenciação da lesividade presumida, como previsto nos arts. 1º e 4º, III, *a*, da Lei nº 4.717/65, resultante da ausência de prévia concorrência prevista no Decreto-Lei 200/67, *c/c* Decreto nº 5.721/71 cumprindo, ademais, ao próprio Julgador exercitar poderes inquisitoriais, em matéria de valorização de prova, de sorte a evidenciar a lesividade efetiva, a preservar os princípios probatórios pertinentes, pressupostos a seu ver malferidos tanto pelo Juiz como pelo Tribunal, que, ao revés, «quedaram-se diante de um laudo pericial acoimado de lacunoso e impreciso».

Foi ainda tida por contrariada a norma do art. 153, § 31, da Constituição Federal e decisões da Corte Suprema. O recurso subiu à Excelsa Corte, em razão do provimento de agravo de instrumento.

Com o advento da Carta de 1988, decidiu o eminente Relator, Ministro Carlos Madeira, determinar a remessa dos autos a esta Corte, para julgamento do recurso, na parte relativa às alegações de ofensa à legislação infraconstitucional e de dissídio referente também à dessa natureza.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Ação popular. Remanejamento de linhas de ônibus entre empresas que já exploram a atividade de transporte de passageiros urbanos. Improcedência declarada pelo Tribunal de Justiça, ao fundamento de ausência dos pressupostos de lesividade e da ilegalidade do aludido ato.

Antes da CF/88, o ato de permissão de serviço público não exigia prévia licitação, razão pela qual não foi contemplado no art. 4º da Lei nº 4.717/65, que enumera as hipóteses de lesividade presumida.

Decisão que não violou qualquer critério jurídico de valoração da prova, com alegado, ao considerar insuficiente a prova pericial para demonstração do pretenso prejuízo da empresa estatal, após cotejada como outros elementos de convicção contidos nos autos.

Precedentes jurisprudenciais que não se mostraram ajustados à hipótese dos autos. Ausência de violação dos dispositivos legais invocados. Dissídio não comprovado. Recurso especial não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O apelo vem fundado nas alíneas *a* e *d* do inciso III do art. 119 da Carta de 1969, que correspondem, presentemente, às alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da Carta de 1988.

Teriam sido contrariadas, no entendimento do Recorrente, as normas dos arts. 1º e 4º, III, *a*, da Lei nº 4.717/65, do art. 126 (§ 1º) da Lei 5.721/71 e o Decreto-Lei nº 200/67, cujo dispositivo não indicou.

Teria o julgado, ainda, divergido de decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 94.100-SC, que se acha transcrita no TRJ 103/683/6, e ainda de outras duas, que estariam na RTJ 72/475 e na RTJ 81/280, alusivas à questão de valorização de prova.

Uma leitura das principais peças que compõem os presentes autos convince, todavia, de que não se está diante de atos permissionários de exploração de serviços de interesse público, mas de mero remanejamento de linhas de ônibus entre as empresas encarregadas desse serviço, no Distrito Federal, o que, no dizer do Sr. Secretário dos Serviços Públicos (fls. 106/112) teve em mira a reestruturação do sistema de transporte coletivo desta Capital, de molde a permitir a fixação de tarifas mais acessíveis às populações de baixa renda, distribuídas pelas cidades-satélites.

Com efeito, o próprio autor, na inicial, admite que certas linhas, até então exploradas pela Sociedade de Transportes Coletivos de Brasília, passaram às empresas particulares VIPLAN e PIONEIRA, enquanto outras, que estavam a cargo destas, passaram à responsabilidade da TCB.

Na verdade, se não se cogitava de inaugurar novas linhas de ônibus, nem de atrair novas empresas para a exploração das linhas existentes, mas tão-somente de efetuar uma redistribuição dessas linhas entre as empresas que já atuavam no ramo, não se poderia vislumbrar a necessidade de instituir-se o reclamado concurso licitatório, de resto, formalidade dispensável, conforme autorizadas opiniões, (Cf Hely Meirelles, *Dir. Administrativo Brasileiro*, 8ª edição, pág. 373) para a prática de ato administrativo unilateral, como é o caso da permissão, já que o Decreto-Lei 200/67 (estendido ao Distrito Federal pela Lei nº 5.721/71), diplomas legais tidos por violados pelo Recorrente, não prevêm a exigência.

Por outro lado, o ato de permissão de serviços públicos somente a partir da Carta de 1988 (art. 175) ficou sujeito a prévia licitação, razão pela qual não se encontra relacionado no art. 4º da Lei nº 4.717/65, que enumera as hipóteses de lesividade presumida dos atos administrativos, nem, mais precisamente, no inciso III, letra *a*, do mencionado dispositivo, invocado pelo Recorrente, o qual cuida exclusivamente de contratos.

Ante tais considerações, tenho por não configurada pelo acórdão qualquer violação às normas legais acima mencionadas.

Melhor resultado não pode colher o recurso, no ponto em que irroga ao v. acórdão a pecha de haver inobservado princípios probatórios inerentes à ação popular, *in verbis*:

«Não haverá prosperar, mesmo, a tese sufragada em a decisão recorrida, sob a ótica reitora, adotada pelo MM. Juiz e Eg. Tribunal que, visando a elidir o alegado ato lesivo, detectaram *imprecisões* e *lacunas* no exame pericial; ao revés, cumprir-lhes-ia observar os princípios probatórios e valorização da prova, em cogitação a LAP, a propósito, sobretudo ampla a iniciativa judicial, revela a melhor doutrina».

Ao contrário do que parece entender o Recorrente, o poder que se reconhece ao Julgador, de agir com maior liberdade nas ações populares, colocando-se «numa postura mais envergadamente inquisitória», na expressão de Arruda Alvim (fl. 1048) não se pode confundir com o dever de carrear para os autos os elementos de convicção que as partes não foram capazes de produzir, inexistindo norma que disponha nesse sentido.

No caso sob exame, o laudo que foi fornecido pelos técnicos encarregados da perícia foi devidamente sopesado pelo Egrégio Tribunal a *quo* diante dos demais elementos probatórios contidos nos autos, havendo sido considerado insatisfatório para comprovação do prejuízo que os atos administrativos alvejados teriam causado à TCB.

Assim procedendo, não violou o acórdão nenhum princípio alusivo à valorização da prova, sendo fora de dúvida que a ação popular não impede a aplicação da regra segundo a qual «o Juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos» (art. 436 do CPC).

Conseqüentemente, não se pode ter por contrariada a orientação jurisprudencial da Suprema Corte, traduzida nos acórdãos indicados (RE 78.036-GO — RTJ 72/472 e RE 86.082-RJ — RTJ n.º 81/280), consagradores do princípio de que não constitui matéria de fato, mas de Direito, a valoração jurídica das provas.

Igualmente, é de todo inadequada ao presente caso, pelo que ficou exposto, a decisão, também invocada pelo Recorrente, contida no RE n.º 94.100-SC, que trata de lesividade presumida.

Ante tais considerações, não conheço do recurso.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, a decisão recorrida é originária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Embora como Desembargador não haja participado do julgamento, todavia, como Relator, atuei em mandado de segurança, incidental à matéria, e cujos autos estão apensos a este recurso especial.

Parece-me estar presente o impedimento e por isso o declaro.

VOTO

«Administrativo. Ação Popular. Concessão e permissão de serviço público: equiparação para os fins do art. 4º, III, a, da Lei 4.717/65».

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: A Lei nº 4.717, de 1965, no art. 4º, item III, letra a, apontada como violada pela decisão recorrida, estabelece — bem disse o Sr. Ministro Relator — presunção de lesividade e de ilegitimidade do contrato de concessão de serviço público celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa.

Estou em que o ato de permissão de execução de serviço público para os fins da ação popular estaria equiparado à concessão, tendo em vista a finalidade obtida em ambos os contratos, que é a mesma. Bastaria em ambos os atos, ao administrador inescrupuloso, que quisesse beneficiar alguém e que quisesse escapar dos rigores da fiscalização popular, ao invés de realizar contrato de concessão, como costuma ocorrer, praticar ato de permissão. A finalidade a ser alcançada seria a mesma e estaria ele se subtraindo da censura judicial através da ação popular.

De modo que haveria fraude à lei, e, em caso como este, parece que os tribunais deveriam deixar de lado a forma e verificar a substância do ato. No caso, entretanto, o Sr. Ministro Relator trouxe certas peculiaridades que não autorizariam esse esforço exegético na procura da realização da fiscalização do ato inquinado de lesivo.

Desse modo, com estas breves considerações e, tendo em vista as peculiaridades apontadas no voto do eminente Sr. Ministro Relator, meu voto é também no sentido de não conhecer do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 221 — DF — (Reg. nº 89.0008491-7) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal. Recorridos: Aimé Alcebíades Silveira Lamaison e outro, Distrito Federal, Deoclécio Britto Hagel e outro, Viação Pioneira Ltda. e VIPLAN — Viação Planalto Ltda. Advogados: Dr. José de Campos Amaral, Dr. Ary Lopes Rodrigues e outros, Dr. Milton de Melo e outro, Dr. Wilson Fernandes Veloso e outro e Dr. Arlindo Leoni de Souza e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 23-8-89 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso, Miguel Ferrante e Américo Luz. Impedido o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

RECURSO ESPECIAL Nº 245 — SP

(Registro nº 89.0008530-1)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Valdir Gomes da Silva*

Advogados: *Drs. Paulo de Queiroz Prata e outro*

EMENTA: Criminal. Falência. Exercício do comércio.

Interdição. Sua cominação expressa como mero efeito da sentença — art. 195 da Lei de Falências; pelo que subsiste vigente a norma extravagante, inalterada pela nova conceituação legal das antigas penas acessórias — Código Penal, arts. 32, II, 43 e seguintes, e 92, na redação da Lei 7.209/84.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, em ordem a restabelecer a sentença de primeiro grau, no particular da interdição do exercício do comércio, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 21 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Apelando da sentença que o condenou a 4 anos de reclusão, por infração dos arts. 187 e 188, III e VIII, da Lei de Falências, e do art. 296, § 1º, II, do Cód. Penal, com interdição do exercício do comércio pelo prazo de 2 anos (art. 195 da Lei de Falências), o ora recorrido obteve êxito, pois que a Egrégia Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Djalma Lofrano, além de reduzir a pena para três anos e seis meses, houve por bem decidir, *verbis*:

«Cancelam, por fim, a pena acessória, em observância à orientação jurisprudencial que vem prevalecendo neste Egrégio Tribunal de Justiça, consoante a qual essa modalidade de pena foi extinta na última reforma penal (Lei nº 7.209/84), estendendo-se o cancelamento às hipóteses da lei falimentar» — fls. 340.

Desse cancelamento da interdição, recorreu extraordinariamente o Ministério Público, com base na letra a do permissivo constitucional de então. Deu por violada a vigência dos arts. 195, 196 e 197 da Lei de Falências, ao entendimento, em síntese, de não se cuidar de *pena acessória*, modalidade que fora extinta pela invocada Lei 7.209/84, mas sim, de mero *efeito da condenação* por crime falimentar, efeito este que se distingue da pena por diversas razões, como a inexigência da individualização e motivação da sua aplicação, e a natureza legal e não judicial do prazo de sua duração; tudo isso na mesma medida como o Código Penal vigente, apesar de converter algumas das antigas penas acessórias em substitutivas das penas privativas de liberdade, também a outras qualificou como efeito da condenação em si mesma, tal qual já o dizia o art. 195 da Lei de Falências — fl. 342.

Inadmitido o recurso, à conta da razoabilidade da discutida interpretação (fls. 350), no entanto, proveu-se o agravo interposto, para efeito de melhor exame da controvérsia pelo Supremo Tribunal Federal — apenso.

Oficiando nos autos, assim se manifestou a nobre Procuradoria-Geral da República:

«Não cabe ser conhecido, porém, o recurso.

O acórdão recorrido não examinou a questão sob o aspecto da lei especial (Decreto-Lei nº 7.661/45). É ver o teor do acórdão (fls. 335/340).

Ora, se os dispositivos legais aos quais teria sido negado vigência não foram objeto de exame no aresto impugnado, e nem havendo a interposição de embargos de declaração para vê-los debatidos, incidem contra o cabimento do extraordinário os enunciados das Súmulas 282 e 356 do Excelso Pretório.

De outra parte, cabe evidenciar que a Suprema Corte, apreciando questão idêntica à versada nos autos, no julgamento do RECr. nº 109.770-1-SP, decidiu não conhecer do recurso, por impossibilidade jurídica do seu objeto e pela falta de prequestionamento da questão federal suscitada, pelas razões expostas pelo eminente Ministro Relator Octavio Gallotti que diz em certo trecho de seu voto, *verbis*:

«Mesmo que se admita a ocorrência do prequestionamento, observo que o limite máximo da pena de interdição, arbitrado em dois anos, transitou em julgado para a defesa, por não ter apelado a acusação.

Ora, o fundamento do recurso extraordinário do Ministério Público aponta para o prazo legal de cinco anos (a pena privativa de liberdade é de reclusão) e a aplicação automática dessa duração — se agora admitida — implicaria, obviamente, a reforma da sentença, contra o réu, sem apelação da parte adversa.

Por outro lado, a restauração da medida, nos moldes impostos pelo Juiz singular, sobre acarretar a aplicação de lei revogada, em detrimento do réu, não encontraria respaldo na motivação da petição de interposição do extraordinário.

Deste, por falta de prequestionamento e, ainda, por impossibilidade jurídica de objeto, preliminarmente, não conheço.»

Isto posto, opina-se pelo não conhecimento do recurso.

Brasília-DF., 18 de novembro de 1988.

Laurita Hilário Vaz, Procuradora da República

Aprovo, salientando que este parecer não contradiz o decidido pela Colenda 2ª Turma, no RECr. 111.549 (DJ de 2-12-88, pág. 31.900).

Aristides Junqueira Alvarenga, Vice-Procurador-Geral da República» fls. 377.

Sobrevindo a instalação deste Eg. Tribunal, resolveu-se a conversão do *extraordinário em especial*, declinando-se da competência suprema — fls. 381.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, quanto ao conhecimento do recurso, afastem-se de logo as prejudiciais suscitadas pela nobre Procuradoria-Geral da República; a uma, porque, conforme o relatório, o v. acórdão recorrido, apesar de não nominar expressamente o art. 195 da Lei de Falências, virtualmente o declarou abrogado pela Lei nº 7.209/84, ao extinguir as penas acessórias, «estendendo-se o cancelamento às hipóteses da lei falimentar» (textual); e à outra, porque inadequado ao caso o precedente colacionado, pois que ali o Ministério Público pretendia reabilitar a interdição por tempo superior ao que a sentença singular estabelecera e que o acórdão recorrido cancelara; donde a impossibilidade jurídica então tachada pelo mencionado paradigma.

Recusadas dessa forma as prejudiciais da falta de prequestionamento e da impossibilidade jurídica do objeto recursal, examine-se a questão central, pelo enfoque único da argüida negação de vigência dos cotejados preceitos falimentares.

De que a tese da ab-rogação do artigo 195 da Lei de Falências — resultante da abolição das penas acessórias pela chamada reforma penal da Lei 7.209/84 — não é pacífica, tem-se nos autos as posições doutrinárias conflitantes, a exemplo: *pro*, Celso Delmano, in Código Penal Comentado, 1ª Ed., 5ª tiragem, 1986, pág. 140; e *contra*, Damásio de Jesus, Interdição do Exercício do Comércio, in Justitia, PGJ — SP, abr./jun. 1987, págs. 62/64.

Igual discordância lavra no campo da jurisprudência, tanto no próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, como assinalado no despacho de admissão do presente recurso (fl. 351), quer no Supremo Tribunal Federal, da forma como a sua Eg. Primeira Turma reputou razoável a discutida interpretação extensiva (RE 113.318-0-SP, Rel. Min. José Néri da Silveira, in DJ de 25-11-88), enquanto que, contrariamente, a reputou incorreta a Eg. Segunda Turma — RE 111.549-1-SP, Rel. Min. Célio Borja, in DJ de 2-12-88.

Dos escólios consultados, colhe-se que a controvérsia nasce do conceituar-se, ou não *interdição do exercício do comércio* (art. 195 da LF) como pena acessória, símile da *incapacidade para profissão ou atividade* de

que cuidava o art. 69, IV, do Código Penal; penalidade acessória e cumulativa, esta última, que agora ganhou foros de autonomia e sucedaneidade, a teor do art. 43, c.c. o art. 47, II, na redação dada pela citada lei da reforma.

De início, penso que, dmy, a propósito da procurada similitude, não cabe invocar a autoridade dos mais insignes comercialistas de antanho, despreocupada até então com a distinção substancial entre *efeito da condenação* (linguagem da lei falimentar) e a *pena acessória* (letra codificada), mas terminologicamente conclusiva pela acessoriedade penal da interdição falimentar — *Waldemar Ferreira*, in *Instituições de Direito Comercial*, 3ª ed., 5º vol., págs. 398/99; *Trajano de Miranda Valverdi*, in *Comentários à Lei de Falências*, ed. 1949, vol. III/65-66. (Trechos transcritos no voto do Min. Néri da Silveira, RE 113.318-0-SP). É que, de fato, no anterior regime geral de cumulatividade das penas principais e acessórias, maior alcance não tinha a conceituação procurada no confronto do Código com a lei extravagante, como passou a ter a partir do sistema de substitutividade das penas, implantado pela Lei nº 7.209/84; alcance esse, de maior importância para o presente caso, atento à palmar diferenciação legal entre as duas denominações conferidas — *pena acessória* e *efeito da sentença*.

Diferenciando-as, veja-se que não resta dúvida sobre a abolição da primeira dessas denominações. De fato, a nova concepção penal é inconfundível, apesar da primeira impressão gerada pelo art. 56 do Código Penal, de aparente exceção ao caráter substitutivo das interdições profissionais, parecendo mantê-las cumulativas nos casos que especifica; todavia, de logo se percebe a má redação do dispositivo, que assim mesmo se descobre implicitamente inteirado dos pressupostos antes alinhados no art. 44 do mesmo Código, conforme observações de *Costa Júnior*, «Comentários ao Código Penal — Parte Geral», ed. Saraiva, 1987, pág. 306, e de *Celso Delmanto*, obra citada, pág. 84. Por outro lado, sob o ponto de vista funcional, tem-se que as antigas penas acessórias nada perderam ao se transformarem, ora em restritivas de direito, ora em efeito da sentença (art. 92).

Como quer que seja, para o caso dos autos, cabe ver que a analisada ab-rogação legal somente se atenderia quando inexistente qualquer traço distintivo entre os dois institutos penais, pura pena acessória que pudesse ser a *interdição do exercício do comércio*. Donde, inicialmente, dever-se voltar aos comercialistas, agora para consultar-se opiniões mais recentes, a exemplo do que asseveram *José da Silva Pacheco* (Processo de Falência e Concordata, 1986, págs. 736/37) e *Luiz Tzirulnik* (Direito Falimentar, ed. RT, 1989, pág. 188), sobre constituir mero efeito da sentença a interdição profissional cominada pela Lei de Falências.

Na verdade, a par da literalidade do dispositivo falencial no sentido dessa asserção-mor, tenha-se que bem se houve o Ministério Público recorrente em dissertar sobre os pontos essenciais discriminantes dos ditos institutos. Fê-lo, aliás, na linha doutrinária concebida por *Damásio de Jesus*, em trabalho específico que vale a pena reportar, nestes tópicos:

«De ver-se, contudo, que a interdição do exercício do comércio não é pena acessória. É efeito da condenação. Por isso, não se encontra cancelada pela nova legislação penal. Entre as penas acessórias anteriormente previstas no Código Penal e a interdição questionada existem diferenças, a seguir expostas.

1ª) Natureza Jurídica

A medida do artigo 195 da Lei de Falências constitui efeito da condenação, tal como consta da redação do dispositivo. Surge da simples condenação por delito falimentar, tendo, por isso, natureza diversa da primitiva pena acessória de «incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público» (redação antiga do artigo 69, IV, do Código Penal).

2ª) Faculdade

A imposição da antiga pena acessória decorrida de simples faculdade judicial (primitivo artigo 70, II). A interdição do exercício, ao contrário, é obrigatória, como reza o artigo 195: «Constitui efeito da condenação...» Trata-se de «decorrência natural da condenação» (Ap. Crim. nº 3.396, 2ª Câm. primitivo TASP, RT, 555/346) ou de «fatal decorrência do trânsito em julgado da decisão que conclui pela procedência da ação por crime falimentar» (RT, 335/257).

3ª) Motivação

A imposição da pena acessória exigia fundamentação. O Juiz, na sentença, devia consignar qual o «abuso de profissão ou atividade» ou a «infração a ela inerente» (artigo 69, parágrafo único, IV). A interdição do exercício do comércio, por constituir efeito da condenação, independe de pronunciamento judicial.

4ª) Individualização

As penas acessórias se caracterizavam pela necessidade de sua individualização judicial, devendo o magistrado, quando de sua imposição, considerar as circunstâncias judiciais (antigo artigo 42 do Código Penal), fixando-lhes a duração (Luiz Vicente Cernicchiaro, «Penas Acessórias», Ciência Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1979, II/51). A interdição referida, ao contrário, não exige individualização, decorrendo sua duração dos termos iniciais e final dos artigos 196 e 197 da Lei de Falências.

5ª) Permissão do Poder Público

A antiga pena acessória dependia, para sua aplicação, de precedente habilitação, permissão ou autorização do poder público (artigo 69, IV; Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 70/305). O exercício do comércio, de forma diversa, independe de permissão do poder público.

6ª) Prazos

O Juiz, nos termos do artigo 69, parágrafo único, do Código Penal, precisava fixar o prazo das penas acessórias. A interdição do exercício do comércio, diversamente, tem seu prazo fixado pela lei, não dependendo de pronunciamento judicial. O prazo é legal e não judicial. O termo inicial corresponde ao dia em que termina a execução da pena privativa de liberdade (artigo 196). O termo final ocorre na data da extinção da interdição pela reabilitação, «que somente pode ser concedida após o decurso de três ou de cinco anos» depois do cumprimento da pena privativa de liberdade (artigo 197).

Nota-se que a interdição do exercício do comércio tem disciplina e natureza diversas das primitivas penas acessórias, de modo que a supressão destas não acarretou a extinção daquela, que permanece sob o regime dos artigos 195 e segs. da lei falimentar.

Afirma-se que, extintas as penas acessórias, não restou prazo a ser fixado pelo Juiz quando da imposição da interdição. Conforme ficou consignado, contudo, os termos *a quo* e *ad quem* da interdição estão previstos, respectivamente, nos artigos 196 e 197 da Lei Falimentar. Além disso, tendo natureza e caracteres diversos dos que informaram as penas acessórias, a extinção destas não pode produzir efeitos quanto àquela. Como já foi decidido, subsiste a interdição da Lei de Falências (RT, 597/282 e 295) — obra citada, págs. 62/64.

Na esteira dessas considerações, convenha-se nas principais linhas demarcatórias assim traçadas, identificadas, aliás, a rigor da ótica finalística da comentada norma falimentar, cuja meta, ao que se sabe, entrelaça-se às rígidas regras da reabilitação (art. 197 da LF), com vistas a compelir o réu (diga-se, o devedor insolvente) a prover a extinção das obrigações, condição *sine qua non* do retorno ao comércio.

Nessa gama de providões compulsivas, vê-se que a interdição, antes de possuir carga penal genuína, determina-se a prevenir, mais objetivamente, os reparos devidos aos interesses dos credores — finalidade própria do processo falimentar. Por isso, em última hipótese, não se compreenderia a extinção do gravame, justamente quando se acentua na legislação mais recente uma maior perseguição aos chamados *crimes do colarinho branco*, ou *delitos de cavalheiro*, gênero mais notório da criminalidade empresarial, nucleada pela insolvabilidade patrimonial. Justamente, quando se clama contra a impunidade dessa criminalidade específica, não se compreenderia afrouxar-se a rédea impeditiva da reorganização comercial do falido, sem ao menos padecer o culpado a «quarentena» expiatória do inadimplemento das obrigações mercantis que desonrou. Justamente, quando ainda mais se protesta por proteção saneadora do crédito e da economia popular, impedindo-se aos insolventes ineptos ou desonestos o exercício do comércio, não se recomendaria a interpretação *in bonam partem*, para a qual, na verdade, até faltaria o paradigma penal a estender por força da *lex mitior*.

Em conclusão, posicionando-me quanto ao tema, conflitado internamente até mesmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, penso acertado dar por vigente os argüidos arts. 195, 196 e 197 da Lei de Falências, porque inalcançada pela reforma penal da Lei nº 7.209/84 a *interdição do exercício do comércio* expressamente conceituada como *efeito da condenação por crime falimentar*.

Cumpre, pois, cassar a v. decisão recorrida, para restabelecer a sentença, no particular da imposição da referida interdição.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, comungo com o entendimento esposado por V. Exa.

As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal. No caso em tela, o que se verifica é que as referentes disposições contidas na lei falimentar constituem-se em efeitos da própria condenação pela prática daquele tipo de delito e não em penas acessórias.

Acompanho V. Exa.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Sr. Presidente, o voto de V. Exa. é bem esclarecedor. Parece-me que se trata de mero efeito da condenação. O que se procura limpar é o nome do comerciante, para que ele volte à comunidade comercial reabilitado. É o que exige a Lei de Falências.

Estou de pleno acordo com V. Exa.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, a Lei de Falências, em seu art. 195, prescreve como «efeito da condenação» por crime falimentar a «interdição do exercício do comércio».

Apreciando apelação de réu condenado por crime falimentar, a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo reduziu a pena aplicada e cancelou a de interdição, salientando quanto à última:

«

Cancelam, por fim, a pena acessória, em observância à orientação jurisprudencial que vem prevalecendo neste Egrégio Tribunal de Justiça, consoante a qual essa modalidade de pena foi extinta na úl-

tima reforma penal (Lei nº 7.209/84), estendendo-se o cancelamento às hipóteses da lei falimentar.»

Com isso não se conformou o Ministério Público, sustentando, no recurso, que, no caso, se trata de efeito da condenação, não de pena acessória, pelo que subsiste no ordenamento jurídico vigente.

O eminente Relator, acolhendo o recurso, concluiu seu brilhante voto dando por vigentes os arts. 195, 196 e 197 da Lei de Falências, restabelecendo a sentença de primeiro grau no ponto em que impôs ao condenado a interdição em exame.

Pedi vista para melhor posicionar-me sobre a questão e agora trago o meu voto.

Tivéssemos que optar entre classificar a interdição de direitos como pena ou mero efeito da condenação, não teríamos dúvida em classificá-la como pena, ante o que hoje expressamente dispõe o art. 5º, XLVI, e, da Constituição.

Todavia, penso que a discussão sobre a distinção em foco é, antes de tudo, estéril, pois ambas as expressões praticamente se confundem: possuem a natureza de uma sanção penal.

O grande penalista Bettioli salientou, em sua obra principal:

«Já dissemos que as penas acessórias são as que resultam de direito da condenação, como efeitos penais desta» (Direito Penal, trad. bras., vol. VIII, págs. 142/3).

No mesmo sentido Battaglini, para quem as penas acessórias

«... constituem conseqüência jurídica da condenação (artigo 20 do Cód. Penal Italiano)» (Direito Penal, trad. bras., 2º vol., pág. 644).

Não obstante tratar-se de afirmações apoiadas no direito italiano, podem ser invocadas para demonstrar a equivocidade dos termos.

A distinção oferecida por Damásio de Jesus no tópico citado no voto do eminente Relator é muito discutível pois se, de um lado, havia na legislação brasileira revogada penas acessórias automáticas (parágrafo único do art. 70 da antiga Parte Geral), portanto, mero «efeito da condenação», de outro, presentemente, os denominados «efeitos da condenação» são evidentemente uma forma de pena acessória, porque devem:

«... ser motivadamente declarados na sentença» (parágrafo único do vigente art. 92).

De qualquer sorte, tanto a pena acessória como o efeito da condenação, por representarem restrições, suspensão ou interdição de direitos, são inequívocas modalidades de sanção penal. Se antes a discussão sobre isso era possível, hoje não o é ante a tomada de posição pelo legislador constituinte no já citado art. 5º, XLVI, e.

Por isso, segundo penso, a reforma penal de 84 optou pela denominação «feitos da condenação», incluindo entre eles algumas das antigas penas acessórias e transformando outras em penas autônomas, como poderia ter mantido a primitiva denominação, sem prejuízo dessa operação. O que importa é que — sendo uma espécie de sanção penal — esteja prevista em lei (princípio da reserva legal) e que resulte de imposição em sentença judicial (princípio do devido processo legal).

Tais requisitos estão presentes no caso *sub indice*: o Juiz de primeiro grau impôs, na sentença penal condenatória, a interdição expressamente prevista no art. 195 da Lei nº 7.661/45, pelo prazo de dois anos (fl. 294).

Além disso, tratando-se de uma sanção expressamente prevista em *lei especial*, convive com a *lei geral*, pois não foi intuito da reforma penal revoçar a legislação especial, antes a manteve, como consta expressamente do art. 12 da nova Parte Geral do Código, *in verbis*:

«As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.»

Outra seria a nossa conclusão se o dispositivo da Lei de Falência em exame se chocasse com as normas constitucionais vigentes.

Tal, porém, não ocorre, visto como:

a) o art. 5º, XLVI, *e*, admite a suspensão ou interdição de direitos como pena (lei ordinária, portanto, podia instituí-la);

b) o art. 197 da Lei nº 7.661/45 instituiu limites temporais para a interdição do comércio, não se chocando com o art. 5º, XLVII, *b* (no caso a sentença fixou limite de dois anos).

Pelas razões expostas, ponho-me de acordo com a conclusão do voto do Ministro Relator.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 245 — SP — (Reg. nº 89.0008530-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Valdir Gomes da Silva. Advs.: Drs. Paulo de Queiroz Prata e outro.

Decisão: Retomado o julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, em ordem a restabelecer a sentença de primeiro grau, no particular da interdição do exercício do comércio (5ª Turma, em 21-8-89).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 281 — SP

(Registro nº 89.8609-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Recorrente: *Frigorífico 4 Rios S/A*

Recorrido: *Humberto Regatieri e outros*

Advogados: *Drs. Miguel Luiz Favalli Meza e outro, João Pereira de Carvalho Neto e outros e Antônio Carlos Machado Calil*

EMENTA: Desapropriação. Sentença homologatória de acordo. Aplicação do art. 486 do CPC. Súmula 400 do STF.

Os atos processuais que independem de sentença ou em que esta for meramente homologatória, sem julgamento do mérito, podem ser anulados como os atos jurídicos em geral, nos termos do direito material.

Hipótese em que a ação anulatória é o meio hábil para desconstituir transação homologada em juízo, de acordo com o disposto pelo art. 486 do CPC.

Decisão que deu razoável interpretação à espécie, ainda que não seja a melhor — Súmula 400 do STF.

Dissídio jurisprudencial não comprovado.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Frigorífico 4 Rios S/A, inconformado com a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, interpôs recurso extraordinário com base no art. 119, inciso III, letras *a* e *d*, da Constituição de 1969, ao fundamento de negativa de vigência dos arts. 485, VIII, e 269, III, do Código de Processo Civil, e artigo 1.030 do Código Civil, além de dissídio com os acórdãos proferidos na AR 22.890, do TJRS, e no RE 25.115.

Cuida a hipótese de ação expropriatória, em que a família Regatieri e a Prefeitura Municipal de Votuporanga homologaram transação pela qual «os expropriados receberiam o preço ajustado e outorgariam escritura pública de compra e venda da área à Empresa Frigorífico 4 Rios S/A». No entanto, decorridos 4 anos, os expropriados ingressaram com ação ordinária de nulidade da escritura de compra e venda e da sua transcrição, e do ato expropriatório, sendo a ação julgada procedente, mantida a sentença monocrática, em grau de apelação, à unanimidade.

Em resumo, aduz o ora recorrente: que o cerne da presente discussão repousa em decidir «se a sentença, que homologara transação celebrada entre todas as partes do processo, em anterior ação de desapropriação, poderia ser desconstituída pela rescisória, ou deveria sê-lo, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil»; que, desta forma, questionou-se «a natureza da sentença homologatória da transação, bem como os meios processuais idôneos para invalidar este ato de direito material»; que, em raras oportunidades, «a negativa de vigência acontece de modo tão nítido como na espécie debatida», pois, ao afirmar o acórdão que «a decisão homologatória (da transação) não põe fim ao processo com julgamento de mérito», está contradizendo o disposto pelo art. 269, III, do CPC, assim como «quando o aresto recorrido julga desnecessária a propositura da rescisória», admitindo, a anulatória, contraria o art. 485, VIII, da mesma lei processual; que também foi agredido o disposto no art. 1.030 do Código Civil, pelo qual a rescisão da transação só é permitida «por dolo, violência ou erro essencial quanto a pessoa ou coisa controvertida», sendo que tais vícios jamais foram alegados, nos dois graus de jurisdição, pelos expropriados; que, substancialmente, na presente causa, o que se discute «é o *interesse de agir* de quem celebra acordo nos autos para pôr fim a processo expropriatório, e materializa essa transação mediante escritura pública de venda e compra antes de consumada a desapropriação, relativa ao imóvel previamente declarado de utilidade pública»; que «não é o caso de se perquirir da nulidade, ou não, do decreto expropriatório, pois o que está em disputa é uma preliminar, atinente a uma das condições da ação», qual seja o citado interesse de agir; que o julgado conflita com o entendimento do STF e com acórdão do TJRS; que pretende o descabimento da declaratória de nulidade, pois, no caso, a decisão está sujeita à rescisória.

Por despacho do 4º Vice-Presidente do TJSP, a fls. 505/508, foi deferido o processamento do apelo extremo.

Às fls. 513/517 foram apresentadas as razões do recorrente, tendo os recorridos oferecido suas contra-razões às fls. 520/523.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, a fls. 525/532, opinando pelo não provimento do recurso.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, a fls. 545/553, no sentido do não conhecimento do recurso e, se conhecido, pelo seu não provimento, argumentando, a final, que o Plenário do STF «já decidiu que declaração por interesse social, de imóveis rurais, é privativa da União Fede-

ral, o que vem reforçar a afirmativa de nulidade do ato declaratório, nos termos do acórdão recorrido, fundamento não abordado no recurso, o que leva à aplicação da Súmula 283».

A fls. 556, despacho do relator designado no STF, pelo qual, em razão da instalação do STJ, foi o extraordinário convertido em Recurso Especial, fundamentado nas letras a e c do inciso III do art. 105 da atual Constituição, e remetidos os autos a esta Corte, agora competente para apreciá-los.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE (Relator): Colhe-se dos autos que a Prefeitura Municipal de Votuporanga, São Paulo, por decreto, declarou de utilidade pública uma gleba de terra, pertencente aos recorridos, Humberto Regatieri e outros, com objetivo de doá-la à recorrente, Frigorífico 4 Rios S/A.

Ajuizada a expropriatória, e emitida a expropriante na posse do imóvel, contestaram os réus, seguindo-se a realização da perícia: Na audiência de instrução e julgamento, as partes entenderam de extinguir o processo mediante transação, pela qual os desapropriados se obrigaram a outorgar, diretamente ao Frigorífico 4 Rios S/A, ora recorrente, a escritura definitiva do imóvel, comparecendo a Prefeitura como anuente e principal pagadora. Estabelecidos os termos do acordo, foi o mesmo homologado pelo juiz processante. A escritura pública de venda do imóvel, objeto da expropriação, foi outorgada à empresa recorrente a 29 de novembro de 1974.

A 10 de agosto de 1978, os expropriados, ora recorridos, ajuizaram, contra a Prefeitura de Votuporanga e Frigorífico 4 Rios S/A, ação ordinária de anulação da referenciada escritura de compra e venda, ao fundamento de que o ato expropriatório era nulo de pleno direito.

A sentença monocrática decretou a nulidade do ato expropriatório, com base no art. 145, II, do Código Civil, e, em consequência, anulou a escritura de venda e compra e seu respectivo registro imobiliário, determinando a reintegração dos autores, ora recorridos, na posse do imóvel, condicionando, porém, essa providência, à indenização prévia e total do preço que os mesmos haviam recebido, garantindo à empresa Ré o direito de retenção.

Em grau de apelação foi essa decisão mantida, à unanimidade, pela E. Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, destacando-se do respectivo acórdão os seguintes lances:

«Ora, se nulo o suporte do ato, ou seja, o decreto expropriatório, nulo seria o acordo que não podia ser homologado. A decisão homologatória não pôs fim ao processo com julgamento do mérito; desnecessária a propositura de ação rescisória, sendo possível procurar ser desfeito através de ação anulatória, como pretendido pelos autores.»

.....

«Houve, assim, uma desapropriação com fim específico, ou seja, o benefício de um particular a quem seria dada a área, fato demonstrado pelos documentos que instruem o pedido e confirmado por Luiz Garcia de Haro, então chefe do executivo municipal, no seu testemunho de fl. 250. A desapropriação, segundo dispõe a Constituição Federal, somente pode ocorrer por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social.»

.....

«Verifica-se, pois, que a desapropriação teve uma finalidade: a doação da área à co-ré, Frigorífico 4 Rios S/A.

Ora, o Poder Público não podia desapropriar sem motivo ou finalidade, mas só para o fim de utilidade pública; no caso, a desapropriação do bem particular tinha um objetivo, favorecer a outra particular, o que é vedado por lei.

Acrescente-se que os acordos trazidos com a inicial demonstram a impossibilidade de desapropriação com cessão da área particular. Ora, a desapropriação é viciada e, em consequência, o acordo homologado; e por isso é atingida a escritura de compra e venda com o competente registro.»

Inconformada com essa decisão, a empresa Frigorífico 4 Rios interpôs recurso extraordinário com arrimo no artigo 119, III, a e b, da Carta Base de 1969, convertido em recurso especial com fundamento nas letras a e c do item III do artigo 105 da Constituição em vigor.

Sustenta a empresa recorrente que a decisão hostilizada negou vigência aos artigos 269, III, e 485, VIII, do Código de Processo Civil, além de ter violado o artigo 1.030 do Código Civil, ao admitir a propositura de ação anulatória para desconstituir transação homologada em juízo, em substituição à ação rescisória, que seria o meio hábil para desconstituição de sentença de mérito. Argumenta que a sentença homologatória, no caso, pondo fim ao processo, nos termos do art. 269, III, do Código de Processo Civil, é sentença de mérito e, em assim sendo, somente por via de ação rescisória poder-se-ia invalidar a transação que lhe serviu de fundamento, a teor do disposto no art. 485, VIII, do mesmo estatuto processual. Além do mais, a seu ver, produzindo a transação o efeito de coisa julgada, a rescisão somente seria possível em caso de dolo, violência ou erro essencial quanto a pessoa ou coisa controversa, segundo dispõe o art. 1.030 do Código Civil. Haveria, na hipótese, coisa julgada material.

Ora, ao contrário do alegado, a assertiva do acórdão de que a decisão homologatória de acordo não põe termo ao processo com julgamento do mérito, podendo ser desconstituído por via anulatória, encontra embasamento no artigo 486 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

«Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.»

Com propriedade, aduz a ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Yedda de Lourdes Pereira, em lúcida manifestação sobre o tema:

«Homologando o acordo, o Juiz se restringe a confirmar e oficializar o ato. Há o predomínio da vontade das partes sobre a do Juiz. Ele não examina se o direito foi bem ou mal aplicado, não julga a situação e quando se fala em julgar não se pode esquecer que este ato envolve conteúdo analítico, valorativo ou crítico.

Ao firmar acordo, a vontade particular é equivalente à do Juiz, quando este faz composição da lide. Ela extingue o processo, com julgamento do mérito, sem que o poder decisório do Juiz tenha sido manifestado, como prevê o Código no artigo 269, III.

Ocorre aqui o que Carnelluti chamou de «equivalente jurisdicional», isto é, a composição da lide se faz sem a interferência do Juiz, mas com resultado igual ao que seria alcançado por seu intermédio. Neste sentido é plenamente justificável o disposto no CPC, art. 269, quando prevê a extinção do processo com julgamento do mérito, porque assim evitou que a relação levada a Juízo, pelo fato de resultar de composição entre as partes, sem interferência do Juiz, pudesse ser reaberta a qualquer momento pelos interessados, impedindo o fim do processo.

Se o acordo põe termo à disputa, ele não analisa o mérito para afirmar quem detém o melhor direito ou se esse suposto direito existe, por ser função do Juiz. Daí ser a decisão meramente homologatória ou confirmatória.

Conseqüentemente não se pode admitir que a homologatória faça coisa julgada material, mas apenas formal e, como tal, revisível como os demais atos jurídicos.

Esta posição é admissível se considerarmos que a sentença de mérito julga a essência do pedido, sem se deter nos aspectos processuais ou meramente formais, como acentuou Seabra Fagundes ao esclarecer que mérito é tudo que diz respeito à substância do pedido, tendo em vista a qualidade das partes ou a existência do direito ajuizado. Se o Juiz não impõe a sua vontade, não aplica o direito ou decide as omissões, não se pode admitir a coisa julgada material. E a *coisa julgada material*, como lembra Ada Grinover, em notas à obra de Liebman («Eficácia e Autoridade da Sentença») é *fenômeno específico da sentença de mérito* (fl. 70, 2.^a ed.).

Se a homologação do acordo não analisou o direito à desapropriação ou o das partes, e sua conformação processual não se revestiu da força da coisa julgada material. Assim não desfrutou da imutabilidade da autoridade da coisa julgada.

A interpretação dos preceitos aduzidos não pode se afastar dos fundamentos que presidiram a elaboração dos códigos, que só podem ser extraídos através de uma visão sistemática.

É oportuno lembrar que uma corrente de juristas entende que em certas homologatórias há um conteúdo crítico decisório, mas estas são aquelas que se fundaram em acordo para decidir, como informa Galeno de Lacerda, ao sustentar o cabimento da anulatória para a sentença homologatória e a rescisória somente quando a transação for fundamento da sentença, o que ocorre quando posta pelo réu como matéria de defesa, ou quando, após a transigência das partes e antes da sua homologação, o litígio reacender, levando o Juiz a dirimi-lo.

O Professor Ernane Fidélis Santos adverte ainda que o artigo 485 trata da sentença normal de acolhimento ou rejeição do pedido, onde o Juiz, com fundamento em confissão, transação ou desistência, acolhe ou não a pretensão do autor. Não cogita do ato em si, mas da sentença que o leva por base («Estatutos de Direito Processual Civil»).

A Suprema Corte, no acórdão proferido no RE 100.466-5-SP, entendeu também desta forma, como declara a decisão ementada nos seguintes termos:

«Ação objetivando a anulação de transação homologada judicialmente. Aplicação do art. 486 do Código de Processo Civil. Não vinga a alegação de afronta aos arts. 269, inciso III, e 485, inciso VIII, do invocado diploma. A sentença simplesmente homologatória de transação apenas formaliza o ato resultante de vontade das partes. Na espécie a ação não é contra a sentença, que se restringe à homologação, em que há um conteúdo decisório próprio do Juiz. Insurge-se a autora contra o que foi objeto da manifestação de vontade das partes, a própria transação, alegando vício de coação. Quando a sentença não aprecia o mérito do negócio jurídico de direito material, é simplesmente homologatória, não ensejando a ação rescisória. A ação para desconstituir-se a transação homologada é a comum, de nulidade ou anulatória (art. 486 do Código de Proc. Civil) — DJ de 28-2-86, pág. 2350».

No antigo Tribunal Federal de Recursos prevaleceu o mesmo entendimento, como dá notícia, entre outros, o acórdão na AC nº 78.934-RN, relator Ministro Torreão Braz, de cuja ementa, no que interessa no caso, destaco:

«Processual Civil.

Os atos processuais que não dependem de sentença ou em que esta for meramente homologatória podem ser anulados como os atos jurídicos em geral, nos termos do direito material.

Sentença de mérito. Conceito.»

Carece, pois, de procedência a alegação de negativa de vigência de lei federal. De qualquer sorte, seria o caso de aplicação da Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, que não autoriza o recurso extremo quando a decisão, como na hipótese, deu razoável interpretação à espécie, ainda que não seja a melhor.

Assim, não conheço do recurso pela letra a, III, do art. 105, da Lei Maior.

De igual modo, também se revela inadmissível o apelo com base na letra d, como bem o demonstra, dispensando subsídios, este passo do citado parecer da douta Subprocuradora-Geral, Dra. Yedda de Lourdes Pereira:

«Quanto à letra d, verifica-se que a divergência jurisprudencial se apóia em dois acórdãos, ambos negando a ação de nulidade. Um incide em interpretação do inciso VIII do art. 485 do CPC, e o outro, em constatação de existência de escritura pública de ajuste do preço e da venda.

O primeiro, como foi demonstrado anteriormente, encontra óbice na Súmula 400 e em decisões mais recentes do STF.

O segundo, por envolver discussão de hipótese diversa da enfrentada nos autos, não serve para o confronto. Trata de desapropriação, na qual o ato declaratório não foi inquinado de nulidade. Houve tão-somente impugnação ao desvio da finalidade, porque o bem foi utilizado em serviço público diverso do que motivou a expropriação, situação em que o STF aceitou o desvio porque o interesse público foi preservado. Tal não ocorre presentemente porque o bem foi destinado a entidade privada, com o que não concorda o STF, como se constata do acórdão a seguir transcrito:

«Ocorre desvio de poder ou finalidade, dando causa à retrocessão, quando o expropriante aliena o bem, ou cede o uso, por qualquer título, a instituição privada, ainda que tenha fins sociais.» (RDA, 138/134)

A rigor, o acórdão não serve ao confronto, ainda que admitido na parte relacionada com a aceitação do preço e pagamento, através de escritura pública, porque a devolução do imóvel e do preço atualizado encontra apoio no art. 1.150 do Código Civil, além de ser uma decorrência do reconhecimento da nulidade, porque se o ato nulo não gera efeitos, a declaração de nulidade da desapropriação implica obviamente no restabelecimento do *status quo*.

É oportuno lembrar que o Plenário do Supremo, no RE 89.880-8-PA, já decidiu que declaração por interesse social, de imóveis rurais, é privativa da União Federal, o que vem reforçar a afirmativa de nulidade do ato declaratório, nos termos do acórdão recorrido, fundamento não abordado no recurso, o que leva à aplicação da Súmula 283» (fls. 551/552).

De quanto foi exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, estou de pleno acordo com o voto do eminente Ministro Relator. Conferindo aqui o «Código de Processo Civil Anotado» (19ª edição de Teotônio Negrão), vejo uma série de referências ao disposto no art. 486 do Código de Processo Civil, a ensejar sempre a ação anulatória e não a ação rescisória.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, é fora de dúvida que essa escritura é um ato jurídico.

Se há uma certa dúvida na jurisprudência sobre a ação adequada para o desfazimento de sentença homologatória, se a rescisória ou a ordinária, nesse caso, em que o pedido é de anulação da escritura, essa dúvida inexistente, porque jamais poderia ele ser atendido através de ação rescisória.

De modo que, decidindo o Tribunal pelo acerto da sentença, não violou as normas legais que foram invocadas. Estou de acordo com o Sr. Ministro Relator.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, a transação não tem por pressuposto lide; necessariamente não aprecia o *meritum causae*. A transação não é reconhecimento das teses da contraparte, simplesmente ato jurídico que põe termo a uma divergência que pode ou não estar ocorrente em um processo. Opera simplesmente coisa julgada formal. A sua desconstituição, portanto, obedece à sistemática da anulação dos atos jurídicos em geral. Não sendo, assim, sentença de mérito, desnecessária e imprópria mesmo seria a ação rescisória. Muito bem acentuou o eminente Ministro Relator em seu erudito voto.

No tocante à divergência jurisprudencial, segundo o eminente Ministro Miguel Ferrante, a comparação há de ser feita quanto à substância das demandas. No caso concreto, muito bem acentuado, havia características próprias que fazem desaparecer a semelhança postulada.

Não conheço do recurso.

VOTO (VENCIDO)

Processual Civil. Ação rescisória. Sentença que homologa transação ou acordo está sujeita à ação rescisória.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Em voto que proferi no Egrégio Tribunal Federal de Recursos, sustentei que a sentença que homologa transação, assim pondo fim ao processo, é sentença de mérito, que pode ser atacada através de ação rescisória, exatamente como está

posto no art. 485, VIII, do Código de Processo Civil, ao dizer que pode ser rescindida a sentença quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença. Ademais, dispõe o Código de Processo Civil, art. 269, III, que se extingue o processo com julgamento de mérito, quando as partes transigirem. Essa mesma disposição está no Código Civil, art. 1.030: «a transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada e só se rescinde por dolo, violência ou erro essencial contra pessoa ou coisa controversa».

Desse modo, pela letra a, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp 281 — SP — (Reg. n.º 89.8609-0) — Rel.: Sr. Ministro Miguel Ferrante. Recte.: Frigorífico 4 Rios S/A. Recdo.: Humberto Regatieri e outros. Advs.: Drs. Miguel Luiz Favalli Meza e outro, João Pereira de Carvalho Neto e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Carlos Velloso, não conheceu do recurso (em 30-8-89 — 2.ª Turma).

Sustentação oral.: Dr. Antônio Carlos Machado Calil, pelo Recorrente.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão, Vicente Cernicchiaro e Carlos Velloso. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

RECURSO ESPECIAL N.º 289 — PR

(Registro n.º 89.0008618-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Luiz Carlos Vieira*

Advogado: *Dr. César Bessa*

EMENTA: Penal. Tóxico. Tráfico. Prisão-Albergue.

Embora o condenado por crime de tráfico (art. 12) apresente características incompatíveis com o regime aberto, uma vez concedido este pelo Tribunal, não se pode cassar simplesmente o benefício, um ano depois, cumprido mais de um terço da pena, impondo regressão no regime sem ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 118, incisos e parágrafo, da Lei de Execução Penal.

Recurso Especial do Ministério Público, pela letra c, conhecido mas improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de setembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Luiz Carlos Vieira foi denunciado pela prática de crime de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76.

O MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal de Londrina-PR, julgando procedente em parte a denúncia, condenou-o nas sanções do art. 16 da citada lei.

Apelou o representante do Ministério Público Estadual pleiteando o reconhecimento da imputação inicial.

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná deu provimento ao recurso, condenando o apelado a 3 anos de reclusão e multa (art. 12 da Lei nº 6.368/76), fixando, *ab initio*, o regime aberto de cumprimento da pena.

Ainda irresignado, recorreu o Ministério Público invocando dissídio jurisprudencial. Aponta como paradigmas acórdãos do Supremo Tribunal Federal que não admitem o regime aberto para réus condenados por tráfico (art. 12).

Processado o recurso extraordinário (fl. 128), foi convertido em especial restabelecido o regime fechado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Penal. Tóxico. Tráfico. Prisão-albergue.

Embora o condenado por crime de tráfico (art. 12) apresente características incompatíveis com o regime aberto, uma vez concedido este pelo Tribunal, não se pode cassar simplesmente o benefício, um ano depois, cumprido mais de um terço da pena, impondo regressão no regime sem ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 118, incisos e parágrafo, da Lei de Execução Penal.

Recurso Especial do Ministério Público, pela letra c, conhecido mas improvido.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Para caracterização do dissídio basta o acórdão proferido no RE nº 116.328-PR, citado à fl. 109, onde se diz que o crime do art. 12 não admite o cumprimento de pena, desde o início, em regime aberto.

Não há dúvida que o deferimento de regime aberto, desde o início, como se fez no acórdão, conflita com aquele entendimento.

Conheço, pois, do recurso que tem apoio na letra c do inciso III do art. 105 da Constituição vigente.

E dele conhecendo passo ao julgamento da causa.

O réu foi preso em flagrante no dia 29-1-88, permanecendo preso até 30-3-88, quando foi posto em liberdade em razão da sentença (fl. 74v.).

Condenado a três anos de reclusão, nesta altura, já teria cumprido mais de um terço da pena, fazendo jus, *em tese*, à progressão no regime, se restabelecido o regime fechado.

Beneficiado, bem ou mal, pelo regime aberto em 1988, não teria sentido, agora, mais de um ano depois, fazê-lo regredir automaticamente ao regime fechado, sem demonstração da ocorrência de qualquer das hipóteses de regressão do art. 118, incisos e parágrafo, da mesma lei.

Por essas razões, específicas do presente caso concreto, com circunstâncias favoráveis ao acusado (pequena quantidade de maconha), embora também entenda que o traficante, em princípio, apresenta características incompatíveis com o regime aberto, conheço do recurso mas lhe nego provimento.

É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, se sou contra o persalto para beneficiar, também sou contra para prejudicar. Dadas as particularidades do caso que o Ministro Assis Toledo procurou enfatizar, acompanho-o integralmente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 289 — PR — (Reg. nº 89.0008618-9) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Luiz Carlos Vieira. Adv.: Dr. César Bessa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento. (Em 6-9-89 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Edson Vidigal, José Dantas e Costa Lima. Ausente o Sr. Min. Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO ESPECIAL Nº 291 — PR

(Registro nº 89.8620-0)

Relator Originário: *O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Relator p/Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Recorrentes: *Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná e Estado do Paraná*

Recorridos: *Eugênio Kruger e outros*

Advogados: *Drs. Guindel Montenegro Cordeiro e outro e Telmo Dornelles e outros*

EMENTA: Desapropriação indireta. Juros moratórios. Termo inicial. Súmula 70-TFR.

I — Os juros moratórios, na desapropriatória indireta, são contados a partir do trânsito em julgado da sentença. Súmula 70-TFR.

II — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e ao mesmo dar provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator. (Artigo 101, RI).

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso especial, assim transformado por força de decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, no qual, ao que concerne à reapreciação por este Superior Tribunal de Justiça, discute-se o termo inicial dos juros moratórios nas desapropriações indiretas.

A decisão atacada, no particular, afirmou que tais juros incidem a partir da citação, por se tratar de obrigação ilíquida, conforme art. 1.536, § 2º, do Código Civil, aplicável à espécie por força do art. 1º da Lei 4.414, de 24-9-64.

O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, recorrente, pretende que corram os juros moratórios a partir do trânsito em julgado da sentença, na esteira, segundo alega, de precedentes do Excelso Pretório.

O Ministério Público local secunda as razões do recurso, colacionando julgados da Suprema Corte que, no seu entender, demonstram o equívoco da decisão recorrida.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): No caso dos autos, conforme despacho de fl. 479, por decisão do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a argüição de relevância, dos pontos recorridos, apenas foi acolhido o que diz respeito ao termo inicial dos juros moratórios em desapropriação.

Evidente o conflito jurisprudencial. O v. acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná diverge do entendimento da Suprema Corte, como contrastava com a Súmula 70 do extinto Tribunal Federal de Recursos, cujo enunciado é o seguinte: «Os juros moratórios, na desapropriação, fluem a partir do trânsito em julgado da sentença que fixa a indenização».

Incide, pois, a hipótese do art. 105, c, da Constituição da República.

Conheço do recurso.

Mérito

A desapropriação indireta não se confunde com a desapropriação em que, previamente, é depositado o preço estimado pelo expropriante. Na primeira, o Estado desrespeita a propriedade alheia. Na segunda, exerce o poder de submeter o domínio ao interesse da sociedade. Ambas se identificam num ponto: o Estado se utiliza do bem de outrem.

A decisão recorrida, conforme ementa, determinou:

«Os juros moratórios, igualmente, incidem a partir da citação inicial, em se tratando de obrigações ilíquidas (art. 1.536, § 2º, do CC, aplicável à espécie, por força do art. 1º da Lei nº 4.414, de 24-9-1964 » (fl. 426)

O Supremo Tribunal Federal firmara entendimento contrário, como ilustram os acórdão RE 92.856-1, de 10-4-81:

«... moratórios, à taxa de 6% ao ano, cumulados com aqueles, a partir do trânsito em julgado da sentença. Precedentes do Plenário: RE 90.656» (fl. 428)

E mais. Acórdão publicado na RTJ nº 115/785:

«... Mas os juros de mora, segundo entendimento que veio a ser firmado neste Tribunal, devem ser contados a partir do trânsito em julgado da decisão final» (Relator, eminente Ministro Djaci Falcão).

O verbete da Súmula nº 70 do antigo Tribunal Federal de Recursos é o seguinte:

«Os juros moratórios, na desapropriação, fluem a partir do trânsito em julgado da sentença que fixa a indenização.»

Não obstante a semelhança entre a desapropriação e a desapropriação indireta, inexistente identidade.

A Súmula 163 do Supremo Tribunal Federal: «Salvo contra a Fazenda Pública, sendo a obrigação ilíquida, contam-se os juros moratórios desde a citação inicial para a ação».

Ocorre, porém, que essa restrição, imposta pelo Decreto 22.785, de 31 de maio de 1933, foi excluída pela Lei nº 4.414, de 24 de setembro de 1964, que manda calcular a indenização na forma da lei civil. Esta, por seu turno, estatui no art. 1.536, § 2º do Código Civil:

«Contam-se os juros da mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial.»

A Lei nº 4.414/64 tem a seguinte redação, no art. 1º:

«A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias, quando condenados a pagar juros de mora, por este responderão na forma do direito civil.»

Assim, afetado o Decreto 22.785/33 e também a Súmula 255 do Supremo Tribunal Federal.

A divergência jurisprudencial é evidente. Todavia, o v. acórdão recorrido, *data venia*, ajustado literal e ideologicamente à lei federal, merece confirmação.

Nego provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Na AC nº 111.965-RS, por mim relatada, decidi o TFR, pela sua antiga 6ª Turma, que os juros da mora, na desapropriatória indireta, fluem a partir do trânsito em julgado da sentença, na forma da Súmula nº 70-TFR. Indiquei, na oportunidade, que o Supremo Tribunal, no RE nº 102.594-SP, decidira desta forma (*DJ* de 9-5-86).

No meu voto, esclareci que decidíamos, no particular, na linha da jurisprudência da Corte Suprema, no sentido de que seriam tais juros devidos, na desapropriatória indireta, a partir da citação. Deixávamos, assim, de aplicar, na desapropriatória indireta, a Súmula nº 70. Acontece que a Corte Suprema mudou a sua jurisprudência e vinha decidindo no rumo da nossa Súmula nº 70 (RE 102.594-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 9-5-86). Estamos, pois, muito à vontade para aplicar a jurisprudência tradicional do TFR, que está consubstanciada na Súmula 70.

Na AC nº 133.691-MT, por mim relatada, a antiga 6ª Turma reiterou o entendimento, ao decidir:

«Desapropriação indireta. Juros moratórios: Termo Inicial.

I — Juros moratórios na desapropriatória indireta: Súmula nº 70-TFR. Precedentes: AC 111.965-RS e RE nº 102.594-SP, em *DJ* de 9-5-86.

II — Recurso provido». (*DJ*, 19-11-87).

Do exposto, e com vênia do Sr. Ministro Relator, meu voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Firmou-se a jurisprudência no sentido de que, nas desapropriações indiretas, os juros moratórios fluem a partir do trânsito em julgado da sentença que fixa a indenização, com aplicação analógica do enunciado da Súmula 70 do antigo Tribunal Federal de Recursos. Na linha desse entendimento, registro, entre inúmeros outros, no Supremo Tribunal Federal, o acórdão no RE nº 107.610-SP, relatado pelo Ministro Rafael Mayer, e no Tribunal Federal de Recursos, o acórdão na AC nº 84.162-MG, do meu relato.

A essas considerações, pedindo vênia ao eminente relator, adiro ao voto do Ministro Carlos Velloso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp 291 — PR — (Reg. nº 89.8620-0) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Vicente Cernicchiaro. Rectes.: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná e Estado do Paraná. Recdos.: Eugênio Kruger e outros. Advs.: Drs. Guindel Montenegro Cordeiro e outro, e Telmo Dornelles e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso e ao mesmo negando provimento, e do Sr. Ministro Carlos M. Velloso, conhecendo do recurso e ao mesmo dando provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Miguel Ferrante, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz. (16-8-89 — Segunda Turma).

VOTO VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Pedi vista dos presentes autos, nos quais se discute unicamente o termo inicial para incidência dos juros moratórios na ação ordinária, visando indenização por ato ilícito.

Disse o eminente Ministro Relator, ao proferir seu douto voto:

«A desapropriação indireta não se confunde com a desapropriação em que, previamente, é depositado o preço estimado pelo expropriante. Na primeira, o Estado desrespeita a propriedade alheia. Na segunda, exerce o poder de submeter o domínio ao interesse da sociedade. Ambas se identificam num ponto: O Estado se utiliza do bem de outrem».

Na 6ª Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos, minha posição a respeito do tema coincidia com a adotada por S. Exa., *verbi gratia* no julgamento da AC nº 116.575-SP — (DJ de 26-2-87).

Estabelecida, porém, a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, no sentido da contagem dos juros moratórios, nas ações do tipo, a partir do trânsito em julgado da sentença, curvei-me à corrente majoritária que, na referida Turma, passou a adotar esse critério. Confesso que o fiz apenas em homenagem ao entendimento proclamado pelo Pretório Excelso.

Promulgada a nova Constituição Federal, instituidora do Superior Tribunal de Justiça, foi-lhe conferida competência para julgar, originariamente, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida incorrer nas hipóteses constantes das alíneas *a*, *b* e *c* do artigo 105, inciso III. Essa nova competência judicante, que a Carta Constitucional anterior atribuía ao Supremo Tribunal Federal, passou a ser exclusiva desta nova Corte, que por isto pode e deve construir a sua própria jurisprudência.

Atento a tais modificações na estrutura dos aludidos Tribunais Superiores, sinto-me à vontade para estabelecer o meu antigo modo de apreciar o *thema decidendum*, coincidente com o expressado pelo preclaro Ministro Relator. Sustentou S. Exa.:

«Não obstante a semelhança entre a desapropriação e a desapropriação indireta, inexistente identidade.

A Súmula 163 do Supremo Tribunal Federal: «Salvo contra a Fazenda Pública, sendo a obrigação ilíquida, contam-se os juros moratórios desde a citação inicial para a ação.»

Ocorre, porém, que essa restrição, imposta pelo Decreto 22.785, de 31 de maio de 1933, foi excluída pela Lei nº 4.414, de 24 de setembro de 1964, que manda calcular a indenização na forma da lei civil. Esta, por seu turno, estatui no art. 1.536, § 2º, do Código Civil:

«Contam-se os juros da mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial».

A Lei nº 4.414/64 tem a seguinte redação, no art. 1º:

«A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias, quando condenados a pagar juros de mora, por estes responderão na forma do direito civil».

Assim, afetado o Decreto 22.785/33 e também a Súmula 255 do Supremo Tribunal Federal».

O Professor Hely Lopes Meirelles endossa esta posição, ao dizer:

«A *desapropriação indireta* não passa de esbulho da propriedade particular e como tal não encontra apoio em lei. É situação de fato que se vai generalizando em nossos dias, mas que a ela pode

opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente, da maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a contar do esbulho, e honorários de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração». (In «Direito Administrativo Brasileiro», 8ª Edição atualizada, página 566).

Com estas considerações, pedindo vênias aos eminentes pares que se manifestaram contrariamente, acompanho o voto do relator, Ministro Vicente Cernicchiaro, negando provimento ao recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Senhor Presidente, meu voto é no mesmo sentido do voto de Vossa Excelência, com a devida vênias ao eminente Relator.

Na verdade, se for dado às chamadas expropriatórias indiretas tratamento diferente do que se dispensa às expropriatórias diretas, na questão dos juros moratórios, tem-se que reabrir, também, a questão dos juros compensatórios, voltando-se ao problema da apuração dos lucros cessantes, resultantes do ato administrativo.

Com efeito, é sabido que essa verba, instituída inicialmente com o propósito de atender à depreciação da moeda, corresponde, presentemente, à compensação daquilo que o expropriado deixou de auferir, por meio da utilização de seu bem, no período que se conta da data de sua ocupação pelo Poder Público, até o dia do recebimento da indenização.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS MÁRIO VELLOSO (Presidente): Vossa Excelência me permite? Foram concedidos juros compensatórios, porque não havia juros moratórios.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Como eu dizia, admitida a discriminação alusiva aos juros moratórios, não há porque manter-se tratamento uniforme no que concerne aos compensatórios. Em lugar destes, dever-se-ão apurar os lucros cessantes, decorrentes do chamado «ato ilícito» praticado pela Administração Pública.

Ora, a experiência tem demonstrado que a substituição dos lucros cessantes pelos juros compensatórios, além de abreviar o processo, pela facilidade do cálculo, é, na grande maioria dos casos, de grande proveito para os expropriados. Veja-se, por exemplo, o famoso caso da Fazenda Anoni, em que a perícia realizada para apuração dos lucros cessantes, inclusive relativos à cobertura florística, retardou por vários anos o desfecho da ação. O perito, nesse caso, desenvolveu um esforço muito grande, realizou cálculo dos mais trabalhosos, e, a final, chegou a uma cifra que não correspondia a 1/3 do montante dos juros compensatórios.

O abandono do resultado apurado por essa forma, no prol do cálculo, puro e simples, dos frutos civis, resultou em grande proveito para os herdeiros dos antigos donos do imóvel.

De outra parte, não se pode, em sã consciência, reconhecer ilicitude em ato do poder público que, premido pelas exigências de interesse público, inicia a abertura de uma estrada, antes de obter uma liminar em desapropriação contra o proprietário do imóvel ocupado, nem sempre fácil de identificar-se e que, de resto, se torna o grande beneficiário da obra.

Diante dessas razões, considero de todo injustificável dispensar-se tratamento diferenciado às chamadas expropriações indiretas.

Assim, com o devido acatamento à opinião do eminente Relator, acompanho o voto de Vossa Excelência, para também conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 291 — PR — (Reg. nº 89.8620-0) — Rel. Originário: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso. Rectes.: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná e Estado do Paraná. Recdos.: Eugênio Kruger e outros. Advs.: Drs. Guindel Montenegro Cordeiro e outro, e Telmo Dornelles e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator e o Sr. Ministro Américo Luz, conheceu do recurso e ao mesmo deu provimento. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Carlos M. Velloso. (21-8-89 — Segunda Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos M. Velloso, Miguel Ferrante, Américo Luz e Ilmar Galvão. Ausente, no primeiro julgamento, o Sr. Ministro Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.



RECURSO ESPECIAL Nº 299 — RJ

(Registro nº 89.0008697-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recte.: *Paschoal Caetano Rapuano e cônjuge*

Recdos.: *Célio Rocha da Cunha e cônjuge*

Advs.: *Dr. Tércio Caxeiro e outros, Dr. Aluisio Xavier de Albuquerque e outros*

EMENTA: Processo Civil. Ação rescisória. Recurso inadmitido por intempestividade. Início do prazo decadencial. Correntes. Exegese.

Mesmo quando se perfilha a corrente segundo a qual o prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória se conta do trânsito em julgado da decisão e não do acórdão que não conheceu, por intempestivo, do recurso, uma vez que a interposição extemporânea desse não elide o trânsito já consumado, circunstâncias especiais do caso concreto podem afastar o reconhecimento da decadência.

A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer e prover o recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Em 20 de setembro de 1983 os Autores ajuizaram a rescisória de que se cuida perante o Supremo Tribunal Federal, que, pela decisão monocrática de fl. 363, de 26-11-84, se deu por incompetente por não constituir objeto da rescisória o ponto fundamental do acórdão proferido em recurso extraordinário.

Encaminhada a causa ao eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o novo Relator liminarmente indeferiu a inicial, ao fundamento de que verificada a decadência.

Em agravo regimental e em embargos infringentes, a r. decisão foi confirmada.

Interposto recurso extraordinário e argüida a relevância da questão federal, foi aquele inadmitido e acolhida esta.

Registrado o caminho percorrido pela causa, ora submetida à apreciação deste Tribunal por força do novo sistema recursal implantado pela Constituição de 1988, é de aduzir-se que o Ministério Público Federal se manifesta pelo não conhecimento do apelo extremo.

Em síntese, debate-se no recurso se ao relator é dado ou não indeferir liminarmente rescisória com suporte em decadência e se, reconhecida a intempestividade do recurso extraordinário, o prazo para o ajuizamento da

rescisória se contaria do trânsito em julgado da decisão a ser proferida nesse recurso ou do escoamento do prazo legal para o oferecimento do recurso, como entenderam as decisões lançadas nos autos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator):
Dois foram os fundamentos em que se alicerçou o extraordinário.

No que tange à possibilidade do indeferimento liminar da rescisória pelo próprio relator, em se tratando de decadência, vê-se que a permissão tem assento expresso na própria legislação processual codificada, e de maneira enfática, como se vê do art. 490, inciso I, CPC, que seria até dispensável, em face do disposto explicitamente nos arts. 295 — IV, 219, § 5º e 220, do mesmo diploma processual.

De tão pacífica a matéria, nota-se que a própria doutrina dela não se ocupa (confirmam-se, dentre outros, Pontes de Miranda, *Tratado de Ação Rescisória*, Forense; Sérgio Rizzi, *Ação Rescisória*, RT; Arruda Alvim e Tereza A. Alvim Pinto, *Ação Rescisória*, RT, 1988), exceto em *Comentários*, e mesmo assim sem lhe dar destaque e em sentido contrário ao interesse dos ora Recorrentes (dentre outros, Barbosa Moreira e Pontes de Miranda, pela Forense; Bueno Vidigal, pela Revista dos Tribunais), diversamente não ocorrendo quanto à jurisprudência, sendo pertinente o aresto da Excelsa Corte, no RE 87.490, de 4-9-79, também pela possibilidade.

Aduzo, nesta oportunidade, que, em memorial encaminhado, quando já designado dia para julgamento, os Recorrentes manifestaram desistência quanto a este fundamento, não obstante no recurso tivessem consignado a expectativa do seu exame, ratificando, em sustentação oral, essa desistência, agasalhada em preliminar.

Quanto ao segundo fundamento, a espécie reclama maiores considerações.

Três correntes doutrinárias versam a essência da questão posta à apreciação.

Por uma delas, o trânsito em julgado somente se dá após a última decisão, sendo irrelevante se o recurso foi ou não conhecido. Segundo outra corrente, o recurso inadmissível, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado, que exsurgiria a partir da configuração da inadmissibilidade e não da decisão que a pronuncia, de natureza apenas declaratória (nesse sentido, Barbosa Moreira, *Comentários*, Forense, n.ºs 122 e 148; Pontes de Miranda, *Tratado da Ação Rescisória*, 5ª edição). E, pela terceira exegese, a interposição de recurso extraordinário, mesmo inadmitido, obstaría a formação da coisa julgada, a afastar o *dies a quo* da decadência, salvo o caso de *intempestividade*.

Esse terceiro posicionamento, acrescente-se, mereceu reiteradamente, nos últimos anos, o prestígio do Supremo Tribunal Federal, do que são exemplos, como anotou o Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, ilustre Procurador da República, em seu bem-lançado parecer, dentre outros, os arestos coligidos pelo Ministério Público (AR 1.189, do Plenário — RTJ 112/989; RE 103.049 — RTJ 121/209), assim como os também colacionados no douto memorial dos Recorridos (RE 101.311 — RTJ/110/880, RE 108.727 — RTJ 117/1361, RE 97.450 — RTJ 104/1.265), onde demonstrada a distinção nas decisões da Suprema Corte quando tempestivo e intempestivo o recurso.

No caso, arrimando-se na primeira das três teses, alegam os Recorrentes que não pode prosperar o entendimento segundo o qual a intempestividade do recurso extraordinário inadmitido não obstará a formação da coisa julgada, enfatizando que a *res iudicata* somente poderia resultar da última decisão proferida no processo, mesmo porque carecedor seria da rescisória se não pudesse demonstrar, em seu ajuizamento, o trânsito em julgado. E trazem à colação arestos do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (RT 554/258) e da Excelsa Corte (RTJ 84/684), este último com pequenos equívocos, mas fidedigno na tese esposada.

Em que pese versada com brilho, e até sustentada em antigos precedentes, não vejo como acolher, na tese, a douta argumentação.

A *uma*, porque a mesma superada foi jurisprudencial na própria Suprema Corte, como registrado, em se tratando de recurso inadmissível pela intempestividade.

A *duas*, porque a sua acolhida tornaria incerto e inseguro o direito, na medida em que, a qualquer tempo, após uma decisão trânsita em julgado, a parte vencida poderia manejar recurso manifestamente intempestivo apenas para obter o prazo bienal que o ensinasse ajuizar a rescisória, reavivando uma demanda já finda, em autêntico retorno aos tempos de antanho, anteriores à *actio iudicati*, quando as ações se eternizavam, em prejuízo do interesse público.

O Direito busca a paz social e esta se alcança quando se tem a certeza jurídica, que advém da *res iudicata*. A propósito, em apontamentos à ação rescisória, recentemente tive a oportunidade de expressar que «a imutabilidade das decisões judiciais surgiu no mundo jurídico como um imperativo da própria sociedade para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa da intranquilidade social que afastaria o fim primário do Direito, que é a paz social» (RJTJESP 116/8).

A *três*, porque o escopo do recurso especial, pela sua natureza de apelo excepcional, vinculado à «questão federal», não é o reexame da causa para aferir os eventuais direitos das partes em conflito, mas sim tutelar a autoridade e a unidade do direito infraconstitucional.

A espécie, no entanto, a meu juízo, está a merecer exame especial, em decorrência de circunstâncias que a distinguem.

Com efeito, vê-se dos autos que, decididas as causas conexas em primeiro e segundo graus, interposto o extraordinário, foi o mesmo admitido por força de agravo, com suporte em norma regimental, «para melhor exame do caso», por determinação do relator, o saudoso Ministro Barros Monteiro (DJ de XI/72, pág. 7725). Anos após, entretanto, o Supremo Tribunal Federal dele não conheceu, por maioria, relator o Ministro José Néri, ao fundamento de intempestividade, ao argumento central de que, na vigência do Código de Processo Civil anterior, se firmara a exegese de que o prazo corria em férias forenses em se tratando de recurso extraordinário, inaplicando-se o art. 26 do referido Código, que determinava a suspensão do prazo por superveniência de férias que absorvessem pelo menos a metade da sua duração.

Reconhecida essa intempestividade em dezembro de 1981, a rescisória foi ajuizada em setembro de 1983, tendo sido liminarmente indeferida sob o fundamento de que o trânsito em julgado, com a inadmissibilidade do extraordinário, retroagira a janeiro de 1972, quando decorrido o prazo recursal para a impugnação do acórdão (CPC, art. 467).

É contra esse entendimento que se batem os Recorrentes, salientando que o extraordinário fora inicialmente admitido e que o julgamento da intempestividade não se fez por unanimidade, acrescentando que não lhes era, até então, possível propor a rescisória à minguada de comprovação da coisa julgada.

Perfilhando-me na terceira das referidas correntes, pelas razões já assinaladas, não posso, no entanto, deixar de reconhecer que o caso concreto apresenta peculiaridades que recomendam o provimento do recurso para afastar a decadência reconhecida no egrégio Tribunal de origem.

Em primeiro lugar porque, não obstante alçado apenas para melhor exame, não se pode deixar de considerar que passou a existir uma expectativa de tempestividade do extraordinário, quase a configurar uma presunção, inclusive porque a inadmissibilidade, no Tribunal a quo, não decorreria de extemporaneidade do extraordinário.

Em segundo lugar, porque a intempestividade, declarada no Supremo quase um decênio após (XII/1981), não se deu por unanimidade, sendo de aduzir-se que baseada em interpretação discutível e merecedora de críticas até mesmo naquele Excelso Pretório, como anotado pelo Ministro Clóvis Ramallete, autor do voto vencido.

Em terceiro lugar, porque também a tese da retroação do *dies a quo* do prazo bienal da decadência não é pacífica. Ao contrário, como registrado, sobre a mesma existe dissenso.

Em quarto lugar, porque não demonstrada, nem sequer alegada, a má-fé dos Recorrentes, que se viram impossibilitados de ajuizar a rescisória enquanto pendente de julgamento o extraordinário já admitido para «melhor exame».

Em quinto e último lugar, porque, sem embargo de filiar-me à terceira das três linhas de hermenêutica na vexata quaestio, reconheço que circunstâncias especiais podem afastar a sua aplicação, sob pena de efetivarem-se situações que a consciência jurídica repudia, refletidas no brocardo summum jus summa injuria.

A melhor interpretação, proclamava Piragibe da Fonseca, em sua *Introdução ao Estudo do Direito*, «não é absolutamente aquela que se subordina servilmente às palavras da lei, ou que usa de raciocínios artificiais para enquadrar friamente os fatos em conceitos prefixados, mas aquela que se preocupa com a solução justa». Interpretar, já constava das *Institutas* (Gottlieb Heineccio, § 28), não é conhecer ou saber as palavras da lei, mas sim a sua força e o seu alcance.

A lei, prelecionava o grande Amílcar de Castro, embora nunca ao arripio do sistema jurídico, deve ser interpretada em termos hábeis e úteis. Com os olhos voltados, aduza-se com Recasens Siches, para a lógica do razoável.

Como já assinalei em outra oportunidade (cfr. RTJ 114/363, no relatório do RE 103.909), o magistrado não é amanuense da lei, com mera função de conferir fatos com dispositivos legais, aplicando textos com a insensibilidade das máquinas. A própria lei confere função singular ao magistrado, quando estabelece que, na sua aplicação, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. Em outras palavras, a lei deve ser, nas mãos do seu aplicador, um instrumento de realização do bem social, porque o rigorismo da interpretação dos textos legais pode, muitas vezes, nos conduzir ao descompasso com a realidade, o que significaria o primeiro passo para uma injustiça.

Em conclusão, conhecendo do recurso pela divergência pretoriana e pela acolhida da relevância, o provejo para afastar a decadência a que se dera guardada.

QUESTÃO DE ORDEM

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Afirmo, Sr. Presidente, o meu impedimento neste caso. Na assentada anterior, semana passada, o nobre procurador dos recorridos mencionou que o recurso extraordinário houvera sido mandado subir para processamento por despacho do Relator, Ministro Barros Monteiro, do Supremo Tribunal Federal, meu falecido pai. E de fato, Sr. Presidente, foi determinado o processamento do recurso, nestes termos: (lê fls. 64/69). Este despacho, Sr. Presidente, é suscetível de causar reflexos no julgamento de hoje; de maneira que, a meu ver, há o impedimento, nos termos do art. 136 do Código de Processo Civil. Ou, quando menos, suspeição.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, tenho para mim que o pressuposto específico da ação rescisória (art. 485 do Código) é o trânsito em julgado de sentença de mérito e, quanto a este pressuposto específico, não se aconselham discrepâncias doutrinárias da jurisprudência. Cuida-se de matéria tipicamente de fato a ser constatada pela inexistência de recurso, com ou sem efeito suspensivo, pendente de decisão. A par da solidez deste pressuposto, que não se aconselha remetido a elocubrações doutrinárias comprometedoras de sua imprescindível clareza e incompatíveis, ademais, com a natureza da coisa julgada e com a razão de ser da ação rescisória, ocorre considerar que, no caso que vem de ser relatado, por aproximadamente dez anos e sem que, para tanto, influísse a conduta processual do recorrente, esteve a causa, através de recurso extraordinário admitido na instância de origem e cujo encaminhamento ao Supremo Tribunal Federal foi determinado em razão de decisão prévia daquela alta Corte, pendente de julgamento, até que sobreviesse a decisão de não conhecer do recurso.

Tenho, portanto, como apropriado, para as características da causa, o douto voto do Sr. Ministro Relator, que, por isso, acompanho.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Senhor Presidente, no caso ora em julgamento, aparentemente estaria ocorrendo um choque entre dois institutos com embasamento constitucional. De uma parte, o interesse na certeza quanto à data do trânsito em julgado da decisão, tendo o Pretório Excelso, na atualidade, firmado a tese de que a decisão que declara a intempestividade de um recurso, sendo meramente declaratória, não tem o condão de impedir que o decisório recorrido já tenha transitado em julgado quando da interposição desse recurso. Portanto, o prazo para a propositura da ação rescisória correria a partir da data «real», digamos assim, do trânsito em julgado. De outra parte, o litigante tem direito, e a previsão desta ação é expressa em vários textos constitucionais sobre competência, tem direito ao ajuizamento da ação rescisória, naqueles casos previstos na lei procesual civil.

Verifica-se, então, aqui, o seguinte: como bem frisou o eminente Ministro Relator, a aplicação rigorosamente formal da tese dominante sobre o *dies a quo* iria conduzir a uma decisão iníqua, porque iria privar, absolutamente, o vencido, da faculdade de ajuizar ação rescisória. Realmente, no caso o recurso extraordinário fora admitido e, portanto, no prévio juízo de admissibilidade fora declarado tempestivo. Subiu o processo ao Pretório Excelso e ficaram as partes aguardando a decisão.

Pergunta-se, assim: que atitude poderia tomar, entretentes, o ora autor da ação rescisória? O seu recurso extraordinário estava admitido, e em

via de apreciação no Supremo Tribunal. Poderia ele, dentro do biênio, ao tempo creio até que quinquênio, poderia ele quiçá ajuizar uma ação rescisória em caráter *ad cautelam*? Em primeiro lugar, parece-me muito discutível possa alguém ingressar com uma rescisória *ad cautelam*, porque o pressuposto da rescisória, exatamente, é o trânsito em julgado da decisão, comprovado através certidão. Não podendo ajuizar ação rescisória *ad cautelam*, e não tendo mesmo nenhum motivo razoável de fazê-lo, pois seu recurso extraordinário fora tido por admissível, por tempestivo, o recorrente ficou aguardando. Anos mais tarde vem a decisão do Pretório Excelso, que declara o recurso extraordinário intempestivo. Então este cidadão terá perdido o direito de ajuizamento da ação rescisória, sem que o seu prazo bienal sequer tivesse, em momento algum do tempo, se iniciado?

Ou seja, estará ele sendo privado, absolutamente, do direito de propor a ação rescisória, sem conduta alguma de sua parte reveladora de resquício de má-fé ou de uso indevido de remédios processuais? É possível portanto sustentar, com o eminente Ministro Relator, que realmente, consoante a terceira posição a que Sua Exa. se referiu, o *dies a quo* para o início da ação do biênio decadencial retroage, *salvo* quando a tempestividade tenha sido admitida no juízo inicial de admissibilidade do recurso, e a retroação possa privar, absolutamente, a parte do direito de ajuizar a ação rescisória contra acórdão. Digo mais: como poderá ter início um prazo decadencial para o ajuizamento de uma ação, se o interessado ignora, se não pode saber se o *dies a quo* ocorreu ou não, eis que não pode adivinhar o julgamento do juízo *ad quem* no alusivo à tempestividade do recurso pendente? Nem sempre a aplicação rigorosa da lógica formal conduz a resultados juridicamente razoáveis. Assim, *salvante a hipótese de má-fé na interposição do recurso*, tenho em que o prazo decadencial somente passará a fluir da data em que o sucubente possa saber que transitou em julgado o aresto rescindendo. Antes, não.

Então, com estas observações e ressalvas, acompanho o eminente Sr. Ministro Relator em seu, se V. Exa. me permite, magnífico voto.

VOTO VOGAL (Questão de Ordem)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, parece-me que não havia sequer necessidade da homologação formal dessa desistência. Todavia, como está posta a questão, nada tenho a opor.

VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, Colenda Turma, é certo que também merece ser trazido à colocação, neste ensejo, o enunciado da Súmula 289 do Supremo Tribunal Federal que expressa o seguinte: (lê)

«O provimento do agravo, por uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem ressalva, não prejudica a questão do cabimento do recurso extraordinário.»

Por outro lado, o texto do Regimento Interno da nossa Corte Suprema também clareia neste mesmo sentido: (lê)

«O provimento de agravo de instrumento ou a determinação do Relator para que subam os autos não prejudica o exame e o julgamento, no momento oportuno, do cabimento do recurso denegado.»

À luz da expressão regimental e do contido na súmula mencionada, poderia chegar a uma conclusão contrária à do eminente Sr. Ministro Relator. Há contudo, no caso, um detalhe ressaltado com assaz propriedade pelo eminente Sr. Ministro Athos Carneiro, precisamente no que toca ao direito constitucional à rescisória, sabido que se trata de um direito potestativo e que, no caso concreto, sem que se possa imputar ao recorrente qualquer grau de culpa, não poderia ter sido exercitado. Ora, se assim se mostra, creio que a melhor solução, para o caso concreto, a adotou o eminente Sr. Ministro Relator.

Por estas razões, acompanho o seu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 299 — RJ — (Reg. nº 89.0008697-9) — Rel.: Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Pachcoal Caetano Rapuano e cônjuge. Recdo.: Célio Rocha da Cunha e cônjuge. Adv.: Drs. Tércio Caxeiro e outros e Aluisio Xavier de Albuquerque e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e proveu o recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (4ª Turma — 28-8-89).

Votaram os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar. Impedido o Sr. Ministro Barros Monteiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 331 — SP

(Registro nº 89.0008873-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Bamércio S/A Arrendamento Mercantil*

Recorrido: *Município de São Paulo*

Advogados: *Drs. Hamilton Dias de Souza e outros, Carlos Robichez Penna*

EMENTA: ISS. Arrendamento Mercantil. Incidência.

A realidade do arrendamento, sua repercussão econômica, a contraprestação pelo serviço prestado (seu conteúdo fático), constitui o fato gerador do imposto de competência dos municípios sobre serviços de qualquer natureza (art. 8º do Decreto-Lei nº 406/88).

Afastada a negativa de vigência à Lei nº 6.099/74 e a violação ao Decreto-Lei nº 406/88.

Recurso Especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Bamércio S/A Arrendamento Mercantil ajuizou ação declaratória e medida cautelar inominada contra a Prefeitura Municipal de São Paulo objetivando eximir-se do pagamento do ISS que lhe está sendo cobrado em razão da suposta prestação de serviços decorrente das operações de «leasing» que realiza.

Sustenta a não incidência do ISS sobre os contratos de arrendamento mercantil nem sobre os valores mensalmente por ela recebidos a este título, por falta de previsão expressa da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68.

Irresignada, a Bamércio S/A Arrendamento Mercantil interpôs recurso extraordinário com fundamento no art. 119, III, a, da Ordem Constitucional anterior, alegando que o acórdão recorrido «contrariou os arts. 24, II, 19, I e 153, § 29, da Carta Magna precedente e negou vigência aos artigos 108, § 1º e 110 do Código Tributário Nacional e à Lei nº 6.099/74, e ainda violou o art. 8º do DL nº 406/68, bem como o item 52 da lista a ele anexa» (fls. 296/311).

Negado seguimento ao recurso (fls. 331/333), foi interposto agravo de instrumento, cujo provimento pelo Excelso Pretório ensejou o processamento do apelo extremo.

Pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública local foi declarada a inexistência de relação jurídica entre o Fisco Municipal e a Autora (fls. 209/215).

Os autos subiram ao Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo por força de recurso de ofício e voluntário interposto pela Municipalidade (fls. 225/231).

Por considerar que o *leasing* traz consigo simultaneamente os elementos da locação de bens e a opção de aquisição dos bens locados pelo arrendatário e que a «atividade desenvolvida pelo impetrante subsume-se no item 52 da lista de atividades, face ao critério de preponderância da atividade prestada», o E. Tribunal a *quo* deu provimento aos recursos, em votação unânime (fls. 288/293).

Oferecidas razões (fls. 356/358) e contra-razões recursais (fls. 371/375), os autos subiram ao E. STF onde a douta Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso (fls. 382/384).

Em despacho exarado à fl. 391, o eminente Ministro Octavio Gallotti determinou a conversão do recurso em especial quanto ao citado tema infraconstitucional e conseqüente remessa a este E. Tribunal, bem como o seu posterior retorno para julgamento da matéria constitucional ventilada.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. O arrendamento mercantil (*leasing*), regulado pela Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, é «... a operação realizada entre pessoas jurídicas, que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária e que atendam às especificações desta» (art. 1º, parágrafo único). Constam sempre destes contratos o valor da contraprestação pelo arrendamento e a opção de compra (artigo 5º) e estão sujeitas à fiscalização do Banco Central do Brasil, todas as suas operações (art. 7º). É um arrendamento mercantil complexo, no qual prepondera a locação de bens móveis, perfeitamente enquadrável no item XVIII da Lista de Serviços do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. A realidade de arrendamento, sua repercussão econômica, a contraprestação pelo serviço prestado (seu conteúdo fático) constituem o fato gerador do Imposto de competência dos municípios sobre serviços de qualquer natureza (art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68). O Colendo Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários números 106.047-SP, Relator Eminente Ministro Rafael Mayer (RTJ 116/811) e 108.665-SP, Relator Eminente Ministro Oscar Corrêa (RTJ-117/1.349), entendeu que o ISS de competência Municipal incide sobre o serviço de arrendamento mercantil (*leasing*). A ementa do primeiro (106.047) é a seguinte:

«ISS. Arrendamento mercantil de coisas móveis (*leasing*). Incidência do Impostos Sobre Serviços. Subsunção no item 52 da Lista de Serviços.

Razoável o entendimento de que a prestação habitual pela empresa, de serviço consubstanciado no arrendamento mercantil (*leasing*) de bens móveis, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista.

Recurso Extraordinário não conhecido.»

Por ocasião deste julgamento salientou o Eminente Ministro Relator, Rafael Mayer que:

«Trata-se, como se vê, de controvérsia sobre a legitimidade em face da preceituação referida, da incidência do ISS sobre a realização, pela empresa, de arrendamento mercantil de bens móveis (*leasing*), previsto expressamente na legislação local como fato gerador do imposto, em face da conceituação que se tem no número 52 da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, referente à locação de bens móveis.

Admitindo que o arrendamento mercantil tem constituição complexa, integrada simultaneamente pelos elementos da locação de bens e da opção de aquisição dos bens locados, o venerando acórdão recorrido, endossando a doutrina da sentença de primeiro grau, invoca o critério da preponderância da atividade desenvolvida pela empresa prestadora de serviço, para o efeito de incidência tributária e de subsunção no item 52 da lista pois «certo é o elemento factual do arrendamento e incerto o evento da aquisição» (fls.).

Ora, o entendimento é decerto razoável.

Improcede, com efeito, a censura que se lhe faz ao argumento de que, na doutrina dominante e na jurisprudência pacífica desta Corte, a lista de serviços tributáveis é taxativa, não havendo como acrescentar-lhe categoria nela não prevista. Pois, ao ser taxativa a lista, não inibe que se dê às categorias o sentido amplo e compreensivo, de modo que o Município possa exercer plenamente a competência que lhe é deferida, no delineamento do que seja o fato imponible. Assim mesmo é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se vê do acórdão no RE 91.737, da Egrégia Segunda Turma, aliás, invocado pela Recorrente em seu procl, onde ao mesmo tempo que se reconhece a propensão da jurisprudência do Supremo Tribunal pelo caráter taxativo da lista, admite-se que a prestação de serviço de segurança e vigilância encontra correspondência no item 16 da lista (RTJ-97/361).

Certamente, o arrendamento mercantil (*leasing*), cujo tratamento tributário é regulado na Lei nº 6.099/74, e para esse efeito vem aí definido, tem aspectos complexos e um sentido econômico peculiar. Conceituado no parágrafo único do art. 1º do diploma legal como «a operação realizada entre pessoas jurídicas que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária», ela envolve, de um

lado, uma operação de financiamento da aquisição da mercadoria pela arrendadora e, de outro lado, a opção de compra pelo arrendatário, ao término do arrendamento se não o renovar ou apenas devolução do bem, mas o fundamental, a constituir como que o núcleo e razão da atividade, está no arrendamento.

Esse arrendamento de bens, mediante contratos pertinentes, em que a sua configuração é essencial, quanto ao prazo, quanto ao uso da coisa locada e quanto à retribuição, obviamente eventual a verificação da cláusula optativa, é que constitui a substância da prestação do serviço a que se propõe a empresa, pela qual a sua atividade se torna específica e significativa do ponto de vista fiscal.

Não há, portanto, emprego de analogia criadora de tributo à revelia do art. 108, § 1º, do CTN, mas a apreensão da realidade de um serviço prestado habitualmente, cuja conotação essencial, própria do arrendamento mercantil de móveis, encontra correspondência na categoria no serviço prevista no item 52, a saber, a locação de coisas móveis.

Resta acentuar que o aspecto aqui salientado tem ponderável acolhida na doutrina, como dentre outros vem preferido por Aliomar Baleeiro (Dir. Trib. Bras., 10ª ed., pág. 292); a incidência tributária está prevista na legislação dos mais importantes municípios brasileiros e tem o beneplácito da jurisprudência predominante dos tribunais estaduais.

Por isso há razão de invocar-se a Súmula nº 400.

Não conheço, portanto, do recurso.»

Como se vê, a decisão recorrida se amolda ao entendimento da Corte Maior e não negou vigência a nenhum dos dispositivos da legislação infraconstitucional, apontados pelo recorrente. Não houve emprego da analogia para a exigência de tributo não previsto em lei (art. 100 do CTN) mas, conforme bem acentuou o Eminentíssimo Ministro Rafael Mayer «... apreensão da realidade de um serviço prestado habitualmente, cuja conotação essencial, própria do arrendamento mercantil de móveis, encontra correspondência na categoria do serviço prevista no item 52, a saber, a locação de coisas móveis».

Também, no caso, a lei tributária não alterou «a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado... para definir ou limitar competências tributárias (art. 110 do CTN).

Não foi negado vigência à Lei 6.099/74 e não foram violados os artigos 8º e 56 do Decreto-Lei 406/68.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RE nº 331 — SP — (Reg. nº 89.0008873-4) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Bamércio S/A Arrendamento Mercantil. Recdo.: Mu-

nício de São Paulo. Advs.: Hamilton Dias de Souza e outros e Carlos Robichez Penna.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (1ª Turma — 13-9-89).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg, Pedro Acioli, Geraldo Sobral e José de Jesus. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 334 — SP

(Registro nº 89.8956-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrentes: *Aníbal Brãga Jorge e outros*

Recorrido: *Prefeitura Municipal de São João da Boa Vista*

Advogados: *Drs. Marcelo Cavalcante e outro e Eurico de Andradi Azevedo e outro*

EMENTA: Recurso Especial. Negativa de vigência de Lei federal.

I — Verificada a negativa de vigência de lei federal, há que se ter como procedente o recurso especial.

II — Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e por maioria dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de agosto de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso especial, por transformação do recurso extraordinário interposto por Aníbal Braga Jorge e outros admitido por força do provimento dado ao

agravo de instrumento interposto ao despacho denegatório de admissão do RE.

O recurso extremo versa questão de contrariedade a dispositivos constitucionais, validade de ato de governo local contestado em face da Constituição e de lei federal.

Trata o litígio sobre a legitimidade da forma de cobrança de taxa de conservação de estradas, instituída pelo Município de São João da Boa Vista, Estado de São Paulo, constante de sua Lei 69, de 29-11-83.

O texto da lei municipal tem o seguinte verbete:

«Art. 3º A base de cálculo da taxa é o custo dos serviços de conservação das estradas e caminhos municipais.

Art. 4º O custo global do serviço será obtido pelo levantamento das despesas correspondentes, relativas ao exercício em curso, corrigidas monetariamente e acrescidas da variação percentual determinada por sua expansão ou ampliação, consignadas no orçamento aprovado para o exercício em que os serviços serão prestados.

Art. 5º O custo do serviço obtido na forma do artigo anterior será dividido em unidades proporcionais a cada 5,00 (cinco) metros lineares, ou fração, de confronto das estradas ou caminhos municipais com os imóveis beneficiados.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se confrontante com as estradas ou caminhos municipais o imóvel que, de qualquer forma, por eles tenha acesso».

Os recorrentes no apelo último alegaram a ofensa aos princípios da divisibilidade e da isonomia, previstos nos arts. 18, inciso I, e 153, § 1º, da Constituição de 1969; a negativa de vigência dos arts. 77, parágrafo único, e 121, parágrafo único do CTN; julgou-se válida lei do governo local, contestada em face da Constituição e dissídio jurisprudencial.

Os recorrentes se põem assim: (fl. 187).

«2.1 Aníbal Braga Jorge e todos os demais impetrantes, aqui recorrentes, pelo Egrégio Juízo da cidade paulista de São João da Boa Vista impetraram mandado de segurança contra ato do Senhor Prefeito Municipal daquela cidade, com executor da Lei Municipal número 69, de 29 de novembro de 1983, que «dispõe sobre a *taxa de conservação de estradas municipais*, tudo sob a alegação de que o fato gerador verdadeiro, em vez de utilização efetiva ou potencial dos serviços de manutenção das estradas, é ser proprietário do imóvel rural, fato que *constitui hipótese de incidência de imposto*, de que o sujeito passivo ou contribuinte não é quem tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador, o usuário, mas o proprietário rural, de que a base do cálculo adotada, *atestada do imóvel* é idêntica à utilizada pela União Federal, para

apuração do *Imposto Territorial Rural*, para obterem, face à violação dos artigos 18, I, parágrafo 2º, e 153, parágrafo 1º, da Constituição Federal, e artigos 77, parágrafo único, e 121, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, a invalidação do lançamento e conseqüente cobrança.»

A municipalidade apresentou as contra-razões do recurso, quando afirma que: (fl. 201)

«12. Aqui, o fato gerador é o custo do serviço relativamente a determinado segmento de estrada e, neste passo, é inquestionável que seu custo será maior ou menor na razão direta do aumento ou diminuição dos respectivos trechos. A taxa, assim lançada, nenhuma relação terá com o valor fundiário do imóvel ou qualquer de seus componentes;

13. A equidade dessa taxação torna-se ainda mais transparente quando se considera que, na quase totalidade dos casos, as faixas trabalhadas constituem meras servidões públicas, isto é, os próprios interessados, que hoje se recusam a pagá-la, consentiram — quando não solicitaram — que a Prefeitura implantasse a estrada nas suas terras e depois cuidasse de conservá-las, mediante serviço permanente de limpeza, desobstrução, gradeamento, reparo de bueiros, contenção de barrancos, etc. etc.»

O Ministério Público Estadual se pronunciou no sentido do provimento do recurso, fls. 218/224.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso. (Fls. 233/236)

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O eminente Ministro Célio Borja à fl. 239 despachou assim o presente recurso:

«Cuidam os autos de recurso extraordinário, contra acórdão anterior à ER nº 02/85, com base nas alíneas *a*, *c* e *d* do inciso III do art. 119 da EC nº 01/69, fundado nas alegações de contrariedade a dispositivos constitucionais e legais, validade de ato de governo local, contestado em face da Constituição e de lei federal, bem como dissídio jurisprudencial relativo a matéria constitucional e legal. O recurso não foi admitido, na origem, por qualquer de seus fundamentos, mas subiu a esta Corte em razão do provimento de agravo de instrumento do despacho denegatório. Todavia, com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, compete-lhe julgar, em *recurso especial*, as causas definidas no art. 105, inciso III, *a*, *b* e *c*, da Constituição em vigor.

O Supremo Tribunal Federal continua competente para julgar o presente recurso extraordinário quanto à matéria constitucional.

Isto posto, determino a remessa dos autos ao egrégio Superior Tribunal de Justiça para que julgue o recurso extraordinário na parte convertida, em especial (relativa à matéria legal) e, posteriormente, os devolva a esta Corte para apreciar a matéria constitucional (*ut* art. 102, III, a, CF, 1988), conforme decidido no RE 111.609-9-AM, em Sessão Plenária de 27-4-89 (*DJ* de 5-5-89). Intimem-se.»

Entendo conveniente tecer alguns comentários acerca do desmembramento do recurso extraordinário, parte, em recurso especial, e a outra, recurso extraordinário próprio.

O próprio STF já assentou no r. despacho supra, por força de questão de ordem proferida no RE 111.609-9-AM, em Sessão Plenária, que a Suprema Corte continua competente para julgar o presente recurso, extraordinariamente, já admitido, quanto à matéria constitucional.

Por outro lado, já se procedeu ao convertimento daquele recurso, em especial, relativo à matéria legal ou infraconstitucional, para, ao depois, devoiverem os autos ao STF.

Em que pese o meu entendimento discordante, me faz limitar o meu voto nos estritos lindes da norma infraconstitucional, cujo trabalho decisório poderá ou resultará inócuo, ante a predeterminação de devolução dos autos ao STF, para a questão constitucional, a qual não me reportarei neste voto.

Por outro lado, o pronunciamento do Ministério Público Federal às fls. 233/236 se posicionou no sentido do não conhecimento do extraordinário, na parte convertida em especial, por falta do atendimento dos pressupostos dele, no que, *data venia*, entendo dispensável o exame de tais pressupostos, os quais já foram examinados e decididos no agravo de instrumento do despacho denegatório.

Portanto, o provimento do agravo supre a preliminar de conhecimento do recurso, o que não ocorre com o acolhimento da arguição de relevância, RE 100.341-RS, *in DJ* 30-9-83, e RE 113.996-RJ, *in DJ* 30-10-87.

É de ver-se que a norma legal do governo local municipal criando a taxa de conservação de estradas tem o seguinte texto:

«Art. 3º A base de cálculo da taxa é o custo dos serviços de conservação das estradas e caminhos municipais.

Art. 4º O custo global do serviço será obtido pelo levantamento das despesas correspondentes, relativas ao exercício em curso, corrigidas monetariamente e acrescidas da variação percentual, determinada por sua expansão ou ampliação, consignadas no orçamento aprovado para o exercício em que os serviços serão prestados.

Art. 5º O custo do serviço obtido na forma do artigo anterior será dividido em unidades proporcionais a cada 5,00 (cinco) metros lineares, ou fração, de confronto das estradas ou caminhos municipais com os imóveis beneficiados.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se confrontante com as estradas ou caminhos municipais o imóvel que, de qualquer forma, por eles tenha acesso».

Pois bem, essa disposição ante a norma legal, da qual foi alegada a negativa da vigência — art. 77, parágrafo único e art. 121, parágrafo único, do CTN, tem o seguinte teor:

«Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas.»

«Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I — contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador».

Portanto, tendo em vista que o CTN estabelece que a taxa não pode ter a base de cálculo ou fato gerador idêntico aos que correspondem a imposto, conclui-se que a norma legal local acima transcrita traz o mesmo fato gerador do imposto territorial rural, senão vejamos os arts. 29, 30 e 31, do CTN:

«Art. 29. 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.»

«Art. 30. A base de cálculo do imposto é o valor fundiário.»

«Art. 31. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, ou seu possuidor a qualquer título.»

De confronto dos dispositivos, verifica-se a negativa de vigência dos artigos mencionados do CTN.

Assim, dou provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Ao apreciar o RE 334, o Sr. Ministro Pedro Acioli, relator, conheceu do recurso, à consideração de que já o Supremo Tribunal Federal dera provimento ao agravo de instrumento interposto de despacho que lhe negara seguimento, e, no mérito, o acolheu ao argumento de que taxa que fora instituída pelo Município de São João da Boa Vista sobre conservação de estradas e caminhos municipais, a ser cobrada dos imóveis confrontantes com os mesmos, tinha base de cálculo idêntica à do Imposto sobre Propriedade Territorial Rural — ITR.

Pedi vista dos autos e, do exame que fiz, concluí assistir razão a S. Exa. quanto ao conhecimento do recurso. Não me convenci, contudo, de que merecesse provimento.

O Imposto sobre Propriedade Territorial Rural, como estabelecido nos arts. 20 e 30 do CTN, tem «como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse do imóvel por natureza» e como base de cálculo o valor fundiário do mesmo imóvel.

Comentando essa última disposição acentuou Aliomar Baleeiro:

«O valor «fundiário» corresponde à noção das leis francesas que regulam o *impôt foncier non bâti*, isto é, o solo nu, não utilizado, sem edificação ou outras acessões, como árvores etc. O solo com suas aderências naturais, sem a ação humana.

Deve ser entendido, pois, como o valor do solo, até porque o fato gerador é a propriedade ou posse de imóvel «por natureza».

Ora, a lei municipal contra a qual se insurgiram os autores criou a taxa cuja «base de cálculo é o custo dos serviços de conservação das estradas e caminhos municipais», e, portanto, inteiramente diversa daquela do citado imposto.

No caso deste, de outro lado, o que se tributa é a propriedade da terra, enquanto na taxa cobra-se os benefícios prestados ao imóvel com a construção e conservação de estradas e caminhos em áreas com ele confrontantes.

Meu voto, assim, *data venia*, é conhecendo do recurso, mas lhe negando provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 334 — SP — (Reg. n.º 89.8956-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrentes: Anibal Braga Jorge e outros. Recorrida: Prefeitura Municipal de São João da Boa Vista. Advogados: Drs. Marcelo Cavalcante e outro e Eurico de Andrade Azevedo e outro.

Decisão: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli conheceu do recurso e lhe deu provimento. (Em 23-8-89 — 1ª Turma).

Votaram com o relator os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 334 — SP — (Reg. nº 89.8956-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrentes: Anibal Braga Jorge e outros. Recorrida: Prefeitura Municipal de São João da Boa Vista. Advogados: Drs. Marcelo Cavalcante e outro e Eurico de Andrade Azevedo e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Egrégia 1ª Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg, deu-lhe provimento. (Em 30-8-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus, Garcia Vieira e Armando Rollemberg. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

RECURSO ESPECIAL Nº 338 — PR

(Registro nº 89.0008880-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Recorrente: *Milton Ribeiro de Menezes*

Recorrido: *Município de Londrina — PR*

Advogados: *Drs. Roberto Rosas, outros, Pedro Gordilho e outro*

EMENTA: «Desapropriação. Retrocessão.

Se descabe retrocessão ou indenização quando o bem expropriado tem destino diverso do declarado no decreto expropriatório, porém de utilidade pública, foge a tal característica a cessão, em comodato, de parte da área a entidade privada cujo objeto é a prática de esporte.

Primeiro recurso não conhecido segundo recurso conhecido com apoio na letra c do art. 105 da Constituição e provido para, reformando a decisão proferida nos embargos infringentes, julgar a ação procedente na parte relativa à área destinada ao Grêmio Esportivo dos Operários da Prefeitura, cujo valor será pago ao desapropriado atualizado monetariamente, cabendo às partes, proporcionalmente, os ônus da sucumbência de relação a toda a ação».

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do primeiro recurso e, conhecendo do segundo, dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Apreciando recursos interpostos de sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Civil da Comarca de Londrina, a Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reformou-a, por maioria, acolhendo voto do Relator, que assim expôs a questão posta nos autos:

«1. Versam os autos sobre ação ordinária para obtenção de retrocessão de imóvel expropriado, com pedido alternativo de condenação em perdas e danos, proposta por Milton Ribeiro de Menezes, já qualificado na inicial, contra o Município de Londrina, pessoa jurídica de direito público interno, alegando, em síntese, que o mesmo era proprietário do imóvel com área de 2,50 alqueires, situado na gleba Patrimônio Londrina, naquele Município, o qual foi declarado de utilidade pública, mediante Decreto nº 486/71 onde foi expressamente mencionada a finalidade de expropriação da área, qual seja, a construção da Variante Ferroviária entre Ibiaporã e Cambé, do mesmo Município». Contudo, sobreveio a Lei Municipal nº 2.506/74, mediante a qual foi desafetado o imóvel retrorreferido para ser loteado e vendido sob a denominação de Jardim São José.

Citado, o Município de Londrina apresentou contestação alegando que o Prefeito da época enviou à Câmara Municipal projeto de lei solicitando autorização para dar novo destino ao imóvel, mas também de utilidade e necessidade públicas. Afirma, ainda, que os imóveis desapropriados tiveram a destinação de, através de lotes, serem doados (80 lotes) à COHAB-LD (85 lotes) a serem permutados com imóveis atingidos pelo projeto Variante Ferroviária e a área remanescente foi cedida, por comodato verbal, ao Grêmio Esportivo dos Operários da Prefeitura de Londrina.

Impugnando a contestação, sustenta o autor que o bem originariamente estava, por lei, afetado a uma utilidade pública e para o entendimento da mesma fora expropriado, mas como houve deturpação do fim a que se destinava, surgiu o direito à retrocessão ou perdas e danos.

Julgando antecipadamente a lide, o MM. Juiz *a quo*, deu pela procedência em parte da ação, por entender que os lotes doados à COHAB-LD, com a destinação de constituição de casas do tipo popular, mantém a finalidade de interesse social, condenando o réu ao pagamento ao autor, de perdas e danos, conforme for apurado em liquidação de sentença, mais juros, correção monetária e honorários advocatícios.

Houve recurso voluntário.

Inconformado com a prolatada sentença, na parte em que não o favoreceu, apelou o autor no sentido de que o direito reconhecido se estenda a todo o imóvel, bem como seja excluída a incidência da correção monetária em relação ao preço recebido pelo expropriado.

Por sua vez, também irressignado com as conclusões a que chegou o *decisum*, o Município de Londrina argüiu, preliminarmente, total cerceamento de defesa e no mérito reproduziu os argumentos já expendidos na contestação.

Alternativamente, apresentaram contra-razões (fls. 386/399-TJ e fls. 400/412-TJ).»

E votou a seguir:

«Datíssima vênia do entendimento *a quo*, tenho que a razão está com o Município-apelante. Pelo que colhi do caderno processual, não vislumbrei qualquer irregularidade na destinação dada pelo Município à área expropriada, restando inequívoco que o foi no interesse público e social.

Para que houvesse o direito alegado pelo Autor, também apelante, à retrocessão ou indenização, entendo que seria necessário que o Município, sem dar ao imóvel o destino estabelecido no Decreto expropriatório, o alienasse onerosamente, isto é, obtivesse lucros, em detrimento do objeto da desapropriação, ao interesse social, à utilidade pública, prejudicando, via de consequência, o proprietário anterior, que se veria prejudicado pela revenda do imóvel desapropriado, vez que, todos somos sabedores, não raras vezes, no interesse público, o preço pago em desapropriação não condiz com a realidade imobiliária. Não é o caso dos autos.

A destinação dada ao imóvel, amparada em Lei Municipal nº 2.506/74, que modificou seu objetivo, o foi dentro do interesse público e social, do povo, vez que ao destinar 80 (oitenta) datas ou lotes, por doação à COHAB-LD, para edificação de casas do tipo «popular» cedidas a servidores da Rede Ferroviária S/A, ao permutar 85 (oitenta e cinco) datas ou lotes com imóveis atingidos pelo novo projeto da Variante Ferroviária, e, ao ceder a área remanescente ao Grêmio Esportivo dos Operários da Prefeitura Municipal de Londrina, beneficiando «mais de 2.000 operários e suas famílias», se ateu a Administração na promoção do interesse social, no bem-estar do povo londrinense.»

E adiante:

«A manifestação jurisprudencial neste sentido é ampla e visa demonstrar, reiteradas vezes, que a destinação dada ao bem desapropriado pode ser alterada, desde que haja flagrante interesse público para o fim que for usado.

No tocante à alegação do autor-apelante, de que o Município estaria se beneficiando em espécie com a venda dos lotes, ao preço de Cr\$ 400,00 (quatrocentos cruzeiros) o metro quadrado, tenho que houve equívoco em tal alegação, vez que a área objeto das vendas foi permutada pela Administração, pertencendo a terceiro que colocou-a à venda. Efetivamente, nada foi vendido pela Administração, vez que a ela não pertence o lote expropriado ao autor e, quanto a isto, é robusta a prova trazida aos autos.

Provido o recurso do Município, desnecessário se torna a apreciação do recurso interposto pelo autor, vez que pede coisa diametralmente oposta, reforma da sentença para que o direito reconhecido se estenda a todo o imóvel, bem como seja excluída a incidência da correção monetária em relação do preço recebido pelo expropriado.»

Restou parcialmente vencido na oportunidade o Desembargador Nunes do Nascimento, que em seu voto afirmou:

«Na espécie o único desvio irregular, porque sem interesse social por utilidade pública, foi o da área remanescente cedida, por comodato, ao Grêmio Esportivo dos Operários da Prefeitura de Londrina. Esta destinação, evidentemente, nada tem que interesse à coletividade, mas apenas a um grupo restrito de pessoas. Irreleva que o comodato seja a título gratuito: houve desvio da finalidade da desapropriação, sem utilidade pública, o que basta, nos termos da lei, para a resposta por perdas e danos.

As demais destinações, como a dos lotes doados à COHAB-LD para edificação de casas populares e a dos lotes permutados com imóveis atingidos pelo novo projeto da Variante Ferroviária, estão revestidas do melhor interesse social, por isso que não responde o município por tais alterações.»

Publicado o acórdão, o autor opôs embargos infringentes colimando a prevalência do voto vencido, e interpôs recurso extraordinário da parte que fora decidida à unanimidade, arguindo negativa de vigência, pela decisão, em tal ponto, ao art. 1.150 do Código Civil, ofensa ao art. 153, par. 22, da Constituição de 1967, e divergência com decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 64.559, onde fora assentado não poder «a expropriante transferir a particular, sob qualquer título, o domínio ou o uso do bem, com prejuízo da desapropriação fundada na necessidade ou utilidade pública».

Referiu ainda julgados da Corte Maior, ao apreciar os RREE 78.229 e 91.621.

Julgados os embargos infringentes, e rejeitados por maioria, como rejeitados foram depois embargos de declaração, interpôs o autor novo recurso extraordinário, alegando também ofensa ao art. 153, par. 22, da Constituição, e negativa de vigência às disposições contidas nos arts. 314 do CPC e 1.248 e 1.150 do Código Civil.

Sustentou, ainda, a existência de divergência entre o acórdão atacado e o decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 64.559, onde ficara estabelecido não poder «o expropriante transferir a particular, sob qualquer título, o domínio ou o uso do bem, com prejuízo da desapropriação fundada na necessidade ou utilidade pública.»

Negado seguimento a ambos os recursos, foi interposto agravo de instrumento e o relator, Ministro Oscar Correia, exarou despacho determinando a subida dos autos, com vista dos quais a Procuradoria-Geral da República ofereceu parecer contrário ao conhecimento do primeiro recurso e, assim se manifestou, na conclusão, quanto ao último:

«Há uma questão prejudicial a enfrentar, todavia, antes de se ingressar no mérito, propriamente dito, do segundo Recurso Extraordinário: é admissível a retrocessão parcial do imóvel desapropriado?

Isto porque, se negativa for a resposta a tal indagação, prejudicado estará o segundo Recurso Extraordinário, caso ao primeiro não seja dado provimento.

E, provido que seja o primeiro apelo extraordinário, também prejudicado restará de qualquer forma o segundo, caso venha essa Excelsa Corte a entender que é juridicamente impossível a retrocessão parcial.

É bem verdade que desse tema não se cogitou antes, nos autos, mas, ainda assim, afigura-se suscetível de conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, já que pertine às condições da ação, que constituem matéria passível de conhecimento «de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição» (art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil), a respeito da qual não se opera preclusão.

Em sendo assim, parece correto afirmar, quanto à tal questão prejudicial, que não só o sentido literal do art. 1.150 do Código Civil — que ordena seja oferecido ao ex-proprietário «o imóvel desapropriado» —, como o próprio senso comum, impedem que o direito à retrocessão se exerça com relação a apenas determinada parte do imóvel desapropriado.

Com efeito, não é difícil imaginar as perplexidades de que estariam acometidos desapropriantes e desapropriados, a cada passo, com a obrigação, pelo Poder Público, de efetuar o total aproveitamento da área expropriada, sem deixar qualquer remanescente, por menor que fosse, sob pena de ensejar o exercício do direito à retrocessão.

Por isso e mais porque o art. 1.150 do Código Civil não chega a se prestar a interpretação que dê azo à retrocessão tão-somente parcial, entende-se que o V. Acórdão de fls. 436/444, ao julgar a apelação, na realidade constituiu decisão ordinária *in totum* definitiva, não lhe sendo oponíveis embargos infringentes, o que, *ipso facto*, obriga ao desconhecimento do segundo recurso extraordinário.

Se assim não for, haver-se-á de desconsiderar a alegação do Recorrido, de

«...ser inviável a retrocessão em casos de desapropriação amigável...» (fl. 541).

É que o V. Acórdão recorrido em momento algum trouxe a lume tal circunstância e, como não lhe foram opostos embargos de declaração que fizessem aclarar esse aspecto da causa, não há como, na instância extraordinária, ser essa questão decidida (Súmulas 282 e 356).

Sobeja à apreciação, na impugnação ao apelo extremo, a questão de mérito, para o que o Recorrido se escuda no julgado constante da RTJ 98/1168, que considerou de utilidade pública a utilização do bem expropriado, para nele manter um estacionamento, permitido a concessionária de serviço público. Não é invocável o aludido julgado, nestes autos, todavia, porque o E. Tribunal *a quo* foi expresso em declarar que a utilização do imóvel desapropriado não foi concedida a Entidade Pública, mas, sim, mediante comodato, a

«...uma comunidade de empregados operários do Município.» (Fl. 495)

Removidos os obstáculos antepostos ao reconhecimento do dissídio jurisprudencial, deve-se tê-lo como efetivamente travado, porque o aresto cotejado — em caso no qual também houvera cessão, a título de comodato, de área desapropriada, a pessoa de direito privado, decidiu:

«Não pode o expropriante transferir a particular, sob qualquer título, o domínio ou o uso do bem, como prejuízo da desapropriação fundada na necessidade ou utilidade pública.» (RTJ 57/46)

Reconhecida que seja a divergência, merece ser solvida em favor do aresto colacionado, que emana dessa Excelsa Corte e espelha seu pensamento prevalecente.

O parecer é, por conseguinte, de que, se conhecido for, o segundo Recurso Extraordinário merece provimento.»

A promulgação da Constituição de 1988 deu ensejo à remessa dos autos a esta Corte, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que assim os despachou:

«1. O recurso extraordinário, *a e d* (Carta de 69), processado à vista de provimento de agravo — gira em torno não apenas de temas constitucionais, mas também da aplicação de normas inferiores.

2. Na linha da decisão plenária do RE 111.609 (questão de ordem), de 27-4-89, relator o eminente Ministro Moreira Alves, *DJ* de 5-5-89, determino a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, para que julgue o caso, como recurso especial, nos limites das questões infraconstitucionais suscitadas, devolvendo-os, posteriormente, ao Supremo Tribunal, para a decisão do recurso extraordinário.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator):
Reza o art. 1.150 do Código Civil:

«A União, o Estado ou o Município oferecerá ao expropriário o imóvel desapropriado pelo preço por que o fôí, caso não tenha o destino para que se desapropriou.»

Na interpretação da norma lida o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que a sua aplicação somente tem lugar quando não utilizado o bem desapropriado em fins de utilidade pública, não sendo necessário que o seja exatamente no objetivo mencionado no ato de desapropriação.

Neste sentido, julgados trazidos à colação pelo Município de Londrina, ao contrariar o recurso.

Assim, no RE 80.264, a Primeira Turma da Corte Maior, sendo relator o Ministro Rodrigues Alckmin, assentou:

«Retrocessão. Imóvel expropriado destinado, em parte, a finalidade outra que não a constante do ato expropriatório e em parte ainda não utilizado — Legitimidade da utilização parcial do imóvel para outro fim de utilidade pública — Irrelevância do retardamento na utilização do restante do imóvel. Ação improcedente.

Recurso extraordinário conhecido e não provido.»

De sua vez a Segunda Turma, quando da apreciação do RE nº 91.621, decidiu:

«Ação ordinária de retrocessão de bem desapropriado por utilidade pública. Rejeição de preliminares. Descabe retrocessão ou ressarcimento se o bem expropriado tem destino diverso do declarado no decreto expropriatório, porém de utilidade pública. Não há, no caso, infringência da finalidade imediata da expropriação. É de se considerar que se trata de sociedade de economia mista, concessionária de exploração de serviços de telecomunicações, que pode ser

beneficiária de desapropriação, nos termos do art. 13 da Lei nº 5.792/72.

Recursos extraordinários providos, para restabelecer a decisão de primeiro grau.»

E o Tribunal Pleno ao julgar embargos de divergência no RE 74.717, sendo relator o Ministro Rodrigues Alckmin:

«Embargos de divergência. Conhecimento restrito à questão apreciada e decidida no acórdão embargado — Desapropriação — Incabível a retrocessão ou ressarcimento se o bem expropriado tem destino diverso mas de utilidade pública.

Embargos de divergência conhecidos e não providos.»

Inaceitável, ante tal orientação, a ocorrência de negativa de vigência ao art. 1.150 do Código Civil, afastada fica, de sua vez, a arguição de divergência entre a decisão proferida por unanimidade e objeto do primeiro recurso, com o acórdão prolatado no RE 64.559, porque ultrapassada a orientação aí perfilhada.

Não conheço, assim, do primeiro recurso.

Passo ao exame do outro.

Como se viu do relatório, à área desapropriada foram dados três destinos diversos a saber:

a) parte foi entregue à COHAB-LD, sociedade de economia mista, para edificação de casas tipo popular, cedidas a servidores da Rede Ferroviária Federal S/A;

b) parte, correspondente a 85 lotes, foi permutada por imóveis atingidos pelo novo projeto da Variante Ferroviária, que substituiu a área para cujo efeito se dera a desapropriação;

c) o remanescente foi cedido, em comodato, ao Grêmio Esportivo dos Operários da Prefeitura de Londrina.

As duas primeiras destinações eram, sem dúvida, de utilidade pública, como considerou o Tribunal de Justiça, com o que impõe-se o não conhecimento do recurso extraordinário primeiramente apresentado.

Já a última, contudo, o empréstimo para utilização pelo Grêmio Esportivo dos Operários da Prefeitura, não tem tal característica, e assim a decisão a propósito, objeto do segundo recurso, conflita com os julgados do STF apontados pelo recorrente, de acordo com os quais, viu-se, somente é admissível a mudança de destinação do bem desapropriado para finalidade também de utilidade pública.

Ante tal circunstância o meu voto é conhecendo do segundo recurso com apoio na letra c do art. 105 da Constituição, e dando-lhe provimento para, reformando a decisão proferida nos embargos infringentes, julgar a ação procedente na parte relativa à área destinada ao Grêmio Esportivo, cujo valor será pago ao desapropriado, atualizado monetariamente, compensa-

da a parcela correspondente ao que recebeu no ato da desapropriação — se tal ocorreu, cabendo às partes, proporcionalmente, os ônus da sucumbência de relação a toda a ação.

EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 338 — PR — (Reg. n.º 89.0008880-7) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recte.: Milton Ribeiro de Menezes. Recdo.: Município de Londrina-PR. Advs.: Drs. Roberto Rosas, outros, Pedro Gordilho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do primeiro recurso e, conhecendo do segundo, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 30-8-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pedro Acioli, Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL N.º 409 — RJ

(Registro n.º 89.9110-7)

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

Recorrente: *Fernando Lourenço Braga Pereira da Cunha*

Recorrido: *CBB — Fomento Mercantil Ltda.*

Advogados: *Drs. Wilson Alves da Silva Peixoto e Antonio Carlos de Almeida Castro e outros*

EMENTA: A execução contra a emitente e seu avalista de nota promissória à vista (art. 34 c/c art. 77 da Lei Uniforme) prescreve no prazo de três (3) anos (art. 70 c/c art. 77 da mesma lei), contado o prazo, se não apresentada a letra, a contar do término do prazo de um ano para apresentação.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de setembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de recurso especial, resultante da conversão de extraordinário, que subiu por força de acolhimento parcial de argüição de relevância restrito ao tema «Cambial emitida à vista. Prescrição».

O recurso foi interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional então vigente (Constituição de 1967, com a redação da Emenda nº 1, de 1969), a alegar o recorrente ofensa aos artigos 21, 32, 52 e 53 do Decreto nº 2.044, de 1908; e 34, 38, 43, 53, 70 e 71 da Lei Uniforme e divergência do julgado com a Súmula 153 do STF.

O v. acórdão recorrido tem a seguinte fundamentação:

«Preceitua o art. 34 da Lei Uniforme, que a letra à vista é pagável à apresentação. Deve ser apresentada no prazo de 1 ano a contar da data de sua emissão. No entanto, pode o sacador estipular que uma letra pagável à vista não deve ser apresentada a pagamento antes da certa data, quando é contado o prazo para apresentação, o que não houve *in casu*. Este mesmo prazo é prescrito para as letras a certo termo de vista, *ex vi*, art. 23 do mesmo Diploma Legal. Ora, segundo preceituado pelo art. 70 da mesma Lei Uniforme, todas as ações contra o emitente prescrevem em três (3) anos a contar do seu vencimento.

No presente caso, como salientou muito bem o v. acórdão da 1ª. Câmara Cível deste Tribunal, fls. 61/64, não houve prova de apresentação para pagamento em qualquer de suas modalidades, muito menos foi tirado o protesto, o que descaracterizado ficou dita apresentação. Desse modo, o prazo para prescrição do título em questão ocorre em quatro (4) anos da data da sua emissão.

Tem orientado há algum tempo a boa doutrina a respeito do prazo de prescrição para as letras cambiais como ensinam *Luiz Emygdio F. Rosa Júnior* — Letra de Câmbio e Notas Promissórias — Direito Cambiário I — *Pontes de Miranda* — Tratado de Direito Privado — 2ª edição — 1961, para arrematar, não seria demais reproduzir o pensamento, claro e orientador a respeito, do Eminentíssimo Jurista *Margarinos Torres*, em sua obra, *Notas Promissórias*, 3ª edição, nº 325, pág. 551 — quando comenta a Lei nº 2.044, de 1908, época em que a prescrição das letras, segundo os arts. 21 e 56, ocorria no prazo de cinco (5) anos: *sic*

«A Ação Cambial para cobrança de Nota Promissória sem prazo de vencimento prescreve em 6 anos, contados da data da emissão. Resulta esse prazo da combinação dos arts. 21 e 53 da Lei Cambial nº 2.044/908. A prescrição de uma Nota Promissória sem prazo ou à vista começa no dia imediato à apresentação, porque então se vence; mas não sendo apresentada, o vencimento se opera por força da lei ao cabo de 12 (doze) meses da emissão, art. 21 e,

pois, a prescrição de 5 (cinco) anos contra o emitente e seu avalista que continuam obrigados, começara para o portador, desse dia exclusivo, ou seja, contra o emitente, 6 (anos) a partir da emissão».

Assim acolhem-se os Embargos Infringentes para reformar a decisão do Juízo de primeiro grau e julgar improcedentes os Embargos do Devedor, bem como condenar o embargante nas custas do processo e honorário advocatício em 10% sobre o valor da execução.» (Fls. 80/82).

Versada no acórdão foi a aplicação dos arts. 21 e 53 da Lei nº 2.044, de 1908, e 34 e 70 da Lei Uniforme.

Sustenta o recorrente não ter havido protesto no prazo de doze meses a contar da emissão da cártula, o que acarretou a exoneração dos sacadores, endossantes e avalistas. Acrescenta:

«A prescrição, de que cuida a Lei Uniforme, refere-se ao exercício da ação cambial, dentro de 3 anos. A prescrição fulmina a ação cambial. A decadência não fulmina a ação cambial, apenas impede seu exercício contra sacadores, endossantes e avalistas, confirmando as mesmas regras dos arts. 21, 32 e 52, da Lei Cambial.

.....

.....

Ao contrário do que, equivocadamente, afirma a v. decisão recorrida, a prescrição da cambial não começa a fluir após o decurso do prazo decadencial. A prescrição começa a fluir a contar da data da emissão do título à vista. Tanto a prescrição como a decadência têm o mesmo termo inicial: a data da emissão do título.

O prazo decadencial opera-se em 12 meses contra as pessoas referidas na lei. A prescrição opera-se em 3 anos e fulmina o próprio direito de ação. Os prazos correm paralelamente e não sucessivamente. A prescrição é contada do dia em que a ação pode ser proposta. Na cambial à vista, a ação pode ser proposta no dia seguinte à emissão. Se a ação não for exercida em 3 anos, estará, irremediavelmente, fulminada a ação cambial.» (Fls. 91/92)

Nas contra-razões, o recorrido argumenta que os avalistas a que se refere o art. 21 do Decreto nº 2.044 são os avalistas do endossante, e não do emitente. Quanto a este, cita os arts. 15 do Dec. nº 2.044, e 32 da Lei Uniforme, segundo os quais o avalista equipara-se àquele a quem avaliza.

Arremata, então:

«Resumindo, então, ressei cristalinamente da prova dos autos e dos argumentos de direito expendido, que inexistente a chamada «superposição do prazo prescricional» previsto no art. 70 e o prazo de apresentação do título à vista, previsto no art. 34, ambos da Lei Uniforme, pois, no caso dos autos, a nota promissória, conquanto tivesse sido emitida à vista (Doc. nº 2), está vinculada a contrato

(doc. nº 3), que lhe estabelece prazo de apresentação de 6 (seis) meses da data da emissão, motivo pelo qual aqui incide a parte final do art. 34 da Lei Uniforme, cuja prescrição só poderia iniciar sua contagem a partir daqueles seis meses, quando poderia ser proposta a ação de execução (art. 53 da Lei nº 2.044). Por outro lado, mesmo que assim não entendesse, isto é, que se desprezasse o prazo contratado (que aliás é admitida expressamente pelo Recorrente a existência da «...vinculação do título a um negócio jurídico subjacente...», às fls. 110, *in fine*, de suas razões de recurso), estaríamos frente à expressa disposição legal (art. 21 do Dec. nº 2.044 e art. 34 da Lei Uniforme), que a nota promissória à vista *deve ser apresentada a pagamento dentro do prazo de um ano a contar da sua data* e, ainda, por ser o avalista do emitente a tudo equiparado a este (art. 15 da Lei nº 2.044 e art. 32 da Lei Uniforme), dispensável se torna o protesto para lhe garantir o direito à exigibilidade do valor do título, como é de elementar sapiência e vem muito bem explicitado acima, mormente na cópia reprográfica juntada sob o Doc. nº 4, que reproduz comentários do festejado jurista Margarinos Torres, sendo que, então, o início da contagem do prazo prescricional, nestas condições, só poderia começar após aquele um ano estabelecido no art. 21 do Dec. nº 2.044 e no art. 34 da Lei Uniforme, o que dilatária, ainda mais, o prazo de apresentação e exigibilidade, levando a data da prescrição para muito longe da data do ajuizamento da ação e sua citação válida, destruindo a esdrúxula tese do Recorrente.» (Fls. 126/127)

A douta Suprocuradoria-Geral da República, em alentado parecer, opina pelo não conhecimento por inexistentes do argüido dissídio com o da Súmula 153 e a vulneração da lei federal, sendo caso, quando menos, de aplicação da Súmula 400.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: A execução contra o emitente e seu avalista de nota promissória à vista (art. 34 c/c art. 77 da Lei Uniforme) prescreve no prazo de três (3) anos (art. 70 c/c art. 77 da mesma lei), contado o prazo, se não apresentada a letra, a contar do término do prazo de um ano para apresentação.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Dispõe a «Lei Uniforme às Letras de Câmbio e Notas Promissórias», anexo I do Decreto nº 57.663, de 24-1-1966 (antes aprovada pelo Congresso Nacional, conforme DL nº 54, de 1964, a referida Convenção), em seu art. 70, aplicável às notas promissórias de acordo com o art. 77, o seguinte:

«Todas as ações contra o aceitante relativas a letras prescrevem em três anos a contar do seu vencimento.

As ações do portador contra os endossantes e contra o sacador prescrevem em um ano, a contar da data do protesto feito em tempo útil, ou da data do vencimento, se se trata de letra que contenha cláusula «sem despesas».

As ações dos endossantes uns contra os outros e contra o sacador prescrevem em seis meses a contar do dia em que o endossante pagou a letra ou em que ele próprio foi acionado.»

No que tange à nota promissória, leia-se o primeiro período com esta modificação: todas as ações contra o emitente relativas a promissórias prescrevem em três anos, a contar do seu vencimento.

Por vencimento, cuidando-se de nota promissória à vista, compreende-se o ato de apresentação. No capítulo próprio do «vencimento», da lei uniforme, inicia-se o art. 34, com esta frase: «A letra à vista é pagável à apresentação».

Não se trata de nenhuma inovação da lei uniforme. No regime pleno do Decreto nº 2.044, de 31-12-1908, os autores clássicos da doutrina brasileira já se posicionavam dessa forma. Paulo de Lacerda, em «A Cambial no Direito Brasileiro», 4ª ed., Rio, Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1928, pág. 218: «A cambial à vista resolve-se em cambial a prazo extintivo de apresentação. O portador pode conceder espera e guardar o título durante o tempo que quiser, tendo em atenção unicamente o prazo marcado ou legal para a apresentação». No mesmo sentido, expõe o festejado comercialista Waldemar Ferreira, em suas «Instituições de Direito Comercial», vol. III, Rio, Freitas Bastos, 1953, págs. 119/120: «O vencimento, e José Ferreira Borges o disse: é a chegada do dia duma obrigação a prazo. É o momento em que chega a termo o prazo circulatório da letra de câmbio, tornando-se exigível seu pagamento. Assim, como é de ver e dispõe o art. 17 do Dec. nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, a letra de câmbio à vista vence-se no ato de apresentar-se ao sacado. Dá-se o vencimento ao termo do prazo em que ela deve ser apresentada. Esse é o nela marcado. Não fixado ele no título, expresso é o art. 21, o prazo é de doze meses, contados da data em que tenha sido emitido, sob pena de perder o portador o direito de regresso contra o sacador, endossadores e avalistas.» E o sempre lembrado Magarinos Torres, em sua obra «Nota Promissória», 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1935, pontifica: «A nota promissória à vista, em que a apresentação a pagamento determina o vencimento, deve ser apresentada dentro do prazo nela marcado; e na falta dessa designação, dentro de doze meses, contados da data da emissão do título, pena de perder o portador o direito regressivo contra os endossadores e avalistas respectivos e correr daí a prescrição. Da mesma forma o título que não indica a época do vencimento, ou em que seja nula a indicação.» (Fl. 315).

A questão da apresentação do título é de tal importância que o jurista germânico Brunner, citado por Newton de Lucca (*in* «Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito», São Paulo, Livraria Pioneira Editora, 1979), entende serem os títulos de crédito «documentos de um direito privado que

não pode ser exercido, senão pela apresentação do título». Cesare Vivante, com maior rigor científico, doutrina: «El título de crédito es un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo. Se dice que el derecho expresado en el título es literal, porque sua existência se regula a tenor del documento; se dice que el derecho es autónomo, porque el poseedor de buena fe ejercita un derecho propio que no puede ser restringido o destruído en virtude de las relaciones existentes entre los anteriores poseedores y el deudor; y se dice, por último, que el título es el documento necesario para ejercitar el derecho, porque, en tanto el título existe, el acreedor debē exhibirlo para ejercitar cualquier derecho, tanto principal como accesorio, de los que en él se contienen, no pudiendo realizarse, ninguna modificación en los efectos del título sin hacerla constar en el mismo.» («Tratado del Derecho Mercantil», vol. III, versão espanhola, 1ª edição, Madrid, Editorial Reus (SA), 1936, págs. 136/137). Sobre a letra de câmbio à vista, diz o antigo mestre de Direito Comercial da Universidade de Roma: «El tenedor puede decidir su vencimiento presentándola al librado» (pág. 251).

Sendo certo que o vencimento do título à vista é caracterizado pela apresentação ou pelo término do prazo legal ou contratual inferior àquele, examine-se a partir de quando começa a correr o prazo prescricional.

Magarinos Torres é muito claro: «A prescrição de uma nota promissória sem prazo ou à vista começa no dia imediato à apresentação, porque então se vence; mas não sendo apresentada, o vencimento opera-se por força da lei ao cabo de doze meses da emissão (art. 21), ...» (ob. cit., pág. 413), Pontes de Miranda, por sua vez, confirma: «Nos casos de letra de câmbio à vista ou a tempo de vista, com termo para a apresentação, a prescrição corre do último dia do termo ou da apresentação. Se a letra de câmbio à vista foi aceita antes de ser emitida, também a prescrição corre da apresentação, quer seja estipulado na letra de câmbio, quer legal... Na falta de apresentação quer na letra de câmbio à vista com aceite datado, quer na letra de câmbio a tempo certo de vista com aceite sem data, inicia-se o tempo da prescrição com o último dia possível para a apresentação». («Letra de Câmbio», Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1937, pág. 381).

Não há, pois, qualquer dúvida no sentido de que a apresentação, na cambial à vista, determina o vencimento da cártula, e mais, o decurso do prazo para a apresentação produz o mesmo efeito, contando-se de tais datas, uma ou outra, o início do prazo de prescrição de três anos, na conformidade das disposições uniformes.

Destarte, não é possível contar-se o prazo prescricional da emissão da promissória à vista, pois a apresentação, de acordo com a praxe do mercado, nunca acontece no mesmo dia. O credor é quem decide o vencimento, segundo os clássicos.

Por outro lado, não se pode cogitar de decurso de prazos paralelos, como pretende o irrequieto, porque um prazo, prescricional, só começa quando outro, para a apresentação, de um ano, de natureza caducial tocan-

te ao regresso contra sacadores, endossadores e avalistas respectivos, na letra de câmbio, ou endossadores e avalistas daqueles, na nota promissória, termina. O prazo de prescrição sucede ao do vencimento por óbvio.

Também, não se trata de aumentar o prazo de 3 (três) para 4 (quatro) anos. O prazo é sempre de três anos. A questão é que somado ao máximo do prazo para apresentação do título à vista totaliza quatro anos, da mesma forma que no cheque, que é título à vista, o prazo de 30 dias para a apresentação determina o início do curso do prazo prescricional de 6 (seis) meses para a ação de cobrança, a execução contra o emitente, de acordo com a jurisprudência assente no Colendo Supremo Tribunal Federal (Ac. Unân. da 1ª T., do STF, de 18-6-73, no RE 74.613, Rel. Min. Rodrigues de Alckmin, *in* RT 473/237).

Irrepreensível, assim, a decisão recorrida. E não demonstrado o dissídio com as decisões a formar a Súmula 153, nem havendo ofensa à lei federal, não conheço do recurso especial.

É o voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 409 — RJ
(Registro nº 89.0009110-7)

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

Presidente da Sessão: *O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite*

Subprocurador-Geral da República: *O Exmo. Sr. Dr. Arthur Pereira de Castilho Neto*

ATUAÇÃO

Recorrente: *Fernando Lourenço Braga Pereira da Cunha*

Recorrido: *CBB — Fomento Mercantil Ltda.*

Adv.: *Dr. Wilson Alves da Silva Peixoto*

Adv. *Dr. Antonio Carlos de Almeida Castro e outros*

SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIDÃO

Certifico que a Egrêgia Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

«Após o voto do Relator, não conhecendo do Recurso Especial, pediu vista o Sr. Ministro Gueiros Leite. Aguardam os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter».

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Com o impedimento declarado pelo Sr. Ministro Gueiros Leite, que havia pedido vista, recebi com antecedência os autos. Passo a votar.

Em seu parecer, a Subprocuradoria-Geral da República, reportando-se à Súmula 400/STF, pelo menos, e tendo por não demonstrado o dissídio, opinou em sentido contrário ao conhecimento do recurso, em parecer com esta ementa:

«Cambial emitida à vista e não apresentada a pagamento, dentro do prazo de um ano, a contar da data da sua emissão: o direito de ação — que prescreve em três anos a contar do vencimento (art. 70 da Lei Uniforme) —, porque exercitável apenas com a apresentação, a qual configura o vencimento e deve fazer-se no prazo de um ano (art. 34 da Lei Uniforme), perde-se ao cabo de quatro anos, contados a partir da data da emissão do título, como resultado da soma do prazo de um ano para a apresentação e daquele de três anos para o exercício do mesmo direito de ação. Recurso Extraordinário insuscetível de conhecimento.»

Em seu voto, afirmou o Sr. Relator, conclusivamente (lê).

De todo inexistente o alegado atrito com a Súmula 153/STF. Quanto ao fundamento pela alínea a, inexistente a apontada afronta: pelo menos, cuidar-se-ia de razoável interpretação.

Também eu não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

P.Esp n.º 409 — RJ — (Reg. n.º 89.9110-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Fernando Lourenço Braga Pereira da Cunha. Recdo.: CBB — Fomento Mercantil Ltda. Advs.: Wilson Alves da Silva Peixoto e Antonio Carlos de Almeida Castro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 19-9-89 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

RECURSO ESPECIAL N.º 439 — SP

(Registro n.º 89.9183-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Pedro Paulo Epifane*

Advogada: *Dra. Vera Maria de Oliveira Borba*

EMENTA: Penal. Execução da pena. Regime aberto. Inexistência de Casa de Albergado. Prisão domiciliar.

Inexistindo Casa de Albergado, apresenta-se lícito assegurar o cumprimento de pena, em regime aberto, no domicílio do apenado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial pela letra a, inciso III, art. 105, da Constituição Federal, conhecendo-a pela letra c do mesmo dispositivo, mas lhe negando provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Recorre o Procurador-Geral da Justiça de acórdão da Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, proferido em agravo interposto pela Justiça Pública de decisão do Juiz da Vara de Execuções Criminais, concessiva de progressão para o regime aberto de cumprimento da pena a Pedro Paulo Epifane, permitindo o atendimento em domicílio, por falta de casa do albergado.

Fundamenta o recurso interposto, nas letras a e c do art. 105, III, da Constituição, dizendo haver o acórdão negado vigência ao art. 117 da Lei das Execuções Penais e traz como dissidentes do acórdão recorrido decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal, com indicações das fontes, pleiteando que se admita o cumprimento do regime aberto em estabelecimento penal comum, embora em dependências a tal destinadas.

O Ministério Público, em parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, com assento nesta Turma a Dra. Marcia Dometila de Carvalho, opina pela manutenção do acórdão.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Não há a alegada negativa de vigência do art. 117 da Lei de Execuções Penais, por-

quanto não se cogita de hipótese de sua aplicação, senão de constatar a inexistência em São Paulo de Casa de Albergado, para o cumprimento, em regime aberto, de pena aplicada ao recorrido, e permitir que o seja em seu domicílio.

Há, contudo, a divergência jurisprudencial sobre o tema, conforme demonstrado pela recorrente, a merecer decisão desta Turma.

E, tanto esta quanto a egrégia 5ª Turma e mesmo a Corte Especial deste Tribunal já assentaram, com sobras de razão, como expresso no voto proferido no Recurso Especial 434-SP, pelo seu ilustre Relator, o Sr. Ministro Costa Leite, do qual junto reprodução, se apresentar como constrangimento ilegal deixar-se o apenado, ao qual tenha sido deferido o regime aberto, seja no início, seja em progressão, do cumprimento da pena, em estabelecimento prisional comum, ainda que em cela especial, por contrariar o que estabelece o art. 94 da Lei de Execuções Penais.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso pela letra a, de-le conhecendo, no entanto, pela letra c do inciso III do art. 105 da Constituição, para negar provimento, confirmando, assim, acórdão recorrido.

ANEXO

Recurso Especial nº 434 — SP
(Registro nº 89.0009153-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O art. 33, § 2º, do Código Penal, e o art. 112 da Lei de Execução Penal determinam a forma progressiva da execução da pena privativa de liberdade, donde constituir pressuposto objetivo para o ingresso no regime aberto o cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime semi-aberto, como fase intermediária do processo de reinserção social.

A tese, pois, sustentada pelo *parquet* estadual, a respeito de impossibilidade da progressão *per saltum*, é correta. Não tem adequação, porém, ao caso dos autos, dada a situação fática em que se estabeleceu o fundamento da passagem direta do regime fechado para o aberto.

Observe-se que houve verdadeira preterição do direito do sentenciado de, antes, progredir ao regime semi-aberto, cuidando a decisão monocrática, confirmada pela e. Câmara, de demonstrar que, não obstante reunir condições para tanto, desde 13 de setembro de 1985, permaneceu ele, por quase três anos mais, lapso de tempo superior a um sexto da pena, submetido ao regime fechado.

Assim, diante da preterição de direito verificada, não pode vingar a tese que embasa o inconformismo do Ministério Público.

Diga-se o mesmo com relação à que se volta contra a concessão da prisão-albergue domiciliar.

Inexistindo estabelecimento penal adequado, afigura-se legítimo o recolhimento em residência particular do sentenciado a que foi deferido o regime aberto para o cumprimento da pena, como decidiu esta Turma, ao julgar o Recurso Especial nº 45-SP, por mim relatado.

Por isso mesmo, peço licença para reportar-me à argumentação expendida no voto que então proferi:

«Adentrando o mérito, estou em que bem andou a E. Câmara, ao prestigiar a decisão monocrática. Eis os fundamentos em que se apresenta lastreado o improvimento do agravo:

«Os fundamentos do pedido inicial, inclusive com citação jurisprudencial, tecnicamente podem ser tidos como corretos.

Ocorre entretanto que a situação carcerária não permite um extremo formalismo a tal ponto que a liberdade de uma pessoa fique cerceada porque o Estado não tem condições de construir Casa do Albergado.

No caso dos autos todos os pareceres são favoráveis à concessão da prisão-albergue domiciliar, e esta foi devidamente justificada na decisão de fl. 21, inclusive de forma condicionada determinou a prisão domiciliar, até que seja designado local adequado para a medida.

Assim sendo não é rigidez na interpretação da lei que resolverá o problema carcerário, devendo continuar sendo realizadas as adaptações sociais do sistema progressivo, o regime aberto e as condições de execução, sempre tendo-se em conta o que mais favorece o sentenciado da sua inserção social.

Exatamente nessa linha de concepção o voto que proferi no HC nº 7.675-SP, acolhido, por unanimidade, sinale-se, pela Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos.

Na oportunidade, anatematizando o descaso das autoridades responsáveis, verberei as falhas do nosso sistema penitenciário, que se encontra gritantemente defasado com relação aos avanços da legislação. Enquanto esta situa-se no mesmo patamar das mais modernas do mundo, tendo em mira a recuperação social do delinqüente, aquele permanece estruturado no modelo anterior, como se nada tivesse acontecido.

Vai daí que impende conformar a lei à realidade, para que não se frustrate a sua aplicação, como preconiza, aliás, o bem-lançado parecer do Ministério Público Federal, da lavra da culta Procuradora Maria Eliane Menezes de Farias, com a chancela do hoje Procurador-Geral Aristides Junqueira Alvarenga, ao que se vê do seguinte relanço:

‘Com o advento da Lei de Execução Penal nº 7.210/84 — que revogou no particular todas as leis estaduais — o regime aberto em residência particular ficou circunscrito a quatro hipóteses, pelo art. 117:

- I — condenado maior de setenta anos;
- II — condenado acometido de doença grave;
- III — condenada com o filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV — condenada gestante.

Diante, entretanto, da realidade inegável da inexistência de Casas de Albergado, a doutrina vem se orientando no sentido de se deixar cumprir a penitência na própria casa do condenado, posto que legislou-se a lei numa regra inexecutável, num instrumento oblíquo de esvaziamento penitenciário, desviando-se, com isso, a atenção da sociedade desse grave problema social. E, certamente, não deve ser mais penalizado ainda pelo desinteresse do Estado, em fazer investimento no setor.’

Agregue-se que a solução alvitrada, ainda que imperfeita, é a que se revela mais consentânea com a finalidade da lei, da qual se distancia, quero crer, a consistente na destinação de uma cela especial em estabelecimento penal de outra natureza, a teor mesmo do disposto no art. 94 da Lei de Execução Penal, a propósito dos requisitos da Casa do Albergado, *verbis*:

‘Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, *separado dos demais estabelecimentos*, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.’ (Grifei).

Sobremais, se é certo, de um lado, que não se controverte sobre ser exaustiva a relação do art. 117, do multicitado diploma legal, atinente aos beneficiários do recolhimento em residência particular, revela-se irrecusável, de outro, o raciocínio de que a normatividade exceptiva pressupôs, obviamente, a existência de estabelecimento penal adequado, vale dizer, de Casa do Albergado, para o cumprimento de reprimendas em regime aberto, como regra, tanto assim que há norma cogente inscrita no § 3º do art. 203 fixando o prazo de seis meses, contado da data da publicação da lei, para a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados.

Inexistindo, pois, estabelecimento penal adequado, afigura-se legítimo o recolhimento em residência particular do sentenciado a que foi deferido o regime aberto para o cumprimento da pena, seja inicial, seja em progressão, como na hipótese dos autos.

Em arremate, é de observar-se que ‘o fato de o condenado ficar recolhido em residência particular não o exime do cumprimento

das normas de conduta peculiares ao regime', como remarca o parecer do Ministério Público Federal.»

Convém registrar que esse mesmo entendimento prevaleceu, na Corte Especial, quando do julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* n.º 73-SP, versando hipótese semelhante à destes autos. O acórdão, da lavra do eminente Ministro José Dantas, tem a seguinte ementa:

«Criminal. Regime prisional. Progressão.

Falta de estabelecimento adequado. Concedido o benefício do regime semi-aberto, constitui constrangimento ilegal desatender o direito sob pretexto da falta de vaga em estabelecimento adequado. No caso, deve-se cumprir a decisão, ainda que seja pela excepcional admissão do paciente ao recolhimento domiciliar, enquanto durar o óbice das alegadas carências carcerárias.»

Do exposto, Senhor Presidente, é de recusar-se conhecimento ao recurso, pela letra a, do item II, do art. 105, da Constituição. Todavia, em vista da divergência jurisprudencial demonstrada pelo recorrente, dele conheço, pela letra c, do citado dispositivo constitucional, negando-lhe provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 439 — SP — (Reg. n.º 89.99183-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Pedro Paulo Epifane. Adva.: Dra. Vera Maria de Oliveira Borba.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial pela letra a, inciso III, art. 105, da Constituição Federal, conhecendo-o pela letra c do mesmo dispositivo, mas lhe negando provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 12-9-89 — 6ª Turma).

Os Srs. Mins. Anselmo Santiago (Juiz do TRF — 1ª Região, convocado), William Patterson, Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. WILLIAM PATTERSON.

RECURSO ESPECIAL N.º 458 — SP

(Registro n.º 89.0009202-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Milton Pedra Beccaro e outro*

Advogado: *Dr. Paulo Francisco B. Von Bruck Lacerda*

EMENTA: Penal. Lei de Falências.

Pena acessória de interdição para o exercício do comércio (art. 195 da Lei nº 7.661/45).

Acórdão que a considera inexecutável, com a superveniência da nova Parte Geral do Código Penal, por ausência de previsão legal de prazo para cumprimento.

Improcedência desse fundamento, ante os dispositivos dos arts. 196 e 197 da mesma lei.

Perante a Constituição vigente, a interdição para o exercício do comércio só pode ser pena, não mero efeito automático da condenação (art. 5º, XLVI, e).

Todavia, havendo previsão legal (princípio da reserva legal) e tendo sido aplicada expressamente em sentença judicial (observância do devido processo legal), não ocorre ilegalidade ou inconstitucionalidade, pois a lei especial podia prever tal pena e não foi intuito da reforma penal revogar a legislação especial, como se infere do art. 12 do CP.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para restabelecer a sentença de primeiro grau no particular da discutida interdição, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 4 de setembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Por sentença de 20-5-86, o MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível de São Paulo condenou Milton Pedra Beccaro e outro por crime falimentar impondo-lhes além da pena privativa de liberdade mais a acessória de interdição, pelo prazo de dois anos, com apoio no art. 195 da Lei nº 7.661/45.

Provendo recurso da defesa, a Egrégia 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu cancelar a interdição ao exercício do comércio «por ter-se tornado inexecutável por ausência de previsão legal de prazo para cumprimento, mantida, no mais, a r. sentença apelada». (Fl. 413).

Inconformado, recorreu extraordinariamente o Ministério Público, em 21-9-87, alegando negativa de vigência aos arts. 195, 196 e 197 da Lei de Falências.

Sustenta, em síntese, o seguinte:

«

O Juiz, nos termos do art. 69, parágrafo único, do Código Penal, precisava fixar o prazo das penas acessórias. A interdição do exercício do comércio, entretanto, tem seu prazo fixado pela lei, não dependendo de pronunciamento judicial. O prazo é legal e não judicial. O termo inicial corresponde ao dia em que termina a execução da pena privativa de liberdade (art. 196 da Lei de Falências). E o termo final ocorre na data de sua extinção pela reabilitação, «que somente pode ser concedida após o decurso de três ou de cinco anos» após o cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 197).

Nota-se que a interdição do exercício do comércio tem disciplina e natureza diversas das impostas pelo legislador comum às primitivas penas acessórias, de modo que a supressão destas não acarretou a extinção daquela, que permanece sob a égide dos arts. 195 e seguintes da lei falimentar». (Fls. 425/426).

Indeferido o recurso (fl. 443), veio a ser processado por força de provimento de agravo (fl. 476).

Posteriormente, foi convertido em Recurso Especial, nos termos da decisão plenária do STF, no RE 119.204.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Penal. Lei de Falências.

Pena acessória de interdição para o exercício do comércio (art. 195 da Lei nº 7.661/45).

Acórdão que a considera inexecutável, com a superveniência da nova Parte Geral do Código Penal, por ausência de previsão legal de prazo para cumprimento.

Improcedência desse fundamento, ante os dispositivos dos arts. 196 e 197 da mesma lei.

Perante a Constituição vigente, a interdição para o exercício do comércio só pode ser pena, não mero efeito automático da condenação (art. 5º, XLVI, e).

Todavia, havendo previsão legal (princípio da reserva legal) e tendo sido aplicada expressamente em sentença judicial (observância do devido processo legal), não ocorre ilegalidade

ou inconstitucionalidade, pois a lei especial podia prever tal pena e não foi intuito da reforma penal revogar a legislação especial, como se infere do art. 12 do CP.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): O acórdão deixou de aplicar o art. 195 da Lei de Falências por entender que, não havendo previsão de prazo de duração da pena acessória, tornou-se inexecutível aquele dispositivo.

Em recente julgamento desta 5ª Turma entendeu-se precisamente o contrário (REsp nº 245, Rel. Min. José Dantas).

O voto que então proferi está assim redigido:

«Sr. Presidente, a Lei de Falências, em seu art. 195, prescreve como «efeito da condenação» por crime falimentar a «interdição do exercício do comércio».

Apreciando apelação de réu condenado por crime falimentar, a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo reduziu a pena aplicada e cancelou a de interdição, salientando quanto à última:

«.....

Cancelam, por fim, a pena acessória, em observância à orientação jurisprudencial que vem prevalecendo neste Egrégio Tribunal de Justiça, consoante a qual essa modalidade de pena foi extinta na última reforma penal (Lei nº 7.209/84), entendendo-se o cancelamento às hipóteses da lei falimentar.»

Com isso não se conformou o Ministério Público, sustentando, no recurso, que, no caso, se trata de efeito da condenação, não de pena acessória, pelo que subsiste no ordenamento jurídico vigente.

O eminente Relator, acolhendo o recurso, concluiu seu brilhante voto dando por vigentes os arts. 195, 196 e 197 da Lei de Falências, restabelecendo a sentença de primeiro grau no ponto em que impôs ao condenado a interdição em exame.

Pedi vista para melhor posicionar-me sobre a questão e agora trago o meu voto.

Tivéssemos que optar entre classificar a interdição de direitos como pena ou mero efeito da condenação, não teríamos dúvidas em classificá-la como pena, ante o que hoje expressamente dispõe o art. 5º, XLVI, e, da Constituição.

Todavia, penso que a discussão sobre a distinção em foco é, antes de tudo, estéril, pois ambas as expressões praticamente se confundem: possuem a natureza de uma sanção penal.

O grande penalista Bettiol salientou, em sua obra principal:

«Já dissemos que as penas acessórias são as que *resultam de direito* da condenação, como efeitos penais desta» (Direito Penal, trad. bras., vol. VIII, págs. 142/3).

No mesmo sentido Battaglini, para quem as penas acessórias

«... *Constituem consequência jurídica da condenação* (artigo 20, Cód. Penal Italiano).» (Direito Penal, trad. bras., 2º vol., pág. 644).

Não obstante tratar-se de afirmações apoiadas no direito italiano, podem ser invocadas para demonstrar a equivocidade dos termos.

A distinção oferecida por Damásio de Jesus, no tópico citado no voto do eminente Relator é muito discutível pois se, de um lado, havia na legislação brasileira revogada penas acessórias automáticas (parágrafo único do art. 70 da antiga Parte Geral), portanto mero «efeito da condenação», de outro, presentemente, os denominados «efeitos da condenação» são evidentemente uma forma de pena acessória, porque devem:

«... ser motivadamente declarados na sentença» (parágrafo único do vigente art. 92).

De qualquer sorte, tanto a pena acessória como o efeito da condenação, por representarem restrições, suspensão ou interdição de direitos, são inequívocas modalidades de sanção penal. Se antes a discussão sobre isso era possível, hoje não o é ante a tomada de posição pelo legislador constituinte no já citado art. 5º, XLVI, e.

Por isso, segundo penso, a reforma penal de 84 optou pela denominação «efeitos da condenação», incluindo entre eles algumas das antigas penas acessórias e transformando outras em penas autônomas, como poderia ter mantido a primitiva denominação, sem prejuízo dessa operação. O que importa é que — sendo uma espécie de sanção penal — esteja prevista em lei (princípio da reserva legal) e que resulte de imposição em sentença judicial (princípio do devido processo legal).

Tais requisitos estão presentes no caso *sub indice*: o Juiz de primeiro grau impôs, na sentença penal condenatória, a interdição expressamente prevista no art. 195 da Lei 7.661/45, pelo prazo de dois anos (fl. 294).

Além disso, tratando-se de uma sanção expressamente prevista em *lei especial*, convive com a *lei geral*, pois não foi intuito da reforma penal revogar a legislação especial, antes a manteve, como consta expressamente do art. 12 da nova Parte Geral do Código, *in verbis*:

«As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso».

Outra seria a nossa conclusão se o dispositivo da Lei de Falências em exame se chocasse com as normas constitucionais vigentes.

Tal, porém, não ocorre, visto como:

a) o art. 5º, XLVI, e, admite a suspensão ou interdição de direitos como pena (lei ordinária, portanto, podia instituí-la);

b) o art. 197 da Lei 7.661/45 instituiu limites temporais para a interdição do comércio, não se chocando com o art. 5º, XLVII, b (no caso a sentença fixou limite de dois anos).

Pelas razões expostas, ponho-me de acordo com a conclusão do voto do Ministro Relator».

Nessa linha de pensamento, parece-me, em conclusão, que o acórdão recorrido, decidindo como decidiu, negou vigência aos arts. 195, 196 e 197 da Lei de Falências, pelo que, conhecendo do recurso, pela letra a do inciso III do art. 105 da Constituição, dou-lhe provimento para restabelecer, no particular, a sentença de primeiro grau.

É o voto.

VOTO VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Como bem lembrado pelo Sr. Ministro Relator, a Turma já registra precedente ao propósito, do qual fui Relator, e de cujo voto juntarei xerocópia às notas taquigráficas (REsp. nº 245-SP).

VOTO ANEXO RESP Nº 245-SP

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, quanto ao conhecimento do recurso, afastem-se de logo as prejudiciais suscitadas pela nobre Procuradoria-Geral da República; a uma, porque, conforme o relatório, o v. acórdão recorrido, apesar de não nominar expressamente o art. 195 da Lei de Falências, virtualmente o declarou abrogado pela Lei nº 7.209/84, ao extinguir as penas acessórias, «estendendo-se o cancelamento às hipóteses da lei falimentar» (textual); e à outra, porque inadequado ao caso o precedente colacionado, pois que ali o Ministério Público pretendia reabilitar a interdição por tempo superior ao que a sentença singular estabelecera e que o acórdão recorrido cancelara; donde a impossibilidade jurídica então tachada pelo mencionado paradigma.

Recusadas dessa forma as prejudiciais da falta de prequestionamento e da impossibilidade jurídica do objeto recursal, examine-se a questão central, pelo enfoque único da argüida negação de vigência dos cotejados preceitos falimentares.

De que a tese da ab-rogação do artigo 195 da Lei de Falências — resultante da abolição das penas acessórias pela chamada reforma penal da Lei 7.209/84 — não é pacífica, tem-se nos autos as posições doutrinárias conflitantes, a exemplo: *pro*, Celso Delmano, *in* Código Penal Comentado, 1ª

ed., 5ª tiragem, 1986, pág. 140; e *contra*, Damásio de Jesus, Interdição do Exercício do Comércio, in *Justitia*, PGJ — SP, abr./jun. 1987, págs. 62/64.

Igual discordância lavra no campo da jurisprudência, tanto no próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, como assinalado no despacho de admissão do presente recurso (fl. 351), quer no Supremo Tribunal Federal, da forma como a sua Eg. Primeira Turma reputou razoável a discutida interpretação extensiva (RE 113.318-0-SP, Rel. Min. José Néri da Silveira, in *DJ* de 25-11-88), enquanto que, contrariamente, a reputou incorreta a Eg. Segunda Turma — RE 111.549-1-SP, Rel. Min. Célio Borja, in *DJ* de 22-12-88.

Dos escólios consultados, colhe-se que a controvérsia nasce do conceituar-se, ou não, a *interdição do exercício do comércio* (art. 195 da LF) como pena acessória, símile da *incapacidade para profissão ou atividade* de que cuidava o art. 69, IV, do Código Penal; penalidade acessória e cumulativa, esta última, que agora ganhou foros de autonomia e sucedaneidade, a teor do art. 43, c/c o art. 47, II, na redação dada pela citada lei da reforma.

De início, penso que, dmv, a propósito da procurada similitude, não cabe invocar a autoridade dos mais insignes comercialistas de antanho, despreocupada até então com a distinção substancial entre *efeito da condenação* (linguagem da lei falimentar) e a *pena acessória* (letra codificada), mas terminologicamente conclusiva pela acessoriedade penal da interdição falimentar — *Waldemar Ferreira*, in *Instituições de Direito Comercial*, 3ª ed., 5º vol. págs. 398/99; *Trajano de Miranda Valverdi*, in *Comentários à Lei de Falências*, ed. 1949, vol. III/65-66. (Trechos transcritos no voto do Min. Néri da Silveira, RE 113.318-0-SP). É que, de fato, no anterior regime geral de cumulatividade das penas principais e acessórias, maior alcance não tinha a conceituação procurada no confronto do Código com a lei extravagante, como passou a ter a partir do sistema de substitutividade das penas, implantado pela Lei nº 7.209/84; alcance esse, de maior importância para o presente caso, atento à palmar diferenciação legal entre as duas denominações conferidas — *pena acessória e efeito da sentença*.

Diferenciando-as, veja-se que não resta dúvida sobre a abolição da primeira dessas denominações. De fato, a nova concepção penal é inconfundível, apesar da primeira impressão gerada pelo art. 56 do Código Penal, de aparente exceção ao caráter substitutivo das interdições profissionais, parecendo mantê-las cumulativas nos casos que especifica; todavia, de logo se percebe a má redação do dispositivo, que assim mesmo se descobre implicitamente inteirado dos pressupostos antes alinhados no art. 44 do mesmo Código, conforme observações de *Costa Júnior*, «Comentários ao Código Penal — Parte Geral», ed. Saraiva, 1987, pág. 306, e de *Celso Delmanto*, obra citada, pág. 84. Por outro lado, sob o ponto de vista funcional, tem-se que as antigas penas acessórias nada perderam ao se transformarem, ora em restritivas de direito, ora em efeito da sentença (art. 92).

Como quer que seja, para o caso dos autos, cabe ver que a analisada ab-rogação legal somente se atenderia quando inexistente qualquer traço distintivo entre os dois institutos penais, pura pena acessória que pudesse ser a *interdição do exercício do comércio*. Donde, inicialmente, dever-se voltar aos comercialistas, agora para consultar-se opiniões mais recentes, a exemplo do que asseveram *José da Silva Pacheco* (Processo de Falência e Concordata, 1986, págs. 736/37) e *Luiz Tzirulnik* (Direito Falimentar, ed. RT, 1989, pág. 188), sobre constituir mero efeito da sentença a interdição profissional cominada pela Lei de Falências.

Na verdade, a par da literalidade do dispositivo falencial no sentido dessa asserção-mor, tenha-se que bem se houve o Ministério Público recorrente em dissertar sobre os pontos essenciais discriminantes dos ditos institutos. Fê-lo, aliás, na linha doutrinária concebida por *Damásio de Jesus*, em trabalho específico que vale a pena reportar, nestes tópicos:

«De ver-se, contudo, que a interdição do exercício do comércio não é pena acessória. É efeito da condenação. Por isso, não se encontra cancelada pela nova legislação penal. Entre as penas acessórias anteriormente previstas no Código Penal e a interdição questionada existem diferenças, a seguir expostas.

1ª) *Natureza Jurídica*

A medida do artigo 195 da Lei de Falências constitui efeito da condenação, tal como consta da redação do dispositivo. Surge da simples condenação por delito falimentar, tendo, por isso, natureza diversa da primitiva pena acessória de «incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público» (redação antiga do artigo 69, IV, do Código Penal).

2ª) *Faculdade*

A imposição da antiga pena acessória decorrida de simples faculdade judicial (primitivo artigo 70, II). A interdição do exercício, ao contrário, é obrigatória, como reza o artigo 195: «Constitui efeito da condenação...» Trata-se de «decorrência natural da condenação» (Ap. Crim. n.º 3.396, 2ª Câmara primitiva TASP, RT, 555346) ou de «fatal decorrência do trânsito em julgado da decisão que conclui pela procedência da ação por crime falimentar» (RT, 335/257).

3ª) *Motivação*

A imposição da pena acessória exigia fundamentação. O Juiz, na sentença, devia consignar qual o «abuso de profissão ou atividade» ou a «infração a ela inerente» (artigo 69, parágrafo único, IV). A interdição do exercício do comércio, por constituir efeito da condenação, independe de pronunciamento judicial.

4ª) Individualização

As penas acessórias s^e caracterizavam pela necessidade de sua individualização judicial, devendo o magistrado, quando de sua imposição, considerar as circunstâncias judiciais (antigo artigo 42 do Código Penal), fixando-lhes a duração (Luiz Vicente Cernicchiaro, «Penas Acessórias, Ciência Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1979, II/51). A interdição referida, ao contrário, não exige individualização, decorrendo sua duração dos termos iniciais e final dos artigos 196 e 197 da Lei de Falências.

5ª) Permissão do Poder Público

A antiga pena acessória dependia, para sua aplicação, de precedente habilitação, permissão ou autorização do poder público (artigo 69, IV; Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 70/305). O exercício do comércio, de forma diversa independe de permissão do poder público.

6ª) Prazos

O Juiz, nos termos do artigo 69, parágrafo único, do Código Penal, precisava fixar o prazo das penas acessórias. A interdição do exercício do comércio, diversamente, tem seu prazo fixado pela lei, não dependendo de pronunciamento judicial. O prazo é legal e não judicial. O termo inicial corresponde ao dia em que termina a execução da pena privativa de liberdade (artigo 196). O termo final ocorre na data da extinção da interdição pela reabilitação, «que somente pode ser concedida após o decurso de três ou de cinco anos» depois do cumprimento da pena privativa de liberdade (artigo 197).

Nota-se que a interdição do exercício do comércio tem disciplina e natureza diversas das primitivas penas acessórias, de modo que a supressão destas não acarretou a extinção daquela, que permanece sob o regime dos artigos 195 e segs. da lei falimentar.

Afirma-se que, extintas as penas acessórias, não restou prazo a ser fixado pelo Juiz quando da imposição da interdição. Conforme ficou consignado, contudo, os termos *a quo* e *ad quem* da interdição estão previstos, respectivamente, nos artigos 196 e 197 da lei falimentar. Além disso, tendo natureza e caracteres diversos dos que informavam as penas acessórias, a extinção destas não pode produzir efeitos quanto àquela. Como já foi decidido, subsiste a interdição da Lei de Falências (RT, 597/282 e 295)» — obra citada, págs. 62/64.

Na esteira dessas considerações, convenha-se nas principais linhas demarcatórias assim traçadas, identificadas, aliás, a rigor da ótica finalística da comentada norma falimentar, cuja meta, ao que se sabe, entrelaça-se às rígidas regras da reabilitação (art. 197 da LF), com vistas a compelir o réu

(diga-se, o devedor insolvente) a prover a extinção das obrigações, condição *sine qua non* do retorno ao comércio.

Nessa gama de provisões compulsivas, vê-se que a interdição, antes de possuir carga penal genuína, determina-se a prevenir, mais objetivamente, os reparos devidos aos interesses dos credores — finalidade própria do processo falimentar. Por isso, em última hipótese, não se compreenderia a extinção do gravame, justamente quando se acentua na legislação mais recente uma maior perseguição aos chamados *crimes do colarinho branco*, ou *delitos de cavalheiro*, gênero mais notório da criminalidade empresarial, nucleada pela insolvabilidade patrimonial. Justamente, quando se clama contra a impunidade dessa criminalidade específica, não se compreenderia afrouxar-se a rédea impeditiva da reorganização comercial do falido, sem ao menos padecer o culpado a «quarentena» expiatória do inadimplemento das obrigações mercantis que desonrou. Justamente, quando ainda mais se protesta por proteção saneadora do crédito e da economia popular, impedindo-se aos insolventes ineptos ou desonestos o exercício do comércio, não se recomendaria a interpretação *in bonam partem*, para a qual, na verdade, até faltaria o paradigma penal a estender por força da *lex mitior*.

Em conclusão, posicionando-me quanto ao tema, conflitado internamente até mesmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, penso acertado dar por vigentes os argüidos arts. 195, 196 e 197 da Lei de Falências, porque inalcançada pela reforma penal da Lei nº 7.209/84 a *interdição do exercício do comércio*, expressamente conceituada como *efeito da condenação por crime falimentar*.

Cumpra, pois, cassar a v. decisão recorrida, para restabelecer a sentença, no particular da imposição da referida interdição.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, acompanhei V. Exa. naquela oportunidade e mantenho meu entendimento.

As penas privativas de liberdades têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal. No caso em tela, o que se verifica é que as referentes disposições contidas na lei falimentar constituem-se em efeitos da própria condenação pela prática daquele tipo de delito e não em penas acessórias.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 458 — SP — (Reg. nº 89.0009202-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdos.: Milton Pedra Beccaro e outro. Adv.: Dr. Paulo Francisco B. Von Brück Lacerda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para restabelecer a sentença de primeiro grau no particular da discutida interdição. (Em 4-9-89 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. José Dantas, Flaquer Scartezini e Costa Lima. Ausente o Sr. Min. Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

— ● —

RECURSO ESPECIAL Nº 480 — RJ
(Registro nº 89.9238-3)

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

Recorrente: *Isolda Norat Cirne*

Recorrido: *Flávio Jorge da Graça Martins*

Advogados: *Drs. Rubem Alberto Galdo e Flávio Jorge da Graça Martins*

EMENTA: A indevida utilização de um bem alheio caracteriza um ilícito, a obrigar o devedor a indenizar plenamente o credor com observância da identidade da moeda no tempo, isto é, atualizada a dívida desde a data do dano até o pagamento.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Gueiros Leite, conhecer e dar provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 5 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): A espécie está relatada no despacho de admissão do recurso, do seguinte teor:

«Trata-se de *recurso extraordinário com arguição de relevância*, pelas letras *a* e *d* da autorização constitucional, contra acórdão que julgou procedente ação de indenização movida contra ad-

vogado que passou a ocupar o imóvel alugado ao cliente mandando contar a correção monetária apenas a partir do ajuizamento. Alega-se negativa de vigência de legislação ordinária e divergência pretoriana, inclusive com a Súmula 562.

Não houve impugnação.

O recurso foi interposto nos termos dos incisos II e XI do artigo 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A ação é de indenização, por ter o recorrido ocupado indevidamente imóvel locado a cliente seu, que viajou para o exterior e o deixou encarregado de pagar e rescindir a locação. O acórdão reconheceu o apossamento indevido (fl. 167). Nos primeiros embargos declaratórios, a aplicação da Lei nº 6.899/81 foi justificada com a afirmação de que haveria incerteza quanto à ilicitude do ato (fl. 174).

A questão da ilicitude do ato de que decorreu a obrigação do recorrido é de qualificação jurídica, suscetível de apreciação na via excepcional.

É razoável a argumentação da recorrente no sentido de que o ato ilícito está caracterizado e, inclusive, reconhecido no acórdão da apelação.

Com essa premissa, a decisão recorrida diverge da Súmula 562, pois não foi concedida atualização do valor da indenização, a partir do dano.

Admito o recurso pela letra d.

Prossiga-se» (fls. 229/230).

Encaminhados os autos ao Supremo Tribunal Federal, por despacho do Relator, foi o recurso desdobrado e convertido em especial quanto à matéria não constitucional, para exame desta Corte.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: A indevida utilização de um bem alheio caracteriza um ilícito, a obrigar o devedor a indenizar plenamente o credor com observância da identidade da moeda no tempo, isto é, atualizada a dívida desde a data do dano até o pagamento.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): O recurso foi recebido com base na letra *d* do permissivo constitucional então vigente, e o conheço com base na alínea *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

Com efeito, versada foi a questão federal da incidência da correção monetária, no acórdão recorrido e bem demonstrado está o dissídio, através do confronto entre o decidido e os arestos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, nos RE 93.496-RJ (RTJ 100/845) e 100.240-RJ (RTJ 117/1170) e a própria Súmula nº 562 do Pretório Excelso.

Antes, porém, é imperiosa a análise do ato do qual decorreu o pedido de indenização, sem que isso importe em exame de provas.

Na sentença, lê-se: «A versão que resta a apreciar é a de que, com a viagem do inquilino, passou a ocupar o apartamento por autorização da ex-administradora, como forma de recebimento de honorários que esta lhe devia. Como advogado não podia ignorar que esse acordo não poderia produzir qualquer eficácia com relação a terceiro, no caso a autora. Tendo ele efetivamente ocupado o imóvel, em vez de fazer a entrega da chave, há de responder pelo tempo que nele permaneceu, assistindo-lhe o direito, tão-somente de exigir de sua cliente o reembolso do que tiver que pagar. O *quantum* da indenização pedida não foi objeto de impugnação» (fls. 115/116). No acórdão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro consta do voto do relator: «Relativamente ao mérito, impõe-se destacar que o débito reclamado resultou do que a autora deixou de receber pela locação do imóvel indevidamente ocupado pelo réu e de tudo que foi obrigado a despendar para o ter de volta. Sem ser autorizado por quem poderia fazê-lo, o réu apossou-se do imóvel, ao invés de o entregar à autora, conforme solicitação do inquilino, seu cliente, só o desocupando depois da procedência da ação de despejo intentada, onde, para procrastinar, até purga de mora requereu» (fl. 167). No acórdão proferido nos primeiros embargos declaratórios disse o Tribunal *a quo* haver incerteza quanto à ilicitude do ato.

«O conceito de ilicitude», leciona o grande Santiago Dantas, em seu «Programa de Direito Civil», Parte Geral, 2ª tiragem, Rio, Ed. Rio, 1979, «é um dos mais gerais que se encontram dentro do direito e, a rigor, pode-se dizer que ele abrange, na sua extrema generalidade, não só os fundamentos do direito privado, como os fundamentos de direito público» (pág. 341). «Que é o ilícito? Que é a ilicitude?», indaga o insigne jurista, e responde: «Ilícito é tudo aquilo que é contrário ao direito. Toda conduta do homem que fere o direito, objetivamente considerado, é uma conduta ilícita» (*idem*). Na definição de outro nome de expressão nas letras jurídicas nacionais, José de Aguiar Dias, em verbete no «Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro» (vol. 1): «... é o fato violador de obrigação ou dever preexistente, que o agente podia ou devia observar.»

In casu, está claro no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro haver o recorrido praticado esbulho, ao apossar-se do apartamento alheio, sem autorização da proprietária, ora recorrente, ou de quem de direito. O imóvel foi «indevidamente ocupado pelo réu», declara a decisão recorrida, e se o foi não se pode cogitar de incerteza tocante à ilicitude do ato, pois, inequivocamente, a ocupação indevida é um ato ilícito, daí decor-

rendo «de si só e originariamente», como diz Pontes de Miranda, o vínculo da obrigação. «La conseguenza che deriva dall'atto illecito è l'obbligo nell'autore dell'atto di ristabilire l'equilibrio giuridico che dall'atto stesso rimase turbato (risarcimento di danni)», registra Vittorio Scialoja, em seu dicionário de direito privado.

O ressarcimento, consoante exsurge das decisões paradigmas, há de ser pleno, com observância, logicamente, da identidade da moeda no tempo, isto é, atualizada a dívida desde a data do dano até seu efetivo pagamento, sob pena de a inflação, com a qual o País convive há muito tempo, impedir o restabelecimento do equilíbrio jurídico afetado pelo ato.

Por isso, a Suprema Corte aprovou a Súmula nº 562, assim redigida: «Na indenização de danos materiais decorrente de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios dos índices de correção monetária».

Após a sedimentação da jurisprudência do Supremo, segundo observa Roberto Rosas: «... a atualização do *quantum* indenizatório está assegurada em relação às dívidas de valor, aos danos pessoais e aos danos materiais» (Comentários às Súmulas do STF», 4ª ed., São Paulo, RT, 1989, pág. 278).

Nas instâncias inferiores, entretanto, a correção monetária foi negada *in totum*, a divergir, portanto, das decisões trazidas à colação para confronto e da Súmula citada.

Por todos os motivos alinhados, dou provimento ao recurso para determinar a incidência de correção de conformidade com os índices legais, desde a data do evento até o pagamento da indenização na qual foi o recorrido condenado.

É o voto.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Sr. Ministro, lamento divergir de V. Exa. quanto à data *a quo* dos cálculos da correção monetária, que deve ser, de um modo geral, aquela do ajuizamento ou propositura da ação, muito embora a sentença somente tenha sobrevivido depois. É o que consta da Lei nº 6.899/81, peremptoriamente, com o acréscimo de que dita lei alcançará todos os processos pendentes de julgamento. A única restrição imposta a essa extensão legal diz respeito aos títulos de dívida líquida e certa, cuja correção será feita a partir do vencimento. Acrescento a tal exceção, por me parecer consentâneo, não apenas os títulos extrajudiciais mas também os judiciais, que resultem da coisa julgada e da sua liquidação homologada por sentença. É lógico e jurídico que o título aí é a sentença liquidada já na vigência da lei.

É como voto, *data venia*.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Conheço pelo dissídio. Conhecido, não tenho dúvida em prover o recurso, de acordo com a Súmula 562/STF e julgados que se lhe seguiram. A correção há de incidir desde a prática do ato. A Lei nº 6.899 veio para ampliar, não para restringir a orientação jurisprudencial no caso de dano decorrente de ato ilícito.

Acompanho o Sr. Relator, *data venia* do Sr. Ministro Gueiros Leite.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Peço vênia a Vossa Excelência também, mas já tive oportunidade de proferir voto neste egrégio Tribunal, concedendo a correção monetária para que o ressarcimento se faça em toda plenitude, a partir da data do evento.

Acompanho o nobre Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 480 — RJ — (Reg. nº 89.9238-3) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Isolda Norat Cirne. Recdo.: Flávio Jorge de Graça Martins. Advs.: Rubem Alberto Galdo e Flávio Jorge da Graça Martins.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Gueiros Leite, conheceu e deu provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 5-9-89 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 493 — PR

(Registro nº 89.0009252-9)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Recorrentes: *Estado do Paraná e outro*

Recorridos: *Rafael Stetchechen e outros*

Advogados: *Drs. Roberto Caldas Alvin de Oliveira e Jacy Gabardo e outros*

EMENTA: Ação expropriatória. Indenização paga mais de um ano após a elaboração do respectivo cálculo, efetuado em ORTNs. Coisa julgada a esse respeito.

Hipótese em que se impõe a expedição de precatório complementar, alusivo ao saldo devedor que corresponde à parcela absorvida no período, pela inflação, a qual se calcula, no caso, subtraindo-se do total de ORTNs devido a parte recebida, convertida também em ORTN, pelo índice vigente à data do pagamento.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O Estado do Paraná e o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado impetraram recurso extraordinário, com base nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional, objetivando a reforma de acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado que, julgando embargos infringentes, em ação expropriatória, no seu dizer, fez aplicação inadequada da Súmula nº 561 do STF, e divergiu da jurisprudência da Suprema Corte, ao admitir a atualização da conta de liquidação por mais de uma vez, e permitir correção sobre correção.

O recurso, indeferido na origem, subiu ao STF, por força de arguição de relevância, havendo o seu digno relator, Ministro Paulo Brossard, determinado a remessa dos autos a esta Corte, para ser o recurso julgado como recurso especial, na parte alusiva à divergência jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Ação expropriatória. Indenização paga mais de ano após a elaboração do respectivo cálculo, efetuado em ORTNs. Coisa julgada a esse respeito.

Hipótese em que se impõe a expedição de precatório complementar, alusivo ao saldo devedor que corresponde à parcela absorvida no período, pela inflação, a qual se calcula, no

caso, subtraindo-se do total de ORTNs devido a parte recebida, convertida também em ORTN, pelo índice vigente à data do pagamento.

Recurso não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Decidiu o v. acórdão impugnado, *in verbis*:

«O v. acórdão embargado entendeu extinta a execução, porque já pagas as contas anteriores de liquidação (parte líquida e parte ilíquida).

Por seu turno, o r. voto minoritário admitiu a atualização monetária do valor indenizatório, porque não pago o valor do mesmo ao tempo do cálculo anterior, sofrendo defasagem pela inflação, mantendo, assim, a sentença de primeiro grau de jurisdição. Com a devida vênia, incorreta, na espécie, a extinção do processo de execução, pelo cumprimento da obrigação pelo devedor, como concluiu o aresto recorrido.

Tem entendido este Tribunal de Justiça que, em desapropriação, uma vez fixado o montante da liquidação em ORTNs, por sentença transitada em julgado, o número dessas obrigações se torna imutável. O Egrégio Órgão Especial deste Tribunal, nos Incidentes de Uniformização de Jurisprudência n.ºs 4/85 a 7/85, aprovou Súmula que, em seu inciso I, estabelece, *in verbis*: «As indenizações para as desapropriações, equivalentes em ORTNs, com trânsito em julgado, serão convertidas em OTNs. Expedido o precatório, devidamente formalizado, extingue-se a obrigação de acordo com o art. 794, inciso I, do Código de Processo Civil, com seu efetivo pagamento» (DJE 3-4-1987, pág. 6, Súmula n.º 08).

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no RE 103.683-SP, em 10-2-87, em que foi Relator o eminente Ministro Nêri da Silveira, entendeu, como consta da sua ementa: «Ação expropriatória. Precatório. Ofício Requisitório determinando o depósito atualizado, na época do pagamento, com base na variação nominal das ORTNs, Constituição, art. 117, §§ 1.º e 2.º. Os acréscimos decorrentes de juros e correção monetária, desde a expedição do precatório e até o seu efetivo pagamento, não constam da previsão orçamentária, que arrola os valores nominais de todos os precatórios e, conforme esses valores, hão de ser pagos. Se, entretanto, a sentença de liquidação transitar em julgado e, com base nela, se expedir o precatório, em atenção à coisa julgada, impende se dê o pagamento do requisitório judicial, nos termos em que expedido. Recurso extraordinário não conhecido». (DJ, 6-3-87; pág. 3.367).

Realmente, no caso em exame, a primeira conta da execução do título judicial (parte ilíquida da condenação) foi homologada em

70.626,61 ORTNs (fl. 430), por sentença que transitou em julgado (fl. 431 e fl. 437).

De outra parte, é de se observar a manifestação dos embargados, nos embargos infringentes, quando afirmam o que segue:

«... a) deveria o DER/PR pagar aos embargantes o valor equivalente a 70.626,61 ORTNs (cálculo de 03/83 — fl. 420); b) pagou, em 07/84, apenas 17.542,90 ORTNs, já que o valor nominal dela, em 07/84, era de Cr\$ 13.254,67 (fl. 496); c) restaria, portanto, um saldo devedor equivalente a 53.083,71 ORTNs, que se nega ele a pagar e cuja negativa foi encampada pelo r. acórdão embargado, salvo a divergência do eminente Desembargador Maximiliano Stasiak.

É verdade que o cálculo impugnado de fls. 459/461-TJ apurou o saldo devedor, pelos critérios ali estampados, em 50.259,30 ORTNs, mas, nas circunstâncias, conformam-se os embargados em perder a diferença, a fim de que seja de uma vez por todas solucionada a questão, evitando, com isso, novas discussões, impugnações e recursos se houver nova feitura de cálculo» (fl. 557). Pelos motivos expostos, são os embargos recebidos, nos termos expostos no voto vencido» (págs. 591/593).

Apontou-se, como divergente, o acórdão do STF, no RE 78.499-SP, assim ementado:

«*Ementa*: Desapropriação. Correção monetária. A correção monetária deve incidir sobre o valor do imóvel desapropriado se não liquidado o preço dentro do prazo previsto em lei.

Como, entretanto, efetuados os cálculos, o pagamento não é imediato, quando chega ele a realizar-se já se encontra defasado o valor apurado relativo aos juros e correção monetária. Cabe, assim, atualizá-lo até a data em que, efetivamente, foi liquidado o preço do principal, não havendo margem, porém, para futuras correções monetárias pela demora havida no pagamento da correção monetária anterior. É que ela deve incidir tão-somente sobre o principal sob pena de infundáveis e sucessivos pagamentos de correção sobre correção.

Foi indicado, ainda, o RE 81.896-SP, que tem a seguinte ementa:

«Desapropriação. Correção monetária.

É de calcular-se a correção monetária até a data em que foi inteiramente liquidado o principal da indenização, ou seja, o valor correspondente ao preço do imóvel desapropriado, não incidindo correções monetárias posteriores, que não cabem aplicáveis sobre saldos remanescentes apenas de diferenças de correção monetária anterior.

Recurso conhecido e provido».

Acontece, entretanto, que a orientação que acabou por prevalecer no Supremo Tribunal Federal não foi a que se reflete nos julgados trazidos à colação pelo Recorrente, mas sim aquela que manda aplicar, aos casos da espécie, o princípio consubstanciado no enunciado da Súmula nº 561, temperado com a regra de que não haverá espaço nas expropriatórias, para cálculo complementar, quando o pagamento do precatório for efetuado dentro de um ano da elaboração da respectiva conta.

É o que mostram, entre outros, os seguintes acórdãos:

«RE 111.795-8 — MG. Rel.: Min. Néri da Silveira.

Ementa: «Desapropriação. Indenização. Atraso na liquidação do precatório. Nova conta. Súmula 561. Se já fluíra prazo superior a um ano, desde a data do cálculo, quando do pagamento do precatório, cabe elaboração de conta complementar. Recurso extraordinário não conhecido. (DJ de 19-8-88).

RE 107.963-1 — PR. Rel. Min. Sydney Sanches.

Ementa. «Desapropriação. Atualização da liquidação do débito. Súmula 561: interpretação.

Diz a Súmula 561: «Em desapropriação, é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez».

Interpretando-se e fixando-lhe os limites, decidiu o Egrégio Plenário, no julgamento do RE 106.588-5, que ela continua em vigor e as atualizações devem ser tantas quantas necessárias, desde que entre a conta anterior e o efetivo pagamento haja decorrido prazo igual ou inferior a um ano (DJ 1-7-87, Ementário nº 1.508-3).

No caso dos autos, nada impedia a atualização do débito, pois entre as datas da conta e do pagamento decorreu prazo superior a um ano.

RE conhecido e provido».

Procurou-se, com essa diretriz, obviar a inconveniência das sucessivas atualizações de cálculo, que tornavam infundáveis as execuções contra a Fazenda Pública. Conjugou-se o princípio da justa indenização com a norma do artigo 26, § 2º, do DL 3.365/41.

Inobstante a natural dificuldade que se tem para conceituar como justa, como quer a Constituição, uma indenização paga sem levar em conta a perda do poder aquisitivo da moeda, no período compreendido entre o cálculo e o pagamento, num regime inflacionário que já atinge 1.000% ao ano, o certo é que o v. acórdão recorrido não destoou, como alegado pelo recorrente, do entendimento predominante na Suprema Corte, já que se limitou a considerar incompleto o pagamento feito pelo DER mais de um

ano após a elaboração do cálculo, quando a quantia entregue ao expropriado correspondia a pouco mais de 20% do valor real do débito.

Em tais condições, forçoso é concluir-se que não havia como se dar por extinta a execução.

Ademais, configurou-se, no presente caso, a hipótese de obrigação fixada em ORTNs, por meio de sentença trânsita em julgado, razão pela qual — na linha de orientação também ditada pelo STF, conforme demonstrado pelo Relator do aresto impugnado — somente se poderá ter por cumprida quando apurada a integralização do valor traduzido na indexação, computada, para tanto, cada parcela paga, pelo correspondente número de ORTNs, à data do respectivo ato.

Ante o exposto, por não vislumbrar no acórdão sob enfoque a pecha que lhe foi irrogada pelo recorrente, voto pelo não conhecimento do recurso especial.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator.

A respeitável sentença determinou o pagamento de aproximadamente 70.000 ORTNs. Efetuado o pagamento um ano depois, entretanto, o valor não correspondeu à quantia que deveria fazê-lo. A não se dar a conclusão do eminente Relator, no sentido de ser feito o pagamento da diferença, estaria contornada a obrigação condicional da indenização justa.

Acompanho S. Exa.

VOTO

«Desapropriação. Correção monetária. Liquidação. Inaplicabilidade de norma do art. 26, § 2º, do DL 3.365/41, na atualização do cálculo».

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Acompanho o Sr. Ministro Relator.

Devo esclarecer, entretanto, que nunca concordei com a jurisprudência da Egrégia Corte Suprema no sentido de só mandar corrigir o cálculo se o pagamento tiver sido efetuado há mais de ano. (DL 3.365/41, art. 26, § 2º). A norma indicada não tem, ao que penso, aplicação, no caso, ou no ponto em que a causa se encontra. Aliás, essa norma de só mandar corrigir após um ano do laudo, há de ser interpretada hoje com temperamentos, tendo em vista a Lei nº 6.899, de 1981, que determina a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial.

Com essas brevíssimas considerações, adiro ao voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, estou inteiramente de acordo, inclusive com os adinículos de V. Exa.

Acho um absurdo esse espaço de um ano para depois se calcular a correção monetária devida, *data venia*.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 493 — PR — (Reg. nº 89.0009252-9) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Rectes.: Estado do Paraná e outro. Recdos.: Rafael Stetchechen e outros. Advs.: Drs. Roberto Caldas Alvim de Oliveira e Jacy Gabardo e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 30-8-89 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Carlos Velloso, Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.



RECURSO ESPECIAL Nº 513 — SP (Registro nº 89.0009366-5)

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

Recorrente: *Lanches Campo Bello Ltda.*

Recorrida: *Flávia Chermont Ararigboia*

Advogados: *Drs. Rogério Blanco Peres e outros e Marcelo Guimarães da Rocha e Silva*

EMENTA: *Apelação. Apresentação no prazo. Autos devolvidos após. Tempestividade.*

Não configura intempestividade da apelação a devolução dos autos após o prazo do recurso, desde que a petição recursal tenha sido protocolizada no prazo legal.

Precedente do STF: (RE 79.378, Rel. Min. Bilac Pinto).

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e

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

Custas, como de lei.

Brasília, 5 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, - Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: O V. acórdão recorrido guarda o seguinte teor:

«Vistos, relatados e discutidos estes autos, em grau de Apelação com revisão nº 250.831/4, da Comarca de Santos, em que é apelante Lanches Campo Bello Limitada, sendo apelada Flávia Chermont Ararigboia:

Acordam, em Oitava Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, adotado o relatório de fls. 114, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

A apelante retirou os autos de cartório para preparar a apelação e, no último dia do prazo protocolou o recurso. Os autos, todavia, só devolveu dois dias depois de escoados os 15 dias.

Considerando que os autos não estavam em cartório, mas sim retidos com o advogado da recorrente, perdeu a eficácia a protocolização da apelação, até porque, sem o processo, não podia ser entranhada a petição. É como se o recurso tivesse sido ajuizado no mesmo dia em que o processo foi devolvido.

A intempestividade da apelação seria mais vistosa se o advogado tivesse retido os autos, v.g., por 30 ou 40 dias. O princípio, todavia, é o mesmo.

Isto posto, não se conhece do recurso.

Presidiu o julgamento o Juiz Cunha Cintra e dele participaram os Juizes Mello Junqueira (Revisor) e Martins Costa.

São Paulo, 7 de março de 1989.

Narciso Orlandi, Relator» (fls. 117 a 117v.).

O recorrente interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, inc. II, a e c, da CF, alegando violação dos arts. 508 e 514 do CPC, além de dissídio jurisprudencial que aponta (fls. 149 a 153).

Pelo despacho de fls. 162 e 163, foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 168 a 174 e contra-razões de fls. 177 a 179, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Pacífica é a jurisprudência no sentido de que a devolução dos autos, pelo advogado, após o prazo do recurso embora a petição recursal tenha sido protocolizada no prazo legal, não acarreta a intempestividade deste, como entendeu o v. acórdão.

A intempestividade da apelação não é sanção da demora na devolução dos autos desde que o recurso tenha sido protocolizado no prazo legal.

Daí por que, além da violação dos arts. 508 e 514 do CPC, o aresto divergiu do RE 79.378, relatado pelo eminente e saudoso Ministro Bilac Pinto, em aresto assim ementado:

«Apelação. Apresentação no prazo. Autos devolvidos após. Tempestividade.

Correndo o prazo de apelação em cartório, é ela tempestiva quando, apresentada oportunamente, só foi anexada aos autos, que se encontravam em poder do apelante, depois de findo o prazo de recurso.

Recurso extraordinário provido» (fl. 154).

Acrescento, ainda, as RT 455/114; RT 574/82.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento a fim de que afastada a preliminar de intempestividade, a Oitava Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil, julgue a apelação como entender de direito.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, estou de inteiro acordo com o eminente Sr. Ministro Relator.

O Código de Processo Civil exige da parte recorrente que, devidamente formalizado o recurso, seja o mesmo levado ao protocolo do respectivo juízo. A circunstância de, eventualmente, os autos permanecerem em poder do advogado não enseja consequência de ordem processual, mas sim de ordem disciplinar ou administrativa.

EXTRATO DA MINUTA

RE nº 513 — SP — (Reg. nº 89.0009366-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Lanches Campo Bello Ltda. Recda.: Flá-

via Chermont Ararigboia. Advs.: Drs. Rogério Blanco Peres e outros e Marcelo Guimarães da Rocha e Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. (Em 5-9-89 — Quarta Turma).

Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 521 — SP

(Registro nº 89.9512-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Universidade de São Paulo — USP*

Recorridos: *Nelson da Silva e outros*

Advogados: *Drs. José Alberto Couto Maciel e outro e João Bernardino Garcia Gonzaga e outro*

EMENTA: Recurso especial. Súmula 443 — STF. Divergência.

I — Não se acha configurada a divergência entre a súmula 443 — STF e o acórdão recorrido.

II — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de setembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso especial convertido de recurso extraordinário, o qual foi processado por força de acolhimento de arguição de relevância, por se tratar de prescrição de vantagem funcional.

A Universidade de São Paulo apresentou suas razões do recurso — fl. 1108 — demonstrando o cabimento, seu recurso destaca nas razões a divergência da decisão recorrida com a Súmula 443 do Supremo Tribunal Federal.

Os recorridos sustentam o descabimento do recurso e a não ocorrência da prescrição da vantagem funcional.

Pronunciamento do Ministério Público Federal junto ao STF opinando pelo não conhecimento e remessa a este Tribunal.

Despacho do eminente Ministro Octávio Gallotti às fls. convertendo o recurso em especial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O feito está bem instruído a partir das razões do recurso processado por força da arguição de relevância, razões da recorrente que sustentam a divergência da decisão recorrida com o verbete 443 do STF e contra-razões opostas propugnando pelo descabimento do recurso.

Entendo que a questão de direito intertemporal se aflora, posto que, o presente recurso deve ser examinado à luz das normas regentes à época da interposição do recurso e não sob a ótica das regras novas de admissibilidade recursal.

A Constituição nova adotou outro recurso, o especial, diverso daquele da Constituição precedente, o extraordinário, cujos pressupostos são diferenciados, daí que não adoto a corrente que admite a aplicação da regra nova do recurso interposto na vigência de norma precedente.

A jurisprudência tem se posicionado a respeito dessa linha de pensamento, de que o recurso cabível «regula-se pela norma legal da do ato recorridível» — RTJ 81/851 e RTJ 81/865; RT 559/11.

Os recursos são definidos pela lei em vigor no dia do julgamento ou à data da publicação da decisão.

O direito ao uso do recurso fica à disposição do vencido à data do julgamento, dele podendo fazer uso.

Ora, se lei nova altera as regras ou pressupostos de admissibilidade recursal em benefício do vencido, afeta direito do vencedor da causa à data do julgamento, o que seria inadmissível.

De tudo, entendo que as restrições do art. 325 do RISTF quanto à admissibilidade do recurso extraordinário ainda se mantêm eficazes relativamente às decisões proferidas ao tempo de vigência da Constituição precedente.

As restrições objetadas no art. 325, do RISTF, aplicam-se, portanto, aos julgados recorridos até o advento da atual Constituição.

No caso presente o r. despacho de fls. inadmitiu o recurso interposto ao fundamento de não versar a questão nenhuma das hipóteses elencadas nos I a X do art. 325 do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental 2/85, com o qual me ponho de acordo.

Por outro lado, o recurso foi processado por força do acolhimento da arguição de relevância, cujo acolhimento não afasta do recorrente o atendimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso — RE 100.341-RS, *in DJ* 30-9-83; RE 113.966-RJ, *in DJ* 30-10-87, RE 106.605-SP, *in DJ* 31-3-89; RE 108.567-SP, *in DJ* 8-5-87 e RE 109.656-SP, *in DJ* 4-12-87.

Frise-se, de outra parte, que o acolhimento da arguição de relevância não dispensa o recorrente de demonstrar os pressupostos do cabimento do recurso extraordinário (RTJ 113/460).

Por isso, sustenta a recorrente o cabimento do recurso por divergência com a Súmula 443 do STF, quando argumenta:

«5. Ao rejeitar a preliminar de *prescrição* afirmou a r. sentença de primeiro grau que a mesma se dá apenas em relação às prestações vencidas há mais de cinco anos, nestes termos:

‘Não ocorreu a preliminar de *prescrição* da ação. Não ocorreu porque os autores estão vinculados à ré, recebendo a gratificação de curso noturno, restando apenas a discussão acerca do seu valor. Ora, o caso é típico da relação de trato sucessivo, em que a *prescrição* apenas alcança as prestações vencidas há mais de cinco anos.’

E o v. acórdão recorrido salientou que:

‘A r. sentença merece subsistir pelos próprios e jurídicos fundamentos.

Apenas as irradiações patrimoniais, e não o próprio direito, como bem anotou o digno magistrado, estão sujeitas à *prescrição*. Houvesse ato formal de recusa da pretensão dos autores, então sim, passaria a fluir o lapso *prescricional* do próprio direito. Mas, no caso, inexistente semelhante ato explícito de negativa do direito, não equivalendo a tal o cálculo da vantagem discutida por um índice menor que o pretendido pelos autores.

Não procede, assim, a alegação de *prescrição*.’

Em embargos de declaração, a Recorrente assinalou que o v. acórdão embargado fora omissivo no que diz com a aplicação a *contrário sensu* da Súmula 443 do Supremo Tribunal Federal e em relação à incidência do artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, ressentindo-se o v. julgado da falta de julgamento explícito de tais matérias.

O v. acórdão, nos embargos de declaração, assim está expresso:

‘Dispõe o art. 1º, do Decreto nº 20.910, de 6-1-1932: ‘As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos *contados da data do ato ou fato do qual se originaram.*’

O v. acórdão disse: ‘Apenas as irradiações patrimoniais, e não o próprio direito, como bem anotou o digno magistrado, estão sujeitas à prescrição. Houvesse *ato formal de recusa* da pretensão dos autores, então sim, passaria a fluir o lapso prescricional do próprio direito. Mas, no caso, *inexiste semelhante ato explícito* de negativa de direito, não equivalendo a tal o cálculo da vantagem discutida por um índice menor que o pretendido pelos autores’ (fl. 917).

Assim, na verdade, o v. acórdão interpretou a disposição legal invocada, dando-lhe a interpretação cabível, segundo os fatos provados nos autos’ (grifado).

A argumentação do v. acórdão em relação à prescrição é juridicamente insubsistente, seja por incorreta interpretação do próprio pedido, seja por afronta à regra do artigo 1º, do Decreto nº 20.910, de 6-1-1932, seja por divergência com a Súmula 443 do Supremo Tribunal Federal.

Força é convir que a pretensão dos recorridos não está assentada em relação jurídica incontroversa, ou em direito inconcusso que lhes assegure os efeitos pecuniários periódicos reclamados. Ao contrário, o seu direito foi extensivamente infirmado pela Resolução nº 570, baixada pelo Reitor da Universidade de São Paulo em 26 de dezembro de 1974, *mais de cinco anos antes da propositura da ação, esta datada de 16 de março de 1983.*

Os recorridos — exceção feita a Joaquim Arruda Nogueira — tiveram sua designação para atender às tarefas respectivas nas Unidades Universitárias que ministram curso noturno em datas posteriores à publicação da Resolução nº 540/74, verificada em 27 de dezembro de 1974.

Ora, os recorridos alegam que a Resolução nº 570, de 27-12-74 lhes acarretou prejuízo, mas, na verdade, todos eles — exceção a Joaquim A. Nogueira — passaram a perceber a gratificação de curso noturno em 1975, 1976, 1971, 1980, 1981 e 1982, logo, muitos anos depois da edição da Resolução nº 540/74. Daí porque o prazo da prescrição começou a fluir desde a vigência daquele *ato normativo*. E uma vez decorridos os cinco anos previstos no artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, estava tal prazo irremediavelmente consumado, *verbis*:

‘As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, *bem assim todo e qualquer direito ou ação* contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, *seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.*’

Não é, pois, caso de se considerarem prescritas apenas as parcelas anteriores a cinco anos da propositura da ação, como diz o v. acórdão recorrido. Ao revés, tem aplicação na espécie o entendimento da Suprema Corte, *em sua composição plenária verbis*:

‘Se as prestações sucessivas dependem da anulação ou modificação do ato que lhes dá causa, *a prescrição da ação para anulá-lo ou modificá-lo envolve a das ações que persigam sucessivamente as mesmas prestações*’ (RE n.º 73.958-GB — TRIBUNAL Pleno — j. em 1-9-77, Relator Min. Xavier de Albuquerque, *in* RTJ 83/787-791).

Aliás, o v. acórdão conflita não apenas com a retrocitada posição adotada pelo Colendo Plenário, mas também com a iterativa jurisprudência da Suprema Corte que seguidamente tem enfatizado a diferença entre a prescrição do direito em si e a das parcelas sucessivas» (fls. 1111/1116).

Os recorridos contra-argumentam da seguinte forma: fls. 1137/1139.

«12. *Nenhuma aplicação — note-se bem terá aqui o art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32, consoante o qual «as dívidas passivas» da Fazenda, «bem assim todo e qualquer direito ou ação» contra ela, «seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram».*

Tal preceito não pode chocar-se com aquele art. 2.º da Lei de Introdução ao Cód. Civil.

13. Sobredito art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32 está cogitando de situação em que há *um ato ou fato* administrativos, de onde «se origina o direito»; e esclarece que, a partir desse ato ou fato, começa o prazo para reivindicar o direito dele decorrente.

Uma infinidade de hipótese aí cabem, sempre apresentando esta característica: *trata-se de algo circunscrito no tempo, ato ou fato delimitado*, desencadeando-se com ele a necessidade de agir dentro do prazo prescrito.

Os exemplos são fáceis: cobrança de imposto superior ao devido, ensejando pedido de restituição; desapropriação indireta, com direito a ressarcimento, aposentadoria errada, que se quer corrigir; indeferimento administrativo de certa pretensão; condenação em processo administrativo, que se pretende depois reformar, etc., etc.

14. Mas o art. 1.º do Decr. n.º 20.910/32 não se pode aplicar à hipótese de lei em vigor, que não está sendo respeitada.

E a razão é muito simples.

Quando há uma lei instituindo certo direito, este não desaparece após certo tempo — *porque prossegue sempre presente, em vigor, mantendo o direito dia a dia, a norma de que ele emana.*

Enquanto não regularmente revogada, essa norma permanecerá viva, atuante, de sorte que a cada momento, continuamente, ela ainda será *atual*, a conservar acesso também ao direito. A qualquer tempo, por isso, diremos que *há uma norma presente a ser reivindicada*, com o direito que ela gera.

15. Em circunstâncias tais, inexistente mero «ato ou fato» administrativos, de que se origina o direito, e a partir do qual o interessado deva reclamar.

Em vez, repita-se, o que temos agora é uma norma em vigor, sempre presente, e *essa norma (com o direito que nela se contém), é óbvio que não pode «prescrever».*

À evidência, pois, inexistente qualquer antinomia entre o art. 1º do Decr. nº 20.910/32 e o artigo 2º da Lei de Introd. ao Cód. Civil.

16. Se há uma norma ilegítima (porque discrepa de norma superior), ela não se pode considerar, nos termos daquele art. 1º do Decr. nº 20.910/32, «um ato do qual se origina o direito de ação.»

O «direito de ação», *in casu*, tem por base a norma superior, que prossegue viva, porque não validamente extinta.

17. Fica bem nítida a idéia em matéria de *vencimentos do funcionalismo*.

O direito ao vencimento (ou a parcelas dele) nunca se poderá perder, por motivo de prescrição. Se o funcionário, hoje, faz jus a determinado item remuneratório; com base em lei presente, que hoje lhe persiste mantendo tal direito — torna-se óbvio que o direito matriz, ao correto vencimento, não desaparecerá pela prescrição.

Se a lei, v.g., dá ao funcionário direito a certo adicional, que a Administração por erro não paga, sem dúvida a todo tempo o lesado poderá reivindicar tal benefício.

Se há um trabalho *atual*, que se renova dia a dia; se há uma lei *atual*, não regularmente revogada, que manda pagar de certo modo esse trabalho, como pretender que o funcionário, pela prescrição, perca o direito de invocar essa lei, que está em vigor?

18. Outra coisa, agora sim, são as *parcelas periódicas do vencimento*.

Cada vez que, infringindo a norma, a Administração sonega uma parcela mensal do vencimento, surge concreto «ato administra-

tivo» produtor de delimitada lesão, que coloca o interessado «num posto», e o obriga a reclamar no prazo legal, sob pena de perder o direito àquela prestação. Declara-o, aliás, o art. 3º do Decr. nº 20.910/32.

Essa parcela mensal se perde, mas não o direito matriz, ao correto vencimento, porque a lei que o determina prossegue vigendo» (fls. 1137/1139).

Bem, isto posto, faço transcrever o verbete da Súmula 443, do STF, *in verbis*:

«A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado ou a situação jurídica de que ele resulta.»

A decisão recorrida tem a seguinte ementa: fl. 916:

«2. A r. sentença merece subsistir pelos próprios e jurídicos fundamentos.

Apenas as irradiações patrimoniais, e não o próprio direito, como bem anotou o digno magistrado, estão sujeitas à prescrição. Houvesse ato formal de recusa da pretensão dos autores, então sim, passaria a fluir o lapso prescricional do próprio direito. Mas, no caso, inexistente semelhante ato explícito de negativa do direito, não equivalendo a tal o cálculo da vantagem discutida por um índice menor que o pretendido pelos autores.

Não procede, assim, a alegação de prescrição.»

O acórdão proferido nos embargos declaratórios em nada prequestionou a matéria — fl. 927 — mesmo que implícita qualquer matéria constitucional não ensejadora do apelo extremo.

Entendo, de tudo, não ocorrente no caso a divergência da decisão recorrida com o enunciado da Súmula do STF.

Assim, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: O procurador dos recorridos fez juntar aos autos decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida em recurso absolutamente idêntico ao posto à apreciação desta Turma e do qual pedi vista, assim ementada:

«EMENTA: O ato administrativo normativo que altera o percentual de gratificação devida pela prestação de serviço noturno diz respeito, não ao direito de receber essa vantagem (no caso incontroverso), mas ao valor dela e, como este não concerne ao fundo de direito (o de perceber a gratificação por prestar o serviço), mas à sua consequência (saber se o mon-

tante é maior ou menor), a prescrição atinge apenas as parcelas vencidas.

Recurso Extraordinário de que não se conhece, no tocante à alegada prescrição, por não se achar configurada a divergência com a Súmula 443, vencido nesse ponto o Relator, e por não haver sido prequestionado o tema relativo ao art. 116 da Constituição de 1967 (Emenda nº 1/69) nem contrariado o art. 8º, XVII, g da mesma Carta (autonomia universitária).»

Embora o meu entendimento seja acorde com o Sr. Ministro Octávio Gallotti, relator, que ficou vencido, curvando-me à orientação adotada pela Corte Maior, acompanho o Sr. Ministro Relator e não conheço do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente: A questão é bem conhecida do Supremo Tribunal Federal. No caso, não se trata de discutir o direito da gratificação e sim apenas o seu valor. A questão foi enfrentada, por exemplo, pelo Supremo no Recurso Extraordinário nº 110.419 na Seção de 8-3-89; no Recurso Extraordinário 93.875 cuja ementa é a seguinte:

«Prescrição quinquenal. Controvérsia sobre qual de duas leis (se a anterior ou se a posterior) é que se aplica para o cálculo de uma das vantagens incorporadas e proventos.

Inexistência, no caso; de negativa de vigência do artigo I do Decreto nº 20.910/32, uma vez que, em última análise o acórdão recorrido entendeu que, no caso, o direito à vantagem, que decorre de relação jurídica incontroversa e sobre a qual não houve decisão administrativa contrária a requerimento dos interessados, renasce, mensalmente, razão por que a prescrição diz respeito, apenas, às parcelas mensais. Interpretação que, no mínimo, é razoável (Súmula 400).»

No mesmo sentido, temos o Recurso Extraordinário nº 114.597/8, Relator o Ministro Octávio Gallotti (*Diário da Justiça* 14-4-89), cuja ementa é a seguinte:

«Prescrição de vantagem funcional.

Dissídio superado, ante o decidido pelo Tribunal Pleno, no RE nº 110.419 (Sessão de 8-3-89), onde ficou assentado que quando o ato administrativo impugnado apenas reduz o cálculo da gratificação (sem aboli-la) não concerne, então, ao fundo do direito, mas à sua consequência. Por isso, a prescrição só atinge as parcelas.

Recurso de que não se conhece, de acordo com a Súmula 356.»

Com essas considerações, acompanho o brilhante voto do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 521 — SP — (Reg. nº 89.9512-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Universidade de São Paulo — USP. Recorridos: Nelson da Silva e outros. Advogados: Drs. José Alberto Couto Maciel e outro e João Bernardino Garcia Gonzaga e outro.

Decisão: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli não conheceu do recurso (Em 13-9-89 — 1ª Turma).

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 524 — PR

(Registro nº 89.0009515-3)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Wilson Tozatti*

Advogado: *Dr. José Pereira dos Santos*

EMENTA: Penal. Perdão judicial. Natureza da sentença concessiva.

A função sancionadora da sentença condenatória, no processo penal, traduz-se na aplicação de pena. Sendo, no entanto, da essência do perdão judicial a não aplicação da pena, como se deduz dos dispositivos pertinentes do Código Penal, não se pode cogitar da condenação. A sentença concessiva do perdão judicial é extintiva da punibilidade, não sofrendo o réu nenhuma consequência penal. Interpretação dos arts. 107, IX, e 120, do Código Penal. Recurso conhecido pela letra c do permissivo constitucional e improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso pela letra a do art. 105, item III, da Constituição Federal, conhecendo-o pela letra c, mas lhe negando provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Contra o v. acórdão de fls. 85/91, da egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, que concedeu perdão judicial a Wilson Tozatti, e declarado a fls. 100/107, para, suprimindo omissão, fazer constar da decisão que «a natureza da benesse em questão é condenatória, sem produzir, entretanto, seus efeitos, inclusive os secundários», o *parquet* estadual manifestou recurso extraordinário, com espeque no art. 119, III, letras *a* e *d*, da Constituição, processado em razão do acolhimento da arguição de relevância.

Alçados os autos ao colendo Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público Federal emitiu parecer pelo conhecimento e desprovemento do recurso, em razão da ocorrência da prescrição, pela pena concretizada.

Em face da nova disciplina constitucional, o eminente Ministro Francisco Rezek determinou a remessa dos autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório, Sr. Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O recurso traz à balha o controvertido tema da natureza jurídica da sentença concessiva do perdão judicial.

A despeito de a Lei nº 7.209, de 1984, na significativa reforma que operou na Parte Geral do Código Penal, haver inscrito o perdão judicial entre as causas extintivas da punibilidade (art. 107, IX), com o declarado propósito do legislador de afastar as dúvidas existentes sobre o tema, como se lê em sua Exposição de Motivos (item 98), certo é que não restou superado o debate que se estabeleceu na disciplina anterior.

À corrente interpretativa que afirma tratar-se de sentença extintiva da punibilidade, não sofrendo, desse modo, o réu nenhuma consequência penal, contrapõe-se a que sustenta tratar-se de sentença condenatória, liberando, não obstante, o réu de todos os efeitos da condenação, para uns, subsistindo os efeitos secundários, para outros.

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal Federal, orientada exatamente no sentido dessa última posição, desde o acórdão de sua Segunda Turma no RHC nº 57.798, relatado pelo eminente Ministro Moreira Alves, foi reafirmada, na vigência da Lei 7.209/84.

No julgamento do Recurso Extraordinário Criminal nº 106.702-SP, verdadeiro *leading case*, examinou-se a inovação introduzida pela reforma penal, prevalecendo o voto do ínclito Ministro Oscar Corrêa, que assim concluiu:

«Desse exame — em que tivemos a preocupação de não reeditar o debate travado na doutrina e mesmo nesta Corte, senão no essencial à conclusão — parece-nos que a nova Parte Geral caminhou efetivamente no sentido da liberalização dos efeitos do perdão judicial. Não se pode ainda, contudo, admitir, em face dos textos vigentes — que não excluíram todos os efeitos da condenação — outro entendimento, para abarcar também os efeitos secundários, como pretendeu o acórdão recorrido; e embora pareça ter sido essa a intenção do legislador, como visto da «Exposição de Motivos» e da inclusão do item IX do artigo 107 do Código Penal».

Iniludivelmente, estabeleceu-se na redação dada ao art. 120 do Código Penal, ressaltando expressamente o efeito relativo à reincidência, o fundamento de que subsistem os demais efeitos secundários da condenação. É elucidativo, no particular, o magistério de Damásio de Jesus, invocado, aliás, no voto do Ministro Oscar Corrêa, *verbis*:

«É condenatória a sentença que concede o perdão judicial, que apenas extingue os seus efeitos principais (aplicação das penas privativas da liberdade, interdições de direitos, pecuniárias e medidas de segurança), subsistindo os efeitos reflexos ou secundários entre os quais se incluem a reponsabilidade pelas custas e o lançamento do nome do réu no rol dos culpados. Exclui-se o efeito da reincidência, nos termos do art. 120 do CP. Falando a disposição que «a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência», deixa claro a lei a pretensão de conceder-lhe a natureza condenatória, uma vez que a recidiva pressupõe condenação anterior. Além disso, excluindo somente o efeito de a sentença condenatória gerar a reincidência, permite o entendimento de que subsistem as outras conseqüências reflexas do decreto condenatório.»

Discordo. Como Celso Delmanto, entendo que a norma inserta no art. 120 do Código Penal, longe de indicar que subsistem os demais efeitos secundários, serve é de reforço à clara opção feita pelo legislador, ao incluir o perdão judicial entre as causas extintivas de punibilidade. Tal como dito na própria Exposição de Motivos, trata-se apenas de uma explicitação. Ressalvado expressamente que foi o efeito secundário mais gravoso, não faria mesmo sentido a subsistência dos demais. E, segundo princípio assente de hermenêutica, deve-se preferir a exegese que faz sentido à que não faz.

O voto-vencido proferido pelo eminente Ministro Rafael Mayer, no recurso extraordinário antes mencionado, foi mais feliz, quero crer, ao abordar a questão, no seguinte relanço:

«Não se tire do artigo 120 o entendimento de que nele se afastaria apenas a reincidência e não os demais efeitos secundários. O argumento desconsidera o conceito fundamental da extinção da punibilidade, sem precisar de acrescentar, com Maximiliano, que «o argumento a *contrario*, muito prestigioso outrora, malvisto hoje pela doutrina, pouco usado pela jurisprudência» (*Hermenêutica*, 9ª ed., pág. 243).

A interpretação deve ser fiel aos motivos do legislador que vê nesse dispositivo uma *explicitação*, e logo para afastar as dúvidas da jurisprudência, a fim de que não continue a sentença de perdão a produzir efeitos de sentença condenatória (item 98 da *EM* supra-transcrita). Com essas conotações é inegável que o art. 120 da nova lei penal tem inequívoco caráter de norma interpretativa, e assim deve ser entendido sem dificuldades. O dispositivo quer deixar claro e indiscutível que a sentença concessiva do perdão não tem caráter condenatório nem efeitos de condenação, justamente para superar as contradições doutrinárias e jurisprudenciais», (grifos no original).

Na verdade, não se pode atribuir carga condenatória à sentença concessiva do perdão judicial. Muito embora reconheça a ilicitude da conduta, e nem poderia ser diferente, pois, do contrário, impor-se-ia a absorção, nela não se divisa a função que a caracterizaria como sentença condenatória, qual seja a função sancionadora, que, no processo penal, traduz-se na aplicação da pena. A pena é a sanção característica da transgressão considerada crime, no dizer de Maggiore.

Com efeito, é da essência do perdão judicial a não aplicação da pena, como se dessume dos dispositivos pertinentes do Código Penal.

Isso tudo foi bem remarcado pelo eminente Ministro Rafael Mayer, ao asseverar que «se o caso é de perdoar não se há de condenar», para, em passo seguinte, rematando o raciocínio, concluir que «sem pena não há condenação, justo porque condenar penalmente é aplicar a pena».

Mais adiante, S. Exa. agregou um outro argumento irrecusável:

«Isso não entra em choque, antes se acomoda, com os dispositivos especiais que regulam os casos de perdão (art. nº 121, § 5º; 129, § 8º; 140, § 1º, I e II; 176, parágrafo único; 180, § 3º; 240, § 4º), pois, aí se diz que ao Juiz é facultado deixar de aplicar a pena, e não que extinga ou suste a pena que aplica. Se primeiro se aplicasse a pena, o que é condenar, para só depois perdoar, não se estaria, como diz, a lei, deixando de aplicar a pena, mas se estaria deixando de executar a pena que se aplicou, o que mais se chega ao *sursis* do que ao perdão».

Em linha de rigor, desde o advento da Lei nº 6.416 de 1977, que incluiu dois novos casos de perdão judicial no Código Penal (art. 121, § 5º e 129, § 8º), não há lugar para outro entendimento. Celso Delmanto, na

substancial monografia «Perdão Judicial e seus Efeitos» (RT 524/311), focalizou com toda propriedade esse ponto:

«Nas duas novas hipóteses de perdão judicial, ela dispôs: ‘... o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção se torne desnecessária’.

De modo expresse, reconhece a lei que a sanção penal, gênero do qual a pena constitui espécie, é desnecessária no caso de perdão judicial.

Basta isso, a nosso ver, para afastar definitivamente, daqui para a frente, as duas posições que antes tinham a sentença concessiva de perdão como sendo de natureza condenatória.

Se a sanção é desnecessária, tal significa que não há sanção, ou seja, que não existem conseqüências jurídicas penais de espécie alguma. Não havendo a própria sanção, não se pode cogitar dos seus efeitos penais principais (pena privativa da liberdade, pena de multa e pena acessória) ou reflexos (perda da primariedade, lançamento do nome no rol dos culpados, custas processuais etc.) (grifos no original).

Do exposto, Sr. Presidente, resulta a convicção de que a melhor exegese está com a corrente interpretativa que sustenta tratar-se de sentença extintiva da punibilidade a que concede o benefício do perdão judicial, não sofrendo, assim, o réu, nenhuma conseqüência penal.

Nessas condições, não conheço do recurso, pela letra *a* do permissivo constitucional. Demonstrado que foi, no entanto, o dissídio jurisprudencial, dele conheço, pela letra *c*, negando-lhe provimento. É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, o Sr. Ministro Relator destacou, com toda propriedade, que a vontade do legislador de 84 está expressa na exposição de motivos, que afasta, de todo, a possibilidade de se entender como sentença condenatória a qual dá perdão judicial.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 524 — PR — (Reg. nº 89.0009515-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Ministério Público do Estado do Paraná. Recdo.: Wilson Tozatti. Adv.: Dr. José Pereira dos Santos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso pela letra *a* do art. 105, item III, da Constituição Federal, conhecendo-o pela letra

c, mas lhe negando provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (12-9-89 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Dias Trindade, Anselmo Santiago (Juiz do TRF/1ª Região, convocado), William Patterson e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

— ● —

RECURSO ESPECIAL Nº 534 — SP
(Registro nº 89.0009580-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Recorrente: *Belcópia Off-set e Duplicação Ltda.*

Recorrido: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Edmundo Koichi Takamatsu, Heitor Serra Bezzi e outros*

EMENTA: «Tributário. ICM.

Tratando-se de imposto indireto, a sua restituição somente pode se dar quando comprovado, pelo contribuinte, que não transferiu o ônus respectivo ao comprador dos bens — (art. 166 do CTN e Súmula 546, do STF). Recurso desprovido».

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A sentença assim expôs a questão posta nos autos:

«1. Belcópia Off-set & Duplicação Ltda., firma comercial e importadora, propôs esta ação ordinária contra a Fazenda do Estado de São Paulo, pleiteando declaração de direito a crédito presumido do ICM, por importação de mercadorias isentas, tributadas por ocasião das saídas, a ser escriturado em seus livros fiscais.

Alegou que na conformidade do contido no contrato social, a autora atua no ramo do comércio de máquinas e artigos em geral para escritórios, sendo que para o funcionamento de suas atividades, importa imensas bobinas de papel sensibilizado para imagem monocromática, com gramaturas diversas. Tal matéria-prima, no processo de transformação industrial, é cortada, furada, adequando-se a diversos tipos de máquinas impressoras (off-set).

Disse ainda que importa também bobinas de poliéster já «entintadas» com tinta especial, adequada para impressão de caracteres magnéticos, as quais são também transformadas em fitas para uso em computadores, com características variadas, segundo os modelos próprios existentes no mercado.

Seguiu dizendo que essa matéria-prima importada, na forma do art. 5º, V, do Regulamento do ICM, é isenta do imposto por ocasião da entrada e que uma vez industrializada a matéria-prima, na saída das mercadorias, há incidência do ICM e do IPI. Conseqüentemente, a autora emite nota fiscal de venda, com destaque do ICM, recolhendo regularmente os tributos.

Não se creditando do ICM na entrada da matéria-prima, porém tendo que fazer o destaque do tributo na saída das mercadorias, tal situação acaba — assegurou a autora — ferindo o princípio fundamental que inspira e rege o ICM, qual seja o da não cumulatividade.»

Na decisão que a seguir proferiu o Dr. Juiz julgou a ação procedente, sendo de destacar-se, porque elucidativa dos fundamentos em que se alicerçou, o seguinte trecho:

«A prova produzida nestes autos ampara o pedido. Na perícia restou demonstrado que a matéria-prima importada pela autora foi efetivamente utilizada no processo de industrialização. Daí poder-se concluir que há de ser reconhecido o direito de crédito sobre as operações de entrada de matéria-prima importada e industrializada, segundo apuração pericial.

Assim sendo, o direito de crédito é concedido, na forma pleiteada, cabendo tão-somente excluir o contido nas notas fiscais de fls. 214 a 216 que não dizem respeito a matéria-prima para introdução no processo industrial. O real valor será apurado na execução, quanto às importações documentadas nos autos, todas anteriores a esta sentença, não alcançadas pela prescrição quinquenal.»

Interposto recurso pelo Estado de São Paulo, foi o mesmo provido com a motivação que passo a ler:

«Isto posto, dá-se provimento aos recursos de ofício e da Fazenda do Estado para julgar improcedente a ação, com inversão do ônus da sucumbência, prejudicado, via de conseqüência, o apelo da autora.

Assim é que, segundo destacou a Fazenda em suas razões, trazendo à colação o julgado inserto na «RJTJESP», vol. 86, pág. 229, a pretensão de direito a crédito decorrente de isenção objetiva, tem aspecto indissimulável de uma repetição de indébito tributário, instituto esse que tem pressupostos e requisitos a serem satisfeitos, para que legitimamente se obtenha o resultado pretendido, ou seja, os inculpidos no art. 166 do Código Tributário Nacional e na «Súmula» nº 546 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, segundo veio ali ponderado, com fulcro na perícia, inclusive, evidenciou-se nos autos a transferência a terceiros da carga tributária, sem que a autora suportasse qualquer ônus financeiro, sabendo-se, ainda, que somente se confere crédito do tributo se ocorreu anterior pagamento em operação antecedente.

Finalmente, já se firmou a jurisprudência, dado o objetivo normal da declaratória, da impossibilidade de se lhe conferir efeito equivalente ao da ação de repetição de tributos, como acabou por decidir a sentença, com indiscutível conteúdo condenatório.

Em tais condições, restam providos os recursos de ofício e da Fazenda, prejudicado o da autora.»

Opostos embargos de declaração que foram rejeitados, a autora interpôs recurso extraordinário, com apoio nas letras *a* e *d* da Constituição de 1967, argumentando quanto à letra *a*:

«No tocante a letra *a* do item III, art. 119 do CF/69, o V. Acórdão recorrido ao negar o direito ao crédito, violou o art. 23, II, da CF/69, eis que infringido o princípio constitucional da não cumulatividade.

Também o art. 175 do CTN foi violado, já que, ao negar o direito ao crédito do ICM, o V. Acórdão recorrido, negou vigência ao disposto naquele artigo, fazendo com que o instituto da isenção não fosse excludente do crédito tributário.

A questão relativa a ação declaratória, como vimos, violou o art. 292 do CPC, além de contrariar julgado trazido à colação.»

De referência à apresentação do recurso com apoio na letra *d*, apontou julgados do Supremo Tribunal Federal, pelas ementas, e assim os indicou:

«No RE 94.177-1-SP, RTJ, 555/251, a ementa-oficial decidiu que:

«Havendo isenção do imposto de circulação de mercadoria importada, não se pode na operação subsequente, cobrar o valor do imposto que seria devido, não fora a isenção tributária.

Tem, assim, o revendedor direito ao ato de destaque do valor isento, nas notas fiscais. Recurso Extraordinário a que se dá provimento».

Diz, ainda, este julgado que:

«... caso não se credite, estará pagando o ICM incidente sobre a matéria-prima importada, quando der saída ao produto final.»

Anteriormente, no RE 87.610-SP, cópia em anexo, o Min. Bilac Pinto em seu voto, já decidira que:

«em razão do princípio da não cumulatividade, pela mesma razão deve ser feita a dedução no caso de isenção da operação anterior. Assim não sendo, tornar-se-ia ineficaz a isenção.»

É que o imposto isento estaria sendo recolhido na operação subsequente. Dar-se-ia cumulatividade, contrária à natureza do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, que somente incide sobre o valor acrescido.»

A questão como enfocada pelo Colendo STF, como se vê destes 3 julgados, não se prende à repetição de indébito ou à transferência ou não do tributo a terceiro.

Prende-se, ao fato de que em não sendo autorizado o crédito, não há isenção, e estar-se-ia violando o princípio constitucional da não cumulatividade.

Destarte, o enfoque dado pelo aresto regional viola o art. 23, II, da CF/69, interpretando de forma divergente a questão da interpretação que foi dada pelo Colendo STF.

No RE 100.913-6 — PR — 1ª T. Min. Rafael Mayer DJ 2-3-84, e RT 586/244, assentou-se que:

«ICM. Isenção — Creditamento. A jurisprudência do STF se fez no sentido de que, havendo isenção do imposto em determinada operação, pelo seu valor se credita a empresa na operação subsequente.»

Basicamente, assentou-se, na esteira do entendimento jurisprudencial daquele Excelso Pretório de que a hipótese é de isenção e não de diferimento do ICM.»

O recurso extraordinário subiu ao Supremo Tribunal Federal em face do provimento de agravo de instrumento, e, oferecido parecer pela Procuradoria-Geral da República contra o seu provimento, foram os autos remetidos a este Tribunal em face da conversão de tal recurso em especial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A decisão, como se viu do relatório, teve vários fundamentos, dentre os quais sobreleva aquele apoiado no art. 166 do Código Tributário Nacional e na

Súmula 546, do Supremo Tribunal Federal, isto é, a impossibilidade de restituição do tributo pago indevidamente, quando não comprovado que o contribuinte que o fizera, tratando-se de imposto indireto, não recuperou o valor respectivo daquele que lhe adquiriu a mercadoria.

Ora, no caso dos autos, perícia levada a efeito no curso da instrução do processo constatou que a autora debitara o ICM ao comprador dos produtos por ela fabricados, o que torna inexistente a alegação de conflito do julgado com os acórdãos do Supremo Tribunal Federal indicados no recurso, pois nestes não se admitiu a restituição do tributo, quando comprovada a transferência do ônus respectivo para o comprador.

Basta tal fato para afastar a possibilidade de acolhimento do recurso, do qual conheço porque contraria à lei a decisão ao afirmar que o crédito do tributo em relação ao qual há isenção somente é possível se houver ocorrido pagamento em operação anterior, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 534 — SP — (Reg. nº 89.0009580-3) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recte.: Belcópia Off-set e Duplicação Ltda. Recdo.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Drs. Edmundo Koichi Takmatsu, Heitor Serra Bezzi e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (Em 20-9-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pedro Acioli, Geraldo Sobral e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José de Jesus. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.