

MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSOS

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 06 — RJ
(Registro nº 89.0008196-9)

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

Recorrente: *Banco Central do Brasil*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*

Litisconsórcio Passivo: *Maria Amélia de Oliveira Melo*

Advogados: *Drs. Carlos Roberto Batista de Oliveira e outros, Celso Augusto Fontenelle e outros*

EMENTA: RMS resultante de conversão do RE. Efeitos recursais pendentes. Direito adquirido.

1. O RE pode ser convertido em RMS, mesmo se interposto aquele antes de promulgada a nova Constituição, que recriou o segundo (CF, art. 105, II, b). A subsistência do recurso com outras vestes, de cabimento e efeito devolutivo mais amplos, é inovação benéfica e não supressiva, que não malfere a regra básica do direito subjetivo ao recurso autorizado pela lei do dia da sentença. Precedentes anteriores e atuais do STF. Inexistência do chamado argumento de autoridade, por se tratar da aplicação de preceito com eficácia constitucional pelo seu intérprete máximo e porque a CF, considerados os mesmos valores, entende que lhes basta o RMS como tutela necessária.

2. Recurso de terceiro prejudicado conhecido e provido em benefício do princípio de que a eficácia natural da sentença distingue-se da autoridade da coisa julgada, sendo que a primeira vale para todos e a segunda forma-se e existe apenas para as partes.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso como ordinário, à unanimidade, dar provimento ao recurso para conceder a segurança, 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 e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Adoto como relatório o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, do seguinte teor:

«A autarquia bancária requereu segurança, buscando invalidar ato do MM. Juiz da Primeira Vara de Família da cidade do Rio de Janeiro, que a estava compelindo a cumprir determinado acordo celebrado entre um funcionário aposentado da entidade e sua esposa, por ocasião da separação judicial consensual, que propiciava à mulher continuar, como dependente do servidor, mesmo após o divórcio, beneficiando-se das vantagens da assistência médico-hospitalar, auxílio este vedado, expressamente, nas circunstâncias dadas, por disposição normativa interna do BCB. 2. A E. Sexta Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro rechaçou o *mandamus*, ao fundamento, preliminar, de a Súmula 268, do Excelso Pretório, acentuar ser incabível o «*writ*» contra decisão judicial com trânsito em julgado, como no caso e, no mérito, o questionado regulamento do Banco Central estar em aberto conflito com a lei que rege o Direito de Família. 3. A Impetrante também malogrou nos embargos de declaração, por via dos quais pretendia ver esclarecidos dois pontos do V. Acórdão da E. Corte Estadual, ou seja, que a r. sentença homologatória do desquite, bem assim, a de conversão em divórcio, não a poderiam atingir, de vez que ela não fora parte nas demandas, de sorte a restar inaplicável, no particular, o mencionado verbete sumulado, além de pleitear a rigorosa identificação do sustentáculo legal, que impediria a legítima eficácia da norma regulamentar malsinada. 4. Daí, a interposição do recurso extraordinário, que somente foi alçado à Corte Suprema, por conta da admissão do agravo manifestado contra o r. despacho que recusou o seguimento do apelo extremo. 5. Em face do advento da nova Constituição da República e da subsequente instalação do E. Superior Tribunal de Justiça, o E. Ministro Relator da irrisignação

derradeira, no C. Supremo Tribunal Federal, ordenou a remessa dos autos a essa E. Corte, agora competente para apreciar a insurgência em tela, como recurso ordinário (CF-88, art. 105, inciso II, alínea b). 6. *Preambularmente*, de assinalar que, por indicação da própria Requerente da segurança em foco, na Inicial (fl. 7), foi postulada a citação do ex-servidor do Banco e de sua ex-esposa, como litisconsortes passivos necessários (Lei nº 1.533/51, art. 19 e CPC, art. 47), pois sofrerão as conseqüências de eventual sucesso da impetração, resultando apenas convocado o ex-cônjuge-feminino, que inclusive, respondeu (fls. 79/84). Para o ex-marido, a despeito de insistente cobrança da precatória expedida (fls. 76, 86/95), não se havendo manifestado no processo, nem se tendo notícia de sua efetiva citação, a r. decisão da E. Corte a quo deixa insanável lacuna, pois é nula, ante o prematuro julgamento do feito. 7. *No mérito*, se a ele fosse possível chegar, igualmente sujeito, permissa venia a reparos, o V. Aresto hostilizado. Com efeito, inteiramente inviável a aplicação, à espécie, da Súmula 268, do C. STF. Deveras, não sendo o Banco Central parte na separação judicial de seu servidor inativo, nem, tampouco, na conversão em divórcio, a teor da lei instrumental civil, art. 472, as rr. sentenças aludidas não poderiam alcançá-lo, não fazendo contra ele coisa julgada. 8. Do mesmo modo, a suscitada contrariedade da lei de Direito de Família, que obstaría o preceito regulamentar a produzir as suas conseqüências jurídicas, concessa venia, inexistente. 9. Realmente, o Código Civil, em seu art. 231, inciso III, impõe aos cônjuges (não ao Banco Central), o dever de «mútua assistência. Ao marido (não ao Banco Central) no art. 233, inciso IV, o dever de «prover a manutenção da família» e no art. 234, o dever de «sustentar a mulher», preceitos repetidos na Lei 6.515/77, sempre onerando o cônjuge-varão, quando responsável pela separação. Nunca terceiros, salvo se, voluntariamente, houverem assumido tal encargo, o que, decididamente, não é o caso de que se cuida. 10. Muito a propósito, as normas regulamentares internas da autarquia bancária, que na visão do V. Aresto impugnado, estariam afrontando as regras do Direito de Família, data venia, nada têm de irregular. De fato, o Estatuto dos Funcionários do Banco Central (fls. 21/49), editado em consonância com o previsto na Lei nº 4.595/64, art. 52, § 1º, prevê em seus arts. 97 e 98 (fl. 44), que o programa de custeio dos benefícios será suportado por recursos públicos e constará de regulamentação própria, disciplinado pelo denominado PGBS (fls. 16/18), que limitou, para a esposa, os benefícios, *salvo se, em separada judicialmente*, houver expressa manifestação do servidor em contrário (que não se verificou, no caso) e a *excluiu sempre*, no item IV, na hipótese de *divórcio* (fl. 18). 11. Ora, não havendo qualquer contribuição financeira do funcionário em reportados benefícios, pretender que a autarquia suporte, às suas expensas, ditos encargos, seria conven-

cionar, no distrato matrimonial, ônus para terceiros, não consultados a respeito, nem obrigados a tanto. 12. Nestas condições, merece prosperar o apelo em questão, a fim de que não subsista o V. Acórdão recorrido.» (Fls. 147/149).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): O presente recurso ordinário resultou da conversão automática do recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal, e remetido a esta Corte, ex vi do disposto no art. 105, II, b, da Constituição.

Este recurso constitucional, que se interpõe das decisões denegatórias de mandado de segurança, proferidas em última instância por tribunais locais ou federais, transmuda o Superior Tribunal de Justiça em segunda instância especial e é ordinário secundum eventum litis, instaurando-se com ampla devolução para o julgamento da causa.

A causa, aqui, não influi no cabimento desse recurso, mas baseia-se na garantia fornecida pelo mandado de segurança, de rápida restauração ao direito líquido e certo pretendidamente violado, que não é federal, estadual ou municipal e sim constitucional, possibilitando, ademais, a ampla devolução do que foi decidido, independentemente de outro pressuposto que não a sucumbência (Cf. Frederico Marques, *Instituições*, vol. IV, 2ª ed., Rev. Forense, 1963, págs. 357/362).

Daí porque se impõe o reexame de todas as nugas processuais que assaltaram este singelo litígio, nascido de u'a sentença homologatória de divórcio consensual, em que se viu envolvido o Banco Central do Brasil, em seu programa de benefício-saúde, porque o cônjuge-varão era seu funcionário e incluiu no acordo a cláusula 7, assim redigida:

«7. O cônjuge mulher continuará usufruindo os benefícios da assistência médico-hospitalar do Banco onde o cônjuge varão trabalha ou venha a trabalhar.» (Fl. 11).

O Banco não foi chamado aos autos do divórcio, et pour cause, mas sofreu os efeitos da sentença homologatória do acordo, em que o seu finório funcionário achou por bem transferir-lhe uma parcela das suas obrigações maritais.

Como não foi possível ao Banco defender-se, valeu-se dos limites subjetivos da coisa julgada. E, na qualidade de terceiro, que não participou da relação processual inter volentes, deixou de cumprir a decisão e impetrou o presente MS, no qual sustentou a perda, pela mulher, da condição de beneficiária da assistência médico-hospitalar, por ele instituída e mantida.

De fato, consta do seu Programa Geral de Benefícios-Saúde (PGBS, atualmente atendendo pela sigla FAPES), no Manual de Serviço do Pessoal

— MSP — 13.4, à fl. 18, entre outras, o divórcio como ocorrência determinante da exclusão da ex-mulher como dependente do marido-funcionário.

Mas, aquilo que parecia simples se complicou, pois a Egrégia 6.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio houve por bem denegar a segurança por incabível, nos termos da Súmula n.º 268, do STF, é dizer-se, por haver sido impetrado o «writ» contra decisão judicial com trânsito em julgado (fl. 98).

Ao manifestar embargos declaratórios ao acórdão, o Banco sustentou, com razão, que não podia ter interposto qualquer recurso da sentença proferida nos autos da separação judicial, porque, de acordo com o art. 472, do CPC, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, que não tiveram posição no processo e podem, até mesmo, ignorar a sua existência.

O princípio que informa esse art. 472 justifica-se no mais elementar sentimento de justiça, conforme salienta Amaral Santos (*Comentários*, IV, vol., Forense, 1.^a ed., 1976, pág. 486), liberando de subordinação o terceiro, que poderá reagir quando a sentença o prejudicar. Ora, é possível que o terceiro até conheça a existência da sentença e dela venha a sofrer um *prejuízo de fato*. Mas isso não justifica que lhe cause um *prejuízo jurídico*, se obrigado fosse a suportá-lo.

Passando pela clássica teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada, de Ihering, e de outros mais, que surgiram com Chiovenda, Betti, Segni, Rendenti e Carnelutti — tão importante é o tema — chegamos ao aprimoramento trazido por Liebman, que distingue a eficácia natural da sentença da autoridade da coisa julgada, donde extrai dois princípios:

- a) a eficácia natural da sentença vale para todos;
- b) a autoridade da coisa julgada forma-se e existe somente para as partes.

Daí porque somente a eficácia natural da sentença alcança o terceiro, e não a coisa julgada. Este, se prejudicado pela sentença, à mesma poderá opor-se, desde que tenha um interesse jurídico em conflito com a decisão proferida e desse conflito resulte prejuízo jurídico (Cf. Amaral Santos, *Comentários*, IV vol., Forense, 1.^a ed., 1976, págs. 488/491).

O Banco, ora recorrente, inclui-se na categoria do terceiro prejudicado pela eficácia natural da sentença, não ocorrendo, porém, quanto a ele a coisa julgada. Esta afirmativa infirma, pois, a decisão recorrida, quando alega preclusão, sendo razoável que o terceiro reaja. E nada impede que o faça pelo MS, desde que tempestivo.

O acórdão recorrido foi além:

«No mérito, a denegação também se imporá, pois, não pode o impetrante em seu regulamento pretender fazer uma distinção em matéria de direito de família contrária à lei.» (Fl. 98).

O prejudgamento é inadequado, mas importa seja assim mesmo examinado. O *regulamento* a que se refere é o Estatuto dos Funcionários do Banco Central, aprovado pelo Conselho Monetário Nacional (fl. 23), e não afronta qualquer norma de direito de família, ao dispor que a mulher divorciada deixa de figurar como dependente do marido, tanto mais porque é sabido não haver contribuído o *casal* para o custeio do Programa Geral de Benefício Saúde. Se anteriormente fora assim, já não mais é, devido às decisões tomadas nos dissídios coletivos.

De qualquer modo, vale ressaltar que o regulamento citado, na parte em que exclui a mulher divorciada, não contraria os arts. 231, III, e 233, IV, do Código Civil, ou seja, o dever de mútua assistência, tanto mais porque a obrigação do marido se cumpre com recursos próprios e não de terceiros.

Ao decidir os declaratórios, a mesma 6ª Câmara esclareceu que o Banco teria substituído a ação rescisória pelo mandado de segurança (fl. 106). Mas não é bem assim, pois os atos judiciais em que a sentença for meramente homologatória não autorizam a ação rescisória (art. 486, do CPC), mas sim a ação ordinária de nulidade ou de anulação, como na hipótese da separação consensual (RT 499/109).

Por fim, resta examinar o tópico do parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, que reputou *prematureo* o julgamento da causa pela Egrégia 6ª Câmara, pois o ex-marido não foi citado para integrar os autos do mandado de segurança.

Mas não ocorreu essa prematuridade. O relator, Des. Basileu Ribeiro Filho, mandou citar o casal. A mulher foi citada, porém, o ex-marido não, por obstáculo judicial. Expediram-se várias cartas precatórias e ofícios para a Bahia, sem êxito. E isso aconteceu num período de tempo superior a dois anos (fls. 76/95).

De qualquer modo, o ilustrado parecer é, de *meritis*, pela reforma da decisão recorrida (fl. 149).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para conceder a segurança. É como voto.

VOTO (PRELIMINAR)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Adotamos, de modo uniforme, parece-me, o princípio de que o que disciplina o cabimento de recursos, quer ordinários quer extraordinários, é a lei vigente ao tempo da sentença, *com a publicação*. Sublinhei a expressão *com a publicação*. Nesta 3ª Turma, decidimos, nesse sentido, dois casos, em grau de recurso ordinário, não conhecendo dos respectivos recursos. Um, o RMS-01, Sr. Ministro Cláudio Santos, o outro, o RMS-04, de minha relatoria. Sem falar, certamente, dos inúmeros agravos de instrumento, despachados por nós, Ministros componentes da 2ª Seção, lembrando sempre dito princípio, que Paul

Roubier resumiu nessa magistral frase: «La loi qui règle les formes et les effets du jugement est la loi du jour du jugement». Eu mesmo, por despacho, neguei seguimento aos REsps 354 e 402, tirados, um e outro, como recurso especial, quando ainda cabível o recurso extraordinário. Entendi então presente o erro grosseiro, circunstância que impedia que um recurso fosse tomado por outro.

Na espécie sob exame, foi interposto o recurso extraordinário, porque, à época, ainda não instalado o Superior Tribunal de Justiça. Não posso conhecer deste recurso como ordinário, não obstante ter o Supremo Tribunal Federal mandado que assim se proceda.

Em preliminar, não conheço do recurso.

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Gostaria que o Ministro Nilson Naves explicasse por que não seria de se conhecer desse recurso como ordinário, desde que ele subiu ao Supremo, que se manifestou com fulcro no art. 27, § 1º, do ADCT.

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: O que nós temos entendido aqui é que o recurso cabível é o recurso extraordinário. Não posso transformar este recurso num recurso ordinário...

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Um esclarecimento ao eminente Ministro Nilson Naves: no caso que relatei ocorreu exatamente o contrário. O recurso interposto pela parte foi um recurso ordinário, quando ainda não instalado o Superior Tribunal de Justiça.

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Ministro Cláudio Santos, dando continuidade aos esclarecimentos de V. Exa., peço licença para aduzir que o recurso ordinário em mandado de segurança veio atender não somente às aspirações dos advogados e das partes como também ao que Pontes de Miranda chamava de os riscos da *estadualização* das decisões. Tratando-se, outrossim, de instituto de índole constitucional, à semelhança do HC, impunha-se o reexame de suas decisões denegatórias, sem os empecos criados pelo STF ao conhecimento e julgamento dos recursos extraordinários.

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Ao invés de conhecer como recurso extraordinário, estou conhecendo como recurso ordinário, sem divergir da decisão do Supremo Tribunal Federal, que afinal de contas é quem dá a última palavra na interpretação da Constituição. Essa decisão do Supremo não foi outra, a não ser a interpretação da Constituição Federal.

Submeto a matéria em destaque nessa preliminar de conhecimento, de acordo com o voto do eminente Ministro Nilson Naves.

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Mas a questão não se altera, pois o princípio é o da lei vigente, ao tempo da sentença.

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Altera, porque no primeiro seria erro grosseiro, permita-me V. Exa.

VOTO PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, em princípio, parece-me que o Ministro Nilson Naves teria razão. Temos entendido que o recurso se rege pela lei do tempo da decisão e, se assim é, se a parte tinha direito ao recurso extraordinário, não seria possível convolá-lo em recurso mais amplo, como seria o ordinário. Alguém que não teria acesso ao Tribunal Superior, passaria a tê-lo, o que contraria os princípios tidos como assentes em matéria de direito intertemporal.

No caso, entretanto, teríamos dificuldade capaz de conduzir a um impasse. O recorrente alegou ofensa à Constituição e à lei.

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Não alegou ofensa à Constituição.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Alegou. Data venia, alegou. Art. 153.

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Mas em função da lei ordinária.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Não estou dizendo que esteja bem feita a alegação.

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): De qualquer maneira, poderíamos remeter ao Supremo.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Não poderíamos remeter ao Supremo, se o Supremo já remeteu a nós. Se nós negássemos a segurança, ou não conhecêssemos do extraordinário, relativamente à matéria infraconstitucional, o que faríamos com a outra parte do recurso?

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Isso dependeria muito da intervenção da parte.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Em recurso ordinário, podemos examinar a matéria constitucional.

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Presidente e Relator): Mas nós não estamos examinando matéria constitucional. Aqui não. Estamos examinando apenas textos do Código Civil. O confronto é entre os Estatutos do Banco Central e o Código Civil na parte de proteção ao cônjuge, à família etc. Esta parte está resolvida. Passei ao largo da matéria constitucional.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Perfeito, mas poderia suceder que a Turma não se pusesse de acordo com o entendimento de V. Exa. e negasse provimento ao recurso. Tratando-se de recurso especial, decidiria apenas quanto à matéria legal e teria que remeter ao Supremo Tribunal Federal para decidir a parte constitucional.

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Também estou pensando desta maneira. A questão me preocupa. Tenho como ponto mais relevante para as minhas decisões o princípio da efetividade do processo, dentro do qual se inclui a questão dos recursos. Nós estamos diante de um caso concreto. Qual é o caso concreto? Esta matéria foi ao Egrégio Supre-

mo Tribunal Federal. Se de índole constitucional, o Supremo já a apreciou, disse que não seria e remeteu...

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O Supremo decidiu que o recurso extraordinário, em mandado de segurança, transformou-se em recurso ordinário. Decisão preclusa.

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Para ele, pois a parte aí está recorrendo. Estou falando na questão do princípio da efetividade do processo. A matéria foi ao Supremo. Ele poderia ter desdobrado, se houvesse antevisto...

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Não desdobrou porque considerou que ficou convolado em ordinário.

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sim, se para ele foi convolado em ordinário e estamos sempre discutindo, em sede de mandado de segurança, neste caso concreto, não relacionado com a parte envolvida no processo originário, mas com um terceiro que invoca o princípio constitucional do mandamus para defender-se quanto aos efeitos de uma sentença, que ele entende que não pode atingi-lo, pelo princípio de efetividade do processo, por que não aceitar o caso concreto e não criar esta distinção neste caso específico? Se já veio, a este STJ e o Supremo já apreciou a competência é nossa para decidir. Não estou dizendo que decidiu isso às expressas. Ele decidiu implicitamente, porque o recurso foi para ele. Recebi um memorial do Banco Central...

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Data venia decidi expressamente que o recurso extraordinário transformou-se em ordinário e no recurso ordinário examina-se tudo, matéria constitucional ou não.

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Desculpe-me, mas o que V. Exa. tem em mãos?

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Os autos.

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Estou me louvando apenas no memorial que recebi do Banco Central.

V. Exa. poderia ler.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO:

«Questão de ordem

.....

..... recurso ordinário.»

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Põe-se a questão dentro daquela forma como temos decidido aqui todas as demais.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O Supremo decidiu que recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança, na realidade, é como se recurso ordinário fosse, e assim deve ser processado e julgado.

ESCLARECIMENTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Presidente e Relator): Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, talvez possa eu arredar as dúvidas que o assaltam. Se houve decisão do STF, transformando o RE em RMS, cabia à parte opor-se não à mesma e não a nós, de ofício, tanto mais porque, se tal fosse possível, esbarraríamos com a preclusão.

VOTO PRELIMINAR

Ô EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Também me inclino por esta solução, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, por um órgão seu — o Relator é um órgão — decidiu que o recurso estava convalidado em recurso ordinário. Há que se cumprir a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal.

Conheço do recurso como ordinário.

VOTO PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, quase antecipei a minha posição ao votar, porque ficando dentro do princípio da efetividade do processo, se o Egrégio Supremo Tribunal, competente para apreciar a questão, de índole constitucional, não o fez, ou se o fez inadequadamente, já não nos cumpre, aqui, questionar sobre tal entendimento.

Por essas razões, neste caso, acompanho V. Exa., conhecendo o recurso como ordinário.

VOTO-PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, já prestei esclarecimentos sobre o caso de que fui Relator. Apenas acrescento o seguinte: aquele recurso não transitou pelo Supremo. Ele foi encaminhado como tal, quer dizer, como recurso ordinário interposto antes da instalação do Superior Tribunal de Justiça, quando, por força das disposições do art. 27 do Ato das Disposições Transitórias, não existia o STJ para apreciar aquela manifestação recursal.

No caso, como o recurso cabível era o extraordinário, na época, e a parte não pode ser prejudicada por isso, tendo em vista que o Supremo o converteu em ordinário e por outras razões já expostas pelos que me antecederam, conheço do recurso como ordinário.

É o voto.

VOTO MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, vencido na preliminar, acompanho V. Exa. quanto ao mérito.

VOTO MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Com todo respeito, parece-me que a questão diz, em princípio, com exigência fundamental do processo que é a bilateralidade, a instauração válida da relação processual. A dificuldade de citação não a faz dispensável. A lei fornece os instrumentos. Se o réu se esconde, faz-se citação com hora certa; se desaparece, possível a citação por edital.

Ocorre, entretanto, que o litisconsórcio só se impõe quando a decisão vá repercutir diretamente em relação jurídica de que o terceiro seja parte, o que não ocorre no caso. A relação jurídica litigiosa seria entre o Banco Central e a mulher que faria jus aos questionados benefícios. Considero realmente dispensável a citação do marido, desde que a da mulher se fez.

Quanto ao mérito, parece-me que houve um equívoco. Em primeiro lugar, não há coisa julgada. Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, na qual não existe coisa julgada. Outros Códigos de Processo diziam-no expressamente. O de Minas Gerais, por exemplo, consignava que não faziam coisa julgada as decisões relativas à chamada jurisdição graciosa. O Código atual di-lo de maneira implícita ao afirmar que a decisão que julgar a lide faz lei entre as partes nos limites da lide e das questões decididas. Ora, tratando-se de jurisdição voluntária não há lide.

Em segundo lugar, se houvesse coisa julgada, haveria de conter-se nos respectivos limites subjetivos. Velha regra, que vem das ordenações, é de que a sentença não beneficia nem empece senão às partes entre as quais é dada.

Acompanho V. Exa., dando provimento ao recurso para conceder a segurança.

VOTO MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, também acompanho V. Exa., mas quero adotar, com a vênia do eminente Ministro Eduardo Ribeiro, os adminículos trazidos por S. Ex.^a para o julgamento.

VOTO MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, ultrapasso essa questão da falta de citação do ex-marido, porque sempre entendi que não há propriamente um litisconsórcio necessário da parte contrária nos mandados de segurança requeridos contra ato judicial. O que há é a necessidade do equilíbrio dos litigantes no processo, do tratamento igual das partes, a fim de que uma não seja surpreendida por força de decisão proferida em mandado de segurança interposto por outra parte a respeito da questão debatida no processo principal.

Litisconsórcio mesmo, não consigo vislumbrar, porquanto não vejo a identidade entre o interesse do Estado, que é a parte passiva no mandado de segurança, e o da parte, que tem interesse na permanência de uma determinada decisão.

Considero tranqüila essa questão, uma vez que, como demonstrou o Ministro Eduardo Ribeiro, parece que o cidadão em si não tem interesse na questão. O interesse é mais da ex-mulher do que dele. Assim, rejeito a preliminar. Quanto ao mérito, acompanho integralmente o voto de V. Exa.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 06 — RJ — (Reg. nº 89.0008196-9) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Gueiros Leite. Recte.: Banco Central do Brasil. Recdo.: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Litisconsórcio passivo: Maria Amélia de Oliveira Melo. Advs.: Drs. Carlos Roberto Batista de Oliveira e outros, Celso Augusto Fontenelle e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso como ordinário, vencido nesta preliminar o Sr. Ministro Nilson Naves e, *de meritis*, à unanimidade, deu provimento ao recurso para conceder a segurança (Julgado em 5-9-89 — 3ª Turma).

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



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7 — DF

(Registro nº 89.0008257-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Recorrente: *Edivino Amorim da Silva*

Origem: *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*

Impetrado: *Governador do Distrito Federal*

Advogados: *Drs. Greice Leal Nunes e outro*

EMENTA: Administrativo. Bombeiro militar empossado como professor de Fundação Educacional. Transferência para a reserva remunerada *ex officio*.

O empregado de fundação instituída pelo Poder Público não exerce cargo público e sim emprego regido pela CLT, com o que não lhe é aplicável o disposto no art. 93, VIII, da Lei nº 7.479/86. 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, 8 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Edivino Amorim da Silva, militar da ativa do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, foi empossado como professor da Fundação Educacional do Distrito Federal e, por tal razão, requereu ao Governador do mesmo Distrito Federal a sua transferência para a reserva remunerada invocando em favor de sua pretensão o art. 93 da Lei nº 7.479/86, de acordo com o qual dá-se tal transferência sempre que o militar é empossado em cargo público permanente estranho à sua carreira.

Tal pedido foi indeferido pela autoridade e, inconformado, o peticionário requereu mandado de segurança afirmando assistir-lhe direito líquido e certo ao que pretendia, mandado de segurança que veio a ser indeferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em decisão cujos fundamentos foram assim resumidos na ementa do acórdão:

«*Ementa*: Mandado de Segurança. Militar da ativa. Contratação para emprego da Fundação Educacional do Distrito Federal. Direito não reconhecido pela Administração de transferência para a reserva sob o fundamento de inoccorrência da hipótese prevista no artigo 93, VIII, da Lei nº 7.479, de 2 de junho de 1986. Conceituação do cargo público permanente e sua incompatibilidade com emprego regido pela legislação trabalhista. Inadmissibilidade da transferência para a reserva do militar que assume emprego de investidura transitória por sua própria natureza. Hipótese por isso somente compatível com agregação. Segurança denegada.

Inconformado, interpôs recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal admitido como dirigido a esta Corte, onde foi oferecido parecer contra o seu provimento pelo Subprocurador-Geral Sylvio Fiorêncio.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): Estabelece o art. 93 da Lei nº 7.479/86, invocado pelo impetrante, ora recorrido:

«Art. 93. A transferência para a reserva remunerada, *ex officio*, verificar-se-á sempre que o bombeiro militar incidir os seguintes casos:

..... (omissis)

VIII — ser empossado em cargo público permanente estranho à sua carreira, cujas funções sejam de magistério».

Para assistir-lhe o direito pleiteado necessário será que se considere o emprego em Fundação como cargo público, o que é inadmissível pois, como ensina Helly Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 12ª ed. pág. 317):

«Se antes pairavam dúvidas sobre a natureza jurídica das fundações instituídas pelo Estado e sobre o seu posicionamento perante a Administração Pública, já agora, com o advento do Decreto-Lei n.º 900, de 29-9-69, que as declarou sujeitas aos arts. 24 e segs. do Código Civil e as retirou da Administração Indireta, mas as colocou sob a supervisão do Ministério a que estejam vinculadas (arts. 2.º, d e 3.º), ficou claramente indicado que essas fundações serão sempre pessoas jurídicas de personalidade privada, da espécie entes de cooperação, pertencentes ao gênero paraestatal, sujeitas ao controle administrativo da entidade estatal instituidora, por meio do órgão a que se vinculam, mas sem integrar a Administração Direta ou Indireta».

E adiante:

«Os empregados da fundação instituída pelo Poder Público não são funcionários nem servidores públicos: são simples assalariados no regime da CLT, beneficiários da previdência social e das normas acidentárias. Seus dirigentes, porém, em certos casos, podem ser considerados agente público (não funcionário, nem servidor público) conforme o modo de investidura e as funções delegadas que exerçam, mas em nenhuma hipótese incidirão na proibição de acumulação de cargos, funções ou empregos de órgãos estatais, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, cuja enumeração constitucional expressa exclui as fundações (art. 98, § 2.º)».

Como se vê, o empregado de fundação instituída pelo Poder Público não exerce cargo público e sim emprego regido pela CLT, com o que não lhe é aplicável o disposto no art. 93, da Lei n.º 7.479/86.

Corretamente, portanto, foi a segurança indeferida.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS n.º 7 — DF — (Reg. n.º 89.0008257-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recte.: Edivino Amorim da Silva. Origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Impdo.: Governador do Distrito Federal. Advs.: Drs. Greice Leal Nunes e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. Sustentação oral. Drs. Luiz Felipe Ribeiro Coelho, pelo Governador do DF e Dr. Amir Sarti, Subprocurador-Geral da República. (Em 8-11-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus, Garcia Vieira e José Delgado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11 — DF

(Registro nº 89.7062-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*

Impetrante: *João Ferreira da Silva*

Impetrado: *Ministro de Estado da Aeronáutica*

EMENTA: Mandado de Segurança. Militar. Vencimentos e vantagens. Recebimento. Lei 7.723/89. Atrasados. Súmula 271-STF.

Concessão parcial da segurança, para que os reajustes dos vencimentos do postulante, a contar da impetração, sejam calculados na forma alvitrada pelo Parecer SR 96/89, da Consultoria-Geral da República, levando-se em conta os valores decorrentes do efeito retrooperante estabelecido pela Lei nº 7.723/89, devendo os atrasados ser pleiteados pela via adequada, a teor da Súmula 271-STF.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deferir em parte o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Intenta o impetrante, na condição de Primeiro Sargento da Força Aérea Brasileira, o recebimento de seus vencimentos e vantagens reajustados de acordo com a Lei

7.723/89, e a diferença relativa ao período de outubro a dezembro de 1988, pedido esse que formulado administrativamente, não foi apreciado pela autoridade coatora, o Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica.

Indeferida a medida liminar, foram prestadas as informações de praxe (fls. 12/14).

O Ministério Público manifestou-se, em preliminar, pelo não conhecimento do recurso, com base nas Súmulas 269 e 271 do STF. Quanto ao mérito, disse estar prejudicado «writ», eis que fora acolhida administrativamente a pretensão, por força do parecer da Consultoria-Geral da República SR 96/89.

Ouvido, o impetrante discordou de tal afirmação.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O impetrante, sob o argumento de que o § 2º do art. 148 da Lei de Remuneração dos Militares (Lei 5.787/72, com as alterações introduzidas pela Lei 2.380/87), que estabelecia correspondência entre o soldo de Almirante-de-Esquadra e Ministro do Superior Tribunal Militar, somente foi revogado em 9 de janeiro de 1989 pela Lei 7.723, por disposição expressa, busca a elevação dos seus vencimentos, a contar de 6 de outubro de 1988, nos termos da lei revogada.

A digna autoridade informou que o pedido do impetrante e outros semelhantes não foram apreciados, pelo fato de estar aguardando o pronunciamento final e normativo da Consultoria-Geral da República, em razão de consulta formulada pelo EMFA.

A questão da equiparação contida no Decreto-Lei nº 2.380/87, Lei 7.723/89 e a remuneração dos militares no período entre 6-10-88 e 9-1-89, mereceu pronunciamento desfavorável da Consultoria Jurídica da Aeronáutica, sintetizado na ementa do Parecer P-003/COJAER/89, de fl. 15, «verbis»:

«O Decreto-Lei nº 2.380, de 1987, o art. 148 da Lei nº 5.787, de 1972, a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 7.723, de 1989, e a equiparação, feita no primeiro, entre o soldo de Almirante-de-Esquadra e o vencimento básico de Ministro (militar) do Superior Tribunal Militar. O conflito, evidente, entre a norma estabelecidora de tal equiparação, ou vinculação, e o comando imperativo do item XIII do art. 37 da Carta. O art. 7º da Lei nº 7.723, de 1989, sua dispensabilidade, eis que vedada, dita equiparação, desde 5 de outubro de 1988. A nenhuma relação entre a referida equiparação e a eficácia retroativa da Lei nº 7.723, de 1989.»

Apesar desse duto pronunciamento, a autoridade preferiu aguardar o da Consultoria-Geral da República.

A matéria, minuciosamente analisada pelo então Consultor-Geral, Dr. Saulo Ramos, resultou no Parecer SR 96/89, aprovado pelo Presidente da República, que contém a seguinte conclusão:

«Entendo, pois, que o escalonamento vertical, em obediência ao novo comando constitucional, deva ser aplicado de cima para baixo, isto é, do limite dos «valores percebidos por Ministro de Estado como remuneração, em espécie, a qualquer título», solução jurídica que igualmente resultará na adequação proporcional de cada componente da remuneração dos militares, obedecendo-se à «relação de valores entre a maior e a menor remuneração», imposta pelo mesmo inciso XI.

Se a remuneração final forma um todo resultante de vários componentes, a compressão imposta por norma constitucional há de ser entendida como incidente, por igual, em cada parte componente do todo, isto é, proporcionalmente sobre o soldo, gratificações, indenizações e demais vantagens.

Desta forma, o direito pode ser aplicado sem provocar desordem no campo de sua atuação, posto que o direito visa precisamente à ordem jurídica na composição da tranqüilidade social.

Ter-se-á, como resultado, o escalonamento hierárquico nos vencimentos, menores diferenças entre as vantagens dos mesmos postos, descontos incidentes sobre soldo proporcionalmente adequado à compressão constitucional, e que, por igual, servirá de base de cálculo para as pensões. As distorções que subsistirão são transitórias e serão corrigidas no futuro, quando o Congresso Nacional despertar para o problema e corrigir a remuneração do Ministro de Estado pelo critério de equivalência preconizado na exposição do Supremo Tribunal Federal. Quando isto ocorrer, o direito dos militares, contido e parcialmente exercido por força do inciso XI do artigo 37 da Constituição, poderá, então, ter exercício pleno até que o limite constitucional alcance a equivalência real entre o soldo do Almirante-de-Esquadra e o vencimento do Ministro do Superior Tribunal Militar, até 6 de janeiro de 1989.

No caso específico da consulta, a interpretação que me competia fazer foi meditada profundamente, levando em conta a mais legítima regra de hermenêutica da filosofia do direito «que nos ensina os princípios fundamentais, os mais amplos inspiradores de todos os ramos da ciência jurídica e constitutiva da unidade do conhecimento do direito. E é óbvio que, o resultado colhido em qualquer desses graus crescentes da generalização deve corresponder às necessidades ou realidades sociais, reveladas pelas relações ou situações apreciadas.» (Vicente Rão, «O Direito e a Vida dos Direitos», vol. II, págs. 606/607).

Assim, o soldo de Almirante-de-Esquadra deve ser fixado na exata equivalência do vencimento de Ministro do Superior Tribunal

Militar a partir do dia 6 de outubro de 1988, mas o efetivo pagamento não pode superar, em cada mês, a remuneração de Ministro de Estado, limite este intransponível pela vedação constante do inciso XI do artigo 37 da Constituição, em razão da qual, também, deve-se observar o escalonamento vertical, tanto para fixar a relação entre o maior e o menor soldo, como para ensejar relação entre a maior e a menor remuneração.

Esse critério poderá ter adaptações ou alterações na aplicação prática a ser efetuada pelo EMFA, de acordo com as peculiaridades da complexa matéria aqui tratada.» (DJ de 7-7-89, pág. 11125).

Descabe a afirmação do impetrante de que o parecer da Consultoria-Geral da República fere a lei e o art. 37, XII, da Constituição Federal, porquanto de sua leitura se vê que a questão foi detidamente apreciada, à luz de critérios jurídicos e legais fixadores da diretriz a ser seguida pela Administração, notadamente pelas Forças Armadas.

Destarte, julgo procedente, em parte, o pedido, e concedo a segurança, para que os reajustes dos vencimentos do postulante, a contar da data da impetração, sejam calculados na forma alvitada no Parecer supra-referido, levando-se em conta, todavia, os valores decorrentes do efeito retrooperante estabelecido pela Lei 7.723/89. Relativamente aos atrasados, deverão ser pleiteados pela via adequada, a teor da Súmula 271 do STF.

É o meu voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: A Constituição de 1988 consagrou a isonomia da remuneração dos servidores públicos. No Poder Executivo, o valor-teto é o de Ministro de Estado.

A lei ordinária, considerada a hierarquia das leis, subordina-se à Carta Política. Se ela estabelece correspondência entre o soldo de Almirante-de-Esquadra e Ministro do Superior Tribunal Militar, é evidente, não pode, em cada mês, superar a referência maior. Decorre de imperativo do art. 37, XI, da Constituição da República, como, com proficiência, discorreu o eminente Relator.

Adiro ao pronunciamento de S. Ex^a, concedendo, em parte, a segurança.

Sem honorários de advogado.

VOTO — VISTA

O EXMO. SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Leio o parecer do eminente Subprocurador-Geral, Dr. Paulo Sollberger:

«Servidor Militar do Ministério da Aeronáutica impetra o presente mandado de segurança com o objetivo de compelir o titular

da Pasta a mandar pagar-lhe os vencimentos e vantagens de acordo com a Lei nº 7.723/89, bem como uma diferença de vencimentos a que entende fazer jus, relativa ao período compreendido entre 6 de outubro e 31 de dezembro de 1988.

Contudo, o mandado de segurança não é meio adequado para se exigir prestação pecuniária (Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, 9ª ed., Forense, pág. 61).

O impetrante, na verdade, utiliza-se do mandado de segurança como verdadeira ação de cobrança, o que não se admite, consoante jurisprudência consolidada na Súmula 269 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Tampouco, é possível obter-se, pelo mandado de segurança, o pagamento de atrasados, pois a sua concessão «não produz efeitos em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria» (Súmula 271 do STF).

Assim sendo, preliminarmente, opinamos pelo *não conhecimento* do «writ».

Todavia, *se conhecido*, deverá ser julgado *prejudicado*, eis que a pretensão do impetrante já foi acolhida pela própria Administração, por força de parecer da douta Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Senhor Presidente da República, mandando pagar os benefícios da Lei nº 7.723/89 a partir de 6 de outubro de 1988 (Parecer nº SR-96/89 — DO de 7-7-89, págs. 11118/11125).»

A par das razões deduzidas na promoção que venho de ler, considere-se este tópico das informações da digna autoridade impetrada:

«O impetrante requereu, na via administrativa, o mesmo que agora postula no *mandamus*. (V. Docs. nºs 1 e 2).

Em virtude de a matéria, naquele momento, já ter suscitado pedido de opinação à douta Consultoria-Geral da República, por mercê da atuação do EMFA, julgou V. Exa. de bom aviso sobrestar despacho em pedidos que tais, até a edição do pronunciamento final e normativo por parte daquela autoridade superior da Advocacia da União.

Assim, os pedidos do impetrante não sofreram *ainda* o competente despacho de V. Exa, razão por que não cabe falar em denegação do direito na via administrativa, minguando o «soi disant» direito líquido e certo do Impetrante.»

Diante do exposto, revela-se evidente, a meu juízo, a inidoneidade da via eleita.

Daí porque, por considerar prejudicada a impetração, dela não conheço, com a devida vênia do Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 11 — DF — (Reg. nº 89.7062-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Impte.: João Ferreira da Silva. Adv.: Dr. Ary Évilo de Mello Barreto. Impdo.: Ministro de Estado da Aeronáutica.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Américo Luz, Geraldo Sobral, Ilmar Galvão e Garcia Vieira, deferindo, em parte, o mandado de segurança, pediu vista o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Aguardam os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. (1ª Seção 12-9-89).

Prosseguindo o julgamento, após o voto do Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, acompanho o Sr. Ministro Relator, deferindo, em parte, o mandado de segurança, pediu vista o Sr. Ministro Miguel Ferrante (1ª Seção — 3-10-89).

Prosseguindo o julgamento, a Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Miguel Ferrante, que não conhecia do mandado de segurança, o deferiu, em parte, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (1ª Seção, 17-10-89).

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Pedro Acioli e José de Jesus.

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral, Ilmar Galvão e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 35 — SP

(Registro nº 89.09377-0)

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

Recorrente: *Satis Vacuum do Brasil Ltda.*

Recorrido: *Tribunal de Justiça de São Paulo*

Impetrado: *Juízo de Direito da 14ª Vara Cível de São Paulo-SP*

Advogado: *Dr. Rui Ladeira Miranda*

EMENTA: Mandado de segurança. Recurso extraordinário/recurso ordinário.

Conversão de um recurso noutra recurso, pelo princípio da fungibilidade. Voto vencido do Sr. Relator. 2. Falência. Inspeção judicial. Pode o juiz, em qualquer fase do processo, determinar diligência, «que interesse à decisão da causa» (CPC, art. 440). 3. Recurso ordinário conhecido, por maioria de votos, e improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, em preliminar, conhecer do recurso como ordinário, e por unanimidade, no mérito, 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, 10 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Por acórdão de 22-12-88, a Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou segurança, em acórdão com a seguinte redação.

«Trata-se de segurança impetrada por Satis Vacuum do Brasil Ltda. contra ato do MM. Juiz de Direito da Décima Quarta Vara Cível, que, em processo de falência contra terceiro, deferiu diligências de constatação, no estabelecimento da impetrante para apuração de bens pertencentes à falida, o que se determina, aliás, em repetição a igual providência anterior, que não lograra sucesso. Sustenta nada ter com a falida, embora tenha vindo a ocupar espaço que à mesma pertencera, alegando ilegalidade e abuso. Despacho inicial concedeu a sustentação das diligências ordenadas (fl. 36). Prestadas as informações (fls. 39/41), ingressou nos autos como litisconsorte o Banco do Brasil, com alegações de que fundadas as averiguações ordenadas. O parecer da douta Procuradoria é pela denegação da ordem.

E essa é a solução inafastável. A diligência deferida, se havia suspeita de sucessão de fato, não se constitui em ilegalidade flagrante, a permitir solução pela via de segurança, tanto mais que seria o menos em relação a uma possível arrecadação. Como salientou a douta Procuradoria, a diligência determinada, sem dúvida, decorre do poder-dever concedido ao Magistrado (art. 440 do CPC), e tem respaldo em elementos de convicção recolhidos de documentos idôneos que acompanham as informações.

Tais as razões porque denegada a ordem, ficando cassada a liminar.»

Pela certidão de fl. 90, foi o acórdão publicado no *DO* de 10-4-89.

À fl. 92, com a data de 25-4, a impetrante entrou com recurso especial, verbis:

«*Satis — Vacuum do Brasil Ltda.*, por seu advogado infraassinado, nos autos do *Mandado de Segurança* impetrado contra ato do MM. Juiz da 14ª Vara Cível do Estado de São Paulo, vem dentro do prazo legal, nos moldes estabelecidos no artigo 105 da atual Constituição da República, interpor o presente *Recurso Especial*, posto que, *data maxima venia*, não se conforma com o v. acórdão de fls. dos autos, motivo pelo qual passa a expor suas razões, que desta fazem parte integrante, requerendo-se a V. Exa. se digne deferir a subida dos autos à Superior Corte, por ser medida estabelecida na legislação vigente.»

Às fls. 93/99 as razões do recurso, invocando afronta ao art. 473 do Cód. de Pr. Civil.

Impugnado o recurso, despachou o Vice-Presidente Álvaro Martiniano de Azevedo, nestes termos:

«Interposto quando já instalado o Superior Tribunal de Justiça, em 7-4-89, o recurso de fls. 92 fica recebido como ordinário, cabível na hipótese dos autos (artigo 105, II, *b*, da atual Constituição Federal), por se tratar de decisão que denegou mandado de segurança. E a conversão é possível, pelo princípio da fungibilidade, consagrado pelo Supremo Tribunal Federal.

Considerando que as razões, as contra-razões e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça já se encontram nos autos, deverão estes subir ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, não sendo devidas custas (artigo 112 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).»

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento, em parecer com esta ementa:

«Processual civil. Ato judicial consistente em diligência para verificação e eventual arrecadação de bens da falida. — Poder-dever do juiz que pode ser exercido a qualquer tempo desde que se mostre a diligência apta ao esclarecimento do fato que interesse à decisão de causa (art. 440 do C. P. Civil). — Ausência de desrespeito ao art. 473 do C. P. Civil porque preclusão não ocorreu. — Não provimento do recurso.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Srs. Ministros, tenho preliminar de não conhecimento do recurso.

Adotamos, de modo uniforme, parece-me, o princípio de que o que disciplina o cabimento de recursos, quer ordinários, quer extraordinários, é a lei vigente ao tempo da sentença, *com a publicação*. Sublinhei a expressão

com a publicação. Nesta 3ª Turma, decidimos, nesse sentido, dois casos, em grau de recurso ordinário, não conhecendo dos respectivos recursos. Um, o RMS-01, Sr. Ministro Cláudio Santos, o outro, o RMS-04, de minha relatoria. Sem falar, certamente, dos inúmeros agravos de instrumento, despachados por nós, Ministros componentes da 2ª Seção, lembrando sempre dito princípio, que Paul Roubier resumiu nessa magistral frase: «La loi qui régle les formes et les effets du jugement est la loi du jour du jugement». Eu mesmo, por despacho, neguei seguimento aos REsp's 354 e 402, tirados, um e outro, como recurso especial, quando ainda cabível o recurso extraordinário. Entendi então presente o erro grosseiro, circunstância que impedia que um recurso fosse tomado por outro.

Na espécie, sob exame, embora o acórdão recorrido seja de 22-12-88, a sua publicação, repito, a sua publicação deu-se no dia 10-4-89, segunda-feira, após, portanto, a instalação do Superior Tribunal de Justiça, ocorrida no dia 7-4, sexta-feira, momento em que, nesse ou no dia seguinte, perdia eficácia a norma constitucional transitória do art. 27, § 1º: «Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente». Pois bem, quando publicado — e o que regula cabimento é a lei vigente quando da publicação, conforme o princípio acima exposto —, o acórdão em causa não era mais atacável via recurso excepcional — especial ou extraordinário, mas, sim, via recurso ordinário, eis que, ao Superior Tribunal de Justiça — já instalado naquele momento — compete julgar, em recurso ordinário, os mandados de segurança decididos em única instância (CF/88, art. 105, II, b).

Sucedee, todavia, que a recorrente interpôs recurso especial, chamando a atenção para a afronta ao art. 473 do Cód. de Pr. Civil. Releio a petição de abertura, fl. 92, transcrita no relatório (relê). Ao tempo, já cabível o recurso ordinário. Em casos desse porte, tenho reputado, como se viu grosseiro o erro, data venia..., circunstância que impede que um recurso seja tomado por outro. Dir-se-á que, aqui, a publicação da decisão recorrida ocorreu dois dias após a instalação do Superior Tribunal de Justiça. Demais, numa segunda-feira, seguinte à sexta-feira da Instalação, no meio, portanto, um fim de semana, o que teria impossibilitado pleno conhecimento das coisas. Correto, digo eu, mas em termos. Em termos, porque o recurso só foi interposto no dia 25-4, dias após o início das atividades do novel Tribunal, inclusive já aprovado e publicado o Ato Regimental nº 1, de 10-4. A questão era, e é, de simples leitura da lei constitucional, sabendo-se até que a ninguém é permitido deixar de conhecer a lei, mormente a lei maior.

Em suma, ao contrário do que entendeu o despacho de fl. 110, parece-me impossível a conversão, pelo princípio da fungibilidade, visto que tenho, na espécie, por presente o erro grosseiro.

Em preliminar, não conheço do recurso.

VOTO (MÉRITO)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Vencido na preliminar, fico, no mérito, com o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, negando provimento ao recurso.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de recurso especial, interposto em 25 de abril de 1989, visando a impugnar julgamento, efetuado em 22 de dezembro de 1988 e de que as partes foram intimadas, mediante publicação no *Diário Oficial* em 10 de abril de 1989.

Vê-se que, quando tomada a decisão, cabível seria o recurso extraordinário, por força do disposto no artigo 27, § 1º do ADCT e tendo em vista que a instalação do Superior Tribunal de Justiça verificou-se em sete de abril de 1989. Quando da publicação na imprensa, o recurso próprio seria o ordinário.

O eminente Relator considerou que a data a ser levada em conta, para aferir quanto ao cabimento do recurso, seria a da publicação do acórdão no *DO*. E teve como grosseiro o erro da parte que apresentou recurso especial.

Permito-me a ousadia de discordar. Não discrepo de S. Exa. quando admite, em consonância com o entendimento da Turma, que a lei do recurso é a lei do tempo da sentença. Não mais se questiona, nos tempos que correm, sobre a existência de direitos subjetivos processuais, distintos do direito material litigioso. E se é certo que a lei processual tem aplicação imediata, não o é menos que haverá de respeitar os direitos adquiridos. O direito ao recurso é um deles. Cumpre verificar, entretanto, quando se dá a aquisição desse direito.

Tenho para mim, como certo, que nasce o direito ao recurso no momento em que a sentença existe como ato estatal. E este é o momento em que publicada. Ocorre, entretanto, que a expressão «publicada» não se confunde com a divulgação do provimento jurisdicional na imprensa, para fins de intimação. O artigo 463 do CPC refere-se à publicação da sentença. Este ato corresponde ao ingresso da sentença no mundo jurídico, com sua junta aos autos; ou com sua simples prolação quando feita em audiência. A partir desse momento, a sentença existe como tal e não pode mais ser modificada por seu prolator, surgindo para as partes o direito ao recurso.

Tratando-se de julgamento nos Tribunais, a decisão existe quando o Presidente do colegiado proclama o resultado (CPC art. 556). Neste instante torna-se imutável, salvo recursos ou erro material. A intimação às partes não diz com a existência da decisão. Releva apenas como prazo para eventuais recursos.

Parece-me, com a devida vênia, que não é outra a opinião de Roubier. A lei do recurso será a do dia do julgamento. Galeno Lacerda chega a ser enfático ao afirmar que o direito ao recurso nasce no momento em que proferido o julgamento e «preexiste ao mero ato de divulgação na imprensa» (O Novo Direito Processual e os Feitos Pendentes — Forense — pág. 69). Barbosa Moreira, que chegou a sustentar que a lei seria a do momento da intimação, retificou essa opinião (Comentários ao CPC. Forense — 5ª ed. — vol. V — pág. 263 — nota 382).

Em vista do entendimento exposto, recurso cabível não seria o especial, que foi interposto, nem o ordinário, e sim o extraordinário.

Cumpriria examinar, entretanto, se as regras pertinentes a direito adquirido seriam aplicáveis, em se tratando de modificação de natureza constitucional.

Claro está que a norma contida na Constituição, referente ao respeito aos direitos adquiridos, dirige-se ao legislador ordinário. Aquela Lei Suprema não se sujeita a tais condicionamentos. Poderia perfeitamente extinguir recursos sem qualquer restrição temporal. Entretanto, cabe ao intérprete examinar a questão, tendo em vista o sistema resultante da nova ordem. Não se questiona que a Constituição poderia dispor como parecesse mais adequado, sem limitações quanto a direitos adquiridos. Necessário verificar, porém, se intentou fazê-lo.

Não parece lícito colocar em dúvida que a Carta de 88 esmerou-se em resguardar os direitos individuais, alongando-se em numerosos incisos, e instituindo mesmo novos instrumentos para fazê-los efetivos. Não é razoável admitir-se, tangenciando mesmo manifesto contra-senso, que o texto, tão pródigo em garantir direitos, viesse simultaneamente a violar regras as-sentes, pertinentes a direitos subjetivos, sem que se pudesse vislumbrar justificativa para isso. A observância de normas tradicionais de direito transitório não prejudica a implantação do novo sistema que gradativa mas rapidamente estará feita. Nas circunstâncias, tenho como certo que, para acolher-se o entendimento de que não seriam de respeitar-se os direitos processuais adquiridos, necessário que tal houvesse sido, de algum modo, explicitado na Constituição, o que não ocorreu.

Não se ignora existir precedente, na história de nosso direito constitucional, em que o Supremo Tribunal Federal deixou de conhecer de recursos, tornados inadmissíveis pela superveniência do Ato Institucional nº 6. Cumpre considerar, entretanto, que aquela decisão, tomada por maioria, e que sofreu severa crítica da doutrina, deu-se em contexto bastante diverso do atual.

No caso em exame, errou indubitavelmente a recorrente, seja qual for o entendimento que se adote. Se aplicável a ordem constitucional anterior, o

recurso cabível seria o extraordinário; se a nova, o ordinário. Nunca o especial.

Malgrado isso, abstenho-me de qualificar o erro de grosseiro. O momento ainda era de transição, subsistindo muitas dúvidas, o que recomenda a tolerância. Ademais, se interposto o extraordinário, como me parece correto, seria convolado em especial, ainda que com as restrições daquele.

Faço entretanto, todas essas observações apenas para deixar consignado meu pensamento sobre a matéria, coerente com o que vem sendo adotado relativamente aos recursos especiais. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que os recursos extraordinários, interpostos em hipóteses para as quais a vigente Constituição prevê o ordinário, em tal devem ser convertidos.

Menciono, como exemplo, as decisões proferidas no RE 117.696, *DJ* de 10-8-89 e no Agravo de Instrumento 131.291, *DJ* de 19-5-89. Submetida a matéria ao exame da 2ª Seção deste Tribunal, deliberou-se que seria obedecida a orientação daquela Corte.

Em vista do exposto, conheço do recurso como ordinário.

Não pode, entretanto, prosperar. A faculdade de o Juiz determinar diligências não é afetada pelos dispositivos invocados, pertinentes a preclusão e coisa julgada. A circunstância de ter resultado não frutuoso não significa seja vedada sua repetição. A conclusão tanto mais se impõe tratando-se de processo falimentar, em que o juiz exerce também atividade administrativa.

Nego provimento ao recurso.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, indico o sobrestamento deste julgamento até decisão no RMS nº 39 — MA que será submetido à 2ª Seção.

VOTO PRELIMINAR

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Embora tenhamos que reconhecer que não «gostando» da Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, aqui, no caso, divergentes ambos, ambos se afiguram com razão ou, pelo menos, dentro da plausibilidade da razão de seus fundamentos, mas inclinaria-me a admitir a posição adotada pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, embora, efetivamente, não tenha a ver, especificamente, o caso com aquela decisão que resolvemos — acho que foi a nossa Turma — suscitar para a Seção Cível no sentido de conhecer de todos os recursos extraordinários como ordinários, nos casos de mandado de segurança.

Também, assim como fiz referência à questão da aplicação da lei no tempo, e é sempre uma questão de interpretação pessoal de cada julgador, no caso anterior, o eminente Ministro Eduardo Ribeiro divergia, porque interpretava mais favoravelmente, a regra que é a regra de ouro, chamada pelo próprio Roubier. Aquela que emerge no momento em que o direito nasce. E se o recurso cabível à época seria o extraordinário e houve a interposição, pelo que depreendi, do especial, devemos conhecê-lo como recurso ordinário, porque se tratava, efetivamente, de mandado de segurança. Parece-me que, nesse período de transição, em que houve muita perplexidade, sabemos que essas perplexidades ainda vigoram até hoje, e vigoram não só na mente dos advogados e de Presidentes de Tribunais que têm apreciado o cabimento desses recursos, mas no próprio Tribunal, tanto que temos decisão recente sobre a matéria, acho que a parte aí deve ser beneficiada pela interpretação mais benévola. Tão-só por esse fundamento é que peço vênias à V. Exa. para ser mais benévolo com a parte e não prejudicá-la tanto e chegar, assim, à parte do conhecimento, não deixando para o advogado essa colocação de que ele teria cometido um erro grosseiro. Até porque, no mérito, não haverá divergência, mas não deixar o advogado, que às vezes ficará com muitas dificuldades, para poder superar esse aspecto na sua vida profissional.

VOTO PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, não tenho dúvida em acompanhar o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, data vênias, porque acho que o recurso cabível seria o extraordinário. E, na verdade, o especial é um recurso idêntico ao extraordinário com mudança de nome, de competência e o afastamento daquelas restrições que eram impostas ao extraordinário.

Por esse motivo, afasto o erro e conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 35 — SP — (Reg. nº 89.09377-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Satis Vacuum do Brasil Ltda. Recorrido: Tribunal de Justiça de São Paulo. Impetrado: Juízo de Direito da 14ª Vara Cível de São Paulo — SP. Advogado: Dr. Rui Ladeira Miranda.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, em preliminar, conheceu do recurso como ordinário, vencido o Sr. Ministro Relator, e por unanimidade, no mérito, negou provimento ao recurso (3ª Turma 10-10-89).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 55 — SP
(Registro nº 89.09719-9)

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

Recorrente: *Prefeitura Municipal de São Paulo*

Recorrido: *Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo*

Litisconsorte: *Hugo Enéas Salomone*

Impetrado: *Juízo de Direito Coordenador das Varas das Execuções Fiscais Municipais de São Paulo*

Advogados: *Dra. Elizabeth Mangione do Nascimento e Dr. Octávio Reys e outros*

EMENTA: Direito Processual. Execução fiscal promovida pela municipalidade de São Paulo. Nomeação à penhora, feita pelo executado, de crédito, em poder da Fazenda, resultante de condenação judicial, em fase de cumprimento de precatório.

Configuração de penhora de direitos, e não de numerário, já que se trata de recursos cujo recebimento está sujeito ao procedimento previsto no art. 100, da CF/88.

Ademais, trata-se de recursos insuficientes para fazer face à execução.

Ilegalidade do ato judicial que, considerando eficaz a nomeação, paralisou a execução.

Provimento do recurso, com concessão da segurança.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso para o fim de conceder a segurança, 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 novembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Cuida-se de recurso ordinário constitucional interposto de acórdão do Egrégio Tribunal

de Alcada do Estado de São Paulo que denegou «writ» requerido pela municipalidade de São Paulo contra decisão judicial que, em executivo fiscal de valor inferior a 50 ORTNs, aceitou, como garantia à execução, crédito do executado junto à exequente, resultante de ofício requisitório já expedido.

Nas razões recursais, reitera a recorrente o fundamento da inicial e alega que o aresto contraria o art. 11 da Lei nº 6.830/80, o art. 656 do CPC, o art. 170 do CTN, e o art. 1.017 do CC. Além disso, ao julgá-la carecedora da ação, diverge de julgado do STF e da Súmula nº 246 do extinto TFR.

Contra-razões às fls.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Direito Processual. Execução fiscal promovida pela municipalidade de São Paulo. Nomeação à penhora, feita pelo executado, de crédito, em poder da Fazenda, resultante de condenação judicial, em fase de cumprimento de precatório.

Configuração de penhora de direitos, e não de numerário, já que se trata de recursos cujo recebimento está sujeito ao procedimento previsto no art. 100, da CF/88.

Ademais, trata-se de recursos insuficientes para fazer face à execução.

Ilegalidade do ato judicial que, considerando eficaz a nomeação, paralisou a execução.

Provimento do recurso, com concessão da segurança.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Trata-se, como se viu, de mandado de segurança impetrado contra despacho que, em execução fiscal movida pela municipalidade de São Paulo, não obstante tempestiva impugnação desta, considerou eficaz nomeação à penhora de crédito do devedor em poder do Município, também sob execução judicial, já em fase de cumprimento de precatório.

Decidiu o acórdão, preliminarmente, ser incabível o mandado de segurança, em espécie, em face da norma do art. 34 da Lei nº 6.830/80. Quanto ao mérito, entendeu o Tribunal que o precatório, contrariamente ao sustentado pela Recorrente, equivale a numerário e deverá ser pago devidamente corrigido. Quanto ao possível crédito de terceiros, garantiu que os direitos da Municipalidade recairão exclusivamente sobre o direito do exequente.

De acordo com a norma do art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51, caberá mandado de segurança de despacho ou decisão judicial, quando não haja recurso previsto nas leis processuais.

É o caso dos autos. Com efeito, trata-se, na espécie, de despacho interlocutório proferido em causa de alçada (art. 34 da Lei nº 6.850/80), onde os únicos recursos cabíveis são os embargos infringentes e declaratórios, impetráveis contra a sentença.

Conforme percucientemente observou o douto Subprocurador-Geral da República, Dr. Sylvio Florêncio, em seu parecer de fl. 110:

11. «É preciso separar as coisas. Uma é o julgamento do mérito contra o qual não cabe recurso em razão da alçada. Outra, muito diferente, são as providências gerais tomadas no processo pelo Juiz, tendo em vista seu ordenamento, em relação às quais sempre que cometer ilegalidades está sujeito aos mesmos reparos a que os atos judiciais praticados em processo de qualquer outra natureza.

12. Em relação ao primeiro, devido à alçada, o recurso é decidido pelo próprio Juiz. Os demais, corrigidos pelo Tribunal.

13. Em contrário seria admitir que os maiores erros ou arbitriedades praticados pelos Juizes, só porque cometidos em causas de alçada, teriam que se perenizar, pois insuscetíveis de reparo pela instância superior».

No mérito, a Recorrente tem razão.

É que o crédito judicial, conquanto já objeto de precatório, não se equipara a numerário, correspondendo, ao revés, a direito, espécie de bens que ocupa o último lugar na ordem de preferência de bens penhoráveis.

Na verdade, o pagamento do precatório, pela sistemática vigente entre nós, se o procedimento der entrada no Tribunal antes de julho, somente ocorrerá no exercício seguinte, obedecida a ordem de preferência. Ademais, será pago pelo valor que foi considerado no momento em que foi incluído na relação, em cruzeiros ou cruzados. Não em OTN, já que os orçamentos públicos, no Brasil, se expressam por valores homogêneos, na moeda corrente, e não em ORTN, OTN, BTN ou outros índices.

Assim, se o devedor desobedeceu a ordem legal, tem o credor o direito de recusar a nomeação feita, se possui ele outros bens melhormente situados na escala do art. 655 do CPC.

Ademais, no caso sob exame, ficou fora de dúvida que o crédito em poder da Municipalidade é de valor bastante inferior ao montante do débito exequendo, não sendo de exigir-se que a Fazenda aguarde o pagamento do precatório para, só então, prosseguir na execução pelo restante.

Registre-se, por final, que de compensação não se trata, no caso em tela, já que, encontrando-se o débito da Fazenda sujeito às normas do art. 100 da CF (antigo art. 117), não tem ele o caráter de dívida vencida, a permitir a incidência do art. 1.010 do CC.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso para o fim de reformar o acórdão e conceder a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 55 — SP — (Reg. nº 89.09719-9) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Recorrente: Prefeitura Municipal de São Paulo. Recorrido: Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Litisconsorte: Hugo Enéas Salomone. Impetrado: Juízo de Direito Coordenador das Varas das Execuções Fiscais Municipais de São Paulo. Advogados: Dra. Elizabeth Mangione do Nascimento e Dr. Octávio Reys e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso para o fim de conceder a segurança. (Em 20-11-89 — 2ª Turma).

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



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 219 — DF (Registro nº 89.10890-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Impetrante: *Associação Brasileira de Bebidas — ABRABE*

Impetrado: *Ministro de Estado da Fazenda*

Advogados: *Drs. Luiz Carlos Bettiol e outros*

EMENTA: Mandado de Segurança. Competência.

I — Ante a ausência de ato coator de qualquer autoridade elencada no dispositivo constitucional que determina a competência deste Tribunal, não se conhece do «writ».

II — Remetam-se os autos à Justiça Federal da 1ª Instância.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Senhor Presidente, trata-se de mandado de segurança requerido pela Associação Brasileira de Bebidas — ABRABE contra o Sr. Secretário da Receita Federal perante a Seção Judiciária do Distrito Federal, porque a autoridade coatora indicada é quem fez a exigência da observação dos prazos de recolhimento do IPI constantes da Portaria Ministerial 266/88, sob pena de caracterização da mora.

O MM. Juiz Federal a quo declinou de sua competência em favor do Tribunal por entender como ato impugnado a Portaria Ministerial 266/88 — fl. 201.

Sustenta a autora da impetração o seguinte:

«A impetrante é pessoa jurídica de caráter associativo, de âmbito nacional, em funcionamento há mais de um ano que tem, dentre suas associadas, pessoas jurídicas que, no exercício de suas atividades sociais, realizaram, no período de 1º a 31 de outubro, operações sujeitas à incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), mesmo porque são todas fabricantes, importadoras ou comerciantes de bebidas alcoólicas sujeitas a IPI na forma da legislação (docs. 10 e 11).

Ocorrido o fato gerador do tributo e concluídos nos últimos dias 15 e 30 de outubro os períodos de apuração do imposto, tal como definidos em lei (doc. 12), devem as associadas promover o recolhimento do saldo do imposto apurado, no montante constante de Declaração de Contribuições e Tributos Federais apresentada à Receita Federal.

O prazo para esse recolhimento *está previsto em lei* e corresponde ao último dia da primeira quinzena do segundo mês subsequente ao mês da ocorrência do fato gerador, ou seja, no dia 15 de dezembro de 1988.

Não obstante este seja o prazo legal, foi baixada a Portaria MF nº 266/88 (doc. 5) que, em desconformidade com a lei, fixou em 30 dias, contados desde o encerramento do período de apuração, o prazo para recolhimento do tributo; ou seja, estabeleceu os dias 14 e 30 de novembro como os últimos dias para recolhimento do IPI apurado relativamente às duas quinzenas de outubro.

A fixação de um prazo menor do que o da lei, com base em ato infralegal como é a mencionada Portaria, implica em violação

ao direito líquido e certo de o contribuinte saldar o seu débito tributário *de acordo com os ditames da lei*.

Em razão disto, a Impetrante tem o justo receio de que a Autoridade Impetrada, tomando conhecimento da conduta de suas associadas que pretendem recolher o IPI no prazo da Lei nº 4.502/64 alterada pelo Decreto-Lei nº 326/67, (ou seja, até o último dia da quinzena do segundo mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador), venha a exigir-lhes o pagamento do imposto acrescido de multa, juros e correção monetária, tão logo ocorra o vencimento do prazo previsto na Portaria nº 266/88 referida.

Diante deste quadro, foi realizada, no último dia 25 de outubro, Assembléia Geral Extraordinária da Impetrante, na qual 40 (quarenta) associadas, expressamente, manifestaram a existência de interesse, amparável por mandado de segurança coletivo, e decidiram que se promovesse a medida constitucional, tudo conforme Ata em anexo (doc. 3).

Por isso, impetra-se o presente mandado de segurança que tem por objetivo resguardar o direito líquido e certo de não serem compelidas ao recolhimento do IPI antes do prazo estabelecido em lei, aquelas associadas que expressa e nominalmente se manifestaram pela existência de interesse a ser protegido e deliberaram favoravelmente à presente impetração.» (Fls. 2/4).

Cita a impetrante o art. 26, da Lei 4.502/64, que diz que o recolhimento do imposto será feito até o último dia da quinzena do segundo mês subsequente àquele em que houver ocorrido o fato gerador e, que, diante dessa disposição de lei, não pode a Portaria 266/88 fixar outro prazo, muito menos reduzido para o recolhimento do valor do IPI apurado.

Diz ainda que a Portaria 266/88 afronta diretamente o disposto na lei e pretende regular a conduta do contribuinte de forma absolutamente diversa daquela prevista na norma de natureza superior.

Cita jurisprudência em abono de sua tese e apresenta outros argumentos escudados na Lei 7.450/85.

Requer a segurança para que fique assegurado ao recolhimento do IPI apurado no mês de outubro/88 e nos meses subsequentes, no prazo da Lei 4.502/64 e alterações posteriores e não naquele prazo previsto na Portaria MF-266/88.

A autoridade impetrada nas informações sustenta a sua ilegitimidade para a causa e a falta de objeto do «writ» diante da edição da Lei 7.691, de 15-12-88, estabelecendo os prazos de recolhimento do IPI, bem como a tese de que a impetração ataca lei em tese.

Quanto ao mérito sustenta a legalidade da Portaria 266/88.

Determinei fosse ouvida a impetrante e o Ministério Público Federal acerca de prejudicial de falta de objeto.

A impetrante afirmou à fl. 315 permanecer o seu interesse no prosseguimento do feito em relação aos fatos geradores anteriores a 1-1-89, isto é, relativos aos meses de outubro, novembro e dezembro de 1988 e que a autoridade coatora é o Sr. Secretário da Receita Federal.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do «writ» e remete à Seção Judiciária do Distrito Federal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Senhor Presidente, a impetração foi endereçada contra o Sr. Secretário da Receita Federal na primeira instância ao argumento de ser a autoridade responsável para executar ou dar cumprimento à Portaria 266/88, ora ato atacado.

A autoridade impetrada destaca nas informações o seguinte — fl. 293:

«De logo, constata-se a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora. Na verdade, em relação ao caso in examine, o Sr. Ministro da Fazenda não cometeu, nem tampouco irá cometer qualquer ato lesivo ao direito líquido e certo da Impetrante.

É de todo oportuno trazer-se à colação o magistério de Hely Lopes Meirelles, in «Mandado de Segurança e Ação Popular», Ed. RT. 11ª edição, págs. 29/30, verbis:

‘Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o *superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução* (grifei).

... Coatora é a autoridade superior que pratica ou ordena *concreta e especificamente* (grifei) a execução ou a inexecução do ato impugnado, e responde pelas suas conseqüências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando o seu poder de decisão.’

Ademais, deve ser ressaltado que o mandado de segurança, em hipótese alguma, serve como instrumento adequado para nulificar lei, lato sensu, mas somente para subtrair o impetrante de seus efeitos.

Assim, mesmo acatando-se o critério jurídico que admite mandado de segurança preventivo contra normas jurídicas de efeitos concretos, a autoridade que deverá ser tida como coatora é a indicada para pô-las em execução e que tenha competência para cumpri-las.

Aliás este é o ensinamento de Nilton Flaks, em sua magnífica obra «Mandado de Segurança: pressupostos da impetração», Fj. Forense, 1ª edição; 1980; págs. 156 a 157, in verbis:

‘181. Aceitas tais premissas, ou melhor, que o mandado de segurança contra leis auto-aplicáveis é preventivo, deverá ser indicada como coatora:

a) nas leis proibitivas, a autoridade que tenha competência para impor sanções pelo seu descumprimento;

b) nas leis expropriatórias, a autoridade que irá executá-las, isto é, órgão beneficiário da prévia declaração de utilidade pública, inclusive, se for o caso, pessoas privadas que exercem funções delegadas.

c) *nas leis de efeitos concretos*, de um modo geral (desmembratórios de municípios, distritos ou serventias de Justiça, institucionais de planos de urbanização, disciplinadoras de isenções tributárias, etc.), *a autoridade indicada para pô-las em execução ou quem tiver esta competência, de acordo com os regulamentos administrativos, hipóteses em que, não por havê-las sancionado, mas como eventual executor, poderá ser o próprio Chefe do Executivo.*’

Autoridade coatora, no caso presente, seria então aquela que irá determinar o lançamento da notificação e atuação fiscal; a que atuará, no caso concreto, sobre a exigência do tributo e nunca o Exmo. Sr. Ministro de Estado.»

A impetrante ao se pronunciar sobre a prejudicialidade de perda de objeto do «writ», se manifestou acerca de preliminar de ilegitimidade de parte passiva nestes termos — fl. 310:

«Neste ponto, cumpre esclarecer que a impetrante, como se verifica à inicial de f., jamais voltou-se contra ato do Sr. Ministro da Fazenda, *impetrando a segurança contra ato do Sr. Secretário da Receita Federal.*

Aliás, na própria exordial justifica-se a escolha da autoridade coatora em função de ser a impetrante entidade de âmbito nacional, estando suas associadas estabelecidas em diferentes Estados da Federação, o que requer seja a autoridade impetrada titular de competência suficientemente ampla *para determinar a suspensão do ato impugnado* em relação às associadas que manifestaram interesse à presente impetração.»

Ainda diz à fl. 311:

«De fato, o ato concreto lesivo ao direito líquido e certo das associadas da impetrante que se pretende evitar, ou seja, a exigência da observação dos prazos de recolhimento constantes da Portaria nº 266/88 sob pena de caracterização da mora, jamais seria da lavra do Ilmo. Sr. Ministro da Fazenda, mas sim do agente arrecadador do imposto que imporia as sanções fiscais cabíveis; no caso e pelas razões já expostas, o Sr. Secretário da Receita Federal.

Aliás, voltando-se o mandamus contra ato do Senhor Ministro da Fazenda estaria caracterizada a impetração contra *lei em tese* (Portaria 266/88), isto é, genericamente contra o preceito legal, o que é vedado inclusive pela Súmula nº 266 do STF.

No caso concreto, porém, não se pretende atacar a Portaria nº 266/88 e sim os seus efeitos em relação aos prazos de recolhimento do IPI que devem ser cumpridos pelas associadas da impetrante.

Portanto, claro está que a autoridade coatora só pode ser o Sr. Secretário da Receita Federal, como indicado pela impetrante e bem demonstrado no r. parecer de fls.»

O pronunciamento do Ministério Público Federal também é neste sentido — fls. 319/321.

Nada tenho a acrescentar aos fundamentos deduzidos quanto a esta preliminar de não conhecimento e remessa dos autos à vara de origem da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Não conheço do «writ» e determino a remessa dos autos àquela Seção Judiciária.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 219 — DF — (Reg. nº 89.10890-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Impetrante: Associação Brasileira de Bebidas — ABRABE. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Advogados: Drs. Luiz Carlos Bettiol e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do mandado de segurança (em 20-2-90 — 1ª Seção).

Votaram com o Exmo. Sr. Ministro Relator os Exmos. Srs. Ministros Américo Luz, Geraldo Sobral, Ilmar Galvão, José de Jesus, Vicente Cernicchiaro, Carlos Velloso e Miguel Ferrante. O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira não participou do julgamento. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.