

RECURSO ESPECIAL E AGRAVO REGIMENTAL

## RECURSO ESPECIAL Nº 44 — SP

(Registro nº 8.98178-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro William Patterson*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Adézio Jatobá, Anselmo Jatobá e Paulo Massao Ueno*

Advogado: *Dra. Maria de Lourdes Valarini Belozo*

**EMENTA:** Penal. Furto qualificado. Pena. Substituição.

A substituição da pena, na forma prevista no § 2º, do art. 155, do CP, é aplicável ao furto simples (art. 155, caput, quando ocorrentes, especificamente, as circunstâncias ali previstas.

A faculdade não se estende ao furto qualificado (§ 4º, do art. 155), hipótese destes autos.

Jurisprudência do STF.

Recurso especial conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de junho de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Adézio Jatobá, Paulo Massao Ueno e Carlos Alberto Meneghini Zanini foram denunciados, os três primeiros como incurso no art. 155, § 4º, incisos III e IV, do Código Penal e o último, como incurso no art. 180, § 1º, do mesmo diploma legal, por terem aqueles, mediante uso de chaves falsas, subtraído um televisor em cores e dinheiro de contado, no valor de Cr\$ 1.150.000,00 e o último, adquirido o televisor a preço vil para revendê-lo a terceiro por Cr\$ 1.500.000,00.

Sentença de primeiro grau julgou procedente a denúncia para condenar os autores do furto qualificado a oito meses de reclusão e multa de três dias-multa no valor de um trigésimo do salário mínimo da época dos fatos, concedendo-lhes o sursis com base no art. 77, do CP, pelo prazo de 2 anos, sem condições especiais. Quanto a Carlos Alberto Meneghini Zanini, julgou improcedente a denúncia, nos termos do art. 386, VI, do CPP (fls. 116/121).

Ao recurso interposto pelos apenados o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal deu parcial provimento para, com autorização no § 2º do art. 155 do Código Penal, aplicar-lhes somente a pena de multa (fls. 158/161).

Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs recurso extraordinário alegando dissídio jurisprudencial em face de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, que menciona (fls. 163/171), admitido à fl. 174.

Às fls. 188/189 pronunciou-se a douta Procuradoria-Geral da República pelo conhecimento e provimento do recurso do MPE.

O eminente Ministro Sydney Sanches, relator do feito, louvado em decisão proferida pelo Plenário em questão de ordem levantada no RE nº 119.204-6 — SP, teve como convertido o recurso extraordinário em especial, determinando a remessa dos autos para apreciação deste Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Merece ser conhecido o recurso especial, por isso que suficientemente comprovada a divergência jurisprudencial.

Os réus foram condenados pela prática do delito de «furto qualificado» (§ 4º do art. 155, itens III e IV), à pena de oito meses de reclusão e multa de três dias-multa. Devo esclarecer que o digno Juiz de primeiro grau levou em consideração o disposto no art. 59, do Código Penal, e a norma contida no art. 16 do mesmo ordenamento, consoante se lê nesse trecho do decism:

«Doso a pena dos réus Adézio, Anselmo e Paulo. Eles são primários e de bons antecedentes, motivo pelo qual suas penas serão fixadas no mínimo previsto no § 4º do art. 155 do Código Penal. Tais penas serão reduzidas em 2/3, nos termos do art. 16 do Código Penal. Porque como demonstrado nos autos, os acusados restituíram à vítima, o objeto e o dinheiro subtraído antes da denúncia, não experimentando, ela, qualquer prejuízo. A pena de multa será igualmente fixada no mínimo legal e reduzida em 2/3 diante do arrependimento posterior dos réus.»

O Egrégio Tribunal de Alçada reformou, em parte, a sentença, para aplicar aos acusados somente a pena de multa. Para tanto, valorizou o fato de a vítima ter recuperado os bens e a circunstância de serem primários e de bons antecedentes os réus, apoiando-se na regra do § 2º do art. 155 do CP, segundo a qual:

«Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o Juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.»

Com a devida vênia, o v. acórdão incorreu em dois equívocos. Com efeito, a faculdade utilizada (§ 2º do art. 155) destina-se exclusivamente, à hipótese de furto simples (art. 155, caput e não ao *furto qualificado* (§ 4º do art. 155), caso destes autos. Por outro lado, a decisão recorrida invocou cláusula que sequer está inserida no § 2º, pois este autoriza o benefício se, além de primário o criminoso, é de pequeno valor a coisa furtada. Nas razões do julgado alude-se à ausência de qualquer prejuízo para a vítima e não ao valor dos bens furtados.

A jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal trazida à colação para fundamentar a divergência deve ser prestigiada, em todos os sentidos, porquanto em perfeita harmonia com os princípios que norteiam o quadro jurídico regencial. A propósito, vale pôr em destaque os seguintes arestos, em franca oposição ao impugnado acórdão:

«Furto privilegiado e furto qualificado. É firme a jurisprudência do STF no sentido de que não é cabível dar-se o privilégio do § 2º do art. 155 do CP, em sendo crime qualificado.

Se é certo, assim, que o furto foi considerado qualificado, não é possível, mesmo sendo o bem subtraído de pequeno valor, que se faça a aplicação da regra do aludido dispositivo da lei penal.

Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido para restabelecer-se a sentença de 1ª instância». (RE nº 114.179-4-SP, 1ª T., v. u., rel.: Min. Aldir Passarinho, DJ de 6-11-87, RT nº 627-375).

«Furto qualificado. Impossibilidade de extensão ao réu condenado por furto qualificado dos benefícios do § 2º do art. 155 do CP, conforme iterativa jurisprudência da Corte. Recurso extraordi-

nário conhecido e provido» (RE 99.644-3-SP, 1ª T., v.u., rel.: Min. Oscar Corrêa, *DJ* de 24-6-83, RT 582/429).

«Furto qualificado. Não tem cabimento a aplicação do benefício da substituição da pena de reclusão pela de detenção, ou aplicação somente da pena de multa, quando se cuida de furto qualificado. Interpretação do art. 155 do CP. Dissídio jurisprudencial comprovado». (RE 109.541-5-SP, 2ª T., rel.: Min. Djaçí Falcão, *DJ* 150:13474, 8-8-86).

Furto. Benefício do § 2º do art. 155 do CP. Sua inaplicabilidade às hipóteses de furto qualificado. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 103.303-7-SP, 1ª T., rel.: Min. Néri da Silveira, *DJ* 176:15458, de 13-9-85).

«Furto privilegiado e furto qualificado. Não cabe a concessão do benefício do art. 155, § 2º, do CP ao agente de furto qualificado». (RE 107.440-0-SP, 2ª T., v.u., rel.: Min. Francisco Rezek, *DJ* de 22-11-85, RT 605/424).

«É inadmissível a incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP, às formas qualificadas de furto». (RE 103.239-1-SP, 1ª T., rel.: Min. Rafael Mayer, *DJ* 15-2-85, RT 593/453).

Além desses merecem destaque, por ajustados à espécie sob exame:

«Furto qualificado. Aplicação do § 2º do art. 155 do CP, em virtude do desaparecimento do dano em face da apreensão da coisa. Dissídio jurisprudencial comprovado. O benefício legal pressupõe o pequeno valor da coisa furtada e não a ausência do prejuízo à vítima, em virtude da apreensão da coisa furtada. Impõe-se a reforma do acórdão recorrido» (RECr. nº 93.010-8-SP, 2ª T., rel.: Min. Djaçí Falcão, *DJ* de 24-10-80, pág. 8610).

«Furto. Não há confundir o pequeno valor da coisa com a redução ou desaparecimento do prejuízo pela sua restituição, ou pela reparação do dano. Inaplicabilidade à hipótese, do § 2º do art. 155 do CP. Jurisprudência da Corte» (RECr. nº 102.632-4-SP, 1ª T., rel.: Min. Oscar Corrêa. *DJ* 165:13486, 24-8-84).

«Furto. Furto privilegiado. Valor da *res furtiva*. Prejuízo. Reparação do dano. CP, art. 155, § 2º. Pequeno valor da coisa, para efeito de privilegiar o furto, nos termos do § 2º, do art. 155 do CP, é o resultante da estimação no momento do crime, não cabendo relativizar o conceito para aplicá-lo quando, não sendo pequeno o valor, seja o prejuízo insignificante para a vítima ou tenha sido reparado, pela restituição da *res furtiva*» (RECr. nº 102.395-3-SP, 1ª rel.: Min. Rafael Mayer. *DJ* 160:12915, de 17-8-84).»

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, para reformar a decisão colegiada, e, em consequência, restabelecer a sentença monocrática.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Sr. Presidente, também voto como V. Exa., porque está fora de qualquer dúvida que o benefício do § 2º só se aplica à hipótese do caput do art. 155 do Código Penal.

Há um aspecto a considerar: o furto qualificado está definido no parágrafo 4º, não sendo de aplicar-se-lhe o benefício anteriormente definido no tipo penal. O mesmo fez o art. 171, § 1º do Código, quando tratou do problema do estelionato, também de valor mínimo.

Estou de acordo com o entendimento de V. Exa.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, além da farta jurisprudência a respeito do reconhecimento da incidência do § 2º, apenas ao crime de furto simples, a doutrina é unânime também sobre isso: só se aplica ao furto simples.

O fato de haver o produto do crime sido restituído, ou de haver sido apreendido, não causando prejuízo à vítima, não significa que é pequeno o valor. Não é pequeno. O valor pode ser grande, ser restituído e não causar prejuízo nenhum.

Estou de acordo com V. Exa.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 44 — SP — (Reg. nº 89.8178-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. William Patterson. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdos.: Adézio Jatobá, Anselmo Jatobá e Paulo Massao Ueno. Adv.: Dra. Maria de Lourdes Valarine Barroso.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 27-6-89 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros José Cândido, Carlos Thibau, Costa Leite e Dias Trindade.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 200 — GO

(Registro nº 89.0008433-0)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Bueno de Souza*

Rectes.: *United American Corporation e outro*

Recdo.: *Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás — IDAGO*

Advogados: *Drs. Hugo Mósca e outro, João Batista de Oliveira e outros*

### EMENTA: Processual Civil. Ação Declaratória.

Nulidade de citação e de sentença proferida em ação discriminatória. Existência de coisa julgada material.

1. Sociedades comerciais alienígenas sediadas nos EUA, rés revéis em ação discriminatória promovida sob a égide do CPC de 1939.

2. Citação efetuada diretamente pela via editalícia com ausência de qualquer diligência que evidenciasse a impossibilidade de sua realização por carta rogatória.

3. Desnecessidade in casu de propositura de ação rescisória.

4. Preliminar de carência de ação afastada.

5. Recurso especial conhecido e provido para que o Magistrado de 1º Grau decida o mérito da demanda.

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

Custas, como de lei.

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

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Recurso extraordinário interposto para o Supremo Tribunal Federal, antes da instalação do Superior Tribunal de Justiça, inadmitido na origem, teve assegurado seu processamento, por acolhida a arguição de relevância relativa a matéria infraconstitucional, prejudicado o agravo de instrumento, a insistir em matéria constitucional.

O eminente Ministro Sydney Sanches, Relator, determinou a remessa dos autos a esta Corte para o julgamento do recurso que se converteu, *ipso iure* em especial, quanto à matéria infraconstitucional, nos limites da arguição de relevância, restituindo-se-lhe depois os autos, em consideração à matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário.

Assim decidiu S. Exa., na conformidade do que ficou assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 4-5-89, na questão de ordem que suscitou no RE nº 109.698-5-SP (fl. 445).

O parecer do Ministério Público, da lavra do Procurador José Antonio Leal Chaves, aprovado pelo ilustrado Subprocurador-Geral Mauro Leite Soares, após minucioso estudo do caso, fixou-se na questão dos limites do recurso, dizendo (fls. 432/437):

«Trata-se de recurso extraordinário interposto de r. acórdão prolatado pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, arrimado nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional, sob alegação de violação dos §§ 4º e 22 do art. 153 da Constituição Federal, de negativa de vigência dos arts. 161, III, e 1010, I, do anterior CPC, e dos arts. 4º, I, e 215 do vigente Estatuto Processual Civil, bem assim de existência de dissídio exegético, argüindo, ainda, a relevância da questão federal.»

«Veiculam os presentes autos uma ação declaratória ajuizada por duas sociedades comerciais norte-americanas, sediadas nos Estados Unidos da América, réis revéis em ação discriminatória movida pelo Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás-IDAGO, com decisão transitada em julgado, ao argumento de serem nulas as suas citações, efetuadas por edital, com preterição de pertinentes previsões legais, pelo que pediram fosse «decretada a inexistência das relações jurídicas objeto das referidas citações editais e de todos os demais atos subsequentes que lhes alcançaram, praticados na ação discriminatória de que dão notícia os inclusos documentos...» (inicial, item 26, à fl. 16)

A r. sentença de fls. 202/206 teve as autoras, ora recorrentes, como carecedoras da ação, pelo que, na forma do art. 267, VI, do CPC, deu por extinto o processo, sem julgamento do mérito. Apeção das irresignadas resultou improvida, por maioria de votos, ensejando a manifestação de embargos infringentes, rejeitados, à unanimidade, pelo r. acórdão recorrido, que teve assim plasmada sua:

«*Ementa:* Ação declaratória de inexistência de relações jurídicas. Não pode ser objeto de ação declaratória matéria debatida entre as mesmas partes em ação anterior e já decidida por sentença de mérito transitada em julgado. A pretensão esbarra na vedação do reexame da coisa julgada material, pois, caso contrário, estaria se admitindo a declaratória como sucedâneo da ação rescisória. Reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido e da falta de interesse processual.» (Fl. 332)

Desenvolvendo argumentação atenta a estes parâmetros, prossegue o ilustrado parecer em circunstanciado exame da hipótese para opinar pelo não conhecimento do recurso, ante a ausência de prequestionamento, de regular comprovação do dissenso de julgados, e, bem assim, por não configurada a negativa de vigência ao art. 4º, I, do CPC vigente.

Subscreveu, assim, o entendimento de que a alegação de nulidade da citação por edital, motivadora do ajuizamento da demanda, baseada no ar-



gumento das recorrentes de que, tendo endereço conhecido nos EUA, deveriam, na ação discriminatória, ter sido citadas por carta rogatória, deixando de ser devidamente apreciada pelas decisões locais, eis que a sentença confirmada pelo v. acórdão recorrido, acolhendo preliminar da contestação, decretou a carência de ação, pondo fim ao processo sem julgamento do mérito.

O provimento do recurso especial é pleiteado a fim de que o Juiz de primeiro grau julgue a ação no seu mérito.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhores Ministros, anoto, desde logo, que a inicial desta declaratória, ajuizada em 26-6-82 (fl. 2), se reporta à discriminatória proposta em 20-4-72, em Porto Nacional, pelo Instituto de Desenvolvimento Agrário do Estado de Goiás, julgada procedente pelo Juízo de Direito daquela Comarca em 18-12-73.

Consta destes autos de ação declaratória o inteiro teor da inicial daquela demanda (fls. 61/75), bem como da sentença do Juízo de Direito de Porto Nacional (fls. 76/96).

Muito embora não se encontre nestes autos, ora pendentes de recurso especial, cópia do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, certo é, contudo, que a confirmação daquela sentença é expressamente reconhecida pelas autoras (fl. 6, princípio), pelo réu (fl. 108) e, enfim, pelo Juízo da 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual; prolator da sentença desta ação declaratória (fl. 204).

2. Acentua-se, na inicial, que o Juízo de Direito da Comarca de Porto Nacional acolheu prontamente a alegação do autor da discriminatória, de que era impossível a citação pessoal das rés (agora recorrentes), porque sediadas nos Estados Unidos da América do Norte; e que, citadas por editais, tendo permanecido revéis, da procedência daquela demanda resultou o cancelamento das transcrições imobiliárias relativas às terras por elas adquiridas.

A causa petendi foi resumida deste modo (fl. 16):

«... com a deliberada violação dos arts. 13, 161, n.º III, e 175 do retroaludido Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939, de se verem citadas através de rogatórias e fazendo-as sob a intempestiva forma editalícia, sob a presunção do seu descumprimento, tais citações não produziram nenhuma relação jurídica, pelo que são inexistentes de pleno direito.»

E o pedido (fl. 16) foi formulado em termos de ser decretada:

«a inexistência das relações jurídicas objeto das referidas citações editalícias e de todos os demais atos subsequentes que lhes alcançaram, praticados na ação discriminatória de que dão notícia os

inclusos documentos, com a sua condenação no pagamento das custas processuais, honorários advocatícios arbitrados e demais cominações legais».

3. A sentença desta ação declaratória assim também compreendeu, tanto que resumiu (fl. 204) verbis:

«As autoras eram proprietárias de terras localizadas na zona rural do Município de Ponte Alta do Norte, Comarca de Porto Nacional.

O IDAGO, autarquia estadual, ajuizou, em Porto Nacional, ação discriminatória de terras do Município de Ponte Alta, englobando área de propriedade das autoras.

Para essa ação discriminatória as autoras foram citadas por editais, quando entendem que deveriam ser por Carta Rogatória.

A Discriminatória foi julgada na 1ª instância e confirmada na Instância Superior, dando-se como de propriedade do Estado as terras objeto da respectiva ação discriminatória.

A sentença e o acórdão já transitaram em julgado.

Agora, as autoras, entendendo irregulares as citações editalícias — porquê feitas assim, e não por rogatória —, pretendem com esta ação declaratória, o reconhecimento da inexistência da relação jurídica processual que se teria formado entre si e o IDAGO. É esta a finalidade colimada na presente ação.»

A seguir, o ilustre Juiz de Porto Nacional desenvolveu esta argumentação (fls. 204/6):

«Antes de analisar as demais preliminares, ligadas que estão às condições da ação, vamos tecer algumas considerações sobre a ação declaratória.

Evidente que ação aqui posta é a chamada declaratória negativa, que tem como pressuposto a inexistência de uma relação jurídica. Tem por escopo a sentença declaratória apenas o efeito de acabar com a incerteza, declarando a inexistência (é o pedido das autoras) de uma relação jurídica. E a ação declaratória busca, justamente, essa espécie de sentença.

Pois bem, para propor ação é necessário ter interesse, di-lo o artigo 3º do Código de Processo Civil. É o interesse uma das condições da ação. Se ausente, importará na extinção do processo, sem julgamento do mérito, como dispõe o artigo 267, VI, do Código Processual Civil.

Como acabamos de ver, o interesse de agir figura entre as condições da ação. O litigante, a parte, há de ter um interesse. alguma utilidade deve colimar com a atividade dos órgãos do Poder Judiciário. Daí, para poder exigir a prestação jurisdicional, não basta ter o direito ou alegar a sua existência; é mister demonstrar o seu

interesse em exercitá-lo, mostrando a utilidade a tirar do seu exercício. O «paz d'intérêt, pas d'action» é princípio corrente e inadversado. Sem demonstração desse interesse, falece a faculdade de exigir a prestação jurisdicional. Qual o interesse das autoras, ao propor esta ação? Não lobrigo nenhum. E o interesse é o proveito ou utilidade que, presumivelmente, se colherá do fato de propor ou contestar uma ação. Qual o dano, o prejuízo, das autora, deixando de invocar a proteção da Justiça? Não enxergo nenhum e nem é ele indicado pelas autoras.

A que está o Réu obrigado para com as autoras? Não vejo qualquer liame de natureza obrigacional entre ámbos, e nem as autoras a ele fazem menção.

Ora, a relação jurídica de que cogita a declaratória é um vínculo entre pessoas em razão do qual uma delas pode pretender algo a que a outra esteja obrigada.

Qual o objeto da presente ação, de cuja existência haja incerteza? Àquelas relações, referidas na inicial, que se compuseram em razão das citações editalícias, são as de Autor e de Réus, cada qual com os seus ônus processuais. E as daí decorrentes? A entrega da prestação jurisdicional, via da sentença proferida na discriminatória, já confirmada pelo Tribunal e com trânsito em julgado.

Mas as citações, mesmo por editais, foram efetivadas, o processo desenvolveu-se na sua marcha dinâmica até o julgamento. Quais, então, as relações inexistentes, ou qual a dúvida, a incerteza de suas existências? Tudo é muito claro, não restando dúvida de que realmente existiram e existem.

Contudo, se as citações por edital, são nulas, ineficazes, defeituosas, realizadas com infringência de normas legais, aí o problema já não é de simples declaração, mas, sim, objeto de ação própria. Falta aquela dúvida, aquela incerteza, que servem de suporte à declaratória.

Ensina o festejado Pontes de Miranda: «A ação concernente à invalidade é ação constitutiva negativa, em que se postula ser nulo ou anulável o ato jurídico, e não se confunde com a ação declaratória. Quem desconstitui não declara, desfaz». Com. ao Cód. Civil — Tomo I — pág. 180 — Ed. Forense — 1974.

Bem de ver que as autoras não procuram, como bem notou o Réu, a simples declaração da inexistência da relação jurídica que afirmam ter com o Réu — embora não saiba qual seja —; querem, muito longe disso, que o Judiciário proclame a própria desconstituição da sentença e do acórdão, proferidos na discriminatória. A impossibilidade é manifesta, e a impropriedade da ação é evidente.

A citação é ato substancial do processo, cuja falta acarreta a sua nulidade. Irrecusavelmente, que outra seria a ação das autoras, agora, contra o Réu.

Com o trânsito em julgado da sentença proferida na ação discriminatória, consumou-se uma situação de fato e de direito, imutável, inadmitindo mais, qualquer exame do Judiciário, porque há expressa vedação legal a respeito.

Certo de que hei demonstrado o suficiente a inexistência de requisitos para a ação do direito a ela, julgo as autoras *carecedoras*. Conseqüentemente, na forma do artigo 267, VI, do Cód. Proc. Civil, julgo *extinto* o processo.

Condeno as autoras no pagamento das custas processuais e em honorários de advogado que arbitro em Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros), em atenção ao princípio da sucumbência.»

4. Em apelação, a Segunda Turma da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás manteve a sentença, tal como consta da ementa do acórdão de 12-5-83 (fl. 283):

«*Ementa*: Ação declaratória de inexistência de relações jurídicas. Não pode ser objeto de ação declaratória matéria debatida entre as mesmas partes em ação anterior e já decidida por sentença de mérito transitada em julgado. A pretensão esbarra na vedação do reexame da coisa julgada material, pois caso contrário estaria se admitindo a declaratória como sucedâneo da ação rescisória. Reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido e da falta de interesse processual.

Apelo improvido.»

Do d. voto condutor da decisão, colho estes trechos mais elucidativos (fls. 284/7):

«Verifica-se que a pretensão não tem condições de prosperar, diante da manifesta impossibilidade jurídica do pedido, assim como da falta de interesse processual.

Ao se confirmar a sentença recorrida, reporta-se aos doutos fundamentos jurídicos desenvolvidos pelo réu, na contestação e nas contra-razões do recurso, que ora são adotados como razões de decidir.

Com efeito, resumindo tais fundamentos, se dúvida pairasse a respeito, real pretensão das autoras aflorou com maior clareza na impugnação à contestação, quando afirmaram:

«Mas, na presente ação não se discute, porque não se considera juridicamente existente, o r. julgado proferido na outra: — «como a sentença inexistente é declarável como tal («não existe») pretendem as autoras a decretação judicial da sua nulidade, assim como de todos os demais atos praticados naquela ação discriminatória.» (Fl. 129).

Com propriedade, diz o apelado (fls. 238 a 242):

«Vê-se, então, que a ação rotulada de declaratória tem, de fato, o escopo de rescindir julgado anterior, proferido na ação discriminatória das terras do Município de Ponte Alta do Norte. Trata-se, portanto, de ação imprópria porque a ação declaratória não é constitutiva negativa.

Neste sentido, diz Pontes de Miranda:

«A ação concernente à invalidade é ação constitutiva negativa, em que se postula ser nulo ou anulável o ato jurídico, e não se confunde com a ação declaratória. Quem desconstitui não declara, desfaz». (Aut. cit., in Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I, pág. 180).

Por outro lado, carecem as apelantes de interesse processual, uma vez que a declaração pretendida de nada lhes serviria, posto que em nada modificaria a sua situação em face da coisa julgada, que continuaria, como de fato continuará, soberana e inatingível.

... Omissis...

Ora, no caso em apreciação, vê-se que as autoras, ora apelantes, relataram um fato — o trânsito em julgado do acórdão que confirmou a sentença que julgou procedente a ação discriminatória das terras do Município de Ponte Alta do Norte, e formularam um pedido — o de declaração de invalidade do referido julgado, por suposto defeito de citação.

Resulta, portanto, que, do fato relatado, não pode decorrer a consequência pretendida, uma vez que tal pretensão esbarra no óbice intransponível da coisa julgada.

Com efeito, dispõe o Cód. de Proc. Civil, em seu art. 467:

«Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.»

Assim, ainda que fosse possível, apenas para argumentar, emitir a declaração pretendida, esta de nada serviria às apelantes, já que o venerando acórdão dessa Egrégia Corte, que confirmou a sentença de primeiro grau proferida na já aludida ação discriminatória, continuaria soberano e imutável, porque imune aos efeitos da sentença declaratória.

O venerando acórdão em tela poderia, quando muito, no prazo e nos casos previstos em lei, ser atacado por ação rescisória, que seria a única via admissível para a sua desconstituição.

É caso, ainda, de evidente impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o Cód. de Proc. Civil, em seu art. 471, impede que qualquer juiz venha a decidir novamente questões já apreciadas, relativas à mesma lide.

De fato, estatui o referido dispositivo legal:

«Art. 471. Nenhum Juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I — se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II — nos demais casos prescritos em lei».

No mesmo sentido, a doutrina:

«E se a finalidade precípua do processo é tornar efetivo o direito material, e torná-lo efetivo com vistas à participação social, impunha-se não permitir o ordenamento a duplicidade de processos tendo por objeto a mesma lide, esteja ela pendente, como mérito de algum processo em curso, esteja ela definitivamente composta, como coisa julgada derivada de algum processo já extinto (J. J. Calmon de Passos, in «Comentários ao Código de Processo Civil», vol. III, p. 258).

E mais:

«Por ter força de lei, a coisa julgada material tem força obrigatória, não só entre as partes como também em relação a todos os juízes, que deverão respeitá-la. Preciso, parece-nos assim, o conceito de coisa julgada material formulado por Betti: «Força obrigatória e vinculante de acerto de uma relação jurídica» (Moacyr Amaral Santos, in «Comentários ao Código de Processo Civil», vol. IV, pp. 460/1).

Decorre, daí, que a única solução, in casu, era mesmo a extinção do processo sem julgamento de mérito, decretada a carência da ação».

5. Eis, afinal, a fundamentação do v. acórdão proferido em embargos infringentes, ora recorrido, que reproduz o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 329/330):

«O Excelso Pretório, conforme notícia o julgado inserto nos autos, admite a idoneidade da ação declaratória para fulminar sentença lastreada em processo que abriga nulidade de citação do réu revel.

Aliás, a própria lei processual viabiliza tal hipótese, já que a nulidade de citação constitui fundamento para recebimento, com efeito suspensivo, de embargos à execução (art. 741 — I, CPC). Ora, em face disso, é perfeitamente possível a declaratória de nulidade de citação, ao fito de obter decreto judicial em ordem a atacar a execução de sentença.

Sob este ângulo, irrepreensível se manifesta o voto vencido.

Acontece, todavia, que circunstâncias outras devem ser analisadas para se admitir a possibilidade jurídica do pedido declaratório; uma delas, sem dúvida, liga-se ao fato de a sentença ter sido ou não executada; em caso afirmativo, inócua o provimento judicial, porque se esbarraria na res judicata somente atacável pela ação rescisória.

No caso em foco, de nada adiantaria o reconhecimento de nulidade da citação, quando não se há mais falar na possibilidade de embargos à execução, já que esta, há muito, deve ter-se efetivado, pelo menos os recorrentes não demonstraram, em fase alguma do processo, sua posse do imóvel em questão ou mesmo se algum dia a detiveram.

Vê-se, pois, que o interesse dos recorrentes somente seria legitimado, caso estivesse na posse da gleba e pretendessem, através do provimento que ora pleiteiam, sustar uma possível medida executória.

Ao contrário, buscam, pela presente ação, uma prestação jurisdicional ineficaz, daí o acerto da decisão de primeiro grau e a irrepreensibilidade do acórdão aferulado, dada a inexistência de qualquer utilidade no uso do processo, o que, segundo o mestre Arruda Alvim, em monumental lição estampada pela impugnação da douta Procuradoria-Geral do Estado (fl. 308), redundaria na falta de interesse processual.

Para que o interesse seja legítimo não basta a ocorrência da necessidade de obter um provimento judicial, mas é preciso verificar se este reúne condições para atingir determinada finalidade. O que houve, no caso sub judice, foi o uso de uma declaratória como sucedânea de ação rescisória para enfrentar a implacabilidade da causa julgada, daí a sua inoportabilidade».

6. O recurso extraordinário, a par da violação dos parágrafos 4º e 22 do art. 153 da Constituição de 1967, com a Emenda I de 1969, suscita a negativa de vigência dos arts. 161, III e 1010, I do Cód. de Proc. Civil ainda em vigor quando fora julgada a ação discriminatória; e 4º, I e 215 do Cód., de Proc. Civil de 1973, a que se sujeitou, desde o início, a causa pendente deste recurso (pois atribuo a mero erro material a alusão ao código revogado, na anotação manuscrita de fls. 340 e 342, aliás corrigida à fl. 352).

Em abono da arguição de desprezo ao art. 4º, I, do Cód. de Proc. Civil, a petição de interposição do recurso extraordinário invoca julgado do Supremo Tribunal no RE 97.589-SC, in *DJ* 3-6-83, transcrevendo trecho do d. voto do Ministro Alfredo Buzaid (fls. 341/2), verbis:

«Do exposto resulta que por dois modos se pode obter a declaração de nulidade do processo em que falta a citação inicial, ou a citação inicial foi nulamente feita, desde que correu à revelia: a) ou por embargos do devedor, afim de desconstituir a eficácia do título

executivo (Código de Processo Civil, art. 741, I); b) ou por ação declaratória, nomeadamente se a sentença é desprovida de execução forçada (Código de Processo Civil, art. 4º). A ação declaratória é meio idôneo para recusar os efeitos da sentença proferida em processo constituído nulamente, por força de citação inicial ou com a citação inicial nulamente feita, tendo corrido à revelia».

E conclui:

«Em suma, para invalidar os efeitos de sentença nula por vício insanável de falta de citação inicial ou de citação inicial nulamente feita, desde que o processo correu à revelia não há mister propor ação rescisória. A ação rescisória, fundada no art. 485, IV, do Código de Processo Civil, pressupõe sentença proferida em processo que se iniciou e se desenvolveu válida e regularmente, mas que é rescindível, por contrariar a eficácia própria da sentença, que a torna imutável, indiscutível (Código de Processo Civil, art. 467) e obrigatória para todos os juizes de futuros processos (Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, nº 117)».

7. Relativamente ao dissídio jurisprudencial, as recorrentes novamente invocaram, além de outros precedentes do já mencionado aresto do Supremo Tribunal, o v. acórdão do RE 97.586-SC, do Egrégio Plenário, unânime, em 17-11-82, de que foi Relator o Min. Moreira Alves, do qual transcreve os trechos alusivos ao tema debatido e cujo inteiro teor se acha reproduzido, em cópia autêntica a instruir a petição de recurso (fls. 367/394).

Do erudito voto proferido pelo eminente Relator extraio o seguinte:

«Em se tratando, como se trata, de ação declaratória de nulidade de citação, em que o réu foi revel, parece-me indubitável que a melhor doutrina é a do acórdão recorrido.

Que não é necessária ação rescisória para a declaração de inexistência ou de nulidade de citação, quando ocorre a revelia, di-lo o próprio Código de Processo Civil, ao permitir, em seu artigo 741, I, que, em embargos à execução fundada em sentença, o devedor alegue:

«Falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia».

Com efeito, transitada em julgado sentença de mérito, o meio normal de rescindi-la é a ação rescisória. No entanto, o nosso direito positivo, em tratando de falta ou nulidade de citação, se a ação correu à revelia, não a exige, por entender que, nesse caso, não se trata de rescisão de sentença (que o juiz da execução não poderia fazê-la, incompetente que o é para tanto), mas de nulidade absoluta da sentença, que pode ser declarada por meio de embargos à execução ou de ação declaratória, ambos independentemente da observância dos requisitos da ação rescisória. Não se trata — é bem de ver — de exceção à ação rescisória, mas, sim, de hipótese para a



qual não é exigível ação dessa natureza, por não se tratar de vício dependente de rescisão, mas de vício de nulidade absoluta, e, portanto, insanável. Por isso mesmo, é que essa nulidade absoluta e, conseqüentemente, insanável é atacável, expressamente, por meio de embargos à execução, independentemente da observância do prazo de decadência da rescisória.

Aliás, não fora assim, ter-se-ia o absurdo de se verem sanados vícios insanáveis — assim, a falta de citação que acarreta, inclusive, o não surgimento da relação jurídica processual com referência à parte não citada — bastando, para isso que o autor, fraudulentamente, não cite alguém, ou o cite invalidamente por edital, correndo a ação à revelia, e, depois de transitada em julgado a sentença, espere fluir o prazo de dois anos de decadência para a propositura da ação rescisória, e, só então, lhe dê execução. Teria sentido que o réu, no momento em que viesse a saber da existência da sentença contrária a ele, não pudesse alegar a falta ou a nulidade da citação? É evidente que não. Daí, o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 741, I, permitir que se aleguem tais vícios — restringindo-os, por isso mesmo, ao caso de revelia — em embargos à execução, ainda que esta só se tenha iniciado após dois anos do trânsito em julgado da sentença. E, obviamente, é possível, também, se a citação não se der sequer para a execução, ou se se tratar de sentença que independe de execução, que o réu revel, não citado ou citado invalidamente, lance mão de ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença.

Essa possibilidade decorre do fato de que, para essa hipótese — falta ou nulidade de citação, havendo revelia, persiste, em nosso direito, a querela nullitatis, que o é, sem dúvida, o caso previsto no artigo 741, I, do CPC. E se ela existe sob a forma de embargos, não há razão para que não exista, igualmente, sob a forma de ação declaratória de nulidade, que é o gênero de que aqueles são espécie».

8. O minucioso parecer ministerial, para opinar no sentido de não se conhecer do recurso, apreciou deste modo a alegação de ofensa à lei (fls. 434/5):

«Quanto aos arts. 161, III, e 1010, I, do anterior CPC, bem assim o art. 215 do atual Estatuto Processual Civil também não foram alvo de nenhum prequestionamento, pela simples razão de dizerem com o mérito e de nenhuma decisão de mérito haver sido proferida nesta ação, onde foi decretada a extinção do processo, *sem julgamento do mérito*, decisão esta mantida da primeira à última das instâncias ordinárias. No ponto em tela estão a incidir e merecer aplicada, uma vez mais, os entendimentos veiculados nas Súmula 282 e 356».

9. Pois bem, a propósito da preliminar de conhecimento, tenho como certo que, afastada, por alheia ao tema da causa, a referência ao art. 1010, I, da lei processual revogada (a que se aludiu, suponho, a título tão-somente de integração lógico-contextual das razões do recurso), permanece, no entanto, apropriada, a meu ver, a invocação do art. 161, III do Cód. de Proc. Civil anterior, não merecendo acolhida, *data venia*, a objeção de se tratar do fundamento legal pertinente ao mérito, o qual, todavia, teria subsistido incólume às decisões das instâncias locais, que se limitaram ao tema das condições da ação.

Daí porque os trechos há pouco transcritos das decisões proferidas na causa foram coligidos, precisamente para evidenciar que o mérito, ou seja, o conjunto de questões de cuja resolução necessariamente dependia o provimento ou o desprovimento da demanda, no caso ora em exame, diz com a nulidade absoluta do processo de que resulta a suposta coisa julgada, bem como com a possibilidade, consoante a ordem jurídica vigente, de se obter declaração judicial dessa nulidade, a par do interesse das recorrentes, aliás legítimo, de se eximir à coisa julgada que se lhes quer impor, desde que não foram partes no processo em que se configurou, apenas, para quem foi parte, certo que o interesse de que se cuida consiste na necessidade do pronunciamento jurisdicional pleiteado, como único meio adequado à obtenção do bem da vida almejado.

10. Em outra ordem de exposição, ao inadmitir a demanda meramente declaratória por inidônea ao propósito de declarar a nulidade absoluta do processo e do julgado da ação discriminatória, no que concerne às recorrentes, o *v. acórdão* recorrido (perseverando, de resto, na mesma orientação dos pronunciamentos que o antecederam) deu por comprovado e, portanto, como absolutamente certo precisamente o contrário daquilo, que a demanda declaratória colima estabelecer, ou seja: ao objetar que a declaração judicial pretendida é impossível, em virtude da coisa julgada, o *acórdão* recorrido, *data venia*, negligencia o propósito da demanda, ao colimar sentença que declare a inexistência de coisa julgada oponível às recorrentes.

De fato, ao afirmar o *acórdão* recorrido que a pretensão das recorrentes é inadmissível em virtude da coisa julgada, toma, necessariamente, como razão de decidir terem sido valiosas e eficazes as citações que a inicial, no entanto, qualifica de absolutamente nulas.

11. Neste ponto, atente-se para o tópico seguinte do metuculoso parecer a que me venho referindo (fl. 436):

«Resta examinar a pretensa negativa de vigência do estatuído no art. 4º, I, do CPC, estribado no qual formularam as ora recorrentes o pedido veiculado na inicial».

Impende seja lido o *d. voto* do DD. Relator do *r. aresto* hostilizado, onde se aduzem seus fundamentos suficientes, que, no mínimo, são dúplices, qual depreende do seguinte trecho:

«.....»

Certo é que, adoto como razões de decidir não só os fundamentos do parecer retromencionado, como também os motivos que levaram o eminente Desembargador Lafaiete Silveira a improver o apelo.

.....»(fls. 330, penúltimo parágrafo).

As recorrentes, no tocante à negativa de vigência de lei federal, em sua petição de interposição da extrema súplica, disseram:

«15. Realmente, ao reconhecer como reconheceu, a qualidade da r. sentença de fls. e, em consequência, a validade do processo objurado, o v. acórdão recorrido negou vigência ao disposto nos artigos 161, III, e 1010, I, do Código caduco, e 4º, I, e 215, do mesmo CPC.

16. omissis

17. Ora, constituindo as citações regulares requisitos fundamentais ao desenvolvimento válido de um processo, o v. acórdão recorrido ao ratificar o entendimento da r. sentença de fls., negou aplicação às normas objeto dos artigos 161, III, do Código revogado, e 4º, I, e 215 do citado CPC, pelo que Vossa Excelência haverá de acolher este recurso com apoio na alínea a, III, do art. 119, da Constituição Federal» (fls. 340 e 342).

A transcrição de excertos do d. voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Alfredo Buzaid ao ensejo do julgamento do RE 97.589, feita no item 16 da referida petição de interposição, às fls. 341/342, não obstante transmita entendimento magistral, de incomensurável valia, não é suficiente para que se tenha, a um só tempo, como demonstrada a alegada negativa de vigência imposta ao art. 4º, I, do CPC, e refutados todos os fundamentos suficientes em que se embasa o r. aresto impugnado. Não aduzem as recorrentes, sequer, com voz própria e de forma convincente, por que entendem aqui presentes todas as condições da ação conduzida nestes autos, tidas, duas delas, como ausentes pelo r. acórdão recorrido.

Acresça-se, ademais, que o apelo extremo em exame convoca à memória o teor da Súmula 283.

Isto posto, não tendo por configurada a alegada negativa de vigência ao art. 4º, I, do CPC, o parecer é pelo não conhecimento do recurso».

Observo, não obstante, que a razão fundamental de decidir em que se inspira o d. voto condutor do acórdão da apelação é perfeitamente coincidente com aquela desenvolvida no d. voto do acórdão dos embargos infringentes, a saber: tudo, na verdade, se resume na inadmissibilidade de ação declaratória, como entendem as instâncias locais, ou por causa da coisa jul-

gada (seria mister a rescisória), ou em virtude do exaurimento dos efeitos do julgado que se quer declarado nulo, por já canceladas as transcrições: daí, a falta de interesse processual.

Para assim concluir, teve-se por impossível a demanda, em razão de coisa julgada, decisão esta que, como venho de anotar, necessariamente envolve a resolução da questão sobre nulidade de citação edital, efetuada sem qualquer prévia diligência que evidenciasse a impossibilidade de sua realização.

12. Estou, portanto, convencido de que o recurso merece conhecido, seja por contrariedade ao art. 4º, I, do CPC; seja pela divergência em que se fixou o acórdão recorrido, no confronto com o v. acórdão do Supremo Tribunal a que se reportam as recorrentes, no passo em que esse v. aresto consignou, em clara discrepância com o acórdão recorrido:

«Ação declaratória de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu revel na ação em que ela foi proferida.

1. Para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual CPC — que é a da falta ou nulidade de citação, havendo revelia persiste, no direito positivo brasileiro — a *querela nullitatis*, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é a cabível para essa hipótese».

13. Observo, por acréscimo, que as recorrentes alegam (fls. 345/6), verbis:

«IV — *Da extinção do processo sem julgamento do mérito, obstando nova ação.*

Demais, com fundamento no artigo 267, nº VI, do CPC, a r. sentença julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito.

Embora concorrendo todas as condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual, aquele julgado trancou o processo, impedindo a que as autoras intentem de novo a ação.

O artigo 325, nº VII, do Regimento Interno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, não autoriza a interposição de recurso extraordinário, sobre questões de direito processual civil, relativos a suspensão e extinção do processo sem julgamento do mérito, *quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação.*

Ora, na hipótese dos autos, a r. sentença de fls. confirmada pelos VV. Acórdãos de fls. e fls., julgou as autoras carecedoras da ação e extinto o processo com apoio no artigo 267, nº VI, do CPC, vale dizer, *obstando a que as recorrentes intentem de novo a ação.*

Nessas condições, justifica-se o cabimento deste recurso ainda com suporte no citado dispositivo regimental, independente da alçada».

14. Conheço, assim, do recurso, nos termos da decisão do eminente Relator do extraordinário, Ministro Sydney Sanches (fl. 445) e do art. 105, III, a e c, da Constituição da República, de 5-10-88.

15. Conhecido, dou-lhe provimento, tendo, porém, bem presente que o recurso foi interposto, tão-somente, «para determinar ao eminente Juiz do primeiro grau que julgue a ação, no mérito» (fl. 366).

16. Para assim concluir, limitando-me à singela alusão ao acidentado itinerário percorrido, ao longo dos séculos, a partir do direito romano, pela conspícua doutrina inspiradora dos preceitos legais invocados pelas recorrentes, como supedâneos de sua pretensão declaratória, tal como exuberantemente compendiado por Calamandrei, em seu insuperável estudo do tema (La Cassazione Civile, Fratelli Bocca, 1920, I, págs. 16, 63 e 135), retomado, entre nós, por Pontes de Miranda (Tratado da Ação Rescisória, 5ª ed., For., Rio, págs. 63 e segs.) e Vidigal (Da Ação Rescisória dos Julgados, Ed. Saraiva, 1948, págs. 24 e segs.), destaco o conhecido tópico das Ordenações Filipinas (L. III, LXXV), verbis:

*«Da sentença, que por direito é nenhuma, e como se não requer ser dela apelada, e como em todo tempo ser revogada.*

A sentença, que é por Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em coisa julgada, mas em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma e de nenhum efeito, e, portanto, não é necessário ser dela apelado. E é por Direito a sentença nenhuma, quando é dada sem a parte ser primeiro citada, ou é contra outra sentença já dada, ou foi dada por peita, ou preço, que o Juiz houve, ou por falsa prova, ou se eram muitos Juizes delegados, e alguns deram sentença sem os outros, ou se foi dada por Juiz incompetente em parte ou no todo, ou quando foi dada contra Direito expresso, assim como se o Juiz julgasse diretamente que o menor de 14 anos podia fazer testamento, ou podia ser testemunha, ou outra coisa semelhante, que seja contra nossas Ordenações, ou contra Direito expresso.

1. E posto que de tal sentença seja apelado, não será por isso feita por Direito valiosa, ainda que a apelação pareça ato aprovativo dela, pelo qual parece o apelante aprovar tal nulidade; porque pois a sentença de princípio foi nenhuma, já por nenhum ato seguinte pode ser confirmada, salvo por Nós de certa ciência, porque o Rei é Lei Animada sobre a terra, e pode fazer Lei e revogá-la, quando vir que convém fazer-se assim.

2. Porém, se o Juiz julgasse contra o direito da parte, e não contra o Direito expresso, não será a sentença por Direito nenhuma, mas é valiosa; e, portanto, é necessário, que a parte apele dela ao tempo limitado para apelar, porque não apelando, ficará a sentença firme, como se fosse bem julgado. E pode-se por exemplo, se fosse contenda sobre um testamento, dizendo-se por uma parte, que

o testador era menor de 14 anos ao tempo que o fez, e da outra parte se dissesse, que era maior; e posto que pelas inquirições se provasse que era menor da dita idade ao dito tempo, o Juiz julgou o testamento por bom e valioso, não havendo respeito, como é por Direito determinado, que o testamento feito pelo menor de 14 anos é nenhum; mas havendo respeito como se não provava ser menor, sendo, porém, provado o contrário pelas inquirições. Porém, nos feitos crimes, em que a Justiça há lugar, sempre os Juizes apelarão por parte da Justiça, posto que as partes não apelem».

Liebman, detendo-se neste passo, anotou:

«A coisa julgada funciona como sanatória geral dos vícios do processo.

Há, contudo, vícios maiores, vícios essenciais, vícios radicais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a sua própria existência. Neste caso, a sentença, embora se tenha tornado formalmente definitiva, é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico. «A sentença que é por Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em coisa julgada, mas em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma e de nenhum efeito, e, portanto, não é necessário ser dela apelado. E é por Direito nenhuma quando é dada sem a parte ser primeiro citada etc.» (Ord., Liv. III, tít. 75).

Estamos assim em presença duma nulidade *ipso iure* (Melo Freire, *Institutiones iures Civilis Iusitani*, Liv. IV, tít. 23, § 20), tal que impede à sentença passar em julgado (Lobão, *Segundas Linhas*, I, nota 578). E por isso que «em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma», tal se pode também nos embargos à execução (Ord., Liv. III, tít. 87, § 1º).

Essa doutrina corresponde à mais pura tradição clássica» (Estudos, Ed. Bushatsky, 1976, pág. 181).

Nesse sentido, é também a autorizada lição de Buzaid:

«E, por último, pode a relação jurídica pertencer ao direito processual. Tal é o caso da sentença que anula todo o processo por vício de constituição. Esse julgamento é tipicamente declaratório e o seu conteúdo é essencialmente processual e, portanto, de direito público, porque versa a sentença não sobre o ponto litigioso da causa, mas sobre a relação jurídico-processual e os pressupostos necessários à sua validade» (Ação Declaratória, Ed. Saraiva, 1986, pág. 176).

17. O Tribunal Federal de Recursos (AC 113.898 — SE, Terceira Turma, unânime, DJ, 7-4-87, Rel.: Ministro José Dantas) teve ocasião de abonar essa importante doutrina, em acórdão com esta ementa:

«Processual. Falta de citação. Ação de nulidade de sentença. *Cabimento*. A prestígio da chamada *querela nullitatis insanabilis*, com assento no direito positivo brasileiro (CPC, arts. 214 e 741, I),

já não se duvida da admissibilidade da ação declaratória de nulidade por falta de citação necessária, ao largo da aparente exclusividade da rescisória para desconstituir a coisa julgada.

*Usucapião.* Citação necessária que não se atende pelo simples expediente informativo a que se refere o art. 942, § 2º, do CPC».

Invoca-se, no d. voto do Relator, precisamente o precedente do Supremo Tribunal (Pleno — RE 97.589-SC, Rel.: Min. Moreira Alves, RTJ 7-7-78), que outro não é, senão o que se aponta como paradigma para a demonstração do dissídio autorizador deste recurso.

18. Observe-se que a ação discriminatória foi proposta em 20-4-72, sujeita, portanto, ao Código de Processo Civil de 1939 e somente com o advento da Lei 6.383, de 7-12-76, se passou a admitir a citação edital como regra geral, nessa classe de demandas (lei citada, art. 2º, § 2º).

19. É bem verdade que o Código de Processo Civil vigente, por sua vez, estabelece:

«Art. 231. Far-se-á citação por edital:

I — omissis

II — quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar;

III — omissis.

§ 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória».

E Theotônio Negrão (CPC, Forense, 19ª ed.), aludindo ao tema, anota, pontualmente:

«Art. 231. 10. Hoje, os Estados Unidos cumprem rogatórias (RF 266/451), o que não acontecia anteriormente (cf. RF 251/248, 256/283)».

Rastreando-se as diligentes informações do ilustre comentador, colhe-se na Revista Forense, 266 (abril, maio e junho de 1976), págs. 451, a Nota do Secretário de Estado dos EEUU da América do Norte, de 24-4-70, da qual se conclui que o cumprimento de rogatórias por aquele país era então admitido, dentro de certas condições.

Como se vê, a lei processual brasileira da época do ajuizamento da causa não autorizava, como regra, citação edital de réu residente no estrangeiro (cf. arts. 169 e 177); enquanto o Código de Processo Civil vigente não autoriza essa forma de citação, senão em face do fato concreto da recusa (art. 231, § 1º); sendo certo, enfim, que somente pela legislação subsequente é que se passou à prática da citação edital, como regra, em ações discriminatórias.

20. Consta dos autos, ademais, a informação do Chefe da Divisão Jurídica do Ministério das Relações Exteriores, dizendo, em 1-12-81 (fl. 197):

«Sr. Juiz,

Tenho a honra de acusar o recebimento do Ofício nº 218/81, de 26 de novembro próximo passado, pelo qual V. Exa. solicita ao Secretário-Geral deste Ministério informações relativas ao cumprimento de cartas rogatórias expedidas pelas Justiças do Brasil às dos Estados Unidos.

2. Em resposta, informo V. Exa. de que, embora não havendo tratado sobre o assunto, as Justiças americanas têm cumprido devidamente as cartas rogatórias expedidas pelas Justiças brasileiras».

21. Deixo deliberadamente de parte, por conseguinte, qualquer mínima consideração quanto ao direito do Estado de Goiás às terras objeto da discriminatória; bem assim, quanto aos títulos alegados pelos recorrentes, que os julgados locais repudiaram nos autos daquela demanda.

Por igual também não me impressiona, absolutamente, para tudo quanto respeita à questão concernente à existência do processo da discriminatória, nem mesmo por mais relevantes que se apresentem, quaisquer apreciações tendentes a refletir aspectos ou ressonâncias do mérito daquela demanda.

Nem mesmo me custa externar a penosa impressão que advém do exame dos títulos aquisitivos de imensas extensões de terras, nos quais os recorrentes fundamentam seu pretendido direito de propriedade, ao que tudo indica, sem jamais delas terem tido posse.

O que unicamente está em causa e pende de decisão, neste recurso, é a questão de ser ou não imperiosa a citação das rés; de ser ou não necessária a expedição de carta rogatória para sua citação, em residência certa, nos Estados Unidos; de somente se passar à citação edital, quando se evidenciasse a impossibilidade da citação pessoal, no estrangeiro.

22. O fato de ter sido confirmada a sentença por acórdão do Tribunal de Justiça nada, em verdade, lhe acrescenta, como obstáculo ao que ora se expõe, enquanto contrastada a existência ou validade da citação inicial das recorrentes, de vez que a singela declaração de inexistência da sentença não reclama sequer procedimento próprio e específico a essa finalidade. Neste sentido, Liebman:

«A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretende tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratório.

Porque não se trata de reformar ou anular uma decisão defeituosa, função essa reservada privativamente a uma instância superior; e, sim, de reconhecer simplesmente como de nenhum efeito um ato juridicamente inexistente» (op. cit., pág. 184).

Anoto, enfim, que o processo da ação discriminatória constituiu-se como processo cumulativo desde quando o Estado de Goiás, como autor da-



quela demanda se recusou a reconhecer legítimos certos títulos de propriedade ali submetidos ao contraste judicial, conduzindo, na verdade, várias demandas (tantas, quantos os réus).

Decorre daí, que a sentença a ser proferida na ação declaratória cuja admissão, para decisão de mérito, é agora assegurada, na consonância deste voto, fundada como se acha a demanda em falta de citação (ou sua absoluta nulidade) somente dos recorrentes, não poderá, evidentemente, estender seus efeitos a outros sujeitos parciais daquele processo discriminatório, que dele legitimamente participaram.

Em conclusão, conheço e dou provimento ao recurso a fim de que, afastadas as preliminares na forma exposta, o D. Juiz do primeiro grau decida a causa como lhe parecer de direito.

### VOTO — VISTA

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentemente colegas, pedi vista dos autos impressionado pelo tema da possibilidade de citação dos réus por editais, nas ações discriminatórias de terras públicas, máxime em se cuidando de réus domiciliados nos Estados Unidos, onde, em princípio, não são ou não eram cumpridas as cartas rogatórias citatórias.

Todavia, em julgamento está, como bem refere o eminente Relator, apenas a questão preliminar de saber se é possível, mediante ação declaratória, afirmar a inexistência de vinculação jurídica daquele que foi demandado e sucumbente em ação para a qual não foi citado, ou o foi nulamente. Entendeu o venerando aresto que a pretensão declaratória estaria esbarrando na terminante vedação do exame da coisa julgada material, ou seja, estaria sendo ajuizada a ação declaratória como sucedâneo da ação rescisória. Daí, de conformidade com a decisão recorrida, haveria a «impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse material».

Todavia, bem argumentou o eminente Relator, trazendo inclusive à baila o magistério de Alfredo Buzaid, que a ação declaratória é meio idôneo para recusar os efeitos da sentença proferida em processos angularizados nulamente, em face de citação inicial inexistente ou de citação inicial nulamente feita, tendo a demanda corrido à revelia. Cuida-se, em casos tais, de nulidade absoluta da sentença, nulidade passível de ser declarada por meio de embargos à execução, ou da ação declaratória, independentemente de ação rescisória. Mantém-se aqui, em nosso direito, a antiga querela nullitatis insanabilis.

Por este motivo, e apenas por ele, o Ministro Bueno de Souza conheceu do recurso especial e ao mesmo deu provimento, mas apenas para determinar ao juízo de 1º Grau que processe e julgue a ação declaratória em seu mérito, afastando assim a prefacial de carência de ação.

Adoto aqui, inteiramente, as considerações expressas no voto do Relator, verbis:

«Deixo deliberadamente de parte, por conseguinte, qualquer mínima consideração quanto ao direito do Estado de Goiás às terras objeto da discriminatória; bem assim, quanto aos títulos alegados pelos recorrentes, que os julgados locais repudiaram nos autos daquela demanda.

Por igual, também não me impressiona, absolutamente, para tudo quanto respeita à questão concernente à existência do processo da discriminatória, nem mesmo por mais relevante que se apresentem, quaisquer apreciações tendentes a refletir aspectos ou ressonância do mérito daquela demanda.

Nem mesmo me custa externar a penosa impressão que advém do exame dos títulos aquisitivos de imensas extensões de terras, nos quais os recorrentes fundamentam o seu pretendido direito de propriedade, ao que tudo indica, sem jamais delas terem tido posse».

Afastada, assim, eminentes colegas, a prefacial de carência, passará o Juízo de 1º Grau ao mérito da demanda declaratória, quando decidirá se ocorreu ou não a correta citação dos réus na ação discriminatória. Caso positivo, se citados validamente, improcedente será a declaratória de inexistência da relação jurídica, resultante da sentença na ação discriminatória. Entretanto, se nula a citação edital, será renovado o processo da demanda discriminatória a partir da *in jus vocatio*, já agora a ser efetivada de acordo com a legislação atual, quanto ao procedimento nestas demandas.

Bem claro, portanto, fique: o recurso é provido apenas e tão-somente para tais efeitos, sem que a presente decisão importe em reconhecer, às pessoas jurídicas estrangeiras, justo título de domínio sobre imensíssimas extensões de terras no território brasileiro, com base em «títulos» que realmente causam, como expressivamente menciona o eminente Ministro Relator, uma «penosa impressão».

Nestes termos, acompanho o eminente Ministro Relator.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, acompanho os votos proferidos, fazendo minhas as colocações feitas por V. Exa. e pelo Ministro Relator, apenas ressalvando, para manter-me coerente com estudo feito em plano doutrinário, que a citação irregular, sem suprimento do vício, enseja não apenas nulidade de cunho absoluto mas nulidade pleno iure.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp 200 — GO — (Reg. nº 89.0008433-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Rectes.: United American Corporation e outro.

Recdo.: Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás — IDAGO. Advogados: Drs. Hugo Mósca e outro, João Batista de Oliveira e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo e dando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Athos Carneiro (10-10-89). Prosseguimento no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 28-11-89 — 4ª Turma).

Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento na Sessão de 10-10-89 o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza e na sessão de 28-11-89 o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 335 — MA  
(Registro nº 89.8877-7)

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

Recorrente: *Estado do Maranhão*

Recorrido: *Cristiano César Araújo de Azevedo e outros*

Advogados: *Drs. Firmino Ferreira Paz e Otávio dos Anjos Ribeiro*

EMENTA: Administrativo. Funcionário público. Concurso. Anulação. Súmulas 20 e 21, do STF.

Concurso. Anulação após nomeação e posse dos candidatos, somente mediante processo administrativo assegurada ampla defesa. Sem essa providência, a anulação do concurso importa, em última análise, em demissão dos funcionários, sem a garantia de defesa. Aplicação das Súmulas 22 e 21 do Supremo Tribunal Federal.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso pelo 1º fundamento, e, no que tange ao 2º fundamento, 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, 14 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: O Estado do Maranhão, por seu Procurador, nos autos do mandado de segurança impetrado por Cristiano César Araújo Azevedo e outros, contra ato do Governador daquele Estado, não se conformando com a decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça, concessiva da segurança pleiteada, interpõe recurso extraordinário com fulcro nos arts. 119, inciso III, letras a e d, da Constituição Federal de 1969, negativa de vigência de lei federal consubstanciada no art. 535, do Código de Processo Civil, e divergência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive das Súmulas 356 e 473 daquela Corte.

Aduz, em síntese, o recorrente: que o Governador do Maranhão declarou a nulidade de concurso público para provimento de cargos no grupo tributação, arrecadação e fiscalização, da Secretaria da Fazenda, realizado nos últimos dias da administração anterior, concurso este a que se submeteram os impetrantes, ora recorrentes, logrando aprovação, e já estando nomeados e em exercício das respectivas funções, quando sobreveio o ato impetrado; que sustentam estar em curso o cumprimento do estágio probatório, razão pela qual não poderiam ser, como foram, sumariamente demitidos, sem o devido inquérito administrativo; que o Governador declarou a nulidade dos concursos, pois, sendo atos administrativos, foram realizados por quem não tinha competência para sua prática, invalidando, desta forma, os respectivos atos, pela ausência de um de seus elementos essenciais; que, admitindo a validade de tais atos, a decisão impugnada contrariou o disposto no parágrafo único do artigo 6º da Carta de 69; que, outrossim, havendo omissão no acórdão, foram opostos embargos declaratórios, rejeitados unanimemente, por repúdio ao seu possível efeito modificativo, o que importou em negativa de vigência ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil; que, ademais, entendendo o julgado em tela a necessidade de inquérito administrativo na presente hipótese, divergiu da orientação preconizada pelas Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, ambas no sentido da possibilidade da Administração anular seus próprios atos, desde que ilegais; que não se tratou, *in casu*, do ato de nomeação dos impetrantes, mas sim de anulação do concurso, «causa das nomeações».

Não foi apresentada impugnação e, por despacho do Presidente do Tribunal de Justiça do Maranhão, às fls. 220/221, inadmitido o processamento do recurso que, entretanto, por força de agravo de instrumento, teve ordenada sua ascensão ao Supremo Tribunal Federal.

Foram apresentadas razões às fls. 226/229, tendo os recorridos oferecido contra-razões, às fls. 231/233.

À fl. 238, despacho do Relator no STF convertendo, quanto à matéria infraconstitucional, o extraordinário em recurso especial, determinando a remessa dos autos a este Superior Tribunal de Justiça que, posteriormente, devolvê-los-á àquela E. Corte, «a que competirá julgar a parte que permaneceu como recurso extraordinário».

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 247/255.  
É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE (Relator): Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Maranhão, com fulcro nos artigos 119, III, letras *a* e *d*, da anterior Constituição Federal, 541 e 543 do Código de Processo Civil, e 325, IV, do Regimento do STF, contra decisões do Eg. Tribunal de Justiça do Maranhão, tomadas em autos de mandado de segurança, a primeira (Acórdão nº 9.444/87), concessiva da ordem, a segunda (Acórdão nº 9.672/88), que rejeitou embargos de declaração ao aresto anterior.

O primeiro acórdão está assim ementado:

«Quando o servidor se encontra em estágio probatório, somente mediante processo administrativo, assegurada ampla defesa, pode o concurso público estadual ser anulado.»

O segundo tem a seguinte ementa:

«Devem rejeitados os Embargos, por omissão, se todos os pontos que devia se pronunciar o Tribunal foram ventilados no Acórdão.»

O apelo extremo tem fundamento em contrariedade à Constituição Federal (art. 6º da anterior e 2º da atual), em negativa de legislação federal (art. 535, item II, do CPC) e dissídio jurisprudencial entre o aresto recorrido e a jurisprudência do STF (Súmulas 346 e 473).

No Colendo Supremo Tribunal, o extraordinário foi parcialmente convertido em recurso especial, com a remessa dos autos a esta Corte para julgamento da «parte que se converteu em recurso especial (a relativa às alegações de ofensa à legislação infraconstitucional) nos termos das letras *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da atual Constituição, e, posteriormente, devolva os autos a esta Corte, a que competirá julgar a parte que permaneceu como recurso extraordinário, ou seja, a relativa à ofensa aos dispositivos constitucionais invocados pelos recorrentes».

Destarte, cabe a este Tribunal, consoante a decisão do Alto Pretório, considerar: *a*) a alegação de negativa de vigência do art. 535, II, do CPC; e *b*) a alegação de dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e a jurisprudência consubstanciada nas Súmulas 346 e 473 do STF.

A Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, assim resume a espécie:

«Os recorridos propuseram mandado de segurança contra o ato do Governador do Estado do Maranhão (Decreto nº 10.386, de 23-

3-87) que declarou nulo o concurso público para provimento dos cargos no grupo Tributação, Arrecadação e Fiscalização (Técnico em Fiscalização e Tributação, Técnico em Arrecadação e Cadastro e Auxiliar de Receita) da Secretaria da Fazenda do referido Estado e, em consequência, inválidas as nomeações dos aprovados, entre os quais se incluíam. Na inicial argumentaram que, além de não serem procedentes os fundamentos invocados para a anulação do concurso, não poderiam, a despeito de estarem no período de estágio probatório, ser exonerados sem devido processo administrativo, segundo o enunciado das Súmulas 20 e 21 do Supremo Tribunal Federal.

Nas informações, a autoridade indicada como coatora sustentou a validade do seu ato, afirmando que o concurso anulado revelava vários vícios, inclusive o de incompetência da autoridade que determinou a sua abertura. Afirmou, também, que a avocação de competência efetuada pelo Decreto nº 9.901/85 importou em violação do art. 6º da Constituição Federal então vigente. Por fim, além de outros argumentos, sustentou que a administração pública pode decretar a nulidade dos seus próprios atos e que tais atos nulos não geram direitos em favor de terceiros.

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, entendendo que «quando o servidor se encontra em estágio probatório, somente mediante processo administrativo assegurada ampla defesa, pode o concurso público estadual ser anulado», por maioria de votos concedeu a segurança pleiteada. Como no acórdão, além de outras questões, foi omitida a apreciação da questão referente à violação do art. 6º da Constituição Federal anterior, o Estado do Maranhão ingressou com embargos de declaração, para que fossem apreciados os pontos sobre os quais houve omissão. O acórdão que rejeitou os embargos, igualmente, sequer mencionou a alegada violação do art. 6º da Constituição Federal. Inconformado, o Estado do Maranhão interpôs recurso agora submetido, em parte, ao julgamento dessa Egrégia Turma.»

Após, observa:

«Embora o recorrente, seguindo a seqüência indicada pela Constituição então em vigor (art. 119, III, letras a e d), tenha alegado em primeiro lugar a negativa de vigência de dispositivo constitucional e infraconstitucional, para depois alegar o dissídio jurisprudencial, o que também está em conformidade com a norma constitucional atual (art. 105, inc. III, letras a e c), neste parecer, considerando-se a norma infraconstitucional indicada como violada (art. 535, inc. II, do CPC) e as consequências do eventual provimento do recurso por tal fundamento, será examinado em primeiro lugar o alegado dissídio jurisprudencial e depois a negativa de vigência de lei federal, posto que poderá ser aplicado eventualmente o disposto no § 2º do art. 249 do CPC.»

Segundo tal orientação, aduz:

«Segundo o recorrente, o acórdão impugnado, ao exigir como condição para a validade do ato que decretou a anulação do concurso público a existência prévia de processo administrativo, assegurada ampla defesa aos servidores que se encontravam no estágio probatório, divergiu da orientação do Supremo Tribunal Federal consagrada nas Súmulas 346 e 473, que enunciam:

«A administração pública pode declarar nulidade dos seus próprios atos» (Súmula 346).

«A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial» (Súmula 473).

O exame dos autos, especialmente das alegações dos impetrantes e da autoridade apontada como coatora, revela que os primeiros colocaram a questão sob ótica dos servidores, por isso acentuaram a importância da tutela de seus eventuais direitos, tanto que invocaram as Súmulas n.ºs 20 e 21 do STF, enquanto que a impetrada visualizou a questão sob a ótica da administração e a necessidade da extirpação daqueles ilegais. O acórdão recorrido examinou a questão como a colocaram os recorridos, ou seja, acentuando a importância da tutela aos servidores alcançados pelo ato da administração.

A questão, *data venia*, foi enfrentada equivocadamente pelo acórdão impugnado. Este vislumbrou a causa como se o ato questionado tivesse *exonerado* os impetrantes e condicionou a validade do ato da administração à observância de procedimento administrativo prévio, com ampla defesa aos servidores. Ora, o ato impugnado não veiculou a *exoneração* ou *demissão* de servidores, mas sim a decretação de nulidade de um concurso público e dos atos consequentes.

Como já afirmou com precisão o Ministro Moreira Alves:

«A exoneração ou a demissão pressupõem investidura válida, sendo formas de ruptura de vínculo preexistentes entre a Administração Pública e o servidor. Por isso, para que se apure a falta ou a incapacidade alegada como fundamento dessa ruptura, é mister, nos termos da Súmula n.º 21, que haja processo administrativo em que se possa defender o servidor regularmente investido» (RE 85.557-SP, RTJ n.º 82, pág. 305).

No caso dos autos, a administração não imputou qualquer falta aos recorridos, nem alegou incapacidade de qualquer deles, como fundamento para a ruptura do vínculo que existia. O desfazimento do vínculo existente entre os recorridos e o recorrente decorreu da

decretação de nulidade do ato administrativo em razão do qual ocorreu a investidura dos servidores. Portanto, o enfoque dado à questão pelo acórdão recorrido revela-se totalmente equivocado, posto que não se trata de exoneração ou demissão de servidores, mas, sim, da invalidação de atos administrativos ilegais, que revelavam, inclusive, investidura inválida no serviço público.

Assim colocada a questão, resulta totalmente indevida a invocação, seja da Súmula nº 20, seja a de nº 21, ambas do STF. A hipótese dos autos é indubitavelmente diversa daquela retratada pelas referidas Súmulas. O Ministro Moreira Alves em acórdão proferido em caso semelhante ao presente, assim justificou a inaplicação da Súmula nº 21, que incide somente quando se trata de exoneração ou demissão:

«O mesmo, porém, não ocorre quando se trata de nulidade do ato administrativo em virtude do qual houve a investidura do servidor. Neste caso, como sucede com qualquer outro ato administrativo — que também pode causar prejuízo ao seu beneficiário —, o que há é o simples restabelecimento da ordem jurídica, violada pela administração pública, e passível de ser restaurada por ela mesma. Não teria sentido a exigência de processo administrativo em que tomassem a defesa, não de si mesmos — não se trata de falta pessoal ou incapacidade profissional —, mas do ato impugnado como nulo, por ilegalidade, pela própria administração que o praticou e que posteriormente reconheceu sua falha, os beneficiários do ato. Ademais, é de considerar-se que a declaração de nulidade do concurso é ato impessoal, já que atinge a todos os classificados nele e, não, a este ou àquele candidato» (in RTJ 82, pág. 305).

Não há dúvida, em conseqüência, que o acórdão recorrido está em conflito com o enunciado das Súmulas 346 e 437 do STF, justificando-se o conhecimento do presente recurso, com fundamento na alínea c do permissivo constitucional.

Além do conhecimento, o recurso deve ser provido pelo fundamento indicado. É que, revelam os autos, os fundamentos invocados pela Administração Pública para decretar a anulação do concurso público são procedentes. Segundo regramento estabelecido pela Lei Delegada nº 36/69 e pela Lei nº 4.558/83, do Estado do Maranhão, a competência para a realização de concursos públicos é da Secretaria de Administração daquele Estado, de sorte que a delegação de tal atribuição a outra Secretaria, por decreto governamental, não confere validamente competência para a autoridade delegada, posto que realizada em confronto com a lei. Em conseqüência, o Secretário da Fazenda não dispunha de competência para determinar a realização do concurso invalidado. A ausência de competência



do agente administrativo para a prática do ato torna-o nulo e, como tal, passível de ser anulado pela própria administração (Súmulas 346 e 437 do STF).

Mas o certame não foi maculado apenas pela ausência de competência da autoridade que determinou a sua realização. Outros vícios, como por exemplo a limitação, pelo regulamento, da idade máxima dos candidatos, a homologação do resultado do concurso por quem não tinha competência para tanto, reforçam a presença da nulidade vislumbrada e decretada pela administração. E, invalidado o concurso, também são inválidos os atos subseqüentes, entre estes o de contratação dos recorridos.

Constatada a nulidade do concurso, a administração não só podia, como devia, decretar a sua invalidade, que obviamente contamina os atos que lhe são conseqüentes, sem que gerem direitos em favor de terceiros (Súmula 473 do STF).

A alegada existência de dissídio jurisprudencial a respeito do art. 535 do Código de Processo Civil, que vem sustentada pelo recorrente em suas razões, não procede. No acórdão recorrido sequer foi examinada a possibilidade de dar-se efeito modificativo aos embargos de declaração. O referido acórdão limitou-se a rejeitar os embargos que foram propostos. Aliás, não poderia a decisão enfrentar tal questão — possibilidade ou não dos embargos de declaração ter efeito modificativo do julgado — posto que esta não se incluía entre aquelas sobre as quais incidia a alegada omissão. Portanto, no particular, o recurso não deve ser conhecido.

Por outro lado, sustenta o recorrente que, ao rejeitar os embargos de declaração opostos oportunamente, os quais poderiam ter, inclusive, efeito modificativo, o acórdão recorrido violou o disposto no art. 535, inc. II do Código de Processo Civil, posto que existia a omissão que se pretendia suprir.

Não há dúvida que, ao interpor o recurso de embargos de declaração, o recorrente desejava que fossem supridas as omissões apontadas, até mesmo com efeito modificativo da decisão embargada. Além disso, ao reafirmar a violação do art. 6º da Constituição Federal, visava inequivocamente destacar o prequestionamento da indicada violação constitucional.

Na hipótese de rejeição de embargos de declaração, que deveriam ter sido providos, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma de duas soluções: a) reconhece a existência do prequestionamento e aprecia a eventual negativa de vigência do texto legal sobre o qual incidiu a omissão (RE 90.096-PR — in TT 631/273 e RE 95.389-RJ, in 110/220); ou b) reconhece a negativa de vigência da norma que prevê o recurso de embargos de declaração e determina ao Tribunal que os acolha e julgue (RE 91.581-SP — in RTJ 91/752).

No caso em exame, a primeira das soluções mencionadas (reconhecimento do prequestionamento) não pode ser adotada. É que a norma cuja apreciação foi omitida no acórdão é de natureza constitucional e a apreciação de eventual ofensa à mesma é matéria de competência do Supremo Tribunal Federal. Aliás, o exame específico de eventual contrariedade à mencionada norma pelo STF já está ressaltado pelo despacho de fl. 238.

Como não há dúvida que o acórdão, que deferiu a segurança, foi omissivo no que se refere à apreciação da alegação de contrariedade ao art. 6.º da Constituição Federal então em vigor, e que aquele que julgou os embargos de declaração manteve a omissão, a segunda solução é a que se impõe. A rejeição dos embargos de declaração, sendo evidente a omissão indicada pelo embargante, constitui inequívoca negativa de vigência ao art. 535, inc. II do Código de Processo Civil, que defere à parte o direito processual de obter a manifestação do Tribunal sobre o ponto omissivo. A ofensa ganha relevo na medida em que, mantida a omissão, a parte pode, inclusive, eventualmente, ser prejudicada pela não admissão de outro recurso ( o extraordinário), pela ausência de prequestionamento.»

É afinal concluído, com estas alternativas:

a) do conhecimento e provimento do recurso, com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, para que seja reformado o acórdão e denegada a segurança, ou

b) do conhecimento e provimento do recurso, com fundamento na alínea a, para que seja determinado ao Tribunal a quo que acolha e julgue os embargos de declaração de fls. 181/185».

Concordo, em parte, com esse parecer, especificamente no que diz respeito à matéria pertinente à negativa de vigência da lei federal (art. 535, II, do CPC), adotando, no particular, os fundamentos nele deduzidos, como razões de decidir.

Em decorrência, conheço do recurso e dou-lhe provimento pela letra a, do item III, do art. 105, da Constituição Federal, para que o Tribunal a quo acolha e julgue, como entender, os embargos de declaração de fls. 181/185.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: A espécie, segundo ouvi, é a seguinte: foi promovido um concurso, no Estado do Maranhão, por determinação do Sr. Secretário da Fazenda. Realizado o concurso, homologados os seus resultados, feitas as primeiras nomeações, o Governador do Estado, ao argumento de que teriam ocorrido vícios no concurso, anulou-o. Foram exonerados, então, aqueles que, aprovados no concurso, tinham sido nomeados.

Impetrada a segurança perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Maranhão, aquela Egrégia Corte concedeu a segurança, ao argumento de que não poderiam os servidores já nomeados ser demitidos sem processo administrativo. Daí o recurso especial, em que se alega, em primeiro lugar, negativa de vigência do art. 535, item II, do Código de Processo Civil e dissídio jurisprudencial com as Súmulas nºs 346 e 473 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Com a devida vênia, não conheço do recurso.

Antes de encaminhar o raciocínio conclusivo, examino os argumentos do recorrente. A competência para instaurar o concurso foi delegada ao Secretário da Fazenda por decreto do Governador do Estado. De modo que não poderia, depois, o mesmo Governador, quando o concurso já se realizara e já estava homologado, quando nomeações haviam sido feitas, com base nesse argumento, anular o concurso.

Diz, também, o recorrente, que outras nulidades teriam ocorrido; por exemplo, a limitação da idade. Essa questão, entretanto, poderia ser aventada por aqueles que tivessem sido prejudicados no concurso, o que parece não ter ocorrido.

E sustenta, por fim, o recorrente, que a autoridade que homologou também seria incompetente, mas essa incompetência derivaria da alegação primeira, que tentamos afastar com os argumentos já expendidos.

Examino os argumentos do acórdão. Diz o acórdão que as nomeações não poderiam ser desfeitas sem processo administrativo. Está correto o acórdão. Em primeiro lugar, vimos que as nulidades argüidas pelo Estado não autorizariam a anulação do concurso público que foi realizado; em segundo lugar, porque, já estando nomeados os funcionários concursados, não poderiam ser demitidos sem o devido processo legal. Na Constituição de 1967, o devido processo legal, que os americanos chamam de *due process of law*, com sentido adjetivo e substantivo, estava implícito.

Por mais de uma vez, no Tribunal Federal de Recursos, assim decidimos. Sempre que a autoridade tiver de impor uma pena, ou que, de qualquer modo, tiver de atingir o patrimônio de alguém, somente poderá fazê-lo por meio de um processo regular, em que seja assegurada defesa, possibilidade de fazer prova e recursos à parte prejudicada. A Constituição de 1988, no artigo 5º, incisos LIV e LV, expressamente estabeleceu que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, e que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e, aos acusados, em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ora, pretendendo o Governador do Estado, como pretendeu e fez, anular um concurso já homologado, cujas nomeações já estavam feitas, pelo menos dos primeiros classificados, sem ensejar a estas pessoas o devido processo legal, violou a Constituição, violou o princípio do devido processo legal. Sustenta-se negativa de vigência ao art. 535, item II, do CPC. O fato,

entretanto, é que o Tribunal julgou os embargos de declaração. Não importa se o Tribunal conheceu ou rejeitou os embargos de declaração. Certo é que, julgando os embargos de declaração, rejeitou-os.

Desse modo, não vejo a alegada violação do artigo 535, item II, do CPC. Alega-se dissídio com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Súmulas nº 346 e 473). Todavia, as circunstâncias fáticas e jurídicas que embasam o caso, ora sob julgamento, desautorizam afirmar enquadrar-se a questão nos verbetes indicados.

Destarte, com a vênia devida do Eminentíssimo Sr. Ministro Relator, cujas opiniões temos o costume de aceitar e acolher, porque muito o respeitamos e admiramos, voto no sentido de não conhecer do recurso.

### VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, a ilegalidade argüida pelo Estado do Maranhão, ora Recorrente, consiste em que a LD 161/84 confia a um órgão especial — Comissão Central — a atribuição de realizar os concursos públicos no Estado.

O ex-governador, no entanto, através do Decreto nº 9.906/85, autorizou o Secretário da Fazenda a promover concurso público na área de fiscalização e arrecadação de tributo, durante o exercício de 1985, para preenchimento de vagas criadas pela Lei nº 4.642/85.

Evidencia-se, data venia, considerada a hierarquia das normas jurídicas, que o concurso não realizado por órgão competente. O decreto não pode dispor contrariamente à lei.

O ato administrativo, entre os elementos constitutivos e de validade, deve ser praticado por órgão competente. Nos termos do disposto no art. 5º, da Lei nº 4.717/65, a ausência do requisito acarreta a nulidade.

O vício do ato administrativo deve ser proclamado, de ofício, pela Administração. O servidor exerce direito-dever.

Na espécie, desnecessário o reclamado processo administrativo, garantindo-se plenitude de defesa aos interessados.

Ato nulo não produz efeito. Conseqüentemente, ato posterior, denunciando o vício, é meramente declaratório. Não se confunde com ato desconstitutivo.

Aliás, nessa linha, a Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal:

«A administração pública pode declarar nulidade dos seus próprios atos.»

A literatura orienta-se na mesma direção.

Cumpra distinguir duas situações, que atuam como suposto fático: quando o ato é formalmente nulo e quando o ato encerra vício ideológico. No primeiro caso, ocorre mera declaração. No segundo, desconstituição.

Oportuno invocar o RE nº 85.577-SP, Relator o eminente Ministro Moreira Alves (fls. 212/213):

«Nulidade de concurso declarada pela administração pública — A administração pública pode declarar nulo o concurso e, consequentemente, as nomeações feitas com base nele, sem necessidade de serem ouvidos, no processo administrativo, os nomeados que já se encontravam em estágio probatório — Não aplicação, à espécie, da Súmula 21 — Recurso extraordinário conhecido, mas não provido.»

### ESCLARECIMENTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Presidente): Ao que me lembro, o concurso foi realizado em razão de decreto do Governador, que delegou competência ao Secretário de Justiça, de Administração ou Finanças. E quem teria que realizar o concurso?

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Pela lei delegada do Estado do Maranhão, os concursos públicos no Estado são realizados por uma chamada comissão especial.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Isso não me parece relevante, *data venia*. O concurso foi anulado depois de nomeados e empossados alguns dos servidores. Então sustentei, no meu voto, que esta anulação não poderia ocorrer sem que fosse assegurado o devido processo legal a esses servidores.

A Constituição determina que se assegure esse devido processo legal. Quer dizer, pareceu-me irrelevante, em primeiro lugar, a questão de o concurso ser realizado por uma comissão ou outra, mesmo porque tudo foi realizado no âmbito do Poder Executivo, pelo Secretário de Justiça, se não me engano, por expressa delegação do Governador do Estado. Depois de já nomeados os servidores, anulou-se o concurso, sem que se ensejasse a esses servidores, já nomeados e empossados, o direito de defesa, com as suas consequências, ou o devido processo legal.

### VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Explico o pedido de vista que fiz dos presentes autos, pela circunstância pouco comum nesta Egrégia Turma, de terem sido proferidos três votos divergentes nas sessões anteriormente realizadas, a saber: o do Sr. Ministro Relator, Miguel Ferrante, conhecendo do recurso pela letra *a*, apenas no que tange à negativa de vigência do artigo 535, II, do CPC; o do Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, não conhecendo do recurso pelo primeiro fundamento e pelo segundo fundamento dele conhecendo para dar-lhe provimento; e o do Sr. Ministro Carlos Velloso, não conhecendo do recurso (ut Certidão de fl. 261).

Trago, agora, o meu pronunciamento, pedindo vênia aos ilustres pares, Ministro Ferrante e Velloso, para aderir ao voto do também eminente Ministro Cernicchiaro, de cuja fundamentação me convenci, notadamente no ponto em que S. Exa. demonstra que o concurso foi realizado por órgão incompetente, ao dizer:

«A ilegalidade argüida pelo Estado do Maranhão, ora Recorrente, consiste em que a Lei Delegada 161/84 confia a um órgão especial — Comissão Central — a atribuição de realizar os concursos públicos no Estado.

O ex-governador, no entanto, através do Decreto nº 9.906/85, autorizou o Secretário da Fazenda a promover concurso público na área de fiscalização e arrecadação de tributos, durante o exercício de 1985, para preenchimento de vagas criadas pela Lei nº 4.642/85.

Evidencia-se, data venia, considerada a hierarquia das normas jurídicas, que o concurso não foi realizado por órgão competente. Nos termos do disposto no artigo 5º, da Lei nº 4.717/65, a ausência do requisito acarreta a nulidade.»

S. Exa. desenvolve, a seguir, concisas, porém, judiciosas considerações quanto ao dever da Administração de declarar ex officio o vício do ato, sendo desnecessário o processo administrativo, garantindo-se plenitude de defesa aos interessados; quanto a não produzir qualquer efeito jurídico o ato nulo, o que torna meramente declaratória a posterior denunciação do vício, porquanto tal ato não se confunde com ato constitutivo (Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal).

No que concerne à conclusão do voto do preclaro Relator, dela discordo, permissa venia, por entender, ao exame do acórdão de fls. 193/203, que rejeitou os embargos declaratórios, tendo o Tribunal a quo atendido ao disposto no artigo 535, II, do Código de Processo Civil. Lê-se à fl. 203:

«O Estado se firma na omissão, art. 535, II, para «modificar o acórdão embargado pela denegação do «writ».

Acontece, como se pode facilmente comprovar pela sua leitura, no AC não existem os vícios apontados pelo Estado.

É que todos os pontos sobre que devia se pronunciar o Tribunal foram ventilados.»

Realmente, digo eu, o aresto objeto dos declaratórios ressaltou expressamente à fl. 172:

«Como sabemos, a LD 161/84, que dispõe sobre a estrutura e competência do Executivo, modificou praticamente o entendimento da Lei nº 4.558/83. É que ressalta em seu art. 22:

«Ressalvados os casos de competência privativa, estabelecidos na Constituição, é facultado ao Governador, dirigentes de Órgãos da Administração direta, indireta e Fundações, delegar competência que lhes tenham sido deferidas ou avocar as

que tenham sido atribuídas a órgãos ou agentes sob sua jurisdição.» .

Junto cópia do v. acórdão, unânime, da ilustrada 1ª Turma deste Colendo Tribunal, no Recurso em Mandado de Segurança nº 52-MA, relatado pelo eminente Ministro Armando Rollemberg, publicado no *DJ* de 4-12-89, assim ementado:

«Administrativo — Nulidade de concurso — Funcionário em estágio probatório — Demissão.

A administração pública pode, por ato próprio, declarar nulo concurso por ela realizado, e, conseqüentemente, as nomeações dele decorrente, sem necessidade de serem ouvidos, no processo administrativo, os aprovados que já se encontravam em estágio probatório. Recurso conhecido como ordinário, nos termos do art. 105, inciso II, letra *b*, da Constituição de 1988, porém, desprovido, ressalvado aos impetrantes o uso das vias ordinárias para comprovarem ter sido o concurso regular.»

Destarte, reiterando as vênias devidas aos preclaros Ministros Miguel Ferrante e Carlos Velloso, acompanho o voto do ínclito Ministro Vicente Cernicchiaro, pois, como S. Exa. o fez, não conheço do recurso pelo fundamento de ofensa ao artigo 535, II, do CPC, e do recurso conheço pelo segundo fundamento, ou seja, para reformar o acórdão recorrido e, assim, denegar a segurança.

## ANEXO

Recurso em Mandado de Segurança nº 52 — MA  
(Registro nº 89.0009654-0)

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

Recorrentes: *Edson Pires de Araújo Lima e outros*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Maranhão*

Impetrado: *Governador do Estado do Maranhão*

Advogados: *Drs. Adalberto Ribamar Barbosa Gonçalves e outro*

EMENTA: «Administrativo. Nulidade de concurso. Funcionário em estágio probatório. Demissão.

A administração pública pode, por ato próprio, declarar nulo concurso por ela realizado, e, conseqüentemente, as nomeações dele decorrente, sem necessidade de serem ouvidos, no processo administrativo, os aprovados que já se encontravam em estágio probatório. Recurso conhecido como ordinário, nos termos do art. 105, inciso II, letra *b*, da Constituição

de 1988, porém, desprovido, ressalvado aos impetrantes o uso das vias ordinárias para comprovarem ter sido o concurso regular.»

## ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso como recurso ordinário e lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A matéria discutida nos autos foi exposta, com precisão, no relatório do acórdão do Tribunal de Justiça do Maranhão, que passo a ler:

«Edson Pires de Araújo Lima, Ernani Ramos, José de Ribamar Nascimento Neves, José de Maria Alves da Costa e Manoel de Melo Leitão Neto, com apoio em o art. 153, § 21, da Constituição Federal, e Lei nº 1.533, de 31-12-51, impetram o presente mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado que anulou os concursos públicos para provimento de cargos de Técnico em Fiscalização e Tributação, Técnico em Arrecadação e Cadastro e Auxiliar de Receita.

Para tanto, dizem os impetrantes que, por ocasião do decreto anulatório, encontravam-se em pleno estágio probatório, pelo que não poderia ser exonerados dos cargos para os quais se habilitaram e obtiveram aprovação nos referidos concursos, sem que fosse instaurado processo administrativo, facultando aos interessados o exercício de ampla defesa; que o funcionário público, em estágio probatório, somente pode ser demitido após a observância e comprovação do não preenchimento dos requisitos morais e profissionais tidos como indispensáveis ao bom desempenho das funções inerentes ao cargo em que fora provido, consoante o disposto em o art. 33 dos Estatutos dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Maranhão e as Súmulas 20 e 21 do STF.

Alegam, ainda, que o fundamento utilizado pelo decreto anulatório, de que os concursos estariam viciados de nulidade por não terem sido realizados com observância nas disposições do art. 13, da Lei nº 4.558, de 19-12-83, que impõe a criação da Comissão Cen-



tral de Concursos, é destituído de fomento legal, uma vez que o Governador do Estado tem poder para delegar competências que lhe tenham sido conferidas por lei, ou avocar as que tenham sido atribuídas a órgãos ou agentes sob sua Jurisdição, nos termos do art. 25, da Lei nº 4.011, de 26-4-79. E, assim sendo, nenhuma nulidade resultou do fato de terem sido os concursos realizados por outro órgão que não o especificado na lei, porquanto essa situação decorreu de delegação do então Governador do Estado.

Com a inicial vieram os docs. de fls. 17/228.

Indeferidas as liminares pleiteadas foi a autoridade indigitada de coatora notificada para prestar as informações que entendesse necessárias, as quais foram prestadas e se encontram às fls. 238/253, e se pode resumir no seguinte:

a) que os concursos foram realizados com desvio de poder, visto que a avocação e a delegação, dentro do mesmo ato, feriram o princípio da independência dos Poderes, contido na Constituição Federal;

b) que o ex-Secretário Adjunto da Fazenda não tinha competência para homologar os mencionados concursos, dando ensejo, com esse seu ato, a nulidade absoluta;

c) que o edital do concurso feriu frontalmente o art. 97 da Constituição Federal, além de afrontar os princípios da legalidade e da moralidade administrativa;

d) que a Lei nº 4.011, citada na impetração, foi expressamente revogada pela Lei Delegada nº 161/84. Logo, a interpretação contida na inicial é inteiramente divorciada da Lei;

e) finalmente, que os exemplares jurisprudenciais citados pelos impetrantes não se aplicam à espécie em exame.

f) finaliza requerendo o indeferimento da segurança, para que preservado seja o ato impugnado.

A Procuradoria-Geral da Justiça emitiu o parecer de fls. 258/273, da lavra de seu ilustre titular, opinando pelo indeferimento do mandamus.»

Na decisão a seguir proferida, o Tribunal indeferiu o mandado de segurança, ensejando a interposição de recurso extraordinário pelos impetrantes reiterando as alegações sumariadas no relatório lido, e acrescentando que o julgado recorrido divergira das Súmulas 20 e 21 do STF e de julgados da mesma Corte que indicaram pelas ementas, do teor seguinte:

«Recurso de Mandado de Segurança; provimento — Concurso, normalmente realizado e homologado. Nomeação conseguinte — Estágio probatório. Seus efeitos. Unilateralmente, não cabe à administração pública estadual, por ato próprio, tornar nulo o concurso e desfazer as nomeações, exonerando os funcionários já em

exercício pleno de cargo» (RMS 9.291 — SC. Rel. Ministro Ribeiro da Costa).

«Concurso. Candidatos nomeados. O Estado, alegando que fora viciado o concurso, o anulou, e as nomeações dos candidatos aprovados, sem inquérito, sem dar aos funcionários oportunidade de defesa.

Segurança concedida» (RMS 9.331, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira).

«Anulação de concurso público, sem prévio processo administrativo e defesa dos interessados, em estágio probatório. Súmulas 20 e 21. Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso o reino do arbitrio.

Jurisprudência da Corte, aplicável à hipótese.

Recurso extraordinário conhecido e provido» (RE 108.182-1-SP. Rel. Min. Oscar Corrêa).

Inadmitido o recurso ao fundamento de que incorria, na espécie, qualquer das hipóteses previstas no art. 325, incisos I a X do RI do STF, foram os autos remetidos a essa Corte em atenção a provimento de agravo de instrumento e daí remetidos a este Tribunal em face da promulgação da Constituição de 1988.

Com vista dos autos a Subprocuradoria-Geral da República ofereceu parecer contrário ao conhecimento e provimento, com razões assim resumidas em sumário aposto inicialmente:

«Mandado de Segurança. A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos (STF, Súmula 473). Nulidade absoluta. Vício insanável de competência. Recurso especial. Não pode haver divergência sobre o que não foi discutido no Acórdão recorrido do Tribunal de Justiça. A nulidade absoluta propriamente dita, não questionada no recurso, é baseada na interpretação e aplicação de lei estadual, sobre competência, e não de lei federal. Parecer pelo não conhecimento do recurso, mas, se conhecido, pelo seu improvimento.»

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A Constituição de 1988, em seu art. 105, inciso II, letra *b*, estabeleceu que, de decisão denegatória de mandado de segurança, em única instância, por Tribunal de Estado cabe recurso ordinário, e assim, já não se justifica o exame, no caso dos autos, da ocorrência das hipóteses previstas para conhecimento de recurso extraordinário.

Examino, por isso, a decisão recorrida em sua integridade.

Como foi alegado pelos recorrentes, vários são os julgados, em sentido contrário ao acórdão impugnado, isto é, considerando inadmissível a demissão de funcionário, em estágio probatório, por via de anulação de concurso a que se haja submetido.

Em sentido diverso, porém, decidi o Supremo Tribunal Federal, pela sua Segunda Turma, ao apreciar o RE 85.557, sendo Relator o Min. Moreira Alves, como acentuou a Subprocuradoria em seu parecer.

Eis a ementa do acórdão:

«Nulidade de concurso declarado pela administração pública.

A administração pública pode declarar nulo o concurso, e, conseqüentemente, as nomeações feitas com base nele, sem necessidade de serem ouvidos, no processo administrativo, os nomeados que já se encontravam em estágio probatório.

Não aplicação, à espécie, da Súmula nº 21.

Recurso extraordinário conhecido, mas não provido» (RTJ 82, p. 300).»

E o voto do Relator:

«Com efeito, dispõe a Súmula nº 346 que a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

E, declarada a nulidade do ato — que opera *ex tunc* — não há que se falar em direitos dele decorrentes.

A circunstância de os candidatos nele aprovados já terem sido nomeados e se encontrarem em estágio probatório em nada modifica a questão. Nulo o concurso, nulas as nomeações e investiduras.

Hipótese, evidentemente, diversa daquela a que se refere a Súmula nº 21:

«Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade».

A exoneração ou a demissão pressupõe investidura válida, sendo formas de ruptura de vínculo preexistente entre a Administração Pública e o servidor. Por isso, para que se apure a falta ou a incapacidade alegada como fundamento dessa ruptura, é mister, nos termos da Súmula nº 21, que haja processo administrativo em que se possa defender o servidor regularmente investido.

O mesmo, porém, não ocorre quando se trata de nulidade do ato administrativo, em virtude do qual houve a investidura do servidor. Neste caso, como sucede com qualquer outro ato administrativo — que também pode causar prejuízo ao seu beneficiário —, o que há é o simples restabelecimento da ordem jurídica, violada pela administração pública, e passível de ser restaurada por ela mesma.

Não teria sentido a exigência de processo administrativo em que tomassem a defesa não de si mesmos — não se trata de falta pessoal ou de incapacidade profissional —, mas do ato impugnado como nulo, por ilegalidade, pela própria administração que o praticou e que posteriormente reconheceu sua falha, os beneficiários do ato.

Ademais, é de considerar-se que a declaração de nulidade do concurso é ato impessoal, já que atinge a todos os classificados nele, e, não, a este ou àquele candidato.

Por outro lado, os prejudicados com a nulidade poderão atacá-la judicialmente, para demonstrar que, ao contrário do que entendeu a administração pública, o ato declarado nulo não o era, por inexistirem as razões em que esta se fundou para caracterizar a ilegalidade.»

E concluindo:

«Se os fatos que justificam a invalidade em causa são ou não verdadeiros, é matéria que não pode ser examinada no âmbito restrito do mandado de segurança, por depender de prova, razão por que ressalvo aos ora recorrentes as vias ordinárias para a discussão da questão sob esse ângulo» (RTJ 82 — pág. 305).

Tenho como de todo procedentes as razões do voto lido, que adoto para negar provimento ao recurso, ressaltando aos impetrantes o uso das vias ordinárias para comprovarem ter sido o concurso regular.

#### EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 52 — MA — (Reg. nº 89.0009654-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Rectes.: Edson Pires de Araújo Lima e outros. Recdo.: Tribunal de Justiça do Maranhão. Impdo.: Governador do Estado do Maranhão. Advs.: Drs. Adalberto Ribamar Barbosa Gonçalves e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso como recurso ordinário e lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Sustentação oral: Dr. Firmino Ferreira, pelo Governador do Estado do Maranhão e Dr. Osvaldo F. Degrazia, Subprocurador-Geral da República (Em 6-11-89 — 1ª Turma).

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

#### RECURSO ESPECIAL Nº 335 — MA

Recorrente: *Estado do Maranhão*

Recorrido: *Cristiano César Araújo de Azevedo e outros*

Relator: *Ministro Miguel Ferrante*

## VOTO (ADITAMENTO)

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Esteiado, em parte, no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, votei no sentido de conhecer e prover o recurso, com fulcro na letra a, do item III, do art. 105, da Constituição Federal, por entender configurada, na hipótese, a negativa de vigência da lei federal, citada em primeiro lugar pelos recorrentes, consoante a seqüência posta no texto permissivo.

Afastada, porém, pela douta maioria, a ocorrência de ofensa à lei federal, resta-me apreciar a questão concernente ao dissídio jurisprudencial alegado.

Quanto a esse tema, dirirjo, com a devida vênia, do mencionado parecer, forte em sustentar que o aresto recorrido contraria a orientação jurisprudencial substanciada nas Súmulas 346 e 473, do E. Supremo Tribunal Federal.

E o faço à consideração de que o acórdão antes se ajusta ao entendimento das Súmulas 20 e 21, daquela Alta Corte de Justiça, a saber:

Súmula nº 20: «É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.»

Súmula nº 21: «Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais da apuração de sua capacidade.»

Deveras, nas circunstâncias dos autos, cuidando-se de funcionários já empossados e em pleno exercício de suas funções, fazia-se mister a instauração do procedimento administrativo para concretização de seu desligamento do serviço público. A anulação do concurso, como ocorreu, sem essa providência, a meu ver importou indiretamente, em última análise, na demissão dos servidores, sem prévio processo administrativo, em que lhes fosse assegurada ampla defesa. Destaco, por oportuno, da decisão atacada:

«Acontece, no dia 23-3-87, quando no exercício de suas funções, foram os impetrantes surpreendidos pelo Dec. 10.386/76, publicado no *DO* de 23-3-87, declarando nulos os atos de nomeação dos candidatos aprovados nos mencionados concursos.

Por esse decreto, o Governador demitiu, sumariamente, os impetrantes, que não eram mais meros candidatos, mas sim funcionários em estágio probatório.

Firmou-se o Governador no argumento de que o concurso foi procedido por órgão incompetente, no caso a Secretaria da Fazenda, quando devia ser feito pela Comissão Central de Concurso.

Acontece, como todo o Maranhão sabe, que Comissão Central de Concurso é órgão que nunca existiu no Estado. É que seus membros nunca foram nomeados pelo Executivo.

É que os concursos no âmbito do Executivo sempre foram setoriais, realizados pelas respectivas secretarias de Estado, por determinação do Governador, por ser isso um costume; Decretos 5.050/73; 4.004/69; 9.910/85 e 10.316/86.

Basta lembrar os procedidos anteriormente por outros órgãos estaduais, não sofreram restrição alguma.

Ora, na época dos concursos vigorava o Dec. 9.901/85 que criou a comissão examinadora, integrada pelo próprio secretário da Administração:

«Art. 1º Fica a Secretaria da Fazenda do Estado do Maranhão autorizada a realizar o concurso público destinado ao provimento das vagas de Técnico em Arrecadação e Cadastro e Auxiliar de Receita, conforme Editais de Concurso datados de 14 de agosto de 1985 e publicados no *Diário Oficial* de 19-8-85.

«Art. 2º Fica criada a Comissão Examinadora do Concurso Público referido no artigo anterior, composta dos seguintes membros:

a) Dr. José Ribamar Barbosa Oliveira, Secretário Adjunto da Fazenda, que a presidirá;

b) José Ribamar Noletto Cruz, Secretário de Administração;

c) Dr. Nemias Nunes Carvalho, Procurador-Geral do Estado;

d) Dr. José Maria Pereira Veras, Auditor-Geral do Estado;

e) Mário Alberto Carneiro de Carvalho, Técnico em Fiscalização e Tributação.

Como sabemos, a LD 161/84, que dispõe sobre a estrutura e competência do Executivo, modificou praticamente o entendimento da Lei 4.558/83. É que ressalta em seu art. 22:

«Ressalvados os casos de competência privativa, estabelecidos na Constituição, é facultado ao Governador, dirigentes de Órgãos da Administração direta, indireta e Fundações, delegar competência que lhes tenham sido deferidas ou avocar as que tenham sido atribuídas a órgãos ou agentes sob sua jurisdição».

Ademais, reza o art. 37 da CF:

«Compete privativamente ao Governador:

II — Exercer, com auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

V — exercer o poder hierárquico e disciplinar sobre todos os servidores do Executivo, na forma que a lei estabelecer».

Como sabemos, no concurso em si não se aponta nenhuma irregularidade. Alega-se apenas que não foi procedido pela Comissão Central.

Preceitua a CF, art. 105:

«A demissão somente será aplicada ao funcionário:

II — estável, na hipótese do número anterior ou mediante processo administrativo, em que lhe seja assegurada ampla defesa».

Para a edição do Dec. 10.386/87 não foi procedido nenhum inquérito administrativo. É que se firmou apenas em parecer.

Em casos idênticos, tem decidido o Supremo Tribunal Federal:

«Concurso. Anulação após nomeação dos candidatos. Somente mediante processo administrativo, assegurada a mais ampla defesa, e nele apurada falta grave e insanável do concurso, dizendo respeito a cada um dos candidatos, pode ser o concurso anulado e exonerados candidatos». (DJ, 4-7-62)

No RE 71.962-RS, de que foi Relator o Min. Xavier de Albuquerque, o Supremo decidiu igualmente:

«Anulação de concurso, de nomeação e de posse de funcionário em exercício, sem processo administrativo regular.

Ilegitimidade reconhecida com base nos princípios constantes das Súmulas 20 e 21.

Recurso Extraordinário não conhecido». (RTJ 67/142)

Por sua vez, o Min. Ribeiro da Costa, em acórdão no STF, ensina:

«Não pode o poder público, que aprova os atos de um concurso e nomeia os candidatos, revogar o seu ato, sob o fundamento de irregularidade daquele». (DJ, 17-7-61).

No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9.495 de Mato Grosso em que foi Relator o Min. Gonçalves de Oliveira, assim decidiu o STF:

«Concurso. Anulação após nomeação dos candidatos. Somente mediante processo administrativo, assegurada a mais ampla defesa, e nele apurada falta grave e insanável do concurso, dizendo respeito a cada um dos candidatos, pode ser o concurso anulado e exonerado candidato nomeado. Segurança concedida».

Em seu brilhante voto esclarece o Min. Gonçalves de Oliveira, em consonância com o parecer do Procurador-Geral da República, Dr. Evandro Lins e Silva:

«O meu voto é pela concessão da segurança.

De acordo com o parecer da Procuradoria-Geral da República, estou em que, tendo sido homologado o concurso e nomeados os candidatos, o Sr. Governador somente poderia anular o concurso, quando este havia produzido seus efeitos, mediante processo administrativo em que se assegurasse aos interessados a mais ampla defesa.

Ao cabo de contas, o que se fez foi a demissão dos promotores, que prestaram concurso, sem processo administrativo, sem apuração de falta para consecução do cargo.

Adotando, pois, os fundamentos do Ministério Público Federal, dou provimento ao recurso para conceder o mandado».

A jurisprudência desta Corte tem assinalado que «não pode o poder público, que aprova os atos de um concurso e nomeia os candidatos, revogar o seu ato, sob fundamento de irregularidade daquele (acórdão no Diário da Justiça de 17-7-61, Relator Ministro Ribeiro da Costa).

No mesmo sentido: acórdão do Recurso Extraordinário 20.462, Relator Ministro Mário Guimarães, *Diário da Justiça* de 18-10-54, Revista Dir. Adm. vol. 48, pág. 350, Recurso Mand. de Seg. n.º 9.331, hoje julgado.

Na hipótese, do concurso decorreram vantagens para os promotores que foram nomeados. Não podia ser desfeito ex officio pela mesma autoridade que o homologou e nomeou os candidatos aprovados. Salvo em vista de falta apurada em processo regular.

Acresce que, em casos idênticos vindos de Mato Grosso, esta Suprema Corte assegurou o exercício de seus cargos por servidores demitidos com anulação do concurso, após a nomeação (Rec. n.º 4.086, Relator Ministro Vilas Boas; Rec. n.º 3.333, Relator Ministro Rocha Lagoa; Rec. n.º 3.809, Relator Ministro Ary Franco; Rec. n.º 4.266, Relator Ministro Rocha Lagoa).

Segundo leio no voto vencido do Desembargador José Barros do Vale, proferido no Mandado de Segurança n.º 9.483, foi «este o primeiro concurso que se tem memória no Estado de Mato Grosso para o cargo em apreço». Compreende-se, assim, não haja, no Estado, grande prática na realização de concurso e, no caso, a anulação, como se dis-



se, se fez sem citação dos interessados, o que era necessário, pois a anulação importou em demissão.

Pelo exposto, tendo em vista o parecer do Procurador-Geral da República, dou provimento para conceder a segurança, assegurado aos impetrantes o exercício de seus cargos para os quais foram nomeados e dos quais, pois, somente poderão ser destituídos mediante apuração em processo administrativo, legalmente constituído de falta grave e insanável do concurso, dizendo respeito a cada um dos candidatos, ora recorrentes, assegurando-lhes a mais ampla defesa».

Em 30-9-86, o STF, no RE nº 108.182-1 de São Paulo, em que foi Relator o Ministro Oscar Corrêa, igualmente decidiu:

«*Ementa*: Anulação de concurso público, sem prévio processo administrativo e defesa dos interessados, em estágio probatório. Súmulas 20 e 21. Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso o reino do arbítrio».

Como sabemos, do concurso decorreram vantagens.

Entendemos, por isso, que somente mediante processo administrativo, onde assegurada ampla defesa e nele apurada grave irregularidade, dizendo respeito a cada um dos candidatos, pode o concurso público estadual ser anulado, mormente quando o servidor já se encontra em estágio probatório.»

Diante do exposto, ao enfoque da questão sob o prisma da letra c, do item III, do art. 105, da Constituição Federal, não conheço do recurso.

#### ESCLARECIMENTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Presidente): O Sr. Ministro Miguel Ferrante, Relator, conhece e provê pelo 1º fundamento (art. 535, II, CPC). Essa questão está afastada, entretanto, pelos votos dos Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Américo Luz e meu, que não conhecemos do recurso, no ponto. Dois Ministros conhecem e provêm pelo 2º fundamento, que é este de mérito, que acaba de ser esclarecido pelo Sr. Ministro Relator: os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro e Américo Luz; e dois Ministros não conhecem por esse mesmo fundamento: os Ministros Miguel Ferrante e eu. De modo que, no que tange ao 2º fundamento, há empate, devendo ser convocado o Sr. Ministro Ilmar Galvão a participar do julgamento. S. Exa. assistiu aos debates da última sessão e desta. Estando S. Exa. esclarecido, poderá votar ou requerer vista dos autos, depois de repetido o relatório.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Estou inteirado do assunto, não havendo necessidade de vista dos autos.

Também acompanho a maioria, quanto ao primeiro fundamento do recurso. Não conheço.

Quanto ao segundo, data venia dos eminentes Ministros que se manifestaram em sentido contrário, entendo que o ato que declarou nulo o concurso teve efeito reflexo de demissão para os servidores que, aprovados no aludido certame, já haviam tomado posse e se achavam no exercício de seus cargos. Admitir a validade desse ato seria fazer tábula rasa do direito que têm os servidores públicos de não serem demitidos, ainda que em estágio probatório, sem serem previamente ouvidos, como consagrado na Constituição Federal vigente.

Portanto, igualmente, não conheço.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 335 — MA — (Reg. n.º 89.8877-7) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante. Recte.: Estado do Maranhão. Recdo.: Cristiano César Araújo de Azevedo e outros. Advs.: Drs. Firmino Ferreira Paz e Otávio dos Anjos Ribeiro.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso pela letra a, apenas no que tange à negativa de vigência do art. 535, II, do CPC, e do Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, conhecendo do recurso pelos dois fundamentos, e do Sr. Ministro Carlos Velloso, não conhecendo do recurso, pediu a palavra o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro para o fim de requerer vista do processo. Aguarda o Sr. Ministro Américo Luz. 18-12-89.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ilmar Galvão.

Prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro não conhecendo do recurso pelo 1.º fundamento (art. 535, II, do CPC), e, do recurso conhecendo pelo 2.º fundamento para dar-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz. 7-2-90.

Prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Américo Luz não conhecendo do recurso pelo 1.º fundamento (art. 535, II, do CPC), e do recurso conhecendo e provendo pelo 2.º fundamento, assim, de acordo com o voto do Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, o Sr. Ministro Relator proferiu voto com relação ao 2.º fundamento e, com relação a este 2.º fundamento, não conheceu do recurso, ficando assim a decisão: a Turma, por maioria, não conheceu do recurso pelo 1.º fundamento, vencido o Sr. Ministro Relator; no que tange ao 2.º fundamento, resultou empate, pelo que foi chamado a participar do julgamento o Sr. Ministro Ilmar Galvão. Computado o voto de S. Exa. proclamou-se, finalmente, a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, não conheceu do recurso pelo 1.º fundamento, e, no que tange ao 2.º fundamento, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro e Américo Luz, não conheceu do recurso (14-2-90 — 2.ª Turma).

Sustentação oral: Dr. Firmino Ferreira Paz, 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 Nº 346 — RN

(Registro nº 89.0008888-2)

Relator: *O Exmo Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorrido: *Pedro Francisco de Souza*

Recorrido: *Manoel Narcisio do Nascimento*

Advogado: *Dr. Luís Carlos Guimarães*

**EMENTA:** Criminal. Estelionato em detrimento de entidade do SINPAS.

*Aumento de pena.* Sobre remeter à norma codificada, por equiparação ao estelionato, a prática que acarrete prejuízo a entidade do SINPAS, para obtenção de vantagem ilícita, decerto que, desprovido de sanção, o preceito legal extravagante (CLPS, art. 222, IV, *b*) se acomoda ao tipo codificado, cuja apenação resulta majorada pela qualificação da entidade de direito público prejudicada (Cód. Penal, art. 171, § 3º). Precedentes.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau, no ponto discutido, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 16 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Cuida-se de recurso especial, como se converteu o extraordinário, por decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida tão logo instalado este eg. Superior Tribunal de Justiça.

Interposto com fundamento nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional então vigente, o recurso do Ministério Público Federal sustenta, em síntese, violação de vigência do § 3º do art. 171 do Código Penal, e divergência da decisão atacada para com o acórdão-supremo assim ementado:

«*Ementa*: Penal. Crime cometido contra autarquia federal.

Exasperação da pena. Artigo 171 do Código Penal, combinado com o art. 155 da Lei Orgânica da Previdência Social. A lei previdenciária não criou tipo novo, mas, simplesmente, arrolou condutas que se subsumem ao tipo penal de estelionato, qualificadas por lesarem autarquia federal.» — RE 115.182 — Rel.: Min. Carlos Madeira, *DJ* de 17-6-88.

A divergência se deduziria do confronto dessa afirmação com os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido, lavra do Ministro William Patterson, Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, assim concebidos, no particular:

«Segundo, na linha de precedentes da Turma, estou em que não há lugar para a aplicação da exasperadora do § 3º, do art. 171, do Código Penal, vez que, no caso, se está diante de estelionato por equiparação, em face do disposto no art. 155, IV, *a*, da LOPS, pelo que integra o tipo a causa de exasperação». (Fl. 252)» — Fl. 264.

Opinando nos autos, assim se pronunciou a nobre Procuradoria-Geral da República:

«Viola o artigo 171, § 3º, do CP, a condenação por estelionato contra a previdência social que não leva em conta a exasperação de pena prevista.

Provimento.

1. O despacho que admitiu o apelo extremo assim resumiu a hipótese:

«O Ministério Público Federal manifesta recurso extraordinário de acórdão da 1ª Turma, deste Tribunal, Relator o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON, assim ementado (fl. 256):

«Penal. Estelionato. Configuração. Benefício previdenciário.

Constitui crime de estelionato (art. 171, do CP) o procedimento irregular, objetivando o recebimento de benefício previdenciário.

A omissão culposa de determinado Réu não pode ser caracterizada como prática do delito.

Inaplicabilidade do § 3º, do art. 171, do CP.»

Nos termos das alíneas *a* e *d*, do permissivo constitucional, alega o recorrente que o aresto hostilizado negou vigência

ao art. 171, § 3º, do CP e divergiu do decidido pela Suprema Corte do RE nº 115.182.

A espécie, por versar crime ao qual é cominada pena de reclusão, enquadra-se no art. 325, III, do RISTF (ER nº 2/85).

O apelo merece prosseguimento por ambas as alíneas, porquanto a matéria acha-se prequestionada no aresto e o dissídio jurisprudencial apresenta-se devidamente demonstrado.» (Fl. 267).

2. O recurso está adequadamente arrazoado (fls. 258/265), demonstrando que o acórdão recorrido (fls. 248/256), ao não aplicar a exasperadora do art. 171, § 3º do CP, a estelionato praticado contra a Previdência Social, negou vigência a lei federal e dissentiu de precedente do Supremo Tribunal Federal na matéria.

3. Pelo provimento.

Brasília, 7 de março de 1989 — Carlos Eduardo Vasconcelos, Procurador da República.

Aprovo: Aristides Junqueira Alvarenga, Vice Procurador-Geral da República» — fls. 274/275.

Relatei.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): — Senhores Ministros, do conhecimento do recurso pela letra c da norma constitucional que hoje comanda a espécie, certamente não há duvidar-se. É que literal se mostra o dissídio de interpretação, à luz do colacionado acórdão do Supremo Tribunal Federal, posto em acolher a irrogada negação de vigência do art. 171, § 3º, do Código Penal, cometida por acórdão da mesmíssima Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, em caso absolutamente idêntico, até mesmo pela procedência da sentença de primeiro grau e do local do delito — Seção Judiciária Federal do Rio Grande do Norte, cidade de Mossoró.

A partir dessa indiscutibilidade do conhecimento pela letra c, também pela letra a — que sabidamente se envolve com a procedência do mérito da invocação — não tenho dificuldade em dizer da prosperabilidade do recurso, da forma como o disse o Pretório Excelso, neste tom do voto condutor do acórdão cotejado (RE 115.182 — RN, STF, 2ª Turma, 10-5-88):

«O Senhor Ministro Carlos Madeira (Relator): Dispõe o § 3º do art. 171 do Código Penal:

«§ 3º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituição de economia popular, assistência social ou beneficária.»

É a hipótese de que cuida os autos, o estelionato foi cometido contra a autarquia previdenciária. O primeiro recorrido obteve vantagem patrimonial ilícita, por meio fraudulento auspiciado pelo segundo recorrido.

O Decreto-Lei nº 66/66 previu a hipótese como estelionato, de acordo com o que define o artigo 171 do Código Penal. Não precisava acrescentar que se trata de figura típica qualificada, pois para tanto basta a evidência de que se trata de entidade de direito público para incidir o § 3º do art. 171 do Código Penal.

Não há, aí, qualquer violação à reserva legal, pois, na verdade, não se trata de crime privilegiado, mas de crime comum, definido no caput do art. 171, cometido contra uma autarquia federal. O § 3º do art. 171 não se refere aos crimes privilegiados, mas aos qualificados em razão da entidade pública lesada.

Daí ter razão o recorrente ao afirmar que o art. 155, IV, da LOPS não criou tipificação penal nova, mas exclusivamente, arrolou condutas que se subsumem ao tipo penal do estelionato, qualificados por lesarem a autarquia.

Em tais condições conheço do recurso e lhe dou provimento, para restabelecer a autoridade da sentença de primeiro grau.»

Assertivas semelhantes eu próprio desenvolvi sobre o tema, ao votar no sempre lembrado Tribunal Federal de Recursos, Terceira Turma, como se segue:

«Criminal. Estelionato em detrimento de entidade do SINPAS.

*Aumento da pena.* Sobre remeter à norma codificada, por equiparação ao estelionato, a prática que acarrete prejuízo a entidade do SINPAS, para obtenção de vantagem ilícita, decerto que, desprovido de sanção, o preceito legal extravagante (CPLS, art. 222, IV, *b*) se acomoda ao tipo codificado, cuja apenação resulta majorada pela qualificação da entidade de direito público prejudicada (Cód. Penal, art. 171, § 3º).»

«Omissis.....

No entanto, no particular do aumento de pena previsto no § 3º do art. 171 do Código Penal, vê-se com razão o órgão apelante, conforme o assentado entendimento desta eg. Turma.

Sobre dizer-se que o art. 222, inciso IV, da CLPS, se basta na tipificação de um estelionato especial, eximido ao regramento codificado, mormente quanto ao discutido aumento de pena — conforme o dizem alguns acórdãos da eg. Primeira Turma deste Tribunal (e. g., ACr nº 7.623, Rel. Min. Dias Trindade, in *DJ* de 20-8-87), com endosso doutrinário que o parecer relembra pelo prelecionamento do Prof. Celso Delmanto, «Seis Crimes Especiais Equiparados e a Aplicação de suas Penas» (RTFR 145/40) —, peço vênha para discordar.

De fato, a remissão da lei extravagante ao estelionato de relação às fraudes contra as *entidades do SINPAS*, conquanto especifique as práticas, o faz por mera ênfase da sua compreensão dentre os dados genéricos da tipificação correspondente à sanção codificada.

Ao propósito dessa indesassociação, sobremaneira vinculativa da preceituação remissiva à sede legal da pena e seus inerentes requisitos dosimétricos, recentemente me pronunciei apoiado por esta eg. Turma, nesta ordem de idéias:

«Discordo, porém, dessa última colocação da sentença, sobre dizer tratar-se de crime falho, equiparado.

Na verdade, a meu modesto pensar, a norma do art. 222, IV, da CLPS — sobre conceituar o caráter criminal da ação de receber ou tentar receber dolosamente prestação previdenciária — não se basta em si própria como norma penal, senão que se propõe a mera equiparação ao tipo descrito objetiva e subjetivamente pelo Código Penal a título de estelionato. E mais, desprovido de sanção, aquele preceito extravagante não tem aplicação autônoma, necessitada que se faz de subordinar-se á norma penal genuína, exclusiva fonte da integração elementar do tipo, sem mais nem menos da pena ali prevista.

Significa dizer, legalmente equiparadas ao estelionato aquelas práticas dolosas contra a Previdência Social, a sua apenação não pode refugir aos critérios estabelecidos pela norma-matriz, a cujo teor sistematicamente codificado, distintamente se pune a consumação e a tentativa do estelionato.

Veja-se que ao caso não vem o estilo legal de certas tipificações cheias pela simples tentativa da ação, mas, sim, que se depara um indiscutível déficit da norma legal assemelhadora, a qual, a precisar integrar-se da sede penal, necessariamente tem que se afeiçoar à fundamental distinção entre o estelionato consumado e o apenas tentado. Donde exsurgir da letra que a regra previdencial comentada não admite outro entendimento que não o de equiparar-se inteiramente ao estelionato — portanto, com imprescindível correspondência aos respectivos conceitos penais de consumação e tentativa — a ação dolosa de receber ou tentar receber prestação de benefício.

Corrijam-me, se for o caso, os doutos penalistas, mas somente assim é que tenho por exequível a analisada disposição previdenciária, que me parece sem força própria para quebrar a estrutura do sistema penal codificado, no que contém de maior especificidade — a dosimetria da pena.

Dessa despreziosa dissertação, parto para a conclusão de que o estelionato irrogado ao apelante Edson Correia da

Silva não chegou a se consumir, já que, como visto, frustrou-se a tempo a obtenção da almejada vantagem ilícita, a que mais não se prestava a fraude cometida. Há, pois, que se conformar a pena aos limites estabelecidos no art. 14, parágrafo único, do Código Penal.» — ACr n.º 7.034, in *DJ* de 27-8-87.

*Mutatis mutandis*, repita-se a asseveração de que, sobre remeter à norma codificada, por equiparação ao estelionato, a prática de ato que acarrete prejuízo à entidade do SINPAS, para usufruir vantagem ilícita, decerto que, desprovido de sanção, o preceito legal extravagante se acomoda ao tipo codificado, cuja apenação resulta majorada pela qualificação da entidade de direito público prejudicada.

É bem verdade que, em caso de razoável semelhança, acomodei-me à compreensão do *estelionato equiparado*, para relevar igual aumento de pena (ACr 6.969, in *DJ* de 20-2-86). Fi-lo, porém relativamente ao art. 2.º do Decreto-Lei n.º 47/66, tipificante da prática de «fazer tramitar, por qualquer meio, cafés de comercialização proibida de acordo com as normas e resoluções baixadas pelo IBC», aí destacadamente acentuados elementos e caracteres próprios, não compreendidos na preceituação do estelionato típico, ao contrário do acontecido às práticas a que alude o analisado dispositivo previdenciário.

Na esteira dessas considerações, penso ser mesmo o caso de reparar-se a pena, como quer a apelação ministerial, no pormenor do analisado aumento obrigatório.» — ACr 8.134-PB, in *DJ* de 23-6-88.

Reportando-me a essas considerações, tenho por acolhível a irresignação do recorrente, para reforma do v. acórdão e restabelecimento da sentença, no ponto do discutido aumento da pena.

Para isso é que conheço do recurso e lhe dou provimento.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Senhores Ministros. Na verdade, na 2.ª Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos, em certos julgamentos segui orientação adotada pela eg. 1.ª Turma. No entanto, posteriormente, reexaminando a matéria, passei a adotar o entendimento da egrégia 3.ª Turma. Assim votei na Apelação Criminal n.º 8.483-RJ, julgada no dia 2 de agosto de 1988. De modo que, não tenho nenhum constrangimento em acompanhar o voto de V. Exa. e do Sr. Ministro Flaquer Scarcezini.

#### VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, no tempo do egrégio Tribunal Federal de Recursos, pacificamente na 3.ª



Turma, seus componentes entendiam que a aplicação, em se tratando a vítima de pessoa jurídica de direito público, incidia, no caso de estelionato, à elevação da pena prevista do § 3º do citado dispositivo (art. 171, CP), de modo que nenhuma modificação para nós ocorreu. O e. Supremo Tribunal tem consagrado, em sua jurisprudência, este entendimento. Assim, não verificando a existência de razão para modificá-lo, acompanho V. Exa.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 346 — RN — (Reg. nº 89.0008888-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Recte.: Ministério Público Fedetal. Recdos.: Pedro Francisco de Souza e Manoel Narcísio do Nascimento. Adv.: Dr. Luís Carlos Guimarães.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau, no ponto discutido (5ª Turma, em 16-8-89).

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 364 — SP

(Registro nº 89.0008906-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrentes: *Rubens Cesar Tellechea Clausell e cônjuge*

Recorrido: *Odemilson Roberto Castro Fassa*

Advogados: *Drs. Plínio Bastos Arruda e outros, Dr. Mauro Del Ciello*

EMENTA: Processo Civil. Ministério Público. Jurisdição voluntária. Exegese do art. 1.105, CPC.

Interpretação lógico-sistemática recomenda que se dê ao art. 1.105, do Código de Processo Civil, inteligência que o compatibilize com as normas que regem a atuação do Ministério Público, especialmente as contempladas no artigo 82 do diploma codificado.

A presença da Instituição nos procedimentos de jurisdição voluntária somente se dá nas hipóteses explicitadas no respectivo título e no mencionado art. 82.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

## EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Cuida-se de extinção de condomínio pela venda de coisa comum, aforada pelo Recorrido, cujo pedido foi julgado procedente em primeiro grau (fls. 65/68), confirmada a decisão no Tribunal de origem (fls. 106/107), afastando-se, por maioria de votos, a preliminar de nulidade pela *não interveniência do Ministério Público em procedimento de jurisdição voluntária*.

Interpostos embargos infringentes quanto à preliminar, a 17ª Câmara Civil do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, também por maioria, os rejeitou (fls. 137/140).

Irresignados, os recorrentes interpuseram recurso extraordinário e argüiram relevância da questão federal. O apelo extremo foi inadmitido no Tribunal de origem (fl. 156), por inadequação às hipóteses de cabimento constantes do art. 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, processando-se a argüição de relevância da questão federal, que foi acolhida pelo Excelso Pretório (fl. 77 dos autos da argüição e fls. 182/183 dos autos principais).

A douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 210/212), divergindo dos demais pronunciamentos do Ministério Público, lançados nos autos, que sustentaram a necessidade de interveniência, opina no sentido da validade do procedimento, em face da atuação da Instituição no segundo grau e da inexistência de prejuízo para as partes, a despeito de acentuar a obrigatoriedade da Intimação.

O Supremo Tribunal Federal converteu o apelo interposto em recurso especial, encaminhando os autos a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Tratam os presentes autos de extinção de condomínio pela venda da coisa comum, na qual o Ministério Público não foi intimado *ab initio*.

Em razão disso, ao funcionar na causa, argüiu a nulidade de todo o processado a partir da citação.

O cerne da controvérsia gira em torno da inteligência do art. 1.105 do Código de Processo Civil, assim vazado:

«Art. 1.105. Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público».

Polarizam-se duas correntes quanto à interpretação dessa norma,

A primeira, com arrimo na doutrina de José Frederico Marques (Manual de Direito Processual Civil, vol. I, Saraiva, 1980, nº 253, pág. 301), Edson Prata (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 7, pág. 22) e José Olympio de Castro Filho (Comentários, Forense, vol. X, 3ª edição, 1983, nº 9, pág. 20), acha-se agasalhada nas razões do Recorrente e nos pareceres do Ministério Público, de fls. 95/97, 128/132 e 200/203, a qual sustenta que o dispositivo em tela, inserido no Título II do Código de Processo Civil, concernente aos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, e no Capítulo I, relativo às disposições gerais, é de observância obrigatória em todos os casos de jurisdição voluntária, sob pena de nulidade (art. 84, CPC), a partir do momento em que o órgão deveria atuar (art. 246, parágrafo único, CPC):

De outra parte, a segunda corrente, atenta às lições de Cândido Rangel Dinamarco (Fundamentos do Processo Civil Moderno, 2ª edição, RT, 1987, nº 185, pág. 325) e à jurisprudência dos Tribunais de Alçada Cível de São Paulo (Apelação nº 238.818, relator o então Juiz do 1º Tribunal, Raphael de Barros Monteiro Filho, que hoje enriquece esta Corte, e Apelação nº 36.339, relator o então juiz Kazuo Watanabe, do 2º Tribunal), sustenta a necessidade de proceder-se a uma interpretação restritiva do dispositivo, a partir do método lógico-sistemático de análise, porquanto os casos de intervenção obrigatória do Ministério Público nos procedimentos de jurisdição voluntária se acham consignados no inciso II do art. 82 e no art. 9º, ambos do Código de Processo Civil. Nos demais casos, ao Ministério Público competirá intervir, segundo o Procurador-Geral de Justiça, Oscar Xavier de Freitas,

«tão-somente quando o reclame a natureza particular do respectivo feito ou a qualidade peculiar a qualquer das pessoas nele interessadas» (*Ministério Público e Jurisdição Voluntária*, RT Informa nº 254, págs. 33/35).

Dinamarco, em defesa da tese, aduz que os juízes nos procedimentos de jurisdição voluntária se colocam «na posição de autênticos fiscais das atividades das partes, exercendo função que, *mutatis mutandis*, bastante os assemelha aos órgãos do Ministério Público» (obra citada, nº 181, pág. 323), aduzindo que o ofício do Ministério Público, em todos os procedimentos de jurisdição voluntária, indiscriminadamente, seria uma redundante superafetação, além do que, pela análise lógico-sistemática do Código de Processo Civil, a conclusão que se impõe é no sentido da interpretação restritiva do art. 1.105, tendo em vista que o Código foi expresso sempre que pretendeu a intervenção do Ministério Público em procedimentos de jurisdi-

ção voluntária, consignando-a em normas específicas, como, *verbis gratia*, nos casos de separação amigável (art. 1.122, § 1º), registro de testamento (art. 1.126), confirmação do testamento particular (art. 1.131, III), execução de testamentos (art. 1.141), herança jacente (art. 1.144, I), bens de ausentes (arts. 1.163, § 2º), coisas vagas (art. 1.172), curatela dos interditos (art. 1.177, III), disposições comuns à tutela e curatela (art. 1.189) e organização e fiscalização de fundações (art. 1.200), alertando ainda que, se prevalente a tese de que a interpretação do art. 1.105 deve ser declarativa, o casuismo da repetição da regra geral nele contida em apenas alguns casos de jurisdição voluntária (e não em todos) seria «imperdoável erro de técnica legislativa» (op. cit., nº 184, pág. 324).

Resumidamente, eis as vertentes nas quais se desdobra a controvérsia.

Sem embargo das respeitáveis opiniões em contrário, desprovejo o recurso, tendo por mais acertada a tese acolhida no v. acórdão proferido em grau de embargos infringentes, relator o Des. José Cardinale, do qual se colhe o texto que se segue:

«Com efeito, consoante o bem-lançado voto do Des. Hermes Pinotti proferido no julgamento da apelação: «Não é caso de nulidade do processo por falta de intervenção, em primeira instância, do representante do Ministério Público. O artigo 1.105, do CPC, estabelece: «Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público». Este dispositivo não deve ser interpretado de modo isolado, mas, sim, tendo em vista o sistema do Código de Processo Civil, isto é, em harmonia com o disposto no artigo 82 do mesmo diploma legal, onde estão enumerados, em seu inciso II, os procedimentos de jurisdição voluntária em que se faz obrigatória a intervenção do Ministério Público, a saber: «... causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;».

Em realidade, conforme ensina o ilustre processualista Desembargador Cândido Rangel Dinamarco, a interpretação do artigo 1.105 há de ser restritiva, pois nele o Código «minus voluit quam dixit», e, portanto, limita «o âmbito de aplicação da lei a um círculo mais estrito de casos do que o indicado pelas suas palavras».

E acrescenta, que, segundo essa interpretação, «o art. 1.105 quer dizer somente que, quando ocorrer uma das hipóteses previstas em tais dispositivos,» (aqui referindo-se aos artigos 9º e 82 do CPC), «o Ministério Público há de ser *intimado* (e não citado!), sob pena de nulidade. Tal corrente de pensamento está presente em dois já conhecidos acórdãos, sendo um do 1º TACivSP, da lavra do Juiz Barros Monteiro Filho (Ap. 238.818 — 1ª Câmara, julgado em 23-2-78) e outro do 2º TACivSP e tendo por relator o Juiz Kazuo Watanabe (Ap. 36.339, 5ª Câmara, J. 26-8-76). Está presente, também, em parecer do então Procurador-Geral da Justiça, Dr. Os-

car Xavier de Freitas, transcrito no «informativo» 137 da Associação Paulista do Ministério Público; nessa oportunidade, sustentou o chefe da instituição (31-10-77) que a esta «competirá intervir nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária tão-somente quando o reclame a natureza particular do respectivo feito ou a qualidade peculiar a qualquer das pessoas nele interessadas» (Ministério Público e Jurisdição Voluntária — RT Informa nº 254/19 — págs. 33/35).

Vale ressaltar que na Apelação nº 36.339 — São Caetano do Sul, o então Juiz e atual Desembargador Kazuo Watanabe deixou expresso que o «art. 1.105, portanto, deve ser lido com a expressão final «se for o caso» implícita como demonstra sua interpretação sistemática».

Evidente, face ao exposto, que não há obrigatoriedade da participação do Ministério Público em todos os procedimentos de jurisdição voluntária, mas somente naqueles em que sua intervenção está prevista em lei expressa ou no artigo 82 do CPC, devendo ser lembrado que, na administração de interesses privados, o próprio Magistrado exerce a atribuição fiscalizadora da atividade das partes.

Daí, então, a conclusão do Professor e Desembargador Cândido Rangel Dinamarco (cf. artigo publicado na «RT Informa», nº 254):

«O art. 1.105, do CPC, há de ser visto e interpretado, portanto, não isoladamente, mas como peça de um todo sistemático, que é o ordenamento jurídico positivo. Tem ele o significado de dizer que também no processo voluntário o Ministério Público há de intervir sempre que, de acordo com as regras comuns ou por força de algum dispositivo específico, for o caso dessa intervenção. Deixa claro que os arts. 9º e 82 não são privativos do processo contencioso».

Em seu parecer, a douta Procuradoria-Geral da Justiça afirma que, com a interpretação ora adotada, a regra expressa do art. 1.105 seria ociosa e redundante, já que não haveria necessidade de repeti-la para abranger as hipóteses previstas no artigo 82 do CPC (fl. 130). Mas, aceita a interpretação defendida pela Douta Procuradoria também ociosas e repetitivas seriam as várias disposições que, regulando procedimentos de jurisdição voluntária específicos, prevêem a audiência do Ministério Público (v.g. arts. 1.122, § 1º, 1.126, 1.127, 1.145, § 2º)» (fls. 137 a 140).

O Código de Processo Civil, a uma primeira leitura do seu art. 1.105, estaria a exigir a participação do Ministério Público em todas as causas relativas à jurisdição voluntária. Falha, no entanto, também a mim me parece a exegese apenas gramatical do texto legal, pelas razões já expostas, onde inclusive assinalada a imprecisão terminológica e científica ao referir-se a ci-

tação em lugar de intimação (v. arts. 213 e 234, CPC), sobretudo porque há, de forma explícita, no título que trata do Ministério Público, norma (art. 82) prevendo os casos de obrigatória intervenção da Instituição, o que importa concluir que nem todas as causas da chamada jurisdição voluntária reclamam a participação do «Parquet», quer por incorrência de interesse de incapazes (inciso I), quer porque não incluídas no rol do inciso II, quer porque nem sempre presente o interesse público e muito menos a ocorrência de «lide», inexistente, como se sabe, em jurisdição voluntária.

Não há, efetivamente, razão plausível para resguardar, além das fronteiras do art. 82, com a intervenção nobre do Ministério Público, meros interesses privados regidos pelo Judiciário apenas por conveniências de ordem pragmática.

A matéria, ao que se vê, é típica de interpretação pelos métodos lógico-sistemático e teleológico.

Como registra Alípio Silveira, em sua monumental *Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, cap. 8, citando Enneccerus, a interpretação literal é o ponto de partida da verdadeira interpretação, que exige, em complementação, a interpretação lógico-sistemática e a teleológica, além da valoração final do resultado obtido.

É também da melhor doutrina que

«Os dispositivos legais não têm existência isolada, mas se inserem, organicamente, em um ordenamento jurídico, em recíproca dependência com as demais regras de direito que o integram, de modo que, para serem entendidas, devem ser examinadas em suas relações com as demais normas que compõem aquele ordenamento e à luz dos princípios gerais que o informam: é o método lógico-sistemático». (Araújo Cintra e outros, «Teoria Geral do Processo», RT, 1979, cap. 8, nº 37).

Acolhida a tese, deve-se aqui ainda registrar que prospera o entendimento de que não se declara nulidade pela ausência do Ministério Público em primeiro grau quando o mesmo é ouvido em instância superior e não se demonstra prejuízo.

Não conheço do recurso.

#### VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Acompanho o Sr. Ministro Relator, mantendo o entendimento por mim manifestado no julgamento da Apelação nº 238.818 (Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo), de que fui Relator.

A norma do art. 1.105 do Código de Processo Civil deve ser entendida em harmonia com os arts. 9º e 82 do mesmo diploma legal. Não há por que deva officiar indiscriminadamente o Ministério Público em todos os feitos de jurisdição voluntária, pois como ressalta Cândido Rangel Dinamarco, a exi-

gência importaria em «imputar à lei a redundância de haver destinado duas tutelas ao mesmo valor: o juiz seria fiscal das partes, o Ministério Público seria fiscal do juiz e destas» («Fundamentos do Processo Civil Moderno», pág. 324, nº 183, ed. 1986). Nesses termos, o referido preceito legal (art. 1.105 do CPC) deve ser lido com a expressão final «se for o caso», implícita como demonstra sua interpretação sistemática, na feliz observação de Kazuo Watanabe (Apelação Cível nº 36.339, do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo).

Desde que, como ocorre em alguns poucos casos de jurisdição voluntária, não haja um interesse público primário, não se vê razão plausível alguma para a intervenção ministerial. É o que deixou anotado Hugo Nigro Mazzilli em trabalho que se encontra publicado na «Revista de Processo» nº 48, in verbis:

«entretanto, mais do que a intenção do legislador, deve ser perquirida a mens legis, em interpretação que só pode ser sistemática, para fazer realmente sentido. E sentido não teria pôr o Ministério Público a zelar indistintamente em qualquer procedimento de jurisdição voluntária, até mesmo naqueles que versem interesses totalmente disponíveis, de partes maiores e capazes, contrariando sua destinação institucional, em atividades que uma interpretação coerente da lei por certo há de recusar-lhe» (pág. 227).

Exemplo cabal dessa inocuidade de intervenção do Ministério Público é a espécie ora em apreciação. No recurso de apelação, que então interpuseram o requerido e sua mulher — ora recorrentes — nada objetaram acerca da falta de audiência do Ministério Público (a questão somente foi agitada em parecer da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado). Não se vislumbra a existência de qualquer prejuízo, de tal forma que a anulação do feito somente teria o único efeito de alongar ainda mais a solução da controvérsia.

Pelo exposto, também não conheço do recurso.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Senhores Ministros, meu entendimento é o de que ao prever o Código de Processo Civil, no art. 82, a intervenção do Ministério Público em processo de conhecimento; e ainda, no art. 85, a sanção de nulidade, nem por isso fica dispensado de, ao dispor sobre procedimentos especiais de jurisdição voluntária, dispor como faz, no art. 1.105.

Explico melhor meu pensamento: nos artigos 82 e 85, o Código estabelece as regras segundo as quais é necessária a intervenção do Ministério Público nas causas discriminadas nos diversos incisos do art. 82, de modo que, se não forem observados, haverá nulidade.

Não dispondo o Código de Processo Civil de um conjunto de normas explicitamente destinadas a presidir toda a sua tipologia processual, compreende-se que essas recomendações devam contar com normas de des-

dobramento de suas aplicações no próprio processo de conhecimento, como é o caso do art. 214, que impõe a citação como requisito de validade do processo de conhecimento, e do art. 598, que aplica o mesmo princípio ao processo de execução.

Assim, se na execução não houver citação, a quebra do princípio do art. 214 encontrará sua sanção; como também no processo de execução, se não se der ensejo de conhecimento na lide ao Ministério Público, que é o que no caso importa.

Mesmo em relação ao processo cautelar, sobre o qual o Código se mostra muitas vezes hesitante, impõe-se, entretanto, o princípio da citação, mesmo porque é explícita a lei ao dizer que o juiz não poderá deferir certas medidas sem o prévio conhecimento da outra parte, sem embargo de o Código desconsiderar o processo cautelar, como se não fosse processo ou como se não correspondesse a ação propriamente.

Em relação aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, parece óbvio que se aplicam os princípios gerais do processo de conhecimento, porque os procedimentos especiais são concretas projeções do processo de conhecimento. Ali, portanto, em cada um dos processos especiais, havendo necessidade de intervenção do Ministério Público, aplicável será a regra do art. 82 e incidirá a sanção do art. 85.

No tocante, porém, à jurisdição voluntária, o Código não podia dispensar o art. 1.105, que contém regra sancionatória. Na falta do art. 1.105, a lei processual ficaria desprovida de sanção de nulidade, quando (como ocorre nos diversos casos em que o Código especificamente a prevê) a ciência e a intervenção do Ministério Público não tivesse lugar. Assim, por exemplo, na separação de cônjuges. O art. 1.105, portanto, integra a nossa legislação processual no sentido de estender para os procedimentos de jurisdição voluntária o princípio da necessária intervenção do Ministério Público, quando houver interesse público, ou de incapazes, etc. (art. 82); e, depois, a regra do art. 85, segundo a qual, havendo necessidade dessa intervenção, ocorrerá nulidade se ela não se verificar.

Mas, no caso dos autos, não se patenteia essa necessidade, por não se configurar ofensa ao art. 1.105, porquanto os autos não demonstram que a intervenção do Ministério Público fosse necessária. Nenhum dos pressupostos do art. 82 do Código de Processo Civil foi sequer cogitado, a ponto de impor a observância do art. 1.105.

Com estas considerações, também acompanho o Sr. Ministro Relator.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Senhor Presidente, discute-se aqui a abrangência da norma do artigo 1.105 do Código de Processo Civil, questionando-se se a determinação de que seja citado o Ministério Público diz respeito a todos os procedimentos de jurisdição voluntária



ou apenas àqueles em que, pelas regras gerais, o Ministério Público deva, necessariamente, intervir.

Sabemos que o Ministério Público intervém, no Processo Civil, em dois casos: em 1º lugar, na defesa de interesses que sejam predominantemente de ordem pública — geralmente se diz, aí, que ele está falando como «fiscal da lei»; em 2º lugar, na defesa de interesse de menores, de incapazes e de outros interesses que a lei considera, nas circunstâncias sócio-econômicas prevalentes, como merecedores de uma especial tutela jurídica.

No caso concreto, trata-se de uma venda de coisa comum, todos os interessados maiores e capazes. De forma que — parece-me — a hipótese não é de intervenção necessária do Ministério Público. Ainda me permitiria, quiçá, ir além: não me parece que essa hipótese — embora tenha colocação no Título dos «Procedimentos de Jurisdição Voluntária» — se configure como um real procedimento de jurisdição *voluntária*, mas, sim, estaremos diante de um caso típico de jurisdição contenciosa, sob o rito procedimental dos expedientes de jurisdição voluntária.

Geralmente, na jurisdição contenciosa, há um conflito de interesse entre partes, ao passo que na jurisdição voluntária, não há tal conflito de interesses. Pode haver, no máximo, um dissenso de opiniões sobre a melhor maneira de proteger aquele único interesse juridicamente tutelado. Por exemplo: num procedimento de venda de bens de menores, pode haver discordância entre o requerente e outro familiar, ou o Ministério Público, sobre se o imóvel deva ou não ser vendido, e por que preço. Mas esse dissenso de opiniões apenas diz respeito à melhor maneira de tutelar o interesse do menor. Não há interesses contrapostos, em conflito.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Se V. Exa. me permite, não sei se V. Exa. compreendeu bem. Por que houve necessidade deste processo?

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Compreendi, Exa. Se houve necessidade de virem a juízo terá sido porque, nos termos dos arts. 632 e 635 do Código Civil, não chegaram a um acordo no sentido de venderem um imóvel, bem indivisível.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Então, como diz V. Exa., nem é caso de jurisdição voluntária.

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Para mim, não é caso de jurisdição voluntária. Serão interesses contrapostos, em que, certamente, um quer vender o imóvel e os outros não querem. Assim, ficaram obrigados a entrar em juízo, para postular a venda do bem comum. Então, a rigor, para mim, é caso de jurisdição contenciosa. Aliás, não é raro, no Código, a colocação inadequada de determinados procedimentos, fora, digamos assim, do seu posto normal. Mencionaria, por exemplo, que temos «processos cautelares», como, v.g., o de protesto de títulos, que nem são de natureza jurisdicional. Assim também as interpelações e as notificações, e

as justificações, que normalmente não são atos de natureza cautelar, mas postos entre os processos cautelares pelo Código de Processo Civil, Livro III.

Por esses fundamentos, porque não ser caso de intervenção do Ministério Público e porque o procedimento é realmente de jurisdição contenciosa, não se inserindo nas hipóteses de intervenção do «parquet», acompanho os votos dos eminentes Colegas.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 364 — SP — (Reg. nº 89.0008906-4) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Rubens Cesar Tellechea Clausell e cônjuge. Recdo.: Odemilson Roberto Castro Fassa. Advs.: Drs. Plínio Bastos Arruda e outros e Mauro Del Ciello.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (4ª Turma — 5-9-89).

Além do voto-vista do Sr. Ministro Barros Monteiro, votaram os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 390 — MG

(Registro nº 89.0009035-6)

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

Recorrente: *Wando Luiz da Silva*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Drs. Francisco Miguel Lara e outros*

**EMENTA:** Processual Penal. Júri. Nulidades.

Leitura, durante os debates, de documento não constante dos autos, com infringência do disposto no art. 475 do CPP.

Repetição de votação de quesito, fora da hipótese do art. 489 do CPP, acarretando decisão diametralmente oposta à que havia sido tomada.

Nulidade do julgamento decretada em recurso de apelação.

Recurso especial não conhecido.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª 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, 4 de outubro de 1989 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: A Colenda 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais anulou o julgamento pelo Júri que absolveu Wando Luiz da Silva do crime de homicídio, por entender que houve repetição indevida da votação do 7º quesito e leitura de documento com infringência do art. 475 do CPP.

Inconformado, o réu ajuizou recurso extraordinário, pelas letras *a* e *d*, transformado em especial por versar matéria infraconstitucional. Alega que o acórdão atacado negou vigência aos arts. 571, VIII, 572, I, e 556, todos do CPP, bem como divergiu de acórdão do STF, prolatado no RE 99.476-PR.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Valim Teixeira, assim se pronunciou:

« .....

2. A nosso ver, o presente recurso, em especial convertido, não deveria ser conhecido, pois não se comprovou que o acórdão tenha negado vigência a dispositivos da Constituição Federal e nem se indicou, também, a ocorrência de dissídio jurisprudencial, nos termos do que estabelece a Súmula 291, do Excelso Pretório. Conhecido que seja o recurso especial, não merece ele provimento. Como bem observa a douta Procuradoria da Justiça, ocorreram falhas por ocasião do julgamento. Salienta-se, ali, que:

‘A simples leitura da ata nos leva à conclusão de que não pode prosperar o ilegal procedimento da defesa, lendo depoimentos prestados em outro processo, surpreendendo flagrante a acusação.

Nossa legislação disciplina a leitura de documento em plenário. Deverão ser apresentados com antecedência, para que a parte contrária tome conhecimento da prova a ser produzida. E a ata consignou, de maneira a não deixar dúvida, que foi feita uma leitura de depoimento constante de outro processo «sem estar nos autos respectivos».

Da mesma forma, não poderá encontrar amparo a decisão do MM. Juiz, ordenando nova votação do quesito. Chega a ser ridícula a renovação dos votos.

No sétimo quesito, os jurados que vinham reconhecendo a legitimidade da defesa, decidiram que os meios empregados pelo réu não eram necessários. Quesito de uma clareza solar. Nenhuma ambigüidade, nenhuma confusão, a mais absoluta compreensão do que se perguntava e do que se respondia.

No entanto, entendeu o MM. Juiz que não se podia negar a necessidade dos meios, pois assim estaria condenado. Ora, face à clareza do que era perguntado, a repetição, para que se absolvesse, chega às raias do inverossímil.

Custo acreditar que se considere legal a repetição do quesito, nas circunstâncias em que se repetiu o julgamento em exame. A repetição é permitida, não resta dúvida, para aqueles casos especialíssimos, de evidente contradição entre a resposta dada e outras já proferidas. Nada disso aqui ocorreu. A repetição, no processo em tela, se destinou, tão-somente, a evitar uma condenação, já decretada pelos jurados, negando a necessidade dos meios. O Juiz nem sequer teve coragem de fazer constar da ata os motivos que o levaram a renovar a votação. Seria a confissão de um erro imperdoável.

Tanto pela leitura irregular de peças estranhas, como pela curiosa renovação de quesito, o processo é nulo'.

3. Diante do exposto, opinamos no sentido de que não se conhece do presente recurso especial e, caso assim não entenda o Superior Tribunal de Justiça, somos pelo seu não provimento.»

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Aponta o recorrente como violados os arts. 571, VIII, 572, I, e 566 do CPP. Os dois primeiros porque a nulidade não teria sido argüida logo depois de sua ocorrência. O último porque não se demonstrou a existência de prejuízo.

Ora, o voto do eminente Des. Edelberto Santiago demonstra cabalmente a improcedência dessas alegações, *in verbis*:

«Segundo o recorrente, dois fatos teriam causado a nulidade do julgamento pelo Júri, a saber:

a) durante os debates, o defensor do réu, ao arripio do art. 475, do Código de Processo Penal, fez a leitura de um depoimento constante de outro processo;

b) quando da votação dos quesitos, indagado dos jurados se o réu, na repulsa, usara de meios necessários, diante de uma resposta

negativa, o MM. Juiz a quo submeteu novamente à votação o aludido quesito, quando, então, se obteve uma resposta positiva.

Ambos os incidentes se acham devidamente consignados na ata do julgamento (fl. 203 v.).

Sustenta o recorrido que, se existissem, preclusas estariam as nulidades argüidas, por inocorrência de protesto.

Data venia, o protesto só se faz necessário, para o fim de se exigir a consignação, na ata, do incidente.

In casu, com ou sem protesto, a ata de julgamento registra os fatos alegados pelo recorrente, tendo este argüido as nulidades em questão, em razões recursais.

Aliás, no respeitante ao primeiro fundamento, é o que se infere da lição de Espínola Filho, para quem, «no caso de ter alguma das partes apresentado, lido ou comunicado, em resumo, algum documento, em desrespeito à proibição legal, é de toda conveniência que a parte contrária, lavrando o seu protesto imediato, exija a consignação na ata do incidente» (in «Código de Processo Penal», 1946, vol. IV, pág. 549).

Iniludivelmente, procedendo ao arrepio do art. 475, do Código de Processo Penal, a defesa surpreendeu a acusação.

Outrossim, ao submeter novamente à votação, o quesito concernente à necessidade dos meios empregados, sem que ocorresse qualquer contradição, o MM. Juiz a quo induziu os jurados a acolherem a tese da legítima defesa, já rejeitada, consoante a primeira votação do aludido quesito.

A teor do art. 489, do Código de Processo Penal, só se admite a renovação da votação de determinado quesito, quando a resposta a ele dada «estiver em contradição com outra ou outras já proferidas», o que, data venia, não era o caso dos autos.

A meu sentir, merecem prosperar ambos os fundamentos invocados pelo recorrente.»

Não tendo sido exibida, no instrumento, a ata de julgamento, não posso admitir como não constante dessa ata os protestos a que se refere o voto acima transcrito.

Não houve, pois, preclusão em relação às nulidades invocadas, como bem se decidiu, e o prejuízo foi corretamente alegado e admitido.

Quanto ao dissídio, o recurso não se esforçou por demonstrá-lo, deixando de fazer o confronto entre os pontos que reputa divergentes.

Por outro lado, o acórdão citado como paradigma, ao admitir que o juiz pode repetir a votação de quesito, quando entender que a resposta a qualquer deles não se coaduna com a linha de decisão já manifestada (RE 99.476-PR), não se choca com o acórdão recorrido que não nega essa possi-

bilidade, mas entendeu que, no caso, sem ocorrência de contradição, houve influência do Juiz sobre a mudança radical dos jurados, na resposta ao 7º quesito, quando da repetição injustificada.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 390 — MG — (Reg. nº 89.0009035-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Recte.: Wando Luiz da Silva. Recdo.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Advs.: Drs. Francisco Miguel Lara e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (Em 4-10-89 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Edson Vidigal, José Dantas, Flaque Scartezini e Costa Lima.

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

---

●

#### RECURSO ESPECIAL Nº 414 — SP

(Registro nº 89.9131-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Ismael Santos Silva*

Advogado: *Dr. Benedito José Dechechi*

**EMENTA:** Penal e Processual Penal. Júri. Qualificadora não constante da pronúncia. Formulação de quesito relativo a agravante; exasperação da pena. Nulidade parcial do julgamento.

Anula-se parcialmente o julgamento pelo Tribunal do Júri quando, em virtude de resposta a quesito sobre agravante que é, ao mesmo tempo, qualificadora do crime, e não foi considerada na pronúncia, há acréscimo de pena, apenas para retificá-la, de modo a não considerar o agravamento decorrente do reconhecimento da circunstância.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos e condições 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: Recorre a Justiça Pública de acórdão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que anulou o julgamento pelo Tribunal do Júri que condenou Ismael Santos Silva a 13 anos de reclusão, pela prática do delito do art. 121, IV, combinado com o art. 60, I, a, do Código Penal, invocando dissídio jurisprudencial sobre a interpretação de norma processual, fazendo alusão a acórdão do Supremo Tribunal Federal, com indicação da fonte.

A dissidência se verificou no que tange à formulação de quesito relacionado com agravante que é qualificadora do delito e não fora reconhecida na sentença de pronúncia, inclinando-se a jurisprudência dissidente, no sentido de se anular parcialmente o julgamento, para não ser considerada a agravante.

O Ministério Público, em parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República com assento nesta Turma, a Dra. Márcia Dometila Carvalho, é pelo provimento do recurso.

É como relato.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Não obstante tenha o acórdão recorrido resultado de maioria, tal decisão, para a Justiça Pública, é final, visto como os embargos infringentes, em matéria penal, é recurso privativo do réu, como está no Parágrafo Único do art. 606 do Código de Processo Penal, daí porque conheço do recurso.

O réu foi pronunciado pelo delito do art. 121, § IV, combinado com o art. 29 do Código Penal, ou seja, homicídio qualificado por cometido «à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido», em co-autoria.

Ao oferecer o libelo, a Justiça Pública adicionou ao mesmo a circunstância agravante do art. 60, II, a, do Código Penal, ou seja, haver sido o crime cometido «por motivo fútil ou torpe».

Ocorre que essa agravante, em sua dupla modalidade, constitui motivos qualificadores do delito do art. 121, como está no seu § 2º, incisos I e II, não considerados na sentença de pronúncia, como não o fora na denúncia.

Embora seja certo que as agravantes genéricas podem ser alegadas até nos debates, na sessão de julgamento, de modo a recomendar a formulação de quesitos próprios, postos à deliberação do Conselho de Sentença, não se admite quesito que diga com circunstância qualificadora do crime, ainda que descrita também como circunstância que sempre agrava a pena. É que tal se encontra contido no âmbito de competência exclusiva do Juiz da Pronúncia, como diz o art. 408, § 1º, do Código de Processo Penal.

Houve, portanto, a irregularidade na formulação de quesito específico para a agravante de motivo fútil ou torpe, constante do libelo, resultante daí um prejuízo parcial para o réu, por isso que, ao reconhecê-la, o Júri condicionou a sentença, levando o Juiz, seu presidente, a acrescer à pena-base, fixada, no mínimo, de mais um ano de reclusão.

Tal irregularidade, contudo, a teor da orientação divergente, emanada do colendo Supremo Tribunal Federal, não acarreta a nulidade do julgamento, por inteiro, senão a nulidade parcial, no limite do prejuízo, ou seja, para não ser considerado o acréscimo de pena resultante do reconhecimento, pelo Júri, de agravante que não poderia ter sido posta, dado que, constituindo também qualificadoras do delito, não fora considerada na pronúncia.

São expressivos os acórdãos divergentes, cujas ementas leio, assim como o faço em relação a voto condutor de um deles e que faz alusão ao outro, por seu resumo (lê fls. 245 a 247).

Trata-se, portanto, de erro relativo à aplicação da pena, que cabe retificar no âmbito da apelação, sem que envolva a nulidade integral do julgamento, inclusive na parte sadia do mesmo, tanto mais quando a pena-base, considerado o resultado do julgamento no que diz respeito aos termos da pronúncia, foi fixada no mínimo, para delito qualificado por outra circunstância, que não a do motivo fútil ou torpe.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso pela dissidência de interpretação da lei, para lhe dar provimento, de modo a ter por nulo parcialmente o julgamento, reduzida a pena aplicada ao réu a doze anos de reclusão, pela prática do delito pelo qual foi pronunciado.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 414 — SP — (Reg. nº 89.9131-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Ismael Santos Silva. Adv.: Dr. Benedito José Dechechi.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos e condições do voto do Sr. Ministro Relator. Em 12-9-89 — 6ª Turma.

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago (Juiz do TRF — 1ª Região — convocado), William Patterson, Carlos Thibau e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



## RECURSO ESPECIAL Nº 471 — ES

(Registro nº 89.9215-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Recorrente: *União Federal*

Recorrido: *Luiz Fruzili — Espólio*

**EMENTA:** Desapropriação. Alçada. Duplo grau de jurisdição.

I — Na desapropriação, se o valor da condenação for superior a 30 (trinta) vezes o valor da oferta, o recurso cabível é o de apelação, e não o de embargos infringentes, a teor do disposto no § 2º, do art. 1º da Lei nº 6.825/80.

II — Recurso provido.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de dezembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de recurso especial, convertido que foi de recurso extraordinário admitido em razão do acolhimento de arguição de relevância na Suprema Corte, interposto pela União Federal contra acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos do seguinte teor verbis:

«Processual civil. Desapropriação. Recurso de ofício. Lei nº 6.825/80, art. 1º, § 2º, e art. 4º.

I — Das sentenças proferidas pelos juízos federais, em causa de valor igual ou inferior a 50 ORTNs, incabível a apelação (art. 4º, da Lei 6.825/80).

II — Não comportando apelação, igualmente não há lugar para a remessa de ofício, apesar da sentença, na indenização, ter fixado valor superior a trinta vezes maior que a oferta.

III — Remessa não conhecida.» (Fl. 82).

Aduz a recorrente que o v. acórdão guerreado negou vigência ao art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.825/80, que incide mesmo nas causas de valor igual ou inferior a 50 ORTNs.

Inadmitido o apelo (fl. 93), o mesmo foi processado em razão do acolhimento da argüição de relevância (fl. 97).

Às fls. 101/102, a recorrente reiterou as razões anteriormente apresentadas.

Decorrido o prazo para contra-razões, subiram os autos ao colendo Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, ante o decidido pelo seu plenário em questão de ordem no RE nº 119.694-7, determinou a remessa dos autos a este Tribunal.

Instado, o douto Ministério Público opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Senhor Presidente, antes de adentrar no cerne da questão gostaria de fazer um esclarecimento.

Vinha decidindo, reiteradamente, que mesmo nas desapropriações onde o valor da condenação fosse superior a 30 (trinta) vezes o valor da oferta inicial, o duplo grau de jurisdição não era admissível, por entender que o disposto no § 2º, do art. 1º, da Lei nº 6.825/80, deveria ser interpretado de acordo com a norma inscrita no art. 4º, da referida norma.

Contudo, face às decisões do Pretório Excelso como também desta colenda Corte, curvo-me a elas, passando, daqui por diante, a adotá-las.

Com efeito, não há mais dúvidas quanto à aplicação, em ação de desapropriação, do disposto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.825/80, por se tratar de reexame obrigatório, enquanto o art. 4º do mesmo diploma, disciplina o cabimento de apelação, face ao valor da causa.

Neste sentido, confira-se os precedentes trazidos no parecer do *Parquet* Federal, verbis:

«Se o valor da condenação, na desapropriação, for superior a 30 vezes o valor da oferta, o recurso cabível é o de apelação, e não o de embargos infringentes para o próprio Juiz, em face do disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 6.825/80, e justificando-se a submissão da sentença ao recurso ex officio. A norma especial, específica para as desapropriações, prevalece ante a regra geral do art. 4º da mesma lei» (RE 115.049-1-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, 2ª T., unânime, in *DJ* de 16-9-88, pág. 23317).

«Serão cabíveis recurso de ofício e apelação, sempre que o desapropriante for condenado em quantia superior a trinta vezes o va-

lor da oferta, sem levar-se em consideração o valor da causa» (RE 115.335-1-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª T., unânime, in *DJ* de 22-4-88, pág. 9089).

«O recurso de ofício é imperioso nos feitos da espécie, quando a indenização for fixada pela sentença em valor superior a 30 vezes a oferta inicial (art. 1º, § 2º). A apelação, todavia, só terá cabimento quando o valor da causa for superior a 50 ORTNs. Embargos infringentes nas causas de alçada (art. 4º). Interpostos embargos infringentes contra sentença sujeita a duplo grau obrigatório, serão eles apreciados e julgados pelo Tribunal a que incumbir o reexame necessário» (in *DJ* de 23-10-89, pág. 16197).» (Relator Min. Ilmar Galvão, 2ª Turma).

Saliento, ainda, que esta colenda 1ª Turma, na sessão do dia 6 de novembro do corrente ano (1989), ao apreciar o Recurso Especial nº 1.171-SP (89.11125-6), cujo relator foi o eminente Ministro Armando Rollemberg, decidiu matéria idêntica.

Destarte, por adotar a orientação no sentido de que na ação de desapropriação, independentemente do valor da causa, será inarredável a remessa oficial, desde que o valor da condenação ultrapasse 30 (trinta) vezes o valor da oferta inicial, dou provimento ao recurso e determino o reexame da sentença de primeiro grau pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

É o meu voto.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente: Entendo que, em desapropriação, sempre deve haver um duplo grau de jurisdição, porque o que predomina é matéria constitucional. Em qualquer ação de desapropriação o que se discute é o justo preço e este é garantido pela Constituição.

Acompanho o eminente Ministro Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 471 — ES — (Reg. nº 89.9215-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Geraldo Sobral. Recte.: União Federal. Recdo.: Luiz Fruzili — Espólio.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (Em 13-12-89 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros José de Jesus, Garcia Vieira, Armando Rollemberg e Pedro Acioli participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

## RECURSO ESPECIAL Nº 495 — RJ

(Registro nº 89.0009254-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*.

Recorrente: *Ferrometais Colombo Com. e Ind. Ltda.*

Recorrido: *Município do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. José Gonçalves e outro e Alcir da Silva*

**EMENTA:** Desapropriação. Aposseamento sem indenização. Atualização da justa indenização.

Inocorrência de julgamento ultra petita do v. acórdão que mandou pagar a indenização. Decorridos mais de trinta e três anos do apossamento indevido da propriedade, a prevalência de indenização meramente simbólica seria legitimar o dano, desconhecer a obrigação de indenizar e consagrar a injustiça. O Direito é muito maior do que a lei e seu objetivo deve ser sempre a realização da justiça.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 5 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Ferrometais Colombo Com. e Ind. Ltda., interpõe Recurso Extraordinário (fls. 220/231), fundado nas alíneas *a* e *d* do art. 119, III, da Constituição, aduzindo haver, com o Município do Rio de Janeiro, composto em torno do valor de CZ\$ 294.868,00, em 8-10-1956, correspondente à indenização por expropriação parcial, havendo fundamentado a inicial da ação no art. 153, § 22, da Constituição, nos arts. 159, 865 e 964 do Cód. Civil, logrando êxito na primeira instância, quanto ao pagamento da indenização e a correção monetária.

Entende violados os artigos 153, §§ 2º e 22, o artigo 107 da Constituição e os arts. 159, 964, 865, 1.541 e 1.543 do Código Civil.

Indicou divergentes os Acórdãos de fls. 62/68 e de fls. 213/215.

Impugnação de Recurso Extraordinário, às fls. 250/251, alegando, em síntese, que se pretende a reapreciação da matéria de fato — fixação do quantum indenizatório.

Por outro lado, entende que o Recorrente almeja a modificação da causa petendi, contrariando disposto no Código de Processo Civil, no art. 282, IV.

Decisão do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (fls. 258/260), negando seguimento ao Recurso.

Agravo de Instrumento interposto (autos em apenso) recebeu decisão mandando subir o Extraordinário, fl. 219 do Apenso, comunicação à fl. 266.

Razões do Recorrido às fls. 269/273, alegando o não prequestionamento das matérias, indicando as Súmulas 282 e 356 do STF e a Súmula 400 e, requerendo o não conhecimento do recurso interposto ou que lhe seja negado provimento.

Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça, fls. 275/281, constando que «a expropriada pediu a condenação do expropriante em quantia certa, acrescida de juros e demais cominações legais, ligados ao princípio da sucumbência, não pode pretender a condenação em valor superior, sob pena de violar-se o princípio da adstrição do juiz à vontade das partes e negar-se vigência ao art. 128, do Código de Processo Civil.» Concluindo pelo pedido do não conhecimento do recurso que, acaso conhecido, não merece provimento.

A Subprocuradoria-Geral da República ofereceu Parecer às fls. 287/289, pela aplicação do decidido no RE nº 111.609 — DJ de 5-5-89, pág. 7163.

À fl. 292, despacho do Exmo. Sr. Min. Rel. Francisco Rezek, determinando a remessa dos autos a este Superior Tribunal de Justiça, para julgamento da parte que se converteu em recurso especial e, posteriormente, de resolução dos autos.

Parecer de fls. 295/297 da Subprocuradoria-Geral da República, evidenciando que «as questões de natureza legal agitadas no recurso absolutamente não foram objeto de qualquer discussão, seja no julgamento dos embargos infringentes (fls. 206/207), seja no acórdão que decidiu os embargos de declaração (fl. 218)».

Expõe que o acórdão hostilizado (fl. 218) não negou que os embargos de declaração possam ter efeitos modificativos, não emergindo «nenhuma divergência entre o acórdão recorrido e aquele trazido para confronto (fls. 232/234)» e conclui pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: — Aponta a recorrente, como violados, os artigos 159, 964, 865, 1.541 e 1.543, todos do Código Civil e os artigos 535 — I, e 460 do Código de Processo Civil (fl. 231) e indica, como divergentes, os acórdãos de fls. 62/68 (com demonstração analítica de fls. 21/23), o de fls. 213/215 e os de fls. 232/248.

Na inicial de fls. 2/31, a recorrente invocou, expressamente, todos estes dispositivos do Código Civil (fls. 2, 14, 16, 22 e 24), alegando ter o Município do Rio de Janeiro causado-lhe prejuízo com o apossamento de sua propriedade, sem qualquer indenização, ser o Município obrigado a restituir à recorrente a importância equivalente ao valor de sua propriedade ocupada irregularmente. Como se vê, o pedido se fundamenta neles e desde o início houve o prequestionamento.

A nosso ver, houve também a divergência com os acórdãos de fls. 62/68, 213/215 e 232/248.

Há trinta e três anos, o Município do Rio de Janeiro ocupou a propriedade do recorrente e até hoje não o indenizou pela quantia equivalente à propriedade irregularmente ocupada. Em 18 de outubro de 1956, firmara um acordo para a expropriação amigável, baseado em avaliação extrajudicial, no valor de Cr\$ 294.868,00 (duzentos e noventa e quatro mil, oitocentos e sessenta e oito cruzeiros velhos), chegando a ser expedido o empenho (docs. de fls. 38/49-A), mas até hoje, nenhum pagamento se fez à recorrente. Esperou a autora, durante vinte e quatro anos, pelo pagamento do justo preço por sua propriedade e, em 1980, ajuizou a ação de desapropriação indireta fundada nos artigos 107 e 153, § 22, da Constituição Federal anterior e nos artigos 159, 964, 865, 1.541 e 1.543 do Código Civil, pleiteando a indenização justa e a condenação do Município a pagar-lhe «aquela quantia original que, em 1956, equivalia a Cr\$ 294.868,00, corrigida monetariamente...» (fl. 28).

A pedido do réu, foi realizada a perícia e o perito oficial (laudo de fls. 112/116) avaliou a propriedade em Cr\$ 23.346.647,00 e esclareceu que, a importância de Cr\$ 294.868,00, devidamente corrigida, até a data da perícia, correspondia a Cr\$ 1.287.590,26. Na audiência (fl. 125), pediu a recorrente fosse a indenização fixada de acordo com o valor encontrado pelo perito do Juízo e o réu que fosse adotado o valor encontrado por seu assistente técnico (laudo de fls. 121/122), de Cr\$ 5.993.000,00, valor este bem superior àquele objeto do acordo realizado há 26 anos antes. O MM. Julgador de 1º grau fixou a indenização em Cr\$ 294.868,00 por entender que era este o pedido e não poderia julgar ultra petita (fls. 127/132) e mandou corrigi-la de acordo com os índices oficiais. A autora entrou com embargos declaratórios porque no período de 18 de setembro de 1957 (data do acordo e do laudo extrajudicial) até a instituição dos índices oficiais, deve incidir a variação dos preços por atacado. Era só este o objeto dos embargos, mas o

jugador monocrático, indo além do que lhe era lícito fazer, determinou a incidência dos índices de variação dos preços por atacado a partir de 1º de janeiro de 1961 até a data que surgiram os índices oficiais, quando o certo seria a sua incidência a partir de 18 de setembro de 1957. Houve a modificação para pior, com evidente prejuízo para o recorrente e isto não era possível, simplesmente porque isto não era e não poderia ser objeto dos embargos. Na apelação (fls. 119/144), pediu a nulidade da sentença proferida nos embargos, a reforma da sentença e a condenação do réu na indenização justa. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento integral à apelação para fixar a indenização de acordo com o valor encontrado pelo perito oficial (fls. 176/180). Nos embargos infringentes (fls. 182/186), foi restabelecida a sentença, sob o fundamento de ter havido julgamento ultra petita (fls. 206/207).

Pediu a recorrente fosse o réu condenado em quantia que, na data do ajuizamento (8-12-80), correspondesse aos Cr\$ 294.868,00 em 1956. Se esta importância, em 1956, representaria a indenização justa, a importância a ser fixada na sentença deveria ser também correspondente ao valor da propriedade, na data da perícia judicial.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 495 — RJ — (Reg. nº 89.0009254-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Ferrometais Colombo Com. e Ind. Ltda. Recdo.: Município do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. José Gonçalves e outro, Alcir da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator. (1ª Turma: 5-2-90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli, Geraldo Sobral e José de Jesus. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 496 — RJ

(Registro nº 89.0009255-3)

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

Recorrente: *T. Bone Steak Restaurante Ltda.*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Maria José Cardoso Lemos, outro e José Roberto P. Compasso*

**EMENTA:** Tributário. ICM. Elaboração, preparo e fornecimento de alimentação e bebidas.

O Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro (Dec.-Lei 5/75), no inciso I do seu art. 14, estabelece que o ICM incidirá sobre o valor da operação de que decorrer a saída de mercadoria, norma que tanto atinge a mercadoria vendida simplesmente, como aquela na qual, como ocorre com o fornecimento de refeições, se compreendem não somente os produtos utilizados para sua feitura mas também o trabalho efetuado para tal fim, com o que decisão considerando devido o tributo em tal caso não conflita com a Súmula 574 do STF e nem diverge de acórdão do mesmo Tribunal. 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, 5 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A sentença, em seu relatório, expôs, com precisão, a matéria discutida nos autos. Ei-lo:

«1.1 Vistos estes autos de mandado de segurança, impetrado por T. Bone Restaurante Ltda., nas pessoas de seus representantes legais, em face do Sr. Chefe da 12ª Inspetoria Regional do Estado do Rio de Janeiro, alegando, em resumo, ser contribuinte compulsório do ICM, contudo, exerce prestação de serviços que consistem na elaboração, preparo e fornecimento de alimentação e bebidas, que são consumidas no próprio local em que são elaboradas, preparadas e fornecidas, portanto, a seu ver não ocorre a saída da mercadoria do estabelecimento, onde se completa o ciclo econômico, sendo exigido pagamento do ICM, após a vigência da Lei Complementar nº 34/67 e Decreto-Lei nº 406/68, não compreendendo, porém, a expressão saída de mercadoria e fornecimento de alimentação e bebidas na própria casa comercial, estando ferido seu direito líquido e certo com tal cobrança, daí requerer esta prestação jurisdicional, visando a liberar-se da exigência fiscal, consideradas nulas e sem eficácia quaisquer inscrições na dívida ativa decorrentes do



não recolhimento do ICM incidente sobre as operações de fornecimento de alimentos e bebidas consumidas no próprio local, atividades inerentes ao seu objeto social.

Anexa documentos às fls. 14/25.

1.2 As informações da autoridade impetrada vêm às fls. 28/38, com as cópias de fls. 39/56, esclarecendo que o novo Sistema Legislativo determina a incidência do ICM sobre as atividades previstas, taxativamente, no anexo do Decreto-Lei nº 834/69, sendo da competência estadual a cobrança, mesmo quando as operações se assemelham às listadas, pois não é possível prever todas as hipóteses para a definição da base de cálculo, pois o valor sobre o qual recai o ICM é o valor de operação, determinando-se a base de imposição do ICM em função do valor recebido pelo contribuinte e não em razão da natureza do produto fornecido, como determina o art. 97, do CTN, e que, quanto ao fornecimento de alimentação, prevalecem as regras que tornam estanques as operações sujeitas ao tributo estadual ou ao imposto municipal, ou seja, nos serviços relacionados, incida o ISS, ainda que ocorra o fornecimento de mercadorias e nas demais operações não indicadas na Lista de Serviços Taxativa, é devido o ICM sobre o valor total da operação não se levando em conta a prestação de serviços para fins de redução de base de cálculo do ICM. A seguir, expondo, com clareza, sua tese, afirma esperar a denegação da ordem.

1.3 Deferida a liminar à fl. 57, com ofício para a autoridade coatora à fl. 58.

1.4 Às fls. 60/70, pronuncia-se a Douta Procuradoria do Estado, em judicioso arrazoado, demonstrando o cabimento da cobrança do ICM na hipótese dos autos, com base na legislação específica e na jurisprudência, requer a denegação da segurança.

1.5 O Ilustre Representante do Ministério Público, à fl. 71, manifestando sua concordância com as razões da Douta Procuradoria do Estado, opina pela denegação da segurança.»

Na decisão que, a seguir, proferiu, o Dr. Juiz denegou o mandado de segurança, vindo tal julgamento a ser confirmado pela Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão cujos fundamentos foram assim resumidos na respectiva ementa:

«ICM. Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares. Base de cálculo. Decreto-Lei 5/75 do Estado do Rio de Janeiro.

1. Havendo lei estadual que estabeleça a cobrança de ICM sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares, legítima é a sua cobrança (art. 4º, III, CTERJ).

2. O valor da operação para base do cálculo é o quantum representado pela nota de fornecimento (art. 14, CTERJ).

Sentença mantida.»

Inconformada, a impetrante interpôs recurso extraordinário alegando que o julgado recorrido contrariara o art. 97, inciso IV, do CTN, julgara válida lei de governo local contestada em face de lei federal, e dera a esta última interpretação divergente daquela emprestada pelo Supremo Tribunal Federal.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido e processado, sendo remetido a este Tribunal em face de sua transformação em especial.

É o relatório.

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator):  
Das argüições feitas pela recorrente as que terão que ser consideradas neste julgamento são as de violação da Súmula 574 do Supremo Tribunal Federal e divergência do julgado com acórdão desse Tribunal.

Reza a Súmula 574 do STF:

«Sem lei estadual que a estabeleça, é ilegítima a cobrança do Imposto de Circulação de Mercadorias sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurante ou estabelecimento similar.»

Decidiram, de sua vez, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, nos inúmeros acórdãos trazidos à colação que, para cobrança do ICM sobre fornecimento de alimentação, bebidas e similares em restaurantes e bares, é necessário que conste de lei local a definição da base de cálculo do ICM.

Ora, o venerando acórdão recorrido acentuou que o Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro (Dec.-Lei 5/75), no seu art. 4º, estabelece ser fato gerador do ICM «o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafês e estabelecimentos similares», e que, o art. 14 da mesma lei dispõe ser a base de cálculo do imposto o «valor da operação de que decorre a saída da mercadoria».

Como argumentou o Estado do Rio de Janeiro na impugnação ao recurso, o Código Tributário Estadual, Decreto-Lei 5/75, no art. 14, inciso I, estabeleceu que o ICM incidirá sobre «o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria», norma que tanto atinge a mercadoria vendida simplesmente, como aquela na qual, como ocorre com o fornecimento de refeições, se compreendem não somente os produtos utilizados para sua feitura mas também o trabalho efetuado para tal fim.

Não há, assim, a divergência apontada.

Nego provimento ao recurso.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 496 — RJ — (Reg. nº 89.0009255-3) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recte.: T. Bone Steak Restaurante Ltda. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. Maria José Cardoso Lemos, outro e José Roberto P. Compasso.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. Sustentação oral: Dr. Hélio Doyle, pelo recorrente. (Em 5-2-90 — 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 Nº 514 — SP

(Registro nº 89.0009367-3)

Relator Originário: *O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Relator p/Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Ivaneide Alves Bezerra*

Recorridos: *Adda Tognini e outros*

Advogados: *Drs. Elcio Pedroso Teixeira e outro, Arnaldo Bilton*

**EMENTA:** Processo Civil. Honorários. Correção monetária. Início da incidência. Critérios.

Se a decisão a quo foi explícita em afirmar que a correção incidiria desde o ajuizamento, na hipótese de arbitramento em percentual sobre o valor da causa, deve-se respeitar esse critério, que pode não ser o melhor, mas foi, certamente, o que pareceu mais razoável ao julgador no caso concreto, podendo-se impugná-lo apenas em relação ao montante da verba, se excessiva ou insuficiente.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator p/acórdão.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: O despacho que admitiu o recurso especial guarda o seguinte teor:

«O venerando acórdão de fls. 197/198, complementado pelo de fl. 205, no que ora interessa, manteve a respeitável sentença que julgou procedente esta ação ordinária de despejo, fixando a atualização da verba honorária a partir do ajuizamento da ação.

Interpõe a vencida recurso especial fundamentado no artigo 105, III, letra c, da Constituição Federal, alegando contrariedade com julgados da Suprema Corte, na medida em que fixou como termo inicial da correção monetária dos honorários advocatícios e data da propositura da ação e não a da prolação da respeitável sentença, pois a partir desta é que nasceria a obrigação e argüindo a relevância da questão federal.

Recurso processado, colhendo-se impugnação às fls. 214/216.

Anote-se, preliminarmente, que a despeito da instalação do Colendo Superior Tribunal de Justiça em 7 de abril do corrente ano, insuficientes são os elementos normativos para apreciação do recurso especial interposto nos casos previstos no artigo 105, III, alíneas a, b e c da Constituição Federal, razão pela qual esta Presidência procederá ao seu exame à luz das normas pertinentes ao recurso extraordinário, como previsto no artigo 24, parágrafo único do Ato Regimental nº 1/89 daquele Tribunal.

Merece prosperar a irrisignação extrema.

Com efeito, o venerando acórdão proferido em sede de embargos de declaração esclarece que a respeitável sentença fica mantida no sentido da atualização da verba honorária desde a propositura da ação, pois esta e a fixação do valor da causa foram contemporâneas. Assim decidindo, referido acórdão divergiu das decisões trazidas à colação pela recorrente, que entenderam que a correção monetária deve incidir a partir da data em que foi fixada aquela verba.

Isto posto, configurada a hipótese de cabimento prevista no artigo 105, III, letra c, da Constituição Federal, defiro o presente recurso especial.

No concernente à argüição de relevância, a Suprema Corte já decidiu questão de ordem submetida ao Plenário pelo Ministro Relator Moreira Alves, relativa ao RE 117.870-1, que «está ela prejudicada com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, e com o exaurimento da competência do Supremo Tribunal Federal, com base no ordenamento constitucional precedente (artigo 27, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), porque a atual Constituição não mais admite as restrições que a ela davam margem quer quanto ao recurso extraordinário, quer quanto ao recurso es-

pecial» (cf. RE 117.870-1 — RS — Relator Ministro Moreira Alves — J. 26-4-89 — DJ de 5-5-89, pág. 7164, cujo voto foi transcrito no RE 117.307 — SP — J. 27-4-89 — DJ de 5-5-89, pág. 7167).

É certo que a Suprema corte na questão de ordem relativa aos recursos acima mencionados, tem admitido o desdobramento da matéria infraconstitucional contida no capítulo da argüição de relevância, em recurso especial.

Todavia, na hipótese, incabível tal desdobramento, uma vez que a recorrente já interpôs recurso especial alegando a mesma matéria.

Fica, portanto, prejudicada a argüição de relevância.»

Com as razões de fls. 221 a 227 e contra-razões de fls. 230 a 231, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

#### VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A matéria objeto do recurso diz respeito sobre o termo inicial da correção monetária em honorários advocatícios.

O dissídio jurisprudencial acha-se demonstrado, pois enquanto o acórdão recorrido manteve a sentença de 1ª instância, que condenou o réu ao pagamento da verba honorária em 15% sobre o valor da causa atualizado desde o ajuizamento da lide, os arestos trazidos como paradigmas entendem de forma contrária, ou seja, a atualização da verba honorária deve ser feita no instante do seu efetivo pagamento, levando-se em conta, como ponto de partida, a data da condenação.

É a data da condenação, e não, a do ajuizamento da lide o ponto de partida para atualização dos honorários advocatícios, conforme demonstrado na petição do recorrente, onde cita vários precedentes do Supremo Tribunal, consoante se lê:

«*Honorários de advogado*. Termo inicial da correção monetária.

Esta Corte já firmou o entendimento de que os honorários de advogado, que foram fixados no momento da condenação, em valor certo (seja em quantia determinada, seja em valor dependente de mera operação aritmética, como, por exemplo, 10% do valor atribuído à causa), deverão ser atualizados, no instante de seu efetivo pagamento, tomando-se por ponto de partida, para essa correção, data em que foram fixados. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF — 1ª T.; RE nº 115.968-5-MG; Rel. Ministro Moreira Alves; J. 15-4-88; v.u.)»

«A correção monetária somente incide a partir da fixação dos honorários de advogado pela sentença condenatória».

RE nº 109.118-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Rezek. («RTJ» 122/360)

.....  
«Honorários de advogado. Valor certo. Correção monetária. Termo inicial. Lei nº 6.899/81.

Os honorários de advogado, estipulados em percentual sobre o valor da causa, estão sujeitos à correção monetária a partir da data em que foram fixados.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.»

RE nº 108.412-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Rafael Mayer. («RTJ» 117/1337)

.....  
«A atualização monetária dos honorários advocatícios, cujo valor será apurado de acordo com o percentual estabelecido em relação ao valor atribuído à causa, somente feita a partir da data da condenação.»

RE nº 11.009-1 — SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Carlos Madeira. Ac. de 15-5-1987, Arquivo do E. STF, DJ 29-5-1987 — Ementário Forense, março, 1988, nº 472.

.....  
«Incide correção monetária em honorários advocatícios a partir da data em que foram fixados, e não a contar do ajuizamento da ação.»

RE nº 112.797-0 — SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Djaci Falcão, Ac. de 8-5-1987, Arquivo do E. STF, DJ de 29-5-87 — Ement. Forense, março, 1988, nº 472.»

De notar, ademais, que no RE 108.412 o eminente Ministro Rafael Mayer assim explicitou em seu voto:

«Com efeito, do momento em que se fixa o quantitativo da verba honorária é que se pode dizer, quanto a esse item, que exsurge um débito resultante de decisão judicial, nos precisos termos do art. 1º da Lei nº 6.899/81, que explicitamente cataloga, entre tais débitos, os honorários de advogado.

O correto, portanto, é estabelecer que o termo inicial da correção monetária da verba honorária é o da data da sentença que julgou improcedente a ação, fixando-lhe o valor.»

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para que a correção monetária na verba honorária tenha como ponto de partida a data em que foram fixados na condenação.

É o meu voto.

## VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, é meu entendimento que o arbitramento de honorários advocatícios em razão de sucumbência há de guardar relação, antes de tudo, íntima relação com o valor da causa, único referencial concreto e seguro porquanto, à falta de impugnações ou em face da respectiva decisão, já não comporta revisão; enquanto, por outro lado, fornece algum critério objetivo ao julgador.

O juiz, ao julgar procedente a demanda, deve condenar o vencido a honorários segundo o art. 20, § 2º do Código de Processo Civil, pois, a não ser assim, a tutela do direito do autor, embora vitoriosa, seria sempre parcial, incompleto.

Para tanto, levará em consideração vários critérios que a lei recomenda, observando, também, os limites mínimo e máximo, respectivamente, de 10% e 20% do valor da causa (art. 20, citado, § 3º).

2. Como se vê, o Código não reflete preocupação com a questão emergente destes autos (como também de numerosos outros), concernente à atualização do valor da verba honorária. Evita porque, quando de sua promulgação, o processo inflacionário brasileiro não exibia os índices alarmantes de hoje.

3. A Lei 6.899, de 8-4-81, em face da nova realidade social, dispõe:

«Art. 1º A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios».

Quanto às execuções de títulos de dívida certa e líquida, prossegue o invocado preceito.

«§ 1º Nas execuções de títulos de dívida líquida e certa, a correção será calculada a contar do respectivo vencimento».

Mas, no § 2º, esclarece a lei:

«§ 2º Nos demais casos, o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação».

4. Sendo assim, o percentual adotado pela sentença haverá de sujeitar-se à mesma operação aritmética a aplicar para o cálculo do valor atualizado da causa, para efeito de liquidação, quando menos, da verba honorária.

5. Esta orientação interpretativa, no entanto, foi explicitamente repudiada pelos precedentes referidos pelo Sr. Ministro Fontes de Alencar, em seu d. voto.

Tenho para mim, portanto, que o conhecimento do recurso é imposição da claríssima discrepância que corre entre os critérios empregados em cada uma das decisões em conjunto.

Conheço assim do recurso, mas com a devida vênia do eminente Ministro Relator, nego-lhe provimento, por entender que a decisão que determina

a fluência da correção monetária dos honorários somente a partir da sentença, apesar de sumamente técnica, está em desconformidade com os ditames da Lei 6.899, de 8-4-81.

É como voto.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Pedindo vênua ao eminente Relator, vou dele divergir, uma vez que tenho ponto de vista já firmado na matéria, externado em mais de uma vez nos tribunais de Justiça e de alçada de Minas Gerais, nos quais servi antes de ascender a esta Corte Superior de Justiça.

Tenho entendido que, excetuados os casos em que a lei impõe um critério, a exemplo do que ocorre na hipótese do § 3º do art. 20, CPC, em se tratando de sentenças condenatórias, o magistrado pode adotar qualquer critério que reputar justo e capaz de preencher as finalidades do instituto, sendo importante, no entanto, em face do regime inflacionário em que nos encontramos, que explicito o momento inicial da incidência da correção monetária, para evitar, sobretudo, o manejo de futuros embargos declaratórios e eventuais incidentes posteriores, muito freqüentes na espécie.

Tenho igualmente entendido que, não tendo havido explicitação, mesmo na via de embargos declaratórios, é de admitir-se como marco inicial o momento da decisão que impõe a condenação na verba honorária, uma vez que então é que surgiu a sucumbência, critério na qual se fundam os honorários, assim se entendendo até mesmo quando a verba é arbitrária tomando por base o valor da causa, por não se poder adivinhar o pensamento do julgador. Em suma, tomo um critério objetivo na ausência de explicitação, a saber, o momento em que surgiu a sucumbência.

In casu, como se vê dos autos, não houve a omissão. Ao contrário, a r. sentença foi explícita e o Tribunal de origem a confirmou, chegando a explicitar a matéria quando provocado em embargos declaratórios.

Destarte, dentro dessa moldura, o que se poderia argüir seria que o critério não foi justo nem razoável, alegando-se que a verba arbitrada teria sido baixa ou elevada. Mas não, a meu juízo, impugnar-se a legalidade do critério, que é matéria, salvo nos casos excepcionados em lei, repita-se, da livre aferição e descortino do julgador.

Em síntese e em conclusão, se não tivesse havido explicitação, a Turma Julgadora, em se tratando de honorários sobre o valor da causa, poderia optar por um dos critérios, a saber:

- a) incidência da correção a partir do «fato gerador», ou seja, da decisão, quando se dá a sucumbência;
- b) incidência a partir do ajuizamento, quando esse valor foi dado;
- c) incidência a partir do trânsito em julgado, como desejam alguns.



*Em tese, a exemplo do em. Relator, que inclusive traz à colação o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a abonar-lhe o entendimento (RTJ 122/360, 117/1.337 e ainda RREE 115.968, j. 15-4-88, 111.009, DJ de 29-5-87, j. em 15-5-87, 112.797, j. em 8-5-87, DJ de 29-5-87, 108.412, relator Min. Rafael Mayer, também me inclino pela primeira das três correntes. Quando não há explicitação, a correção deve incidir a partir da data da decisão.*

No caso concreto, entretanto, houve explicitação, optando expressamente a instância ordinária pela incidência a partir do ajuizamento, critério que se me afigura perfeitamente válido, legítimo.

Em face do exposto, com renovada vênia, não conheço do recurso, não tendo por configurado o dissídio, haja vista a diversidade de situações.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: O recurso é baseado somente na divergência jurisprudencial?

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Pela letra c.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo suscita a questão de que os precedentes não se afeioariam adequadamente.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Sr. Presidente, data vênia de S. Exa., entendo que há uma divergência gritante. Conheço do recurso e lhe dou provimento.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: A divergência é com precedente do Supremo Tribunal?

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Com precedente do Supremo.

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, a ação foi julgada procedente ou improcedente?

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Procedentes com honorários arbitrados de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, a partir do ajuizamento da causa. Esse foi o teor do julgado.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O Tribunal manteve, em grau de apelação, a sentença por seus fundamentos. Entendeu a parte vencida que o acórdão era omissivo, porque não examinara, não detalhara.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: E a parte vencida pretende que os honorários sejam corrigidos só a partir da condenação?

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O Tribunal, em embargos de declaração, entendeu de aclarar a sua decisão, dizendo como a sentença havia decidido: a contemporaneidade do valor atribuído à causa e da condenação.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: O Sr. Ministro Relator mantém o seu entendimento de conhecer. E o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo?

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Entendo que os paradigmas não são semelhantes, data venia, pelo que não conheço.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, perfilho o entendimento do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo.

Adotou-se in casu um critério específico para adequar a fixação da verba honorária em relação ao valor da causa, que, ao que tudo indica, já estaria defasado em face da corrosão da moeda. Daí ter a Turma Julgadora retroagido o termo inicial da correção monetária para a época do ajuizamento.

Cuida-se, pois, como dito, de um critério particular, próprio, para a espécie dos autos.

Nessa hipótese, não ocorre um conflito de teses. As situações encontradas no caso concreto e no aresto paradigma são díspares.

Por este motivo, não conheço do recurso.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, em matéria de fixação de honorários de advogado, a lei concede uma grande margem de arbítrio e discricão ao magistrado.

No art. 20 do CPC é dito expressamente que os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos os parâmetros que esta mesma norma prevê em seu parágrafo terceiro.

De outra parte, temos os casos em que não há condenação, em que a sentença seja, por exemplo, meramente declaratória, ou constitutiva, ou, como no caso dos autos, uma sentença executiva lato sensu, de procedência de despejo. Nesses casos, o Código outorga, ainda, uma maior amplitude de discricão ao magistrado, porque dispõe que os honorários serão fixados «consoante a apreciação equitativa do juiz», atendidos aqueles parâmetros que a lei, anteriormente, mencionara.

Uma das formas mais usuais dos juízes fixarem honorários advocatícios é com base em percentual sobre o valor da causa. Ponho de lado a lei da correção monetária, porque, parece-me que diante da jurisprudência, decorrente da situação inflacionária, sequer seria necessário invocar as normas da Lei nº 6.899/81. O valor da causa, como bem referiu o eminente Presidente, não deverá ser aquele valor nominal fixado dois, três, cinco ou dez anos antes, sob pena de cairmos num mais absoluto irrealismo. Impen-

de traduzir os valores, dados há três, quatro, cinco ou dez anos atrás, para a realidade monetária atual. Sempre que o juiz fixa honorários sobre o valor da causa, deve-se ponderar o valor da causa *devidamente atualizado*, porque este é o verdadeiro valor da causa, nos dias de hoje, e não mais aquele fixado em tempos de antanho. O juiz pode, também, fixar o valor da causa em uma importância fixa. Ai, o Juiz estará tomando em consideração as condições sócio-econômicas do momento da sentença, e pois a correção correrá daquele momento em diante.

Em caso de fixação de honorários de advogado, há que se considerar caso a caso. Por isso, vejo dificuldades em encontrar uma questão federal que autorize o conhecimento do recurso por este Tribunal.

Para letra *a*, em tese, não caberá o apelo.

Quanto à letra *c*, compreendo, perfeitamente, o posicionamento do eminente Presidente. Fato é, todavia, que as ementas, os arestos do Pretório Excelso, como também os nossos e os de outros Tribunais têm de ser analisados à luz daquele caso concreto, para o qual foram redigidos. Não sei se nesses casos, ou no caso paradigma mencionado pelo eminente Ministro Relator, ocorreu aquela circunstância de o magistrado haver fixado os honorários em percentual sobre o valor da causa, expressamente declarando que haveria a retroação da correção ao dia do ajuizamento. Encontro, pois, dificuldade em afirmar, peremptoriamente, a divergência de jurisprudência.

Nestes termos, com a vênia dos eminentes Colegas, devo, em princípio, ficar, nas conclusões, com o voto do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, não conhecendo do recurso. Quanto à fundamentação, entretanto, aceito a do eminente Presidente, atento às verdades patrimoniais e às realidades da vida.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 514 — SP — (Reg. nº 89.0009367-3) — Rel.: originário: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Rel. p/acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Ivaneide Alves Bezerra. Recdo.: Adda Tognini e Outros. Advs.: Drs. Elcio Pedroso Teixeira e Outro e Arnaldo Bilton.

Decisão: A Turma, por maioria, não conheceu do recurso, (4ª Turma — 5-9-89), vencidos os Srs. Ministros Relator e Bueno de Souza.

Votaram, além dos citados, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

## RECURSO ESPECIAL Nº 556 — SP

(Registro nº 89.0009703-2)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Banco do Brasil S.A.*

Recorrido: *Evanil Maria de Souza*

Advogados: *Drs. João Cândido Machado de Magalhães e outros e Fábio Saboya Salles*

**EMENTA:** Processual Civil. Embargos de terceiro. Contrato de promessa de compra e venda não inscrito no registro de imóvel. Posse. Execução. Art. 1.046, do CPC.

I — Inexistente fraude, encontrando-se a recorrida na posse mansa e pacífica do imóvel desde 1968, esta legítimada, na qualidade de possuidora, a opor embargos de terceiro, com base em contrato de promessa de compra e venda não inscrito no Registro de Imóvel, para pleitear a exclusão do bem, objeto da penhora no processo de execução, onde não era parte, a teor do art. 1.046, § 1º, do CPC.

II — Recurso conhecido pela letra d, da Constituição Federal anterior, a que se nega provimento.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso pelo dissídio com a Súmula 621, do Supremo Tribunal Federal, e lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: O eminente Presidente do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo sumariou a controvérsia nestes termos (fls. 235/236):

«Cuida-se de embargos de terceiro, em ação de execução, opostos por mulher casada, objetivando liberar de constrição judicial parte ideal de imóvel, julgados procedentes pela r. sentença (fls. 115/123).

Sobreveio apelo do vencido e a Egrégia Sétima Câmara, por maioria de votos, afastou a preliminar de intempestividade e negou-lhe provimento (fls. 188/195).

Interpostos embargos infringentes, por votação majoritária, restaram rejeitados a preliminar de intempestividade e o recurso (fls. 209/216).

Pretende a abertura da via extraordinária o Banco do Brasil S.A. com suporte no artigo 119, inciso III, letras *a* e *d*, da Constituição da República. Sustenta ocorrer negativa de vigência aos artigos 530, 533 e 860, parágrafo único, do Código Civil, 1.048 do Código de Processo Civil. Aponta divergência com a Súmula 621. Pugna pela intempestividade dos embargos de terceiro, por ser ação autônoma, cujo objetivo é desconstituir título extrajudicial e, sendo decadencial o prazo para sua propositura, não pode a superveniência das férias forenses interrompê-lo. Afirma ser irrelevante, in casu, a posse da embargante, porque embora anterior à execução o compromisso de compra e venda sem registro, não pode ser excluído da penhora. Como denotados da divergência jurisprudencial, transcreve trechos dos julgados grafados in RTJS 89/291, 104.239, 118/782, 97/1.390, 89/285 e 102/232. *Argúi relevância da questão federal.*

Publicado o aviso, transcorreu in albis o prazo para impugnação (fl. 234)».

O RE foi admitido pelo pressuposto da alínea *d*, do permissivo constitucional, observando-se quanto à arguição de relevância o disposto no art. 328, § 1º, do RISTF.

Intimadas as partes, somente o recorrente apresentou suas razões (fls. 238/253).

Subiram os autos ao Colendo Supremo Tribunal Federal, onde o Exmo. Senhor Ministro Octávio Gallotti, face à instalação desta Corte, por despacho, converteu o recurso ipso jure, em especial, por ser matéria infraconstitucional, negando-lhe seguimento, dispensado, assim, o exame da arguição de relevância e ordenando a remessa do processo a este Superior Tribunal de Justiça (fl. 263).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): A 7ª Câmara do Colendo Tribunal de Alçada Civil, no ponto concernente ao recurso, decidiu a controvérsia nos seguintes termos (fls. 188/191):

«De acordo com a Súmula nº 621, do Colendo Supremo Tribunal, não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no Registro de Imóveis».

Contudo, como já teve oportunidade de decidir a Egrégia 1ª Câmara deste Tribunal, por votação unânime, nos autos da Apelação Cível nº 338.469, da Comarca de Guarulhos, a simples circunstância de não estar registrado o instrumento, por si só, não afasta o acolhimento dos embargos, havendo que se indagar das particularidades de cada caso:

«Não se pode afirmar que só pela falta de registro o negócio celebrado seja inexistente, ineficaz ou fraudulento, havendo circunstâncias confirmadas que dão por legítimo e justo o negócio alicerçado em documento hábil e sem indícios evidentes de fraude, somadas às peculiaridades de cada caso, tornando-se elas suficientes para o acolhimento dos embargos» (Rev. dos Tribs., 602/129).

Aliás, o próprio Pretório Excelso, nos autos do agravo de instrumento nº 117.842-6 (AgRg), de São Paulo, por votação unânime, Rel. Ministro Djaci Falcão, em 14-8-1987, afastou o rigor da Súmula 621, para admitir exceção a esta orientação. Com isso, proclamou ser possível, dada a peculiaridade de cada caso, não cumprir o que determina a referida Súmula.

Na hipótese dos autos, não se vê qualquer fraude à execução.

Com efeito, a embargante, ora apelada, adquiriu o imóvel por instrumento particular de 30-7-1968, de Martin Markus Israel Brummer, o qual, por sua vez, o adquiriu em 18-10-1963, através de escritura pública de promessa de cessão de direitos de incorporação e construção do Condomínio Pampula, enquanto que a execução foi ajuizada posteriormente, sendo efetivada a penhora em 23-9-1985.

É verdade que o instrumento particular não foi registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

Contudo, dúvida não há de que o imóvel foi realmente alienado à apelada em época anterior à distribuição da execução, o que se pode constatar pelos documentos que instruíram a inicial, estando quitado o preço.

Assim, a apelada encontra-se na posse mansa e pacífica do imóvel desde 1968, estando legitimada, na qualidade possuidora, a opor os embargos de terceiro, para pleitear a exclusão daquele bem do processo de execução, onde não era parte, nos termos do § 1º do art. 1.046, do Código de Processo Civil».

Dessa decisão, o Banco recorrente opôs embargos infringentes, os quais, também, por maioria, foram rejeitados e, não se conformando, interpôs o Extraordinário, conformando-se com seu acolhimento tão-só pelo dissídio com a Súmula 621 do STF.

É de ver correto o despacho que deferiu o processamento do RE pela alínea d do permissivo constitucional ao aduzir (fls. 236/237):

«No caso em exame, o v. acórdão entendeu ser suficiente para levantar a constrição, a aquisição legítima do imóvel precedente à distribuição da execução, devendo, portanto, a posse ser resguardada por força do § 1º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, cristalizou-se, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de o terceiro somente poder opor embargos para desconstituir a penhora, quando inscrita a promessa de compra e venda irrevogável e irretroatável anterior à constrição, pois nesse caso, a apreensão judicial não atinge a posse, mas, sim, o direito real à aquisição de que aquele é titular. Esse o teor da Súmula 621».

Assim sendo, conheço do recurso tão-somente pelo dissídio com a Súmula nº 621-STF, esclarecendo que quanto à alegação de negativa de vigência dos aludidos dispositivos de lei, o pedido não preenche os requisitos de admissibilidade, certo que, nessa parte, conformou-se o recorrente, precluindo-a.

Examino o recurso:

A questão ora em debate se resume em saber se é cabível, ou não, embargos de terceiro à penhora com base em promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis.

Revelam os autos, inexistência de fraude à execução e a recorrida encontra-se na posse mansa e pacífica do imóvel desde 1968, sendo assim, legítima possuidora, com direito a opor embargos de terceiro, objetivando excluir o bem, objeto da demanda, do processo de execução, onde não era parte (art. 1.046, § 1º, do CPC).

O ilustre Dr. Juiz Donald Armelin, ao proferir voto de mérito, nos Embargos Infringentes, assim expôs (fls. 211/212):

«Mas, no que concerne ao mérito dos embargos, assiste razão a embargada, conforme, aliás, já ressaltara, acompanhando, nesse particular, a Doutra maioria. É que a embargante (ora recorrida), já em 1986, inequivocadamente se tornara titular de direito sobre o imóvel parcialmente penhorado, exercendo posse ininterrupta, mansa e pacífica sobre o mesmo, de sorte a quase corporificar o lapso temporal indispensável para o usucapião extraordinário. Em casos como o vertente, eliminada qualquer dúvida quanto à boa-fé da embargante, é de se arredar a incidência da Súmula 621 da jurisprudência dominante do Excelso Pretório, que vem sofrendo tempero por essa mesma Colenda Corte de Justiça, considerando-se a especificidade de cada caso» — o parênteses não está no original —.

Sobre o mesmo tema, esta Egrégia Turma proferiu decisão, ao julgar o Recurso Especial nº 226-SP, em sessão do dia 19-9-89, relator o eminente Ministro Gueiros Leite, da qual destaco o seguinte trecho:

«São, pois, alegações superadas, em face da fundamentação do acórdão sobre os efeitos derivados da posse e não do domínio, que

este se adquire, sim, através do caráter publicitário do registro, da sua legalidade e força probante.

É certo que as decisões alinhadas pelo recorrente recusam a equiparação do promissário comprador sem registro ao possuidor, para os efeitos do art. 1046, § 1º, do CPC. Mas isto decorre da mesma confusão de origem, qual a de que a penhora somente atingiria o direito real e não a posse.

Para alguns, menos avisados, também porque a promessa de compra e venda sem a eficácia do registro seria mero direito pessoal.

Pelo que sei, podem manifestar embargos de terceiro o senhor ou possuidor, qualquer que seja o direito em virtude do qual tem a posse do bem, seja direito real, obrigacional ou pessoal e até mesmo de crédito, neste último caso quando o contrato não opera a transferência do domínio (Cf. Moraes e Barros. Comentários ao CPC, vol. IX, Forense, pág. 296, Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, vol. IV, 1ª ed. 1970, pág. 99).

Assim também Pontes de Miranda, ao definir os embargos de terceiro como a ação do terceiro que pretende ter direito ao domínio ou outro direito, inclusive a posse, sobre os bens penhorados ou por outro modo constrictos (Comentários, vol. IX, 2ª ed. 1959, pág. 6).

Afinal de contas, se formos colocar nos pratos da balança o que sobre esse assunto já foi decidido pelos tribunais, verificaremos não ser possível ter como pacífica a jurisprudência, mas grandemente diversificada.

O STF, mesmo, tem várias decisões, sendo que uma delas com a seguinte ementa:

«Cabem embargos de terceiro por parte do promitente comprador, com contrato de compromisso de compra e venda quitada, irrevogável e não registrado, a fim de evitar que o imóvel compromissado seja penhorado e praceado, para pagamento de dívida do promitente vendedor» (STF, ap. *DJ* 21-9-63/118ª, apud Alexandre de Paula, *CPC Anotado*, vol. IV, RT/SP-1977, pág. 326; *idem* RT 294/716; RF 142/151)».

Dos Tribunais de São Paulo, Distrito Federal e Bahia as decisões não discrepam (RT 337/351, RT 369/160, *ADCOAS* 1971/4890, RTBA 37/437, *DJ* 21.851, pág. 2335, RDI 12/79 — todos encontrados em Alexandre de Paula, obra e lugares citados).

Destaco dentre esses um do TASP, a saber:

«... Entretanto, quando não se vislumbra fraude de execução, o titular de promessa de compra e venda, irrevogável e quitada, estando na posse do imóvel, pode opor à penhora



deste, mediante embargos de terceiro, em ação executiva intentada contra o promitente vendedor, ainda que a promessa não esteja inscrita. (Omissis) TASP, ac 22-6-71, ap. 161.208, apud Alexandre de Paula, *idem ibidem*).

Não me guio, nestas circunstâncias, pela Súmula STF 400, porque a acho em conflito com as razões que inspiram a adoção do recurso por divergência jurisprudencial, mas não posso deixar de considerar que a divergência reforçada em bons argumentos é salutar, mas dificilmente poderá convencer da contrariedade à lei ou à negativa de sua vigência, fundamento que repousa por base dessa mesma divergência».

Destaco, também, aqui, os seguintes tópicos, do voto-vista proferido pelo eminente Ministro Nilson Naves, no mencionado Recurso Especial:

«Na rápida pesquisa a que me dediquei sobre o tema, verifiquei que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era pela admissão de embargos desse porte. No RE 76.769, de 1973, com audiência de publicação de 19-12, o Sr. Ministro Rodrigues Alckmin, em voto de vista, lembrou trecho de despacho seu, que o Sr. Ministro Ribeiro da Costa transcrevera no Ag-28.756, nesses termos:

«Inegável é o cabimento de embargos de terceiro por parte do promitente comprador, para evitar que o imóvel prometido à venda sem cláusula de arrempendimento possa ser penhorado e levado à praça para pagamento de dívida do promitente vendedor. Inegável, porque os embargos de terceiro protegem não apenas o domínio, mas também a posse e mesmo direitos obrigacionais (v. Lopes da Costa, 'Direito Processual Civil Brasileiro', 4, 254; Pontes de Miranda, 'Comentários ao Cód. Proc. Civil', ed. 1949, IV/206). Conseqüentemente, bastava a prova do direito obrigacional anterior à penhora para que os embargos de terceiro pudessem ser acolhidos».

Aduziu ainda em seu voto, em três tópicos que destaco:

«A alegação a que se prendeu o acórdão, de não achar-se registrada, no Registro de Imóveis, a promessa de cessão, equivale, sem dúvida, a negar que os embargos de terceiro possam proteger direitos obrigacionais, ou proteger a posse que, com apoio neles, se legitime. Reclamou o acórdão, para a proteção do direito do terceiro embargante, que esse direito seja real, pois, se referente a imóvel, que haja transcrição, inscrição ou averbação.

Além de afastar-se da doutrina e da jurisprudência (que, como visto, não restringe embargos de terceiro à proteção da propriedade e de direitos reais), o julgado não teve em conta que o problema devia ser encarado sob o aspecto de fraude à execução. E provada a constituição de direito, de natureza

obrigacional, embora a favor do terceiro embargante, sem fraude à execução, nada justificava fosse desconhecido tal direito pelo exequente».

.....

«E não encontrei, na jurisprudência deste Supremo Tribunal, julgado algum que restrinja os embargos à proteção de direito reais.

Estes precedentes levam-me a ter como contrária à jurisprudência predominante a orientação adotada no acórdão recorrido. E assim, conhecendo do recurso extraordinário, dou-lhe provimento, para restabelecer o acórdão da apelação».

Foi o RE 76.769 julgado pela 1ª Turma, composta dos Srs. Ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djalci Falcão e Rodrigues Alckmin.

A RTJ-81/852 estampa um julgado de 1976, relatado pelo Sr. Ministro Thompson Flores (presentes à Sessão os Srs. Ministros Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra e Moreira Alves), com essa ementa: «Se a promessa de cessão é anterior ao ingresso da execução, e tida como válida, porque ausente a sua fraude, não se faz mister suas inscrições para embasar os embargos de terceiro, segundo a melhor doutrina aceita no Supremo Tribunal Federal». No mesmo caminho, ver RTJ-91/257, julgado de 1977, e RTJ-92/818, julgado de 1978, ambos relatados pelo Sr. Ministro Cunha Peixoto (neste, presentes à Sessão os Srs. Ministros Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmin e Soares Muñoz).

O acórdão da RTJ-91-257, tomado no ano de 1977, teve contra si embargos de divergência, que o Supremo Tribunal, no final do ano de 1978, conheceu e recebeu, abrindo, assim, espaço para a futura Súmula 621. Foram os embargos recebidos contra os votos dos Srs. Ministros Soares Muñoz, Cunha Peixoto, Rodrigues Alckmin e Xavier de Albuquerque (in RTJ — 89/285). Para o recebimento, prevaleceu o voto do Sr. Ministro Moreira Alves, com essa fundamentação.

«Com efeito, ninguém nega que os embargos de terceiro possam ser opostos pelo mero possuidor. O que não me parece certo, no entanto, é admiti-los em favor do simples possuidor para o efeito de desconstituir a penhora de imóvel de propriedade do executado, a qual não acarreta turbação ou esbulho de posse. A ser isso possível, e se o imóvel penhorado tivesse sido entregue em comodato a alguém, o comodatário poderia excluí-lo da penhora por meio de embargos de terceiro.

Em se tratando de promitente comprador, os embargos de terceiro só podem ser utilizados por ele, para opor-se à penhora do imóvel de propriedade ainda do promitente vendedor executado, se estiver inscrita a promessa de compra e venda irrevogável e irretroatável, pois, nesse caso, a penhora não atinge a posse, mas sim o direito real à aquisição de que aquele é titular. Se não estiver inscrita a promessa, o promitente comprador é simples titular de direito pessoal, e embora esteja na posse do imóvel, não pode atacar o ato de constrição judicial que é a penhora, como não o poderiam o comodatário, o locatário, o depositário, também possuidores e titulares de mero direito pessoal com relação à coisa penhorada» (in RTJ — 89/291-2).

Eis o voto vencido do Sr. Ministro Soares Muñoz:

«Sr. Presidente, não há dúvida de que o voto do eminente Ministro Moreira Alves é de evidente relevância.

Mas insisto, *data venia*, no meu ponto de vista, entendendo que a posse do promitente comprador não é em nome de outrem; é em nome próprio, desde que o proprietário lhe tenha transmitido em razão do contrato. A posse, nos termos do art. 493, III, do Código Civil, se transmite por qualquer dos meios da aquisição em geral. O promitente vendedor pode acrescer à obrigação de outorgar a escritura definitiva a de imitar, desde logo, o promitente comprador na posse do imóvel.

Foi o que ocorreu na espécie *sub judice*. Celebrado o contrato de promessa de compra e venda através de escritura pública, o promitente comprador passou a residir no apartamento, como se proprietário fosse. Não necessitava inscrever no Registro de Imóveis a avença para obter a imissão na posse, porque já se acha nela, há muitos anos.

De outro lado, a situação de visibilidade da propriedade resultante dessa posse confere ao compromissário legitimidade *ad causam* para propor embargos de terceiro possuidor (Ag. Inst. 28.756, RREE 19.642, 62.198, 71.162). A pretensão a embargar, por parte do possuidor, salienta Pontes de Miranda, dá a quem quer que tenha posse indireta, ou direta, a legitimação ativa (Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, Tomo IX, pág. 52).

Mantenho o voto, rejeitando os embargos» (in RTJ-89/292)».

Como se vê, mesmo no Supremo Tribunal, com quem é apontado, pelo recorrente, o dissídio, a questão ora em debate, isto é, saber se enseja, ou não, embargos de terceiro à penhora a promessa

de compra e venda não inscrita no registro de imóveis, assumiu as duas admissíveis posições. Tal circunstância não passou em branco ao Relator deste caso, Sr. Ministro Gueiros Leite, conforme fls. 5 e 6 do seu voto. Note-se, ainda, que dois dos julgados de referência à Súmula 621 foram tomados por maioria de votos.

Entre as duas orientações, inclino-me a favor da primitiva orientação da Alta Corte, como, aliás, já se inclinou, por maioria, a 4.<sup>a</sup> Turma deste Superior Tribunal de Justiça, nos Resps 188 e 247, na sessão do dia 8. Tive em mãos o voto do Sr. Ministro Athos Carneiro, que com repleta felicidade, resumiu o assunto dessa forma:

«Então se pergunta: entre as duas pretensões, a do credor, direito pessoal, e a do promitente comprador com justa posse, direito também pessoal, qual é aquela que merece maior tutela, maior proteção da ordem jurídica?

Tenho a impressão de que levar nosso raciocínio para o terreno do direito registral importará na aplicação das normas jurídicas dentro de um, digamos assim, tecnicismo exagerado. É certo que, num plano puramente registral, o imóvel penhorado ainda é, tecnicamente, integrante do patrimônio do promitente vendedor. Mas, inclusive, com freqüência é difícil que o credor ignore que sobre aquele imóvel, cuja penhora postula, se exerce direito de outra pessoa, do promitente comprador e possuidor de boa-fé.

O promitente vendedor ainda é dono do imóvel, mas o é sob aquele *minus* derivado das obrigações que assumiu, de outorga da escritura definitiva, em virtude do contrato quitado de promessa de compra e venda. O patrimônio do cidadão não é constituído só dos seus direitos, mas também das suas obrigações. E o promitente vendedor tem a obrigação de garantir a posse transferida contratualmente ao promitente comprador, que a exerce *em nome próprio*.

Então, se dirá: mas o credor não sabia disso; o credor considerava que o imóvel era do promitente vendedor; emprestou-lhe dinheiro, ou com ele negociou, confiante de que aquele imóvel fazia parte, sem ônus, do seu patrimônio. Será que essa assertiva corresponde às realidades práticas da vida? Será que o credor foi realmente averiguar no Registro Imobiliário e não atentou para a circunstância de que naquele imóvel estaria morando alguém, às vezes há muitíssimos anos, comportando-se como dono? E a penhora, por sua vez, terá sido objeto de registro, de molde a ter eficácia perante terceiros?

Creio mais conforme com as necessidades atuais do comércio jurídico a interpretação pela qual, no choque de inte-

resses de dois direitos eminentemente pessoais (a própria penhora não é direito real, mas ato processual executivo), tanto um quanto outro, deve prevalecer o direito daquele que está na justa posse do imóvel, como seu legítimo pretendente à aquisição, e com o preço quitado, face ao direito do credor do promitente vendedor, dês que ausente, por certo qualquer modalidade de fraude a credores ou à execução, como no caso dos autos.

Esta orientação melhor se coaduna às realidades jurídico-sociais do nosso País, e impende sejamos sensíveis a estas realidades».

De fato, cuidando-se, como se cuida, de direito de idêntica natureza, melhor proteção merece o do promitente comprador com justa posse, ausente, em consequência, qualquer espécie de fraude. A solução preconizada possui cunho bem social, até pragmática, para reproduzir expressão de bom uso nesta Corte. No mundo dos negócios, o credor, ora o credor!, este sempre tem como proteger o seu crédito. Demais, como salientado alhures, a doutrina, é ampla, entende que se a constrição judicial alcançou *direitos*, está, aí, justificado o emprego dos embargos de terceiro».

De igual, ainda, em voto-vista o eminente Sr. Ministro Eduardo Ribeiro no mesmo sentido:

«Já se salientou nos autos a divergência que a propósito do tema tem lavrado, e que se verifica não apenas na jurisprudência como na doutrina. A questão, em verdade, apresenta dificuldades técnicas, ao lado de problemática não desprezível, pertinente à realidade da vida dos negócios, a que o julgador não pode estar desatento.

Como de entendimento corrente, e tem sido salientado no trato da matéria, a transmissão da posse não constitui cláusula natural da promessa de venda de tal modo que, para ter-se como presente, independesse de ser explicitada. Nada impede, entretanto, que os contratantes acordem em que desde logo se adiante a posse a quem haveria de ter esse direito com a conclusão do contrato a que o preliminar se refere. A posse, por conseguinte, é alguma coisa mais que se acrescenta ao negócio, ensejando, de logo, o resultado econômico que a final seria alcançado. A propósito observou o Ministro Soares Muñoz que, nas circunstâncias, o promitente comprador tem a posse em nome próprio, como se proprietário fosse (RTJ 89/929 — v. Francisco Muniz — RT v. 613 págs. 8/9).

Não se pode duvidar, por outro lado, de que os embargos de terceiro prestam-se à defesa de posse. No direito atual, aliás, a dúvida é se passível de utilização por quem tenha o domínio mas não seja possuidor.

Dentro desse quadro, tenho para mim que se há de aceitar seja facultado ao promitente comprador valer-se dos embargos. Transmitida que lhe foi a posse, não há como qualificá-la de precária, uma vez efetuado o pagamento do preço e inexistindo cláusula de arrependimento. Não mais a poderá exigir o promitente vendedor, embora conserve o domínio. Ficou este esvaziado, não sendo lícito ao proprietário, no que diz com o imóvel, se não cumprir o prometido e concretizar a venda.

Considero que a hipótese não é assemelhável à locação, comodato ou depósito. Aqui se trata, como observado, de posse que se torna definitiva com o cumprimento do contrato. A relação do promitente comprador com o promitente vendedor, uma vez pago o preço, restringir-se-á à faculdade de exigir-lhe a escritura».

Como se vê, correto, portanto, o acórdão recorrido ao divergir do entendimento manifestado na Súmula 621-STF, eis que, inexistente fraude à execução, encontrando-se a recorrida na posse mansa e pacífica do imóvel desde 1968, está legitimada, na qualidade de possuidora a opor os embargos de terceiro, para pleitear a exclusão do bem, objeto da penhora no processo de execução, onde não era parte, nos termos do § 1º do art. 1.046, do Código de Processo Civil.

Tais os fundamentos pelos quais conheço do recurso, pela letra *d*, do permissivo constitucional, mas nego-lhe provimento.

#### VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, peço vênha para discordar, pelos fundamentos do voto proferido no caso-líder, do qual foi relator V. Exa.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Presidente): Acompanho o eminente Ministro Relator, reportando-me a voto proferido no Recurso Especial nº 226 — SP, que farei, posteriormente, juntar, a título de registro.

#### ANEXO

Recurso Especial nº 226 — SP

(Registro nº 89.0008509-3)

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Os fatos, tais como narrados e documentados, envolvem questão de posse imobiliária que

se pretende resguardar de constrição executória, pela via dos embargos de terceiro.

Senão, vejamos.

Miguel Carlos Castro, José Roberto Castro e Luiz Antonio Castro prometeram vender ao embargante Vivaldo Curi o apartamento descrito no instrumento particular de promessa de compra e venda, lavrado em 25 de fevereiro de 1982, e que não foi inscrito no registro de imóveis.

Esse imóvel foi objeto parcial de penhora, em execução promovida pelo Banco Brasileiro de Descontos S/A contra a empresa Castela Comercial e Construtora Ltda., dos promitentes vendedores, de modo que o embargante Vivaldo Curi, dizendo-se seu possuidor, manifestou, nessa qualidade, os embargos de terceiro do art. 1.046, do CPC, pelos motivos que alega, verbis:

«Tomando conhecimento da tramitação do processo de execução nº 1.440/84, no qual consta o auto de penhora de 20-11-84, sobre 50% da referida unidade autônoma, da qual é compromissário, vem embargar essa penhora, pois, tendo efetiva as quitações das amortizações, nos termos convencionados, como comprovam os diversos pagamentos efetivados com cheques de sua conta corrente, da conta corrente de sua esposa, da conta corrente de uma firma da qual é sócio (Doc. 07), todas por coincidência abertas em agências do próprio Bradesco, cujos numerários foram depositados pela cessionária Antonia Moreto Castro, em sua conta corrente nº 022.791, no Bradesco (Doc. 08), e em estando na posse do imóvel há muito tempo (Docs. 9/13), mesmo que fosse só pelo deferimento do artigo 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil, estaria habilitado a pedir que seja a mesma anulada, ante a válida comprovação de sua posse desde o compromisso.» (Fl. 4, item V).

A sentença lhe foi contrária, por aplicar à hipótese a Súmula nº 621, do STF, invocada pelo Banco embargado e que dá conta de ser inviável afastar-se a penhora com lastro em compromisso não registrado, tanto mais porque a posse derivaria de aquisição ineficaz (fl. 217).

Mas, o Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por sua 8ª Câmara, reformou a respeitável sentença, porque ficara provado nos autos o fato indiscutível da posse do embargante, que lhe fora transmitida e por ele exercida desde logo, mansa e pacificamente, assegurando, ainda, que posse não se registra (fl. 248).

O acórdão decidiu mais que a Súmula 621, destinada à proteção dos credores contra eventual fraude à execução, não se aplicava à hipótese dos autos, pois havia um compromisso de compra e venda muito anterior à constituição da dívida, aliás, da sociedade comercial e da qual os promitentes vendedores são meros avalistas (fl. 248).

Essa decisão foi reafirmada nos declaratórios do Banco, onde os julgadores arredaram suposta omissão para fins de prequestionamento, deixando

claro o seguinte: nada se decidiu a respeito de poder ou não o compromisso de compra e venda não registrado embasar embargos de terceiro contra constrição judicial. O fato é que o Banco pretendia se declarasse que a posse, sem o domínio, não gera efeito erga omnes, isso porque o acórdão teria deixado de aplicar os dispositivos que enumera do Código Civil e da Lei nº 6.015/73 (fl. 255).

Ora, o Banco alega, para ensejar o cabimento do RE que interpôs junto ao STF, a divergência do acórdão com a Súmula 621 e com outras decisões daquela Colenda Corte sobre o mesmo tema (RE 87.958, RTJ 89/285; RE 94.132, RTJ 107/686; RE 97.257; RE 103.121; RTJ 112/890, etc. — fls. 260/264).

Alega, também, afronta às disposições do Código Civil e da Lei dos Registros Públicos, que apenas enumera, a saber (fl. 264):

a) Código Civil — arts. 530, I; 531 e 532, II e III; 533; 856 e 860, parágrafo único;

b) Lei nº 6.015/73 — art. 252.

São, pois, alegações superadas, em face da fundamentação do acórdão sobre os efeitos derivados da *posse* e não do *domínio*, que este se adquire, sim, através do caráter publicitário do registro, da sua legalidade e força probante.

É certo que as decisões alinhadas pelo recorrente recusam a equiparação do promissário comprador sem registro ao possuidor, para os efeitos do art. 1.046, § 1º, do CPC. Mas isto decorre da mesma confusão de origem, qual a de que a penhora somente atingiria o direito real e não a posse.

Para alguns, menos avisados, também porque a promessa de compra e venda sem a eficácia do registro seria mero direito pessoal.

Pelo que sei, podem manifestar embargos de terceiro o senhor ou possuidor, qualquer que seja o direito em virtude do qual tem a posse do bem, seja direito real, obrigacional ou pessoal e até mesmo de crédito, neste último caso quando o contrato não opera a transferência do domínio (Cf. Moraes e Barros, Comentários ao CPC, vol. IX, Forense, pág. 296; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, vol. IV, 1ª ed., 1970, pág. 99).

Assim, também, Pontes de Miranda, ao definir os embargos de terceiro como a ação do que pretende ter direito ao domínio ou outro direito, inclusive a posse, sobre os bens penhorados ou por outro modo constrictos (Comentários, vol. IX, 2ª ed., 1959, pág. 6).

Afinal de contas, se formos colocar nos pratos da balança o que sobre esse assunto já foi decidido pelos tribunais, verificaremos não ser possível ter como pacífica a jurisprudência, mas grandemente diversificada.

O STF, mesmo, tem várias decisões, sendo que u'a delas com a seguinte ementa:

«Cabem embargos de terceiro, por parte do promitente comprador, com contrato de compromisso de compra e venda quitada,



irretratável e *não registrado*, a fim de evitar que o imóvel comprometido seja penhorado e praceado, para pagamento de dívida do promitente vendedor.»

(STF, ap. *DJ*, 21-9-63/118ª, apud Alexandre de Paula, CPC Anotado, vol. IV, RT/SP-1977, pág. 326; idem RT 294/716; RF 142/151).»

Dos Tribunais de São Paulo, Distrito Federal e Bahia as decisões não discrepam (RT 337/351, RT 369/160, ADCOAS 1971/4.890, RTBA 37/437, *DJ*, 21.851, pág. 2335, RDI 12/79 — todos encontrados em Alexandre de Paula, obra e lugares citados).

Destaco dentre esses um do TASP, a saber:

«... Entretanto, quando não se vislumbra fraude de execução, o titular de promessa de compra e venda, irrevogável e quitada, estando na posse do imóvel, pode opor à penhora deste, mediante embargos de terceiro, em ação executiva intentada contra o promitente vendedor, ainda que a promessa não esteja inscrita. (Omissis).»

(TASP, ac. 22-6-71, ap. 161.208, apud Alexandre de Paula, idem, *ibidem*).

Não me guio, nestas circunstâncias, pela Súmula STF 400, porque a acho em conflito com as razões que inspiram a adoção do recurso por divergência jurisprudencial, mas não posso deixar de considerar que a divergência reforçada em bons argumentos é salutar, mas dificilmente poderá convencer da contrariedade à lei ou à negativa de sua vigência, fundamento que repousa por base dessa mesma divergência.

Ante o exposto, conheço do recurso pelos dois fundamentos (CF, art. 105, III, a e c), mas lhe nego provimento, para manter o acórdão recorrido.

É como voto.

### Recurso Especial nº 226 — SP

#### ESCLARECIMENTOS

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Permito-me passar uma vista de olhos na parte relativa à letra a: (Lê)

«Alega, também, afronta às disposições do Código Civil . . . . .  
..... e Lei 6.015 art. 252»

Digo eu: (Lê)

«São, pois, alegações superadas.....  
.....»

Conheço do recurso pelos dois fundamentos, mas lhe nego provimento».

ESCLARECIMENTOS

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): O conhecimento, quanto à letra *a* foi mais por coerência desde que estavam em jogo todos aqueles textos do Código Civil e da Lei de Registro Público, devidamente questionados na jurisprudência colacionada. Mas, na verdade, disse eu que foi deficiente, nessa parte, a fundamentação do recurso especial, porque o recorrente apenas enumerou. Há, contudo, entrelaçamento entre a quaestio juris destes textos legais e os acórdãos referidos. Então, acho que, embricada na parte do dissídio, o fundamento pela letra *a*, não devia ser relegado.

Eram estes os esclarecimentos que tinha a prestar, regimentalmente, sendo que a nossa divergência é apenas no tocante à letra *a*.

Queria ainda esclarecer que, conforme salientou o Ministro Nilson Naves ao proferir o seu brilhante voto, o que temos aí é o seguinte: uma promessa de compra e venda anterior à execução, irretroatável, irrevogável e quitada. Além de irretroatável, irrevogável e quitada; não se constituiu em fraude à execução, tanto mais porque foi penhorada apenas a metade do imóvel do recorrido, correspondente ao aval de um dos devedores sócio de uma firma devedora. Ainda conforme está na matéria de fato e no histórico que fiz no voto, além desse imóvel, do qual foi penhorado apenas 50%, a empresa devedora, da qual fazia parte o avalista, um dos promitentes vendedores, tinha muitos outros bens passíveis ou possíveis de penhora, que não foram constrictados.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 556 — SP — (Reg. nº 89.0009703-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter. Recte.: Banco do Brasil S/A. Recdo.: Evenil Maria de Souza. Advs.: Drs. João Cândido Machado de Magalhães e outros e Fábio Saboya Salles.

Decisão: A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Cláudio Santos, conheceu do recurso pelo dissídio com a Súmula 621, do Supremo Tribunal Federal, e lhe negou provimento (Em 17-10-89 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Cláudio Santos, Gueiros Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

## RECURSO ESPECIAL Nº 596 — RS

(Registro nº 89.0009812-8)

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

Recorrente: *Banco América do Sul S.A.*

Recorrido: *Roque Koch Transportes S.A.*

Advogados: *Drs. Ítalo Dalla Barba e outros; João Paulo Wagner e outro*

**EMENTA:** Duplicata. Endosso. Pagamento feito pelo devedor diretamente ao endossante. Protesto pretendido pelo banco endossatário.

Aceita a duplicata e endossada, legitimado a receber o pagamento é o endossatário. O devedor que paga a quem não é o detentor do título, contentando-se com simples quitação em documento separado, corre o risco de ter de pagar segunda vez ao legítimo portador. Quem paga mal paga duas vezes.

Protesto intentado pelo endossatário. Sua necessidade, para resguardo do direito cambiário de regresso contra o endossante. É, pois, ato lícito, praticado no exercício regular de um direito. Lei 5.474, de 18-7-68, art. 13, § 4º

Recurso especial conhecido e provido.

### 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, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de outubro de 1989 (data do julgamento).

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

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Roque Koch Transportes Ltda. ajuizou ação cautelar de sustação de protesto contra o Banco América do Sul S.A., perante o juízo de Direito da Comarca de Novo Hamburgo-RS, e posteriormente a ação principal anulatória de débito, visando exonerar-se de novo pagamento de duplicata emitida pela firma Schneider & Badi Ltda., que a endossou ao aludido Banco. Alega a postulante haver aceito o título, efetuando posteriormente, de boa-fé, o paga-

mento diretamente à emitente, no desconhecimento da transação bancária de desconto.

O juízo monocrático deferiu liminarmente o pedido acessório, decidindo pela suspensão do processo cautelar para julgamento com a ação principal, em instrução única.

2. Sentenciando, o magistrado de 1º grau julgou improcedentes a ação dita «anulatória de débito cambial» e a cautelar, autorizando o protesto do título.

3. O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, à unanimidade, deu provimento à apelação, sob a ementa:

«Validade de pagamento feito de boa-fé à firma sacadora, que veio a endossar a duplicata ao Banco, em razão de uma operação de desconto.

Devedor que ao efetuar o pagamento desconhecia o endosso do título, recebendo inclusive recibo de quitação.

Sustação de protesto procedente, sem a desconstituição do título, que pode ser exigido pelo Banco da endossante.

Apelo provido.»

4. Daí o recurso especial interposto, aos 29-5-89, pelo Banco recorrente, buscando respaldo nas letras a e c, inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, com a alegação de que o aresto teria violado os artigos 936 e 942 do Código Civil; art. 22, § 2º, da Lei nº 2.044; artigo 9º, e artigo 13, § 4º, da Lei nº 5.474, bem como divergência jurisprudencial, recurso este admitido, sob a sustentação seguinte:

«O aresto impugnado deu razoável interpretação à lei, não se vislumbrando a negativa de vigência dos dispositivos citados.

Pela letra a não merece seguimento o recurso.

Divergência jurisprudencial.

O acórdão trazido à colação pelo recorrente sustenta que o pagamento feito sem a devolução do título não pode ser oposto ao portador legítimo e de boa-fé, da duplicata divergindo da decisão recorrida que entende válido o pagamento feito de boa-fé à firma sacadora, que endossou a duplicata ao Banco.

Pela letra c merece seguimento o recurso.»

Com as razões das partes, sobem os autos a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): A espécie apresenta-se simples. A recorrida aceitou uma duplicata de prestação de serviços, que a firma sacadora veio a endossar a estabelecimento bancário.

Posteriormente, ao invés de efetuar o pagamento ao banco endossatário, pagou à primitiva credora, desta recebendo um mero recibo e a promessa de que o título seria retirado do banco e a ela aceitante mais tarde remetido. Discute-se a validade do pagamento feito à endossante, e a possibilidade de o endossatário efetuar o protesto da duplicata.

O recurso especial foi aceito por divergência, realmente inquestionável, do decisório recorrido com aresto do Tribunal de Justiça do Paraná, por cópia à fl. 118, onde é afirmado que, endossada a cártula e não provada a má-fé do terceiro seu portador, não vale o pagamento feito ao endossador sem a devolução do título.

Admitido o apelo por um de seus fundamentos, pode ser conhecido igualmente pelo outro fundamento, neste caso o de contrariedade à lei federal — Súmula 292 do Supremo Tribunal Federal —, passando-se ao julgamento com aplicação do direito à espécie — Súmula 456.

2. O aresto recorrido busca arrimo em princípios pertinentes à cessão de crédito, com invocação aos artigos 1.069 e 1.021 do Código Civil, e a proposição de que o Banco, ao descontar a duplicata, em face de uma operação de desconto, «assumiu os riscos do negócio».

Todavia, endosso não é cessão de crédito, e o endossatário, pela abstração do título, não assume riscos de negócios subjacentes, mas apenas as pretensões e os ônus que exsurtem do próprio direito cambiário. Com o endosso, e a espécie não era de mero endosso-mandato, mas de endosso decorrente de desconto bancário, — portanto endosso translativo da propriedade da duplicata —, tornou-se o endossatário, como portador do título, o legítimo credor cambiário do obrigado; o endossante, portanto, deixou de ser o credor.

3. Está no magistério de Pontes de Miranda:

«Aceita a duplicata e endossada, ou endossada antes do aceite, legitimado ao pagamento é o último endossatário em preto ou o portador, se houve endosso em branco (cf. Lei 2.044, art. 39). Se o comprador antecipou o pagamento, sem exigir devolução do título e recibo, ou se pagou no vencimento, ou depois, sem exigir devolução do título e recibo, expõe-se a que lhe venham cobrar o título, que, em direito cambiariforme, não está pago.» («Tratado de Direito Privado», v. XXXVI, § 4.061, nº 2).

Sendo a duplicata um título à ordem, o devedor que paga tem o direito de exigir a devolução do título, devidamente quitado:

«Incorpora-se de tal forma o direito no título que a conexão, a interpenetração de um no outro é de tal natureza, que não se concebe o direito sem o documento. Assim o devedor, que tem o *dever* de pagar, à vista do documento, tem igualmente o *direito* de só pagar à vista e contra a restituição do título.

E o devedor que abrir mão do seu direito — de só pagar contra a restituição do título — e contentar-se com a quitação em do-

cumento em separado, corre o risco de pagar segunda vez ao legítimo portador do título. A quitação fora do título é defesa oponível unicamente ao signatário dela, incapaz, evidentemente, de prejudicar o direito de qualquer legítimo portador de boa-fé» (João Eunápio Borges, «Títulos de Crédito», Forense, 2ª Ed., nº 236). (O grifo é nosso).

Discorrendo sobre a matéria ensina Fábio Penna, verbis:

«O pagamento só deve, portanto, ser feito contra a devolução da duplicata ou contra declaração que a inutilize, sempre acompanhada da quitação na devida forma, pois a simples posse do título, sem legitimação, não libera o devedor, não obstante ter sido julgado o contrário pelo Tribunal de Apelação de Minas Gerais. O pagamento feito sem a devolução do título não pode ser oposto ao portador legítimo e de boa-fé, da duplicata. *É simplicidade do devedor que paga por ela, pagando duas vezes*» («da duplicata», Forense, 1954, págs. 197/200). (O grifo é nosso).

4. Ao caso dos autos, em que o devedor da duplicata efetuou pagamento à firma sacadora, contentando-se em boa-fé com o singelo recibo de fl. 5, aplica-se a advertência de Carvalho Mendonça, citada no aresto paradigma: «O fato de não se achar a duplicata na posse do vendedor, é presunção veemente de se achar em poder de terceiro via de endosso. O comprador não a deve pagar senão ao legítimo proprietário. Se pagou a quem não era proprietário, está obrigado a pagar de novo ao legítimo possuidor, ao detentor legal, na expressão do Dec. nº 17.535, de 1926. A culpa é toda do comprador. Quem paga mal paga duas vezes.»

5. Referiu ainda o aresto recorrido que o protesto contra a firma sacada, «alheia ao desconto bancário, não deixa de ser um ato abusivo de parte do Banco protestante, uma vez que o título se encontra quitado...»

Mas não é assim, no direito cambiário. Em voto que proferi em processo semelhante, com a agravante de a sacada não haver sequer aceite o título objeto do protesto por parte do banco endossatário, frisamos que Mestre Pontes de Miranda, cuidando do contrato de desconto bancário, executado mediante a transferência de títulos mediante endosso, era explícito em que «além do dever de contraprestar o montante convencionado, tem o descontador o ônus (não o dever) de cuidar, no vencimento, de que o devedor solva a dívida. Se o não fez, sofre as conseqüências. Se o caso é de protesto, para que não preclua as ações de regresso tem o descontador o *ônus de protestar*» (obra citada, v. LII, 2ª ed., § 5.434, nº 1).

O protesto, como mencionado, é protesto *necessário* à garantia do direito de regresso contra o endossante. É ainda Pontes:

«E esse protesto está previsto em lei, quer como prova do não aceite, quer para o regresso contra o endossador. Descontado o título, o portador só poderá agir contra o endossante provando a recusa do aceite, recusa só a tornar-se certa com a prática da medi-

da estabelecida em lei (art. 13 da Lei nº 2.044)» (obra citada, v. XXXVI, § 4.018, nº 3, págs. 60/61, ed. 1961).

Contrariou o v. aresto, pois, igualmente, a norma do art. 13, § 4º, da Lei nº 5.474/68.

6. Nestes termos, dou provimento ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido e restabelecer, inteiramente, a bem fundamentada sentença de fls. 73/80, a que me reporto, da lavra do ilustre Juiz Ilton Carlos Dellandréa.

É o voto.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, no caso em julgamento houve a circunstância de o devedor ter pago mal, porque pagou a quem não era credor.

Acompanho o Ministro Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 596 — RS — (Reg. nº 89.0009812-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recte.: Banco América do Sul S.A. Recdo.: Roque Koch Transportes S.A. Advogados: Drs. Ítalo Dalla Barba e outros, João Paulo Wagner e outro.

Decisão: «A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento» (4ª Turma — 10-10-89).

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 692 — RS

(Registro nº 89.0009972-8)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil — APLUB*

Recorrido: *Roberto Pinto Ribeiro*

Advogados: *Drs. César Rodrigues Alves, Henrique Fonseca de Araújo e outros e Jorge A. de Azeredo*

EMENTA: Processual Civil. Recurso Especial. Montepio. Lei de ordem pública. Incidência imediata. Art. 105, III, c, da Constituição Federal vigente, ou art. 119, III, d, da carta magna anterior.

I — O plano, por seu estatuto há de ser cumprido na forma pela qual a ele aderiu o associado. Não está em jogo o requisito ao estatuto originário, a caracterizar direito imutável do segurado, integrado em seu patrimônio, senão alteração da regra contratual, desde o início previsto, sob forma de futuras alterações no Estatuto.

II — Incide a lei nova (Lei nº 6.345, de 1977) a regular a atualização das contribuições e dos benefícios da previdência privada, sem violação do direito adquirido.

III — Configurado o dissídio entre o acórdão recorrido e a jurisprudência pretoriana, conhece-se do recurso, para julgar improcedente a ação.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: O eminente Desembargador Silvino J. Lopes Neto sumariou a controvérsia nestes termos (fls. 316/317):

«Roberto Pinto Ribeiro propôs ação ordinária contra a Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil (APLUB), dizendo que em 4 de março de 1965 inscreveu-se num plano de benefícios, denominado Plano Especial, segundo o qual, após 15 anos de contribuições mensais reajustáveis estipuladas, teria direito a uma aposentadoria mensal vitalícia de cinco vezes o maior salário do país e mais um pecúlio de 75 salários mínimos, pagável por sua morte a seus beneficiários. Posteriormente, desistiu do pecúlio, ficando somente com direito à aposentadoria, que está rece-



bendo desde março de 1980, mas não em salários mínimos, e sim pela variação anual do valor das ORTNs.

Em 29 de novembro de 1968 inscreveu-se em outro plano de benefícios da requerida, denominado Plano Duplo Totalizado, na faixa de cinco salários mínimos, segundo o qual, depois de 25 anos de contribuição, teria direito a uma renda mensal vitalícia de cinco salários mínimos. Esse plano o requerente substituiu por outro, no ano de 1980, induzido em erro, renunciando a discutir o novo critério da APLUB para a fixação de benefícios em ORTN, e não mais em salários mínimos. Em junho de 1980 recebeu circular em que lhe era comunicado que a ré teria sido obrigada por quatro leis federais a abandonar o critério do salário mínimo como salário benefício e a substituí-lo pelo da variação nominal das ORTNs. Requereu a condenação da ré ao pagamento das importâncias totais devidas, representadas pela redução dos benefícios e, também, a decretação de nulidade da substituição do Plano Duplo totalizado pelo Plano Pensão Reajustável, série III, restabelecendo-se o critério contratado do salário mínimo, como salário benefício, para todos os efeitos, em ambos os planos.

Contestou a ré, asseverando que a transferência do Plano Duplo Totalizado para o Plano Pensão Reajustável, série II, foi feita normalmente e com vantagens ao associado, sem indução a erro, e com plena ciência e concordância do autor. Quanto ao mais, afirma que o regulamento aceito pelo autor previa a substituição do salário mínimo como critério corretivo na hipótese de extinção desse instituto. Ademais, leis de ordem pública determinaram a desindexação do salário mínimo, de sorte que legal e correta a operação efetuada.

Julgada procedente a ação e tendo havido recurso de ambas as partes, a egrégia 1ª Câmara Cível negou provimento à apelação da ré, dando-o a do autor, vencido o eminente Des. José Vellinho de Lacerda.

Com base no voto vencido, a ré interpôs embargos infringentes, renovando argumentos já deduzidos.

Os embargos foram admitidos e impugnados.

Não há intervenção do Ministério Público.»

O Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, examinado ao feito, por maioria de votos, acordou em rejeitar os embargos (fls. 315/318).

Não se conformando a embargante interpôs Extraordinário, com arguição de relevância da questão federal, com fulcro no art. 119, III, a e d, da Constituição Federal (anterior), no qual alega que o acórdão recorrido teria violado os artigos 1º, da Lei nº 6.205/75; 1º, § 2º, da Lei nº 6.423/77; 1º, parágrafo único, 2º, 22, parágrafo único, 81, §§ 1º e 3º, da Lei nº 6.435/77; bem como dissentido da jurisprudência pretoriana (fls. 321/401).

Embora intimado, o recorrido não ofereceu impugnação (fl. 402).

Apreciando o RE, o eminente Presidente daquele Tribunal, nos termos do art. 325, do RISTF, não o admitiu, determinando o processamento da argüição de relevância, na forma regimental (fl. 330).

Subindo a argüição, o egrégio Supremo Tribunal Federal, em sessão do Conselho do dia 15-6-88, decidiu acolhê-la, no concernente ao «salário mínimo como fator de reajuste de benefício da previdência privada» (fls. 418/419).

Intimadas as partes para oferecer suas razões, apenas o recorrente as apresentou (fls. 427/458).

Subiram os autos à Suprema Corte, onde o eminente Ministro Francisco Rezek, por despacho, converteu o recurso ipso jure, em especial, determinando fosse remetido o processo a este Superior Tribunal de Justiça, face à sua instalação (fl. 471).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuidam os autos de Argüição de Relevância acolhida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, que determinou o processamento do RE, interposto contra Acórdão (fls. 315/318) proferido pelo Primeiro Grupo de Câmara Cíveis do Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual, por maioria de votos, decidiu rejeitar os embargos infringentes opostos pela Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil — APLUB.

Conheço do recurso com fulcro no art. 105, III, alínea c, da Constituição vigente, ou art. 119, III, d, da Carta Magna anterior, que dispõem sobre o recurso extraordinário.

Assim examino o recurso.

Revelam os autos, à toda evidência, configurado o dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e o proferido pela Segunda Câmara Cível do Colendo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, quando do julgamento da Apelação Cível nº 19.744-SC, anexado por cópia à petição do recurso, onde, também, estão relacionados vários acórdãos prolatados pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, nos quais se firmou o mesmo entendimento expresso na citada Apelação (fls. 321/401).

Na inicial, afirmou o autor (fl. 2, do 1º vol.) que:

«Em 4 de março de 1965 inscreveu-se num plano de benefícios, denominado Plano Especial, segundo o qual, após 15 anos de contribuições mensais reajustáveis estipuladas, teria direito a uma aposentadoria mensal vitalícia de cinco vezes o maior salário do País e mais um pecúlio de 75 salários mínimos, pagável por sua morte a seus beneficiários. Posteriormente, desistiu do pecúlio, ficando somente com direito à aposentadoria, que está recebendo desde março

de 1980, mas não em salários mínimos, e sim, pela variação anual do valor das ORTNs.

Em 29 de novembro de 1968 inscreveu-se em outro plano de benefícios da requerida, denominado Plano Duplo Totalizado, na faixa de cinco salários mínimos, segundo o qual, depois de 25 anos de contribuição, teria direito a uma renda mensal vitalícia de cinco salários mínimos. Esse plano o requerente substituiu por outro, no ano de 1980, induzido em erro, renunciando a discutir o novo critério da APLUB para a fixação de benefícios em ORTN, e não mais em salários mínimos.»

Continuando:

«Em junho de 1980 recebeu circular em que lhe era comunicado que a ré teria sido obrigado por quatro leis federais a abandonar o critério do salário mínimo como salário benefício e a substituí-lo pelo da variação nominal das ORTNs.»

Sustenta o requerente que tal mudança, objeto da questão, não encontra respaldo nos dispositivos; e que «a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, segundo preceitua inequivocamente o § 3º do artigo 153 da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.»

Por essa razão, requereu o pagamento das importâncias totais devidas, representadas pela redução dos benefícios e, também, a decretação de nulidade da substituição do Plano Duplo totalizado pelo Plano Pensão Reajustável, série III, restabelecendo-se o critério contratado do salário mínimo, como salário benefício, para todos os efeitos, em ambos os planos.

Contudo razão não lhe assiste.

A uma, porque no próprio contrato a que aderiu o autor, por seu regulamento, já previra o Monte Aclub a hipótese de extinção do salário mínimo.

A outra, porque essa modificação operou-se após o início da vigência do prazo de carência em que foi o autor admitido, mais de 15 anos, e de acordo com o estipulado no contrato (Doc. n.ºs 3 e 4 — fls. 48 e 49 — vol. 1).

De outro lado tenho ponto de vista já expendido sobre a matéria, ao julgar a Apelação Cível n.º 36.101-RJ, cujo acórdão ficou assim ementado.

«Montepio. O plano, por seu estatuto há de ser cumprido na forma pela qual a ele aderiu o associado. Não está em jogo o respeito ao estatuto originário, a caracterizar direito imutável do segurado, integrado em seu patrimônio, senão alteração da regra contratual, desde o início prevista, sob forma de futuras alterações no Estatuto. (STF)».

Sobre o mesmo tema, esta egrégia Turma, julgando o RE n.º 29 — RS, relator o eminente Ministro Cláudio Santos, proferiu decisão consubstanciada na seguinte ementa:

«Lei de ordem pública. Incidência imediata. Incide a lei nova (nº 6.435, de 15-7-1977) a regular a atualização das contribuições e dos benefícios da previdência privada, sem violação de direito adquirido. Orientação da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do precedente firmado no RE nº 105.137-0, rel. Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, publicado no *DJ* de 27-9-85.»

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, condenando o autor a pagar os honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigidos, até o efetivo pagamento.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 692 — RS — (Reg. nº 89.0009972-8) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter. Recte.: Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil — Aplub. Recdo.: Roberto Pinto Ribeiro. Advs.: Drs. César Rodrigues Alves, Henrique Fonseca de Araújo e outros e Jorge A. de Azeredo.

Decisão: A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento. (Em 24-10-89 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Cláudio Santos, Gueiros Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EVANDRO GUEIROS LEITE.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 719 — SP

(Registro nº 89.9999-0)

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

Rel. p/ Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Zanini S/A Equipamentos Pesados*

Advogados: *Drs. Maria Elisabeth Rolim e outros e Manoel Afonso de André Júnior*

EMENTA: Tributário. ICM. Creditamento. Ferro velho, aparas e resíduos de metais em geral utilizados em processo industrial. Ação declaratória. Eficácia da sentença.

A eficácia da sentença declaratória perdura enquanto estiver em vigor a lei em que se fundamentou, interpretando-a.

Conhecimento do recurso ao qual se nega provimento.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso pela letra c, mas negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de mandado de segurança impetrado por *Zanini S/A Equipamentos Pesados* contra ato do *Chefe do Posto Fiscal Estadual de Sertãozinho*, que determinou a lavratura de auto de infração e a imposição de multa, por ter a impetrante se creditado do ICM pago (ou diferido), quando da aquisição e entrada em seu estabelecimento de ferro velho, aparas e resíduos de metais em geral, que utiliza em seu processo industrial. Alega a impetrante que o direito ao creditamento do imposto está amparado em decisão prolatada em ação declaratória, transitada em julgado, e que o procedimento da autoridade fere, frontalmente, coisa julgada material.

A sentença de fls. 148/154 julgou a impetrante carente da segurança, com fulcro nos arts. 267, VI e 301, X, do Código de Processo Civil.

A Décima Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, deu provimento ao recurso da impetrante, para afastar a carência, determinando o prosseguimento do julgamento (fls. 205/206).

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sertãozinho, em sentença de fls. 216/222, julgou procedente, em parte, o mandado de segurança, anulando o auto de infração, no ponto em que impôs à empresa a obrigação de recolher determinada quantia, a título de ICM, referente à entrada, no estabelecimento, para industrialização, de produtos «cujo pagamento fora diferido para quando da venda do produto originário de tal matéria-prima».

A Décima Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça paulista, por maioria, negou provimento à remessa oficial, reconhecendo a violação à coisa julgada.

Entendeu o acórdão que «é inquestionável a ilegalidade e o abuso de poder na autuação feita, pois se prevalecesse seria inócua a decisão prolatada na ação declaratória, como se não existissem os arts. 4º, I, 467, 468 e 474, do Código de Processo Civil».

Inconformada, a Fazenda do Estado interpõe recurso extraordinário, com fundamento no art. 119, III, *a e d*, da Carta de 1967, arguindo a relevância da questão federal (fl. 253).

Sustenta a recorrente que «a coisa julgada não se estende a tributos periódicos, como o ICM». Sua eficácia restringe-se ao exercício em que tenha sido declarada indevida a cobrança do imposto, não podendo prorrogar-se a exercícios posteriores.

Assim sendo, a decisão proferida na ação declaratória, referente a relações jurídicas nascidas em 1978, não poderia abranger as relações que constituem o objeto do auto de infração, surgidas em 1979. O acórdão recorrido teria violado o art. 23, II, da Constituição, o art. 1º do Decreto-Lei nº 406/68, além de divergir da Súmula 239-STF.

O eminente Desembargador Aniceto Lopes Aliende não admitiu o recurso, por ausência de prequestionamento. Afirmou que o acórdão «não apreciou a questão à luz dos dispositivos invocados pela recorrente e que também não fez menção à Súmula 239». Ademais, o alegado dissídio jurisprudencial não foi comprovado.

Contra tal decisão, o recorrente opôs agravo de instrumento, que teve o seu seguimento negado pelo eminente Ministro S. Sanches. Com o provimento do agravo regimental, entretanto, foi determinada a subida dos autos para melhor exame.

Razões do recorrente às fls. 278/288 e do recorrido às fls. 290/293.

Oficiando às fls. 304/307, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina pelo conhecimento do recurso, pela letra *d*, e por seu provimento.

À fl. 310, o eminente Ministro Sydney Sanches, Relator, considerando o recurso como convertido em extraordinário e especial, ordenou a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial, nos termos do art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal.

É o relatório.

#### VOTO

EMENTA: «Tributário. ICM. Coisa julgada. Súmula nº 239-STF.

I — Decisão que julga indevido o tributo cobrado em determinado exercício não faz coisa julgada em relação a lançamentos e cobranças relativos a exercícios posteriores. Súmula nº 239-STF.

II — Recurso Especial conhecido e provido».

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Decisão proferida em ação declaratória, julgada no ano de 1978, assegurou à impetrante, ora recorrida, o direito de creditar-se do imposto pago (ou diferido) na operação anterior, em face do princípio da não cumulatividade do

ICM, assegurado pelo art. 23, II, da Constituição Federal. Autuada no ano de 1979, a ora recorrida impetrou mandado de segurança, concedido em 1º grau e confirmada a decisão pelo eg. Tribunal de Justiça, por maioria de votos, assim argumentando o acórdão:

.....  
«Afrontando essa decisão já coberta pela res judicata, agentes do fisco, após declarados os créditos pela impetrante nas guias de apuração e informação do ICM (GIAS), a atuaram por falta de recolhimento do imposto diferido.

É da essência da ação declaratória o estabelecimento da certeza de uma relação jurídica. Se a impetrante devesse recolher o ICM, ainda que na condição de substituta tributária nas operações relativas à aquisição da sucata e não seria necessária a ação declaratória para obtenção da certeza da existência da relação tributária.

«Por ter força de lei, a coisa julgada material tem força obrigatória, não só entre as partes como em relação a todos os juízes que deverão respeitá-la» (Moacyr Amaral Santos, in Direito Processual Civil, Parte Geral, volume 3, pág. 51). É inclusive preceito constitucional (§ 3º do art. 153 da vigente Constituição Federal).

Assim, é inquestionável a ilegalidade e o abuso de poder na atuação feita, pois, se prevalecesse seria inócua a decisão prolatada na ação declaratória, como se não existissem os arts. 4º, I, 467, 468 e 474, do Código de Processo Civil.» (Fls. 246/247).

.....  
O voto vencido achou que o entendimento da maioria contraria a Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal, a dizer que, «decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício, não faz coisa julgada em relação aos posteriores».

Oficiando, a Procuradoria-Geral da República, em parecer lavrado pelo Procurador Miguel Frauzino Pereira, assim se pronunciou:

.....  
«3. O recurso extremo apóia-se nas letras a e d, argüindo relevância da questão federal, que não foi conhecida, ofensa ao art. 23, II, da Constituição, negativa de vigência do art. 1º do Decreto-Lei nº 406/68 e dissídio com a Súmula 239. Sua argumentação dirige-se a dois temas: inexistência do direito ao crédito fiscal, no caso de diferimento do tributo, e impossibilidade da extensão da coisa julgada a exercícios futuros. Do primeiro não cuidou a decisão impugnada, merecendo apreciação apenas o outro.

4. Parece-nos configurada a divergência invocada, embora a Súmula 239 refira-se a cobrança indevida de imposto e aqui se trate

de direito a crédito fiscal, visto que a negativa de utilização deste importa necessariamente no pagamento do tributo.

5. Há precedentes do Pretório Excelso, com aplicação daquele verbete quando se trate de incidência do ICM: RE 99.435, 1ª Turma, relator o eminente Ministro Rafael Mayer, e RE 100.126, 2ª Turma, relator o eminente Ministro Moreira Alves.

6. No RE 83.255, seu relator, o ilustre e saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, transcreve a opinião do Prof. Isaac Pereira da Silva, em tese de doutoramento sobre o tema, onde se lê:

«Quer se trate de impostos diretos, quer de impostos indiretos, não há maior êxito. Nos primeiros, o fato gerador é, geralmente uma situação jurídica de caráter permanente, são cobrados por períodos certos de tempo, dando lugar aos lançamentos periódicos, geralmente com a duração de um ano (predial, territorial), enquanto que, nos últimos, o fato gerador é uma situação jurídica intermitente, isolada, instantânea, não compreendendo um período certo de tempo (o antigo imposto de vendas e consignações e, hoje, o ICM). Quer em uns, quer em outros, cada fato gerador (cada operação tributável) faz surgir uma relação jurídica autônoma entre o Fisco e o contribuinte. Mesmo os fatos geradores instantâneos, que ocorrem num dado momento de tempo, cada vez que surgem, dão lugar a uma relação obrigacional tributária autônoma.

Por isso mesmo, julgada uma relação jurídica tributária, tal fato não implica no julgamento das outras relações jurídicas obrigacionais, ainda que referentes ao mesmo imposto, ao mesmo contribuinte, com base na mesma lei. A decisão não terá sido normativa. Fora do caso concreto, ela não obriga nem mesmo ao próprio Tribunal. A delimitação objetiva da coisa julgada está no conteúdo da relação jurídica que foi controvertida e julgada. A relação obrigacional surgiu com o fato gerador da obrigação tributária principal, mas se extingue juntamente com o crédito dela decorrente, visto que tem por objeto o pagamento do tributo devido (CTN, art. 113, § 1º). Vitorioso o contribuinte, a decisão judicial trântisa em julgado extingue o crédito (CTN, art. 156, X), mas, evidentemente, o crédito decorrente da relação tributária material, que foi controvertida e julgada.» (RTJ 83/443-4).

7. Diante do exposto, opinamos que seja conhecido o recurso pela letra *d*, dando-se-lhe provimento.»

(fls. 306/307): .....

Está correto o parecer, ajustado, aliás, à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 99.435-MG, Relator Min. Rafael Mayer, *DJ*, 19-8-83; RE 109.073-SP, Rel. Min. Rafael Mayer, *DJ* de 13-6-86; RE 110.643-SP,



*DJ* de 18-3-88; RE nº 100.126-PR, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 23-9-83).

No RE nº 83.225-SP, o Relator, Ministro Rodrigues Alckmin, demonstra, forte no magistério de Isaac Pereira da Silva, o acerto do entendimento no sentido de que a decisão que julga indevido o tributo cobrado em determinado exercício não faz coisa julgada quanto a ser indevido o tributo em exercícios ulteriores (RTJ 83/439).

No caso, o voto vencido do Desembargador Dínio Garcia enfocou com maestria o tema, quer sob o ponto de vista processual, quer sob o aspecto tributário:

«Consoante princípio assente, no que diz respeito ao tempo a coisa julgada está limitada aos fatos existentes por ocasião do encerramento dos debates (cf. Pontes de Miranda, «Comentários ao Código de Processo Civil», vol. 5, pág. 157 e segs.; Schönke, «Lb. des Zivilprozessrechts», 8ª ed., pág. 343 e segs.; Blomeyer, «Zivilprozessrechts», pp. 466 e segs.; Rosenberg, & Schwab, «Zivilprozessrechts», 13ª ed., pág. 941 e segs.).

É certo que a esta restrição escapam as relações jurídicas em que as prestações têm continuidade ininterrupta no tempo (como as da locação), ou que se repetem periodicamente (como as do contrato de fornecimento; cf. Trabucchi, «Instituzioni di Diritto Civile», 22ª ed., pág. 690 e segs.).

Esta exceção, todavia, não abrange os chamados «tributos periódicos»: embora se trate de casos em que a obrigação tributária se reproduz de tempos em tempos, tal circunstância, como adverte Giannini («Il Rapporto Giuridico d'Imposta», pág. 210):

«ti di una sola obbligazione, il cui adempimento sia ripartito nel tempo. Per ciascun periodo, invece, sorge una nuova obbligazione, cosicchè, una volta determinato il periodo d'imposta, l'obbligazione periodica non si distingue più da quella instantanea, se non in questo che per essa perdura, entro i limiti sopra indicati, l'efficacia dell'accertamento compiuto per l'obbligazione iniziale, laddove per ciascuna obbligazione instantanea si richiede necessariamente un distinto accertamento.»

Com maioria de razão, na exceção não pode ser incluído o ICM, que é um tributo instantâneo, como se pode ver de sua definição legal (cf. Decreto-Lei nº 406, de 1968, art. 1º).

Todavia, em razão do princípio da anualidade do tributo, a eficácia da coisa julgada tributária tem sido estendida ao exercício em que se tenha declarado indevida a cobrança do imposto, vedada, porém, qualquer ampliação aos exercícios posteriores (Súmula nº 239).

Neste sentido é a jurisprudência da Corte Suprema (RTJ, 106/1.189, 107/ 1.235 e 108/405 e 406).

Ora, na espécie, as decisões que, em primeira e segunda instâncias, julgaram procedente a ação declaratória intentada pela autora contra a ré, foram proferidas no ano de 1978. Assim, a coisa julgada que nesse processo se formou só dizia com as relações jurídicas nascidas no exercício de 1978, não se estendendo, portanto, às surgidas em 1979, objetivadas no Auto de Infração que a autora pretende anular.

E no concernente à legitimidade do diferimento e à inexistência de direito ao crédito quando ele ocorre, pacificou-se o entendimento dos tribunais (cf. RTJ, 87/324, 95/248, 102/195, 104/213).» (Fls. 248/250).

.....

Do exposto, conheço do recurso pela letra c (CF, 1988, art. 105, III, c) e dou-lhe provimento.

#### VOTO VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: O relatório elaborado pelo eminente Ministro Carlos Velloso assim explicitou a espécie, no ponto que interessa à sua compreensão:

«Trata-se de mandado de segurança impetrado por Zanini S/A Equipamentos Pesados contra ato do Chefe do Posto Fiscal Estadual de Sertãozinho, que determinou a lavratura de auto de infração e a imposição de multa, por ter a impetrante se creditado do ICM pago (ou diferido), quando da aquisição e entrada em seu estabelecimento de ferro velho, aparas e resíduos de metais em geral, que utiliza em seu processo industrial. Alega a impetrante que o direito ao creditamento do imposto está amparado em decisão prolatada em ação declaratória, transitada em julgado, e que o procedimento da autoridade fere, frontalmente, coisa julgada material.

A sentença de fls. 148/154 julgou a impetrante carente da segurança, com fulcro nos arts. 267, VI e 301, X, do Código de Processo Civil.

A Décima Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, deu provimento ao recurso da impetrante, para afastar a carência, determinando o prosseguimento do julgamento (fls. 205/206).

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sertãozinho, em sentença de fls. 216/222, julgou procedente, em parte, o mandado de segurança, anulando o auto de infração, no ponto em que impôs à empresa a obrigação de recolher determinada quantia,

a título de ICM, referente à entrada, no estabelecimento, para industrialização, de produtos «cujo pagamento fora diferido para quando da venda do produto originário de tal matéria-prima».

A Décima Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça paulista, por maioria, negou provimento à remessa oficial, reconhecendo a violação à coisa julgada.

Entendeu o acórdão que «é inquestionável a ilegalidade e o abuso de poder na autuação feita, pois se prevalecesse seria inócua a decisão prolatada na ação declaratória, como se não existisse os arts. 4º, I, 467, 468 e 474, do Código de Processo Civil.»

O douto e respeitável voto do ilustre Ministro Relator, ao considerar correto o parecer da Procuradoria-Geral da República, lavrado pelo Procurador Miguel Frauzino Pereira, cujos tópicos S. Exa. transcreveu, bem assim o voto do Desembargador Dinio Garcia, vencido no julgamento da apelação, concluiu pelo conhecimento do recurso pela letra e do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988 e ao mesmo deu provimento.

Pedi vista dos autos e agora os trago para a continuação do julgamento.

A fundamentação do acórdão, objeto de recurso especial é a que ora transcrevo (fls. 246/247):

«A matéria objeto da segurança tem caráter restrito. Versa, unicamente, sob o aspecto processual do alcance da coisa julgada.

Ao reformar decisão de primeiro grau, a Egrégia Quarta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil à unanimidade reconheceu a impetrante «o direito de creditar-se do imposto pago (ou diferido) na operação anterior, face ao princípio da não cumulatividade do ICM, assegurado pelo art. 23, nº II, da Constituição Federal» (fls. 30/31).

Afrontando essa decisão já coberta pela *res judicata*, agentes do fisco, após declarados os créditos pela impetrante nas guias de apuração e informação do ICM (GIAS), a autuaram por falta de recolhimento do imposto diferido.

É da essência da ação declaratória o estabelecimento da certeza de uma relação jurídica. Se a impetrante devesse recolher o ICM, ainda que na condição de substituta tributária nas operações relativas à aquisição da sucata e não seria necessária a ação declaratória para obtenção da certeza da existência da relação tributária.

«Por ter força de lei, a coisa julgada material tem força obrigatória, não só entre as partes como em relação a todos os juízes que deverão respeitá-la» (Moacyr Amaral Santos, in *Direito Processual Civil, Parte Geral*, volume 3, pág. 51). É inclusive preceito constitucional (§ 3º do art. 153 da vigente Constituição Federal).

Assim, é inquestionável a ilegalidade e o abuso de poder na autuação feita, pois, se prevalecesse seria *inócua a decisão prolatada na ação declaratória*, como se não existissem os arts. 4º, I, 467, 468 e 474 do Código de Processo Civil.»

Entendo que se a recorrida obteve, pela decisão trânsita em julgado nos autos da ação declaratória, o reconhecimento do direito de se creditar do montante do ICM correspondente à aquisição de resíduos e sucatas de metais em geral, por ela utilizados em seus processos de industrialização, a partir dos cinco anos anteriores à data do despacho que assim determinou, não podia o Fisco lavrar contra ela auto de infração e imposição de multa por alegadas faltas relativas ao recolhimento do imposto e ao crédito do mesmo (cfr. fl. 11 dos autos), ainda que se considere a seguinte afirmação contida no pronunciamento do preclaro Ministro Carlos Velloso:

«Ora, na espécie, as decisões que, em primeira e segunda instâncias, julgaram procedente a ação declaratória intentada pela autora contra a ré, foram proferidas no ano de 1978. Assim, a coisa julgada que nesse processo se formou só dizia com as relações jurídicas nascidas no exercício de 1978, não se estendendo, portanto, às surgidas em 1979, objetivadas no Auto de Infração que a autora pretende anular.»

Assim não entendo, *data venia*, por que, em primeiro lugar, não houve alteração na legislação pertinente, que o acórdão exarado na ação declaratória examinou; em segundo lugar, porque considero que a referida decisão, *ex vi legis*, tem o conceito jurídico de coisa julgada material, «força obrigatória e vinculante do acertamento de uma relação jurídica», segundo a definição dada por Betti, lembrada por Carvalho Santos. Portanto, a eficácia da sentença declaratória haverá de perdurar enquanto estiver em vigor a lei em que se baseou, e que interpretou para julgar a ação procedente.

Seria incurial admitir-se, segundo concebo, que a declaração sentencial sub examine não se projetasse para o futuro enquanto inalterada a legislação em que ela se baseou, deixando aberta ao Fisco oportunidade para autuar a recorrida pela prática de atos idênticos àqueles examinados, tantas vezes quantas quisesse, obrigando-a, conseqüentemente, a ajuizar tantas ações quantas fossem tais autuações!

Atribuir-se tão estreita eficácia à coisa julgada, *in casu*, como parecem indicar as citações doutrinárias e jurisprudenciais mencionadas no voto do eminente Ministro Relator, a meu sentir, *premissa venia*, afrontam princípios consagrados que asseguram o equilíbrio das relações jurídicas, no âmbito do direito substantivo e do direito processual.

Do v. acórdão que deu provimento à apelação das autoras, interposta da sentença na ação declaratória, leio e transcrevo: (fls. 30/31):

«As autoras utilizam resíduos e sucatas de metais em geral como matéria-prima, na fabricação dos seus produtos.

A operação de venda desta matéria-prima não está isenta de tributação, mas é caso típico de lançamento diferido, em que o contribuinte, ou seja, o comprador ou o destinatário da mercadoria, recolhe o imposto pelo vendedor, por ocasião da saída das mercadorias industrializadas.

Trata-se, portanto, de transferência de responsabilidade expressamente admitida pelo art. 121, parágrafo único, nº II, do Código Tributário Nacional.

Logicamente, o estabelecimento industrializador tem o direito de creditar-se do imposto pago (ou diferido) na operação anterior face ao princípio da não-cumulatividade do ICM, assegurado pelo art. 23, nº II, da Constituição Federal.

Aliás, a legislação estadual não impede o comprador de sucata de se creditar do valor do ICM incidente sobre o preço pago por ocasião da compra e da conseqüente entrada da mercadoria em seu estabelecimento industrial.

Este é o entendimento predominante neste Tribunal, conforme os Venerandos Acórdãos proferidos nas Apelações nºs 238.067, 236.407, 236.547, 242.714, 233.430, 244.120, 230.680 e 236.466, cujas cópias foram juntadas por linha pelas autoras.»

Ora se assim se decidiu soberanamente, não podia o Fisco repetir, em curto espaço de tempo, auto de infração lavrado com base nas mesmissimas normas legais examinadas em juízo, soberanamente.

Com o respeito e a admiração que tenho pelo eminente Ministro Relator, de cujos votos sempre brilhantes raramente discordo, neste caso, porém, impõe-me a consciência decidir em sentido contrário ao seu posicionamento, concessa venia.

Conheço do recurso pela alínea e do inciso III do artigo 105 da vigente Constituição Federal, mas para negar-lhe provimento.

## VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, na sentença da ação declaratória é apreciada relação jurídica, que, na hipótese sub judice, tem como causa a incidência ou não de ICM, quando se trata de aquisição de material para ser industrializado. Na hipótese mencionada pelo Eminentíssimo Ministro Américo Luz, o julgado, ora objeto de apreciação, reconheceu ao autor da ação declaratória direito ao creditamento. Evidentemente, a ação declaratória, uma vez operado o seu trânsito em julgado gera direito para todas as operações desde que a causa da relação jurídica se mantenha a mesma, vale dizer, o fato jurídico disciplinado pela norma vigente à época da propositura da ação.

Com estas considerações e observando que eventual modificação da natureza jurídica do fato implicará outra situação jurídica, parece-me que, *data venia* do Eminentíssimo Ministro Relator, enquanto isso não se der, persiste o direito traduzido pela coisa julgada a creditar-se como postulado.

*Data venia*, acompanho o Eminentíssimo Ministro Américo Luz.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 719 — SP — (Reg. nº 89.9999-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos Velloso. Rel.: para acórdão: O Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Rec-te.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdo.: Zanini S/A Equipamentos Pesados. Advs.: Drs. Maria Elisabeth Rolim e outros e Manoel Afonso de André Júnior.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator (Carlos Velloso), conhecendo do recurso pela letra c e dando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Miguel Ferrante, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz. Aguardam os Srs. Ministros Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro. (2ª Turma — 4-12-89).

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Miguel Ferrante, conheceu do recurso pela letra c, mas negou-lhe provimento. (2ª Turma — 7-2-90).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante, Américo Luz, Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 738 — SP

(Registro nº 89.0010025-4)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Vicente Sanches Marques e outros, João Batista Severino, Cia. União dos Refinadores — Açúcar e Café, Laborterápica Bristol S/A — Ind. Química e Farmacêutica, Pastifica Batie Ltda., Lacércio de Moraes Rego e outros, Izabel Penteado da Costa Machado de Souza e outros, Luiz Carlos Martim*

Advogados: *Drs. José do Carmo Mendes Júnior e outros, José Mário Pimentel de Assis Moura e outro, João Batista Severino, Júlio Anton Alvarez, Gilberto Cipullo, Santo Battistuzzo, Ubirajara Silveira, Everaldo João de Oliveira e Raimundo Alves de Andrade*

**EMENTA:** Processual Civil. Arts. 604, 605, 730 e 731 do CPC. Precatórios expressos em OTN, acolhidos pelo Tribunal. Decisão que, à vista de depósito efetuado sem correção monetária, decretou o sequestro de receitas.

De acordo com a sistemática estabelecida nos artigos 730 e 731 do CPC, em consonância com o disposto no art. 117 e parágrafos da Carta de 1967, cumpre ao Presidente do Tribunal encaminhar, ao órgão competente, o total dos precatórios apresentados até o dia primeiro de julho, para inclusão obrigatória no orçamento da entidade devedora, para o exercício seguinte, onde deverá figurar pelo valor global, sem qualquer designação de caso ou pessoa.

Eventuais requisições de pagamento não expressas em moeda corrente, pela singela razão de que inexistente orçamento calcado em valores heterogêneos, não de ser convertidos na aludida moeda, antes de serem computados.

Essa conversão, factível por meio de mera operação aritmética, não retira a liquidez e certeza do precatório, dispensando o procedimento previsto nos arts. 604 e 605 do CPC.

Precedentes jurisprudenciais do STF.

Quebra de ordem de precedência que somente se poderia ter por configurada se a entidade pública, em vez de liberar, à ordem do Tribunal, na medida do possível, as verbas a este consignadas, utilizá-las para atender a credor não relacionado para o referido exercício, ou relacionado em posição desvantajosa.

Caso em que nenhuma das hipóteses se acha configurada.

Recurso provido.

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

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Trata-se de processo em curso perante o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, em que

foram reunidos diversos precatórios expedidos em execuções de sentença promovidas, na Comarca da Capital, contra a Fazenda Estadual.

Dois foram os recursos extraordinários manifestados pela Fazenda Pública, no bojo do mencionado procedimento: o primeiro contra acórdão que negou provimento a agravo regimental manifestado contra despacho da Presidência da Corte que, além de admitir a requisição de pagamentos expressos em ORTN, decretou o seqüestro das rendas estaduais, ao fundamento de preterição de direito de preferência; e o segundo, também contra julgamento de agravo regimental, desta vez interposto contra determinação expedida no sentido de que se prosseguisse no cumprimento do mandado de seqüestro, cuja execução se achava suspensa, por efeito de ordem liminar do STF, a final cassada.

Alegou-se violação dos arts. 6º, 117, §§ 1º e 2º, e 153, § 2º, da CF; contrariedade aos artigos 587, 588, 604, 605, 730 e 731 do CPC; reconhecimento de validade dos Provimentos nºs 03/82 e 13/82 e das Resoluções nºs 06/84 e 07/84, do Tribunal de origem, que teriam sido contestados em face da CF e do CPC; e, ainda, divergência com a jurisprudência do STF.

Acolhidos pela letra *a*, quanto à matéria constitucional, subiram os autos à Excelsa Corte, onde, pelo eminente Relator, Min. Cêlio Borja, foi proferido despacho de que se colhe o seguinte trecho:

«Deferido o recurso pela alínea *a*, quanto à matéria constitucional, cabe considerá-lo admitido pelos fundamentos da alínea *c* (constitucionais e legais), por força da Súmula nº 292. Houve agravo. Acolhida, ainda, a argüição de relevância quanto à matéria infraconstitucional e já instalado o STJ, compete-lhe apreciar o recurso especial em que se converteu parte do apelo extremo, relativamente ao tema legal (ut art. 105, III, *a* e *c*, CF/88). O Supremo, posteriormente, julgará o recurso extraordinário quanto ao tema constitucional (RE 118.451, *DJ* de 5-5-89)».

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento, fazendo-o do seguinte modo:

«O pronunciamento do Ministério Público local, fl. 10249, do ilustrado Procurador-Geral de Justiça Cláudio Ferraz de Alvarenga, bem sintetiza a matéria dos autos:

«Houve por bem o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão Plenária, decretar o seqüestro das rendas do Estado, a fim de que fossem cumpridos os precatórios protocolizados até 1º de julho de 1983, todos com cláusula de atualização automática (fls. 197/222).

Interpôs a Fazenda recurso extraordinário que foi admitido pela alínea *a* do permissivo constitucional, por possível violação do art. 117 da Constituição Federal.

De fato, o *v. acórdão* recorrido contraria frontalmente o texto constitucional. Segundo tem decidido a Egrégia Presi-



dência do Tribunal a quo, o pagamento da indenização sem a devida atualização, «ainda que possa não ter sido correto por não atender totalmente a requisição, não daria margem ao seqüestro, pretendido, ressalvado aos prejudicados o recurso ao remédio adequado» (AR nº 5.123-0 de 20-3-86). E mais: «o seqüestro autorizado pelo artigo 117, § 2º, da Carta Magna e reafirmado pelo art. 731, do Código de Processo Civil, é medida condicionada a uma única hipótese: caso o credor seja preterido em seu direito de preferência». Ademais, «não poderia ser determinado o seqüestro sem ser providenciado que os credores que precederam os requerentes tivessem idêntica benesse» (AR 4.077-0, de 7-2-86).

Assim tem decidido o Tribunal de Justiça de São Paulo (cfr. AR 5.785-0, 5.798-0, 5.787-0), e este Colendo Supremo Tribunal Federal (cfr. RREE 103.663-0, 103.652-4, 103.657-5, 103.684-1, 103.661-3).

Além do mais é absolutamente pacífico que o «precatório deve traduzir uma importância líquida e certa a ser incluída no orçamento, não sendo possível a fixação de critérios variáveis no futuro. O valor do precatório há de ser expresso em moeda nacional. A ORTN, que é título da dívida pública, não é meio de pagamento, servindo apenas para o cálculo da correção monetária, segundo o coeficiente previsto em lei» (RE 112.740/6-SP, rel. Min. Carlos Madeira, J. ... 13-3-87, VU, DJ 27-3-87, pág. 5170). É torrencial a jurisprudência deste Pretório Excelso, no sentido de que a expedição de precatórios em ORTN contraria o art. 117, § 1º, da Constituição Federal (RREE 111.675-7-SP, 111.723-1-SP, 112.024-0-SP, 112.155-6-SP, 112.172-6-SP, 112.183-1-SP, 112.191-2-SP, 112.202-1-SP, 112.205-6-SP, 112.208-1-SP, DJ, 13-3-87, pp. 3885/3890; v. tb., DJ 3-4-87, pp. 5821/5826; DJ 10-4-87, pp. 6425/6427; DJ 15-4-87, pp. 6835/6838)».

Nos termos dos precedentes da Suprema Corte, referidos no parecer em questão, ao lado de acolhida a relevância em anexo, somos pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário».

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: Processual Civil. Arts. 604, 605, 730 e 731 do CPC. Precatórios expressos em OTN, acolhidos pelo Tribunal. Decisão que, à vista de depósito efetuado sem correção monetária, decretou o seqüestro de receitas.

De acordo com a sistemática estabelecida nos artigos 730 e 731 do CPC, interpretados em consonância com o disposto

no art. 117 e parágrafos da Carta de 1967, cumpre ao Presidente do Tribunal encaminhar, ao órgão competente, o total dos precatórios apresentados até o dia primeiro de julho, para inclusão obrigatória no orçamento da entidade devedora, exercício seguinte, onde deverá figurar pelo valor global, sem qualquer designação de caso ou pessoa.

Eventuais requisições de pagamento não expressos em moeda corrente pela singela razão de que inexistente orçamento calcado em valores heterogêneos, hão de ser convertidos na aludida moeda, antes de serem computados.

Essa conversão, factível por meio de mera operação aritmética, não retira a liquidez e certeza do precatório, dispensando o procedimento previsto nos arts. 604 e 605 do CPC.

Precedentes jurisprudenciais do STF.

Quebra de ordem de precedência que somente se poderia ter por configurada, se a entidade pública, em vez de liberar, à ordem do Tribunal, na medida do possível, as verbas a este consignadas, utilizá-las para atender a credor não relacionado para o referido exercício, ou relacionado em posição desvantajosa.

Caso em que nenhuma das hipóteses se acha configurada.

Recurso provido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Registre-se, preliminarmente, que as arguições de relevância, conquanto houvessem enfocado toda a matéria infraconstitucional, foi acolhida tão-somente no ponto concernente à alegação de que a expedição de precatório expresso em ORTN, sem o processamento prévio do cálculo de conversão, além de ter violado os arts. 604 e 605 do CPC, que disciplinam a liquidação por cálculo do contador, contrariou, também, a norma dos arts. 730 e 731 do mesmo Código, que regem a execução por quantia certa, contra a Fazenda Pública.

O recurso especial, no caso sob exame, deve restringir-se a esses temas.

Dispõe o CPC, nos dois últimos dispositivos mencionados:

«Art. 730. Na execução por quantia certa, contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em dez dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I — o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II — Far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do Tribunal, que expediu a ordem, poderá, de-

pois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.»

O texto transcrito não pode ser entendido senão em consonância com o disposto no art. 117 e parágrafos, da Carta de 1967, vigente à época dos fatos da causa, onde se acha explicitado que a cifra correspondente ao total dos pagamentos deprecados até primeiro de julho será encaminhada pelo Presidente do Tribunal, ao órgão competente, para inclusão obrigatória no orçamento da entidade devedora, para o exercício seguinte, onde deverá figurar de forma global, sem qualquer designação de caso ou pessoa.

Deflui, necessariamente, dessa sistemática, que eventuais requisições de pagamento expressas em outros valores que não a moeda corrente, pela singular razão de que inexistente orçamento calcado em valores heterogêneos, hão de ser convertidas na moeda nacional, antes de serem computados.

Essa conversão, factível por meio de mera operação aritmética, não retira a liquidez e certeza do precatório, dispensando, por isso, o procedimento previsto nos arts. 604 e 605 do CPC.

É óbvio que, em face da inflação, os créditos consignados ao Poder Judiciário deveriam também ser contemplados com reforços, durante o exercício da execução orçamentária, nos moldes do que se verifica com os recursos destinados às demais despesas, notadamente as destinadas ao pagamento de pessoal, afim de que os respectivos valores pudessem ser corrigidos à medida em que fossem sendo entregues aos credores, em ordem a que as respectivas obrigações pudessem ser definitivamente extintas, no mesmo exercício financeiro.

Com essa prática, poderiam ser evitados os inconvenientes das execuções infundáveis.

Inexiste, entretanto, disposição legal, ou constitucional, que a tanto obrigue o Poder Público, não se podendo ter por imperiosa a atualização automática dos recursos orçamentários consignados ao Poder Judiciário, relativos aos precatórios apresentados até primeiro de julho do ano anterior.

Conseqüentemente, a inobservância dessa prática, por mais salutar que se entremostre ela, não pode ser tida como preterição a direito de precedência, para o fim de seqüestro de outras receitas públicas indispensáveis à satisfação dos credores relacionados.

Nesse sentido acima exposto, a jurisprudência indicada no ilustrado parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, transcrito no relatório.

Aliás, tendo-se em vista que os pagamentos, como se viu, são determinados pelo Presidente do Tribunal, é de concluir-se que a quebra da ordem de preferência, ensejadora do seqüestro, somente se configurará se a entidade devedora, em vez de depositar, à ordem da aludida autoridade, as verbas específicas, que forem sendo liberadas, utilizá-las, no todo ou em parte, para atender a credor não relacionado para o referido exercício, ou relacionado em posição desvantajosa.

Não se achando configurada qualquer dessas hipóteses nestes autos, não há senão admitir-se que os acórdãos impugnados, ao acolherem precatórios expressos em OTN e ao decidirem pela drástica medida do seqüestro, contrariaram o espírito dos dois últimos dispositivos processuais apreciados, não podendo subsistir.

Meu voto, pois, é pelo provimento do recurso.

## VOTO

Constitucional. Processual Civil. Execução contra a Fazenda Pública. Liquidação. Importâncias expressas em ORTNs ou BTNs.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: No que tange ao primeiro fundamento do recurso, que diz respeito ao seqüestro, estou inteiramente de acordo com o Sr. Ministro Relator.

Na verdade, o seqüestro somente poderá ocorrer na forma do preceituado no Código de Processo Civil, art. 731, vale dizer, no caso de preterição do direito de preferência do credor.

Quanto ao outro fundamento, no sentido da possibilidade das quantias serem expressas em Obrigações do Tesouro Nacional, verifica-se que, no que tange às receitas, estas já são corrigidas e expressas em OTNs.

Qualquer um de nós paga as parcelas do Imposto de Renda, devido à Fazenda Nacional, em forma de Obrigações do Tesouro Nacional — hoje BTNs. E, assim, as receitas públicas são indexadas. Desse modo, não me parece inexequível indexar, também, as dívidas do Poder Público, o que representaria tratar igualmente as partes, as pessoas, princípio que a Constituição consagra.

Entretanto, o Eminentíssimo Ministro Relator trouxe um argumento que precisa ser meditado: aquele que se inscreve no § 1º do art. 100 da Constituição em vigor. Vale dizer, o que determina ao Presidente do Tribunal determinar a atualização dos valores dos precatórios no dia 1º de julho.

Reservo-me, pois, para, no futuro, meditar e refletir melhor sobre o tema.

O argumento posto pelo Sr. Ministro Relator leva-me, nesta assentada, a acompanhar S. Exa.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Faço minhas as ressalvas do Sr. Ministro Carlos Velloso quanto à possibilidade de atualização futura. Este é um tema que entendo deva ser estudado mais minuciosamente. Por ora, acompanho o eminentíssimo Ministro Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 738 — SP — (Reg. nº 89.0010025-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorridos: Vicente Sanches Marques e outros, João Batista Severino, Cia. União dos Refinadores — Açúcar e Café, Laborterápica Bristol S/A — Ind. Química e Farmacêutica, Pastifica Batie Ltda., Lacércio de Moraes Rego e outros, Izabel Penteado da Costa Machado de Souza e outros e Luiz Carlos Martim. Advogados: Drs. José do Carmo Mendes Júnior e outros, José Mário Pimentel de Assis Moura e outro, João Batista Severino, Julio Anton Alvarez, Gilberto Cipullo, Santo Battistuzzo, Ubirajara Silveira, Everaldo João de Oliveira, Raimundo Alves de Andrade.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (2ª Turma, 8-11-89).

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 819 — RS

(Registro nº 89.0010228-1)

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

Recorrente: *Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil — APLUB*

Recorrida: *Zélia Terezinha Brito de Azambuja*

Advogados: *Drs. César Rodrigues Alves e outros, George Tenório de Noronha*

**EMENTA:** Recurso Especial. Previdência privada. Moeda do pagamento das contribuições e dos benefícios.

A moeda do pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência privada tem o seu valor definido na Lei nº 6.435/77, não havendo direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito.

Precedentes do STF e do STJ.

Recurso conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso pelos dois fundamentos para 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, 7 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Trata-se de ação de cobrança de benefícios da previdência privada, em que viúva de segurado pretende haver da Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil (APLUB) os valores de sua pensão mensal vitalícia, vinculados ao salário mínimo em vigor no País e não consoante indexação pretendida pela ré e ora recorrente.

O Dr. Juiz julgou procedente a ação e sua sentença foi confirmada pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dentro do critério de que as contribuições têm de ser na mesma proporção do benefício assegurado (fls. 312/322). Essa decisão foi mantida também nos embargos infringentes (fls. 364/367).

A APLUB recorreu extraordinariamente, com arguição de relevância da questão federal. O recurso fundou-se no art. 119, III, letras a e d, da CF/67, e art. 325, XI, do RISTF. A recorrente alegou negativa de vigência das Leis n.ºs 6.205/75, 6.423/77, 6.435/77, como do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

E comprovou o dissídio jurisprudencial.

A presidência do Tribunal de origem negou seguimento ao recurso, porque a sua matéria refoge aos casos de cabimento previstos no citado art. 325, do RISTF (ER/85). Mas mandou processar a arguição de relevância (fl. 423), que deu lugar à conversão, pelo STF, do RE em REsp, e a sua remessa a esta Corte (fl. 389).

É o relatório, no essencial.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): A recorrente arrima-se na Lei n.º 6.205, de 29-9-1975, que afastou o salário mínimo como fator de atualização dos benefícios. Também se vale da Lei n.º 6.423, de 17-6-1977, que passou a indexar tais benefícios pela antiga ORTN. O mesmo fez em relação à Lei n.º 6.435, de 15-7-1977, e do seu regulamento baixado com o Decreto n.º 81.402, de 27-2-1978. Alega, em suma, não ser possível, por isso mesmo, continuar a cumprir o contratado, pois impera, em tais casos, o interesse do sistema de prevalência do social sobre o particular.

Mas o acórdão recorrido assegura que o interesse público está antes em que não se atropеле o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, que levaram o contribuinte ao direito à contraprestação exigível nos estritos termos do pacto e sem possibilidade de denúncia unilateral. Se bem que a legislação sub censura tenha caráter de ordem pública, nem assim seria capaz de atingir os direitos constitucionalmente amparados, tanto mais se na missão odiosa de restringi-los retroativamente.

Acho, porém, que o recurso merece ser conhecido pelos dois fundamentos, pois se o dissídio, tal como provado, decorre da interpretação da lei, não há, logicamente, como desconsiderar-se a própria causa do dissídio.

Firmei opinião, em face das decisões desta Egrégia 3ª Turma (Cf. REsp nº 3, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, e REsp nº 29, Relator Ministro Cláudio Santos), a respeito de que o contrato em exame é de duração continuada e que as Leis nºs 6.025 e 6.423 são de direito público e de natureza monetária. Elas atribuem poder liberatório à indexação fixada nos padrões de variações das antigas ORTNs. E, nesta condição, incidem sobre os contratos em curso, como ocorreu, notoriamente, no caso das locações e na generalidade desses contratos, sendo de estranhar se abrisse exceção apenas para os contratos da previdência privada (Cf. Galeno Lacerda, voto na AC nº 583032123, 3ª Câmara Cível do TJRS, fls. 457/461).

Transcrevo, para fins de ilustração, o referido voto:

«O Des. Galeno Lacerda — tenho opinião firmada a respeito do assunto. Entendo que os contratos em exame possuem prazo indeterminado e que as Leis nºs 6.205 e 6.423 são de Direito Público e de natureza monetária. Na verdade, elas atribuíram poder liberatório à indexação legal fixada nos padrões de variações das ORTNs. Nessas condições, incidem sobre os contratos em curso, como ocorreu notoriamente no caso das locações e na generalidade dos contratos, e seria de estranhar que houvesse uma exceção para os contratos de previdência privada. Dispensamo-me de me alongar na fundamentação da tese porque a nossa pauta acha-se muito sobrecarregada e irei incorporar a meu voto, o que proferi na Apelação Cível nº 582.38/6, da qual fui Relator e que entrou em julgamento nesta Câmara na primeira sessão do mês. Lamento divergir do eminente Relator. Dou provimento à apelação para julgar a ação improcedente, condenando o autor nas custas e à sucumbência de 15% sobre o valor da causa, a título de honorários. Eis o voto incorporado: «Dispõe o art. 1º da Lei nº 6.205: «Os valores monetários fixados com base no salário mínimo não serão considerados para quaisquer fins de direito». E o art. 1º da Lei nº 6.423 completou: «A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN)». É evidente que essas leis possuem natureza monetária. O fato econômico-político mais grave, que cor-

rói, há décadas, a vida do País, é sem dúvida a inflação. Nada mais natural, portanto, que o Governo cumpra o dever elementar de ditar normas de indexação monetária, no desesperado afã de disciplinar o mal, já que não pode extirpá-lo de vez. As leis monetárias, pela própria transcendência de Direito Público de que se revestem, são de aplicação imediata, segundo o consenso dos mestres de Direito Transitório, sobre os contratos em curso e, bem assim, sobre qualquer relação jurídica de outra natureza, pública ou privada, não ressalvada pelo novo texto. A propósito da incidência da lei nova sobre os contratos, Roubier destaca as normas que modificam o estatuto legal, e explica que elas os afetam porque «o estatuto legal constitui a situação jurídica primária, ao passo que o contrato resulta de situação secundária» e, depois de afirmar que as leis monetárias incidem sobre os contratos vigentes, esclarece com notável argúcia: «Et précisément, si elle a effet dans les contrats en cours, c'est parce qu'elle n'est pas une loi relative à une situation contractuelle, mais une loi relative à un statut légal, le statut de la monnaie; la loi, considérée comme loi de droit public, atteint tous les sujets de l'État, elle les atteint aussi bien dans leurs contrats qu'en dehors de tout contrat; c'est une erreur de considérer que la loi est relative aux contrats». («E precisamente, se produz efeito sobre os contratos em curso, é porque não se trata de lei relativa a uma situação contratual, mas a um estatuto legal, o estatuto da moeda; essa lei, considerada de direito público, atinge a todos os súditos do Estado, tanto em seus contratos como fora deles; é um erro considerá-la como lei concernente a contratos»). (Roubier, «Le Droit Transitoire», 2ª ed., 1960, pág. 426). De outro lado, ao tratar das causas futuras de extinção da situação jurídica em curso, ensina Roubier que é a lei do dia do pagamento que determinará «l'objet du paiement, c'est-à-dire les moyens monétaires qui serviront à libération du débiteur». (Op. cit., pág. 332). Ora, no contrato previdenciário em exame, se estatuiu que os benefícios seriam pagos na escala do maior salário mínimo vigente. Estabeleceu-se, portanto, uma regra de pagamento, de extinção das obrigações em curso, segundo determinado critério de indexação monetária. Ocorre, porém, que lei nova, imperativa, de direito público, substituiu esse critério. Não há como negar-lhe a incidência sobre as situações jurídicas em curso. Trata-se de lei que mudou o padrão monetário móvel, dentro da fluidez da inflação; que descaracterizou o salário mínimo como fator de correção monetária», segundo reza a ementa da Lei-n.º 6.205. Não há como negar-lhe aplicação imediata. Não afeta ela direito adquirido, pela simples razão, como acentua Roubier, de que inexistente direito adquirido a padrão monetário, a estatuto legal da moeda, matéria da competência exclusiva do Estado. Se, acaso, esse poder não se exerceu durante determinado período, no qual houve liberdade de convencionar determinada indexação, isso



não significa que, manifestado o poder regulamentar nessa área, possam manter-se as convenções anteriores, contra legem, simplesmente toleradas em fase de lacuna legislativa, mas abolidas quando o Estado preencheu o vazio legal. Mesmo que se admita houvesse leis autorizadoras do salário mínimo como padrão corretivo da moeda, claro está que a lei nova que altera esse padrão deve ser cumprida de imediato. Simplesmente porque não há direito adquirido a padrão monetário. Se novamente o Governo mudar o índice, não haverá também direito adquirido em relação aos contratos celebrados na base da ORTN, se a lei nova os não ressaltar. Não cabe dúvida da intenção do legislador, ao editar a Lei nº 6.205, de interferir nos contratos pendentes, intenção manifesta claramente no § 4º do art. 1º: «Aos contratos com prazo determinado, vigentes na data da publicação desta lei, inclusive os de locação, não se aplicará, até o respectivo término, as disposições deste artigo». Em outras palavras, sobre os demais contratos vigentes, a lei é de aplicação imediata. Com efeito, quando entrou em vigor esse diploma, todos os contratos de locação a prazo indeterminado, assim como todas as demais relações jurídicas privadas ou públicas, que haviam eleito o salário mínimo como critério corretivo do pagamento foram por ele atingidas, se não ressaltadas. Em nenhum caso, se cogitou de argüir direito adquirido, porque inexistente e inaplicável. Por que, então, nesse universo de relações jurídicas, haverá de abrir-se exceção para os contratos de previdência privada, aos quais não favorece nenhuma ressalva legal? A incongruência seria gritante e inaceitável. Diz o autor que o contrato por ele celebrado foi a prazo determinado e que, assim, se abrangeria na exceção legal à incidência da Lei nº 6.205. A determinação do prazo resultaria da estipulação de pagar as prestações, num caso, durante 12 e, noutro, 14 anos. O argumento não convence. A indeterminação não está no prazo de pagamento das prestações, mas no das contraprestações pela ré. E este, na hipótese de pensão ou de pecúlio, terá como termo a morte do estipulante, evento incertus quando, o que basta para caracterizar o prazo como indeterminado. Como bem assinala Orlando Gomes, em seu parecer o legislador usou a palavra «prazo», e não «tempo» determinado, a significar, sem sombra de dúvida, que somente excluía da incidência da lei os contratos a termo certo (*dies certus an certus quando*), e nessa categoria não se incluem as avenças que elegem a morte como termo. Ou, como, com igual brilho, lembra Miguel Reale, no parecer, não se pode considerar a prazo determinado um contrato no qual associado ao Plano, como ocorre na espécie, pode dele desligar-se a qualquer tempo, mediante declaração unilateral de vontade. Inegável, portanto, a incidência da Lei nº 6.205 na espécie, não me impressiona o fato de a APLUB, em tempo posterior, ter continuado a pagar ao autor pensão mensal com base no salário mínimo. Fê-lo, não por dever

jurídico, pois a lei modificara a situação pendente, senão que por mera liberalidade, aliás, de efêmera duração, visto como a Lei nº 6.435, de 15-7-77, que dispôs sobre a Previdência Privada, e normas regulamentares, posteriores, inclusive das autoridades fiscalizadoras do setor, impuseram, de modo inarredável, a todas as entidades de previdência privada, a adoção do índice corretivo das ORTNs em todos os contratos vigentes. Somou-se, pois, à nova legislação monetária, outra lei imperativa específica. Daí a Circular de 2-5-80, através da qual a APLUB se viu compelida a comunicar aos associados a mudança do critério legal. Como disse Ripert, com absoluta propriedade, «a nova lei, que estabelece uma regra de ordem pública, pode tolerar que algumas convenções antigas continuem a aplicar-se, ainda que contrárias à regra, mas pode julgar, pelo contrário, que toda a derrogação à ordem estabelecida é suscetível de comprometê-la, e torna-se então necessário anular cláusulas cuja regularidade era incontestável na época em que foram aceitas pelas partes». «Quando a anulação é motivada pelo estabelecimento legal de um novo regime econômico, trata-se de uma nova aplicação da idéia de ordem pública». (O Regímen Democrático e o Direito Civil Moderno», trad. bras., 1937, pág. 312). Enfim, como último argumento, a arredar em definitivo a idéia de direito adquirido na espécie, basta atentar-se para o fato de que o Regulamento do Monte APLUB, a que os autores aderiram, previu expressamente, nos arts. 39 e 60, a hipótese de extinção legal do salário mínimo como padrão corretivo. Onde, pois, o direito adquirido?». (Fls. 457/461).

Por outro lado, o dissídio se comprova, à mão de semear, principalmente com decisões de Turmas do STF, das quais destaco as seguintes, da 2ª Turma:

«*Ementa*: a moeda do pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência privada tem o seu valor definido pela Lei nº 6.435/77, segundo os índices das ORTNs, para todas as partes. Não há direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil réis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo. O pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei do dia do pagamento. RE conhecido e parcialmente provido.» (RE nº 105.137-0). (Fl. 23).

«*Ementa*: APLUB. Benefício previdenciário. Reajuste. Salário mínimo. ORTN. Não há direito adquirido a que os benefícios de previdência privada sejam fixados segundo o valor do salário mínimo, se lei posterior fixa nova escala móvel, alcançando obrigações de origem contratual ou não.» (RE nº 105.322-4-RS). (Fl. 408).

Ante o exposto, conheço do recurso pelos seus dois fundamentos, para lhe dar provimento, e julgar improcedente a ação mediante a reforma do acórdão recorrido, respeitadas as situações pretéritas. Em consequência, im-

ponho os ônus da sucumbência com honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor da causa.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 819 — RS — (Reg. nº 89.0010228-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite. Recte.: APLUB. Recda.: Zélia Terezinha Brito de Azambuja. Advs.: Drs. César Rodrigues Alves e outros e George Tenório de Noronha.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pelos dois fundamentos para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Julgado em 17-10-89 — 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 ESPECIAL Nº 1.060 — SP

(Registro nº 89.0010829-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Esso Brasileira de Petróleo S.A. e outro*

Recorrido: *Adão Rodrigues Godtsfriedt e outros*

Advogados: *Drs. Wladimir Cassani, Antonio Carlos Caruso e outros*

**EMENTA:** Ação renovatória. Contrato de locação comercial com cláusula de renovação automática. Carência de ação ao fundamento de inexistência de contrato escrito com prazo determinado, tendo-se como inválida cláusula prorrogatória, que se afasta por afrontar a autonomia da vontade dos contratantes. Provimento do REsp. Prejudicialidade do extraordinário fundado na letra a.

I — Recurso extraordinário com argüição de relevância da questão federal suscitada, acolhido na instância originária com fundamento nas letras a e d da Emenda Constitucional de 1969, remetido ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento da matéria infraconstitucional.

II — Conhecimento pela letra d, por comprovado dissenso com julgados do Supremo Tribunal Federal.

III — Nas locações sob o regime da «Lei de Luvas» é válida a cláusula prorrogatória da locação previamente ajustada pelos contratantes.

IV — A cláusula prorrogatória, por sua vez, não se proroga, pois isso corresponderia à perpetuidade da locação e à expropriação do imóvel, operando-se, assim, uma só vez, atribuindo-se-lhe o caráter de proposta que vincula as partes às condições já previamente avençadas.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, julgado prejudicado na parte relativa à matéria constitucional, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 31 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Nos autos da ação renovatória de contrato de locação em que Esso Brasileira de Petróleo S.A. e outro contendem com Adão Rodrigues Godtsfriedt e outros, estes agravaram do despacho judicial que, saneando o processo, repelira as preliminares de prescrição, face à inércia dos autores em diligenciar a citação dos réus; de falta de atendimento aos requisitos estabelecidos pelo Dec. 24.150/34 — art. 5º, alínea a —, importando em julgar as autoras carecedoras da ação. Finalmente, alinham a preliminar em que se considera as autoras carecedoras do direito à renovatória do contrato de locação, eis que este se encontra envolvido por vício de origem, qual o da inexistência de contrato escrito com prazo determinado, segundo os ensinamentos da doutrina que expõem.

Ao oferecer contraminuta ao agravo de instrumento, refutou a ora recorrente as preliminares, notadamente quanto à alegada inexistência de contrato escrito, afirmando provado o requisito da letra a do art. 4º do Decreto 24.150/34, com os elementos que acostou à inicial, tudo como, aliás, observara o Dr. Juiz ao repelir a arguição.

O acórdão da 8ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo reformou a decisão recorrida, dando provimento ao recurso para extinguir o processo, sem julgamento de mérito, em abreviado, por entender não provada a existência de contrato escrito pelo autor.

Interpôs, este, então, embargos de *declaração*, alegando omissão do acórdão quanto à existência de contrato escrito de locação, celebrado entre as partes, que foi trasladado para a formação do instrumento, o qual, por

sua cláusula II, prevê a prorrogação automática da avença, que se iniciara em 1º de maio de 1977, findando-se em 30 de abril de 1982, prorrogando-se, automaticamente, até 30 de abril de 1987, face à inoccorrência de manifestação negativa de vontade dos réus, opondo-se à renovação extrajudicial, para o quinquênio de 1º de maio de 1982 a 30 de abril de 1987, certo que ajuizaram a renovatória apenas *ad cautelam*, eis que os locadores haviam manifestado por escrito a intenção de vender o imóvel onde se acha instalado o autoposto e objetivando a fixação de novo valor locatício.

Os embargos declaratórios foram rejeitados ao argumento de que tendo a Câmara aludido que faltou contrato escrito com prazo determinado, não aceitou como válida, para a renovação compulsória, aquela prorrogação automática, afigurando-se que o exercício da ação implicou reconhecimento, pelo próprio autor, da inocuidade daquela cláusula, desinfluyente a eventual pretensão de venda do imóvel.

Inconformado, recorreu extraordinariamente o autor com fundamento no art. 119, inciso III, letras *a* e *d* da Constituição Federal (então vigente), argüida relevância da questão federal, alegando ofensa aos arts. 153, §§ 1º, 3º, 15 e 36 daquela Carta, bem como dissídio com arestos do Supremo Tribunal Federal, merecendo acolhida pelo douto Presidente daquela Corte.

No Supremo Tribunal Federal, por despacho do eminente Ministro Relator Octávio Gallotti, foi o processo remetido a este Egrégio Tribunal, para exame da matéria infraconstitucional, com restituição dos autos, após, para julgamento da questão constitucional.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Incorporado ao presente o relatório, como parte expositiva, examina-se a questão quanto à letra *d* do dispositivo constitucional precedente, hoje letra *c* da Carta em vigor.

Dispôs o Acórdão recorrido e declarado à fl. 92, *verbis*:

«Realmente, se, como ficou claro com a citação da doutrina, se decidiu que faltou contrato escrito com prazo determinado, não se aceitou válida, para a renovação compulsória, aquela prorrogação automática.»

Como prova do dissenso, colacionou o recorrente a decisão proferida no RE 20.551 (RF 147-131), cujo trecho transcreveu para confronto:

... «O Decreto nº 24.150, no seu art. 1º, condiciona sua própria aplicação no desacordo entre as partes interessadas. Nem mesmo para arbitramento do aluguel se faz precisa a ação renovatória, quando o contrato originário prevê cláusula prorrogatória.»

Valendo, entretanto, observar que, no caso, não incidiria o óbice do prequestionamento, eis que a oportunidade de invocá-lo somente surgiu para o recorrente quando da prolação do Acórdão embargado, consoante entendimento manifestado pelo eminente Ministro Soares Muñoz, no Recurso Extraordinário nº 94.499-1, *DJ*, 20-5-83.

Assim, comprovada a divergência conheço do recurso.

E o faço para dar-lhe provimento.

Revelam os autos que o autor, ora recorrente, celebrou a avença com os recorridos, observados os requisitos legais, estabelecendo em sua cláusula II, que o prazo seria de 60 meses contados a partir de 1º de maio de 1977, «ficando sucessiva e automaticamente renovado por períodos iguais, a menos que, no mínimo seis meses antes de expirar-se cada período, qualquer dos contratantes manifeste ao outro sua intenção de dar por findo este contrato, por carta enviada através do ofício do Registro de Títulos e Documentos».

Sobre a validade de tal disposição, J. Nascimento Franco e Niske Gondo, em sua já clássica obra «Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel» (1ª edição 1968, pág. 15), citando Oswaldo Optiz, asseveram: «Se na renovação feita na forma do art. 1º da Lei de Luvas, as partes estipularem uma cláusula que preveja a renovação automática, desde que o locatário silencie ou se manifeste dentro de certo prazo, expirado este, o contrato está renovado. Dispensável se torna o exercício da ação de renovação, em que pese a existência de decisões em contrário, exigindo a propositura da ação. O locatário não é obrigado a exercê-la, mas pode, por cautela, porque tal cláusula não lhe tira o direito à pretensão e à ação de renovação, no dizer de Pontes de Miranda».

E concluem: «Em suma, nas locações sob o regime da Lei de Luvas é válida a cláusula prorrogativa da locação, mediante as condições previamente ajustadas para a hipótese» não sem antes advertir «evidentemente, a cláusula prorrogatória, por sua vez, não se prorroga, pois isso corresponderia à perpetuidade da locação e à expropriação do imóvel. Sua finalidade é prorrogar o contrato e as demais condições pactuadas, menos, ela própria, que não tem o poder de auto-reconduzir-se» (mesma obra pág. 14).

Outra não é a hipótese dos autos.

Firmaram as partes litigantes o contrato de locação apazando-o para o período de 1º de maio de 1977 a 30 de abril de 1982, prorrogando-se, automaticamente, como previsto em sua cláusula II, por um novo período que se venceria em 30 de abril de 1987, propôs o autor a presente ação renovatória, pois que, segundo informa: «sabendo de antemão que a cláusula prorrogatória, por sua vez, não se prorroga, pois isso corresponderia à perpetuidade da locação», visando a renovação do contrato para o período de 1º de maio de 1987 a 30 de abril de 1992.

Agindo assim, fez corretamente na preservação de seu direito. Dispondo, como dispõe, o contrato sobre sua renovação automática, no silêncio

dos contratantes, exercitável até seis meses antes de seu término, é de admitir que essa prorrogação opere automaticamente uma só vez, na lição do Ministro *Alfredo Buzaid* («Da Ação Renovatória» — Saraiva, 3ª ed., Vol. II, pág. 693) atendendo a autonomia da vontade dos contratantes que puseram a estipulação na forma como lhes convinha, dentro da limitação estabelecida no princípio da supremacia da ordem pública.

Registra-se, por derradeiro, que o Supremo Tribunal Federal em reiteradas decisões confirmou a validade da cláusula prorrogatória negando-lhe potestatividade e atribuindo-lhe o caráter de proposta para renovação do contrato por preço que se fixou em juízo, consoante, dentre outros, a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 82.291, Rel. Min. *Rodrigues Alckmin*, Rev. dos Tribs, V. 510, pág. 263, citado por *Buzaid* (obra ref. Vol. II, pág. 689), que sobre a matéria assim conclui: «Esta nova colocação do problema veio qualificar a natureza do direito que o locatário exerce, fundado na cláusula do contrato, que lhe assegura a prorrogação da locação conforme as condições já previamente estipuladas. Não se cuida apenas de negar a tal cláusula o caráter de condição potestativa *pura*. Cuida-se de lhe *afirmar* a natureza de *proposta*. No contrato de locação o locador faz uma proposta ao locatário mediante expressa declaração de vontade. Ora, a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultou dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso. O prazo de validade da proposta estender-se-á até o término do contrato de locação em que figura a cláusula, se o contrário não foi estipulado. A proposta é, de sua natureza *irretratável*, ficando o proponente a ela obrigado durante todo o tempo de duração do contrato».

Assim, e do que revelam os autos, por quanto se expôs, vê-se, não há como admitir, como feito pelo acórdão recorrido, a inexistência de contrato escrito que subtrairia do recorrente o direito à pretensão de renovar a locação, como lhe faculta a lei.

Tais os fundamentos pelos quais dou provimento ao recurso para casar a decisão recorrida e determinar o prosseguimento da ação, decidindo, a final, o Dr. Juiz, como de direito; julgando-se prejudicado o recurso quanto à matéria constitucional, invocada pela letra a.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.060 — SP — (Reg. nº 89.0010829-8) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter. Recte.: Ezzo Brasileira de Petróleo S.A. e outro. Recdo.: Adão Rodrigues Godtsfriedt e outros. Advs.: Drs. Wladimir Cassani, Antônio Carlos Caruso e outros.

Decisão: A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, julgado prejudicado na parte relativa à matéria constitucional (Em 31-10-89, 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Cláudio Santos, Gueiros Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.075 — GO

(Registro nº 89.0010849-2)

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

Recorrente: *Estado de Goiás*

Recorrida: *Marlene Elisabete Ferreira Menezes*

Advogados: *Drs. Cesar Laboissiere Loyola e João Divino da Silveira*

**EMENTA:** Administrativo. Proventos devidos a funcionário falecido. Ação de cobrança exercitada por sucessora. Legitimidade.

A circunstância de o pedido mencionar pensão, quando se tratava de proventos, constitui mero erro terminológico que não afeta o processo nem o julgamento, já que o objeto da ação se acha perfeitamente delineado na inicial.

Ilegalidade não configurada.

Recurso 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, 20 de novembro de 1989 (data do julgamento).

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

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O Estado de Goiás, com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF/88, manifestou recurso especial contra acórdão do E. Tribunal de Justiça local, confirmatório de sentença pela qual foi julgada procedente ação que lhe moveu sucessora de funcionário falecido, objetivando o recebimento de proventos não recebidos em vida, relativos ao período compreendido entre a cassação da inatividade posteriormente anulada e a data de sua morte.

Disse ter o aresto contrariado as normas dos arts. 264 e 321 do CPC, ao tolerar a alteração do pedido, no curso da lide, pela substituição de pensão por parcelas de proventos, fazendo tábula rasa, pois, das alegações contidas em suas razões de apelação.



O recurso foi admitido na origem e, devidamente, processado, subiu a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

**EMENTA:** Administrativo. Proventos devidos a funcionário falecido. Ação de cobrança exercitada por sucessora. Legitimidade.

A circunstância de o pedido mencionar pensão, quando se tratava de proventos, constitui mero erro terminológico que não afeta o processo nem o julgamento, já que o objeto da ação se acha perfeitamente delineado na inicial.

Ilegalidade não configurada.

Recurso não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O eminente relator do acórdão recorrido, no ponto em que abordou a questão agitada neste recurso, foi claro:

«Em seu recurso, o Estado de Goiás argúi, primeiramente, a nulidade do processo sob o argumento de que, na inicial, teria a Apelada pedido o pagamento de «pensão» e, posteriormente, sem o seu consentimento, alterado o pedido para pagamento de proventos.

Tenho para mim que o argumento é meramente especioso. Na inicial, a apelada disse que «com a cassação de sua aposentadoria, o pai da suplicante, João Antônio Ferreira, recebeu seus proventos de inativo até o mês de outubro de 1984...» (fl. 3). Posteriormente, ao formular o pedido, falou em «pensão», em lugar de «proventos», como se se tratasse da mesma coisa.

Ao juiz compete decidir o direito das partes, pouco importando as contradições que deduziram em suas petições. Na espécie, o juiz entendeu que se tratava mesmo de «proventos» e como tal, proferiu sua decisão.»

Vê-se, pois, que não houve alteração do pedido, mas mero erro terminológico insuscetível de invalidar a ação.

Trata-se, na verdade, de proventos de aposentadoria devidos a João Antonio Pereira, em razão de haver sido anulado pela Justiça o ato administrativo por meio do qual a inativação havia sido cassada.

Morrendo o servidor antes de receber o que lhe era devido, a ação de cobrança dos proventos atrasados foi legitimamente exercitada por sua filha.

Apesar da troca de vocábulo (proventos por pensão) verificada na inicial, não há margem para dúvida: o que pediu a Autora foi o pagamento dos proventos que o seu falecido pai não teve oportunidade de receber.

Não há que se falar, assim, em contrariedade às normas processuais invocadas.

Não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.075 — GO — (Reg. nº 89.10849-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Recorrente: Estado de Goiás. Recorrida: Marlene Elisabete Ferreira Menezes. Advs.: Drs. Cesar Laboissiere Loyola e João Divino da Silveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (2ª Turma — 20-11-89).

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 1.080 — RJ

(Registro nº 89.0010873-5)

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

Recorrente: *E. Taizline Teatro e Música Ltda.*

Recorrido: *Banco do Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Roberto Soares de Oliveira e Vânia Nascimento de Leoni*

EMENTA: Execução por título extrajudicial. Artigo 585, II, do Código de Processo Civil.

Título executivo extrajudicial, previsto no artigo 585, II, do CPC, é o documento que contém a obrigação incondicionada de pagamento de quantia determinada (ou entrega de coisa fungível) em momento certo. Os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade, devem estar ínsitos no título. A apuração de fatos, a atribuição de responsabilidades, a exegese de cláusulas contratuais tornam necessário o processo de conhecimento, e descaracterizam o documento como título executivo.

Não é título executivo o «contrato de apoio» à realização de espetáculo artístico, com reciprocidade de obrigações entre o estabelecimento bancário e a empresa promotora dos eventos.

Inocorrência de contrariedade à lei federal.

Recurso especial não conhecido.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 31 de outubro de 1989 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Trata-se de execução extrajudicial estribada em contrato celebrado entre E. Taizline Teatro e Música Ltda. e Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. — BANERJ, referente a apoio desta instituição bancária na promoção de espetáculos, em várias cidades do Brasil, do «Ballet Bolshoi». A empresa teatral, como exequente, alegou diferença de valores de uma das prestações e falta de pagamento da última parcela.

2. Em embargos à execução, o BANERJ alegou descumprimento contratual, arguindo ainda a nulidade da execução, a teor do art. 618, I, do CPC.

3. O juízo monocrático julgou procedentes os embargos. A 8ª Câmara do eg. Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, por maioria de votos, reformando o decisum, ementou:

«Execução.

Contrato de apoio cultural.

Título executivo extrajudicial.

O contrato de apoio cultural, assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, de que consta a obrigação de pagar quantia determinada, expressa em ORTN, é título executivo extrajudicial: CPC, art. 585, II.

O contrato revestido dessas características não perde a qualidade de título executivo extrajudicial pelo fato de se tratar de contrato sinalagmático, em que foram estabelecidos direitos e obrigações para ambas as partes.

..... (omissis) .....

Embargos do devedor. Prova.

Não podem prosperar os embargos interpostos por devedor que não faz prova dos fatos constitutivos do seu alardeado direito.

Recurso provido. Sentença reformada.

Embargos julgados improcedentes. Voto vencido.»

4. Em embargos infringentes, reiterou o Banco, ora recorrido, a imprestabilidade do título para ensejar a execução, além de descumprimento contratual.

5. O 4º Grupo de Câmaras do Tribunal a quo, à unanimidade, acolhendo a tese do voto vencido, decidiu:

«Embargos infringentes. Contrato de apoio à venda de ingressos em apresentação artística não é título executivo extrajudicial.

O instrumento a que se refere o art. 585, II, do CPC, é a confissão da dívida.»

6. A recorrente manifestou recurso especial, por violação ao artigo 585, II, do Código de Processo Civil, com base no art. 105, III, a, da Constituição Federal, e sob a alegação principal de «que o contrato de fls. 7/11 é um perfeito título executivo extrajudicial, tal como o mesmo é considerado pelo art. 585, II, do CPC, uma vez que ele é um documento particular, assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, do qual consta a obrigação de pagar quantia determinada.» (sic)

7. O eminente Presidente do Tribunal local admitiu o recurso pela letra a, inciso III, do art. 105, da Constituição Federal; entendeu cuidar-se de «matéria bastante controvertida», aditando que, «em princípio, poderia ter ocorrido contrariedade à lei federal».

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): O aresto recorrido, adotado pelo voto unânime dos integrantes do eg. 4º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, apresenta os seguintes fundamentos:

«Data venia da douta maioria, a razão está com o não menos douto prolator do voto vencido.

Assim é que, nos termos da lei, toda execução deve ter por base um título executivo, conceituação que o contrato, sobre o qual se assente a execução, não ostenta.

Trata-se de contrato bilateral de apoio à venda de ingressos para apresentação de espetáculo artístico, incapaz, por conseguinte, de embasar uma execução, com apoio no art. 585, II, do CPC, onde não é cuidado de contratos, como se extrai da simples referência a instrumento assinado pelo devedor que outro não é senão a confissão de dívida, mesmo porque de contratos cogita o inciso III.

Aliás, se de contrato cogitasse o inciso II, desnecessária, por abundante, seria a disposição do inciso III, pois os contratos nele relacionados, por certo, conteriam os requisitos reclamados no inciso anterior.

Pedro Nunes, definindo o que é confissão de dívida, assim se expressa:

«Ato pelo qual alguém reconhece, de modo inequívoco, por instrumento público ou particular, que verdadeiramente deve a outrem uma soma certa e determinada de dinheiro ou de coisa equivalente». («Dicionário de Tecnologia Jurídica» — 2ª ed. — 1952).

É isso, exatamente, o que está escrito no art. 585, II, do CPC, daí a singela menção, no texto legal, à assinatura do devedor, expressão que o legislador não se utilizaria se fosse para abranger os contratos, pois estes sempre contam com as assinaturas dos contratantes, mesmo os unilaterais.

Não é lícito ampliar o elenco dos títulos definidos em lei, e a prevalecer o entendimento da maioria, também seriam títulos executivos extrajudiciais, dentre outros, as escrituras de promessa de compra e venda e de cessão, os contratos de locação e de constituição de renda etc., sendo que relativamente aos dois últimos, o legislador preferiu tipificar como título executivo os créditos e não os contratos. Mas também aqui seria uma superfluidade, pois já estariam incluídos no inciso II, evidenciando muita inutilidade em um só artigo de lei».

2. O v. acórdão recorrido, negando ao contrato de fls. 7 e seguintes a qualidade de *título executivo extrajudicial*, não contrariou o disposto no artigo 585, II, do Código de Processo Civil; muito ao contrário, ao mesmo atribuí razoada exegese, consentânea com o preceito do artigo 586 do mesmo Código, segundo o qual a execução para cobrança de crédito «fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível», e com o preceito que afirma a nulidade da execução «se o título executivo não for líquido, certo e exigível» — art. 618, I.

No título executivo cumpre salientar, no plano material, a declaração de *relativa* certeza que tanto poderá ser alcançada pela sentença no processo de cognição, como pela elaboração de documento pelos particulares ou pela Administração Pública; no plano processual, «interessa o documento dotado de certos requisitos formais prescritos ad hoc, sem o qual, conforme estatui o art. 583 do CPC, o credor não vê aberta a via de ingresso no procedimento in executivis» (Araken de Assis, «Manual do Processo de Execução», v. I, 1978, pág. 47).

3. Em se cuidando de documento público, ou de documento particular firmado pelo devedor e por duas testemunhas, não basta que dele simplesmente conste a obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa fungível. É necessário que o crédito reúna os pressupostos de executividade, isto é, a certeza, a liquidez e a exigibilidade.

O requisito da *certeza*, nos casos de documento contratual, supõe hajam as partes avençado, de forma incondicionada, o pagamento de quantia

determinada, em momento determinado. O pacto sinalagmático, com recíprocas obrigações, vinculado o pagamento a cargo de um contratante, ao adimplemento da prestação de dar, fazer ou não fazer pelo outro contratante, não se caracteriza, no sistema de direito positivo brasileiro (e salvo expressa previsão em contrário), como título executivo extrajudicial. Como bem expõe Ernane Fidélis dos Santos, um dos poucos processualistas a deter-se melhor no tema, «a simples forma pública do documento, ou a forma particular com subscrição de testemunhas, não o fazem título executivo quando, para a obrigação especificamente, faltarem os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade. Ditos requisitos deverão estar insitos no título, sem necessidade de apuração posterior de fatos» («Manual de Direito Processual Civil», Saraiva, v. 3, 1987, nº 1063). E exemplifica: «Contrata-se prestação de serviço por certo preço. Não pode o preço ser cobrado executivamente, pois a realização efetiva do serviço não está no título; falta-lhe o requisito da certeza» (ibidem).

4. Assim, na hipótese dos autos. O atípico «contrato de apoio à venda de ingressos do Ballet Bolshoi» implicou contratualmente, para o BANERJ, nas obrigações de efetuar a venda dos ingressos para os espetáculos e de pagar, em parcelas, à empresária Taizline, quantia correspondente a 3.540 ORTN, em troca recebendo o BANERJ um certo número de ingressos e as vantagens publicitárias decorrentes da impressão de sua logomarca nos ingressos, cartazes e anúncios dos espetáculos.

O BANERJ, todavia, não pagou à empresária a totalidade da quantia supramencionada, sob a alegação de inadimplemento (rectius, mau adimplemento) da promotora dos eventos, isso porque cancelados os espetáculos previstos para serem realizados no Maracanãzinho.

A apuração dos fatos, a atribuição de responsabilidades, a exegese das cláusulas contratuais fixadoras das recíprocas obrigações e direitos de cada contratante implicam na necessidade de *processo de cognição*, não caracterizado o documento contratual como título executivo.

Pelo exposto, incorrente contrariedade à lei federal questionada, não conheço do recurso.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1080 — RJ — (Reg. nº 89.0010873-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: E. Taizline Teatro e Música Ltda. Recorrido: Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. — BANERJ. Advogados: Drs. José Roberto Soares de Oliveira e Vânia Nascimento de Leoni.

Decisão: «A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso» (em 31-10-89 — 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 1.087 — SP

(Registro nº 89.10898-0)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Abdel Rahim Muhd e outro*

Advogado: *Dr. Renato Franco do Amaral Tormin*

**EMENTA:** Recurso Especial. Não conhecimento. Inexistência de afronta à norma infraconstitucional.

1. Não há ferimento aos arts. 128, 604, 605 e 610 do CPC, a adoção da técnica de, no cálculo elaborado para liquidação de sentença, se indicar ao lado do valor apurado o número de ORTNs, OTNs ou BTNs.

2. O inadmissível é que seja determinado o pagamento, por ocasião da expedição do precatório, por outra moeda que não seja a legalmente em curso.

3. Os precatórios devem traduzir uma importância líquida e certa, em moeda nacional, a ser incluída no orçamento, atualizando-se monetariamente, apenas, em 1º de julho, conforme o art. 100, parágrafo 1º da CF.

4. Recurso especial não conhecido.

### ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso e determinar a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Trata-se de recurso especial desdobrado do recurso extraordinário, que versa a questão da estipulação do pagamento do precatório em ORTNs.

Diz a Fazenda Estadual em seu recurso que:

«Desde o advento da Lei Federal nº 4.686, de 21 de junho de 1965, a correção monetária foi instituída para pagamento de indenização oriunda de ações expropriatórias.

Assim, até o início de 1981, nas expropriatórias, as contas de liquidação atualizavam a indenização global até o momento do cálculo.

Para operar a correção monetária, instituída pela Lei nº 6.899/81, em cumprimento às decisões condenatórias, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo fez editar os Provimentos 3/82 e 13/82, regulamentando a requisição de indenizações em ORTNs, para fins de pagamento atualizado pelo Poder Público, acrescidas posteriormente das Resoluções 06 e 07, pelo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com objetivo de adequar as execuções contra a Fazenda Pública àqueles provimentos.

Em consequência, as contas de liquidação passaram a ser elaboradas de acordo com os modelos práticos aprovados pelos referidos provimentos, que disciplinam a conversão em equivalentes ORTNs, dos diversos componentes da condenação, a fim de que as entidades devedoras efetuem o pagamento atualizado do requisito no momento do depósito, mediante aplicação das ORTNs, pertinentes a cada item das contas de liquidação.

Na espécie, a liquidação não fugiu à regra estabelecida.» (Fl. 275).

Ainda diz:

«Compreendo, entretanto, que, já na hipótese das desapropriações, quer em se cogitando de pagamentos decorrentes de sentenças judiciais, pela Fazenda Pública oriunda de ações de outra natureza, a conversão do montante da condenação em ORTNs, com a finalidade antes referida, não pode lograr o condão de alterar a sistemática relativa ao artigo 117 e seus parágrafos da Constituição, onde assente se faz a apuração do valor nominal do débito a 1º de julho, expresso em cruzeiros, a ser objeto da «ordem de pagamento» e assim incluído pelo Poder Executivo, na proposta de orçamento público para o exercício seguinte. A fixação da despesa no orçamento há de considerar nesse ponto os valores em cruzeiros expressos em importâncias certas e líquidas. Não se indicam os diversos elementos da despesa em ORTNs mas em cruzeiros. Desse modo sem apoio na Constituição e na Lei que define as normas gerais da elaboração orçamentária, em se cuidando da despesa concernente ao pagamento de débitos oriundos das sentenças judiciais, é pretender caíba «ordem de pagamento», que há de atender às «possibilidades do depósito», de acordo com as dotações orçamentárias e os



créditos abertos consignados ao Poder Judiciário — expressa em ORTNs, e não em cruzeiros.» (Fl. 280).

Por isso, a recorrente afirmou que houve afronta a norma infraconstitucional, aos artigos 128, 604, 605 e 610, do CPC.

O Ministério Público Estadual opina pelo provimento do recurso.

Não houve contra-razões.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso especial.

À fl. 294, o eminente Ministro Octávio Gallotti despachou o extraordinário, convertendo-o em recurso especial, quanto à matéria legal e em recurso extraordinário próprio, quanto à matéria constitucional.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): A decisão recorrida está posta nestes termos: (fl. 247).

«A simples referência ao número de OTNs, a que corresponde o débito apurado em autos de ação de desapropriação, não viola as regras constitucionais relativas ao orçamento e os dispositivos de lei invocados pela recorrente.

Com efeito, daquela simples referência não resulta a determinação, no sentido de que o débito apurado seja incluído no orçamento da recorrente em quantia variável, não havendo falar, desarte, em infringência da regra do artigo 60, caput da Constituição da República.

Outrossim, uma vez que, sem embargos daquela referência, o valor do precatório deverá ser incluído no orçamento da recorrente em cruzados, é curial a incorrência de violação da regra do artigo 3º do Decreto-Lei nº 2.284, de 1986.

Finalmente, a indigitada referência não desatende ao disposto nos artigos 128 e 610 do Código de Processo Civil, pois, ordenando a correção monetária do valor da indenização, a decisão liquidanda por certo que admite a utilização dos meios hábeis à materialização desse comando.»

A matéria infraconstitucional colocada a exame se circunscreve aos arts. 128, 604, 605 e 610, do CPC, o que, no meu entender, está de acordo com essas normas a decisão recorrida.

O Ministério Público Federal se pronunciou assim: (fl. 299).

«Com a entrada em vigor da nova Lei Maior em 5-10-88, vieram os autos a este Superior Tribunal, com a conversão automática do apelo extremo, no que diz respeito à matéria infraconstitucional, em recurso especial.

## II — Do Direito

Não foram prequestionados os arts. 604 e 605 do Código de Processo Civil e o art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41, no aresto impugnado, fazendo incidir, destarte, as Súmulas 282 e 356 do STF.

Ademais, a Corte Suprema já decidiu, em votação unânime, por seu Pleno, que a conversão do valor expresso em cruzados, em OTNs, é perfeitamente possível (Rp n.º 1.238/7-SP, Rel.: Min. Oscar Corrêa, publ. no *DJ* de 13-9-85, pág. 15454, anexas). Também no mesmo sentido é a decisão proferida no Agr. Instrumento n.º 109.437-1-SP, em 19-2-86.

Incide, pois, e também, a Súmula 400 desta Corte.

Pelo não conhecimento do recurso especial.»

Em precedentes da Turma, a linha tem sido no sentido de que não se deve exigir o pagamento em OTNs, hoje BTNs, mas expresso e exigido em moeda corrente do País, podendo se fazer a simples referência do valor correspondente em OTNs, a exemplo do REsp 316 — SP, in *DJ*, 6-11-89, Relator Ministro Pedro Acioli, cuja ementa é a seguinte:

«*Ementa*: Administrativo. Expropriatório. Indenização. Conversão do débito em OTN. Precatório.

I — O valor a ser expresso nos precatórios, para efeito de pagamento de indenização, não pode ser expresso em valores variáveis, como OTNs. Precedentes.

II — Recurso provido.»

Pelo exposto não conheço do recurso e determino a remessa dos autos ao STF.

É como voto.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 1.087 — SP — (Reg. n.º 89.10898-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Delgado. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Abdel Rahim Muhd e outro. Advogado: Dr. Renato Franco do Amaral Tormin.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal (em 22-11-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg, Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.090 — SP

(Registro nº 89.10901-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Recorrente: *Fortunato Pereira Lopes*

Recorrido: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Advogados: *Drs. João Batista Cornacchioni e outros e Solon José Ramos*

**EMENTA:** Processual. Competência. Ação acidentária. Cálculo das prestações.

I — «Se o juízo ordinário estadual é o competente para o conhecimento da ação acidentária, resulta que o juízo competente para o conhecimento do acessório, id est, cálculo das prestações, é o mesmo, ou seja, o Estadual». Incidência das Súmulas 235 e 501, do egrégio STF.

II — Recurso provido quanto à matéria infraconstitucional e remessa dos autos ao Pretório Excelso para julgamento da questão Constitucional.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso e determinar a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, 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 dezembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Adoto, como relatório, o do douto Ministério Público Federal, in verbis:

«Fortunato Pereira Lopes, inconformado com o despacho de S. Exa., o Juiz de Direito da 6ª Vara de Acidentes de Trabalho de São Paulo, que declarou sua incompetência para conhecer da Ação Acidentária, em que pleiteia diferença de benefícios, interpôs agravo de instrumento, julgado improvido pelo Segundo Tribunal de Alçada Civil.

Inconformado, recorreu extraordinariamente, com fundamento no art. 119, inciso III, alíneas *a* e *d*, da Constituição Federal revogada e do art. 102, inciso III, *a*, da Lei Maior, em vigor.

Admitido o apelo extremo, determinou a Corte Suprema a remessa dos autos a esse Tribunal, para apreciação, primeiro, do recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal.» (Fls. 166/167).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Estou em que o recurso merece prosperar. A questão não me parece albergar dúvida maior, face à singeleza da matéria, que resumo. O ora recorrente pretendeu administrativamente a sua aposentadoria por invalidez acidentária, no que obteve a chancela administrativa. Acresce que o A. pretendeu, por discordar do cálculo do benefício que se lhe concedeu, ação visando à correção do indigitado cálculo do benefício acidentário.

O MM. Juiz a quo se disse incompetente porque, muito embora vislumbrasse a competência da Justiça Comum Estadual para o processo e julgamento de Ação concernente à redução de capacidade, entendeu que a demanda acerca do cálculo das prestações deslocaria para a Justiça Federal a competência para o deslinde da matéria, eis que o segurado recebera o benefício na via administrativa.

Como bem sinalou o douto Ministério Público Federal.

«O benefício acidentário, *in casu*, foi concedido administrativamente e o Recorrente pretende a sua correção.

Este fato, por si só, não altera a competência para conhecer da ação, por isso que continua sendo o benefício acidentário, cuja natureza jurídica não foi também modificada.

A pretensão é, como afirmou S. Exa., o Juiz Vice-Presidente do Tribunal ad quem, acessória à principal e:

«... se o juízo ordinário estadual é o competente para o conhecimento da ação acidentária, resulta *que o juízo competente para o conhecimento do acessório discutido é o mesmo ou seja, o Estadual*». (Fl. 145) (grifos nossos).

O benefício pleiteado se fixa, segundo as disposições do art. 5º e seu parágrafo 4º, e do art. 8º da Lei nº 6.367, de 19-10-76, que trata exclusivamente de seguro de acidentes do trabalho a cargo do INPS.

Sendo, pois, correção de base de cálculo de benefício acidentário, competente era a Justiça estadual para conhecer da lide, na vigência da Constituição Federal de 1967 (§ 2º do art. 142).

Decidindo o acórdão, como decidi, entendendo que correção do benefício não seria matéria acidentária, violou a letra da lei federal referida.

Incidem, também, na hipótese, as Súmulas 235 e 501 do STF», que tem os seguintes enunciados:

Súmula 235 — «É competente para a ação de acidente do trabalho a Justiça cível comum, inclusive em segunda instância, ainda que seja parte autarquia seguradora».

Súmula 501 — «Compete à Justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.»

Destarte, dou provimento ao Recurso e determino a remessa dos autos ao Pretório Excelso a fim de julgar a questão remanescente.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.090 — SP — (Reg. nº 89.10901-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Fortunato Pereira Lopes. Recdo.: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Advs.: Drs. João Batista Cornacchioni e outros e Solon José Ramos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso e determinou a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. (Em 13-12-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros José de Jesus, Garcia Vieira, Armando Rollemberg e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.097 — MG

(Registro nº 89.10908-1)

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

Recorrente: *Luiz Costa da Silveira*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Advogado: *Dr. Ariosvaldo de Campos Pires*

EMENTA: Processual Penal. Recurso Especial pela letra a, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal.

Não prequestionada na decisão recorrida a questão federal suscitada, nem interpostos embargos declaratórios a respeito, inadmissível é o recurso especial, tal como ocorria com o recurso extraordinário que lhe antecedeu, nos termos das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª 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, 16 de outubro de 1989 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Luiz Costa da Silveira foi condenado pelo Júri por homicídio doloso à pena de seis anos de reclusão.

Inconformada, apelou a defesa, alegando que, nas circunstâncias, não dispunha o réu de outros meios para se defender senão aquele que foi utilizado, ou seja, vários tiros, acarretando a morte da vítima.

Negou, no recurso, a existência de qualquer excesso pelo qual poderia o apelante vir a ser condenado.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pelo voto do Desembargador Edelberto Santiago, negou provimento ao apelo, *in verbis*:

«Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

No mérito, a meu sentir, desassistiu razão ao apelante, eis que, afirmando não haver ele usado moderadamente dos meios necessários, excedendo dolosamente os limites da legítima defesa de sua honra, os Jurados não proferiram uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto esta é no sentido de que, para vingar-lhe a mãe, agredida na véspera pela vítima, o réu descarregou a sua arma de fogo nesta, desferindo-lhe seis tiros.

A rigor, não deveriam os Jurados, rogata *venia*, sequer admitir estivesse o réu diante de uma agressão a sua honra, cessada que estava a atualidade dessa.

A prova dos autos autoriza o entendimento de que o réu não se defendeu, vingou-se. E «a vingança é incompatível com a legítima defesa, cujo espírito desnatura» (RF 156/451).

Mercê de tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.»

Irresignado, recorreu extraordinariamente o acusado, argüindo dupla violação da lei processual penal, a saber:

«a) deixou-se de indagar o Júri sobre o excesso doloso, após negado o excesso culposo;

b) deixou-se de indagar o Júri sobre a existência de circunstância atenuante (v. questionário, fl. 70).»

Admitido o recurso, pela letra a do antigo texto constitucional, foram os autos ao Supremo Tribunal Federal, de onde, por despacho de fl. 63, foram encaminhados a esta Corte, transformado em recurso especial.

A Subprocuradoria-Geral da República falou à fl. 60.

É o relatório.

#### VOTO

EMENTA: Processual Penal. Recurso Especial pela letra a, do inciso III, do art. 105, da Constituição.

Não prequestionada na decisão recorrida a questão federal suscitada, nem interpostos embargos declaratórios a respeito, inadmissível é o recurso especial, tal como ocorria com o recurso extraordinário que lhe antecedeu, nos termos das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A matéria argüida na petição de recurso extraordinário não foi prequestionada no acórdão recorrido, e sequer foi objeto do recurso de apelação.

Não houve, igualmente, interposição de embargos declaratórios.

Em razão disso, aplicam-se à espécie as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, inviabilizando o conhecimento deste recurso, interposto em fevereiro de 1988, portanto, antes da instalação do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, o conhecimento do recurso pela letra a, inciso III, do art. 105, do vigente texto constitucional, esbarra em outra dificuldade: o ilustre recorrente dá como violada «a lei processual penal», mas não menciona, na petição de interposição, o dispositivo ou os dispositivos da lei processual que, a seu ver, teriam sido malferidos.

Ao contrário, argumenta com os artigos 21 e 23, parágrafo único, do Código Penal, igualmente não prequestionados, nem objeto de discussão nos autos ou no acórdão recorrido.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.097 — MG — (Reg. nº 89.10908-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Recte.: Luiz Costa da Silveira. Recdo.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Adv.: Dr. Ariosvaldo de Campos Pires.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 16-10-89 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Flaque Scartezini e Costa Lima.

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



## RECURSO ESPECIAL Nº 1.164 — GO

(Registro nº 89.0011118-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Banco Itaú S/A — Banco Comercial de Investimento de Crédito ao Consumidor e de Crédito Imobiliário*

Recorrido: *Luzia Ferreira Cruvinel*

Advogados: *Dr. Miguel Ângelo Cançado e outros, Dr. João Orlando Rodrigues Filho e outro*

EMENTA: Processo Civil. Execução. Meação da mulher casada. Exclusão em cada bem. Inteligência do art. 3º da Lei 4.121/62. Direito Transitório. Precedentes.

À míngua de uma melhor disciplina legal, a melhor interpretação do art. 3º da Lei nº 4.121 é a que recomenda a exclusão da meação da mulher casada em cada bem do casal e não na indiscriminada totalidade do patrimônio.

Prejudicada a relevância argüida anteriormente à instalação do Superior Tribunal de Justiça (7-4-89), deve-se conhecer da matéria nela suscitada em face da sua não preclusão.

O recurso extremo interposto na vigência da ordem constitucional precedente, ressalvada pelo art. 27, § 1º, ADCT, sujeita-se às restrições do RISTF.

## 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 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, 7 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

## EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: O extraordinário, interposto em 15-2-89, com base nas alíneas *a* e *d* do art. 119, III, da Constituição anterior, com argüição de relevância, foi admitido no Tribunal de origem como especial, após ter sido deferido o processamento da relevância pelo mesmo juízo.

Alega-se ofensa aos artigos 128, 460 e 515, todos do Código de Processo Civil, e ao 3º da Lei nº 4.121/62, por ter decidido o v. acórdão que, a respeito de dívida resultante de aval prestado por homem casado, sem consentimento expresso ou tácito da mulher, com penhora de bem do casal, que «a meação da mulher deve ser considerada em cada bem penhorado e não na totalidade do patrimônio».

Quanto à alínea *a*, argumenta o Recorrente-credor que o acórdão, não obstante reconhecer que a apelação da Esposa alegara única e exclusivamente cerceamento de defesa ante a sua impossibilidade de produzir provas e não ter adentrado ao mérito, acabou por julgar matéria preclusa, não objeto do recurso, ferindo frontalmente o art. 515 e via de consequência, os arts. 128 e 460, CPC, acrescentando também vulneração do art. 3º da Lei 4.121/62 por lhe dar aplicação maior do que a permitida pelo texto legal.

No tocante ao dissídio jurisprudencial, traz à colação aresto do Excelso Pretório (RTJ 80/510) e do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (RT 561/126), no sentido de que a meação recai sobre a totalidade do patrimônio do casal.

Não se manifestou a recorrida, embora intimada.

A relevância cingiu-se à interpretação do art. 3º da Lei 4.121/62.

No mais, não consta dos autos tenham eles estado no Supremo Tribunal Federal, assim como a argüida relevância.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): 1. Reiteradas vezes tem decidido esta Turma, contra o voto do em. Ministro Fontes de Alencar, que somente quando interposto após a instalação deste Tribunal, ocorrida em 7-4-pp., o apelo extremo, relativo a matéria infraconstitucional, não se sujeita aos óbices regimentais que regiam o então re-

curso extraordinário, incidentes por força do art. 27, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Enfatizando-se, outrossim, que o princípio, segundo o qual a lei do recurso é a lei da data da decisão, não se aplica em se tratando de alteração de índole constitucional, uma vez que não se poderia alegar direito adquirido processual do recorrido, em face de nova ordem constitucional, que deu nova disciplina na matéria (a propósito, Recurso Especial nº 506, *DJ* de 23-10-89).

Por outro lado, também tem decidido a Quarta Turma, na mesma linha de entendimento fixada pelo Supremo Tribunal Federal, que a arguição de relevância regularmente manejada impede a preclusão da matéria nela versada.

No caso concreto, vê-se que o recurso, em embargos à execução, foi interposto como extraordinário, em data anterior à instalação desta Corte, tendo sido argüida a relevância da questão federal apenas quanto a um dos aspectos debatidos no recurso.

Destarte, em primeiro plano não conheço do recurso quanto às matérias não contidas na arguição de relevância, dele conhecendo nos limites nessa postos.

Afasta-se, via de conseqüência, a apreciação concernente à alegada vulneração dos artigos 128, 460 e 515 do Código de Processo Civil, restando a examinar o apelo no tocante à violação ou não do art. 3º da Lei nº 4.121/62.

2. Em sede doutrinária, que transcrevo com vênua, tive oportunidade de afirmar:

«O posicionamento acerca da exclusão da meação da mulher casada em bens penhorados vai ganhando contornos definidos, com a seguinte distinção: *a*) se a esposa objetiva impugnar a pretensão executiva, o remédio adequado será os embargos à execução; *b*) se deseja apenas excluir a penhora sobre a sua meação, a via hábil será os embargos de terceiro. Não obstante, com suporte nos princípios da economia e da instrumentalidade do processo, tem-se admitido que a mulher também possa postular a exclusão da sua meação em embargos à execução; *c*) se a execução é movida contra o casal, porque ambos contraíram a obrigação, não assiste à mulher o direito aos embargos de terceiro.

A mulher casada não responde pela dívida contraída apenas pelo marido se provar que a mesma não veio em benefício do casal. Em se tratando de aval do marido, presume-se o prejuízo da mulher, salvo se o marido for sócio da empresa avalizada.

Conforme entendimento majoritário, a meação da mulher deve ser considerada em cada bem penhorado e não na totalidade do patrimônio. Se o bem for indivisível, será levado por inteiro à hasta pública, cabendo à mulher a metade do preço alcançado» (Código de Processo Civil Anotado, Forense, 3ª edição, em notas ao art. 1.046).

Em belo e laureado estudo, editado pela Revista dos Tribunais, 1980, sob o título *Questões sobre a execução e os embargos do devedor*, escreveu Edson Ribas Malachini, talentoso jurista e magistrado do Paraná, que o problema em tela vinha causando perplexidade à doutrina e à jurisprudência, com formação de algumas correntes, optando pela exposta em lúcido voto do Des. *Hamilton de Moraes e Barros*, vazado nos seguintes termos:

«O problema a resolver é o seguinte: a que tem direito o cônjuge não devedor, em face da Lei nº 4.121? A que não seja penhorada, expropriada e forçadamente alienada a sua meação, ou então, a metade do que sobrar depois da alienação judicial do bem comum, por força de execução movida contra o cônjuge devedor?

Várias soluções foram lembradas e inventariadas pelo Prof. Valle Ferreira, da Universidade de Minas Gerais.

Aquela de permitir ao cônjuge não devedor requerer a separação judicial de sua meação, possível, em face de ordenamentos estrangeiros, é, juridicamente, inviável aqui, já que entre nós é imutável o regime de bens do casamento. Por igual, aquela outra do inventário e partilha dos bens, eis que a sociedade conjugal somente se dissolve por morte, desquite ou anulação do casamento.

Também é inaceitável pretender-se a incolumidade da meação do cônjuge devedor, por respeito à do cônjuge não endividado. Atribuir-se, por outro lado, essa incolumidade da meação do cônjuge não devedor somente depois de dissolvida a sociedade conjugal e de partilhados os bens, isso é frustrar a lei no seu espírito e na sua letra.

A Lei nº 4.121 ampliou o princípio da incomunicabilidade das dívidas pessoais e apagou a velha lição de que a responsabilidade civil do cônjuge culpado somente poderia tornar-se efetiva após a dissolução da sociedade conjugal, não podendo ser penhorada a meação do cônjuge culpado, porque se tratava de meação indivisa e ideal.

O fato grave e a reclamar solução, em face da Lei nº 4.121 é este: sendo inalterável o regime dos bens do casamento, desaparecida ou enfraquecida a meação do cônjuge devedor, fica enfraquecida ou desaparecida a meação do cônjuge não endividado.

Para dizer que os bens comuns respondem por obrigações de qualquer natureza, ao lado dos bens particulares do cônjuge devedor, não haveria necessidade de editar-se o novo diploma legal, a Lei nº 4.121, de 1962. É interpretação contrária ao comando do legislador que, no ponto, inovou o Direito brasileiro. O que o legislador quis, foi que a execução recaísse sobre a meação do cônjuge devedor no bem comum, pois que não se poderia acreditar que essa fração ficasse impenhorável. Dilatar essa penhorabilidade a todo o bem seria aniquilar a garantia que o legislador concedeu, da incolumidade da meação do cônjuge não endividado.

Como se sabe, o que garante a dívida e a execução é o patrimônio do devedor e somente o patrimônio do devedor. O patrimônio inteiro e disponível do devedor. Sendo ele casado, reduz-se essa garantia à sua meação. Daí decorre o princípio de ser o patrimônio, ou a meação de um cônjuge imunes aos ataques dos credores do outro. A dívida é pessoal de um dos cônjuges e não dos dois em conjunto.

*A sua meação é de ser considerada em cada bem individuado e não no conjunto do patrimônio.* Não é possível, em execução, partilhar-se sempre o patrimônio do casal, de modo a atribuir por inteiro cada um dos bens a um só cônjuge. Execução não é inventário e partilha, ou seja, Não é ação divisória. Partilhado o patrimônio comum do casal, o que se penhora é somente a meação do cônjuge devedor, a sua metade ideal do bem. A outra metade não pode nem deve acompanhar a sorte da primeira.

O art. 3º da Lei nº 4.121 é bastante claro, ao afirmar que os bens comuns responderão até o limite da meação do cônjuge devedor.» (RT 497/193).

No mesmo sentido, acórdão do eg. Tribunal de Alçada do Paraná, colacionado na referida obra e localizado em RT 499/226, verbis:

«Mulher casada, juridicamente, tem direito à metade de cada bem do casal e não à metade indiscriminada da totalidade do patrimônio».

Também o eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais adotou o mesmo posicionamento, como se vê da apelação nº 21.007, de 8-9-82, publicado o acórdão na sua *Revista de Julgados* nº 15/184.

Outra, aliás, não era a orientação predominante antes da vigência do atual Código de processo Civil, como observa Theodoro Jr., que também a abraça (cfr. *Processo de Execução*, Leud, 7ª edição, cap. XIII, nº 7).

É certo, como observa Mendonça lima (*Comentários*, Forense, vol. VI, Nº 1.087, que «não há uma solução precisa em lei, porque a variedade de hipótese, que pode ocorrer, é enorme, conforme os casos concretos que a vida cria. Nem a lei e nem o intérprete podem procurar atender, porém, a todas as situações. Têm de fixar-se num rumo que satisfaça, em tese, a generalidade das espécies».

Esse rumo, quer-me parecer, é o apontado *supra*, que corresponde também ao entendimento predominante já sob a égide da legislação processual anterior.

Em conclusão, não conheço do recurso quanto à alínea a e dele conheço pela alínea c do art. 105, III, da Constituição vigente, desprovido-o no entanto.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, estou de acordo com o Sr. Ministro Relator primeiramente no tocante à res-

trição referente à relevância da questão federal, já que a arguição se cingiu tão-só à interpretação do art. 3º da Lei 4.121. Neste particular, penso que o Sr. Ministro Relator, exaustivamente, apreciou a matéria, demonstrando que a decisão recorrida está em plena conformidade com o estatuído no art. 3º da Lei nº 4.121/62.

Em Suma, a meação do cônjuge há de ser verificada em cada bem individualizado.

Nestes termos, conheço também do recurso pela letra c, mas nego-lhe provimento.

#### VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor presidente, permito-me ressaltar o voto do Eminentíssimo Relator, e o faço para contrariá-lo, aquele ponto em que S. Exa. apela o art. 325 do Regimento Interno do STF, e, inclusive, no que toca, de certa forma, à apreciação da arguição de relevância.

Fazendo estas ressalvas, conheço do recurso e acompanho o voto do Relator quanto ao art. 3º da Lei nº 4.121.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.164 — GO — (Reg. nº 89.0011118-3) — Rel.: o Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Banco Itaú S/A — Banco Comercial de Investimento de Crédito ao Consumidor e de Crédito Imobiliário. Recdo.: Luzia Ferreira Cruvinel. Advs.: Dr. Miguel Ângelo Cançado e outros e Dr. João Orlando Rodrigues Filho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento (em 7-11-89 — 4ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Athos Carneiro, e Fontes de Alencar. Ausente, por motivo justificado o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



#### AGRAVO REGIMENTAL NO REsp nº 1.186 — RJ (Registro nº 89.11178-7)

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

Agravante: *Scanbrasil Afretamentos Ltda.*

Agravado: *R. Despacho de fl. 180*

Advogados: *Drs. Maria Lúcia Castelo Branco e outros e Paulo Roberto de Carvalho Rego*

**EMENTA:** Recurso especial/recurso extraordinário. Acórdão recorrido de 9-3-89, publicado no DJ de 4-4, antes, portanto, da instalação do STJ. Hipótese de cabimento do recurso extraordinário, com as restrições do art. 325 do RegSTF, e não do recurso especial. O que disciplina o cabimento de recurso é a lei vigente ao tempo da decisão recorrida, com a publicação. Questão federal não argüida como relevante, na forma regimental. Recurso especial a que o Relator negou seguimento, por despacho. Agravo regimental 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, negar provimento ao agravo regimental, 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, 31 de outubro de 1989 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Por acórdão de 9-3-89, publicado no *DJ* de 4-4, o Tribunal a quo confirmou a sentença que julgara procedente a ação, em caso de locação comercial. Veio aos autos petição de recurso especial (CF/88, art. 105-III, alínea a, com a alegação de que o acórdão negou vigência ao art. 9º do Decreto-Lei nº 2.284/86, na interpretação do Decreto nº 95.592/86. Admitido o recurso, neguei-lhe seguimento nesta Corte, conforme o despacho de fl. 180:

«O que disciplina o recurso é a lei do dia da decisão. O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, tem inúmeros precedentes, em torno do art. 27, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Entre eles, por exemplo, de minha relatoria, o REsp-354. No caso destes autos, o acórdão é de 9-3-89, publicado no *DJ* de 4-4, antes da instalação a que se refere o citado § 1º. Portanto, o recurso cabível não era o especial, mas, sim, o extraordinário, com as restrições do art. 325 do RegSTF. Um recurso não pode ser tomado por outro.

Nego seguimento ao recurso, ut art. 34, parágrafo único, do RegSTJ.

Publique-se.

Brasília, 10 de outubro de 1989.»

Daí o agravo regimental da recorrente, nestes termos:

«A *questio juris*, é de natureza constitucional. Trata-se de saber qual a interpretação a ser dada ao art. 27, parágrafo 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

V. Exa., em seu r. despacho de fls., fundamenta-o com o fato de ter sido a decisão atacada, prolatada antes da instalação desse Tribunal, e, portanto, contra ela caber Recurso Extraordinário, sujeito aos óbices regimentais do Supremo Tribunal Federal, então em vigor.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, todavia, instalou-se antes do término do prazo para a interposição do Recurso, tendo sido interposto o Recurso Especial, face à matéria em discussão.

Ressalte-se que, no dia em que foi protocolado o Recurso Especial nesta Colenda Casa, o Supremo Tribunal Federal já devolvia aos Tribunais de origem todos os Recursos Extraordinários que lá se encontravam, *independentemente da data de decisão recorrida*, para serem julgados como Recursos Especiais, sem cogitar da data da decisão recorrida.

Assim se expressou o Exmo. Sr. Ministro Francisco Rezek, no despacho proferido no RE-119.597-5-DF, publicado no *Diário de Justiça* do dia 12 de outubro de 1989, Seção I, pág. 15735 (doc. anexo):

‘Ficou entendido que em tal caso, instalado o Superior Tribunal de Justiça, *não subsiste o recurso extraordinário, transformado em recurso especial ‘ispo jure.’* (grifos nossos)

Tal entendimento do dispositivo constitucional citado contraria, *maxima venia concessa*, o entendimento de V. Exa. no despacho aqui agravado.

O Supremo Tribunal Federal solucionou a questão da aplicação da lei adjetiva no tempo, de forma que não deixa margem à dúvida: a instalação do STJ foi fato que teve o condão de fazer desaparecer o Recurso Extraordinário que não se referisse à matéria constitucional.

Houvesse o Recorrente ingressado com Recurso Extraordinário, devidamente guarnecido da argüição de relevância, este Colendo Tribunal está-lo-ia recebendo por força de despacho ministerial do Supremo Tribunal Federal.

A economia processual levou-o, entretanto, a interpor diretamente o Recurso Especial, obedecendo à interpretação dada à Constituição pela Suprema Corte.

V. Exa., todavia, no despacho agravado, entendeu ser outro o tema a quo a aplicar para efeito do art. 27, parágrafo 1º da Constituição Federal, no seu ato de Disposições Transitórias.»

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Não tenho dúvida quanto a que o recurso cabível não era o especial, mas, sim, o extraordinário, pois o Superior Tribunal de Justiça só foi instalado no dia 7-4, ao passo que o acórdão recorrido é de 9-3, publicado no *DJ* de 4-4. «Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça,» — dispôs o art. 27, § 1º, do ADCT, esgotando o assunto — «o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente». E um recurso não pode ser tomado por outro, ao que venho pensando (REsp-354, entre vários).

Mas, acaso fosse possível contornar a questão, para superá-la, aceitando então o recurso como especial, não se poderia, como não se pode, esquecer a disciplina vigente quando de sua interposição, isto é, a disciplina do art. 325 do Regimento do Supremo Tribunal Federal. Encontra-se dito à fl. 183, por parte da ora agravante: «Houvesse o Recorrente ingressado com Recurso Extraordinário, devidamente guarnecido da argüição de relevância, este Colendo Tribunal está-lo-ia recebendo por força de despacho ministerial do Supremo Tribunal Federal». Exatamente, pois a argüição de relevância, devidamente justificada, é que impediria a preclusão do tema infraconstitucional. No restante a espécie em debate (locação comercial) não se inscreve entre as demais hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, tais as previstas no aludido art. 325.

Confirmando o despacho de fl. 180, nego provimento ao agravo regimental.

## VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Eminentíssimo Ministro Relator, o óbice foi a falta de argüição de relevância?

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sim.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Quando foi interposto o recurso, V. Exa. poderia dizer-me?

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: O recurso especial foi interposto em 19-4-89. Apresentei, em voto, dois fundamentos...

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, tenho sido mais tolerante, menos rigoroso na apreciação destas questões que o ministro Nilson Naves examina com rigor técnico especial.

Claro que o recurso a ser interposto era o recurso extraordinário; quanto a isso não há dúvida alguma. Entretanto, nessa fase de transição,



tenho admitido que o erro, só na rotulagem do recurso pode ser superado, desde que os pressupostos do que seria próprio tenham sido atendidos na petição recursal. O eminente Relator, entretanto, esclarece que não foi apresentada argüição de relevância, que seria exigível, já que a matéria não se encontra elencada nos itens I a X do art. 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, quando apresentado o recurso, não haveria mais cogitar de argüição de relevância, já que inexistia órgão que a pudesse apreciar. Aquelas não examinadas até a instalação do Superior Tribunal de Justiça foram tidas, todas elas, como prejudicadas. Não me parece deva-se exigir seja argüida a relevância da questão federal como uma mera formalidade, posto já não poderia mais ser acolhida nem rejeitada.

Em suma. Não empresto valor decisivo ao erro na denominação do recurso e dispense a argüição de relevância em recurso interposto quando ela não mais seria suscetível de apreciação.

Peço vênia ao eminente Relator para dar provimento.

#### VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Presidente): Peço vênia ao Senhor Ministro Relator para divergir, porque não admito a triagem do recurso especial pelas normas do RISTF (art. 325, ER/2, de 1985), principalmente depois que o próprio Supremo passou a converter os recursos extraordinários, que lhe foram endereçados, em recursos especiais, quando poderia ter julgado aqueles por força do disposto no art. 27, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Assim, convertido em REsp, o RE deixou de operar a norma de direito transitório, porque exaurida.

Quanto ao direito subjetivo processual, de ter a parte o seu recurso julgado de acordo com as normas vigentes à época da interposição ou do momento em que foi proferida a decisão recorrida, esse restou precluso em face do eventual sucumbente, que da decisão do STF não recorreu. Essa situação não diria respeito ao recorrente, porque beneficiado pela triagem mais ampla do REsp e sem os óbices do RISTF. E sim ao recorrido.

Por outro lado, se o STF tivesse cumprido o art. 27, § 1º, do ADCT, não teria julgado prejudicadas as relevâncias, utilizadas anteriormente à sua extinção. Não sei como reagirão a isto os Ministros que discordam desta posição, pois maior ofensa não se faria ao recorrente se, aplicando ao REsp os óbices, não atentássemos para essa válvula de escape ao rigor regimental.

De nossa parte, aplicamos obrigatoriamente ao processo o princípio isonômico, sendo impossível inadmitir o recurso em face daqueles óbices e deixar sem exame a relevância. Esta, a prevalecer orientação contrária, não poderia deixar de ser levada em conta, pelo seu valor intrínseco e não mais como instrumento formal extinto.

É como voto, data venia.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, tenho mantido entendimento que se soma ao pensamento exposto pelo Eminentíssimo Ministro Nilson Naves, fazendo sempre a ressalva — e S. Exa. agora já não a tem usado — pela supressão da expressão «erro grosseiro» quando da interposição de um recurso por outro. Tenho-a como severa contra o advogado, quando havia perplexidade quanto à adoção do recurso. Adoto a teoria da lei vigente ao tempo, e, neste caso, ainda que a prejudicialidade pudesse ser argüida, a interposição se fazia necessário, porque, assim, a lei a determinava. E, como ele não interpôs, peço vênias ao Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro — já votamos assim em sessão anterior — para acompanhar o Eminentíssimo Ministro Nilson Naves.

### EXTRATO DA MINUTA

AgRg no REsp nº 1.186 — RJ — (Reg. nº 89.11178-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Agravante: Scanbrasil Afretamentos Ltda. Agravado: R. Despacho de fl. 180. Advogados: Drs. Maria Lúcia Castelo Branco e outros e Paulo Roberto de Carvalho Rego.

Decisão: A Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Gueiros Leite, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (3ª Turma — 31-10-89).

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



### RECURSO ESPECIAL Nº 1.200 — RJ

(Registro nº 89.0011254-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Lello's Bar e Restaurante Ltda. e outros*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Augusto Moreira de Carvalho, Eleusa de Magalhães Garcia*

EMENTA: ICM. Fornecimento de Alimentação e Bebidas por restaurantes, bares e similares.

O v. acórdão recorrido ao admitir que há base de cálculo para a incidência do ICM sobre o fornecimento de alimentação e bebidas por restaurantes, bares e similares e que este é o

valor da operação porque a espécie se enquadra na definição geral de saída, não violou qualquer lei federal ou divergiu de súmula ou de acórdãos de nossa Corte Maior.

Recurso improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes 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, 5 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso extraordinário com arguição de relevância interposto com fundamento na letra *d* do art. 119, III, da ordem constitucional precedente contra acórdão que negou segurança impetrada com o objetivo de ver declarada a impossibilidade de cobrança de ICM sobre o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.

Sustentam os recorrentes divergência jurisprudencial com a Súmula 574 e acórdãos do STF, bem como negativa de vigência ao art. 97, IV, e ao § 1º do art. 108, ambos do Código Tributário.

Impugnado o recurso e deferido o seu processamento (fls. 679/680), ofereceram os recorrentes as razões de fls. 683/700.

Aduzem, em síntese, que: a) «o Código Tributário Estadual do Rio de Janeiro não definia a base de cálculo do ICM, na hipótese de fornecimento de alimentos, bebidas e outras mercadorias por restaurantes, bares e similares»; b) «a definição do fato gerador não supre esta deficiência, em face do que dispõe o art. 97 do CTN» c) «a definição da base de cálculo para a hipótese de saída de mercadoria de estabelecimento produtor ou comercial não se aplica a outro fato gerador, tanto em face do disposto no art. 97, como também do art. 108, § 1º, do CTN, que veda o emprego da analogia para suprir lacunas da lei tributária, quando daí resultar cobrança do tributo».

Oferecidas contra-razões, subiram os autos ao Excelso Pretório que, por despacho do eminente Ministro Moreira Alves, determinou a conversão

do apelo extremo em recurso especial e conseqüente remessa dos autos a esta E. Corte.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: Com a instalação deste Tribunal, restou prejudicada a arguição de relevância da questão federal, sem a preclusão da questão legal nela abordada (Desp. de fl. 756).

Embora o RE tenha sido interposto apenas com invocação à letra *d* do artigo 119, III, da Constituição Federal (interpretação divergente de lei federal), sustentam os recorrentes também divergência jurisprudencial com a Súmula nº 574, com acórdãos do STF e negativa de vigência do artigo 97, IV e artigo 108, § 1º, ambos do Código Tributário Nacional.

A nosso ver, não houve a divergência, nem a negativa de vigência apontadas. O v. acórdão recorrido (fl. 569), ao admitir que há base de cálculo para a incidência do ICM sobre o fornecimento de alimentação e bebidas por restaurantes, bares e similares e que este é o valor da operação porque a espécie se enquadra na definição geral de saída, não violou qualquer lei federal ou divergiu de súmula ou de acórdãos de nossa Corte Maior.

A questão se resume em se saber se a legislação do Estado do Rio de Janeiro fixou ou não a base de cálculo do ICM para que este possa ser exigido sobre o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, em restaurantes, bares, cafês e estabelecimentos similares. Ora, constitui fato gerador do ICM «o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafês e estabelecimentos similares» (Dec.-Lei Federal nº 406/68, art. 1º, item III, e Dec.-Lei Estadual nº 5/75, art. 4º, item III). Assim, a legislação estadual encontra firme suporte na legislação federal que, também definiu como fato gerador do ICM «o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafês e estabelecimentos similares.

Se é o próprio Dec.-Lei nº 406/68 que dá como fato gerador do ICM o valor total da operação, incluindo também a parte de serviço incluída no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, a legislação do Estado (Dec.-Lei nº 5/75) estava autorizada a cobrar ICM inclusive sobre esta parte de serviço.

O ICM incide sobre uma infinidade de operações e produtos diversos, não se podendo exigir-se uma base de cálculo específica. Ela, no caso, só poderia ser genérica, ou seja, o valor da operação, a importância total recebida pelo comerciante, porque na lista de serviços que é taxativa, não consta a atividade da impetrante. Se sobre os serviços relacionados na lista inci-

de o ISS mesmo quando ocorre fornecimento de mercadoria, isto deve acontecer quando, no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias e incidir o ICM.

Como sabemos, a base de cálculo do ICM foi definida pelo Dec.-Lei nº 406/68, art. 2º, item I, e pelo Dec.-Lei nº 5/75, art. 14, item I, assim:

— «A base de cálculo do imposto é:

I — o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria».

Então, existe a base de cálculo do ICM que é o «valor da operação».

Esclarecem as informações:

«Somente na falta desse valor é que se buscariam outros critérios para apuração do valor do tributo devido.

A razão é simples:

Incide o ICM sobre uma *infinidade de operações e produtos diferentes* e só se poderia exigir do legislador a *base de cálculo genérica*.

#### *Casuísmo Inadmissível*

Não seria razoável exigir-se do legislador a descrição de todas as situações e mercadorias sujeitas ao ICM, para o fim específico de definição da base de cálculo:

O valor sobre o qual recai o ICM é o *valor da operação*, nada mais do que o valor da operação. Destarte, determina-se a base de imposição do ICM em função do valor recebido pelo contribuinte e *não em razão da natureza do produto fornecido*.

Se se entendesse de forma diversa, chegar-se-ia inevitavelmente à conclusão de que

*Seriam necessárias centenas de páginas do Diário Oficial para enumerar os produtos sujeitos ao ICM com as respectivas bases de cálculo* (ou centenas de páginas para descrever todas as atividades comerciais, uma por uma sujeitas ao recolhimento do tributo).

Naturalmente, essa não é a *mens legis*. Quando o Código Tributário Nacional reclama a edição de lei para disciplinar a base de cálculo:

«Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

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

tem por escopo apenas evitar que a alíquota e a base de cálculo sejam determinadas em atos normativos de menor expressão do que a lei.

Em face do texto do art. 97 do CTN, que é comando de ordem geral, não se pode validamente inferir que seja obrigatória a definição específica de base de cálculo para cada uma das hipóteses de incidência do ICM.

São *critérios puramente aritméticos* os que norteiam a fixação da alíquota e da *base de cálculo*.»

É claro que, quando o legislador faz incidir o ICM também sobre a parte de serviços existente no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por restaurantes, bares e outros estabelecimentos congêneres, ele cria um *fictio legis* que, segundo Yhering «... evita as dificuldades em vez de resolvê-las e não é mais do que a resolução científica imperfeita de um problema e merece, como o ato opoente, ser chamado *matéria técnica consagrada pela necessidade*» (O Espírito do Direito Romano — vol. 4º, pág. 199).

Assim como existem imóveis por determinação legal (artigo 44 do CC), pode, também, o legislador considerar mercadoria o fornecimento de alimentação, bebidas, etc.

Se existe lei estadual estabelecendo a base de cálculo do ICM, não houve violação à Súmula nº 574 do STF ou aos artigos 97, IV, e 108, § 1º, do CTN. Estes não foram contrariados pelo artigo 14, I, do Dec.-Lei Estadual nº 5/75 ao estabelecer a base de cálculo geral do ICM que, no caso, não exige a específica. No fornecimento de alimentação, bebidas, etc., por restaurantes, bares e outros estabelecimentos congêneres, existe a saída de mercadoria, pouco importando se o freguês consome ali, no estabelecimento comercial, ou em qualquer outro local. Havendo a circulação de mercadoria, incide o ICM, inclusive, por ficção legal, sobre a parte de serviço.

É também irrelevante o fato de haver embutido, no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por restaurantes, bares e estabelecimentos similares, a parcela correspondente a serviços, porque, na alienação de qualquer mercadoria, por qualquer estabelecimento comercial, sempre existe a parte correspondente ao serviço. Seria indefensável a tese da incidência do ICM somente no valor da mercadoria, sem a parte correspondente aos serviços, porque seria quase impossível e, certamente, desaconselhável, fazer os cálculos para se saber o que representaria a mercadoria, sem o serviço. A Procuradoria do Estado, em seu bem-lançado Parecer de fls. 732/739, salientou que:

— «... a existência de serviço embutido no fornecimento não constitui óbice à base genérica, conforme se depreende do art. 8º, § 2º, do Decreto-Lei nº 834/69, no qual foi adotado o critério da prevalência do ICM para a tributação das operações nele compreendidas.

Há quem entenda que, em vista da nova redação dada pelo Decreto-Lei nº 406/68, o ICM incide sobre a parcela do valor da

operação que corresponde ao fornecimento de mercadorias, abstraindo-se o valor dos serviços prestados.

Tal entendimento resulta do exame isolado dos textos, do antigo e atual, do citado parágrafo sem considerações para com o significado no sistema de normas, que disciplina a matéria.

Observam os defensores da tese sob comentário que a redação original do citado § 2º dispunha:

§ 2º Os serviços não especificados na lista e cuja prestação envolva o fornecimento de mercadorias ficam sujeitos ao Imposto de Circulação de Mercadorias.»

Tal redação foi alterada pelo Decreto-Lei nº 834/69 para a seguinte:

§ 2º O fornecimento de mercadorias com prestações de serviços não especificadas na lista fica sujeito ao Imposto de Circulação de Mercadorias».

Assim tomadas, isoladamente, as letras antiga e atual do § 2º em exame fazem realmente crer que a alteração tenha sido introduzida com o manifesto intento de determinar que o ICM incida somente sobre a parcela referente ao fornecimento de mercadorias.

Entretanto, essa não é a realidade.

Em primeiro lugar, fosse esse o sentido da lei, estaria ela regredindo ao estágio primeiro em que se atormentavam os tributaristas para determinarem que parcela correspondia ao fornecimento e que parcela correspondia ao serviço.

Em segundo lugar, esse entendimento ignora exatamente a finalidade que justifica e explica a existência do art. 8º e seus parágrafos do Decreto-Lei nº 406/86. Tal dispositivo foi introduzido justamente para evitar a aludida tormenta mediante a instituição de um regime unitário de tributação, pendendo para o imposto incidente sobre o elemento predominante da operação, definido mediante a Lista de Serviços.

Acresce, ainda, que, se concluirmos que o § 2º admite apenas a incidência do ICM sobre a parcela dos fornecimentos, seremos forçados a admitir que o § 1º também só admite a incidência do ISS sobre a parcela dos serviços. Com efeito, o texto do § 1º nada existe de expresso no sentido de admitir a incidência do ISS sobre a parcela referente ao fornecimento. Aliás, a incidência do ISS sobre o valor total da operação, no caso do § 1º, deverá, forçosamente, parecer, ao simpatizante da tese sob comentário, tão absurda quanto a incidência do ICM sobre o valor total da operação, no caso do § 2º.

Assim sendo, ambos os parágrafos do art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68 devem ser interpretados conjuntamente como disposições de um sistema engajado no princípio de preponderância funcional da utilidade fornecida.

Em função desse princípio, não deve causar surpresa a incidência do ICM sobre o valor total de uma operação em que há prestação de serviços mas em que prepondera a circulação de mercadorias. Assim como, vice-versa, não escandaliza a incidência do ISS, numa operação em que a prestação de serviços prepondera, ainda que atingindo parcelas que, em tese, corresponderiam ao fornecimento de mercadorias.

Diante do exposto, conclui-se a alteração introduzida pelo Decreto-Lei nº 834/69 no § 2º do art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68 é puramente redacional, nada tendo modificado na substância do preceito. Alterou-se apenas a sintaxe para colocar como sujeito da frase o fornecimento — que, no caso, é o elemento preponderante da operação — ao qual mais precisamente se aplicado o predicado, que especifica o tributo incidente».

Tem razão o Dr. Amir José Sarti, inteligente Subprocurador-Geral da República, em seu Parecer de fls. 759/763, ao deixar claro que, a prevalecer o entendimento sustentado pela recorrente, os restaurantes, bares, cafés, hotéis, clubes e similares não pagarão o ICM nem o ISS, porque seus serviços não estão arrolados na lista do Dec.-Lei nº 406/68, como se eles fossem isentos de ambos os impostos. Salientou sua Excelência, com precisão, que:

— «Deveras, a prevalecer o ponto de vista sustentado pelo recorrente, o que vai acabar acontecendo é que os bares, restaurantes e similares não pagarão ICM ao argumento da generalidade da base de cálculo; nem pagarão o ISS, porque os seus serviços não estão arrolados na lista que acompanha o Decreto-Lei nº 406/68 (vide artigo 8º, § 2º).

Ora, não é possível que, por tais vias oblíquas, terminem os proprietários de bares, restaurantes e similares conseguindo uma isenção que, absolutamente, nem o legislador federal (Decreto-Lei nº 406/68, art. 1º, III), nem muito menos o legislador estadual (Decreto-Lei nº 5/75, art. 4º, III) lhes quiseram conferir. Nem parece consultar aos interesses da sociedade a outorga de um tal benefício.»

No Recurso Especial nº 1.054-RJ, Relator o Eminentíssimo Ministro Armando Rollemberg, esta Egrégia Turma, por unanimidade, entendeu que:

«Tributário. ICM. Elaboração, preparo e fornecimento de alimentação e bebidas.



Estabelecendo o Código Tributário Estadual (Decreto-Lei nº 5/75), no inciso I do seu art. 14, que o ICM incidirá sobre «o valor da operação de que decorrer a saída de mercadoria», norma que tanto atinge a mercadoria vendida simplesmente, como aquela na qual, como ocorre com o fornecimento de refeições, se compreendem não somente os produtos utilizados para sua feitura mas também o trabalho efetuado para tal fim, não se verificou conflito entre o julgado recorrido e a Súmula 574 do STF e nem divergência com acórdão do mesmo Tribunal no qual se assentou ser «inafastável a exigência de que conste da lei local a definição da base de cálculo do ICM, distinguindo o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços em bares e restaurantes.

Recurso desprovido.»

Conheço os precedentes de nossa Corte Maior (RE nº 112.611-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Aldir Passarinho, *DJ* de 27-3-87 e RE nº 111.789-DF, Relator Eminentíssimo Ministro Carlos Madeira, *DJ* de 10-4-87) e deste Colendo Tribunal nos Recursos Especiais, julgados pela Egrégia Segunda Turma (1071-RJ, Relator Eminentíssimo Ministro Américo Luz e 610-RJ, 564-BA e 999-RJ, Relator Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão). Estas decisões, embora respeitáveis, não me convenceram porque entendo não ter havido falta de definições de base de cálculo pela Lei Estadual, no caso sub judice.

Nego provimento ao recurso.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Acompanho o Sr. Ministro Relator, pelas razões que teve a oportunidade de ler.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.200 — RJ — (Reg. nº 89.0011254-6) — Relator: O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Rectes.: Lello's Bar e Restaurante Ltda. e outros. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. Augusto Moreira de Carvalho, Eleusa de Magalhães Garcia.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (1ª Turma: 5-2-90).

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 1.206 — SP

(Registro nº 89.0011260-0)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Cia. de Telefones do Brasil Central — CTBC, Pirelli S/A  
Cia. Indl. Brasileira e Andrew Antenas Ltda*

Advogados: *Drs. Sebastião José Vasques de Moraes, Roberto Muneratti Filho, Luiz Carlos Bettiol e outros*

### EMENTA: Tributário. ICM. Isenção.

A isenção concedida tendo em vista projeto de interesse nacional não pode ser alterada por convênio posterior àquele que a previu e nem em atenção ao art. 178 do CTN, que se refere aos casos comuns, aspecto este, aliás, que não foi objeto de apreciação no julgado recorrido, inexistindo, assim, o prequestionamento essencial ao conhecimento do recurso no propósito. 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, 13 de dezembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A Companhia de Telefones do Brasil Central — CTBC, requereu mandado de segurança preventivo contra a cobrança, pelo Delegado Regional Tributário da DR.D4, em São Paulo e ICM sobre máquinas e equipamentos a serem adquiridos de Pirelli S/A — Cia. Indl. Brasileira e Andrew Antenas, para execução de projeto de interesse nacional, beneficiado pelo Convênio ICM 9/75, que a isentara de tal tributo, ao fundamento de que dito convênio fora revogado pelo de nº 11/81, e não lhe era aplicável em atenção ao Convênio 24, desse último ano.

Requereu também a impetrante a citação das empresas Andrew Antenas Ltda e Pirelli S/A — Companhia Industrial Brasileira para integrarem a lide como litisconsortes ativas.

Prestadas informações, a segurança foi concedida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba-SP, em sentença que veio a ser confirmada pela Décima Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado em decisão assim fundamentada no voto do relator:

«O Mandado de Segurança é preventivo, justificado o receio da impetrante, evidenciada a pretensão de não pagamento de imposto não excluído pela isenção.

Por outro lado, a retroatividade entregue ao Convênio nº 11/81, indubitavelmente, alcançou projetos já reconhecidos como perfeitos para serem beneficiados pelos incentivos fiscais do Convênio nº 9/75.

Ora, isenção condicionada, com a finalidade de incentivar projetos, com duração equivalente ao próprio projeto.

Assim, há que salientar a irrevogabilidade às isenções concedidas em tais circunstâncias, pelo que, o contribuinte, quando da edição dos Convênios ICM nº 11/81 e ICM nº 24/83, já estava acobertado pela isenção concedida, não podendo ser alcançado pelas restrições impostas pela nova regulamentação.

A situação já estava constituída pela legislação anterior.»

Inconformado, o Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário com argüição de relevância da questão federal, alegando divergência jurisprudencial e invocando, para comprová-la, decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, proferida no RE nº 105.486-7-MG, de que foi relator o Sr. Ministro Oscar Corrêa, assim ementada:

«ICM. Isenção prevista no Convênio 9/75 e revogada em convênio posterior 24/81, na vigência do qual se verifica a saída das máquinas e equipamentos adquiridos.

Isenção pura e simples sem ônus ou contraprestação. Incidência imediata e revogabilidade admitida.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.»

O recurso não foi admitido, tendo os autos subido ao STF em face do acolhimento da argüição de relevância, e dali foram remetidos a esta Corte porque convertido o mesmo recurso em especial.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A decisão recorrida, como acentuado no relatório, foi no sentido da impossibilidade de suprimir-se isenção de ICM concedida com apoio no Convênio 9/75, para realização de projeto de interesse nacional e, em sentido contrário, que demonstraria divergência jurisprudencial, apontou a requerente julgado assim ementado:

«ICM. Isenção prevista no Convênio 9/75 e revogada em convênio posterior — 24/81 — na vigência do qual se verifica a saída das máquinas e equipamentos adquiridos.

Isenção pura e simples, sem ônus ou contraprestação. Incidência imediata e revogabilidade admitida.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.»

Argüiu, ainda, negativa de vigência do art. 178 do CTN.

A divergência é manifesta, e assim conheço do recurso.

Nego-lhe, porém, provimento, pois há que distinguir-se, na hipótese, entre saída de máquinas e equipamentos destinados a uso normal, e fato idêntico quando relativo a projeto de interesse público, como decidiu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RREE 111.638 e 112.613, relatados pelo Sr. Ministro Carlos Madeira, assim ementados:

«Isenção tributária. Convênio para isenção de ICM. A isenção do ICM concedida tendo em vista projeto de obra de interesse público, não constitui pura liberalidade, pois é condicionada à execução daquele projeto. Os Convênios posteriores que previrem novas condições para a concessão da isenção não alcançam aquela relativa a projeto de interesse nacional em plena execução.»

No caso dos autos, a isenção fora concedida para projeto de desenvolvimento e expansão de atividades telefônicas, para o qual eram necessários máquinas e equipamentos, não sendo possível alterar-se as condições da aquisição respectiva, porque concebido dito projeto considerando a isenção de impostos, inclusive o ICM.

Quanto à argüição de negativa de vigência do art. 178 do CTN, de acordo com o qual «a isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104», não se verificou ao que entendo, no caso presente, pois a isenção foi concedida considerando ser o projeto de interesse nacional.

Acresce, além disso, que tal alegação não foi apreciada no julgado recorrido, inexistindo, assim, o prequestionamento essencial ao conhecimento do recurso no propósito.

Nego provimento ao recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.206 — SP — (Reg. nº 89.0011260-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdos.: Cia. de Telefones do Brasil Central — CTBC, Pirelli S/A Cia. Indl. Brasileira e Andrew Antenas Ltda. Advs.: Drs. Sebastião José Vasques de Moraes, Roberto Muneratti Filho, Luiz Carlos Bettiol e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 13-12-89 — 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 Nº 1.208 — DF

(Registro nº 89.11262-7)

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

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorridos: *Juízo Federal da 8ª Vara-DF, Juízo Presidente da 6ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília-DF e Tribunal Federal de Recursos*

Parte A: *Luiza Raimunda Damasceno da Silva*

Parte R: *Fundação Legião Brasileira de Assistência — LBA*

**EMENTA:** Distribuição no STJ. Tratando-se de recurso especial de decisão do TFR, não se encontra impedido, no STJ, Ministro que, no extinto Tribunal, tenha exercido função no mesmo processo, participando da sessão de julgamento. 2. Ação trabalhista proposta contra fundação instituída por lei federal. Hipótese de competência da Justiça Federal. 3. Recurso especial conhecido pelo dissídio e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, arredar a preliminar suscitada pelo Sr. Ministro Relator no pertinente à matéria de impedimento e, no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento para julgar procedente o conflito e, declarar competente o Dr. Juiz Federal da 8ª Vara do Distrito Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 31 de outubro de 1989 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: No Tribunal Federal de Recursos, foi o recurso extraordinário admitido por despacho do Sr. Ministro Washington Bolívar, nestes termos:

«Cuida-se de recurso extraordinário fundado no art. 119, III, letras a e d, da Constituição Federal, interposto pelo Ministério Público Federal de acórdão da 1ª Seção, Relator o Sr. Ministro José Dantas, assim sintetizado (fl. 20):

‘Trabalhista. Competência.

Fundação. Sua exclusão dentre as pessoas de direito público com foro na Justiça Federal.’

Alega o recorrente que o aresto hostilizado teria ofendido os arts. 110 e 125, I, da Carta Magna e divergido de acórdãos da Suprema Corte no tocante à aplicação dos seguintes dispositivos legais: art. 4º, II, d, e 5º, e § 3º do Decreto-Lei nº 200/67 (com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.299/86 e Lei nº 7.596/87), e art. 4º, III, da Lei nº 6.439/77.

Tendo em vista a alegação de ofensa ao texto constitucional, a espécie se enquadra no art. 325, I, do RISTF (ER nº 2/85).

A matéria constitucional, no que concerne ao art. 125, I, da Constituição Federal, acha-se razoavelmente bem posta na petição recursal. Quanto ao indispensável prequestionamento, tenho-o como caracterizado. É que a questão foi aventada no Parecer de fls. 9/10, e, no entanto, omitida no aresto, inobstante a interposição de embargos declaratórios. Em hipótese tais a Suprema Corte entende que:

‘Se a questão constitucional foi suscitada na contestação e na apelação e não apreciada pelo Tribunal a quo, mesmo com a adequada interposição de embargos de declaração está caracterizado o prequestionamento (RE 102.133-1-EDcl-MG, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 14-6-85, pág. 9571).»

Ademais o acórdão recorrido adotou o entendimento da Súmula 72 desta Corte que, recentemente, foi cancelada.

Assim sendo, admito o recurso pela alínea a, ensejando seu processamento, também, pelo outro fundamento (Súmula 292).»

No Supremo Tribunal Federal, foi o recurso extraordinário parcialmente convertido em recurso especial, com remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, «para que este aprecie a parte do recurso interposto que se converteu em recurso especial, e, posteriormente, os devolva a esta Corte, para que ela julgue o recurso na parte em que ele persiste como extraordinário».

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Quando do julgamento do conflito de competência, bem como do dos embargos de declaração, pela 1ª Seção do extinto Tribunal Federal de Recursos, em acórdãos relatados pelo Sr. Ministro José Dantas, de ambas as sessões participei, por então pertencer àquela Seção. Não creio que, em decorrência dessa circunstância, esteja eu, no Superior Tribunal de Justiça, impedido, agora, de exercer as minhas funções neste processo.

No Supremo Tribunal Federal, em relação a seus membros que participam do Tribunal Superior Eleitoral, questão semelhante foi levantada, em preliminar, no RMS-9.093, de 1962, in RTJ 25/102, julgado este informativo da Súmula 72, com essa redação: «No julgamento de questão constitucional, vinculada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os Ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário». Considerou aquele Tribunal, naquela ocasião, de um lado, que a proibição do juiz de decidir mais de uma vez a mesma causa não é absoluta, pois ele próprio julga a mesma causa em ação rescisória («Na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo», Súmula 252/STF), em embargos, etc., e de outro lado, que a exclusão reduziria o quorum, embarçando o seu trabalho. Ficou assentado, pelo Supremo Tribunal, em seu Regimento: «Tratando-se de recurso extraordinário eleitoral, de habeas corpus contra ato do Tribunal Superior Eleitoral, ou de recurso de habeas corpus denegado pelo mesmo Tribunal, serão excluídos da distribuição, se possível, os Ministros que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário», parágrafo único, e «Não estão impedidos os Ministros que, no Tribunal Superior Eleitoral tenham funcionado no mesmo processo ou no processo originário, os quais devem ser excluídos, se possível, da distribuição», segundo o art. 277, § 1º

No Superior Tribunal de Justiça, onde, a meu ver, a resolução comentada tem aplicação, é possível, na nossa 2ª Seção, pela sua atual composição, excluir da distribuição Ministro que, no Tribunal Federal de Recursos, tenha exercido função no mesmo processo. No entanto, no que concerne às duas outras Seções desta Corte, compostas pelos membros do extinto Tribunal, excetuado um dos seus componentes, a exclusão torna-se difícil, perturbadora até. Daí que, em termos práticos, dita exclusão há de ser medida com a medida própria, levando-se em conta toda peculiar situação do novel Tribunal.

De fato, composto, inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça pelos membros do Tribunal Federal de Recursos, em número de 26, quando de sua instalação, e pela nomeação de 7 outros Ministros para completar o número de 33, ut arts. 104, da CF/88, e 27, § 2º, do ADCT, situações análogas a destes autos hão de surgir, recomendando-se para elas soluções práticas, de molde a que os processos cheguem ao seu final, sem maior demora.

Depois, ao que creio, o Cód. de Pr. Civil só considera impedido o juiz que haja atuado em primeiro grau. «É defeso ao juiz» — reza o art. 134-III — «exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: ... que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão». Com efeito, o impedimento, restringindo, como restringe, a atuação do juiz, há de merecer interpretação estrita, não ultrapassando os casos especificamente previstos, e tal qual a sua literal previsão.

De conseguinte, não me tendo, no caso presente, por impedido, malgrado estes autos terem transitado pelo Tribunal Federal de Recursos, com a minha participação na sessão que julgou a questão neles contida, submeto, porém, o assunto à Turma, em preliminar.

Srs. Ministros, ultrapassada a preliminar, pretendo conhecer do recurso pela anterior alínea *d*. Quanto à alínea *a*, o acórdão recorrido não enfrentou, especificamente, os textos legais apontados pelo recorrente. Mas o dissídio parece-me comprovado, no tocante aos acórdãos citados a partir de fl. 38. Assim, no CJ-6.650, encontra-se dito que a LBA, em face da legislação federal, portanto, norma infraconstitucional, é fundação de direito público, integrando o gênero autarquia, enquanto que, no aresto hostilizado, a mesma LBA foi excluída «dentre as pessoas de direito público com foro na Justiça Federal».

Conheço, pois, do recurso, pela anterior alínea *d*, hoje alínea *c* (art. 105-III). Conhecido, dou-lhe provimento, para declarar competente o Juízo suscitante do conflito (8ª Vara-DF). É que, em casos dessa ordem, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a competência da Justiça Federal, em inúmeros precedentes.

Fica prejudicado o recurso extraordinário.

### VOTO PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Tal como salientou o eminente Relator, o CPC é explícito em vedar a participação do Juiz que, em primeiro grau de jurisdição, proferiu decisão ou sentença no mesmo processo. Não se refere a outro grau de jurisdição mas a primeiro grau. Se o magistrado atuou em segundo grau, não há o impedimento. É o que sucede, por exemplo, com os embargos infringentes, em que apenas o relator, se possível, será juiz que não oficiou no julgamento recorrido.

Acompanho o relator.

### VOTO (VENCIDO) PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Lamento divergir dos ilustres votos, mas acho que há impedimento, se o relator aqui, no REsp, tiver tomado parte, mesmo como vogal, na assentada de julgamento que deu lugar ao acórdão recorrido.



Se bem que a participação do eminente Ministro Nilson Naves tenha acontecido ao tempo do colendo Tribunal Federal de Recursos, isto não implicaria na extinção do ato, cujos efeitos são sabidamente ultrativos.

O legislador preocupa-se com a capacidade subjetiva do juiz, ligada à garantia de imparcialidade. A incapacidade traduz-se no impedimento, que é de índole absoluta. O CPC, art. 134, III, dispõe que é defeso ao juiz exercer as suas funções no processo que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo nele proferido sentença ou decisão.

Essa norma aplica-se, de igual modo, aos juízes das Cortes superiores, não só nas ações rescisórias como nos recursos. Barbi diz que o impedimento ocorre também em outros graus de jurisdição (Comentários, I vol., Tomo II, 1ª ed., Forense, pag. 551). Pontes comenta o impedimento dos juízes prolores da decisão recorrida extraordinariamente, os quais não poderão conhecer daquele remédio jurídico recursal (Comentários, Tomo II, Forense, 1974, pág. 401).

Na vice-presidência do TFR sempre me julguei impedido ao despachar os recursos extraordinários de decisões nas quais funcionara como julgador. Não agi assim por me julgar incapaz de decidir com isenção, mas para me pôr a cavaleiro de eventuais suspeições, sendo este o espírito da lei.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.208 — DF — (Reg. nº 89.11262-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Juízo Federal da 8ª Vara-DF, Juízo Presidente da 6ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília-DF e Tribunal Federal de Recursos. Parte A: Luiza Raimundo Damasceno da Silva. Parte R: Fundação Legião Brasileira de Assistência — LBA.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Gueiros Leite, arredou a preliminar suscitada pelo Sr. Ministro Relator no pertinente à matéria de impedimento e, no mérito, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento para julgar procedente o conflito e, declarar competente o Dr. Juiz Federal da 8ª Vara do Distrito Federal (3ª Turma, 31-10-89).

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

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.250 — SP

(Registro nº 89.0011342-9)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Waldemar Rosendo da Silva*

Advogado: *Dr. Orlando Calvielli*

**EMENTA:** Penal. Continuidade Delitiva. Caracterização.

Para que os crimes subseqüentes possam ser havidos como continuação do primeiro, não basta a homogeneidade das condutas típicas, no que diz com as condições de tempo, lugar e maneira de execução. Impende considerar o elemento subjetivo do agente. Se os delitos resultaram de deliberações autônomas não se pode afirmar existente o nexó da continuidade.

Recurso provido.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao Recurso Especial, para cassar a decisão recorrida e, em consequência, adotar a solução de Primeira Instância, 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 março de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Adoto, à guisa de relatório, a parte expositiva do r. despacho de fl. 66, do eminente Juiz-Presidente do e. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, nestes termos:

«Waldemar Rosendo da Silva formulou, perante este Tribunal, o pedido revisional nº 174.054/4, visando a desconstituição da decisão do Juízo da Vara das Execuções Criminais de São Paulo, que indeferiu pedido de unificação de penas, tendo o E. Sexto Grupo de Câmaras, por maioria de votos, deferido o pedido para unificar as penas em 3 grupos, num total de 22 anos, 9 meses e 14 dias de reclusão.

Com apoio no art. 105, n. III, letra c, da Constituição da República, a douta Procuradoria-Geral de Justiça interpõe recurso especial. Alega, em síntese, que o ven. acórdão atacado — ao reconhecer a continuidade delitiva ignorando a ausência do pré-requisito da unidade de desígnios — divergiu de julgados do Colendo Supremo Tribunal Federal e dos E. Tribunais de Justiça de São Paulo e da Guanabara.

Não foi apresentada a impugnação».

Admitido e processado o recurso, subiram os autos. Nesta instância, oficiou o Ministério Público Federal, cujo parecer é pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório, Senhor Presidente.

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Demonstrada quantum satis a existência de dissídio pretoriano a propósito da caracterização da continuidade delitiva, sem envolver matéria fática — sinale-se, conhecimento do recurso.

Com efeito, o v. aresto recorrido, posto em afirmar a prevalência da teoria objetiva, ateu-se unicamente aos requisitos objetivos do art. 71, do Código Penal, para reconhecer a continuidade delitiva e, em consequência, proceder à unificação das penas.

Entendo, porém, na linha dos acórdãos paradigmas, que o reconhecimento da continuidade delitiva exige mais, não podendo ficar atrelado exclusivamente aos requisitos objetivos, sob pena de conferir-se ao instituto um elastério incompatível com os princípios que informam o nosso sistema repressivo, em ordem mesmo a privilegiar a reiteração criminosa.

Para que os crimes subseqüentes possam ser havidos como continuação do primeiro, não basta a homogeneidade das condutas típicas, no que diz com as condições de tempo, lugar e maneira de execução. Impende considerar o elemento subjetivo do agente.

Como acentuou o eminente Ministro Assis Toledo, após alentado estudo do tema, à luz, inclusive, das doutrinas alemã e italiana, no substancioso voto que proferiu no Recurso Especial nº 507 — SP, a ligação entre os vários atos criminosos «deve estar não só nos elementos objetivos de tempo, lugar e modo de execução, mas também no aspecto interno, psicológico, da conduta do agente, sem o que o Juiz não disporia de critérios menos falhos para distinguir o concurso material da continuidade delitiva».

Destarte, se os delitos resultam de deliberações autônomas, não se pode afirmar existente o nexa da continuidade. Este só existe quando, além de atendidos os requisitos objetivos do art. 71, do Código Penal, os vários atos criminosos fazem parte da execução do mesmo projeto criminoso ou

decorrem do aproveitamento da mesma situação, na correta conclusão do precedente da e. Quinta Turma.

Do exposto, Senhor Presidente, dou provimento ao recurso para cassar o v. acórdão recorrido e restabelecer a solução decretada em primeiro grau, na inteira conformidade que se apresenta com o entendimento que acabo de expor. É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.250 — SP — (Reg. nº 89.0011342-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Waldemar Rosendo da Silva. Adv.: Dr. Orlando Calvielli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao Recurso Especial, para cassar a decisão recorrida e, em consequência, adotar a solução de Primeira Instância. (6ª Turma — 6-3-90).

Votaram os Srs. Ministros Dias Trindade, William Patterson, José Cândido e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.267 — RJ

(Registro nº 89.11397-6)

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

Recorrente: *Antonio Carlos Rodrigues de Brito*

Recorrido: *Juiz Juliusz Kossakowski*

Advogados: *Drs. Denise Sérgio de Siqueira Menezes e Elso do Couto e Silva*

#### EMENTA: Arras.

A Súmula 412 do Supremo Tribunal Federal refere-se aos compromissos com cláusula de arrependimento, não se aplicando àqueles em que as arras sejam apenas confirmatórias.

O artigo 1.097 do Código Civil não há de ser interpretado como tratando as arras sempre como penitenciais, equiparando as hipóteses em que se avença a faculdade de a parte poder arrepender-se àquelas em que inexistente tal cláusula. Inaplicáveis, de qualquer sorte, quando o descumprimento deveu-se a quem recebeu o sinal.

## 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 e lhe dar parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 12 de dezembro de 1989.

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Antonio Carlos Rodrigues de Brito ajuizou ação contra Juliusz Kossakowski e sua mulher Iwona Pecikiewicz Kossakowski. Alegou que, mediante recibo de sinal e princípio de pagamento, o primeiro réu prometeu-lhe vender determinado lote de terreno, ficando ajustado que o restante do preço seria pago quando assinada a escritura. O promitente vendedor, entretanto, recusou-se a outorgá-la. Pediu fosse os réus condenados a devolver a importância recebida e ao pagamento de perdas e danos.

A ação foi julgada procedente, relativamente ao primeiro réu. Ao fixar a indenização a ser paga, considerou o Juiz que os prejuízos poderiam ser arbitrados em valor igual ao do sinal dado, acrescido da importância despendida pelo autor com o pagamento da corretagem.

Apelaram ambas as partes e o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento parcial ao recurso do réu para excluir da condenação a parcela relativa ao que fora pago ao corretor por seu trabalho de intermediação.

Recorreu extraordinariamente o autor, argüindo relevância e apontando como violados os artigos 1.056 e 1.059 do Código Civil. Recurso admitido e processado.

Remetidos os autos ao Supremo Tribunal Federal, o eminente Relator determinou que viessem a esta Corte, já que o recurso haveria de ter-se como convertido em especial.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: Arras.

A Súmula 412 do Supremo Tribunal Federal refere-se aos compromissos com cláusula de arrependimento, não se aplicando àqueles em que as arras sejam apenas confirmatórias.

O artigo 1.097 do Código Civil não há de ser interpretado como tratando as arras sempre como penitenciais, equiparando as hipóteses em que se avença a faculdade de a parte poder arrepender-se àquelas em que inexiste tal cláusula. Inaplicáveis, de qualquer sorte, quando o descumprimento deveu-se a quem recebeu o sinal.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUADO RIBEIRO: Considero que, tal como salientado no despacho de admissão do recurso, houve equívoco do v. acórdão, ao ter como aplicável a Súmula 412 do Colendo Supremo Tribunal Federal. Seu enunciado cogita de compromisso de compra e venda, em cláusula de arrependimento, o que não é o caso dos autos. As arras, na hipótese, foram simplesmente confirmatórias, não incidindo o disposto no artigo 1.095 do Código Civil. A questão que poderia ser suscitada diz com a eventual aplicabilidade do artigo 1.097 do mesmo Código.

Este último dispositivo tem ensejado divergências na doutrina e jurisprudência. Inspirado possivelmente na primeira parte do § 338 do Código Alemão, apresenta algumas dificuldades de interpretação, em vista do contexto em que inserido. Com efeito, as arras não de reputar-se, em princípio, como confirmatórias, fazendo presumir acordo final e tornando obrigatório o contrato (art. 1.094). Não haverão de propiciar margem a arrependimento, posto que sua função é exatamente evitá-lo. Para isso são utilizadas. Não se exclui, entretanto, disponham as partes de modo diverso, desde que assim convençionem. Estabelecendo que poderão arrepender-se, a parte que se valer dessa faculdade perderá o sinal ou, conforme o caso, haverá de restituí-lo em dobro (art. 1.095). Nessa hipótese, afasta-se a possibilidade de que se pleiteiem perdas e danos.

Estabelece, entretanto, o artigo 1.097, que perderá as arras, em benefício do outro contratante, aquele que, as havendo dado, ocasionar se impossibilite a prestação ou se rescinda o contrato. Se apenas à perda das arras cingir-se a sanção, deixam elas, a rigor, de ser confirmatórias, tendo tratamento igual ao das penitenciais. Não importando se avençado ou não o direito de arrependimento, as conseqüências seriam as mesmas para quem dá as arras. Tal conclusão opõe-se nitidamente ao sistema da lei, notadamente ao princípio consagrado pelo artigo 1.094. Por isso não tem sido aceita pacificamente. Não é sem razão que os vários anteprojetos de Código Civil e das Obrigações vêm regulando de maneira mais precisa o tema, distinguindo as hipóteses em que haja ou não cláusula de arrependimento. Não existindo esta, a perda das arras não excluiria a possibilidade de indenização, ao menos quando o dano resultante lhes superasse o valor.

No caso em exame, entretanto, tem-se hipótese que sequer pode ser inserida na previsão do art. 1.097. Não se cogita aqui da responsabilidade de quem deu arras, e sim daquele que as recebeu. E não seria razoável aplicação analógica de norma que regula tão inadequadamente a matéria. Aliás, a fazê-lo, tenho como certo que se haveria de interpretá-la, pelos motivos ex-

postos, como não excludente de indenização por perdas e danos, tendo em conta seu verdadeiro valor.

Concluo, pois, que a matéria deveria ser decidida com base no disposto nos artigos 1.056 e 1.059 do Código Civil, como afirmado no recurso.

A sentença não se distanciou desses parâmetros. Verifica-se de sua leitura, que não considerou devesse a indenização cingir-se à importância do sinal. Ao arbitrar o valor dos prejuízos, entretanto, entendeu que razoavelmente poderiam corresponder àquele montante, acrescido da importância relativa à corretagem com que arcou o autor. Afastou pretensas despesas com projetos de construção por tê-las como insuficientemente demonstradas. E levou em conta que o autor voltou a dispor, do que entregara ao réu, quinze dias após. Na fixação dessa indenização não houve violência aos citados dispositivos legais.

Conheço do recurso pela letra a e dou-lhe provimento, em parte, para restabelecer a sentença de primeiro grau.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.267 — RJ — (Reg. nº 89.11397-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Antonio Carlos Rodrigues de Brito. Recdo.: Juliusz Kossakowski. Advs.: Drs. Denise Sérgio de Siqueira Menezes e Elso do Couto e Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (3ª Turma — em 12-12-89).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.314 — AC

(Registro nº 89.11522-7)

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

Recorrente: *União Federal*

Recorrida: *Tarauacá S.A. Agropecuária*

Advogado: *Dr. Marcos Jorge Caldas Pereira*

EMENTA: Administrativo. Tributário. Conselho de Contribuintes. Pedido de reconsideração. Processo administrativo fiscal. Decreto-Lei nº 822/69. Decreto 70.235/72. Decreto 75.445/75.

I — A delegação legislativa constante do Decreto-Lei 822/69, artigo 2º, exauriu-se com a edição do Decreto nº 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Assim, não poderia o regulamento posterior, Decreto 75.445/75, suprimir o pedido de reconsideração inscrito no art. 37 do citado Decreto nº 70.235/72, que instituiu o processo administrativo fiscal.

II — Recurso Especial não conhecido.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de novembro de 1989.

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Tarauacá S.A. Agropecuária contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em Rio Branco — ACRE, consubstanciado no indeferimento de pedido de reconsideração interposto pelo impetrante à 1ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, cujo efeito seria a suspensão do crédito tributário.

A Egrégia Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmou a sentença de primeiro grau que havia concedido a segurança, negando provimento à remessa oficial.

Considerou ilegítima a supressão do pedido de reconsideração, em acórdão assim ementado:

«Decreto-Lei 822 — Deferimento ao Executivo de competência para dispor sobre «o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais, penalidades, empréstimos compulsórios e o de consulta».

Poder regulamentar — Extensão.

Submissão do regulamento à lei de impossibilidade de, por essa via, restringir direitos.

Decreto-lei — Limites.

Mesmo editado quando em recesso o Congresso Nacional, por força do Ato Institucional nº 5 e Ato Complementar 38, sendo as



funções legislativa e constituinte exercidas pelo Presidente da República, não poderia o decreto-lei modificar a Constituição.

Dentro da própria técnica de exceção, modificações de natureza constitucional faziam-se por meio dos chamados atos institucionais.

Inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 822 que, entretanto, não pode ser declarada, por força do art. 3º da Emenda Constitucional nº 11. Inadmissibilidade, porém, de que continue vigendo, ensejando permanente ampliação ao campo constitucionalmente reservado ao regulamento. Seu exaurimento com a edição do Decreto 70.235/72.

Pedido de reconsideração — Natureza recursal, uma vez tendo prazo certo de interposição e expressamente dotado de efeito suspensivo. Juízo de retratação que não desfigura a natureza do pedido.

Inaplicabilidade do contido no artigo 81, V, da Constituição. O regulamento, fundado neste dispositivo, pode estabelecer quem é competente para julgar determinado recurso administrativo, mas não abolir o existente.»

Inconformada, recorre extraordinariamente a União Federal, com fundamento no art. 119, III, *a* e *d*, da Constituição Federal de 1967, argüindo a relevância da questão federal.

Alega a recorrente que o acórdão negou vigência ao Decreto-Lei 822/69, ao Decreto 75.445/75, contrariou o artigo 81, V, da Constituição anterior, além de divergir da jurisprudência do Pretório Excelso.

Sustenta, em síntese, que:

a) o Decreto 75.445/75 pode, perfeitamente, extinguir o pedido de reconsideração, pois este também foi criado por decreto;

b) O Decreto 70.235/72 e o Decreto 75.445/75 «foram expendidos depois da vigência da Emenda Constitucional nº 1/69 e do Código Tributário Nacional, e se o segundo padecesse de algum vício, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, a mesma conclusão deveria ser, necessariamente, estendida ao primeiro»;

c) o Decreto-Lei 822/69 não teve vigência provisória;

d) «o processo administrativo fiscal não constitui matéria sob a reserva da lei» e o art. 81, V, da Carta de 1967, atribuiu ao Presidente da República competência para dispor sobre o tema.

No que se refere à divergência com julgados do Colendo STF a recorrente transcreve trechos de acórdão prolatado no RE 93.658 — 8 (RTJ 102/296).

O eminente Vice-Presidente do Tribunal Federal de Recursos, à fl. 119, reconhecendo a discrepância jurisprudencial, admitiu o recurso pelo fundamento da letra *d*.

À fl. 121, a União Federal protesta pelo conhecimento e provimento do recurso. O recorrido, intimado, deixou de apresentar suas razões.

Subiram os autos à Corte Suprema.

Oficiando às fls. 127/129 a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento do apelo, entendendo que o recurso não indicou, com precisão, os dispositivos legais tidos como violados, que a divergência não ficou comprovada e que é razoável a decisão impugnada.

Em despacho de fl. 132, o eminente Ministro Moreira Alves, Relator, considerando o recurso como convertido em extraordinário e em especial, determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Ao ser julgada, no TFR, a REO 102.440-DF, de que fui Relator, sustentei a tese no sentido de que a delegação legislativa constante do Decreto-Lei nº 822/69, art. 2º, exauriu-se com a edição do Decreto nº 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Assim, não poderia o regulamento posterior, Decreto nº 75.445/75, suprimir o pedido de reconsideração inscrito no art. 37 do citado Decreto 70.235/72, que instituiu o processo administrativo-fiscal.

No voto que proferi por ocasião do citado julgamento, acentuei:

«Começo por dizer que a jurisprudência desta Egrégia Turma é no sentido de que a delegação legislativa constante do Decreto-Lei nº 822, de 1969, artigo 2º, exauriu-se com a edição do Decreto 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Assim, não poderia o decreto posterior, Decreto 75.445, de 1975, suprimir o pedido de reconsideração inscrito no art. 37 do citado Decreto 70.235/72.

Assim decidimos, recentemente, na REO nº 105.518-DF, relatada pelo Sr. Ministro Armando Rollemberg. Na oportunidade deste julgamento, proferi o seguinte voto:

«Sr. Presidente, desde a antiga 3ª Turma que já sustentávamos que a delegação legislativa constante do Decreto-Lei nº 822, de 1969, art. 2º, exauriu-se com a edição do Decreto 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Destarte, não poderia o decreto posterior, Decreto 75.445/75, simplesmente regulamentar, suprimir o pedido de reconsideração inscrito no art. 37 do mencionado Decreto 70.235, de 1972.

No voto que proferi por ocasião do julgamento da AMS nº 81.595-SP, examinei a questão jurídica em pormenor. Disse eu, então:

«A impetrante apresentou reclamação e recurso ao Conselho de Contribuintes.

Não obteve êxito.

Pediu, então, reconsideração.

Dito pedido não foi admitido, face ao disposto no art. 2º do Decreto 75.445, de 6-3-75, art. 2º, verbis:

«Art. 2º A partir da publicação deste decreto, não será mais admitido pedido de consideração de julgamento dos Conselhos de Contribuintes, tornando-se definitiva, na esfera administrativa, a decisão proferida no recurso voluntário, salvo quando for o caso de recurso do Procurador Representante da Fazenda, nas decisões não unânimes, contrárias à Fazenda Nacional.»

A apelante sustenta, todavia, que o dispositivo suso transcrito não pode prevalecer, por isso que o *pedido de reconsideração* foi criado por lei. Assim, não seria possível ao decreto revogar a lei.

A autoridade, nas suas informações, sustenta, assim contrapondo-se ao alegado, o seguinte:

«A vetusta e superada legislação, desenterrada e citada pela Supte. na inicial, foi revogada pelos artigos 2º e 3º, do Decreto-Lei 822, de 5-9-69, abaixo transcritos:

«Art. 2º O Poder Executivo regulará o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais, penalidades, empréstimos compulsórios e o de consulta.

Art. 3º Ficará revogada, a partir da publicação do ato do Poder Executivo que regular o assunto, a legislação referente à matéria mencionada no art. 2º, deste decreto-lei.»

Com a publicação do Decreto 75.445/75, ocorrida no *DO* de 7-3-75, págs. 2827 e 2828, foi suprimido pelo art. 2º, o recurso de pedido de reconsideração dos julgamentos dos Conselhos de Contribuintes, anteriormente admitido pelo art. 37, § 3º, do Decreto 70.235/72 (Proc. Adm. Fiscal),...»

Esclarece a autoridade, por outro lado, que a impetrante já ajuizou *ação anulatória fiscal*, tendo, assim, abandonado a instância administrativa.

A impetrante nega legitimidade ao Decreto-Lei 822, de 1969, para regular o processo administrativo fiscal.

É que, segundo argumenta, dito processo — melhor seria procedimento — só poderia ser regulado e disciplinado pela lei, tendo

em vista o disposto no art. 151, III, do CTN, que estabelece que as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

Assim, somente a lei poderia estabelecer o dito procedimento administrativo tributário.

## II

Afasto, de pronto, a alegação da impetrante, de ilegitimidade do Decreto-Lei nº 822, de 5-9-69.

É que referido diploma legal, o Decreto-Lei nº 822/69, foi baixado pelos Ministros Militares no exercício temporário da Presidência da República, com base no AI nº 12, de 31-8-69, estando o Congresso Nacional em recesso forçado (AI nº 5, art. 2º, § 1º), certo que o Ato Legislativo em apreço foi aprovado pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, art. 181, III.

É legítimo, portanto, sob o ponto de vista constitucional, o mencionado Decreto-Lei nº 822, de 1969, como me parece legítima, no passo, a delegação legislativa constante do seu art. 2º, assim legítimo o Decreto 70.235, de 6-3-72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, baixado na forma do artigo 2º do Decreto-Lei 822/69.

## III

A questão, nos moldes como vimos de expor, desperta-nos, todavia, para aspecto outro, de características relevantes.

É que a delegação constante dos artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 822, de 1969, foi limitada.

O art. 2º do Decreto-Lei nº 822/69 estabeleceu que o Poder Executivo regularia o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais, penalidades, empréstimos compulsórios e o de consulta, estabelecendo, outrossim, o art. 3º, que ficaria revogada, a partir da publicação do ato do Poder Executivo que regulasse o assunto, a legislação referente à matéria mencionada no artigo 2º

Acontece que o ato do Poder Executivo, regulador da matéria, foi baixado via do Decreto nº 70.235, de 6-3-72.

Esse ato, sim, que é o referido no art. 3º do Decreto-Lei nº 822/69, é que poderia revogar a legislação referente à matéria tratada no art. 2º. Baixado o mesmo, cessou a delegação legislativa.

E dito ato, Decreto 70.235/72, ao invés de suprimir o pedido de reconsideração ora em debate, reafirmou a sua existência, verbis:

«Art. 37. O julgamento nos Conselhos de Contribuintes far-se-á conforme dispuserem seus regimentos internos.

§ 1º .....

§ 2º .....

§ 3º Caberá pedido de reconsideração, com efeito suspensivo, no prazo de trinta dias, contados da ciência:

I — De decisão que der provimento a recurso de ofício;

II — De decisão que negar provimento, total ou parcialmente, a recurso voluntário.»

O Decreto nº 70.235, de 6-3-72, por conter delegação legislativa, tem, por isso mesmo, força de lei.

Não poderia o decreto posterior, Decreto nº 75.445/75, simplesmente regulamentar (CF, art. 81, III), apenas, pois, de execução, revogar disposição com força de lei.

E não é correto, *data venia*, afirmar que o citado Decreto 75.445, de 1975, teria sido baixado na forma do art. 2º do Decreto-Lei nº 822, de 1969, por isso que a delegação legislativa constante do dito art. 2º do Decreto-Lei 822, de 1969, exauriu-se com a edição do Decreto 70.235/72, na forma do disposto no art. 3º do Decreto-Lei nº 822/69.

Destarte, fique claro: o Decreto 75.445, de 6-3-75, é puramente regulamentar. Na forma do disposto no art. 81, III, da Constituição, tem por finalidade, tão-só, tornar fiel a execução da lei.

Por outro lado, esclareça-se que o pedido de reconsideração vinha, anteriormente ao Decreto nº 70.235/72, com respaldo em lei (Decreto-Lei nº 5.844, de 23-9-43, art. 161; Lei 4.481/64, art. 9º). Não poderia, pois, o Decreto 75.445/75, suprimi-lo.

O Decreto 70.235/72, no particular, simplesmente ratificou dispositivo contido em lei.

A propósito, decidiu a Egrégia 2ª Turma, na AMS nº 79.002-RJ, Relator o Sr. Ministro Décio Miranda:

«Conselho de Contribuintes. Pedido de reconsideração. Autorizado o pedido de reconsideração de acórdão do Conselho de Contribuintes, com efeito suspensivo, pelo Decreto-Lei 5.844, de 23-9-43, art. 161, e estabelecido em 30 dias o respectivo prazo pelo art. 9º da Lei 4.481, de 14-9-64, não podia suprimi-lo o art. 2º do Decreto 75.445, de 6-3-75» (DJ de 7-12-77).

Tenho, pois, que o Decreto nº 75.445/75, art. 2º, no ponto em que suprime o pedido de reconsideração não pode subsistir.

Dou provimento, então, ao apelo, nesta parte, para o fim de assegurar à impetrante o direito de utilizar do *pedido de reconside-*

ração, suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, na forma do art. 151, III, do Código Tributário Nacional.»

.....  
Na REO 80.455-DF, de que foi Relator o Sr. Ministro Aldir Passarinho, reafirmei o ponto de vista acima.

Na REO 93.590-DF, Relator o Sr. Ministro Américo Luz, decidiu a Eg. 6ª Turma:

«*Ementa*: Processo administrativo fiscal.

Pedido de reconsideração, com efeito suspensivo. Ilegitimidade de sua supressão pelo art. 2º do Decreto nº 75.445, de 1975, desde que foi mantido o dito recurso pelo art. 37, § 3º, do Decreto 70.235, de 1972, c.c. arts. 2º e 3º do Decreto-Lei 822, de 1969, tal como instituído fora pelo art. 161 do Decreto-Lei 5.844, de 1943, e ratificado pelo art. 9º da Lei 4.481/1964» («*Lex-JTFR*», 17/279).

Na AMS 81.612-RJ, Relator o Sr. Ministro Otto Rocha, a 1ª Turma não discrepou do entendimento, ao decidir:

«*Ementa*: Conselho de contribuintes. Pedido de reconsideração.

Autorização concedida ao Poder Executivo pelo Decreto-Lei 822, de 1969, com base nos AIs nºs 5 e 12, para regulamentar o processo administrativo-fiscal, exauriu-se com a expedição do Decreto 70.235, de 1972, o qual, então, somente poderia ser modificado por lei ordinária (Código Tributário Nacional, artigo 97, VI). Improcede, portanto, a arguição de que o pedido de reconsideração nele previsto tenha sido revogado pelo Decreto 75.445, de 1975, sem força para suprimi-lo.

Apelo provido para conceder a segurança» («*Lex — JTFR*», 29/151).

Também a 5ª Turma, na REO 95.011-DF, Relator o Sr. Ministro Moacir Catunda, decidiu:

«*Ementa*: 1º) *Administrativo e Tributário*.

Pedido de reconsideração de acórdão do Conselho de Contribuintes, com virtude de recurso apto a suspender a exigibilidade do crédito tributário (CTN — art. 97, VI), tal como foi instituído pelo Decreto-Lei nº 5.844/43 — art. 61, e mantido pela Lei 4.481/64, só pode ser extinto por lei.

2º) O Decreto-Lei 822, de 5-9-69, que autorizou a regulamentar o processo administrativo fiscal, exauriu-se com a edição do Decreto nº 70.235/72.

3º) O recurso de reconsideração, no caso, não é de natureza meramente regimental, mas, de origem, procedência e

índole legal, de modo que a presença dele, no Decreto nº 70.235/72, traduz manifestação de atividade legislativa — regulamentar hígida, sadia, ao passo que sua supressão, pelo Decreto 75.445/75, com arrimo no exaurido e caduco art. 2º, do Decreto-Lei nº 822/69, atrita contra o preceituado no Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 161, e na Lei 4.481/64, art. 9º.

Remessa de ofício a que se nega provimento (*DJ* de 30-8-84).

Com estas considerações, acompanho o douto voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg.»

Nada seria preciso acrescentar, ao que penso.

Com a vênia do Sr. Ministro Pádua Ribeiro, confirmo a sentença. Nego, em consequência, provimento à remessa oficial.»

Recentemente, a Egrégia 1ª Turma, no REsp. nº 957-DF, Relator o Sr. Ministro Armando Rollemberg, decidiu no mesmo sentido (*DJ* de 6-11-89). No seu voto, o Sr. Ministro Rollemberg invocou o decidido pela Corte Suprema no RE 104.995, Relator o Sr. Ministro Oscar Corrêa.

Do exposto, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.314 — AC — (Reg nº 89.11522-7) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Recte.: União Federal. Recda.: Tarauacá S/A Agropecuária. Advogado: Dr. Marcos Jorge Caldas Pereira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Segunda Turma — 22-11-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Vicente Cernicchiaro.

Impedido o Sr. Ministro Ilmar Galvão.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Miguel Ferrante.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.412 — RJ

(Registro nº 89.0011788-2)

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

Recorrente: *Raul Bailly Guimarães*

Recorrida: *Neide Eliane de Thuin*

Advogados: *Drs. Vitória Regina da Cunha C. de Moraes e Raul Celso Lins e Silva*

**EMENTA: Concubinato. Sociedade de fato.**

Perquirir se houve ou não sociedade de fato, se o patrimônio resultou ou não de esforço comum, exige a análise e o exame das provas, insuscetível de renovação em recurso especial. Tal decorre da própria natureza e finalidades do recurso extraordinário, tanto do extraordinário propriamente dito, como do recurso especial.

Sucumbência recíproca. Artigo 21 do Código de Processo Civil.

Se a demandante pede participação meeira, e lhe são deferidos trinta por cento, ocorreu sucumbência recíproca, impondo a imposição a ambos, e compensação, da verba honorária. Provimento, neste ponto, do recurso especial.

**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 pela letra a e dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO:**

«Em ação de dissolução de sociedade de fato, em decorrência de união concubinária, ação esta ajuizada pela ex-companheira Neide Eliane de Thuin contra o antigo concubino, a eg. 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro prolatou aresto sob a seguinte ementa:

«Sociedade de fato. Concubinato. Comprovada a existência de concubinato por cerca de quatorze anos, e o fato de a mulher em certa medida, haver colaborado na formação do patrimônio do varão, dando-lhe companhia e assistência e exercendo atividade remunerada, justo é se lhe atribua a participação de 30% nos bens por ele adquiridos, no período do concubinato, incluído o que lhe serve de residência.

Comprovação de que o réu vendeu apartamento pertencente à autora, com promessa de lhe comprar imóvel de valor idêntico, reconhecido o mesmo como integrando o patrimônio comum.



A despeito de que a data da promessa de compra da gleba na qual foi instalado arras ter antecedido a do início do concubinato, o certo é que, posteriormente, o varão adquiriu as quotas dos demais sócios, além de outros bens, cuja apuração se fará em liquidação por arbitramento.

Extensão da medida cautelar a todos os bens adquiridos durante o concubinato, ampliada a medida cautelar para tornar indisponíveis os bens da sociedade de fato até que sejam partilhados, mantida no mais a sentença apelada.

Provimento parcial a ambos os apelos.»

Em recurso extraordinário, com arguição de relevância, sob invocação às letras *a* e *d* do antigo permissivo constitucional (CF de 1969), sustenta Raul Bailly Guimarães que o v. aresto diverge da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, e teria, outrossim, contrariado o disposto no artigo 21 do Código de Processo Civil.

O eminente 3º Vice-Presidente do colegiado a quo indeferiu o recurso no alusivo à Súmula, sob a proposição de que:

«A decisão recorrida considerou provado que a recorrida, durante o concubinato, exercera atividade remunerada, embora de pequena monta, que vendera bens particulares, e principalmente um apartamento, sendo que o preço deste fora, com grande lucro, «embolsado» pelo recorrente.

Com base em tais fatos, insuscetíveis de reexame (Súmula 279), o acórdão atribuiu à recorrida 30% do patrimônio adquirido pelo recorrente durante o concubinato e sociedade de fato.

Assim sendo, não foi adotada tese contrária à da Súmula 380.»

E determinou o processamento da arguição de relevância. Pelo presente agravo, é reiterada a matéria questionada no apelo extremo.

O eminente relator no Pretório Excelso determinou a remessa da inconformidade, como recurso especial, ao conhecimento deste Superior Tribunal de Justiça.»

Através da decisão de fls. 176/178, como Relator dei provimento ao agravo, sob os seguintes fundamentos:

«Perquirir se houve ou não uma sociedade de fato, se o patrimônio resultou ou não de *esforço comum*, exige a análise e o exame das provas dos autos, insuscetível de renovação no apelo constitucional. Tal decorre da própria natureza e finalidades do recurso extraordinário, tanto do extraordinário propriamente dito como do nominado recurso especial.

Impende todavia apreciar também a alegação de ofensa ao artigo 21 do Código de Processo Civil, tema não precluso, face à arguição de relevância. A autora postulou «a participação meeira no

patrimônio dos concubinos em nome do Réu», bem como honorários na base de 20% do valor que obtivesse. Pretendendo 50% do patrimônio, concedeu-lhe o v. aresto 30%, com custas em proporção e a condenação do réu em honorários de 10% sobre o valor da condenação.

Ocorreu, pois, recíproca sucumbência, e não terá sido, em princípio, em parte mínima do pedido, pois se o réu sucumbiu quanto aos 30%, a autora igualmente sucumbiu, no alusivo aos 20% que lhe foram denegados. A arguição de contrariedade à norma processual infraconstitucional já mencionada não se apresenta, pois, despicienda, e merece ser apreciada pela Turma, observado o disposto no § 2º do art. 254 do Regimento Interno.»

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): A invocada discrepância com a Súmula 380 do STF, realmente não se configura, pelos fundamentos expostos na decisão proferida pelo eminente 3º Vice-Presidente do TJRJ, a qual confirmamos na decisão de fls. 176/178, item 3, transcrita no relatório.

2. No alusivo à contrariedade ao artigo 21 do CPC, vale confirmar a afirmativa já lançada na aludida decisão de fls. 176/178:

«Impende todavia apreciar também a alegação de ofensa ao artigo 21 do Código de Processo Civil, tema não precluso, face à arguição de relevância. A autora postulou «a participação meeira no patrimônio dos concubinos em nome do Réu», bem como honorários na base de 20% do valor que obtivesse. Pretendendo 50% do patrimônio, concedeu-lhe o v. aresto 30%, com custas em proporção e a condenação do réu em honorários de 10% sobre o valor da condenação.

Ocorreu, pois, recíproca sucumbência, e não terá sido, em princípio, em parte mínima do pedido, pois se o réu sucumbiu quanto aos 30%, a autora igualmente sucumbiu, no alusivo aos 20% que lhe foram denegados.»

A arguição de ofensa ao artigo 21 do ordenamento processual civil é assim procedente, motivo pelo qual, sob o ângulo do permissivo da letra a, o apelo extremo merece conhecido e provido, ficando não apenas o recorrente mas também a autora condenada em verba honorária de 10% sobre o valor da respectiva sucumbência, operando-se final compensação.

Nestes termos, o recurso é conhecido apenas pela letra a, e parcialmente provido.

É o voto.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.412 — RJ — (Reg. nº 89.0011788-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Raul Bailly Guimarães. Recorrida: Neide Eliane de Thuin. Advogados: Vitória Regina da Cunha C. de Moraes e Raul Celso Lins e Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pela letra a e deu-lhe parcial provimento (7-11-89).

Votaram os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



## RECURSO ESPECIAL Nº 1.430 — SP

(Registro nº 89.0011911-7)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *César Liberato de Souza e outros*

Advogados: *Dras. Maria Aparecida Gonzaga Fraga, Selma Aparecida Ferreira e outros*

**EMENTA:** Prescrição. Direito reconhecido por Constituição estadual não pode ser retirado por Lei Complementar. Corolário da chamada hierarquia das normas jurídicas. Em consequência, o direito mantém-se intacto. Repercussão apenas quanto às prestações periódicas e sucessivas, alcançadas pelo quinquênio do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Ilmar Galvão, não conhecer do recurso pela letra a e, pela letra c do mesmo recurso, conhecer para negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, contra César Liberato de Souza e outros, objetivando a reforma do acórdão prolatado pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reformou, em parte, a sentença de 1º grau.

Ao reformar a sentença de 1º grau, o acórdão concedeu aos apelantes, funcionários públicos lotados na Secretaria de Educação, o recálculo dos vencimentos sem, no entanto, atendê-los quanto à incidência cumulativa dos adicionais.

Acórdão recorrido (fl. 137).

Recurso (fls. 147/158).

Admissão do Recurso Especial (fl. 214).

Contra-razões (fls. 218/221).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Sr. Presidente, a matéria fática é a seguinte: A Constituição Paulista estabeleceu:

«O adicional por tempo de serviço, sempre concedido por quinquênios, bem como a sexta parte dos *vencimentos integrais* concedidos após vinte e cinco anos de efetivo exercício, *incorporar-se-ão aos vencimentos para todos os efeitos.*»

A Lei Complementar nº 180/78, todavia, disciplinou diferentemente o cálculo desses adicionais, impedindo «incidir um adicional sobre o outro sucessivamente».

O recurso apóia-se nas alíneas *a* e *c* do art. 105 da Constituição da República. O primeiro aspecto refere-se ao disposto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, *verbis*:

«As dívidas da União, dos Estados e dos Municípios, *bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou do fato do qual se originarem.*»

A divergência jurisprudencial está ilustrada com o RE nº 99.336-3-SP:

«*Ementa*: Prescrição. Decreto nº 20.910/32, art. 2º, Gratificação prolabore. Extinção da ação para obter o benefício. Procedentes. Prescrição referente ao próprio direito ou vantagem reclamado, a cuja postulação se deixou ficar inerte e interessado, no decurso de *prazo extintivo*, e não *prescrição referente às prestações de trato sucessivo decorrentes de um direi-*

*to reconhecido ou de uma situação permanente. Espécies distintas. Recurso Extraordinário conhecido e provido.»* (Fls. 151/152).

Entendo, a prescrição afeta diretamente o direito de ação. Indiretamente repercute no direito material. Considero a coercibilidade elemento essencial da norma jurídica, isto é, a possibilidade de, mediante a prestação jurisdicional, o devedor, coativamente, ser compelido a cumpri-la ou o Estado atuar substitutivamente. Não é o momento próprio, todavia, observe-se, a perda do fundo de direito é condicional visto a prescrição depender de alegação. De outro lado, apesar da fluência do prazo, se a obrigação for voluntariamente honrada, não caberá o direito de repetir.

Há a perda do direito substancial quando a prescrição atinge o direito público subjetivo de pedir a intervenção do Estado, tendo-se a lide como objeto.

Há a perda ao direito das prestações quando o direito material permanece intacto. Afetada será apenas a percepção dos efeitos que têm como causa aquele direito.

Assim, o funcionário deixa de postular a definição de um direito seu, no prazo consignado no Decreto nº 20.910/32. Esse direito restou desprotegido do direito de ação. Perdeu a coercibilidade. Todavia, persistindo o direito que gera prestações periódicas e sucessivas, remanesce também o direito de ação. Embora ultrapassado o lustro, as posteriores aos cinco anos poderão ser reclamadas.

No caso dos autos, Lei Complementar contrariou a Constituição de São Paulo. Esse pormenor não foi reaviventado neste Recurso Especial. Restrito, insisto, à ocorrência da prescrição.

Na chamada hierarquia das leis, a Constituição ocupa posição de proeminência relativamente à Lei Complementar. Esta, como se sabe, não afeta a primeira. Disciplina situação jurídica nos limites consentidos pela Carta Política. No dizer de Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, entre tais normas forma-se relação de subordinação. A inferior tem fundamento na superior.

Dessa forma, a modificação introduzida pela Lei Complementar é carente de eficácia. Não produziu efeito algum.

Em outras palavras, apesar do tempo transcorrido, o direito material permaneceu intacto. A omissão dos respectivos titulares não o afetou. O direito substantivo enseja o direito de ação, entretanto, enquanto não se operar a prescrição, não é necessário ser exercido.

O direito reclamado pelos Recorridos permaneceu, embora, formalmente, parecesse extinto.

Enfim, os Recorridos perderam somente o direito de exigir as prestações mensais, alcançadas pela inação correspondente há mais de cinco anos, anteriores à propositura da ação.

Com estas considerações, data venia, a lei federal foi aplicada com acerto e o dissídio jurisprudencial não ocorreu porque distinta a situação de fato entre o caso em julgamento e o aresto paradigma.

Nego provimento.

### VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Conheço do recurso e dou-lhe provimento, nos termos do voto proferido no Recurso Especial nº 1.382.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 1.430 — SP — (Reg. nº 89.0011911-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: César Liberato de Souza e outros. Advogados: Dras. Maria Aparecida Gonzaga Fraga, Selma Aparecida Ferreira e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Ilmar Galvão, não conheceu do recurso pela letra a e, pela letra c do mesmo recurso, conheceu para negar-lhe provimento. (2ª Turma — 22-11-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso, Américo Luz e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Miguel Ferrante. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.



### RECURSO ESPECIAL Nº 1.459 — SP

(Registro nº 89.0012006-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrentes: *Borg-Warner do Brasil Ind. e Com. Ltda. e Fazenda do Estado de SP*

Recorridos: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Jouacyr Arion Consentino e Célia Marisa Prendes*

**EMENTA:** ICM. Crédito na importação de matéria-prima isenta. Não ocorrência da decadência na medida preventiva.

Não se conhece do RE que alega violação do princípio do duplo grau de jurisdição, sem prequestionamento.

O direito de isenção na entrada da matéria-prima importada é incontroverso e indiscutível. Discute-se o direito do im-

portador ao crédito do valor correspondente ao ICM se tivesse sido pago.

Na medida preventiva é impróprio o falar em extinção do direito de requerer mandado de segurança pela não ocorrência de termo inicial.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, não conhecer do recurso do Estado de São Paulo e, por unanimidade, dar provimento ao recurso de Borg-Warner do Brasil Indústria e Comércio Ltda., na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Borg-Warner do Brasil Indústria e Comércio Ltda. impetrou o presente mandado de segurança preventivo contra o Sr. Delegado Regional Tributário da Grande São Paulo, pedindo «seja concedida a segurança para o efeito de lhe ser assegurado o direito de manter, em seus livros, os créditos do ICM, no montante de Cr\$ 9.569.127,11, efetuados a seu devido tempo, correspondentes às importações de matérias-primas realizadas, conforme documentos anexos, abstendo-se o impetrado de autuá-la ou exigir sob qualquer forma o estorno de tais créditos.»

Alega, em resumo, ter a impetrante importado do exterior matérias-primas destinadas à fabricação de produtos tributados pelo ICM e, quando da entrada das mercadorias no seu estabelecimento industrial, não houve pagamento do referido imposto, em virtude do previsto no artigo 1º, § 4º inciso V, do Decreto-Lei 406/68.

Entende a impetrante ter direito de creditar-se do imposto que seria recolhido nas mencionadas importações se não houvesse a isenção, devido ao princípio da não cumulatividade do imposto e para evitar pagamento futuro, na saída tributada do produto industrializado.

Friza que a administração fazendária não admite o aproveitamento do referido crédito, sendo sua posição sobejamente conhecida porque vem sendo exposta em informações por ela prestadas em inúmeros mandados de segurança, sendo justo o receio da impetrante de ser autuada.

A autoridade coatora, em suas informações de fls. 238/251, argüiu, preliminarmente, a decadência do direito à impetração relativamente às notas fiscais expedidas até 27-12-82, não comprovar as notas fiscais que as mercadorias importadas pela impetrante constituem, efetivamente, matérias-primas a serem utilizadas no seu processo industrial, não ter sido comprovado o direito à isenção e não haver preceito legal autorizando o crédito contábil decorrente de operação isenta de ICM.

Quanto ao *mérito*, sustenta existir a isenção do ICM apenas na importação da matéria-prima, não alcançando ela a saída do produto industrializado.

Em primeira instância, o processo foi julgado extinto, sem apreciação do mérito, por falta de ato caracterizador da lesão e por não haver a presunção de industrialização da matéria-prima na produção de mercadorias sujeitas ao ICM.

Apelou a impetrante (fls. 281/290) e o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso (fls. 359/360), acolhendo a preliminar de decadência referente às importações de matéria-prima efetivadas até dezembro de 1982, rejeitando as demais preliminares e concedendo a segurança quanto às demais.

A impetrante apresentou embargos de declaração (fls. 362/364), salientando ser preventiva a impetração, não se podendo falar em decadência, sendo os mesmos rejeitados (fls. 386/387).

A Procuradoria-Geral do Estado e a impetrante interpuseram Recursos Extraordinários.

A Procuradoria interpôs o seu RE (fls. 368/381), invocando o artigo 119, inciso III, alíneas *a* e *d* da Constituição Federal anterior, com argüição de relevância da questão federal, alegando contrariedade ao artigo 515, § 1º do CPC, artigo 23, inciso II da Constituição Federal anterior, artigos 1º, § 4º, inciso V, e 3º, § 1º do Decreto-Lei 406/68, e artigo 1º, parágrafo único, inciso III, da Lei Complementar 24/75.

Entende o recorrente ter o *v. acórdão* suprimido uma instância, ao adentrar no mérito para conceder parcialmente a segurança, ferindo o artigo 515 do CPC e, quanto ao mérito, sustenta ser isenta de ICM apenas a entrada da matéria-prima e não a saída do produto industrializado.

A impetrante, em seu RE (fls. 389/398), interposto com invocação ao art. 119, inciso III, alínea *a*, também com argüição de relevância da questão federal, entende ter o *v. acórdão* hostilizado, contrariado o artigo 153, § 21, da CF anterior e negado vigência aos artigos 1º e 18 da Lei 1.533/51 e ao artigo 267, VI, do CPC, salientando que, sendo preventiva a segurança, não se pode falar em decadência do direito de impetração.

Foi negado seguimento ao Recurso Extraordinário interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo e deferido o processamento do RE manifestado pela impetrante (fls. 423/427).



O RE da Fazenda do Estado foi indeferido porque «os artigos da Carta Magna e da Legislação Federal, tidos como violados, não foram objeto de apreciação pelo acórdão recorrido» e não foi suprida a exigência de prequestionamento porque a Fazenda do Estado não interpôs embargos de declaração e por falta de demonstração da divergência.

O RE da impetrante foi admitido porque, em mandado de segurança preventivo, existindo o justo receio, não ocorre a decadência.

Interposto agravo do despacho indeferitório do RE da Fazenda do Estado, processado juntamente com a argüição de relevância, sendo determinada a subida do Recurso (fl. 462).

As relevâncias não foram conhecidas (fl. 488).

Convertidos os recursos extraordinários em especial quanto à matéria legal (fl. 501), manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso especial do Estado e pelo conhecimento e provimento do recurso da impetrante.

É o relatório.

#### VOTO (PRELIMINAR)

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: A meu ver, não se pode conhecer do recurso especial do Estado de São Paulo porque, alegada violação ao princípio do duplo grau de jurisdição (art. 4º, 1º do CPC), não foi prequestionada. Se o Estado não apresentou embargos de declaração ao v. acórdão recorrido, não pode recorrer extraordinariamente. Seu recurso encontra sério obstáculo nas Súmulas nºs 282 e 356 do STF.

Não houve a divergência alegada. Hoje é tranqüilo, em nossos Tribunais Superiores e principalmente no Colendo Supremo Tribunal Federal, o entendimento adotado pela decisão recorrida de ser ilícita a cobrança do ICM, na saída do produto industrializado, também sobre a parte correspondente à matéria-prima importada com isenção.

Não seria aconselhável anular-se uma decisão apenas por exacerbado rigor formal, em um processo que já está em tramitação há mais de 7 (sete) anos, para, afinal, ser proferida a mesma decisão.

Não conheço do recurso.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: Estabelece o artigo 1º da Lei 1.533/51 que:

«Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la

por parte de autoridade, seja de que categoria for e seja quais forem as funções que exerça.»

Como se vê, existe o mandado de segurança preventivo para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* daqueles que, ilegalmente ou com abuso de poder, tiverem justo receio de sofrer violação por parte de autoridade.

Ora, a impetrante importou do exterior mercadorias que utilizou como matéria-prima, em seu estabelecimento, para a fabricação de conjuntos de embreagem para veículos automotivos, produtos estes cujas saídas da fábrica estão sujeitas ao pagamento do Imposto de Circulação de Mercadorias. Nestes casos, a entrada da matéria-prima importada é isenta do aludido imposto (art. 1º, item V, da Lei Complementar nº 4 de 2-12-69, art. 1º, § 4º, item V, do Decreto-Lei 406, de 31 de dezembro de 1968, e artigo 5º, item V, do Regulamento do ICM, aprovado pelo Decreto Estadual nº 17.727, de 25-9-81).

Esta isenção está soberanamente assegurada pela citada legislação, valendo a pena citar, pelo menos, o artigo 1º, § 4º, do Decreto-Lei 406/68 que estabelece:

«Art. 1º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador:

§ 1º .....

§ 4º São isentas do imposto.

I — .....

V — A entrada de mercadorias importadas do exterior quando destinadas à utilização como matéria-prima em processos de industrialização, em estabelecimento do importador, desde que a saída dos produtos industrializados resultantes fique efetivamente sujeita ao pagamento do imposto.»

O direito de isenção na entrada da matéria-prima importada é incontroverso e indiscutível. O que se discute é o direito do importador ao crédito do valor correspondente ao ICM, como se este tivesse sido pago, para posterior desconto, na incidência do imposto, na saída do produto industrializado. A questão hoje já está completamente pacificada em nossos Tribunais Superiores, inclusive em nossa Corte Maior. O direito do importador de creditar-se do montante do ICM relativo à importação de matéria-prima isenta, já foi reconhecido pela Egrégia Segunda Turma deste Egrégio Tribunal nos Recursos Especiais nºs 539-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão, *DJ* de 10-10-89, e 201-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Américo Luz, *DJ* de 27-11-89.

No Colendo Supremo Tribunal Federal, a questão já está pacificada há mais de uma década. No RE nº 87.610-SP, julgado no dia 18 de novembro de 1977, em acórdão publicado no dia 17-2-78, o saudoso Ministro Bilac Pinto, em seu voto vencedor, já salientou, com precisão, que:

«De fato, se se abate do imposto, quando de operações posteriores, o montante anteriormente cobrado, 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 a cumulatividade, contrária à natureza do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, que somente incide sobre o valor acrescido.» (Docs. de fls. 191/195)

No mesmo sentido, foram as decisões nos Recursos Extraordinários n.ºs 82.674-2-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Soares Munhoz, 94.177-1-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Firmino Paz, 96.862-8-SP — Relator Eminentíssimo Ministro Cordeiro Guerra, (docs. de fls. 196/227). Por ocasião do julgamento do RE n.º 94.177-1, ocorrido no dia 7 de agosto de 1981, salientou o Eminentíssimo Ministro Firmino Paz, em seu voto condutor do acórdão que:

«Tem-se decidido, reiteradamente, nesta Colenda Turma, 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 da mercadoria o direito ao acto de destaque do valor isento nas notas fiscais.» (Fl. 218)

Dentre as decisões mais recentes, podemos citar os Recursos Extraordinários n.ºs 94.177-SP, Tribunal Pleno, Relator Eminentíssimo Ministro Djaci Falcão, (RTJ 106/636), 104.642-2-RS, Primeira Turma, Relator Eminentíssimo Ministro Néri da Silveira, *DJ* de 3-3-89, 106.838-8-SP, Primeira Turma, Relator Eminentíssimo Ministro Néri da Silveira, *DJ* de 4-3-88, 114.117-4-SP, Segunda Turma, *DJ* de 11-3-88, Relator Eminentíssimo Ministro Célio Borja e 114.138-7-SP, Segunda Turma, Relator Eminentíssimo Ministro Djaci Falcão, *DJ* de 3-3-88.

A Ementa no RE n.º 104.642-2, *DJ* de 3-3-89, foi a seguinte:

«Recurso extraordinário — ICM, importação de matéria-prima isenta. Direito ao crédito do valor correspondente, na saída do produto industrializado, em face do princípio da não cumulatividade. Precedentes do STF. Conhecimento e provimento do recurso extraordinário, para restabelecer a sentença, salvo no que concerne à condenação em honorários advocatícios» (Súmula 512).

A impetrante, lastreada na legislação e jurisprudência citadas, e para garantir a isenção também na saída do produto industrializado de sua fábrica, da parte correspondente à matéria-prima por ela importada, creditou-se, na época de cada importação, as respectivas importâncias, correspondentes às importações (docs. fls. 33/166). Apesar do seu direito líquido e certo a este crédito, a impetrante estava com justo receio de que a autoridade coatora viesse a cobrar o ICM na saída do produto industrializado, inclusive sobre a parte correspondente à matéria-prima importada. Tinha ela toda a razão do mundo para ter este receio, porque continuava e continua a Fazenda do Estado de São Paulo a defender, acirradamente, a incidência do ICM, na saída, também sobre a matéria-prima, empregada na fabricação

do produto industrializado e a se negar a aproveitar qualquer crédito feito pelo importador, quando da entrada da matéria-prima. Sua persistência em defender tal ponto de vista está reiterada nas informações de fls. 238/251. Com fundado medo de não ter seu direito de creditamento reconhecido pelo Fisco, na saída e de ser autuada, ajuizou a impetrante a presente medida heróica, em caráter preventivo, concedida para lhe assegurar o direito de manter, em sua escrita, os referidos créditos, lançados no tempo certo, correspondente à entrada da matéria-prima, para evitar seja ela autuada.

Sendo a medida, nitidamente preventiva, não se pode falar em extinção do direito de requerer mandado de segurança com referência ao período anterior a fevereiro de 83, como o fez o v. acórdão hostilizado. Se o prazo de decadência de 120 dias é contado da ciência, pelo interessado, do ato impugnado e, se no caso em exame, este ato nem sequer chegou a ser praticado, por se tratar de medida preventiva, não houve sequer o início do referido prazo. O direito da impetrante de creditar-se pelo valor do ICM que seria cobrado na entrada da matéria-prima por ela importada, para posterior desconto, na saída do produto industrializado, não chegou a ser negado pela autoridade coatora e o Fisco não chegou a autuá-la ou a exigir o estorno dos créditos.

Houve, assim, por parte do v. acórdão recorrido, violação dos artigos 1º e 18 da Lei 1.533/51, ao reconhecer uma decadência inexistente.

Conheço do recurso especial interposto pela impetrante e dou-lhe provimento para afastar a decadência e reconhecer à impetrante o direito de manter, em sua escrita, todos os créditos do ICM, correspondentes às importações por ela efetuadas de matéria-prima, efetivamente utilizada na fabricação de conjuntos de embreagem para veículos automotivos e determino à autoridade coatora que se abstenha de autuá-la por ter feito referidos créditos ou de exigir o estorno destes.

Remetam-se os presentes autos ao STF para a apreciação da matéria constitucional.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.459 — SP — (Reg. nº 89.0012006-9) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Rectes.: Borg-Warner do Brasil Ind. e Com. Ltda. e Fazenda do Estado de São Paulo. Recdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Jouacyr Arion Consentino e Célia Marisa Prendes.

Decisão: A Turma, preliminarmente, não conheceu do recurso do Estado de São Paulo e, por unanimidade, deu provimento ao recurso de Borg-Warner do Brasil Ind. e Com. Ltda. (1ª Turma — 7-3-90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg, Pedro Acioli, Geraldo Sobral e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.482 — RJ

(Registro n.º 89.0012029-8)

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

Recorrente: *Presidente da Câmara Municipal de Cabo Frio*

Recorrida: *Auto Viação Salineira Ltda.*

Advogados: *Drs. José Maurício Ferreira Mourão e outro e Sérgio Sakhione Fadel e outro*

### EMENTA: Mandado de segurança.

O mandado de segurança ampara direito líquido e certo, afetado ou posto em perigo por ilegalidade ou abuso de poder. Não é admissível contra a lei em tese. Todavia, idôneo se a lei gera situação específica e pessoal, sendo, por si só, causa de probabilidade de ofensa a direito individual. Cumpre distinguir possibilidade (em tese) e probabilidade (em concreto) de violação de direito.

### 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, 29 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Presidente da Câmara Municipal de Cabo Frio, nos autos do mandado de segurança, em que contende com Auto Viação Salineira Ltda., objetivando a reforma do acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O recorrente (fls. 187/201) sustenta que a decisão ora recorrida viola o direito constitucional do Município de regular e organizar o serviço público local de transporte coletivo.

Admissão do recurso (fls. 212/213).

A recorrida (fls. 233/235) sustenta que o acórdão recorrido negou tratar-se de lei em tese e que existe vínculo bilateral no contrato, seja de concessão, permissão ou autorização. Nega haver divergência com a Súmula 266 do STF.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O r. despacho do Exmo. Desembargador Terceiro Vice-Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Geraldo Arruda Guerreiro, admitiu o então recurso extraordinário apenas em parte. Ressalto a seguinte passagem da fundamentação:

«O apelo, não obstante a omissão relativa à letra *d*, enquadra-se nos termos dos incisos I, II e XI, do artigo 325, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

As disposições constitucionais tidas como contrariadas não foram ventiladas na decisão recorrida, incidindo as Súmulas 282 e 356.

No que se refere à divergência sumular está caracterizada.

Como frisou o voto vencido de fls. 183/184, trata-se de lei formal e material, estabelecendo normas para concessão de serviços de transporte coletivo.

A ordem foi concedida para tornar a impetrante imune aos efeitos dos artigos 7º e 8º da referida lei.

É claro o dissenso com o verbete da Súmula 266.

Admito o recurso quanto ao permissivo regimental do inciso II.» (Fls. 212/213).

Esse despacho operou preclusão.

Limitado, pois, o alcance do recurso especial.

Refoje à competência do STJ a alegada infringência da autonomia municipal, matéria tipicamente constitucional.

O despacho do ilustre Ministro Aldir Passarinho elucida claramente a hipótese (fl. 246).

A súmula tomada como paradigma tem este enunciado:

«Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.»

Essa conclusão ajusta-se perfeitamente à Teoria Geral do Processo Civil. O interesse de agir nasce com a lesão ou probabilidade de dano ao direito de alguém e, quanto aos denominados direitos difusos, ao interesse da coletividade.

A prestação jurisdicional, como regra, opera na experiência jurídica. Interpretação de lei em tese é excepcional.

No caso dos autos, a Recorrida impugna a legalidade de lei do Município que determinou a gratuidade de uso dos veículos de transporte urbano a alunos do 1º grau de ensino.

O art. 10 desse diploma legal estatui: «A presente lei entrará em vigor na data de sua publicação».

A Recorrida é concessionária de serviço público. Esse contrato de Direito Público, por sua natureza, está diretamente interligado à política do Município, recebendo, por isso, influência das leis e atos administrativos.

Acentue-se, essa lei é específica à exploração de linhas municipais de transporte coletivo» (art. 1º) (fl. 15).

O comando normativo, pois, dirigia-se à Impetrante, agora Recorrida.

Nota-se, pois, a lei repercutiu diretamente na concessão. Lógico, a Impetrante tem o maior interesse em suscitar a ilegalidade. É sabido, a desobediência de concessionária às cláusulas e condições do contrato autoriza o Poder concedente a denunciá-la.

A lei, assim, atingiu o plano fático. Exsurge, com clareza, ao lado do interesse também a legitimidade ativa.

Ataca-se a lei em tese quando o impetrante, diretamente, não sofreu probabilidade de dano a direito seu. A lei, de outro lado, é atacada in concreto quando o impetrante padeceu dano ou perigo efetivo de prejuízo. É válida, para o caso, a distinção entre possibilidade e probabilidade de dano. A primeira ocorre em tese, ao passo que a segunda acontece em concreto.

O voto do eminente desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves, com vantagem, rebate a impugnação do Apelante, agora Recorrente:

«A impetração não é contra a lei em tese. Há um vínculo bilateral que se discute, seja o contrato de concessão, permissão ou autorização. E a existência dessa relação jurídica legitima a impetrante a discutir a modificação unilateral daquilo que contratou, sendo adequada a via mandamental preventiva.

A lei é inquinada de inconstitucional e o prefeito, como Chefe da Municipalidade concedente, teria que executá-la. É uma lei formal ou imprópria, promulgada pelo Legislativo municipal, com o fim particular de alcançar a linha de concessão da impetrante, deferindo favores a estudantes e ainda obrigando a concessionária a firmar novo contrato, em igualdade de condições com terceiros, na disputa da própria concessão.

Na realidade, a Lei nº 407/85 é de efeito concreto, não estabelece normas reguladoras dos direitos e deveres da impetrante perante a administração municipal, impondo-lhe, sem dúvida, uma lesão de direito prestes a consumir-se por fato funcional complementar.

Para a impetrante a tal lei tem caráter regulamentar de sua concessão já contratada, e o mesmo conteúdo funcional de um decreto, despacho, portaria, aviso ou manifestação de vontade na sua coerção, ensejando a impetração da segurança.» (Fls. 179/180).

A situação, acrescento, é específica e pessoal.

O Supremo Tribunal Federal, conforme acórdão publicado na RTJ 113/161, decidiu que «em caráter excepcional, se ocorre a eficácia concreta, direta e imediata da norma contra a qual se impetra a ordem, e não há outro remédio eficaz para obviar-lhe os efeitos» é idônea a segurança.

Não conheço do recurso.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: O que se sustenta é que o acórdão teria divergido da súmula do Supremo Tribunal Federal, que enuncia não caber mandado de segurança contra lei em tese. Na verdade, não cabe, e não cabe porque a lei, em sentido material, tem caráter abstrato. Assim, não atinge diretamente direito subjetivo de ninguém.

Entretanto, há leis puramente formais que, em sentido material, têm efeitos concretos e são, portanto, em tal sentido, ato administrativo. Neste caso, cabe mandado de segurança contra essa lei puramente formal com efeitos concretos.

O Eminentíssimo Sr. Ministro Relator, no seu douto voto, demonstrou que a norma municipal é, em sentido material, ato administrativo, dado que tem efeitos concretos.

Acompanho S. Exa. não conhecendo do recurso.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.482 — RJ — (Reg. nº 89.0012029-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Presidente da Câmara Municipal de Cabo Frio. Recorrida: Auto Viação Salineira Ltda. Advogados: Drs. José Maurício Ferreira Mourão e outro e Sérgio Sahione Fadel e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 29-11-89 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso, Miguel Ferrante, Américo Luz e Ilmar Galvão.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.



## RECURSO ESPECIAL Nº 1.484 — RJ

(Registro nº 89.12031-0)

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

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

Recorrente: *O Estado do Rio de Janeiro*

Recorridos: *João Galdino e outros*

Advogados: *Drs. Roberto Benjô e Benedicto de Azevedo Barro e outros*

**EMENTA:** Administrativo. Prescrição. Fundo de direito. Prestações anteriores ao quinquênio. Inexistência de ato administrativo indeferitório da pretensão.

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 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso pela letra a e, no que tange à letra c, do recurso conhecer, mas para negar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 5 de março de 1990 (data do julgamento).

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

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Cuida-se de recurso especial, convertido do extraordinário interposto, em que o Estado do Rio de Janeiro impugna o v. acórdão de fls. 283/284, oriundo da Oitava Câmara

Cível do Tribunal de Justiça, confirmatório de sentença singular, via da qual os autores, todos funcionários públicos, tiveram reconhecido o direito postulado concernente à incorporação aos vencimentos dos triênios de que trata a Lei Estadual nº 14/60, isto até a vigência do Decreto-Lei nº 100/69, quando a referida lei foi revogada.

O recurso, em que se alega negativa de vigência do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, dissídio pretoriano e com a Súmula 443, foi admitido na origem, conforme despacho de fls. 344/345.

Dispensado o parecer, é o relatório.

### VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A matéria de que tratam os autos é idêntica à que, como relator, apreciei no Recurso Especial nº 516, também oriundo do Estado do Rio de Janeiro, cujo voto leio e junto cópia do inteiro teor do acórdão, publicado no *DJ* de 13-11-89.

Daí que, por adotar os mesmos fundamentos expendidos no referido julgado, conheço do recurso e lhe dou provimento.

### ANEXO

#### Recurso Especial nº 516 — RJ

(Registro nº 89.9507-2)

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

Recte: *Município do Rio de Janeiro*

Recdos: *Fernando de Oliveira e outros*

Advs.: *Drs. Roberto Benjô e Miguel Alberto Reymond da Fonseca e outro*

**EMENTA:** Administrativo. Funcionário público. Vantagens. Incorporação aos vencimentos. Prescrição. Decreto 20.910/32.

Ocorrência, na hipótese, da prescrição, segundo os elementos constantes dos autos.

Recurso provido.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e ao mesmo dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Na conformidade da sentença de fls. 70/78, rejeitada a preliminar de prescrição, suscitada com apoio nos artigos 1º e 3º do Decreto nº 20.910/32, Fernando de Oliveira e outros, todos Assistentes Jurídicos do Município do Rio de Janeiro, obtiveram o reconhecimento do direito à incorporação aos vencimentos-base dos adicionais de tempo de serviço (triênios), gratificação de nível universitário e adicional de permanência, tudo com base nas Leis nºs 14, de 1960, e 1.163, de 1966.

Confirmado integralmente o decisum pelo acórdão de fls. 102/103, manifestou a Municipalidade recurso extraordinário (fls. 106/152), que foi admitido pelo despacho de fls. 162/163, relativamente à alínea *d* do permissivo constitucional anterior.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 181/184, pelo conhecimento e provimento do recurso, para se pronunciar a prescrição consumada.

Com a conversão *ipso iure* do recurso extraordinário em especial, vieram os autos a esta Eg. Corte, remetidos que foram pelo Pretório Excelso, nos termos da decisão de fl. 187.

Relatei.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, cujo ponto nodal cinge-se unicamente à prescrição.

Na espécie, ajuizaram os recorridos, em 1985, ação ordinária, pleiteando fossem recalculadas as parcelas dos triênios e outras vantagens, tal como lhes garantiam as Leis Estaduais nºs 14, de 1960, e 1.163, de 1966, incorporando-as ao vencimento-base respectivo.

Acontece, porém, que a pretendida forma de cálculo veio a ser modificada com a vigência do Decreto-Lei Estadual nº 100/69, que dissociou dos vencimentos aquelas parcelas, como se autônomas fossem.

Durante o período em que a lei garantiu a incorporação dos triênios aos vencimentos — dezembro de 1960 e agosto de 1969 —, incorporação essa não acatada pela Administração, nada alegaram os recorridos, que se contentaram com o recebimento dessas vantagens tal como lhes pagava a municipalidade do Rio de Janeiro.

Feitas essas considerações, subsistir não pode a interpretação conferida à Súmula 443 pelo Tribunal de origem (fls. 102/103), verbis:

«Rejeita-se a preliminar de prescrição do direito dos autores, porque, como salientado pelo douto juiz a quo, a jurisprudência tem se orientado no sentido de que a «prescrição não atinge o direito, em si, dos autores, que reclamam prestações mensais consecutivas, emanados de um direito a eles outorgado por lei e não resultante de mera anulação de ato administrativo, que lhes tivesse sido prejudicial, a esta última é que se refere o Decreto nº 20.910/32, em que busca o réu fundamentar sua alegação preliminar», e conclui: «Nas relações de Direito Público, direitos e obrigações, em si mesmos, não prescrevem, os efeitos destas relações é que são atingidos pela prescrição quinquenal, ou seja, «prescrito não está o direito dos autores, mas as parcelas vencidas e devidas, apenas, em período a cinco anos à data do despacho da inicial». A prescrição ocorre com relação às prestações periódicas vencidas mês a mês, após o quinquênio, deixando íntegro o direito, segundo dominante interpretação, que vem sendo dada pelos Tribunais, aos fatos disciplinados pelo Decreto nº 20.910, de 6-1-32 (Súmula nº 443 do STF, RTJ 68/658, Ap. nº 68.080), conforme jurisprudência citada à fl. 62.»

Tal entendimento não é sufragado pelo Pretório Excelso, consoante ementa trazida a confronto pelo parecer, nestes termos (fl. 184):

I — A orientação atual do STF não abona a tese da imprescritibilidade de direito de funcionário público.

II — Se inatacada a manifestação, implícita ou explícita, da negação de direito pela administração, no prazo quinquenal, a prescrição estende-se para além das prestações, atingindo o próprio fundo do direito. Inteligência da Súmula 443 do STF.» (RE nº 113.909-9-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, in *DJ* de 1-7-88, pág. 16908).»

Entendo que na hipótese sub judice não somente ocorrera a prescrição do próprio fundo do direito, como também em relação às parcelas de trato sucessivo, tendo em vista que a Administração jamais reconheceu a pretendida incorporação dos adicionais aos vencimentos que, extinta em 1969, veio a ser pleiteada tardiamente, em 1985.

Dou, pois, provimento ao recurso.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro Relator.

Não estavam na causa de pedir, em discussão, as prestações de trato sucessivo. Ao contrário, discutia-se a existência do próprio direito e fato ocorrido antes dos 5 anos da propositura da ação.

Assim, acompanho o eminente Ministro Relator.

#### VOTO

Administrativo. Prescrição. Funcionário. Inexistência de decisão administrativa expressa negando a pretensão. Nesta hipótese, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede a propositura da ação.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: O recurso extraordinário, ora convertido em recurso especial, foi interposto com fundamento nas alíneas *a* e *d* da Constituição de 1967. Sustenta-se ofensa aos arts. 1º e 3º do Decreto nº 20.910, de 1932, discrepância do julgado com relação à Súmula nº 443 e aos arestos apontados às fls. e fls.

No que tange à letra *a*, não conheço do apelo. É que não ocorreu, na via administrativa, indeferimento expresso do direito dos autores, caso em que correria, a partir daí, o prazo prescricional do próprio fundo de direito. Não tendo havido, destarte, decisão expressa da Administração, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede à propositura da ação. É nesse sentido o acórdão recorrido.

Não há ofensa, portanto, ao Decreto nº 20.910, de 1932. No que tange ao alegado dissídio jurisprudencial, na verdade, ele ocorre.

Conheço, pois, do recurso, mas para negar-lhe provimento, por isso que, conforme já acentuado neste voto, não tendo existido decisão administrativa expressa, não há falar em prescrição do fundo de direito. Neste sentido decidiu esta Eg. Turma, já por mais de uma vez.

Com estas breves considerações e com a vênia devida ao eminente Ministro Relator e ao eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, meu voto é no sentido de, pela alínea *a*, não conhecer do recurso; pela alínea *c*, do art. 105, inciso III, da Constituição de 1988, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

#### VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Os recorridos ajuizaram ação ordinária contra o recorrente, objetivando a incorporação de triênio a seus vencimentos-base, a partir da Lei Estadual nº 14/60, que os instituiu, na forma de progressão horizontal com aumentos periódicos consecutivos, até o advento do Decreto-Lei nº 100/69, que fez cessar esse direito, ao considerar a progressão horizontal como simples adicional por tempo de serviço.

A sentença monocrática deu-lhes ganho de causa, afastando alegação de prescrição do direito postulado. Em segundo grau, rejeitou-se a prelimi-

nar de prescrição e negou-se provimento à apelação, ao fundamento de que «a jurisprudência tem-se orientado que a prescrição não atinge o direito, em si, dos autores», ora recorridos.

O sucumbente manifestou, então, recurso extraordinário, convertido em especial, argüindo que o acórdão, ao superar o óbice da prescrição, negou vigência ao art. 1º do Decreto Federal nº 20.910/32 e deu a esse dispositivo, bem como ao art. 3º do mesmo diploma legal, interpretação diversa da que lhe dava a Suprema Corte, consolidada na sua Súmula 443.

A esse enfoque, tem-se, ao exame dos autos, que, deveras, durante a vigência da mencionada Lei Estadual nº 14/60, o ora recorrente não reconhecia o direito a tais triênios, nem os calculava, na forma pleiteada pelos recorridos.

Ora, a essa contestação, evidencia-se que, quando do ajuizamento da ação, a 29 de agosto de 1985, já se consumara a prescrição do próprio fundo de direito, que deixara de subsistir com a edição do referido Decreto-Lei Estadual nº 100/69. É que a jurisprudência não abona a tese da imprescritibilidade de direitos de funcionários públicos, prevalecendo, na hipótese, a Súmula 443, do Supremo Tribunal Federal, que consolida a interpretação da legislação aplicável à espécie. No precedente-base que informa essa sumulação — ERE nº 51.813-GB — decidiu-se que

«Não prescrevem somente as prestações, fundadas em situação funcional anterior, mas o próprio direito à ação, quando decorridos mais de cinco anos do ato que a modificou, sem protesto dos funcionários atingidos» (Relator Ministro Victor Nunes, *DJ*, 7-5-64).

O entendimento vem sendo mantido, consoante sufragado no acórdão trazido à colação pelo digno relator, de cuja ementa destaca-se:

«Se inatacada a manifestação, implícita ou explícita, de negação de direito pela administração, no prazo quinquenal, a prescrição estende-se para além das prestações, atingindo o próprio fundo de direito. Inteligência da Súmula 443 do STF».

A essas considerações, conheço do recurso pelas letras a e c, do item III, do art. 105, da Constituição Federal, e dou-lhe provimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 516 — RJ — (Reg. nº 89.9507-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Recte.: Município do Rio de Janeiro. Recdos.: Fernando de Oliveira e outros. Advs.: Drs. Roberto Benjo e Miguel Alberto Reymond da Fonseca e outro.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso pela letra a, e ao mesmo dando provimento, o que ocorreu em relação à letra c, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro; e do Sr. Ministro Carlos Velloso não conhecendo do recurso pela letra a, e do

mesmo conhecendo, mas negando provimento, pela letra c, pediu vista o Sr. Ministro Miguel Ferrante. (2ª Turma — 18-9-89).

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e ao mesmo deu provimento, vencido o Sr. Ministro Carlos Velloso. (2ª Turma — 27-9-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Carlos Velloso e Miguel Ferrante.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ilmar Galvão.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Presidente): Esclarece o Sr. Ministro Relator que não houve, na órbita administrativa, indeferimento expresso da pretensão dos autores. Sendo assim, nos termos de votos aqui proferidos e acolhidos por esta Egrégia Turma, meu voto é no sentido de dar pela prescrição apenas das prestações anteriores ao quinquênio que precede a propositura da ação, na forma do que estabelece o art. 3º do Decreto nº 20.910, de 1932. Farei anexar cópia do voto que proferi a respeito do tema, no REsp nº 215-SP.

Com essas breves considerações e com a vênia devida ao eminente Sr. Ministro Relator, meu voto é no sentido de não conhecer do recurso, pela letra a, e, no que tange à letra c, conhecer do recurso, para negar-lhe provimento.

## ANEXO

### Recurso Especial nº 215 — SP

## 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 nº 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. Inere-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 — conjungando os dois sistemas de remuneração, não só é ilegal como fulminada pela prescrição.

O apelo subiu por força de arguição de relevância, justificada não só pela repercussão do ato na Administração Estadual, inclusive 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 a 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 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 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 (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, regula a prescrição quinquenal. Estatui o art.1º:

«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.»

Essa norma projeta considerações doutrinárias a respeito da prescrição, embora correntia a distinção do instituto da decadência. Esta alcança o próprio direito, enquanto a prescrição fulmina o direito de ação.

O artigo de lei transcrito, enfaticamente, menciona «qualquer direito ou ação».

Urge laborar importante distinção, ou seja, entre o direito e os efeitos de um direito.

O direito se constitui, conserva-se, modifica-se ou se extingue com base em acontecimento histórico, denominado suposto fático.

De todo direito decorrem efeitos, reunidos no complexo de faculdades e obrigações contrapostas.

Nem todos os efeitos, porém, são idênticos. Registro, importante para o caso em exame, direito que se constitui e, como tal, mantém-se no tempo. Alguns escritores denominam-no direito instantâneo. Logicamente, a obrigação contraposta também se mantém a mesma. Outros, no entanto, reproduzem, periodicamente, a obrigação da contraparte. São as conhecidas obrigações de trato sucessivo. Nestas, renova-se a obrigação de tempo em tempo.

Em se considerando a cláusula final do referido artigo «prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram», entenda-se do dia em que ocorre a causa da obrigação do devedor. Daí, nas obrigações sucessivas, recomeçar novo prazo, cada vez que surge a obrigação seguinte.

No caso de responsabilidade civil da União, por exemplo, decorrente de acidente de trânsito, a obrigação de indenizar dano material conta-se da respectiva data e a prescrição, aí, tem o seu termo a quo.

Em se tratando de vencimentos de funcionários, porque se repete mês a mês, cada vez que não for efetuado, ou pago a menor, começa novo prazo. Evidentemente, relativo ao respectivo mês.

Costuma-se dizer que há perda do direito, no sentido de que a inação, no prazo legal, faz desaparecer a coercibilidade, vale dizer, a possibilidade de se exigir, coativamente, o cumprimento da obrigação.

Ilustre-se com a Súmula 163 do STF:

«Nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, somente prescrever as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.»

O art. 3º, do Decreto nº 20.910/32, é incisivo:

«Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que contemplarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.»

Na espécie em deslinde, os Autores, ora Recorridos, pleiteam alegadas vantagens, no período de 24 de outubro de 1960 aos 8 de agosto de 1969, conforme especificam no pedido (fl. 11), relativamente a vencimentos.

A ação foi proposta no dia 11 de novembro de 1985 (fl. 2).

Em sendo procedente a postulação, os efeitos do direito alegado repetem-se mês a mês. Configuram, pois, obrigação de trato sucessivo.

Este entendimento deduzi no REsp nº, Relator o ínclito Ministro Ilmar Galvão.

Não diviso, outrossim, similitude com o REsp nº 516, Relator o eminente Ministro Américo Luz. Aqui, entendera que os interessados descusaram de definir a relação jurídica e a causa originária da obrigação se dera antes de cinco anos da distribuição da ação.

Não conheço do recurso, pedindo vênia para acompanhar os ilustres Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.484 — RJ — (Reg. nº 89.12031-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: João Galdino e outros. Advogados: Drs. Roberto Benjó e Benedicto de Azevedo Barros e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator (Américo Luz), conhecendo do recurso e ao mesmo dando provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Ilmar Galvão, e do voto do Sr. Ministro Carlos M. Velloso não conhecendo do recurso pela letra a e, no que tange à letra c, do recurso conhecendo mas para negar-lhe provimento, tendo sido acompanhado pelo Sr. Ministro Miguel Ferrante, resultando, assim, empate, suspendeu-se o julgamento a fim de se aguardar o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. 6-12-89, Segunda Turma.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.



### RECURSO ESPECIAL Nº 1.488 — RJ

(Registro nº 89.12056-5)

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

Recorrente: *Superintendência Nacional do Abastecimento — SUNAB*

Recorridos: *Telemaco Lira de Siqueira e outro*

Advogados: *Drs. Regina Spielmann e outros e Márcio Baptista Correa de Arruda e outros*

EMENTA: Recurso especial. Não conhecimento.

1. O art. 162, parágrafo 2º do CPC, é de natureza conceitual, por definir o que é decisão interlocutória. Não há que

se falar em negação de sua vigência, quando se considera determinada decisão definitiva.

2. Interpretação razoável do art. 522, do CPC, ao considerar que a sentença que homologa cálculo de liquidação merece apelação e não agravo de instrumento.

3. A divergência jurisprudencial para permitir o conhecimento do recurso especial há de ser apresentada de conformidade com os requisitos exigidos pelo parágrafo único do art. 225, do Regimento Interno deste Tribunal.

4. Julgados do mesmo Tribunal não servem para fundamentar recurso especial.

## ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia 1ª 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, 22 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO JOSÉ DELGADO: Trata-se de recurso extraordinário apresentado ao STF que, por alegar, também, ofensa à legislação infraconstitucional e de dissídio referente à legislação dessa natureza, foi, nessa parte, convertido em especial por despacho do eminente relator.

O Exmo. Sr. Ministro Washington Bolívar, Vice-Presidente do então Egrégio Tribunal Federal de Recursos, ao admitir o recurso, proferiu o seguinte despacho: (fl. 69).

«A Superintendência Nacional de Abastecimento — SUNAB manifesta recurso extraordinário de acórdão da 1ª Turma deste Tribunal, Relator o Sr. Ministro William Patterson, assim ementado (fl. 52):

«Processual Civil. Agravo de Instrumento. Liquidação de sentença. Recurso próprio.

Da sentença que homologa cálculo de liquidação o recurso cabível é o de apelação e não o de agravo de instrumento.»

Nos termos do art. 119, III, letras *a* e *d*, da Constituição Federal, alega o recorrente que o aresto impugnado teria violado os arts. 122, III e 153, § 4º, ambos da Lei Maior e negado vigência aos arts. 162, § 2º e 522 do CPC.

De início, observo que, no caso dos autos, não há se falar em prequestionamento, uma vez que a irrogada violação ao texto constitucional teria surgido por ocasião da decisão recorrida.

Destarte, estando a espécie entre as hipóteses de cabimento elencadas no art. 325, do RISTF (ER nº 2/85), o inciso I, e dentro da mesma linha de entendimento adotada pelo meu ilustre antecessor, Ministro Gueiros Leite, ao despachar casos idênticos: AC 112.081-RS, AC 115.535-MG e AC 119.592-MG, admito o recurso.

Quanto à arguição de relevância da questão federal, observe-se o disposto no art. 328, § 1º, do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 2, de 4-12-85.

Publique-se.»

A autarquia recorrente, ao afirmar que o venerando acórdão negou vigência aos artigos 162, § 2º e 522 do Código de Processo Civil, não expôs as razões de assim entender.

No tocante ao alegado dissídio jurisprudencial, limitou-se a fazer referência genérica às ementas de acórdãos que indicou.

Não obstante intimada a parte recorrida, não fez parecer nos autos a sua impugnação, nem contra-razões.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): A autarquia recorrente argúi, primeiramente, a negação da vigência dos arts. 162, § 2º, e 522, do CPC.

Examino se procede ou não a referida assertiva.

O § 2º do art. 162, do CPC, dispõe:

«Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.»

Na hipótese, não vejo como tenha a decisão recorrida negado vigência ao referido preceito legal.

A norma em apreço tem caráter somente conceitual. Cinge-se, apenas, em fixar o entendimento de despacho interlocutório, sem qualquer comando que possa implicar, concretamente, a negação de sua vigência.

O acórdão recorrido não apreciou a questão sob a luz do § 2º, do art. 162, do CPC, pelo que não há lugar para se falar em que não houve aplicação do referido dispositivo, ou que o mesmo foi aplicado erroneamente com ofensa da sua letra ou do seu espírito. Por o dispositivo examinado não regular qualquer espécie ou subespécie de relação jurídica formal, em face de se restringir ao seu conteúdo definidor, não há que se falar em desobediência à tese posta na lei.

Não ocorreu, também, a negação da vigência ao art. 522, do CPC. O acórdão atacado interpretou, razoavelmente, o referido artigo, ao entender que a decisão em exame era definitiva, portanto, apelável. É de se aplicar a Súmula nº 400, do STF:

«Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal». (O art. 101 — III — a da CF de 1946 corresponde ao art. 119 — III — a da CF de 1969, que, por sua vez, é igual ao art. 105, III, a, da Constituição atual).

A recorrente não demonstrou ter havido interpretação divergente de lei federal dada por outro Tribunal. Citou, apenas, ementas de julgados do Tribunal Federal de Recursos, sem cumprir os requisitos exigidos pelo parágrafo único do art. 255, do Regimento Interno.

Acolho, em conseqüência, os efeitos do teor da Súmula nº 369:

«Julgados do mesmo Tribunal não servem para fundamentar o recurso extraordinário por divergência jurisprudencial.»

Aliás, esse é o conteúdo do art. 105, III, letra c, da Constituição Federal.

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.488 — RJ — (Reg. nº 89.12056-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Delgado. Recorrente: Superintendência Nacional do Abastecimento — SUNAB. Recorridos: Telemaco Lira de Siqueira e outros. Advogados: Drs. Regina Spielmann e outros e Márcio Baptista Correa de Arruda e outros.

Decisão: Não se conheceu do recurso. Decisão unânime. (Em 22-11-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg, Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.501 — PR

(Registro nº 89.0012081-6)

Relator designado: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite*

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Narcizo Mendes Pereira*

Advogado: *Dr. Cláudio Camargo de Arruda*

**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 de 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.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso especial apenas pela alínea c, inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, 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, 3 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator p/acórdão.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Como relatório adoto o bem-lançado despacho do eminente Juiz Luís Gastão Franco de Carvalho, digno Presidente do E. Tribunal de Alçada do Paraná, *verbis*:

1. Cuida-se de tempestivo recurso especial, manifestado pelo Ministério Público, objetivando desconstituir acórdão que recebeu a seguinte ementa:

«Perdão judicial. Homicídio culposo. Efeitos.



1. Não gera efeitos condenatórios a sentença que concede o perdão judicial.

2. O debate, na vigência da anterior parte geral do CP, mudou de rumo, com revisão de posições, à face da inclusão do perdão judicial entre as causas de extinção da punibilidade, no anteprojeto Hungria e no CP de 1969.

3. As resistências à clara direção da nova parte geral arancam, agora, de enviezado «argumento a contrário» em torno do art. 120.

4. Ao estabelecer a referida regra que o perdão judicial não marca reincidência, não está dito, nem implicitamente, nem ao contrário, nem na relação de maior a menor, que os outros efeitos decorrem — pois a disposição não poderia ir além da esfera penal em que gira e seria absolutamente inoportuno que dissesse sobre conseqüências processuais secundárias. Mas ao dispor, no limite que lhe é próprio que não há efeito de reincidência, o CP indicou seguramente que o perdão judicial, extinguindo a punibilidade, vestígios não deixa».

Fundamenta-se o apelo no artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, sob as alegações de contrariedade aos artigos 120 e 107, IX, do Código Penal e divergência jurisprudencial (RE Cr. nº 103.943-4-SP, RE Cr. nº 107.354-3-SP, RE Cr. nº 115.648-1-SP, e outros).

Pretende o recorrente, em síntese, «assegurar, no caso, a natureza condenatória da decisão concessiva do perdão judicial, bem como os seus efeitos secundários, ressalvada a reincidência (art. 120 do CP)».

Não houve impugnação.

2. A questão jurídica que se deseja levar ao Superior Tribunal de Justiça gira em torno da natureza e efeitos da decisão concessiva do perdão judicial.

Esta matéria, sem dúvida alguma, foi amplamente discutida no acórdão recorrido, estando satisfeito, portanto, o requisito do prequestionamento. Além disso, a meu ver, o recorrente logrou justificar, convincentemente, a alegada contrariedade aos dispositivos legais objeto de enfoque.

O dissídio jurisprudencial, a seu turno, encontra-se regularmente demonstrado, em face de decisões reiteradas e pacíficas do Supremo Tribunal Federal, que entendem subsistir os efeitos secundários da condenação, exceto os resultantes da reincidência. O aresto impugnado, ao contrário, adota a tese de que a decisão concessiva do perdão judicial, é destituída de todo e qualquer efeito condenatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do apelo extremo, entendo viável o seu acesso à Instância Superior.

Dou seguimento ao recurso».

Admitido que foi o recurso especial, e após pronunciamento do representante do Ministério Público Estadual, subiram os autos a esta instância, onde o Dr. Petrônio Maranhão Gomes de Sá, ilustre Subprocurador-Geral da República, exarou parecer opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso, na forma regimental, uma vez demonstrado o dissídio jurisprudencial.

Com efeito, o acórdão recorrido põe-se em dissonância com a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, exemplificada pelos arestos trazidos a exame pelo recorrente.

Enquanto que o primeiro afirma que o perdão judicial previsto no inciso IX, do art. 107, do Código Penal, apaga qualquer efeito secundário da sentença condenatória, e não somente o efeito da reincidência, os segundos assinalam justamente o contrário.

É tranqüila a jurisprudência da Corte Maior sobre a questão (Recursos Extraordinários Criminais 103.943, 104.099, 104.495, 104.977, 104.989, 106.702, 106.774, 107.354, 109.218, 109.487 e 115.648). No entanto, na doutrina e na jurisprudência, de modo geral, há quatro correntes a respeito do assunto.

A primeira (esposada pelo STF) entende que, sendo condenatória a sentença que concede o perdão judicial, nela são extintos apenas os efeitos principais (aplicação das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias), subsistindo os efeitos secundários, salvo aqueles expressamente excepcionados pela lei; a segunda posição considera que a sentença é declaratória da extinção da punibilidade, e não condenatória; pela terceira posição a sentença é condenatória, mas o réu fica liberado de todos os seus efeitos; na quarta corrente, a sentença é simplesmente absolutória.

À primeira posição empresto minha modesta adesão, fazendo meus os argumentos do eminente Ministro Octávio Gallotti, repetidos por S. Exa. em diversos julgados, entre os quais o RE Criminal 103.943-4-SP, trazido à colação pelo recorrente.

É ler-se:

«Ponderando detidamente a controvérsia, considerei, Sr. Presidente, que o perdão judicial se distingue das demais causas de extinção de punibilidade, enumeradas no art. 107 da nova parte geral

do Código Penal, em face de uma característica peculiar: a sua concessão não prescinde da prévia formulação de juízo positivo sobre a culpa do acusado. Não dispensa, antes impõe essa apuração, porque a existência de culpa é pressuposto natural da ocorrência do perdão.

Parece, assim, intuitivo que dessa carga, mesmo declaratória, da sentença deve decorrer algum efeito (salvo o da aplicação da pena), em correspondência com a prestação jurisdicional que, do magistrado, se exige.

Por isso, desses efeitos secundários naturais, a nova lei exclui, mercê do seu art. 120, os resultantes de reincidência, devendo, segundo penso, subsistir os demais (lançamento no rol dos culpados e pagamento de custas).

A exclusão determinada pelo art. 120, citado, opera em um quadro lógico que favorece e reforça a proposição de que alguma nódoa, por mais tênue, permanece em decorrência da culpa perdoada.

Só os mais graves efeitos secundários (os ligados à reincidência) foram efetivamente eliminados, com o intuito, revelado na Exposição de Motivos, de tornar a espécie mais distante da hipótese de sentença condenatória, sem, por isso, igualá-la, plenamente, à absolutória.

Não reputo redundante, ocioso ou supérfluo o dispositivo em questão (art. 120 do Código Penal). Atuou para retirar uma consequência que não era repelida, ao menos claramente, pelo ordenamento. Realça a permanência das demais» (RTJ 117/310).

Ante o preciso comando contido no art. 120 do Código Penal, outra não poderia ser a conclusão sobre que efeitos secundários da condenação estariam abrangidos, ou não, pelo perdão judicial, cabendo relembrar, a propósito, o velho brocardo de hermenêutica, um tanto desprestigiado pela jurisprudência mas ainda presente, de que *inclusio unus, exclusio alterius*.

Por isso que condenatória a sentença que concede o perdão judicial, persistirão os efeitos secundários que não foram expressamente excluídos pela lei, ou sejam, o lançamento do nome do réu no rol dos culpados e o pagamento das custas.

Tenho, assim, por contrariados os dispositivos legais invocados e divergente o acórdão da melhor interpretação jurisprudencial.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, cumpre lembrar que a Turma já enfrentou esta tormentosa questão da natureza

jurídica da sentença concessiva do perdão judicial, ao apreciar o Recurso Especial nº 524 — PR, por mim relatado.

Prevaleceu a tese de que se trata de sentença extintiva da punibilidade, não sofrendo, assim, o réu nenhuma consequência penal.

Reportando-me aos fundamentos do voto que então proferi, cuja cópia oportunamente farei juntar, peço licença ao eminente Relator para dissentir do seu douto voto.

Assim é que conheço do recurso, pela letra c, do permissivo constitucional, eis que demonstrado o dissídio jurisprudencial, mas lhe nego provimento, *data venia*.

## ANEXO

Recurso Especial nº 524 — PR  
(Registro nº 89.0009515-3)

## 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 Supremo 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 excluam 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 responsabilidade 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 *contrário*, muito prestigioso outrora, malvisto hoje pela doutrina, pouco usado pela jurisprudência» («Hermenêutica», 9ª ed., pág. 243).

A interpretação deve ser fiel aos motivos de 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 absolvição, 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 achega 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 substanciosa 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 JOSÉ CÂNDIDO: Pedi vista dos autos para melhor exame do tema em divergência.

O Código Penal de 1940, embora sem aludir expressamente ao perdão judicial, permitia, em várias figuras da parte especial, a sua aplicação, sempre que aludia à expressão «o Juiz poderá deixar de aplicar a pena». Tratando-se de medida de excepcional tolerância da lei repressiva, clara a sua limitação, e expressa referência a cada tipo de incidência, a depender de determinadas circunstâncias. Estão elas nos seguintes artigos da lei penal: 121, parágrafo 5º; 129, parágrafo 8º; 140, parágrafo 1º, I e II; 176, parágrafo único; 180, parágrafo 3º; 1ª parte; 240, parágrafo 4º, I e II; 242, parágrafo único; 249, parágrafo 2º, todos do Código Penal. Artigos 8º e 39, parágrafo 2º, da Lei de Contravenções Penais. E nas leis de Falência (Dec.-Lei nº 7.661/45, art. 186, parágrafo único), de Imprensa (Lei nº 5.250/67, art. 22, parágrafo único) e no Código Eleitoral, art. 326, parágrafo 1º.

A natureza jurídica desse instituto, que por várias décadas foi evitado pelo legislador brasileiro, teve, ao contrário, o seu reconhecimento pela lei penal italiana, logo quatro anos depois de promulgado o Código Rocco, o que ocorreu através de real decreto-lei de 1934.

Entre nós, só com a Lei 7.209/84 (Nova Parte Geral do Código) foi institucionalizado o perdão judicial. A princípio, a doutrina vacilou sobre a

natureza jurídica do instituto. Para alguns, tratava-se de simples escusa absolutória, para outros, de mera indulgência, e afinal prevaleceu a extinção de punibilidade, a exemplo do Código Peninsular, posição aceita pelo legislador, por isso que incorporada ao art. 107, inciso IX, do Código Penal, nos casos previstos em lei.

Maggiore («Derecho Penal» — Ed. Temis Bogotá, 1972, vol. II, pág. 349) ensina que «o termo 'extinção', desde tempos bastantes longos, foi adotado pela ciência de direito penal para significar que, em certos casos e sob determinadas condições, o Estado se desarma definitivamente do *ins gladii*, ou do seu exercício, ao renunciar à persecução do delito. Sobre este significado há acordo unânime».

Nos Tribunais brasileiros tem persistido o debate sobre a natureza jurídica da sentença que o reconhece, sendo ela para alguns juristas, de caráter condenatório, para outros simplesmente absolutória, e, para muitos, declaratória de extinção da punibilidade, permitindo esta, em consequência, permanente conflito sobre a extensão dos seus efeitos.

Como sentença condenatória, subsistindo os efeitos secundários de sua aplicação, tem permanecido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, através de decisões proferidas mesmo depois da reforma penal de 1984. Para os que defendem a sentença absolutória, cancelam-se os efeitos da condenação, mas persistem os efeitos secundários. Como sentença declaratória da extinção de punibilidade, com eliminação também dos efeitos secundários, posicionam-se Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, Jorge Alberto Romeiro, Celso Delmanto, Damásio de Jesus, Magalhães Noronha, Nelson Hungria, Costa Júnior e outros.

Nesta altura, não é possível mais relutar sobre ser o perdão judicial um favor a ser declarado em sentença, como extinção de punibilidade sem qualquer efeito secundário. Basta que se recorra ao direito italiano, o melhor modelo do Código Penal brasileiro, para não se ter dúvida sobre as suas consequências.

Maggiore, um dos melhores comentaristas do Código Rocco, classifica as causas de extinção em três categorias: 1. Causas extintas comuns ao delito e à pena; 2. Causas extintivas do delito gerais ou especiais; e 3. Causas extintivas da pena. E entre as causas extintivas gerais do delito, ao lado da morte, da anistia, e outras, inclui o perdão judicial. Entre nós, Aníbal Bruno se opõe ao caráter extintivo do crime no caso do perdão judicial. A razão parece estar com o professor da Universidade de Palermo, desde que não subsiste efeito de qualquer natureza na sentença declaratória de extinção de punibilidade pelo perdão judicial. Parece não ser outro o entendimento da reforma penal de 1984, diante do que foi dito na sua Exposição de Motivos, nº 98, ao afirmar, categoricamente, que «a opção se justifica a fim de que o perdão, cabível quando expressamente previsto na Parte Especial ou em lei, não continue, como por vezes se tem entendido, a produzir



os efeitos de sentença condenatória». A parte expositiva do Código, pelo menos espanca, de modo definitivo, a hipótese da condenação.

Tem-se como argumento incontestável da total eliminação de qualquer efeito do perdão judicial, o fato de que na lei italiana a extinção se opera também durante a instrução do processo, o que equivale riscar dos antecedentes do réu a presença do próprio crime. Sem chegar a tanto, o art. 120, do Código Penal brasileiro, ao admitir somente o instituto na sentença final, deixa, contudo, claro, inexistir o crime, ao declarar que «a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência».

No presente caso, o eminente Ministro Relator, Carlos Thibau, declara, enfaticamente, com apoio em precedente do STF (RE Criminal 103.943-4-SP — Rel.: Ministro Octávio Gallotti) ser «condenatória a sentença que concede o perdão judicial», por isso que «... persistirão os efeitos secundários que não foram expressamente excluídos pela lei, ou seja, o lançamento do nome do réu no rol dos culpados e o pagamento das custas».

Divergindo desse entendimento, o eminente Ministro Costa Leite, estribado em anterior julgamento desta 6ª Turma, no RE 524 — PR (12-9-89), de que foi Relator, reafirma a sua convicção, com apoio em voto vencido do Ministro Rafael Mayer (RE Criminal 106.702-SP), no sentido «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 consequência penal».

O voto do eminente Ministro Carlos Thibau tem apoio em algumas decisões da Suprema Corte, dentre as quais destaco a proferida pela douta 2ª T., RE 115.648-1-SP, Relator Ministro Célio Borja (RT 630/399), assim ementada:

«Perdão Judicial (efeitos). O perdão judicial alcança tão-só a aplicação da pena principal e acessória, bem como da medida de segurança, subsistindo os demais efeitos da sentença condenatória. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido» (RT 630/399).

Aqui está firmada a convicção do Pretório Excelso, com apoio em precedentes, de tratar-se de sentença condenatória, com alguns efeitos. É evidente a contrariedade com a doutrina seguida pelos nossos melhores mestres de Direito Penal. Essa sentença é simplesmente declaratória, desde que reconhece a ocorrência do crime, mas, presentes as circunstâncias pelas quais pode-se deixar de aplicar a pena, evidente não haver condenação. Ora, só se aplica pena através de condenação. Reconhecido o favor legal, não há atribuir pena, conseqüentemente nenhum efeito pode subsistir ao ato final da mera declaração de culpa, estágio que precede necessariamente à aplicação do castigo, quando recomendado pela lei.

Com estes fundamentos, adiro ao voto do eminente Ministro Costa Leite, nos termos já aprovados pelo julgamento anterior desta Egrégia 6ª

Turma. Vale dizer, a sentença concessiva do perdão judicial é extintiva da punibilidade, não sofrendo o réu nenhuma consequência penal.

É o meu voto.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Por ocasião do julgamento do Recurso Especial, a que faz referência o voto do Eminentíssimo Ministro Costa Leite, tive oportunidade de dizer que o espírito do art. 120 do Código Penal, na nova redação da parte geral, está evidenciado na própria exposição de motivos, que conclui: «A opção se justifica, a fim de que o perdão cabível, quanto ao expressamente previsto na parte especial ou em lei, não continue, como vezes se tem entendido, a produzir os efeitos de sentença condenatória».

Este é o espírito da redação, que adota o princípio de que não resultam os efeitos secundários da condenação quando houver perdão judicial, nos casos em que a lei permite.

De modo que, com essas considerações, peço vênias ao Ministro Relator para acompanhar o voto do Sr. Ministro Costa Leite.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.501 — PR — (Reg. nº 89.0012081-6) — Relator designado: O Sr. Ministro Costa Leite. Relator originário: O Sr. Ministro Carlos Thi-bau. Recte.: Ministério Público do Estado do Paraná. Recdo.: Narcizo Mendes Pereira. Advogado: Dr. Cláudio Camargo de Arruda.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso especial apenas pela alínea c, inciso III, do art. 105 da CF, mas lhe negou provimento.

O Sr. Ministro José Cândido votou de acordo com o Sr. Ministro Costa Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



## RECURSO ESPECIAL Nº 1.507 — SP

(Registro nº 89.12104-9)

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

Recorrente: *Municipalidade de São Paulo*

Recorrido: *Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Municipal*

Litisconsorte: *Naby Julião Farah*

Advogados: *Drs. Antônio Carlos Campos Junqueira e Benjamin Eugê-nio M. Bevilacqua*

EMENTA: Mandado de Segurança. Ato judicial. Cabimento do Mandado de Segurança. Lei nº 1.533/51, art. 5º, II.

I — Mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo: desde que ocorren-tes os pressupostos constitucionais do mandado de segurança (CF, art. 153, § 21) e desde que tenha sido interposto, a tempo e modo, o recurso próprio sem efeito suspensivo (porque, além do mandamus não ser sucedâneo de recursos processuais, a decisão irrecorrida é apanhada pela preclusão), se do ato Judicial resultar a possibilidade de dano irreparável, ou de difícil reparação, admite-se o mandado de segurança para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas da decisão impugnada. É que o periculum in mora da prestação jurisdicional faz nascer causa petendi de outro direito da ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso.

II — Inocorrência, no caso, da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

III — Recurso Especial conhecido como Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (CF, art. 105, II, b; RI/STJ, art. 67, § 1º, V, e art. 247) e improvido.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, preliminarmente, conhecer do recurso como Recurso Ordinário em Mandado de Segurança e a ele negar provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 4 de dezembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLO M. VELLOSO: Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Municipalidade de São Paulo contra ato do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Municipal, «que nos autos do processo de execução nº 78/85, promovido por Naby Julião Farah, determinou a reinclusão do Autor no Regime de Dedicção Profissional Exclusiva — RDPE». Alega a impetrante que o referido ato violou «a coisa julga-

da exequenda» e pretende, com o mandamus, emprestar efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra tal decisão.

A Sétima Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, julgou a impetrante carecedora da ação.

O acórdão de fls. 139/140 sustenta que só seria admitido o emprego da ação de segurança se o recurso adequado não pudesse evitar um dano de difícil ou incerta reparação. No caso, entretanto, «exatamente por conta do caráter contraprestacional» de que se revestirá o dispêndio, que para a impetrante advirá da reinclusão do funcionário público no Regime de Dedicação Profissional Exclusiva, é que não tem como configurar-se qualquer gravame ao erário. Ao pagamento, em verdade, terá correspondido trabalho; e trabalho, pelo qual a Administração sempre teria de pagar.»

Inconformada, a Municipalidade de São Paulo interpõe recurso extraordinário, com fundamento no art. 119, III, a, da Constituição de 1967, arguindo a relevância da questão federal (fls. 142/152).

Alega a recorrente, em síntese, que:

a) o acórdão exequendo havia declarado que o autor estava indevidamente enquadrado no RDPE, pois a jornada de 40 horas semanais é incompatível com a atividade exercida pelo recorrido, que o sujeita à exposição de Raios X e outras substâncias radioativas. Determinou, assim, que o autor fosse beneficiado com as vantagens da lei 7.957/73 (adicional de 35%, 20 horas...) e com as de seu antigo regime, enquanto não fosse corretamente enquadrado;

b) o Juiz de primeiro grau, ao determinar que o funcionário permanecesse sob o RDPE, para que não perdesse nenhuma das duas vantagens obtidas, decidiu de maneira contrária ao referido acórdão, modificando decisão de superior instância e ferindo coisa julgada;

c) o aresto do qual se recorre deve ser reformado, pois «o pagamento do adicional devido pela reinclusão do Autor no regime ilegal, conforme ordenado, implicaria na impossibilidade de ressarcimento da Municipalidade». Considerando que o cumprimento de tal decisão também causaria danos irreversíveis à saúde do próprio recorrido, é imprescindível o provimento do mandado de segurança, para que essa fique suspensa até o julgamento do agravo de instrumento.

À fl. 161, o 3º Vice-Presidente do Tribunal paulista, considerando a instalação do Superior Tribunal de Justiça, determinou a intimação do recorrente para a apresentação de petição de recurso especial, referente à matéria legal nos exatos limites em que foi deduzida no recurso extraordinário.

A Municipalidade, às fls. 163/172, interpõe recurso especial, reproduzindo a argumentação já apresentada.

Após a manifestação do recorrido, subiram os autos a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A decisão recorrida foi proferida em única instância e é denegatória da segurança. O recurso cabível, pois, é o ordinário (CF, art. 105, II, b), mais precisamente o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RI/STJ, art. 247), o RMS (RI/STJ, art. 67, XXIX, § 1º, V).

Converto o recurso, pois, em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS).

Abrindo o debate, esclareça-se que, em tema de mandado de segurança contra ato judicial de que não caiba recurso com efeito suspensivo, o que deve ser assentado é o seguinte: desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais do mandado de segurança (CF, 1988, art. LXIX), e desde que tenha sido interposto, a tempo e modo, o recurso próprio (porque, além do *mandamus* não ser sucedâneo de recursos processuais, os atos e termos processuais, não recorridos, são apanhados, de regra, pela preclusão), se do ato judicial resultar possibilidade de dano irreparável, ou, ainda, no caso de evidente ilegalidade do ato, admite-se o mandado de segurança, para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas da decisão impugnada. É que o *periculum in mora* da prestação jurisdicional faz nascer *causa petendi* de outro direito de ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso.

Esta é a tese que venho sustentando, conforme, se vê, *inter plures*, dos votos que proferi nos MMSS n.ºs 109.369-DF, 115.701-SP, 110.598-MG e 129.690-PR. Neste último — MS n.º 129.690-PR — ficou o acórdão assim ementado:

«Mandado de Segurança. Ato judicial. Cabimento do Mandado de Segurança. Lei 1.533/51, art. 5º, II.

I — Mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo: desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais do mandado de segurança (CF, art. 153, § 21) e desde que tenha sido interposto, a tempo e modo, o recurso próprio sem efeito suspensivo (porque, além do *mandamus* não ser sucedâneo de recursos processuais, a decisão irrecorrida é apanhada pela preclusão), se do ato judicial resultar a possibilidade de dano irreparável, ou de difícil reparação, admite-se o mandado de segurança, para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas da decisão impugnada. É que o *periculum in mora* da prestação jurisdicional faz nascer *causa petendi* de outro direito de ação, assim, do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso.

II — Inocorrência, no caso, da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

III — Mandado de segurança não conhecido.» (DJ 19-9-88).

Para boa compreensão do meu pensamento, faço anexar cópia do voto que proferi por ocasião do julgamento do citado MS nº 129.690-PR, ao qual me reporto.

No caso, o acórdão recorrido demonstrou, com boas razões, a incorrência do requisito da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

## ANEXO

Mandado de Segurança nº 129.690 — PR

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): O Dr. Juiz Federal, nos autos da ação cautelar inominada, promovida por Clínica Médica de Apoio Ltda. contra o Banco Central do Brasil, o Banco Real de Investimentos S/A e o Banco Sudameris Brasil S/A, deferiu a liminar «para suspender qualquer cobrança dos empréstimos concedidos pelos Bancos requeridos à Autora, referente ao financiamento de capital de giro, após o «Plano Cruzado» (Decreto-Lei 2.283/86), até que seja concedido o refinanciamento de que trata a Resolução Bacen nº 1.308/87, regulamentada pela Circular nº 1.168, dentro dos limites e condições estipulados nessas normas, conservando a liminar a sua eficácia nos termos do art. 807 do CPC».

Daí o presente mandado de segurança, para que se dê efeito suspensivo ao agravo interposto contra a referida decisão.

A segurança não é de ser conhecida.

A uma, porque não é possível mandado de segurança para que seja dado efeito suspensivo a um recurso que a lei expressamente não concede referido efeito, assim, mandado de segurança contra a lei.

Em tema de mandado de segurança contra ato judicial de que não caiba recurso com efeito suspensivo, o que deve ser assentado é o seguinte: desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais do mandado de segurança (CF, art. 153, § 21) e desde que tenha sido interposto, a tempo e modo, o recurso próprio (porque, além do mandamus não ser sucedâneo de recursos processuais, os atos e termos processuais, não recorridos, são apanhados, de regra, pela preclusão), se do ato judicial resultar a possibilidade de dano irreparável, ou, ainda, no caso de evidente ilegalidade do ato, admite-se o mandado de segurança, para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas da decisão impugnada. É que o *periculum in mora* da prestação jurisdicional faz nascer causa petendi de outro direito de ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso.

Esta é a tese que venho sustentando, conforme se vê, *inter plures*, dos votos que proferi nos MS nºs 109.369-DF e 110.598-MG.

Neste último, MS 110.598-MG, disse eu:

«Senhor Presidente, gostaria de dizer duas palavras.

O mandado de segurança, todos sabemos, é uma ação que tem pressupostos constitucionais. Esses pressupostos estão inscritos no art. 153, § 21 da Constituição, vale dizer, direito líquido e certo não amparado por habeas corpus e ato de autoridade ilegal ou abusivo de poder.

Ocorrentes esses pressupostos, adquire o sujeito direito subjetivo à ação de mandado de segurança.

Tratando-se de ato judicial, em sentido formal e material, passível de recurso ou correição, a Lei nº 1.533, de 1951, estabelece que não cabe mandado de segurança (art. 5º, II). A jurisprudência, porém, atenuou a restrição legal, os olhos fitos na Constituição. Se a decisão judicial é passível de recurso com efeito suspensivo, não há falar em mandado de segurança. A uma, porque, se interposto o recurso com efeito suspensivo, o ato deixaria de ser operante e exequível, não haveria lesão. A duas, porque, se o recurso deixar de ser interposto, a matéria preclui. Resta-nos, então, a decisão judicial passível de recurso sem efeito suspensivo. Aí, seria cabível o mandado de segurança, assentou a jurisprudência, desde que ocorrentes dois requisitos: o primeiro, a interposição do agravo, ou do recurso sem efeito suspensivo. E por que seria necessária essa interposição? Porque, não interposto o recurso, a matéria preclui; em segundo, se da decisão resulta a possibilidade de dano irreparável, ou de difícil reparação.

Ocorrentes, então, esses pressupostos constitucionais e os requisitos que a jurisprudência assentou, no que tange ao mandado de segurança contra ato judicial, bem disse o Sr. Ministro Armando Rollemberg, surge para o sujeito o direito de impetrar o mandado de segurança, de ter resguardado, de pronto, o direito líquido e certo seu violado por ato ilegal, ou abusivo de poder da autoridade judicial. Não vejo possibilidade de o mandado de segurança ser deferido para se conceder efeito suspensivo a um recurso que, por lei, não tem esse efeito. Ora, dar efeito suspensivo a um recurso que a lei processual expressamente diz não possuir tal efeito, é fazer construção legislativa e não construção jurisprudencial.

Reconheço que já votei no sentido de que a segurança poderia ser concedida, ocorrentes os pressupostos constitucionais e jurisprudenciais do mandado de segurança contra ato judicial, para se dar efeito suspensivo ao agravo. Meditei, depois, sobre o tema e concluí que essa não é a solução melhor, sob o ponto de vista científico. No voto que proferi, no Plenário desta Casa, por ocasião do julgamento do MS nº 109.369-DF, disse eu:

«A tese que perfilho, em tema de mandado de segurança contra ato judicial, está na linha do sustentado pelo Sr. Min.

Bueno de Souza. Se a lei concede, expressamente, efeito apenas devolutivo ao agravo, não vejo como seria possível deferir mandado de segurança contra a lei, a fim de emprestar-se efeito suspensivo a esse recurso.

Equaciono a questão da seguinte forma: tenho o mandado de segurança como uma ação constitucional, um remédio de Direito Constitucional, com pressupostos constitucionais, que são os seguintes: a) direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*; b) ato de autoridade ilegal ou abusivo de poder. (CF, art. 153, § 21). Tratando-se de segurança contra ato judicial de que não caiba recurso com efeito suspensivo, se do ato resultar a possibilidade de dano irreparável, desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais, acima mencionados e desde que o recurso próprio tenha sido interposto a tempo e modo (porque o *mandamus* não é sucedâneo de recursos próprios e os atos e termos processuais não recorridos são apanhados pela preclusão), examino a segurança em toda a sua plenitude, vale dizer, examino o próprio ato. É que, repito, ocorrentes os pressupostos constitucionais da segurança, o *periculum in mora* da prestação jurisdicional, vale dizer, a demora da decisão a ser proferida no recurso sem efeito suspensivo faz nascer causa *petendí* de outro direito de ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso, conforme prelecionava, nesta Casa, o eminente Ministro Paulo Távara. Em casos assim, portanto, repito, a segurança deve ser examinada em toda a sua plenitude, examinando-se o próprio ato impugnado, a fim de que seja restabelecido o direito líquido e certo violado.

Esta é a tese que sustento, tendo presente, primeiro que tudo, que o mandado de segurança é garantia constitucional, que deve ser visualizada sem preconceitos. Considero, *data venia*, simplesmente preconceituosa a afirmativa no sentido de que se deve deixar o conhecimento do recurso interposto para o órgão incumbido de julgá-lo e, por isso, a segurança deve ser concedida apenas para emprestar-se efeito suspensivo ao agravo. Isto, repito, é mero preconceito. E o que é pior: leve-se a decidir contra a lei, vale dizer, a emprestar-se efeito suspensivo a um recurso que a lei, expressamente, exclui esse efeito. E, no caso, *data venia*, emprestando-se efeito suspensivo ao agravo, está-se justamente esvaziando o julgamento do agravo, conforme já falamos.»

Destarte, desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais e jurisprudenciais do mandado de segurança — direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*; ato ilegal ou abusivo de poder; interposição, a tempo e modo, do recurso cabível; possibili-



dade de dano irreparável ou de difícil reparação — o deferimento do «writ» deverá ocorrer, em toda a sua inteireza.

No caso, verifico que o mandado de segurança foi pedido unicamente para que seja dado efeito suspensivo ao agravo. Por este motivo, não conheço do «writ», na linha do voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg, com a vênia do Sr. Ministro Relator».

Também aqui, requerido o mandado de segurança apenas e tão-somente para que seja dado efeito suspensivo ao agravo (agravo que a lei, expressamente, estabelece que não tem tal efeito), não conheço do «writ».

A segurança não é de ser conhecida, a duas, porque, conforme falamos, somente é cabível mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo se, de tal decisão judicial, resultar a possibilidade de dano irreparável, exigindo-se, mais, que o recurso sem efeito suspensivo haja sido interposto, a tempo e modo, porque, além do *mandamus* não ser sucedâneo de recursos processuais, os atos e termos processuais, não recorridos, são apanhados, de regra, pela preclusão.

No caso, o impetrante interpôs a tempo e modo, o recurso de agravo, que não tem efeito suspensivo.

Não ocorre, na hipótese, entretanto, o segundo pressuposto do cabimento do «writ», vale dizer, da decisão impugnada não resulta a possibilidade de dano irreparável, ou de difícil reparação.

Com efeito.

Esclarece, com propriedade, o ilustre Procurador José Ribamar de Castro Viana, no parecer que ofereceu pela Subprocuradoria-Geral da República, à fl. 187:

«7. No caso em exame tem-se que a liminar, que sustou, provisoriamente, a cobrança dos empréstimos e a ausência de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, contra ela interposto, não causaram nem causarão *dano irreparável* algum: provido o agravo de instrumento e cassada a liminar, poderá o débito ser livremente executado, com os acréscimos decorrentes do retardamento do pagamento.

8. Se *dano irreparável* pode decorrer da simples *suspensão provisória da execução*, não no vislumbramos nem o autor do mandado de segurança o demonstrou ou o provou.» (Fl. 187).

.....  
Na verdade, caso provido o agravo interposto e cassada a cautelar, o débito poderá ser executado, com os acréscimos decorrentes da lei. Não há, pois, no caso, possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

De todo o exposto, não conheço do «writ».

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.507 — SP — (Reg. nº 89.12104-9) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Recorrente: Municipalidade de São Paulo. Recorrido: Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Municipal. Litisconsorte: Naby Julião Farah. Advogados: Drs. Antônio Carlos Camos Junqueira e Benjamin Eugênio M. Bevilacqua.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, conheceu do recurso como Recurso Ordinário em Mandado de Segurança e a ele negou provimento. Segunda Turma, 4-12-89.

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 1.508 — RJ

(Registro nº 89.12105-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Nilton Delfino Marçal*

Recorrido: *Cléia Vidal*

Advogados: *Drs. Augusto Ricardo de Carvalho e outros, e Almir Damacena*

EMENTA: Não há entrechoque com a Súmula nº 380, do STF, se o acórdão recorrido não tem como premissa a existência de sociedade de fato, mas a aplicação do princípio contido no art. 226, § 3º da Constituição.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade e preliminarmente, não conhecer do 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, 13 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de especial de acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em cuja ementa se lê:

«União estável. Interpretação do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

O que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro na disciplina das sociedades de fato, do Código Civil, passa ao patamar da união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar. Como tal, gozando da proteção do Estado, está legitimada para os efeitos da incidência das regras do direito de família, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

Provada a união estável pela longa convivência comum é cabível a meação dos bens adquiridos na constância desta.

Apelação a que se dá provimento». (Fl. 100).

No recurso excepcional, alega o recorrente ofensa ao preceito constitucional contido no art. 226, § 3º e ao art. 1.363 do Código Civil, bem assim dissídio com outros julgados e com a Súmula 380 do STF.

Foi o recurso admitido com esteio no art. 105, III, a, e c da nova Carta.

Ao opinar, a douta Subprocuradoria manifestou-se pelo improvimento do recurso porque o v. acórdão não violou dispositivo legal nem divergiu da Súmula citada.

É o relatório.

## VOTO

Ementa: Não há entrechoque com a Súmula nº 380, do STF se o acórdão recorrido não tem como premissa a existência de sociedade de fato, mas a aplicação do princípio contido no art. 226, § 3º da Constituição.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Cuidando-se de recurso especial não cabe a esta Corte examinar a alegação de ofensa à Constituição, articulada na peça recursal, eis que a questão é da competência da Suprema Corte do País.

No que tange à contrariedade ao art. 1.363 do Código Civil, a versar sobre a celebração do contrato de sociedade, não demonstrada está a violação, tanto mais que não cogitou a decisão desse tipo de sociedade mas sim dos efeitos da união estável, com aparência de casamento.

Efetivamente, é a seguinte a fundamentação do acórdão, na lavra do Des. Carlos Alberto Menezes Direito:

«É certo que a interpretação construtiva que buscou escólios no artigo 1.363 do Código Civil tende necessariamente a encontrar amparo no fato natural da vida em comum, deslocando-se do cenário meramente econômico. Como anota Alvaro Villaça Azevedo, *litteris*:

«Mesmo a admitir-se, com a citada Súmula 380, que é indispensável o «esforço comum» dos concubininos nessa formação de seu patrimônio, há que entender-se esse esforço em sentido amplo, pois, nem sempre ele resulta de natureza econômica, podendo implicar estreita colaboração de ordem pessoal, às vezes de muito maior valia» (cfr. Do Concubinato ao Casamento de Fato, CESUP, 2ª ed., pág. 80).

Não se pretende robustecer a união ilegítima em detrimento da família legalmente constituída. O que se pretende, sim, é abrigar no manto da proteção jurídica a vida em comum comprovada por tempo que configure estabilidade de convivência, com vocação de permanência, até mesmo como meio de esperar injustiças e desprezo.

A nova Constituição brasileira veio agasalhar esta postura jurisdicional, ao tratar da família, base da sociedade, dispondo no § 3º, do artigo 226, inovadoramente, *verbis*:

«§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento».

Assim, o que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, como lastro na disciplina contratual das sociedades de fato, do Código Civil, passa ao patamar de união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar, e como tal, gozando da proteção do Estado, legitimada para os efeitos da incidência das regras do direito de família, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Com tal raciocínio, que certamente enfrentará dificuldades para alcançar aceitação em plenitude, o requisito para a participação patrimonial há de ultrapassar o preâmbulo das provas do esforço comum, de natureza econômica, para centrar-se na conceituação do que seja união estável, reconhecida como entidade familiar. Isto será feito, certamente, pela doutrina, resultado da reflexão dos doutos, pelos julgados que enfrentam nas estórias do dia-a-dia o desafio de construir o direito vivo, para que melhor se distribua a justiça (fls. 102/104).

Do que se lê, depreende-se haver o acórdão proporcionado à união estável os efeitos do casamento, tocante à comunhão de aqüestos, sem cogitar da existência da sociedade de fato ou do esforço comum. A questão não é a mesma abordada na Súmula nº 380, e, por isso, não se pode falar em dissídio.

O mesmo pode-se dizer a respeito da alegada divergência Jurisprudencial, aliás, não demonstrada analiticamente.

Do exposto, concluo no sentido de não conhecer do recurso, face a inexistência dos pressupostos constitucionais a ensejar o exame da questão federal.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.508 — RJ — (Reg. nº 89.12105-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos, Recte.: Nilton Delfino Marçal. Recdo.: Cléa Vidal. Advs.: Drs.: Augusto Ricardo de Carvalho e outros, e Almir Damacena.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.513 — RS

(Registro nº 89.12140-5)

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

Recorrentes: *Maria Ivanir Lima da Luz e outros*

Recorrido: *Lauro Lima de Moraes-Espólio*

Advogados: *Drs. Benoni Velasques e Gilson Langaro Dipp*

EMENTA: Ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança e nulidade de partilha. Prova.

Pretendida reapreciação da matéria de prova, inadmissível no campo do apelo excepcional.

Inocorrência, outrossim, de contrariedade aos arts. 372 do CPC e 136, inciso III, do Código Civil.

Recurso especial não conhecido.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª 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, 6 de março de 1990 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação investigatória de paternidade, cumulada com petição de herança e nulidade de partilha, intentada por Maria Ivanir Lima da Luz, José Carlos Lima, Maria Eunice Lima e Maria Cândido Lima Cônsul contra o Espólio de Lauro Lima de Moraes, representado por seus sucessores Izar Aparecida de Moraes Xausa e seu marido Leônidas Rangel Xausa, sob o fundamento de que a genitora dos demandantes viveu em concubinato por mais de uma década com o falecido Lauro Lima de Moraes, exatamente na época da concepção dos autores. A sentença julgou procedente a ação para declarar os suplicantes filhos do investigado, mas limitou o quinhão de cada um dos interessados à metade do que coube à única filha legítima, de vez que o óbito ocorrera antes do advento da Lei nº 6.515/77, que alterou o art. 2º da Lei nº 883/49. Daí os apelos de ambas as partes; o dos autores para obterem quota idêntica à da filha legítima; o dos réus no sentido da improcedência total do pedido. Por maioria, a Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso dos investigantes, prejudicada a apelação dos réus, que pretendia inverter o desfecho da decisão monocrática. Oferecidos embargos infringentes, foram eles acolhidos, vencido o relator sorteado, para ser decretada a improcedência do pedido investigatório, em Acórdão assim ementado:

«Direito de família. Ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança. Deficiência probatória. Consequências.

O reconhecimento da pretendida filiação com efeitos patrimoniais de atribuição de herança, deve ser apoiado em realidade probatória convincente. A perplexidade ou a dúvida moral não autorizam um juízo de procedência.

Embargos Infringentes acolhidos. Voto vencido. (Fl. 385)

Contra este decisório os acionantes manifestaram recurso extraordinário, com arguição de relevância, alegando negativa de vigência dos arts. 372 do CPC (segundo eles, o conteúdo da certidão de batismo — fl. 6 — não foi impugnado pelos réus) e 136, inciso III, do Código Civil (sustentaram que, conforme as normas do Direito Canônico, o documento de fl. 6 é de natureza pública). Afirmaram divergência Jurisprudencial com a Súmula 382 do STF e com diversos julgados que apontam.

Admitido o apelo extremo pela letra c, em face do conflito com o aresto estampado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (21/178), as partes arrazoaram, colhendo-se o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado. O despacho de fl. 489 houve como convertido o recurso extraordinário em especial e, por fim, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento parcial, a fim de que seja decretada a procedência da postulação investigatória nos termos em que a colocou a decisão de 1º grau.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. O Acórdão recorrido apreciou exaustivamente a espécie à luz da prova coligida e, somente após a análise ampla e percuciente do conjunto probatório, qualificado como pálido e frágil, a ponto de gerar perplexidade no espírito do julgador, é que houve por bem arredar a pretensão inaugural. Todos os detalhes fáticos foram examinados, desde o comportamento duvidoso da mãe dos autores já à época de sua adolescência até a circunstância de ter o investigado vários outros relacionamentos amorosos, que lhe acarretaram as respectivas demandas investigatórias. O voto condutor do Acórdão recorrido trouxe à calva as declarações contraditórias em pontos essenciais deixadas transparecer por testemunhas arroladas pelos suplicantes. Não deixou de tomar em conta as informações prestadas pelo Desembargador Alaor Terra e pelo então Delegado Dante Giuliano Martelli. Acentuou a inexistência incompreensível de qualquer documento que pudesse configurar o convívio comum do casal Celina-Lauro.

Em verdade, o decisum atacado mais não fez do que descer ao âmago da prova, da questão de fato, para sobre ela tecer juízos de valor, conforme, aliás, ressaltara já no início de seu voto o Revisor dos Embargos Infringentes, Desembargador Luiz Melíbio U. Machado, que afinal restou designado para redigir o Acórdão, *in verbis*:

«Analiso, com a devida vênia dos eminentes Colegas, em primeiro lugar, a prova testemunhal. Os autores arrolaram, na inicial, seis testemunhas. Como se trata de pura matéria de fato, e os eminentes Colegas, hoje, estão reduzidos à condição de juízes de fato, por conseguinte de jurados, à semelhança da técnica de exame de prova que se faz neste tipo de Tribunal, farei também a análise dessa prova testemunhal.» — (Fl. 399)

Daí se conclui que os ora recorrentes estão a propor o reexame da matéria de prova no campo restrito do apelo excepcional, o que lhe é vedado (súmula 279 do Excelso Pretório). À evidência, os julgados trazidos como paradigmas não se prestam a confronto com o decisório recorrido, visto

que as espécies não se assemelham sequer. Cada qual tem a sua peculiaridade, a exigir assim o revolver de todo o material probatório colhido nos autos. Eis então a pertinência do parecer da douta Procuradoria-Geral do Estado, de conformidade com o qual:

«Se é bem verdade que os julgados trazidos aludem a situações algo semelhantes, daí não decorre a necessária convergência das decisões, por evidente a multiplicidade de variáveis que influem em cada situação. Seja como for, consoante se constata também nos demais fundamentos do presente recurso, é notório o intuito dos recorrentes — aqui, indisfarçável —, de provocarem o reexame da matéria fática, olvidando-se da própria natureza do recurso extraordinário». (Fl. 454)

Tampouco serve como modelo o aresto aceito pelo despacho de fls. 456/458 como discrepante, uma vez que não é possível aqui, sem rediscussão dos fatos, inferir-se sobre um grau de critério, se mais radical ou não, acerca da análise do panorama probatório. A instância ordinária é soberana, como se sabe, no deslinde da questão fática.

Nem se diga que, no caso, se cogita de valorar apenas a prova produzida. Em hipótese também de investigação de paternidade, o Ministro Sydney Sanches trouxe à colação o voto do Ministro Rodrigues de Alckmin a respeito do cabimento do apelo extremo em tema de valorização da prova, nestes termos:

«O chamado erro na valoração ou valorização das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende o direito federal. Se a lei federal exclui baste certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita esse meio de prova excluído *ofende à lei federal*. Somente nesses casos há direito federal sobre prova, a caso ofendido, a justificar a defesa do *ius constitutionis*.

Mas, quando, sem que a lei federal disponha sobre valor probante, em abstrato, de certos meios de prova, o julgamento local, apreciando o poder de convicção dela, conclua (bem ou mal) sobre estar provado, ou não, um fato, aí não se tem ofensa ao direito federal; pode ocorrer ofensa (se mal julgada a causa) ao direito da parte. Não cabe ao STF, sob color de «valorar a prova, reapreciá-la em seu poder de convicção, no caso, para ter como provado o que a instância local disse não estar. Seria, indubitavelmente, transformar o recurso extraordinário em uma segunda apelação, para reaprecia-



ção de provas (que se consideram mal apreciadas) quanto a fatos da causa (RTJ, 86/558/559)». In (RTJ 125, pág. 1.157 — RE nº 104.524-RS).

2. Se o dissenso jurisprudencial não é suscetível de caracterizar-se na hipótese sub *judice*, pelas razões acima aduzidas, por igual não se configurou, na espécie, a contrariedade à lei federal.

Adiante-se que os dois temas ora focalizados pelos recorrentes não chegaram a ser ventilados pela decisão recorrida. Não foram sequer prequestionados implicitamente.

De qualquer maneira, os incisos legais invocados (arts. 372 do CPC e 136, nº III, do Código Civil) não sofreram o menor tangenciamento pelo acórdão impugnado. Por primeiro, cuida-se à evidência de um documento particular, de uma certidão de batismo, ou seja, «um escrito sem a intervenção de oficial, órgão, ou servidor público» (José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil, vol. 2, pág. 204, ed. 1974). Não se vê, assim, em que ponto se possa ter sido malferido o preceito do art. 136, nº III, do Código Civil Brasileiro.

De outro lado, os réus na contrariedade refutaram a validade do documento de fl. 6 dos autos, pois se insurgiram inclusive contra a ausência de prova quanto à maternidade das co-autoras Maria Ivanir e Maira. A alegação formulada pelos demandantes à derradeira hora não tem em realidade qualquer consistência. A certidão de batismo da suplicante Maria Ivanir, que consigna como pai o ora investigado, não foi subscrita por ele, de sorte que, além de impugnado *quantum satis* o documento pelos contestantes, não poderia constituir tal peça mais do que um dos dados constantes do quadro probatório e, como tal, devidamente apreciado e sopesado pelo acórdão recorrido.

3. Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.513 — RS — (Reg. nº 89.12140-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrentes: Maria Ivanir Lima da Luz e outros. Recorrido: Lauro Lima de Moraes-Espólio. Advogados: Drs. Benoni Velasques e Gilson Langaro Dipp.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 6-3-90 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo, votaram com o Relator. Ausentes, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.534 — SC

(Registro nº 89.0012236-3)

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

Recorrente: *Banco do Estado de Santa Catarina S/A*

Recorrido: *José Euli Fernandes de Moura*

Advogados: *Drs. Lauro Machado Linhares e Silvio Zmijevski e outro*

**EMENTA:** Duplicata. Endosso através de operação de desconto bancário.

Paga mal o sacado que se satisfaz com a quitação em separado fornecida pelo sacador, sem dele exigir a devolução da cártula. O recibo há de ser passado pelo legítimo portador.

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 pela alínea *a* 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, 13 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

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

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: José Euli Fernandes de Moura opôs embargos à execução promovida pelo «Banco do Estado de Santa Catarina S/A — BESC», relativa a uma duplicata endossada pela emitente («Auto Chapeação Munaro Ltda.») em regular operação de desconto bancário. Aduziu que pagou o débito diretamente à emitente do título, conforme recibo, e que a cártula não lhe foi devolvida na ocasião, por alegar o representante da empresa não possuir a chave do cofre onde a mesma se encontrava. Acentuou não haver recebido qualquer comunicação do estabelecimento bancário acerca do endosso.

Acolhidos os embargos pela sentença (fls. 25/28), a Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou provimento ao apelo do embargado, em acórdão assim ementado:

«Embargos do devedor. Exegese dos arts. 792, II, 794, 795, todos do Código Civil. Recurso inacolhido.

Realizado o endosso-caução, é imprescindível que o devedor do título, através de qualquer escrito ou, se necessário, judicialmente, fique conhecendo a cessão do direito creditício.

Ignorando tal operação bancária e efetuando o sacado o pagamento ao emitente, a quitação obtida é válida, arcando este com a responsabilidade de saldar o débito em cuja garantia prestou a caução.» (Fl. 60).

Rejeitados os embargos declaratórios, o Banco embargado manifestou recurso especial com fulcro no art. 105, nº III, alíneas a e c, da Constituição Federal, alegando negativa de vigência aos arts. 8º, parágrafos 1º e 2º, e 39 do Dec. nº 2.044/1908; 9º, parágrafo 1º, da Lei nº 5.474, de 1968, e da Lei nº 4.595/64. Sustentou que, no caso, não se trata de endosso-caução e que somente ao endossatário seria legítimo o pagamento da duplicata. Transcreveu as ementas de diversos julgados para evidenciar o dissenso jurisprudencial.

Admitido o apelo excepcional pela letra a, as partes não arazoaram.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. O recurso não é de ser conhecido realmente pela alínea c do permissivo constitucional seja porque não formulada a demonstração analítica do dissídio pretoriano, seja porque não insertos os arestos dados como paradigmas em repertório de jurisprudência autorizado.

2. Todavia, justifica-se, na espécie, o conhecimento e o provimento do apelo extremo pela letra a.

Sacada a duplicata em 26-1-87 e na mesma data aceita pelo embargante, com vencimento definido para o dia 26-2-87, logo após a emitente do título o endossou ao embargado, em regular operação de desconto bancário. No entanto, antes do vencimento (aos 18 de fevereiro de 1987), o embargante-sacado resgatou o débito, efetuando o pagamento diretamente à sacadora, obtendo dela um recibo à parte (fl. 7).

Através do endosso, porém, a emitente transferira a titularidade do direito creditício. É o que resulta do disposto nos arts. 8º e 39 do Decreto nº 2.044, de 1908, cujos princípios se mantêm inalterados no direito cambial vigente (Lei Uniforme relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias, Dec. nº 57.663, de 27-1-66, art. 14). Segundo magistério de Pontes de Miranda, «aceita a duplicata e endossada, ou endossada antes do aceite, legitimado ao pagamento é o último endossatário em preto ou o portador, se houve endosso em branco (cfr. Lei nº 2.044, art. 39). Se o comprador antecipou o pagamento, sem exigir devolução do título e recibo, ou se pagou no vencimento, ou depois, sem exigir devolução do título e recibo, expõe-se a que lhe venham cobrar o título, que, em direito cambiariforme, não está

pago» (Tratado de Direito Privado, vol. 36, pág. 271, 2ª ed.). Vale observar que, de acordo com o preceituado no art. 39 da citada Lei Uniforme, o sacado que paga uma letra pode exigir que ela lhe seja entregue com a respectiva quitação. A propósito, vem a pêlo o ensinamento de Fábio O. Penna, para que «se, pois, A pagar a B a soma declarada na duplicata, cuja exatidão ele havia reconhecido, pagou mal, porque não o poderia ter feito a não ser à vista do próprio título, que lhe teria de ser restituído com a quitação (art. 22, § 2º, do Dec. nº 2.044, de 1908). O fato de não se achar a duplicata na posse do vendedor é presunção veemente de se achar em poder de terceiro por via de endosso. O comprador não a deve pagar senão ao legítimo proprietário. Se pagou a quem não era proprietário, está obrigado a pagar de novo ao legítimo possuidor, ao detentor legal, na expressão do Dec. nº 17.535, de 1926. A culpa é toda do comprador. Quem paga mal paga duas vezes» («Da Duplicata», pág. 202, ed. 1954). Em suma, «quem paga o título tem o direito de exigir que o mesmo lhe seja entregue, devidamente, quitado (Wilson de Souza Campos Batalha, «Títulos de Crédito-Doutrina e Jurisprudência», pág. 79, ed. 1989).

«O endosso em branco, pela circulação ao portador, faz presumir proprietário quem esteja na posse do título; verifica-se mediante a simples assinatura do beneficiário ou portador» (Comentários à Lei de Duplicata, Osmar José Martins e Angelito A. Aiquel, ed. Saraiva, 1979, pág. 69).

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial firmada de há muito, conforme precedentes coligidos por Azevedo Franceschini («Títulos de Crédito», vol. II, págs. 1034 e 1037, ed. 1972:

«Pagamento — Prova em separado — Irrelevância quanto ao endossatário de boa-fé.

2.460 — Quem paga mal, paga duas vezes. Ao endossatário de boa-fé não pode ser oposta prova de pagamento feito ao endossante, se não consta do próprio título o pagamento (Ac. unânime de 14-8-1944, da 2ª Câmara do T. de A. da Paraíba, na Ap. Cível nº 511, da Comarca de Cajazeiras — Rel.: Des. Brás Baracuhi — in «Rev. do Foro», nº 62, pág. 178)»

«Pagamento malfeito — Cambial — pagamento ao endossante — Cobrança executiva procedente.

2.465 — Paga mal, sendo obrigado a solver a obrigação, o devedor cambial que paga a quem não mais tem o título para restituir ao responsável pelo pagamento. (Ac. unânime de 6-10-1931, da 5ª Câmara do T. de J. de São Paulo, no Agr. 18.351, da Comarca de Monte Aprazível — Rel.: Des. Afonso de Carvalho — in «Rev. dos Tribs.», vol. 80, pág. 101)».

Também se afeiçoa a tal diretriz julgado oriundo da Suprema Corte, estampada na RTJ 87/335-337, Relator Ministro Cunha Peixoto, Esta Quarta Turma assim também decidiu (Recurso Especial nº 596, Relator Ministro Athos Carneiro, julgamento em 10-10-89).

Não há indicativo de que se trate na hipótese em tela de endosso-caução. O próprio Acórdão recorrido alude a circunstância de que o endosso se operou através de regular operação de desconto bancário. Mas, mesmo que de endosso-caução se cogitasse, inaplicáveis seriam ao caso os arts. 792, n.º II, 794 e 795, do Código Civil, em face das regras próprias que regem os títulos de crédito e diante do princípio que lhes é imanente, da circulação. Cuidados especiais são exigidos do devedor ao realizar o pagamento da cártula, conforme assentou o Primeiro Tribunal de Alçada Civil, em acórdão de que foi relator o então Juiz, hoje Desembargador, Laerte Nordi (Rev. dos Tribs. 593/125-127), que, por sinal, lembrou escólio de João Eunápio Borges, de todo subsumível à espécie ora em apreciação, *in verbis*:

«Em relação à prova do pagamento da duplicata, o § 1.º do art. 9.º contém dispositivo que deve ser interpretado em harmonia com os princípios e normas relativos aos títulos de crédito, em geral. Vimos (n.º 5, supra) em que sentido é o título de crédito, documento necessário ao exercício do direito que nele se contém. Incorpora-se de tal forma o direito no título que a conexão, a compenetração de um no outro é de tal natureza, que não se concebe o direito sem o documento. Assim, o devedor que tem o dever de pagar, à vista do documento, tem igualmente o direito de só pagar à vista e contra a restituição do título.

E o devedor que abrir mão de seu direito — de só pagar contra a restituição do título e contentar-se com a quitação em documento em separado, corre risco de pagar segunda vez ao legítimo portador do título. A quitação fora do título é defesa oponível unicamente ao signatário dela, incapaz, evidentemente, de prejudicar o direito de qualquer legítimo portador de boa-fé.

Cuidado, pois, com o § 1.º do art. 9.º, que parece ter ampliado inadvertidamente a norma do § 1.º do art. 16 da Lei n.º 187: esta permitia o recibo em separado quando — ficando a duplicata em poder do comprador — fosse o dinheiro enviado ao vendedor, ou ao portador desacompanhado do título que o comprador, conservando-o em seu poder, preferia pagar ‘antes de assiná-la’.

Entenda-se, porém, com discernimento e sem perder de vista os princípios informadores dos títulos de crédito, a norma em exame. A sua interpretação literal levaria à conclusão de que a quitação em separado seria sempre a prova bastante do pagamento da duplicata, prova oponível *erga omnes*, inclusive contra o legítimo proprietário do título, que o houvesse adquirido de boa-fé, de acordo com as normas legais de sua circulação.

Não se perca de vista que a nova lei visou precisamente a, tirando ou atenuando o caráter predominantemente fiscal, que tinha antes dela acentuar na duplicata a sua feição de título de crédito, modalidade de letra de câmbio provisionada à qual se aplicam su-

pletivamente as regras do direito cambial. Ninguém se iluda, pois, com a aparente inovação que, em relação à prova do pagamento, teria sido acolhida pelo § 1º do artigo 9º da Lei nº 5.474. As regras sobre a quitação da duplicata continuam sendo as mesmas que vigoravam na lei anterior.

Assim:

a) só é eficaz em relação a todos — como prova do pagamento da duplicata — o recibo passado pelo seu legítimo portador ou portador ou por seu representante com poderes especiais, no verso do próprio título, que deverá ser restituído a quem efetuar o pagamento;

b) o recibo em documento à parte, com referência expressa à duplicata, será prova bastante de seu pagamento quando, não aceita a duplicata, for a respectiva importância enviada ao credor, sem o título, que permaneceu em poder do comprador;

c) fora desses casos, pagará mal, correndo o risco de pagar segunda vez ao legítimo portador do título, o devedor que se contentar com o recibo em separado, deixando de exigir a devolução do título. Mesmo porque, não se esqueça, o recibo há de ser passado pelo legítimo portador.

É, aliás, muito comum, nas vendas a prestações, que os devedores paguem diretamente no estabelecimento do vendedor — contra recibo — as duplicatas que, descontadas, se encontram em poder do banco — endossatário, que é o seu legítimo portador.

Pagamento perigoso que não tira ao banco-endossatário o seu direito de exigir, à vista do título em seu poder — e de sua propriedade — o devido pagamento. Sem embargo do que foi feito anteriormente ao vendedor ... desatento ou desonesto.

E de nada valerá ao comprador — contra a justa pretensão do legítimo portador da duplicata — o recibo que lhe foi dado em documento em separado, com referência expressa à duplicata.

Tal recibo, no caso, provará, sem qualquer dúvida, que o devedor pagou... mal, a quem não tinha poderes para receber e para dar quitação. E de nada lhe valerá queixar-se da errada e literal interpretação que deu ao art. 9º da lei.

Concluindo, pois: tanto em relação ao pagamento antecipado, como à prova do pagamento da duplicata, o art. 9º e seus parágrafos da Lei nº 5.474 não de ser entendidos em consonância e em harmonia com os princípios e normas disciplinadoras dos títulos de crédito, em geral. Princípios e normas que têm em vista principalmente a segurança da circulação e a proteção aos terceiros de boa-fé.

A não ser assim, em pouco tempo, estaria definitivamente desprestigiada a nossa duplicata que, perdido seu caráter e sua feição

de título de crédito, deixaria de merecer a confiança e o acolhimento que lhe dão o comércio em geral e os bancos. Como descontá-las estes, se pudesse o devedor eximir-se ao pagamento das mesmas, alegando e provando, com documento em separado, já havê-las pago anteriormente?

Repita-se mais uma vez, e não se perca de vista, que atributo característico e principal de todo título de crédito é a incorporação do direito no documento, de tal forma que tal direito não existe, não se transfere, nem se realiza sem o título no qual se materializou e, de certo modo, se fundiu. Por isso, pagará mal, normalmente quem o fizer sem a apresentação e sem restituição do título.» («Título de Crédito», págs. 219/221, 2ª ed., 6ª tiragem).

Portanto, ainda diante do preceituado no art. 9º, parágrafo 1º, da Lei nº 5.474, de 1968, cabe ao devedor exigir do credor a quitação com a restituição do próprio título, sem se satisfazer com um recibo em separado, como ocorreu na hipótese em exame. O recibo há de ser passado pelo legítimo portador.

3. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para julgar improcedentes os embargos, subsistente a penhora, carreando ao vencido as despesas processuais e os honorários de 20% sobre o valor atualizado da dívida.

É o voto.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator. A respeito, temos dois precedentes desta Câmara, no mesmo sentido, nos Recursos Especiais nºs 505, de 11 de setembro de 1989, e 596, do dia 10 de outubro, do qual fui Relator, quando o tema também foi longamente exposto com fundamentação e conseqüências análogas às expostas pelo Eminentíssimo Relator.

#### VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, pedi vista porque prendeu-me a atenção a alegação de ofensa a dispositivos da Lei Cambial de 1908.

Os dispositivos apontados como violados na Lei Cambial de 1908 perderam vigência no momento em que o Brasil trouxe para o seu direito positivo, o seu direito interno, a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio. Assim, parece-me que não seria o caso de aceitar-se o recurso sob a alegação de ofensa à lei revogada.

Também foi dado como violado o art. 9º da Lei nº 5.474/64. O voto do Eminentíssimo Ministro Relator não fez a distinção que ora estou a fazer.

Acompanho S. Exa. na conclusão, porque entendo que desatendido ficou o art. 9º da Lei das Duplicatas, eis que, como reza o seu § 1º, a prova

do pagamento é o recibo passado pelo legítimo portador ou por seu representante com poderes especiais. No caso, o emitente não era legítimo portador, ao que consta dos autos, visto que já teria ocorrido o endosso.

Mas, pretendo registrar — e o faço neste momento — uma posição adotada pelo Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro, quando Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, como Relator de uma apelação naquela Corte:

«Recebendo o emitente da duplicata o respectivo valor e abstendo-se de diligenciar sua quitação junto ao endossatário que, em consequência, levou o título a protesto, responderá pelos prejuízos daí advindos para o sacado.» (In *Jurisprudência de Duplicata*, Darcy Arruda Miranda Jr., 2ª ed., p. 68, RT. São Paulo-1988).

Assim, acompanho o eminentíssimo Ministro Relator no que toca à conclusão.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.534 — SC — (Reg. nº 89.12236-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Banco do Estado de Santa Catarina S/A. Recorrido: José Eulí Fernandes de Moura. Advogados: Drs. Lauro Machado Linhares e Silvio Zmijevski e outro.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, conheceu do recurso pela alínea a e deu-lhe provimento. (Em 13-2-90 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Athos Carneiro e Sálvio de Figueiredo votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.681 — PR

(Registro nº 89.12623-7)

Relator Originário: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli

Relator p/ Acórdão: O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho

Recorrentes: *Iracema Zamboni Alonso e Outros*

Recorrido: *Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. Kiyoshi Ishitani, Guinoel Montenegro Cordeiro e Outros*



**EMENTA:** Desapropriação indireta. Conta de liquidação. Juros.

Integrando a conta de liquidação do julgado os juros devidos e expressa esta em moeda de curso legal e o equivalente em Obrigações do Tesouro Nacional, a liquidação do precatório no valor correspondente ao número dessas Obrigações, atualizado está, automaticamente, todos os seus valores, e a obrigação de indenizar plenamente satisfeita.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, 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, 5 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator p/Acórdão.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso especial admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em que figura como recorrente Iracema Zamboni Alonso e outros e recorrido Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná.

O r. despacho de fl. 352 que admitiu o recurso especial é do seguinte teor:

«1. Do v. acórdão unânime de fls. 302/305, que, ao confirmar a sentença de fl. 263 verso, julgou extinto o presente processo de execução, oriundo de desapropriação indireta proposta pelos recorrentes contra o DER — PR, interpuseram Iracema Zamboni Alonso e outros, com apoio nas alíneas a e c do inciso III do artigo 105 da vigente Constituição Federal, o tempestivo recurso especial de fls. 308/315, recebido como extraordinário (fl. 307) e, posteriormente, convertido para especial (fl. 343), no qual, com o intuito de terem reconhecido ser direito a receber juros moratórios incidentes entre a data da conta de fls. 232/233 (março de 1985) e a de seu pagamento ocorrido em março de 1987 (fl. 250), invocaram divergência jurisprudencial e negativa de vigência ao artigo 794 (I) do Código de Processo Civil.

2. O dissídio jurisprudencial invocado com relação ao aresto transcrito à fl. 311, publicado in *DJ* de 26-9-86, pág. 17728 (RE

110.463-5-SP), a meu ver, credencia o recurso a ultrapassar este prévio juízo de admissibilidade. É que, enquanto esse aresto trazido a confronto admite a fluência de juros moratórios entre a data da conta de liquidação e a do depósito, o acórdão recorrido não os admitiu nesse mesmo período, dizendo que «se os juros reclamados estavam embutidos na já referida conta, a obrigação de indenizar ficou plenamente satisfeita com o pagamento da dívida, não havendo outro caminho senão o de julgar extinta a execução». (Fl. 304).

3. Ante o exposto, admito o presente recurso especial.

Publique-se e prossiga-se».

Os recorrentes, em suas razões, alegam ofensa ao art. 794, do CPC, ao argumento de que o devedor não satisfaz a obrigação por inteiro, restando, ainda, o pagamento dos juros moratórios compreendidos entre a elaboração da conta e a data do pagamento, e que os mesmos não foram incluídos na liquidação cumprida.

Alegam, também, dissídio jurisprudencial da decisão recorrida com o RE 108.011-SP, e acórdãos publicados nos *DJs*, de 26-8-86 e 3-10-86, além do RE 110.463-SP.

Os recorridos não contra-razoaram o recurso e o Ministério Público do Estado diz ter sido a decisão liquidada em valores atualizados, «afigurando-se quitadas todas as obrigações concernentes ao processo, sendo correta a decisão que extinguiu a execução.»

É o relatório.

#### VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A decisão recorrida está posta nestes termos à fl. 302:

«Ação ordinária de indenização por desapropriação indireta. Pagamento da conta de liquidação feito em OTN. Atualização visando complementação de juros moratórios e compensatórios. Extinção de execução.

A liquidação da sentença foi homologada em OTN e o pagamento foi feito pelo valor atualizado das Obrigações do Tesouro Nacional.

Assim sendo, extingue-se a execução, nos exatos termos do art. 749, inciso I, do Código de Processo Civil, porque a obrigação de indenizar está plenamente satisfeita. Precedentes do Tribunal de Justiça.

Recurso a que se nega provimento.»

O voto condutor dessa decisão recorrida é o seguinte: (fls. 303/305).

«O recurso dos autores expropriados é de todo em todo improcedente, visto como restou provada a extinção da obrigação de indenizar.

Com efeito, a sentença de liquidação foi convertida em ORTN e assim homologada (fl. 235 verso). Na conta que se vê às fls. 232/233, todos os autores apelantes foram contemplados com juros moratórios a partir de dezembro de 1981 (data da citação) e compensatórios a contar de agosto de 1966 (data da ocupação). Esses juros foram calculados até a data da conta.

Tendo a sentença homologatória transitado em julgado, o pagamento foi requisitado, sendo deferido pela Presidência do Tribunal de Justiça nestes termos: — «Tendo em vista a decisão do Órgão Especial deste Tribunal, consubstanciada no Acórdão nº 553, de 19 de abril de 1985, defiro o precatório requisitório pela quantia de 8.270,46 (oito mil, duzentas e setenta vírgula quarenta e seis) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional do dia do depósito, eis que suficientemente instruído...» (fl. 248).

Quando o pagamento foi colocado à disposição do juízo de procedência da ação, isto no mês de março de 1987, o foi no correspondente a 8.270,46 Obrigações do Tesouro Nacional.

Ora, se os juros reclamados estavam embutidos na já referida conta, a obrigação de indenizar ficou plenamente satisfeita com o pagamento da dívida, não havendo outro caminho senão o de julgar extinta a execução.

Apreciando questão idêntica à dos autos, esta Câmara assim decidiu por unanimidade de votos na Apelação Cível nº 1.464/87, relator o eminente Des. Ronaldo Accioly.

«Os apelantes pretendem a expedição de precatório complementar, sustentando o seu direito aos juros (moratórios e compensatórios) e honorários advocatícios relativos ao período de 10 (dez) meses que medeou entre o cálculo e o pagamento, ou seja, de 28 de abril de 1986 a 26 de fevereiro de 1987.

Sem razão, contudo.

O pagamento ocorreu pelo valor atualizado das Obrigações do Tesouro Nacional (ORTNs).

O saldo total da indenização apurado, na terceira conta de atualização, de abril de 1986 (fl. 1050), no valor de CZ\$ 40.066.410,79, foi convertido em 376.564,01 OTNs e pago em fevereiro de 1987 (fl. 1125).

Logo, o pagamento foi integral e os credores nada mais têm a receber, com o máximo respeito à argumentação de seu ilustre advogado.

Assim sendo, não resta resíduo algum dos pretendidos acessórios, que foram calculados e embutidos no total já recebido (fl. 1050).»

E mais adiante:

«O almejado acréscimo de juros e da verba honorária conduzir-á à eternização da execução e em fonte inesgotável de renda.

Ademais, o pronunciamento judicial hostilizado encontra amparo na Súmula 8 deste Tribunal de Justiça, segundo a qual as indenizações para as desapropriações, equivalentes em ORTN, com o trânsito em julgado, serão convertidas em ORTNs e expedido o precatório, devidamente formalizado, extingue-se a obrigação, de acordo com o art. 794, I, do CPC, com seu efetivo pagamento». Como se vê, a questão acima é em tudo idêntica à dos autos. Ainda mais recentemente, esta mesma Câmara, julgando a Apelação Cível nº 311/88, relator o insigne Desembargador Wilson Reback, assim entendeu:

«Ação de desapropriação. Pagamento da indenização efetuado pelo valor atualizado das Obrigações do Tesouro Nacional. Extinção da execução.

Pretensão dos expropriados à complementação da indenização e juros, relativos ao período entre a conta e o pagamento.

Recurso improvido.

Satisfeita a obrigação indenizatória pelo valor atualizado das Obrigações do Tesouro Nacional, da data do pagamento, em cuja conta estão embutidos os juros, julga-se extinta a obrigação nos termos do art. 794, I, do Código de Processo Civil».

Reclamam os recorrentes os juros moratórios compreendidos entre a elaboração da conta — março/85 — e a data do pagamento — março/87 — e, por isso, a obrigação não foi por inteiro satisfeita, gerando como consequência a ofensa ao art. 794, inciso I, do CPC, que prevê a extinção da execução, quando satisfeita a obrigação.

Me volto aos cálculos iniciais de fl. 232 onde constam os valores correspondentes ao principal, correção monetária, juros compensatórios, juros moratórios e honorários, os cálculos foram homologados — fl. 235vº.

Por outro lado, a decisão de fl. 251 determinou a atualização da conta quanto às *verbas honorárias e retenção do imposto de renda, tão-somente*.

Já à fl. 256, os recorrentes requereram atualização também, dos cálculos dos juros no período compreendido entre a data da conta — março/85 — e a data do pagamento — março/87 — a qual foi procedida às fls. 258/259.

Os novos cálculos não foram homologados, mas julgada extinta a execução, ao fundamento de que a totalidade da obrigação foi paga.

Como se vê, a decisão recorrida mantém os cálculos, o que, no meu sentir, realmente ofende o disposto no art. 794, inciso I, do CPC, que estabelece:

«Art. 794. Extingue-se a execução quando:

I — o devedor satisfaz a obrigação;»

Ora, a teor do preceito, só se pode extinguir a execução se satisfeita a obrigação *no seu todo*, pelo devedor.

A obrigação não pode deixar para trás resquícios para que se dê a plena quitação da obrigação.

Ao ser procedida a atualização das verbas honorárias e a retenção do imposto de renda, igualmente dever-se-ia proceder à atualização dos juros moratórios, pois «a conversão em ORTN faz com que a quantia devida até o momento da conta seja automaticamente corrigida no futuro, quando de seu pagamento. Ou seja, todas as verbas então devidas serão atualizadas. Sucede que entre a data do cálculo e a do pagamento há um hiato, que continua a gerar juros. Os juros e a indenização abrangidos no cálculo e convertidos em ORTN serão, é evidente, quitados quando do pagamento. O mesmo não sucede, entretanto, com juros posteriores ao cálculo, que, obviamente, não puderam nele ser contados, juros esses, no caso, correspondentes a 965 dias (fl. 268). Tais juros, a rigor, quando do depósito da quantia requisitada deveriam ser calculados pelo próprio expropriante e a ela acrescidos. Não os pagando, como pretende, virá o expropriante a locupletar-se ilícitamente às custas dos expropriados. Não se vislumbra, pois, ofensa alguma ao princípio da legalidade da determinação de que sejam contados» — RE 108.011-SP (acórdão às fls. 271/278).

Os recorrentes citam o voto do Ministro Oscar Corrêa nestes termos (fl. 363):

«...a última conta paga pela recorrente, de fl. 327, já foi expedida em cruzeiros — 405.942,88 e ORTNs — 411,55; e o depósito se fez já com base em ORTNs do dia, como se vê da «Guia de Recolhimento» de fl. 337, no valor de 3.409.893,41 — o que equivale precisamente às 411,55 ORTNs da conta, na data do depósito, 29-2-1984, quando a ORTN estava fixada em 828,549. Irrecusável, contudo, que não pagos os juros e os honorários de advogado sobre eles, relativos ao período entre a elaboração da conta e sua quitação. Procedimento que se eternizará, a menos que o pagamento se fizesse na data da homologação da conta. E quanto a isso não há falar em ofensa ao princípio da legalidade, nem à coisa julgada. Por mais esdrúxula que pareça, essa prática se prolongará quase indefinidamente, ainda que, afinal, as quantias possam tornar-se irrisórias, desinteressando-se os litigantes de pleitear-lhes o pagamento. Isso, aliás, já se salientou neste Tribunal quando, no julgamento do

RE 77.375 (Pleno — Rel.: Ministro Xavier de Albuquerque, RTJ 77/820-827), o eminente Relator afirmou que «repetir sucessivamente essas atualizações traduzirá um nunca acabar de levantamentos de correção». Mas, conclui: «Admito que seja assim, mas a culpa não é do expropriado. E não vejo como possa evitar esse nunca acabar de atualizações, apenas porque dá trabalho à Justiça ou é incômodo à Administração. Se o poder expropriante se quiser forrar a essa consequência, tenha a cautela de, logo após o levantamento da conta final, recolher, depositando-o em juízo o valor fixado...». Daí surgir a Súmula nº 561, que, expressamente, admitiu a correção até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez. Tese que, há pouco, se reafirmou no RE 97.575 — Rel.: Ministro Alfredo Buzaid — RTJ 105/426.»

De tudo, entendo ser devida a atualização dos juros moratórios, a exemplo e modo do que se procedeu com as verbas honorárias e a retenção do imposto de renda.

A decisão recorrida ofende o disposto no art. 794, inciso I, do CPC, e há divergência com a jurisprudência do STF.

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

É como voto.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Senhor Presidente, esta conta, no meu modo de entender, não poderia nem ter sido homologada, uma vez que não foi feita em cruzados e, sim, em OTNs, e é a decisão que temos realizada aqui na Turma e no Supremo Tribunal Federal.

Acompanho o voto de V. Excelência.

#### RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Senhor Presidente, com a devida vênia de V. Exa., também quero retificar o meu voto, para acompanhar o Sr. Ministro José de Jesus, por achar que, se os juros estavam embutidos nas OTNs e foram estas atualizadas, nada mais deve o expropriado.

É o meu voto.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, peço vênia a V. Exa. para discordar do seu ponto de vista, porquanto entendo que os juros, estando embutidos na conta de liquidação e sendo esta

expressa também em OTN, quando da sua liquidação, feita a reconversão, evidente que aquela parcela também sofrerá atualização.

Por essa razão, nego provimento ao recurso.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, peço vênha para acompanhar o Eminentíssimo Ministro José de Jesus, pelo seguinte: esse expropriado já teve muita sorte de sua conta ter sido homologada apenas em OTN, porque, assim como o Supremo Tribunal Federal, não admitimos isso. O que se admite é a homologação de conta em cruzados com a correspondente importância em OTN, e no caso se fez em OTN, e, quando do pagamento, fez-se este atualizado. Então, se foi feito o pagamento em OTN, esta vem atualizando o valor, inclusive os juros. Assim, ele recebeu tudo o que tinha direito e ficou quitada a dívida.

Acompanho o Sr. Ministro José de Jesus.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.681 — PR — (Reg. nº 89.12623-7) — Relator Originário: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Relator p/Acórdão: O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Rectes.: Iracema Zamboni Alonso e outros. Recdo.: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná. Advs.: Drs. Kiyoshi Ishitani, Guinoel Montenegro Cordeiro e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Relator, nego provimento ao Recurso. (1ª Turma — em 5-2-90).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.723 — RJ

(Registro nº 89.12778-0)

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

Recorrente: *Cia. Açucareira Usina Cupim*

Recorridos: *Hermozindo Vieira e cônjuge*

Advogados: *Drs. Paulo Roberto Siqueira Mota e outros, Maria Ivone Gomes e outro*

EMENTA: Ação indenizatória por acidente de trabalho fundada no direito comum. Vítima fatal. Tempo de duração da pensão devida aos pais.

Cabíveis os alimentos enquanto perdurar a obrigação do devedor, não é de presumir-se que aos 25 anos deixaria a vítima de prestar auxílio aos pais. Manutenção do limite da pensão na data em que o falecido completaria 65 anos.

Recurso conhecido pelo dissídio pretoriano, mas improvido.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso pela alínea c e 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 março de 1990 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação indenizatória fundada no direito comum em razão de acidente ocorrido durante o trabalho, proposta pelos pais da vítima fatal contra a empregadora. A sentença, reconhecendo a culpa da ré, condenou-a a pagar aos autores: a) importância relativa às despesas de funeral e jazigo; b) indenização correspondente a 20 salários mínimos, a título de dano moral. Recorreram ambas as partes e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria de votos, deu provimento parcial à apelação da demandada, para excluir a verba referente ao dano moral e para reduzir o percentual da honorária; à unanimidade, proveu o apelo dos autores, para condenar a ré ao pagamento da indenização do dano material, fixado em 1/3 do salário mínimo, com o acréscimo do duodécimo representativo do 13º salário, desde o evento até a data em que a vítima completaria 65 anos, observado quanto aos honorários o disposto no art. 20, parágrafo 5º, do CPC. Assim se enunciou a ementa do julgado:

«Ação de indenização com base no direito comum, proposta contra o empregador, em virtude de morte ocorrida durante o trabalho da vítima.

Evidenciado que o fato ocorreu por culpa consciente dos diretores da empresa, que não dotaram o empregado de equipamento de segurança indispensável à realização do trabalho por ele empreendido, confirma-se a sentença que julgou procedente a ação. (fl. 210)



Rejeitados os embargos declaratórios, a ré manifestou recurso extraordinário, com arguição de relevância, alegando violação do art. 1.537, nº II, do Código Civil e dissenso jurisprudencial. Insistiu na assertiva de ilegitimidade de parte dos autores, ante a inexistência de dependência econômica dos mesmos em relação à vítima, discriminando arestos destoantes a respeito. Afinal, insurgiu-se contra o limite temporal da pensão estabelecido na data em que o finado completaria 65 anos de idade, colacionando também aí acórdãos tidos como divergentes.

Convertido o recurso em especial, o despacho de fls. 258/260 houve por bem admiti-lo pela letra c do art. 105, nº III, da vigente Constituição da República. Em suas razões, a recorrente cingiu-se à abordagem do tema atinente à limitação temporal do pensionamento, enquanto que os recorridos sustentaram o descabimento do apelo extremo em face da preclusão.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. A arguição de relevância da questão federal, compreensiva de toda a matéria aventada no apelo excepcional, obstou no caso a ocorrência da preclusão, conforme tem entendido reiteradamente a Suprema Corte. Desassistiu razão, pois, nesse particular aos recorridos.

2. Tocante à alegada ilegitimidade de parte dos autores, questão que envolve a matéria de mérito concernente à independência econômica dos pais da vítima, claro é que a ré pretende, através da via inadequada, rediscutir tema relacionado com o exame de provas, tanto que repetidas vezes alude ao depoimento pessoal do co-autor, Hermozindo Vieira, pai do obreiro falecido. Descabe a censura que lança ao acórdão recorrido, que nesse passo apreciou a situação fática da lide de maneira soberana. Afirmou o julgado, com apoio nos elementos probatórios, que a vítima colaborava para as despesas da casa, chegando a concluir que a falta de uniformidade havida nesse procedimento não ensejava o afastamento do direito à indenização, visto, sobretudo, cuidar-se de família menos favorecida economicamente. Incide aí, portanto, a Súmula 279 do Excelso Pretório, sem que se possa falar em infringência ao art. 1.537, inciso II, do Código Civil, e sem que se possa cogitar, tampouco, da divergência jurisprudencial invocada, diante da peculiar situação de cada espécie retratada pelo respectivo quadro probatório.

3. Todavia, força é reconhecer o conflito pretoriano em relação ao derradeiro tópico enfocado pela recorrente, qual seja, o referente ao limite temporal da pensão deferida aos autores.

Dois dos paradigmas apontados (RTJ 83/642 e RT 565/932) estabeleceram uma outra limitação à pensão alimentícia, ao invés dos 65 anos, tempo de vida provável da vítima. Ambos, considerando que o filho dos demandantes cessaria a sua contribuição ao lar paterno aos 25 anos, quando presumivelmente se casaria, fixaram este teto para o pensionamento.

A discrepância de orientação, nesse aspecto, é manifesta.

Não é essa, porém, a melhor solução e a que se coaduna com os ditames da lei.

Já o art. 912 do Código de Processo Civil de 1939 aludia à «duração provável de vida da vítima». O vigente estatuto processual não modificou substancialmente tal critério, embora tenha adotado uma outra dicção, vale dizer «enquanto durar a obrigação do devedor» (art. 602, § 1º, nº II). Quer dizer, pelo sistema do Código atual, não está coibido o critério da lei processual anterior, pois a pensão alimentícia se dilata enquanto perdurar a obrigação do devedor.

É o que leciona Alcides de Mendonça Lima, lembrado em precedente do Supremo Tribunal Federal, precisamente em hipótese na qual se admitiu a extensão do pensionamento até a idade de 65 anos da vítima (RTJ 123/1065). Ressaltou o ilustre processualista, *in verbis*:

«Os incisos I e II deste parágrafo limitam o tempo em que o capital ficará respondendo pelo cumprimento da obrigação: a) enquanto a vítima existir, não precisando morrer apenas por causa da lesão sofrida, mas, também, por qualquer outro evento, natural ou acidental; é a responsabilidade normal do devedor; b) enquanto a prestação alimentar for devida por lei aos dependentes da vítima, se esta vier a falecer como decorrência do ato ilícito. Tudo resultará, assim, da situação particular da vítima, se dela dependem ou não as pessoas mencionadas nos arts. 397 e 398 do Código Civil: cônjuge, ascendentes, descendentes e irmãos (esses, germanos ou, até, unilaterais). Enquanto uma delas existir, em condições legais de receber o que lhe competia a vítima dar, a obrigação do devedor persistirá cumpridos os arts. 399 e 400 do Código Civil». (Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, VI, Tomo II, págs. 565/566, 1ª ed.).

O que sobreleva, portanto, é a situação especial da vítima: se dela dependem ou não as pessoas mencionadas nos arts. 397 e 398 do Código Civil. No caso, entendeu-se que o falecido operário devia alimentos aos pais. É o quanto basta para reputar-se como devida a pensão sem o limite pretendido (fixação aos 25 anos da vítima), uma vez que não é dado presumir-se que ela deixaria de auxiliar nessa ocasião seus progenitores. Assim se decidiu no aresto acima mencionado, oriundo da Corte Suprema, relator Ministro Nêri da Silveira (RTJ 123/1.065).

Esta orientação tem prevalecido na jurisprudência, mesmo porque, como salientado pela decisão de 1º grau, a pensão devida aos autores não resulta da menoridade da vítima, mas, sim, da circunstância de que prestava alimentos a seus pais. Confirmam-se os julgados insertos na Rev. dos Tribunais 614/69; Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo 87/123 e 66/110; Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, ed. Lex, 83/113 e 1101/119.

4. Ante o exposto, conheço do recurso pela alínea c do permissivo constitucional, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Tinha anotado algumas observações a respeito do recurso, mas vou me escusar de explicitá-las, porque grande parte delas já foi expressamente manifestada no minudente voto do Eminentíssimo Relator. Inclusive trouxe à colação aquele recentíssimo aresto da Egrégia Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 100.125, RTJ nº 123/1065, e que, de certa forma, passou a servir como um «leading case» na matéria.

Este tema da limitação temporal da obrigação de alimentar, de ajudar ou ressarcir até a idade em que a vítima completaria 25 anos, liga-se, a meu sentir, evidentemente, à Súmula nº 491 do Supremo Tribunal Federal, pela qual: «É indenizável o acidente que causa morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.»

Ora, o Supremo Tribunal Federal, em repetidos arestos, alguns inclusive formadores desta súmula, outros posteriores, admitiu indenização pela morte de crianças da mais tenra idade, sob o fundamento de que haveria aí a possibilidade de um «dano potencial», pela perda de uma expectativa de futura ajuda daquele filho quando completasse 12 anos e até os 25 anos, idade em que, possivelmente, contrairia matrimônio e iria constituir lar próprio. Mas o Professor Mário Moacir Porto, num trabalho sobre Tema de Responsabilidade Civil — é eminente Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça da Paraíba, e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte —, estudando a matéria, declarou que, na verdade, aqui se cuida de pura e simples obra de «futurologia jurídica», já que, em realidade, ninguém pode prever se essa criança iria realmente trabalhar e ajudar os pais, ou até que ponto iria fazê-lo, ou se, como às vezes acontece, não constituiria motivo de despesa para a família. O Eminentíssimo Ministro Moreira Alves sustenta que, em verdade, a color de se indenizar danos patrimoniais, em verdade se está a ressarcir o dano *moral*, tanto que o Supremo Tribunal Federal sempre refere que essas prestações não poderiam ser cumuladas com indenização pelo dano moral. Nesses termos, para a exegese desta súmula, então se compreenderá o limite dos 25 anos. Mas, como iremos aplicar o limite dos 25 anos, no caso em que a vítima, por exemplo, tem idade superior a essa e, comprovadamente, esteja ajudando no lar paterno? A previsão, em tais casos, muito mais plausivelmente nos da Súmula nº 491, não será no sentido de que esta ajuda se poderia protair no tempo? De qualquer maneira, não podemos olvidar, o que me parece fundamental, que no fundo se cuida, principalmente, senão exclusivamente, da indenização do dano moral.

E aqui, desde logo, me declaro partidário, inclusive da indenização do dano moral puro. Não posso conceber é que o amassamento da porta de

um automóvel seja indenizado, e que a imensa dor causada pelo falecimento de um ente querido não encontre nenhuma forma adequada de ressarcimento.

É claro que o problema surgido é o de encontrar um parâmetro pecuniário para compensar a dor moral; mas maior injustiça será deixar essa dor moral sem nenhuma forma de compensação, ainda que compensação tão imperfeita como aquela realizada em dinheiro.

Com essas considerações, acompanho o voto do Eminentíssimo Ministro Relator.

### VOTO VENCIDO (EM PARTE)

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, vou pedir vênias ao Ministro Relator e aos Srs. Ministros Vogais para votar em sentido contrário, conhecendo e dando provimento parcial ao recurso, sem embargo da erudição e das bem-lançadas considerações dos votos proferidos.

Já me manifestei algumas vezes a respeito, quando atuava no Judiciário de Minas Gerais, não comungando, em caso de morte de filho, do entendimento de fixar-se o período indenizatório, tomando por base a provável idade da vítima em 65 anos, porque me veria em dificuldade quando se tratasse de morte em tenra idade, em poucos meses de idade, o que levaria a uma indenização de longa duração.

A jurisprudência, no seu papel de encontrar justiça para os casos concretos, evoluiu no sentido de se encontrar um denominador comum, inicialmente fixando esse marco na maioria correspondente a 21 anos, para posteriormente chegar à fixação nos 25 anos, que seria a idade provável do casamento.

No caso presente, ao que se vê, segundo informa o em. Ministro Relator, a vítima contaria com 20 (vinte) anos.

A idade de 25 (vinte e cinco) anos, como presumível para o casamento, dentro do quadro atual brasileiro, é baixa. Prefiro fixá-la em 32 (trinta e dois) anos, considerando a peculiaridade de que o casamento hoje se realiza com o homem em idade já um pouco mais avançada do que a de 25 (vinte e cinco) anos.

Ademais, aduzo que não me satisfaz o critério da idade em 65 (sessenta e cinco) anos, mesmo nos demais casos, bastando invocar a hipótese de morte da vítima após essa idade. Daí preferir as tabelas existentes na praxe securitária, a exemplo da atribuída a Sá Pereira, coligida por Alexandre Cardoso Gusmão, in «A indenização nos acidentes pessoais», pág. 85.

Renovando a vênias, conheço do recurso e o provejo, parcialmente, dispensando-me de outros acréscimos por estar votando vencido.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.723 — RJ — (Reg. nº 89.0012778-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Cia./Açucareira Usina Cupim. Recorrido: Hermozindo Vieira e cônjuge. Advogados: Drs. Paulo Roberto Siqueira Mota e outros e Maria Ivone Gomes e outro.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso pela alínea c e negou-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, que lhe dava parcial provimento. (Em 6-3-90 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Athos Carneiro e Fontes de Alencar votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



## RECURSO ESPECIAL Nº 1.799 — RJ

(Registro nº 89.0013042-0)

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

Recorrente: *Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Luiz de Souza Gouvea*

Advogados: *Drs. Pedro Paulo Cristofaro, Jorge Rodrigues Velloso e outros*

**EMENTA:** Magistrado. Sigilo. O processo disciplinar corre em segredo de Justiça. Terceiros não podem tomar conhecimento da fundamentação, provas e circunstâncias. Diferente, porém, quando se trata do interessado. O sigilo não o alcança. Direito público subjetivo ao conhecimento e respectivas certidões, constantes do processo administrativo ou de outros assentamentos.

## 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, e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, como de lei.

Brasília, 7 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O acórdão recorrido afirmou que «o Estado do Rio de Janeiro é parte legítima ad causam para responder aos termos de ação ordinária proposta por magistrado posto em disponibilidade pelo Colendo Órgão Especial, para obter certidão de peças relativas ao julgamento». Assim, a ação deveria ser julgada no Juízo monocrático. No mérito, aduziu que o direito, reconhecido pelo Órgão Especial de obter certidão, não deve ser restringido, abrangendo todos os documentos.

Neste recurso especial, convertido ipso jure, o Estado do Rio de Janeiro afirma ofensa aos artigos 27, §§ 6º e 7º, e 45 da LOMAN, quanto a ser secreta a sessão de julgamento de processo disciplinar, por isso que se publica somente a decisão. Ademais, aduz divergência com julgados do STF, citados às fls. 177/181.

Admitido o recurso (fls. 199/203).

Contra-razões às fls. 205/209.

O parecer do MP local (fls. 212/220) é pelo conhecimento e não provimento do recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): A divergência das partes é restrita à extensão do sigilo relativo aos fundamentos que amparam decisão administrativa que colocou magistrado em disponibilidade.

No julgamento da apelação, o eminente Desembargador Waldemar Zveiter, hoje ilustre Ministro desta Casa (fl. 110), assim concluiu o voto vencedor:

«Tais os fundamentos pelos quais se nega provimento à apelação do Estado, provendo-se a do autor para condenar-se o Réu a fornecer ao Autor as certidões referidas na inicial, desde que seu conteúdo esteja registrado nos autos do processo disciplinar ...».

Nos Embargos Infringentes, o v. acórdão, relatado pelo douto Desembargador Humberto de Mendonça Manes (fl. 151) ampliou o direito do Autor, deixando expreso:

«Os papéis, documentos e registros podem não estar dentro dos autos do procedimento disciplinar, mas, se existirem, ainda que fora deles, nada impede que se forneça a certidão.»

O sigilo é resguardado na Constituição da República, coerente com a moderna preocupação de preservar a intimidade. Cumpre, no entanto, ressaltar o direito de conhecimento do fato, desde que afete direito de alguém ou seja protagonista do mesmo.

No caso dos autos, trata-se de postulação de magistrado posto em disponibilidade pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, especificamente, através do órgão especial.

É lógico, evidencia-se direito do juiz ao conhecimento da fundamentação, provas e circunstâncias que levaram ao despacho do inquérito administrativo. Ele precisa conhecê-los para exercício do direito a fim de desconstituir a situação jurídica em que se encontra, ou, pelo menos, para mera ciência da motivação da sanção disciplinar.

Tais fundamentações, provas e circunstâncias, normalmente, constam do processo administrativo. Eventualmente, de outros dados ou assentamentos registrados pelo Tribunal. Nem por isso, entretanto, perdem relevo, uma vez ponderadas no julgamento. A decisão deve ser teleológica, ou seja, compreensiva de tudo quanto, de uma forma ou outra, foi relevante para a conclusão.

O Recorrido, à fl. 3, relacionou exaustivamente, os fatos que deseja certificados:

- «1. os nomes dos Exmos. Senhores Desembargadores presentes à sessão de 12-8-85 do E. Órgão Especial, que julgou o citado procedimento;
2. o quorum da votação que decidiu o procedimento;
3. os fundamentos da decisão, com esclarecimento das acusações efetivamente havidas como procedentes;
4. a existência ou inexistência de debates entre os Exmos. Senhores Desembargadores durante o julgamento, sobre a matéria decidida;
5. se algum dos membros do Órgão Especial se ausentou do plenário, no momento da votação.»

Caso o Tribunal os disponha, não se justifica, sonegá-los do magistrado.

O Recorrido deduz, por isso, direito público subjetivo. Além disso, líquido e certo, como, apesar da impropriedade técnica, consta da lei do mandado de segurança.

De outro lado, insista-se, pelas razões aduzidas, o sigilo não tem espaço pretendido pelo Recorrente.

Não conheço do recurso especial.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.799 -- RJ — (Reg. nº 89.0013042-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Luiz de Souza Gouvea. Advogados: Drs. Pedro Paulo Cristofaro, Jorge Rodrigues Velloso e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (2ª Turma — em 7-2-90).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso, Miguel Ferrante, Américo Luz e Ilmar Galvão. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

— ● —

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.941 — SP**  
(Registro nº 90.0000263-0)

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

Recorrentes: *José Ortilbas e cônjuge*

Recorrida: *Petrobrás Distribuidora S.A.*

Advogados: *Drs. Manuel Ferreira da Costa Moreira e Suely N. N. Gouveia e outros*

**EMENTA: Execução. Carta de fiança.**

A carta de fiança, por si, não constitui título executivo. Indispensável que a obrigação principal esteja consubstanciada em título com aquela qualidade.

**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 e dar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 13 de março de 1990 (data do julgamento).

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

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: José Ortilbas e sua mulher ajuizaram embargos à execução que lhes é movida por Petrobrás Distribuidora S/A, na qualidade de fiadores de Fathorquímica — Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda. Alegaram que a obrigação não se revestia de liquidez e certeza. Depositaram, entretanto, a importância relativa ao principal.

O MM. Juiz considerou que tinham razão os embargantes, já que a carta de fiança estava acompanhada apenas de faturas e comprovantes de



entrega das mercadorias, mas não de duplicata aceita ou, ainda que não aceita, devidamente protestada. Entretanto, como os embargantes se dispuseram a pagar parte do débito, os embargos foram julgados procedentes apenas em parte.

Apelou a embargada e o recurso foi provido, julgados improcedentes os embargos.

Apresentaram recurso especial os embargantes. Deram como violados os artigos 1.485, do Código Civil, e 614, I, e 618, I, do Código de Processo Civil. Apontaram, ainda, acórdãos que divergiam do aresto que intentam reformar. Convolado o recurso em especial, foi como tal admitido e processado.

É o relatório.

## VOTO

**EMENTA:** Execução. Carta de fiança.

A carta de fiança, por si, não constitui título executivo. Indispensável que a obrigação principal esteja consubstanciada em título com aquela qualidade.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A alegada divergência não está suficientemente caracterizada. O acórdão recorrido acentuou peculiaridade, que o distingue dos demais, consistente no depósito do principal.

Examino a alegada violação aos mencionados dispositivos legais.

Destaco expressivo trecho do acórdão:

«A apelante não dispõe de título executivo a lhe permitir execução contra a adquirente de mercadorias por ela fornecidas. Como as duplicatas mercantis não foram devolvidas, não providenciou o protesto delas por indicações. Com isso, faltar-lhe-ia o preenchimento dos requisitos previstos no art. 15, inc. II e § 2º, da Lei das Duplicatas».

Vê-se que foi expressamente reconhecido que não dispunha a embargada de título executivo contra o adquirente das mercadorias. Não obstante, entendeu-se que a execução poderia fazer-se, em relação aos embargantes, porque os exeqüentes apresentaram carta de fiança, por aqueles subscrita, que ademais reconheceram implicitamente a entrega das mercadorias ao depositar o principal.

A carta de fiança, por si, não constitui título executivo. Admite-se, entretanto, que contra o afiançado possa ser movimentada execução se, devidamente formalizada aquela, a obrigação principal estiver representada por título com tal qualidade. O credor não terá, contra o fiador, ação que não lhe era possível movimentar contra o devedor principal. Neste sentido, aliás, o julgado do Supremo Tribunal proferido no RE 92.655 (RTJ 98/426)

e citado no despacho em que admitido o recurso. Observo que, no julgamento do RE 100.570 (Rev. dos Tribs. 615/209), aparentemente foi consagrado entendimento diverso. A leitura de seu texto integral, entretanto, mostra que, naquela hipótese, a obrigação afiançada estava consubstanciada em duplicatas aceitas.

No caso em exame, pois, não havia título executivo, como resulta do afirmado pelo próprio acórdão recorrido.

Argumentou-se com a circunstância de que os embargantes teriam reconhecido, ainda que implicitamente, o recebimento das mercadorias pela afiançada. Isto não altera a questão. A prova da entrega daquelas não basta para justificar a execução, como claríssimo na Lei de Duplicatas. Indispensável venha a duplicata, regularmente protestada.

Considero, pois, que efetivamente foram violados os artigos 614, I, e 618, I, do Código de Processo Civil, razão pela qual conheço do recurso, pela letra a, e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp. n.º 1.921 — SP — (Reg. n.º 90.0000263-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Rectes.: José Ortlibas e cônjuge. Recda.: Petrobrás Distribuidora S/A. Advs.: Drs. Manuel Ferreira da Costa Moreira e Suely N. N. Gouveia e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. José de Magalhães Barroso, pela Petrobrás Distribuidora S.A. (Recorrida).

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (3.ª Turma — 13-3-90).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. GUEIROS LEITE.