

RECURSO ESPECIAL Nº 1.123-0 — RS

(Registro nº 89.0010984-7)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Recorrente: *Importadora Americana S.A. Comercial e Técnica*

Recorrido: *Neifer Pereira Ferreira*

Advogados: *Drs. Carlos Alberto do Amaral e outros, e Paulo Roberto Sangoi e outro*

EMENTA: Ação Revisional de Aluguel. Lei nº 6.649/79, art. 49, § 5º. 1. Havendo acordo entre as partes, somente após o decurso de cinco anos é permitido ao locador ajuizar ação revisional, sendo irrelevante se ocorreu, ou não, a elevação do valor locativo ao chamado “preço de mercado”. 2. É de inferir, face ao disposto no art. 554 do CPC, que o julgamento de agravo de instrumento independe de pauta, salvo disposição regimental em contrário. 3. Recurso conhecido pela letra c, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas em lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de

Alencar e Sálvio de Figueiredo. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Athos Carneiro, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, e Barros Monteiro.

Brasília, 21 de setembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Neifer Pereira Ferreira, locatário, argüiu a carência da ação revisional de aluguel, porquanto não havia decorrido o prazo de cinco anos entre o acordo celebrado e o pedido.

A decisão de inferior instância, proferido em despacho saneador, repleliu a preliminar, mas a E. Segunda Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul proveu o agravo de instrumento interposto pelo réu e extinguiu o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, c/c o art. 49 do CPC, e § 4º do art. 49 da Lei nº 6.649/79, estando o acórdão assim ementado (fls. 83):

“LOCAÇÃO — REVISÃO DE ALUGUEL: se o reajuste do aluguel é anual e, antes de decorrido o anuênio, há majoração do aluguel, — fora, portanto, do tempo normal do reajuste —, e se esse aumento é superior ao legalmente fixado para os reajustes locatícios —, tal majoração constitui revisão ou atualização de aluguel, impeditiva de, no quinquênio subsequente, haver pedido judicial de revisão.

REVISÃO AMIGÁVEL E PREÇO DE MERCADO: não é essencial, à revisão amigável, que seja pactuado o preço de mercado, face à liberdade de fixação de aluguel, contida no § 3º do art. 49 da Lei nº 6.649/79. Esse “preço de mercado” é obrigatório tão-somente nas revisões judiciais, consoante o § 4º do citado art. 49.”

Inconformada, Importadora Americana S.A. Comercial e Técnica manifestou recurso especial, à base das alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando contrariedade aos arts. 234, 236 e 552, § 1º, do CPC, e divergência jurisprudencial.

Admitido o recurso pela letra *c*, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Sustenta a recorrente que houve ofensa aos dispositivos invocados da Lei Processual Civil (arts. 234, 236 e 552, § 1º), à consideração de que o feito foi julgado sem ter sido incluído em pauta publicada na imprensa oficial com a antecedência mínima de 48 horas.

Reza o art. 554 do CPC que, na sessão de julgamento, depois de feito o relatório, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, o presidente dará a palavra ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo de quinze minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.

Em decorrência dessa regra jurídica há o entendimento, que me parece correto, consoante o qual o julgamento de agravo de instrumento independe de pauta, salvo quando o regimento do tribunal assim determinar. Orienta-se neste sentido o STF, cujo regimento interno, na redação da Emenda nº 2/85, dispensa

pauta no julgamento de agravo regimental ou de instrumento (art. 83, § 1º, III). Assim decidiu o STF no RE nº 75.357, do Paraná, ressaltando as hipóteses em que leis especiais prescrevem o contrário (RTJ vol. 97/1.101).

No atinente à letra c, o paradigma colacionado está realmente às testilhas com o acórdão recorrido, visto como entende que “os reajustamentos concedidos ou acordados no curso do quinquênio não são obstáculo à admissão do pleito revisional”. Esse julgado, porém, sobre afrontar diretamente a norma do art. 49, § 5º, da Lei nº 6.649/79, desto do entendimento firmado nesta E. 4ª Turma (REsp nº 5.122-SP, Rel. Min. BARROS MONTEIRO; REsp nº 5.998-RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO; REsp nº 9.455-SP, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, entre outros).

Isto posto, conheço do recurso pela letra c, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.123-0 — RS — (89.0010984-7) — Relator: Exmo. Sr. Min. Torreão Braz. Recte.: Importadora Americana S.A. Coml. e Técnica. Advogados: Carlos Alberto do Amaral e outros. Recdo.: Neifer Pereira Ferreira. Advogados: Paulo Roberto Sangoi e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 21.09.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Athos Carneiro, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 2.928-0 — RS

(Registro nº 90.0004010-8)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Recorrente: *Banco do Brasil S.A.*

Recorridos: *COUROMAX — Couros e Acabamentos Ltda. — em Concordata Preventiva, Clairton Jorge Perini, Comissário da Concordata Preventiva de COUROMAX — Couros e Acabamentos Ltda.*

Advogados: *Drs. Paulo Ernesto Scheunemann Cidade e outros, e Anirildo Sprenger da Cunha, e Hêlvio Ornelio Kotz*

EMENTA: Comercial. Concordata. Restituição de adiantamento de contrato de câmbio. Correção monetária. 1. É devida a correção monetária na restituição, em concordata, de créditos adiantados em contrato de câmbio, não sendo admissível submeter a parcela corrigida ao regime que disciplina o crédito quirografário. 2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, 25 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: No E. Tribunal *a quo*, o recurso especial foi admitido mediante o seguinte despacho (fls. 149/151):

“Banco do Brasil S.A. propôs, na concordata preventiva de COUROMAX — COUROS E ACABAMENTO LTDA. ação de restituição de adiantamentos concedidos sobre contratos de câmbio de exportação.

O magistrado julgou procedente a ação, excluindo a incidência de juros e correção monetária do valor a ser restituído (sentença de fls. 51/56).

O recurso interposto pelo demandante foi acolhido parcialmente pe-

la Egrégia Quarta Câmara Cível, que determinou “a devolução da importância adiantada, em seu valor originário, bem como o direito de habilitar, como crédito quirografário, a importância derivada da correção do valor”, assim também a contagem de juros legais (acórdão de fls. 102/104).

Foram interpostos embargos declaratórios pelo Banco do Brasil S.A. (fls. 107/108) os quais foram unanimemente rejeitados (acórdão de 113/115).

Inconformado, o postulante interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas *a* e *d*, do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, alegando ofensa ao § 3º do art. 75 da Lei nº 4.728/65 e divergência jurisprudencial.

Decorreu *in albis* o prazo para impugnação (certidão de fl. 145).

O Dr. Procurador-Geral de Justiça emitiu parecer pelo não seguimento da inconformidade (fls. 147/148).

Primeiramente, cumpre esclarecer que o recorrente interpôs o recurso erroneamente pela alínea *d* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal — dissídio jurisprudencial — sendo a alínea *c* a correta:

Pela alínea *a*:

O recurso merece seguimento.

O fato de a decisão impugnada ter entendido que a correção monetária dos adiantamentos à conta dos contratos de câmbio constitui crédito quirografário, incidindo a restituição apenas sobre os valores no-

minais desses adiantamentos — dando margem ao entendimento de que a restituição possa não ser integral — torna razoável a alegação de violação ao art. 75, § 3º, da Lei nº 4.728/65.

Pela alínea *c*:

As decisões trazidas pelo postulante publicadas no Diário da Justiça, por se tratarem apenas de ementas, não servem para cotejo. Da mesma forma, a AC 586017246 — por se tratar de julgado do mesmo Tribunal — a teor da letra *c* do inciso III do art. 105 da Magna Carta.

Quanto ao RE 111.740-PR, o mesmo não diverge do acórdão recorrido, pois apenas entende cabível a correção monetária, sem entretanto consignar que tal correção não possa configurar um crédito quirografário.

Pelo exposto, admito o recurso especial, com base na letra *a* do inciso III do art. 105 da Magna Carta”.

Processado o recurso, subiram os autos a esta Corte, onde o Ministério Público opinou pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Com o advento da concordata preventiva da empresa COUROMAX — Couros e Acabamentos Ltda., o Banco do Brasil S.A. intentou ação de restituição de adiantamentos por contratos de câmbio de exportação.

A decisão monocrática julgou procedente a ação, mas excluiu a incidência de juros e correção monetária do valor a ser restituído. O acórdão recorrido proveu em parte a apelação da instituição financeira, assim:

“Nestes termos, reconhece-se o direito do apelante de receber, desde logo, a devolução da importância adiantada, em seu valor originário, bem como o direito de habilitar, como crédito quirografário, a importância derivada da correção monetária.”

Embora não conste do despacho que admitiu o recurso, o recorrente argüiu também ofensa à Lei nº 6.899, de 81. De outra parte, tenho como demonstrada a divergência pretoriana, pois os julgados do STF colacionados, versando matéria idêntica, sustentam tese oposta à do acórdão impugnado.

De resto, o pedido de restituição tem assento no art. 75, § 3º, da Lei nº 4.728, de 14.07.65, e a jurisprudência predominante, tanto do STJ quanto do STF, é no sentido de que “em falência ou em concordata, é cabível a correção monetária com base na Lei nº 6.899/81, inclusive quando se trata de restituição de mercadoria pelo equivalente em dinheiro, ou restituição de quantia adiantada em decorrência de contrato de câmbio”. Aliás, sobre a matéria, o entendimento do STJ já está sumulado (Súmula nº 36).

Quanto a considerar crédito quirografário a parcela decorrente de atualização, o *decisum* recorrido briga com a diretriz seguida por esta

Corte, consoante a qual “a restituição, a que alude o art. 75, § 3º, da Lei de Mercado de Capitais, é do valor do adiantamento devidamente corrigido, não cabendo submeter a parcela da correção a regime jurídico diverso, como simples crédito quirografário” (REsp nº 5.926-RS, Relator Ministro Athos Carneiro; REsp nº 2.936-RS, Relator Ministro Dias Trindade).

Do quanto foi exposto, conheço do recurso por ambos os fundamentos e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.928-0 — RS — (90.0004010-8) — Relator: Exmo. Sr. Min. Torreão Braz. Recte.: Banco do Brasil S.A. Advogados: Paulo Ernesto Scheunemann Cidade e outros. Recdo.: COUROMAX — Couros e Acabamentos Ltda. em concordata preventiva. Advogado: Anerildo Sprenger da Cunha. Recdo.: Clairton Jorge Perini, Comissário da Concordata Preventiva de COUROMAX — Couros e Acabamentos Ltda. Advogado: Hêlvio Ornelio Kotz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 25.10.93 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 5.793-0 — SP
(Registro nº 90.0010891-8)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *José Caxias David*

Advogados: *Drs. Vanderlei José Tezoto Sacconi e outro, e Sinibaldo de Oliveira Cheis*

EMENTA: Administrativo. Militar da Polícia Estadual. Reintegração. Reexame de provas (Súmula 7-STJ). Prescrição. Emenda Constitucional 26/85. ADCT, art. 8º. 1. O Recurso Especial é avesso ao reexame das provas motivadoras do julgado objeto da manifestação recursal (Súmula 7-STJ). 2. A prescrição, instituto de direito material, com apropriados prazos e conseqüências, no caso, começou a fluir a partir da criação do direito vindicado (Emenda 26/85), fonte da ação ajuizada. O art. 8º, ADCT, com efeitos imediatos, robusteceu o direito subjetivo à ação, inclusive, restaurando o próprio “fundo do direito”. Inexistente desídia, ou a inércia ou o abandono, de parte do titular do direito questionado, improsperável a intercorrência da prescrição. 3. Recurso improvido (art. 105, III, *a e c*, CF).

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Rocha, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília, 07 de junho de 1993
(data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: A Fazenda do Estado de São Paulo, fundada no art. 119, inciso III, alíneas *a e d*, da Constituição Federal de 1967, interpôs recurso extraordinário com argüição de relevância, convertido em Especial, contra o v. acórdão da E. Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justi-

ça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à Apelação Cível, para acolher o pedido, do ora Recorrido, de reintegração nas fileiras da Polícia Militar, sob o amparo da Emenda Constitucional nº 26/85.

Sob o argumento de que o v. aresto hostilizado, ao desacolher arguição de prescrição do direito de ação, sob o juízo de que o direito surgiu com a promulgação da EC 26/85, negou vigência ao art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Teria ainda o *decisum* divergido de julgados da Suprema Corte (fls. 194/200).

Contra-razões foram apresentadas às fls. 241/246.

A ilustrada Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso, assim se manifestando:

“Parece inteiramente procedente o inconformismo da Recorrente, mesmo dentro dos estreitos limites dessa via especial.

Com efeito, não tendo o Recorrido sido punido com arrimo na legislação excepcional, ainda que verdadeira sua alegação de ter sido coagido a pedir sua exoneração, nada impedia que recorresse ao Poder Judiciário para desconstituir aquela situação injurídica.

Naquilo que pode eventualmente interessar a esta causa, a importância da lei de anistia estava em permitir o exame pelo Judiciário das reclamações contra atos praticados com base na legislação excepcional, os quais, dentro do modelo institu-

cional então vigente, estavam ao abrigo da crítica ou do controle judicial.

Ora, não estando o ato de exoneração do Recorrido imune ao controle crítico da Justiça, desde logo poderia ter sido atacado pelo ex-policia militar, mormente quando tão insignificante seria seu indigitado envolvimento com as tais atividades denominadas de subversivas que a própria autoridade policial responsável pelas investigações reconhecia inexistir provas de sua participação em atos de terrorismo.

Inocentado pela Justiça Militar, nada impedia o exercício dos regulares meios de defesa de seus direitos, inclusive porque servidor civil da própria Polícia Militar.

Há, por outro lado, um equívoco histórico, ao que parece, no acórdão atacado, uma vez que a anistia fora concedida em 1979, pela Lei nº 6.683, como poderia o recorrido ver da própria ação por ele noticiado às fls. 80/90 permitindo aos mais intimados pela “repressão” que reclamassem das “pseudopunições” sem qualquer temor de igualmente “pseudo-represálias”, o que limitaria o prazo de exercício da pretensão, na melhor das hipóteses, ao mês de agosto de 1984” (fls. 264/265).

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Gravita o litígio em torno da reintegração do Re-

corrido nas fileiras da Polícia Militar do Estado de São Paulo, com fundamento no que dispôs a Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.85, instrumento de anistia dos servidores públicos punidos pela Administração Pública. Improcedente o pedido, na apelação provida, o desafiado v. acórdão, resumindo, estabeleceu:

omissis

“O autor está, pois, incluído entre estes, uma vez que a sua demissão foi voluntária só na aparência, como ficou demonstrado no curso da instrução. Na verdade, ela lhe foi imposta e importou, na realidade, em uma pena; em uma “pena branca” não expressa nos regulamentos militares da corporação a que pertencia o demandante, mas utilidade fática para se eliminar da Polícia Militar um elemento tido, à época, como indesejável.

Pondere-se, outrossim, que as leis que concedem anistia são de entendimento amplo, porque são promulgadas visando ao bem comum do País e o interesse geral da Nação, não podendo, assim, sofrer a interpretação estreita e limitada que lhe deu a sentença de primeiro grau.

A ação proposta pelo autor é, pois, procedente. Mas procedente em parte, uma vez que o pedido consubstanciado na inicial não pode ser acolhido como foi formulado.

Deve ele ser reintegrado nas fileiras da Polícia Militar com direito aos vencimentos atrasados na forma do disposto na Emenda Constitucional referida, mas as promoções e demais benefícios com base em le-

gislação que tenha vindo a favorecê-lo, só podem ser concedidos se a Administração vier a concedê-los, depois de examinar o preenchimento das condições e requisitos estabelecidos em lei.

Só a Administração, na ocasião oportuna, é que poderá dizer se os aludidos requisitos estão ou não satisfeitos, para proceder-se à promoção pleiteada.

O mesmo se diga quanto à reforma; só depois de efetuada a reintegração do demandante é que se poderá aferir da exigência de condições para a sua permanência no serviço ativo da corporação militar, ou da necessidade ou conveniência da sua reforma.

Saliente-se, por fim, que a circunstância de a reintegração tornar sem efeito a exoneração do autor, não implica em infringência à prescrição regulada no Decreto nº 20.910/32 como alude a douta decisão recorrida. O direito pleiteado pelo demandante surgiu e nasceu com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, e entre a data aludida e a do ajuizamento da presente demanda não se decorreram os cinco anos a que alude o referido decreto federal” (fls. 191 e 192).

A irrisignação da Fazenda Estadual, inicialmente, consubstanciou-se na via de Recurso Extraordinário, exclusivamente articulando a Arguição de Relevância (art. 119, III, *a e d*, CF/69), *ipso jure*, convertida em Recurso Especial (fls. 211 a 285).

Sem tangenciamentos, apruma-se que a r. sentença e o v. acórdão, na

motivação do convencimento e disposição do acerto judicial, estão custodiados, por inafastável evidência, pelo cotejo das **provas** coligidas, a dizer o julgado:

omissis

“**A prova dos autos**, todavia, é idônea e exuberante **em demonstrar** que o autor foi coagido e sofreu pressões contínuas e reiteradas para se demitir, sob pena de vir a sofrer torturas e sevícias. **A prova dos autos demonstra**, ademais, que o autor permaneceu preso durante muito tempo e essas pressões se estenderam à sua própria família.

A exoneração a pedido formulada pelo autor, **como demonstra a prova dos autos**, decorreu de manifesta coação e do temor que lhe foi imposto pelos acontecimentos em que se envolveu, cuja repressão era severa e implacável ...” (fl. 190 — grifei).

Com os olhos do ver, querendo, não escapa a irremovível conclusão de que, na via de Recurso Especial, nessa perspectiva (das provas), forte o óbice cristalizado na Súmula 7 — STJ, é inviável cuidar-se do reexame.

Ficando, assim, distanciada a possibilidade de reexame vincado nas provas, voltada a atenção somente aos limites objetivos do recurso, resta apenas a suscitada **ofensa à lei federal** (art. 1º, Decreto nº 20.910/32) e, ainda, no particular da prescrição intercorrente, a acenada divergência jurisprudencial.

A propósito, penso assim, com acerto acudiu o v. acórdão:

“Saliente-se, por fim, que a circunstância de a reintegração tornar sem efeito a exoneração do autor, não implica em infringência à prescrição regulada no Decreto nº 20.910/32 como alude a douta decisão recorrida. O direito pleiteado pelo demandante surgiu e nasceu com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, e entre a data aludida e a do ajuizamento da presente demanda não se decorreram os cinco anos a que alude o referido decreto federal” (fl. 192).

Com efeito, não ocorre a prescrição quando a inércia não pode ser atribuída à falta da parte. Deveras, no caso, como imputar-se ao autor, ora Recorrido, acomodação na iniciativa de acionar, se, até então, não estava em vigor a Emenda 26/85, fonte do direito vindicado? Daí segue-se que, alinhada a prescrição como instituto de direito material, certo que, surgido o direito, da averiguação, resultando indemonstrados o abandono ou a desídia, ou a falta de iniciativa, concludente que, a tempo e modo, agiu o interessado como titular do direito da ação ajuizada.

Por óbvio, não há como se compreender que a questão cativa à reintegração só poderia ser levantada após a previsão legal, base da pretensão deduzida.

Mas, não bastassem essas razões, estatuído o art. 8º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

com imediatas conseqüências, fortaleceu-se o direito subjetivo à ação, de modo que, sua relevância firmou-se constitucionalmente, inclusive restaurando o “fundo de direito” questionado (situação jurídica fundamental).

A tratar, pois, do direito de ação em curso, quer na projeção da Emenda 26/85, seja à luz do art. 8º, ADCT, de ser realçado que a análise da prescrição reclama consideração frente a direito novo que, a rigor, compete à autoridade administrativa desencadear os procedimentos conseqüentes para a aplicação da “lei de anistia”, por isso, desca- bendo imputar-se ao beneficiário a omissão ou desinteresse. É por essas razões que, a título de Mandado de Segurança, é inadmitida a decadência (p. ex.: MS 785-DF — 1ª Seção — STJ — julgado em 1º/12/92).

Por essa linha de pensar, vislumbrando o irremovível entrave ao reexame das provas que orientaram o julgado, não atraindo a fundamentação do recurso (prescrição), quer

no âmbito da pretendida violação ou no pertinente à divergência jurisprudencial, o aplauso da concordância, em comunhão com todo o exposto, voto pelo improvimento do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.793-0 — SP — (93.0010891-8) — Relator: Exmo. Sr. Min. Milton Luiz Pereira. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Vanderlei José Tezoto Sacconi e outro. Recdo.: José Caxias David. Advogado: Sinibaldo de Oliveira Cheis.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 07.06.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Cesar Rocha, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 8.716-0 — RS
(Registro nº 91.0003673-0)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Telmo Ayub Borges*

Recorrida: *Jane Terezinha Valim Borges*

Advogados: *Drs. Paulo Horn e outros, e Pompeu Castello Costa*

EMENTA: Civil. Separação de corpos. Efeitos patrimoniais. Lei nº 6.515, art. 8º. 1. A retroação dos efeitos da sentença que extingue a sociedade conjugal alcança a data da decisão concessiva da separação de corpos, desfazendo-se aí os deveres conjugais, o regime matrimonial e comunicação de bens. 2. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 27 de setembro de 1993
(data de julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Cuidam os autos de Recurso Especial interposto por TELMO AYUB BORGES a acórdão que assim encontra-se ementado:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL. SEPARAÇÃO DE CORPOS. ALIMENTOS.

Os efeitos da sentença de separação retroagem à data da decisão que decretou a separação cautelar.

Incomunicabilidade dos bens herdados pela mulher depois da separação de corpos.

Pensão alimentícia mantida.”

O recorrente apontou como malferidos os artigos 230, 262 e 267 do Código Civil Brasileiro, tendo o Tribunal *a quo* inadmitido o recurso.

Esta relatoria, via de provimento do Agravo 603-RS, determinou a subida dos autos do Recurso Especial, para melhor apreciação.

Com vista, o Ministério Público Federal opinou pelo improvemento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): O Ministério Público Estadual ao analisar a *quaestio*, assim manifestou-se:

“Inicialmente, cumpre gizar que as razões oferecidas a fls. 167/172 o foram a destempo. Com efeito. A publicação para a oferta das mesmas ocorreu em 19.12.90 (quarta-feira), fl. 164, sendo que aquelas foram apresentadas apenas em data de 08.01.90, portanto, quando já exaurido o decênio legal (prazo previsto antes da Lei nº 8.038/90). Entretanto, por ocasião do Recurso Especial anterior e que restou inadmitido, já apresentadas as respectivas razões, sendo as atuais, praticamente, reprodução daquelas tempestivamente oferecidas.

Assim, tendo o recorrente, antes, alinhado, desde logo as suas razões, embora não obrigado a fazê-lo, o que só ocorreu com a Lei nº 8.038/90 (art. 26, inc. III), irrelevante a circunstância agora ocorrida.

Inobstante o entendimento sufragado no acórdão trazido a lume (Recurso Extraordinário nº 95.258-6), a hipótese que melhor soluciona o caso *sub examine* é encontrável em decisão emanada do próprio STF (fls. 113 e ss).

Senão vejamos. Efetivamente, o artigo 267 do Código Civil arrola os casos de dissolução da comunhão de bens entre os cônjuges. Ali incluindo-se a morte de um deles, sentença anulatória do casamento, separação judicial e o divórcio. Pois bem.

Diante da dicção daquele dispositivo, urge, logo, a seguinte indagação: As hipóteses previstas naquele artigo exaurem os casos de dissolução? Em outras palavras, a enumeração é *numerus clausus* ou, ao revés, admite a inserção de outras hipóteses?

A resposta, com efeito, é de que a enumeração não é taxativa. Isto porque, com o advento da Lei do Divórcio, indisputavelmente, criou-se outra causa de dissolução da comunhão de bens. E isso se deduz, naturalmente, da redação do art. 8º da Lei nº 6.515/77, *ad litteram*:

“A sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos, à data de seu trânsito em julgado, ou à decisão que tiver concedido separação cautelar.”

Ora, diante dos termos do artigo prefalado, *in fine*, indiscutível que se criou outra hipótese de dissolução da comunhão de bens, qual seja da decisão que tiver concedido separação cautelar.

Sobremais, o dispositivo supra-mencionado, ao não distinguir efeitos patrimoniais e pessoais, por óbvio, abrangeu a todos. Vale, aqui, o brocardo: “Onde a lei não distingue não é lícito ao intérprete fazê-lo.”

Nesse passo, a exegese deve ser feita de modo a se compatibilizar e harmonizar os dispositivos legais (art. 8º da Lei do Divórcio e art. 267 do CC). Aliás, nesse sentido, a boa hermenêutica, salvante quando pela natureza ou conteúdo das normas

focadas, esse equilíbrio não pode ser buscado ou alcançado, o que não é o caso telado" (fls. 175/176).

Tais razões foram, em sua totalidade, encampadas pelo parecer do Ministério Público Federal, encontrável às fls. 180/188.

Da mesma forma o Supremo Tribunal Federal se posiciona sobre a matéria como se observa através do seguinte julgado:

"Estabelecendo o art. 8º da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio) a retroação dos efeitos da sentença que extingue a sociedade conjugal à data da decisão que concedeu a separação de corpos, nessa data se desfazem tanto os deveres de ordem pessoal dos cônjuges como o regime matrimonial de bens. Desde então não se comunicam os bens e direitos adquiridos por qualquer dos cônjuges" (RTJ 121/756).

Assim exposto, não conheço do recurso visto não se encontrar demonstrado o dissídio alegado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.716-0 — RS — (91.0003673-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cláudio Santos. Recte.: Têlmo Ayub Borges. Advogados: Paulo Andrade Horn e outros. Recda.: Jane Terezinha Valim Borges. Advogado: Pompeu Castello Costa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 27.09.93 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 9.094-0 — SP
(Registro nº 91.0004641-8)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Ricardo José Amaral Galvez*

Recorrido: *Irineu Galvez*

Advogados: *Drs. José Carlos Peres de Souza e outros, e João Paulo dos Reis Galvez e outros*

EMENTA: Embargos Infringentes parciais. Interposição de Recurso Especial. Momento. Tratando-se de recurso para impugnar a parte não unânime do julgado proferido em apelação ou em ação rescisória, o momento para a sua interposição será após o julgamento dos embargos. Caso o interponha concomitantemente com os próprios embargos, fá-lo-á o recorrente fora de tempo ou de ocasião. Hipótese de inadmissibilidade do especial assim interposto, donde a turma do recurso não conheceu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Brasília, 11 de outubro de 1993
(data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação rescisória, em cujo julgamento prevaleceram os fundamentos do voto do Desembargador Renan Lotufo, em síntese:

“Com fundamento nos incisos VII e IX do art. 485 do Código de Processo Civil, o autor pretende ver reconhecido erro na apreciação de fatos, bem como com apoio em documentos novos, que seja afastada a decadência decretada (art. 178, § 4º, I, do Código Civil) quanto à ação negatória de paternidade.

O erro consistiria no reconhecimento da decadência, posto que separado já o casal, o engravidamento da mulher ensejou a sepa-

ração, eis que estéril o marido. Mais, o registro foi feito pela mãe em domicílio diverso e muito tempo após o nascimento, sem que a mãe houvesse agido corretamente, ou seja, declarando o verdadeiro pai, ou omitindo este, assumisse o nome de separada, isto é, de solteira. Assim, o prazo para a propositura da ação só podia ser o do conhecimento do fato.

Quanto aos documentos novos são exames clínicos comprobatórios da esterilidade e certidão de nascimento do menor cuja paternidade é negada.

A contestação argüiu a decadência da ação rescisória e no mais é pela improcedência.

Encerrada a instrução vieram as alegações finais.

A douta Procuradoria (fls. 134/6) manifestou-se pela rejeição da preliminar de decadência da ação e no mérito pela improcedência.

Data venia a preliminar não co-lhe.”

.....
“Logo, o termo inicial é o do conhecimento, posto que insuscetível de presunção a imputação da paternidade, quando especificada a filiação adotiva única na separação.

Por assim se entender é que se admite a procedência. Em consequência, fica afastada a decadência para que se proceda ao julgamento de mérito, reabrindo-se a instância em Primeira.

Lembre-se que nem a invocação de proteção ao menor altera a conclusão, posto que não admissível a discriminação por ordem constitucional, e jamais tendo existido vínculo afetivo, só se entrevêem meras pretensões patrimoniais, que só podem resultar do sangue.”

A preliminar de decadência da ação rescisória foi rejeitada, por unanimidade de votos. Quanto ao mérito, ficou vencido o Desembargador Walter Moraes, em resumo:

“Ora, admitida como errônea a solução do acórdão rescindendo, o erro, todavia, terá sido de aplicação de dispositivo legal (§ 3º em vez do § 4º, I) e, mais ainda, de interpretação do que significará a expressão ‘conhecimento de fato’: puro erro de direito, portanto; e não de fato. O ‘tomar fato errado como termo inicial’ (como diz o douto voto vencedor do eminente Des. Renan Lotufo), não é erro de fato, quando tal fato é um dos pontos de referência escolhidos pela lei para computar prazo e o intérprete, sem se enganar a seu respeito, usa outro ponto de partida legal para contar o mesmo prazo. O equívoco seria, exatamente, de compreensão, avaliação e aplicação da lei — erro sempre de direito; nunca de fato, *data venia*.

Por isso meu voto é pela inviabilidade da rescisória à qual falta causa prevista em lei e, pois, pela carência da ação.”

2. Num mesmo dia, o réu interpôs recurso especial e embargos infringentes: quanto ao especial, louvou-se na alínea *a* do permissivo

constitucional, dando por ofendidos os arts. 178, § 4º, inciso I, e 338, do Cód. Civil; quanto aos infringentes, louvou-se no voto vencido.

3. Os embargos infringentes foram rejeitados. Após, o Sr. 3º Vice-Presidente do Tribunal admitiu o recurso especial, mas não fundamentou o seu despacho. Subiram os autos. Pedi a audiência da Subprocuradoria-Geral da República, que opinou pelo não provimento do recurso, em parecer do Dr. Gilmar Ferreira Mendes, *verbis*:

“Sustenta o recorrente, fundamentalmente, que a decurso do Tribunal afrontou o disposto nos artigos 178, § 4º, I, e 338, do Código Civil.

Contra a parte não unânime da decisão foram opostos embargos infringentes, também rejeitados por maioria (fls. 209-211).

De imediato, impede assinalar que a parte (inicialmente) recorrível do acórdão, isto é, aquela que mereceu decisão unânime, do 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal, refere-se, tão-somente, à questão da decadência ou não direito de pedir rescisão, tendo em vista o disposto no art. 219, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Não obstante, o recurso especial foi manifestado sob a alegação de ofensa aos arts. 178, § 4º, I, e 338, do Código Civil, contra decisão não unânime, e que, por isso, foi objeto de embargos infringentes.

Dessarte, parece que o recurso especial, relativo à parte não-unâ-

nime do acórdão, somente poderia ser interposto após o julgamento dos embargos infringentes, uma vez que, antes disso, não haveria decisão definitiva suscetível de impugnação excepcional.

Assim, entende o Ministério Público Federal que o recurso não deve ser admitido (cf. sobre o assunto Súmulas 354 e 355 do STF).

Não obstante, se superada essa preliminar, o apelo não há de ser conhecido.

Não deve ser acolhida alegação de ofensa ao disposto no art. 178, § 4º, do Código Civil.

A controvérsia versa fundamentalmente sobre a inteligência do art. 178, §§ 3º e 4º, do Código Civil.

Os elementos fáticos da espécie parecem bem ordenados na seguinte passagem do voto do eminente Desembargador Renan Lotufo, *verbis*: ...”

.....
“Controverte-se, porém, sobre o termo *a quo* do prazo decadencial, isto é, se haveria de se computar a partir do nascimento ou, se, ao revés, haveria de se tomar como termo inicial a data do conhecimento do fato relativo ao registro.

Contemplando a problemática assim se expressou Pontes de Miranda:

No direito anterior, a ação de impugnação da legitimidade pelo marido era imprescritível. O art. 178, § 3º, fê-la sujeita ao prazo de dois meses, contados da presença do

marido, porque se tem como fato conhecido por ele o registro do nascimento. Se esse registro ainda não foi feito, não corre o prazo, porque nascimento, no art. 178, § 3º, é o fato conforme o registro, salvo se o marido o conheceu antes, o que tem de ser provado pela mulher. O marido que não vive no mesmo teto, nem tem relações sexuais com a mulher, como se estão separados os cônjuges, pode ignorar o nascimento, pôs que presente. Os elementos do suporte fático do fato jurídico são a presença, o fato do nascimento e a afirmação da legitimidade, que possa ser impugnada. Não poderia ignorar o fato o marido ausente a quem a mulher, registrando o nascimento do filho, comunicou o nascimento, com recepção pelo marido. Aí o elemento da ausência é substituído. Mas o marido presente, a que foi ocultado o fato, não registrado, ou que nenhuma culpa teve em ignorá-lo, ainda pode impugnar (art. 178, § 4º) (Tratado de Direito Privado, tomo VI, p. 335).

Esse entendimento parece de todo adequado à espécie, pois exigir o contrário significaria nulificar a possibilidade de impugnação da paternidade.

Não colhe, ademais, *in casu*, o argumento relativo a uma eventual negligência por parte do ora recorrido, uma vez que todos os elementos circunstanciais que marcaram a própria separação judicial legitimavam o entendimento por ele adotado, isto é, que o ex-cônjuge não obraria de maneira fraudulenta.

Assim, é de se entender de todo adequada e razoável a interpretação conferida pela Egrégia Corte *a quo* às disposições legais tidas como violadas.

Nessas condições, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Fundou-se o recurso especial na alegação de ofensa aos arts. 178, § 4º, inciso I, e 338, do Cód. Civil. Ao interpô-lo, logo após o julgamento da ação, disse o recorrente, neste inicial trecho da sua petição: “Julgando referida ação rescisória, sob o inaceitável entendimento de que o prazo decadencial principia a partir do registro, houve por bem o E. Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo decretar a procedência do feito por votação unânime, antes rejeitando a preliminar de decadência por maioria de votos, o que ensejou, nesta parte, também, a interposição concomitante dos embargos infringentes do julgado”.

Enganou-se o recorrente. Confirmando a parte inicial do acórdão: “Acorram, em Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, por votação unânime, em rejeitar a preliminar de decadência e, por maioria de votos, em julgar procedente a ação”. No meu relatório, utilizei tre-

chos do voto do Desembargador Renan Lotufo. Veja-se também este trecho da declaração de voto vencedor do Desembargador Silva Ferreira: “A preliminar de decadência da rescisória foi rejeitada por votação unânime do Colendo Grupo. A divergência se manifestou quanto à decadência do direito de impugnar a paternidade,...”. Daí, dois pontos: a procedência da ação foi por maioria de votos, quando ficou vencido o Desembargador Walter Moraes, de cujo voto recolhi tópico para o relatório; a rejeição da preliminar é que foi por unanimidade, preliminar concernente ao prazo para a propositura da rescisória.

Correto, pois, o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, ao sustentar, de início, que o recurso não tem cabimento. Com efeito, a impugnação tendo por base os aludidos textos do Cód. Civil havia de ser endereçada ao acórdão que rejeitou os embargos infringentes, pois exatamente em relação à matéria desses textos é que o acórdão não foi unânime. Unânime ele foi no atinente à decadência da ação rescisória, em preliminar repelida. Mas, em relação ao acórdão dos embargos infringentes, rejeitados, não foi interposto o especial. Aquele recurso contra o acórdão do julgamento da ação não pode ser aproveitado para atacar o acórdão dos embargos infringentes, porque interposto em tempo não oportuno. Ementei dessa forma o REsp 6.822, nesse trecho da ementa: “Recurso especial. Embargos infringentes parciais. O re-

curso especial, quanto à parte não unânime do julgado, há de ser interposto do acórdão dos embargos infringentes, e não, num todo, do acórdão da apelação...” (DJ de 5.8.91).

De acordo com o parecer, não conheço do recurso, preliminarmente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp Nº 9.094-0 — SP — (91.0004641-8) — Relator: Exmo. Sr. Min. Nilson Naves. Recte.: Ricardo José Amaral Galvez. Advogados: José Carlos Peres de Souza e outros. Recdo.: Irineu Galvez. Advogados: João Paulo dos Reis Galvez e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Relator não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite (em 27.09.93 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Ajuizada ação negatória de paternidade, foi julgada extinta em virtude da decadência. A ação rescisória ataca essa decisão. Nela, argüiu-se preliminar de decadência do direito de pedir rescisão que foi rejeitada unanimemente. A ação foi julgada procedente por maioria. O réu apresentou embargos infringentes e recurso especial. Este último

só poderia versar a questão relativa à decadência quanto à rescisória. Disso, entretanto, não cuida, dirigindo toda sua argumentação a atacar o acórdão na parte, não unânime, em que julgou procedente a ação. Não pode o recurso, obviamente, ser conhecido. Nada aduziu quanto à decadência da rescisória e, quanto à procedência da ação, não era cabível o especial, posto pendentes embargos infringentes. Do acórdão nos embargos infringentes não houve recurso.

Acompanho o eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.094-0 — SP —
(91.0004641-8) — Relator: Exmo.

Sr. Min. Nilson Naves. Recte.: Ricardo José Amaral Galvez. Advogados: José Carlos Peres de Souza e outros. Recdo.: Irineu Galvez. Advogados: João Paulo dos Reis Galvez e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 11.10.93 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

RECURSO ESPECIAL Nº 9.292-0 — SP

(Registro nº 91.0005183-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Rocha*

Recorrente: *Edith Terra e outros*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Antônio Roberto Sandoval Filho, e Lilian Rodrigues Gonçalves e outro*

EMENTA: Administrativo. Funcionários aposentados do Estado de São Paulo. Decreto nº 20.910/32. Prescrição. Parcelas mensais. LC nº 255/81. 1. Duas condições têm que estar presentes para que tenha fluência o prazo prescricional: a) existência de um direito atual, ainda que abstrato, atribuído ao seu titular; b) uma violação a esse direito, a que a ação tem por fim remover. 2. É preciso que o direito já tenha sido adquirido, como também que o seu titular já tenha inequívoco conhecimento da sua violação, para que se possa cogitar da ocorrência da prescrição ou do início da fluência do prazo prescricional. 3. Somente a partir do momento em que o titular tem ciência de que a sua pretensão foi expressamente indeferida pela Administração é que se pode falar em iniciada a contagem do prazo para a prescrição do fundo do direito. 4. Prescrição não caracterizada. 5. Precedentes. 6. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 04 de agosto de 1993
(data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro CESAR ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Os recorrentes — funcionários públicos estaduais, aposentados — ingressaram com uma ação ordinária contra a recorrida para compeli-la, tendo em con-

ta o disposto na LC nº 255/81, a calcular corretamente os adicionais por tempo de serviço, sobre a sexta-parte, bem assim cumulativamente estes mesmos adicionais, enquadramento e adicionais.

A decisão de primeiro grau julgou extinto o processo com relação aos autores sobre os quais operava a litispêndência, que são aqueles mencionados nas informações de fls. 207. Com referência aos demais, a ação foi julgada improcedente.

Ao apreciar a apelação, o Tribunal *a quo* confirmou a sentença monocrática — por unanimidade, na parte em que entendeu ter havido litispêndência, que atingiu os autores já referidos; por maioria, entendeu ter ocorrido a prescrição do próprio fundo de direito, na forma prevista pelo art. 1º, Decreto nº 20.910/32.

Da parte que houve decisão indiscrepante, não houve nenhuma ir-resignação, tendo sido sobre ela operada a preclusão.

Da outra, os recorrentes lançaram embargos infringentes que foram improvidos, por maioria.

Contra esse último *decisum* é que foi agitado, com base na alínea c do autorizativo constitucional, o recurso especial de que se cuida, em que traz a confronto várias decisões desta colenda Corte.

Após tempestivamente respondido, o recurso teve seu seguimento autorizado pelo juízo primeiro de admissibilidade, merecendo parecer

favorável da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): O dissídio está bem caracterizado, por isso que conheço do recurso.

A questão de que se cuida — prescrição do próprio fundo de direito ou, apenas, das parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que precede à citação da ação — tem sido, com monótona freqüência, posta em apreciação nesta eg. Corte, já sendo pacificado o entendimento acolhendo a tese empolgada pelos recorrentes.

O eminente Ministro Rodrigues Alckmin, ao julgar o RE 80.913, trouxe com a sua costumeira maestria, os seguintes ensinamentos que são bastante elucidativos para o deslinde da controvérsia:

“Assim, se a lei outorga determinada vantagem pecuniária a uma classe funcional, quem se encontre em tal classe terá direito à vantagem pecuniária. Se a Administração não efetua o pagamento devido, prescrevem as parcelas (Decreto nº 20.910, art. 3º). A pretensão deduzida, aí, é a de perceber a vantagem — não, a de ser considerado integrante de determinada classe ou categoria funcional.

Mas se a lei concede reestruturação, ou reenquadramento, e a Admi-

nistração não dá nova situação funcional ao servidor (situação cujos ganhos seriam melhores), a pretensão a ser deduzida é a de obter esse reenquadramento. Essa pretensão prescreve.

O termo inicial da prescrição corresponde ao de actio nata. Se a Administração deve praticar, de ofício, ato de reenquadramento, e o pratica, excluindo o interessado, desse ato nasce a ofensa a direito e à conseqüente pretensão a obter judicialmente a satisfação. Se a Administração, que deve agir de ofício, se omite e não há prazo para que pratique o ato, pelo que a omissão não corresponde à recusa, ainda não corre a prescrição” (RTJ 84/194).

Na hipótese, não há nenhuma referência no r. acórdão hostilizado de que caberia à Administração agir de ofício para processar as vantagens pretendidas pelos recorridos, nem teria sido a ela consignado prazo para efetuar tal processamento. Disso importa que tais vantagens só poderiam ser percebidas pelos servidores por provocação destes.

Os recorrentes é que teriam de pleitear junto à Administração o benefício pretendido na presente lide.

Ora, é da inércia, do não exercício da ação a partir do instante seguinte à violação ou do momento em que o titular teve ciência dessa violação, que se conta o termo inicial do prazo para a prescrição, observa, com muita propriedade, Aldyr Dias Viana *in* “Da Prescrição no Direito Civil Brasileiro”, 1^a ed., Forense, Rio, 1983, p. 51).

É que duas condições têm que estar presentes, para que seja considerada nascida a ação: a) um direito atual, ainda que abstrato, atribuído ao seu titular; b) uma violação desse direito, a que a ação tem por fim remover. Vale dizer: é preciso que o direito já tenha sido adquirido, como também que já tenha sido violado, pois que é da violação do direito que nasce a ação.

E a prescrição começa a fluir desde a data do nascimento da ação, quando ocorreu a violação do direito.

No caso de que se cogita, não foi da só vigência da lei criando o direito pleiteado pelos recorridos que começou a fluir a prescrição, pois essa circunstância (a vigência da lei) importa apenas no primeiro dos elementos necessários para ter início a prescrição, qual seja, o direito às vantagens.

O outro elemento indispensável — a violação ao direito — só teria fluência a partir do momento em que a Administração indeferisse mencionado pleito, o que não foi evidenciado no recurso.

Nesse passo, observo que saber se a lei complementar acima colacionada trouxe insita em si dispositivo que importe no benefício automático dos recorridos, que lhe teria sido negado; como também se a Administração deveria ter praticado, de ofício, ato de concessão de tal benefício, e não o fez; seria interpretar lei local, que refoge aos limites técnicos do recurso especial.

Por isso é que fico limitado a apreciar se o aresto questionado feriu, ou não, o art. 1º do Decreto Federal nº 20.910/32, *in verbis*:

“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.”

Entendo, por todas as razões expostas, que o *decisum* atacado afrontou o contido na disposição retroaludida, pois que a prescrição quinquenal só teria se operado, no caso, cinco anos após o dia em que a Administração explicitamente tivesse recusado o pleito que tivesse sido formulado, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Assim, e por isso mesmo, conhecimento do recurso para lhe dar provimento, determinando ao eg. Tri-

bunal *a quo* que prossiga no julgamento, superada a existência da prescrição.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.292-0 — SP — (91.0005183-7) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cesar Rocha. Rectes.: Edith Terra e outros. Advogado: Antônio Roberto Sandoval Filho. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Lilian Rodrigues Gonçalves e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (em 04.08.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 9.570-0 — RJ

(Registro nº 91.0005960-9)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Viação Madureira Candelária Ltda.*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Sérgio Sahione Fadel e outros, e Letácio Jansen e outro*

EMENTA: Saúde. Defesa e proteção. Competência para legislar.
1. O Estado do Rio de Janeiro ao editar o Decreto-lei nº 134/75 e seu regulamento, Decreto nº 1.632/75, usou sua competência concorrente para legislar sobre a prevenção e controle da poluição.
2. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Rocha.

Brasília, 30 de novembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: *Viação Madureira Candelária Ltda.* (fls. 101/105), apoiada na Constituição Federal, artigo 105,

III, *a, b e c*, interpõe recurso especial, aduzindo que a Lei nº 6.938, de 31.08.81, dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente e em seu artigo 7º cria o Conselho Nacional de Meio Ambiente — CONAMA e estabelece sua competência no artigo 8º.

Interroga se o ente estadual pode, frente ao art. 8º, VI, da Lei Federal nº 6.938/81, estabelecer normativamente padrões de poluição ambiental decorrente de emissão de fumaça por veículos automotores.

No v. Acórdão recorrido respondeu-se positivamente, negando vigência à norma supramencionada.

No julgamento de Representação por Inconstitucionalidade nº 1.257-SE, o Plenário do STF, em 04.12.86 — RTJ — 118/39, também a Rep. 1.153-4-RS, DJ de 23.10.85 pág. 1.946, marcando a divergência.

Pede provimento para se julgar procedente os embargos.

O Estado do Rio de Janeiro ofereceu contra-razões às fls. 114/117.

O r. despacho de fls. 127/129 admitiu em parte o Recurso Especial pelas alíneas *a* e *b* do item III do art. 105 da Constituição Federal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 138/142, opinando pelo não conhecimento e eventualmente pelo desprovimento, trazendo à colação os REsp 3.487, DJ 19.11.90, pág. 13.246, e REsp 6.685, DJ de 23.09.91, pág.13.065, e REsp 8.579, DJ de 18.11.91.

Cuida-se de embargos onde se lança impugnação aos critérios “de avaliação da fumaça negra eventualmente produzida pelos veículos.”

Decisão monocrática às fls. 42/47 julgou improcedente os embargos.

V. Acórdão de fls. 80/81 e 83/84 rejeitou a arguição de inconstitucionalidade e negou provimento à apelação.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): O recurso especial (fls. 101/105) foi interposto com base nas letras *a*, *b* e *c*.

A divergência, além de não comprovada nos termos exigidos pelo artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, e artigo 255, parágrafo único, de nosso Regimento, não se caracterizou. O acórdão apontado como paradigma, da Excelsa Corte, na Representação

nº 1.257-SE (docs. de fls. 79/82), tem pressupostos fáticos diferentes do aresto recorrido e trata de competência constitucional da União para legislar “sobre normas gerais de defesa e proteção à saúde (artigo 8º, inciso XVII, alínea *c*, da Constituição Federal anterior), e, supletivamente, dos Estados (parágrafo único) (fls. 81).

Como se vê, o recurso não poderia ser conhecido pela letra *c*, mas é caso de conhecimento pelas letras *a* e *b*, porque existe alegação de contrariedade à Lei Federal nº 6.938, de 31/08/81, artigo 8º, inciso VI, e existe ato do Governo local (Deliberação CECA nº 618/85), contestado em face da citada lei federal. Por isso conheço do recurso pelas letras *a* e *b*.

No mérito é caso de negar-se provimento ao recurso.

O artigo 8º, item XVII, letra *c*, da CF, ao estabelecer que compete à União legislar sobre normas de defesa e proteção da saúde, deixou claro no parágrafo único que esta competência não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre a mesma matéria. A Constituição Federal vigente (artigo 23, inciso VI) atribui competência tanto à União como aos Estados, Distrito Federal e Municípios para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”, competindo a todos eles legislar, concomitantemente, sobre “proteção do meio ambiente e controle da poluição” (artigo 24, inciso VI). A Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de

1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente ao incluir na competência do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, “estabelece, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações ...” (artigo 8º, inciso VI), não eliminou a competência concorrente dos Estados para legislar sobre a mesma matéria. Ao editar o Decreto-Lei nº 134, de 16 de junho de 1975, o seu Decreto Regulamentar nº 1.632, de 21/12/75 e as Deliberações da Comissão Estadual de Controle Ambiental-CECA, o Estado do Rio de Janeiro nada mais fez do que usar a sua competência concorrente para legislar sobre a prevenção e controle da poluição do meio ambiente. A própria Lei Federal citada (6.938/81) deixa claro que as diretrizes da política nacional do meio ambiente “serão formuladas em normas e planos, destinados a orientar a ação dos Governos da União, dos Estados ... (artigo 5º), e que os órgãos e entidades destes, responsáveis pela proteção ambiental constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISMANA (artigo 6º, *caput*), integrado também pelos “órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas e projetos e de controle e fiscalização das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental” (artigo 6º, inciso IV), podendo os Estados, na esfera de sua competência e dentro de sua jurisdição, elaborarem “normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente,

observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA” (artigo 6º, § 1º).

Ora, em momento algum a recorrente comprovou que os níveis toleráveis de fumaça, estabelecidos pela Comissão Estadual de Controle Ambiental, estão em desacordo com aqueles estabelecidos pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente. Aliás, não consta destes autos nenhuma prova de que este Conselho Nacional tenha sequer estabelecido estes padrões de níveis de fumaça para os ônibus do Rio de Janeiro. Se o objetivo da citada Lei Federal nº 6.938/81 foi o de orientar a ação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e conferiu aos órgãos e entidades destes a atribuição de editarem normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, dentro de sua jurisdição, o Estado do Rio de Janeiro, ao editar as citadas normas estaduais para controlarem e medir a poluição do ar e fixar os níveis toleráveis de fumaça expelida pelos ônibus, agiu, rigorosamente, dentro de sua esfera de competência concorrente e supletiva a ele conferida pela Constituição Federal então vigente e pela própria Lei Federal citada, Lei nº 6.938/81, competência esta, hoje, muito mais acentuada nas vigentes Constituições Federal e Estadual (artigo 273, parágrafo único). Este dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu parágrafo único, deixa claro que “O Estado e os Municípios manterão permanente fiscalização e controle sobre os veí-

culos, que só poderão trafegar com equipamentos antipoluentes, que eliminem ou diminuam ao máximo o impacto nocivo da gaseificação de seus combustíveis”. É sempre assim, todos, em tese, concordam com o legislador constitucional quando determina que:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (artigo 225, *caput*).

Mas, poucos reconhecem que o estão poluindo e são capazes de tomarem qualquer providência para defendê-lo e preservá-lo. O dono de uma fábrica e o proprietário de uma frota de ônibus são capazes de ficarem deslumbrados e extasiados diante do ar puro de uma montanha e das águas límpidas e claras de um regato deslizando mansamente dentro de uma mata virgem e, depois, sem a menor cerimônia, sem qualquer problema de consciência e sem o mais leve remorso, despejam toneladas de fumaças e resíduos industriais no ar e nas águas. É claro que a recorrente deseja continuar a jogar na atmosfera da bela cidade do Rio de Janeiro, livremente sem qualquer controle, toda a fumaça possível, de todos os seus ônibus, pouco importando que ela possa até cobrir a bela visão do Cristo Redentor ou do Pão de Açúcar.

Esta Egrégia Corte, em dois precedentes absolutamente iguais ao

que estamos examinando, nos Recursos Especiais nºs 8.579 e 9.014, ambos do Rio de Janeiro, DJ de 18/11/91, através de sua Egrégia Segunda Seção, firmou o entendimento de que não existe negativa de vigência ao artigo 8º, inciso VI, da Lei Federal nº 6.938/81, quando o Estado edita normas regulando os índices toleráveis de produção de fumaça por veículos automotores, e ao assim agir usou apenas a sua competência concorrente para legislar sobre proteção ao meio ambiente.

As suas ementas são as seguintes:

“ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE. TRÁFEGO DE ÔNIBUS. PRODUÇÃO DE FUMAÇA ACIMA DOS NÍVEIS TOLERÁVEIS. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

— Inexistência da alegada negativa de vigência ao artigo 8º, inciso VI, da Lei nº 6.938/81, porquanto referido diploma legal, que fixa as diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente, não exclui a edição pelos Estados ou Municípios de normas e padrões que objetivem a regular situação regional, ou local, específica.

— Dissídio não demonstrado” (REsp nº 8.579-RJ).

“ADMINISTRATIVO. POLUIÇÃO AMBIENTAL. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. DISCIPLINA.

Competência legislativa suplementar dos Estados, prevista no ar-

tigo 8º, parágrafo único, combinado com a alínea c, parte final, da Emenda Constitucional nº 01/69, cabendo à União expedir, tão-somente, normas gerais sobre a matéria.

Limites constitucionais não transpostos pela legislação estadual.

Recurso não conhecido" (REsp nº 9.014-RJ).

Conheço do recurso pelas letras a e b e nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.570-0 — RJ — (91.0005960-9) — Relator: Exmo.

Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Viação Madureira Candelária Ltda. Advs.: Sérgio Sahione Fadel e outros. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advogados: Letácio Jansen e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 30.11.92. — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.353-0 — PE

(Registro nº 91.0010430-2)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrentes: *Adair Albuquerque de Araújo e outros*

Advogados: *Adonias dos Santos Costa e outros*

Recorrida: *União Federal*

EMENTA: Administrativo. Servidor público falecido. Pensão especial. Cumulabilidade com a pensão previdenciária. Leis nºs 6.782/80 e 1.711/52, artigo 242 (Estatuto). Súmula nº 63, do extinto Tribunal Federal de Recursos. 1. A pensão especial deve ser paga sem dedução da pensão previdenciária, já que a legislação pertinente não prevê, implícita ou explicitamente, a vedação de tal acúmulo. 2. Precedentes deste Tribunal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a se-

guir, por unanimidade, em conhecer do recurso e em lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e José de Jesus. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Peçanha Martins.

Brasília, 03 de novembro de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: ADAIR ALBUQUERQUE DE ARAÚJO E OUTRAS ingressaram com mandado de segurança contra ato do Delegado do Ministério da Fazenda em Pernambuco, objetivando ter assegurado o direito de perceberem pensão especial da Fazenda Nacional, dizendo-se todas esposas-viúvas de servidores públicos federais (Ministério dos Transportes), falecidos ao tempo em que prestaram serviços na condição de cedidos à Rede Ferroviária Federal S/A e em decorrência de doença especificada em lei.

A sentença de fls. 75/77 julgou procedente a ação para, “concedendo a ordem, reconhecer ser direito das impetrantes terem cumuladas suas pensões, de modo a receber a pensão especial sem dedução da pensão previdenciária, inclusive com os reajustes da lei, isto desde quando se reconheceu a favor das

mesmas o direito à percepção da pensão especial pela morte do esposo e pai das impetrantes”.

A Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em votação unânime, deu provimento à apelação e à remessa oficial, guardando o aresto a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO ESPECIAL DO ART. 242 DA LEI Nº 1.711/52. SUA ACUMULAÇÃO COM A PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 1º E SEU PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 6.782/80.

I — A duplicidade de pagamento de pensão somente pode ocorrer nas hipóteses em que a lei especialmente admite.

II — Comprovado o falecimento do funcionário público em decorrência de doença profissional, fazem jus os dependentes deste à pensão de que trata o art. 242 do EFPCU, mas apenas em complementação ao que lhes já é pago a título de pensão previdenciária, a fim de que, evitando iniquidade, igualar a pensão ao valor da remuneração daquele servidor já falecido, se vivo estivesse. Inteligência do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 6.782/80.

III — Remessa oficial provida. *Writ* que se nega.”

As autoras interpuseram Recurso Especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional, alegando contrariedade à Lei nº 6.782/80,

além de divergência com julgado emanado de outro Tribunal.

Admitido o recurso, alínea c, vieram os autos a esta superior instância (fls. 156/157).

Parecer da douta Subprocuradoria Geral da República, fls. 161/162, opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor Presidente, quer me parecer que a hipótese guarda semelhança com aquela versada no REsp nº 21.077-3-PE, de minha relatoria, julgado em 07 de junho do corrente ano, por esta eminente Segunda Turma, cujo acórdão guarda a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PENSÃO ESPECIAL. CUMULABILIDADE COM A PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. LEIS Nºs 6.782/80 E 1.711/52, ART. 242. SÚMULA Nº 63 DO EXTINTO TFR.

A pensão especial deve ser paga sem dedução da pensão previdenciária, pois a legislação não prevê, nem explícita, nem implicitamente, a vedação de tal acúmulo.

Precedentes do STJ.

Recurso desprovido.”

A pensão previdenciária é contraprestação às contribuições pagas pelos segurados. A pensão especial é

uma compensação às famílias dos servidores públicos federais, falecidos em serviço, de natureza integral. Incabível o desconto do benefício previdenciário, por não ser autorizado pelo artigo 242 da Lei nº 1.711/52.

Aliás, esta Turma, julgando matéria semelhante, assim decidiu, ratificando a posição da Súmula nº 63, do extinto Tribunal Federal de Recursos:

“ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO.

Pensão especial. Cumulabilidade com a pensão previdenciária. Lei nº 6.782/80 e Lei nº 1.711/52, art. 242. Súmula nº 63-TFR” (REsp nº 21.202-2-PE, Rel. Min. Américo Luz, DJ de 22.03.93).

Ainda recentemente, em feito também procedente de Pernambuco, manifestou-se a Primeira Turma (REsp nº 14.325-0-PE, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 31.05.93):

“ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO ESPECIAL (ARTIGO 242 DA LEI 1.711/52. CUMULABILIDADE COM PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. SÚMULA Nº 63 DO EXTINTO TFR.

I — A matéria relativa à cumulabilidade da pensão especial com a previdenciária restou cristalizada na jurisprudência do extinto TFR, conforme o enunciado da Súmula nº 63: “A pensão de que trata o art. 242 da Lei nº 1.711/52 não se confunde com a que decorre de filiação do falecido funcionário ao regime da Previdência Social (COPS).

É cabível sua cumulação, preenchidos os requisitos específicos”.

II — Na hipótese, não cabe deduzir da pensão especial a pensão previdenciária, porquanto a Lei 1.711/52, regulamentadora da espécie à época do pleito, não previa, nem implícita, nem explicitamente, a vedação da cumulatividade.

III — Recurso provido, sem discrepância.”

Em sentido convergente, penso, o aresto trazido a confronto, Remessa *Ex Officio* nº 117.057-PE, Relator o eminente Ministro Jesus Costa Lima, julgado pela egrégia Segunda Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos, ementado nestes termos:

“ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. ART. 242 DA LEI Nº 1.711/52, NA REDAÇÃO DA LEI Nº 6.782/80. DIREITO.

1. É devida aos dependentes de funcionários públicos, em sua integralidade, a pensão a que se refere o art. 242 da Lei nº 1.711/52, na redação da Lei nº 6.782/80.

2. Remessa oficial conhecida e improvida.”

Diante, pois, da pacífica orientação jurisprudencial, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.353-0 — PE — (91.0010430-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Hélio Mosimann. Rectes.: Adair Albuquerque de Araújo e outros. Advogados: Adonias dos Santos Costa e outros. Recda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (em 03.11.93 — 2ª Turma).

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

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS.

RECURSO ESPECIAL Nº 13.062-0 — SP

(Registro nº 91.0015133-5)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Elanco Química Ltda.*

Advogados: *José Ramos Nogueira Neto e outros e Hamilton Dias de Souza e outros*

EMENTA: Tributário. ICM. Matéria-prima importada. Isenção. Cumulatividade. Proibição constitucional. Crédito tributário. 1. A Constituição Federal veda a cumulação do ICM. 2. Incidindo o imposto sobre a matéria-prima importada, sua não incidência sobre a saída do produto industrializado, ao qual se incorporou, não configura cumulação. 3. A isenção ou não-incidência do tributo não implicará crédito para abatimento do imposto nas operações seguintes. 4. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e em lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

Brasília, 01 de setembro de 1993
(data do julgamento).

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

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso especial manifestado pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo com fundamento na letra c do permissivo constitucional contra acórdão da 16ª Câmara Civil do TJESP que, por maioria, negou provimento à apelação intentada contra sentença concessiva de segurança a ELANCO QUÍMICA LTDA., fabricante de herbicidas utilizados na agricultura, e por força do disposto no art. 1º, inciso XIII, da Lei Complementar 4/69, isentos, na saída, do ICM, para o efeito de manter o creditamento contábil realizado pela Impetrante relativamente aos valores pagos nas entradas com base

nos comprovantes de recolhimento do imposto devido.

Fundou-se o *mandamus* em alegado receio de que a Fazenda viesse a exigir o estorno do crédito feito ou recolhimento da respectiva quantia, pretensão que considera violadora do disposto no art. 23, II, da Constituição pretérita, consagrada do princípio da não cumulatividade do imposto e, a ver da imponente, proclamadora de “direito pleno, sem restrições, de o contribuinte deduzir do total do ICM devido pelas saídas o valor do ICM pago pelas entradas”.

Transcreve ementa do acórdão prolatado no RE 103.102-6-SP e trechos de votos do e. Min. Oscar Correa, neste e no RE 106.701-2, negando o estorno do crédito pretendido pela Fazenda:

“ICM. Legitimidade do crédito de ICM correspondente às entradas da matéria-prima integradas nos produtos cujas saídas estão isentas do imposto, por força da LC 4/69 (art. 1º, inciso XIV). Não cumulativo o imposto, vedado o estorno pretendido.

Recurso extraordinário conhecido e provido” (grifamos, doc. G).

“A questão que se examina neste recurso já foi objeto de decisão nesta Turma no RE 103.102-6, entre as mesmas partes, recebendo o acórdão esta ementa:

“ICM. Legitimidade do crédito de ICM correspondente às entradas de matéria-prima integradas nos produtos cujas saídas estão isentas do

imposto, por força da Lei Complementar 4/69 (art. 1º, inciso XIV).

Não cumulativo o imposto, vedado o estorno pretendido.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.”

Neste recurso alega-se a mesma contrariedade do art. 23, II, da Constituição Federal, e art. 3º do Decreto-lei 406/68, além da divergência, com os mesmos paradigmas, inclusive a AC 249.073 do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (cópia fls. 220/229), aos quais se acrescentou, nas razões, o aludido RE 103.102 em cópia às fls. 264/278).

Nestes termos, acolhendo a fundamentação desse precedente específico no qual analisada a espécie, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É o voto”.

Admitido o recurso na origem pela letra c, dispensei a ouvida da Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O Pretório Excelso, pela sua 1ª Turma, firmou posição contrária à do acórdão recorrido, assentando no julgamento do RE 115.966-9-RS, sendo Relator o e. Min. Moreira Alves:

“EMENTA: ICM. Isenção. Matéria-prima importada e produto industrializado.

— A isenção do ICM concedida para a saída do produto industrializado não se comunica à etapa anterior da entrada da matéria-prima importada, para o efeito de o imposto então pago seja creditado por ocasião da saída do produto em que ela se incorporou.

— Não há, no caso, cumulação de imposto, e, portanto, de ofensa ao disposto no art. 23, II, da Constituição, porquanto, se o ICM é devido na primeira etapa e não o é na segunda, não pode evidentemente haver cumulação, cujo pressuposto é que algo, sem dedução, se incorpore a algo maior, o que não ocorre quando este inexistente.

— Recurso extraordinário não conhecido” (in DJU 19.08.88).

A E. 2ª Turma, à unanimidade, aprovou voto da lavra do e. Min. Ilmar Galvão no REsp nº 5.564-SP, cuja ementa declara:

“Tributário. ICM. Matéria-prima tributada, utilizada na fabricação de produto contemplado com isenção. Descabimento do crédito fiscal.

A isenção fiscal do produto acabado implica na anulação do crédito fiscal decorrente da aquisição da matéria-prima, sob pena de estender-se a isenção às operações anteriores, sem a devida previsão legal.

Entendimento que não se choca com o princípio da não cumulatividade do ICM.

Recurso conhecido e desprovido” (julgado em 19.11.90).

Não há, no caso, possibilidade de cumulação do ICM, proibida na Constituição Federal. Incidindo o imposto sobre a matéria-prima importada, a não incidência do tributo sobre a saída do produto industrializado a que ela se incorporou não poderia configurar cumulação, pela simples razão de que o nada não se cumula: não acrescenta algo a alguma coisa.

Vale acrescentar que a tributação do ICM sobre a matéria-prima ocorreu após a promulgação da EC 23/83, que acrescentou ao art. 23, II, da EC/69, o período — “A isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito de imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes” — eliminando a possibilidade de creditamento por imposto isentado.

À vista do exposto, conheço do recurso pela letra c do permissivo constitucional e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.062-0 — SP — (91.0015133-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: José Ramos Nogueira Neto e outros. Recda.: Elanco Química Ltda. Advogados: Hamilton Dias de Souza e outros.

Decisão: Após o voto do Ministro-Relator conhecendo do recurso e lhe negando provimento, no que foi acompanhado pelo Ministro Américo Luz, pediu vista o Ministro Antô-

nio de Pádua Ribeiro. Aguardam os Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann (em 18.11.92 — 2ª Turma).

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

EXTRATO DA MINUTA (RETIFICAÇÃO)

REsp nº 13.062-0 — SP — (91.0015133-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: José Ramos Nogueira Neto e outros. Recda.: Elanco Química Ltda. Advogados: Hamilton Dias de Souza e outros.

Decisão: Face ao erro ocorrido na proclamação do resultado do julgamento, sessão do dia 18/11/92, publicada a ata no DJ do dia 25/11/92, a Turma decidiu retificar a decisão nestes termos: “Após o voto do Ministro Relator conhecendo do recurso e lhe dando provimento, no que foi acompanhado pelo Ministro Américo Luz, pediu vista o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Aguardam os Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann (em 18.11.92 — 2ª Turma)”.

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

Brasília, 09 de dezembro de 1992 (data da retificação).

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Discute-se, nes-

tes autos, o direito de crédito relativo ao ICM recolhido quando da importação, ou aquisição no mercado interno, de matéria-prima utilizada na fabricação de produto, cuja saída goza de isenção.

No caso, manifesto é o dissídio entre o acórdão recorrido e os paradigmas colacionados (REsp nº 5.564-SP, Relator Ministro Ilmar Galvão — fls. 247-252; e RE nº 115.966-9-RS, Relator Ministro Moreira Alves — fls. 253-272). Enquanto o primeiro reconheceu o direito ao creditamento, os paradigmas o negaram. Conheço pois do recurso.

E, no mérito, dou-lhe provimento, adotando os fundamentos substanciados nos citados paradigmas, dos quais transcrevo este trecho do voto do ilustre Ministro MOREIRA ALVES, transcrevendo os argumentos do aresto então recorrido (fls. 265-266):

“Tem a empresa o dever de pagar o tributo na entrada da matéria-prima importada, porque dispositivo algum assegura isenção a essa operação. Tal valor, é evidente, passa a integrar o custo da mercadoria; e como a operação subsequente, isto é, a venda do produto final, configura circulação isenta, simplesmente inexistente a possibilidade de “cumulação” do tributo, pela simples razão de que o tributo só incidiu na primeira etapa e não na subsequente. Tributos só se podem cumular se cobrados em duas ou mais etapas. É para evitar que se sobreponham que a lei adota a técnica da dedução, em cada

operação, do montante cobrado nas anteriores, mediante o expediente do crédito fiscal. Não havendo possibilidade de sobreposição, não há como operar deduções.”

Com efeito, não é possível haver cumulação sem que haja o pagamento do mesmo imposto sobre circulação de uma mercadoria (o que abrange a da matéria-prima incorporada ao produto industrializado) em duas ou mais etapas, sem a dedução do que já foi pago. Se o imposto é devido na primeira etapa e não o é na segunda, não pode evidentemente haver cumulação, cujo pressuposto é que algo, sem dedução, se incorpore a algo maior, o que não ocorre quando este inexistente.

Um exemplo elucidado, definitivamente, essa questão. Considerando, para facilidade de cálculo, que a alíquota do ICM seja 10%, o importador da matéria-prima cujo valor é 100 recolherá 10 a título de ICM, e o agregará ao custo dessa matéria-prima (cuja importação não está isenta desse imposto), para o efeito de cálculo do produto final industrializado; este, por hipótese, será fixado em 200; se o ICM fosse devido na saída desse produto, seria ele calculado em 20 (10% de 200), mas, para não haver cumulação (10 da primeira etapa mais 20 da segunda), o fabricante se credita dos 10 já pagos anteriormente, recolhendo apenas os 10 que constituem a diferença. Isso implica dizer que o importador, se não houver isenção na saída, não se ressarcirá dos 10 pagos anteriormente, mas apenas não os paga de novo. Ora, se a saída tiver

isenção, o importador continuará a não poder ressarcir-se do ICM já pago na etapa anterior, mas deixará de estar obrigado a recolher a diferença a mais correspondente ao valor acrescido do produto industrializado (os outros 10 que somados aos 10 primeiros dariam os 20 devidos).

Aliás, não fora assim e a isenção subsequente (que é apenas relativa à diferença devida na segunda etapa de circulação da mercadoria) acarretaria isenção do imposto devido na etapa antecedente, sem qualquer justificativa.”

O citado precedente da Suprema Corte ficou assim ementado (fls. 253):

“ICM. ISENÇÃO. MATÉRIA-PRIMA IMPORTADA E PRODUTO INDUSTRIALIZADO.

— A isenção do ICM concedida para a saída do produto industrializado não se comunica à etapa anterior da entrada da matéria-prima importada, para o efeito de o imposto então pago seja creditado por ocasião da saída do produto em que ela se incorporou.

— Não há, no caso, cumulação de imposto, e, portanto, de ofensa ao disposto no artigo 23, II, da Constituição, porquanto, se o ICM é devido na primeira etapa e não o é na segunda, não pode evidentemente, haver cumulação, cujo pressuposto é que algo, sem dedução, se incorpore a algo maior, o que não ocorre quando este inexistente.

Recurso extraordinário não conhecido.”

Assinalo, outrossim, como bem observou o ilustre Ministro Ilmar Galvão no voto que proferiu no REsp nº 5.564-SP, antes mencionado, que (fls. 249):

“A disposição contida no art. 155, § 2º, II, b, da Constituição de outubro de 1988, que prevê expressamente a anulação do crédito efetivado nas condições acima descritas, longe de inovar como pretende a recorrente, veio afastar eventual dúvida remanescente sobre o assunto, diante do silêncio da Carta anterior, a qual, todavia, em nenhum momento, estendia às operações anteriores a isenção fiscal prevista em lei.”

O acórdão proferido, no supra-referido recurso especial, por esta Turma, tem a seguinte ementa (fls. 247):

“TRIBUTÁRIO. ICM. MATÉRIA-PRIMA TRIBUTADA, UTILIZADA NA FABRICAÇÃO DE PRODUTO CONTEMPLADO COM ISENÇÃO. DESCABIMENTO DO CRÉDITO FISCAL.

A isenção fiscal do produto acabado implica na anulação do crédito fiscal decorrente da aquisição da matéria-prima, sob pena de estender-se a isenção às operações anteriores, sem a devida previsão legal.

Entendimento que não se choca com o princípio da não-cumulatividade do ICM.

Recurso conhecido e desprovido.”

Isto posto, em conclusão, acompanho o ilustre Relator: conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.062-0 — SP — (91.0015133-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: José Ramos Nogueira Neto e outros. Recda.: Elanco Química Ltda. Advogados: Hamilton Dias de Souza e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (em 1º.09.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 14.012-0 — RJ

(Registro nº 91.0017580-3)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Banco Econômico de Investimento S/A*

Recorridos: *John Reginald Contrim e outros*

Advogados: *Drs. Sônia Regina de Carvalho Mestre e outros, e Carlos Gomes Monteiro e outros*

EMENTA: Comercial. Escritura de promessa de compra e venda. Resolução. Notas promissórias vinculadas. Anulação. Endosso-caução. Abstração e autonomia. Doutrina. Recurso não conhecido. 1. Ainda que de boa-fé, o endossatário de notas promissórias, das quais conste expressa vinculação a contrato, fica sujeito às exceções de que disponha o emitente com base no ajuste subjacente. 2. Os títulos, em hipóteses tais, perdem a natureza abstrata que lhes é peculiar, sendo oponível ao portador, mesmo nos casos em que tenha havido circulação por endosso, recusa fundada em vicissitude ou desconstituição da *causa debendi*.

ACÓRDÃO

EXPOSIÇÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro e Fontes de Alencar. Ausentes, justificadamente, os Ministros Torreão Braz e Athos Carneiro.

Brasília, 10 de agosto de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, Relator.

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: José Roberto de Andrade Pinto do Rego Monteiro, sua mulher e John Reginald Contrim celebraram escritura de promessa de compra e venda com Sérgio Dourado Empreendimentos Imobiliários S/A, por meio da qual esta se obrigou a alienar unidade residencial que seria construída sobre terreno especificado, recebendo daqueles, em contrapartida, prestações com valores e vencimentos definidos, representadas por notas promissórias.

A incorporadora, ao obter financiamento junto a instituições bancárias, ofereceu em garantia de pagamento referidas notas promissórias,

emitidas pelos promissários-compradores. Fê-lo por intermédio do chamado endosso-caução, havendo inclusive constado do item 9.1 da escritura que o Banco do Brasil, na condição de interveniente anuente, recebia naquela oportunidade, “em caução, devidamente endossadas, as notas promissórias relativas às prestações sujeitas a correção monetária do preço da fração ideal do terreno (nº II do item 4.3), regulando-se a caução pelo que dispõe o artigo 792 do Código Civil...”.

Constatando demora no ritmo da construção e impossibilidade de que esta fosse concluída no prazo avençado, os promissários-adquirentes ingressaram com “ação ordinária de rescisão de contrato cumulada com anulação de notas promissórias e perdas e danos” contra a promitente-vendedora, o Banco do Brasil e ainda o Banco Econômico de Investimento, sendo que este último, embora sem figurar como interveniente na escritura, também recebera, em garantia de dívida contraída pela primeira ré, promissórias emitidas pelos autores.

O sentenciante, reconhecendo a inadimplência da incorporadora, julgou parcialmente procedente o pedido, declarando “rescindidos os contratos de promessa de compra e venda firmados entre os autores e Sérgio Dourado Empreendimentos Imobiliários S/A”, com conseqüente “anulação das promissórias emitidas”. Apenas limitou as perdas e danos requeridas.

Em relação à argumentação desenvolvida pelos bancos réus, assim a refutou:

“Quanto aos Bancos, segundo e terceiro suplicados. Cessionário um, endossatário o outro das promissórias que os autores emitiram em favor da primeira ré, sustentam com brilho, principalmente do Banco Econômico, que, após a transferência, os títulos passaram a ser autônomos, independentes dos contratos firmados.

Não é bem assim. Oriundos de negócio imobiliário, tais títulos não tiveram cortados o cordão umbilical. Estão vinculados às escrituras, como declarado, expressamente, no verso da promissória de fls. 156 da Cautelar, Processo de nº 2.824”.

Inconformados, apelaram os réus.

A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob a relatoria do seu então Desembargador Waldemar Zveiter, negou-lhes provimento, restando assim fundamentado o acórdão no que interessa:

“No que se refere à autonomia das promissórias reclamadas pelo Apelante Banco do Brasil, embora questão já vencida, pela decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 9.992, em apenso, não será demais transcrever o que naquele acórdão se consignou:

“Na escritura que firmaram com Sérgio Dourado Empreendimentos Imobiliários, o Banco do Brasil foi interveniente e recebeu Notas Promissórias correspondentes à venda de fração ideal do terreno em endosso-caução. A obra foi paralisada desde julho de 1984, fato que levou os condôminos em Assembléia Geral Extraordinária a destituir a Incor-

poradora e Construtora. O Banco não desconhecia a vinculação das Notas Promissórias referidas pois que, expressamente, anuiu a escritura, cláusula 9.1, sabendo-as vinculadas ao negócio celebrado e ao mútuo hipotecário que firmara com a incorporadora e que visava não apenas à venda das frações mas sim à construção do empreendimento e às unidades a que corresponderiam.

Ora, essa vinculação consoante a doutrina e o entendimento jurisprudencial retirou dos títulos a reclamada autonomia que pretende a agravante, não colhendo sua assertiva de portador de boa-fé, pois que da promissória consta a vinculação ao contrato, e a este anuiu, como dito, expressamente, o agravante, que, sequer, prejuízos pode alegar, em face da hipoteca que detém do terreno”.

Reitere-se, não pode, pois, o endossatário, em tais circunstâncias, alegar boa-fé ou desconhecimento do contrato subjacente e, à toda evidência, resolvido o contrato, anulam-se as notas promissórias, em decorrência.

Diga-se, finalmente, que na mesma situação do Banco do Brasil colocou-se o Banco Econômico, que não podia desconhecer a vinculação dos títulos, legitimando-se sua posição no pólo passivo da ação, porque quando de seu ajuizamento figurava como endossatário das promissórias referidas, estabelecendo-se sua relação jurídica com os autores através do endosso, eis que habilitados a cobrar, dos emitentes, seu valor.

Por derradeiro, acentua-se que as custas e honorários são decorrentes da sucumbência e não da culpa. Porque considerados partes legítimas *ad causam* já que ambos, os Bancos, portadores dos títulos cuja anulação se pretendia, e a ela tendo resistido, sob o argumento, incabível, da autonomia, devem responder pela sucumbência que sofreram”.

Manifestados recursos extraordinários pelos três réus, restaram, após conversão *ipso iure* em especiais, inadmitidos na origem.

Interposto agravo pelo Banco Econômico de Investimento, dei-lhe provimento para possibilitar o processamento de seu apelo extremo, no qual alega violação dos artigos 755, 768, 802, I, 1.507, CC, e 271, CCm, além de divergência interpretativa com julgados dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e de Alçada de Minas Gerais. Sustenta, em suma:

a) que as promissórias cuja anulação se pretende lhe foram regularmente transferidas pela Sérgio Dourado Empreendimentos Imobiliários S/A em penhor mercantil, por meio de endosso-caução, como garantia do fiel cumprimento das obrigações assumidas em contratos de financiamento;

b) que, dada a autonomia inerente aos títulos de crédito, a ele, na condição de endossatário, não se poderia opor exceção relativa à desconstituição da *causa debendi*, somente invocável contra o endossante originário e contra os endossatários de má-fé;

c) que as obrigações caucionadas foram integralmente cumpridas pela incorporadora antes mesmo da prolação da sentença, pelo que se extinguiu o penhor dos títulos, *ex vi* do disposto no art. 802, I, CC;

d) que, desconstituída a caução, passou a não ser mais nem mesmo detentor dos títulos, sendo-lhe incabível a condenação nos ônus da sucumbência.

Os recorridos, em contra-razões, advogam tese em sentido contrário, sustentando que:

“Uma nota promissória é um título autônomo, desde que não esteja vinculado a um contrato subjacente. No caso específico dos autos, todas as notas promissórias estão vinculadas ao contrato de promessa de compra e venda, conforme se verifica da nota promissória junta a fls. 156 dos autos da ação cautelar em apenso (proc. nº 2.824) e da própria escritura na qual foi interveniente o Banco do Brasil, na qualidade de cessionário de outras tantas notas promissórias”.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): O cerne da controvérsia está adstrito, em essência, à seguinte questão: constando de nota promissória expressa vinculação a contrato, referido título conserva a autonomia e a abstração que lhe são inerentes? Em outras palavras: havendo na cártula menção ao ajuste a que se encontra vinculada, mostra-se possível ao

emitente opor ao portador, nos casos em que tenha havido circulação por endosso, exceção fundada em ausência, vicissitude ou desconstituição da *causa debendi*?

A nota promissória é, por exceção, um título de crédito autônomo e abstrato, do que decorre que, uma vez posta em circulação, endossada a terceiro de boa-fé, não assiste ao emitente o direito de escusarse ao cumprimento das obrigações nela assumidas opondo ao referido endossatário as relações pessoais que possua com o endossante primitivo, tampouco questões ligadas à relação fundamental.

Neste sentido o magistério de Rubens Requião, ao discorrer sobre as características dos títulos de crédito:

“Diz-se que o título de crédito é autônomo (não em relação à sua causa como às vezes se tem explicado), mas, segundo Vivante, porque o possuidor de boa-fé exercita um direito próprio, que não pode ser restringido ou destruído em virtude das relações existentes entre os anteriores possuidores e o devedor. Cada obrigação que deriva do título é autônoma em relação às demais”.

.....
“Vivante ainda explica que os títulos de crédito podem circular como documentos abstratos, sem ligação com a causa a que devem sua origem. A causa fica fora da obrigação, como no caso da letra de câmbio e notas bancárias. A índole abstrata do crédito não é essencial ao título de crédito, reafirma o grande

comercialista. É bom acentuar que a obrigação abstrata ocorre apenas quando o título está em circulação, isto é, “quando põe em relação duas pessoas que não contrataram entre si, encontrando-se uma em frente da outra, em virtude apenas do título” (“Curso de Direito Comercial”, 2º vol., Saraiva, 17ª ed., 1988, nºs 505 e 507, p. 299/300).

Da autonomia, que constitui atributo de todos os títulos de crédito, resulta o princípio da inoponibilidade das exceções, o qual, no caso dos títulos também abstratos, é amplo, abrangendo inclusive a inadmissibilidade de qualquer recusa baseada na causa que originou o título.

Fran Martins bem estabelece a distinção entre títulos causais e abstratos:

“Quanto à natureza dos direitos incorporados nos títulos, são esses em regra classificados em abstratos e causais.

Abstratos são os direitos incorporados no título que não se ligam ou dependem do negócio que deu lugar ao nascimento do mesmo título. Natural é que, para ser criado um título de crédito, haja anteriormente um negócio jurídico, a que no direito creditório se dá também o nome de relação fundamental. Mas, em certas espécies de títulos, esse negócio ou relação fundamental se desprende do documento que, uma vez criado e posto em circulação, passa a valer por si mesmo. Diz-se então que os direitos que o título incorpora são abstratos, não dependendo o seu exercício, uma vez criado e emitido o título, da causa ou relação fundamental que motivou o apare-

cimento deste. Assim, ao portador ou qualquer obrigado não é permitido inquirir a causa do título, já que esse vale por si mesmo, é *per se stante*, sendo os direitos nele incorporados limitados apenas pela literalidade, isto é, valendo no título o que nele está escrito, nem mais nem menos. Exemplos de títulos abstratos são a letra de câmbio e a nota promissória.

Já os títulos causais têm uma causa necessária, isto é, só existem em função de um determinado negócio fundamental, e esse negócio especial influencia a sua existência, trazendo, assim, os documentos, nas declarações literais que contêm referência ao mesmo. É o que acontece com as duplicatas que, para serem emitidas, necessitam que tenha havido uma venda de mercadorias, a prazo, em território nacional” (“Títulos de Crédito”, vol. I, Forense, 5ª ed., 1987, nº 8, ps. 29/30).

Ainda no tema, a lição de mestre João Eunápio Borges:

“É assim o direito de cada legítimo possuidor do título repousa inteiramente no próprio título, que, destinado a circular, se desprende da relação fundamental que lhe deu origem, que foi a causa de sua emissão. Tal direito é o direito cartular, constituído pelo próprio título.

Como salienta Ascarelli, a relação fundamental — compra e venda, mútuo, desconto etc. — permanece imóvel entre as partes que nela intervieram: o que circula é exclusivamente o título, portador do direito cartular no qual, ao adquirir o título, cada possuidor se investe, de modo originário, autônomo e independente.

E é por isso que é autônomo e independente o direito de cada um dos possuidores do título: aquela relação fundamental — pessoal, imóvel e não circulante — só é fonte de exceções entre as partes que dela participaram diretamente, constituindo, para terceiros, *res inter alios acta* (“Títulos de Crédito”, Forense, 2ª ed., 1971, nº 8, p. 16).

As promissórias em causa foram entregues ao banco recorrente por meio de endosso-caução, que assegura ao endossatário a invocação em seu favor do referido princípio da inoponibilidade das exceções, conforme preceitua o art. 19, LUG:

“Quando o endosso contém a menção “valor em garantia”, “valor em penhor” ou qualquer outra menção que implique uma caução, o portador pode exercer todos os direitos emergentes da letra, mas um endosso feito por ele só vale como endosso a título de procuração.

Os coobrigados não podem invocar contra o portador as exceções fundadas sobre as relações pessoais deles com o endossante, a menos que o portador, ao receber a letra, tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor”.

In casu, não restou reconhecida má-fé do recorrente, que regularmente recebeu as cédulas em penhor mercantil.

Tudo até aqui exposto conduziria ao acolhimento da impugnação recursal deduzida pela instituição bancária recorrente. Sendo as notas promissórias títulos autônomos e abstratos, a ela, endossatária de boa-fé, não se poderia opor objeção

fundada no descumprimento do contrato de promessa de compra e venda que lhes deu origem. Com efeito, como regra geral somente é cabível tal objeção ao tomador originário, que, na espécie, foi a endossante pignoratícia, Sérgio Dourado Empreendimentos Imobiliários S/A.

A espécie *sub examine*, contudo, apresenta peculiaridade relevante. É que restou afirmado na sentença, e confirmado no acórdão recorrido, que das notas promissórias “consta vinculação ao contrato”, declarada no verso dos títulos.

Quanto à inserção nos títulos de crédito de elementos que extrapolam dos seus requisitos essenciais, José Maria Whitaker, embora antes do advento da Lei Uniforme relativa às letras de câmbio e notas promissórias, expendeu as seguintes considerações:

“Além dos requisitos essenciais, a letra pode conter cláusulas de valor e efeito juridicamente diferentes.

A regra geral é que estas cláusulas não podem gerar ou alterar uma obrigação cambial, derogar ou modificar qualquer direito conferido pela lei cambiária.

Se dizem respeito somente a relações extracambiárias, produzem, quanto a estas, as conseqüências normais, embora de nenhum modo afetem a validade ou os efeitos da letra. Se, porém, se referem às próprias relações cambiárias, ou esta referência é meramente explicativa, e deve ser admitida, por isso que se destina a facilitar a execução do título; ou é derogatória de qualquer dos efeitos regulares da letra de

câmbio, e deve ser, quanto a esta, considerada não escrita; ou é incompatível com o caráter abstrato, autônomo, independente, da obrigação cambial, e, neste caso, anula a letra, por ser evidente a contradição entre a vontade do sacador e as exigências naturais do título" ("Letra de Câmbio", RT, 7ª ed., 1963, nº 33, ps. 89/90).

Interpretando esse trecho da obra do renomado comercialista, o então Juiz Renato de Lemos Maneschy, em 1973, já na vigência do D. 57.663/66, que regulou a adoção pelo Brasil da referida Lei Uniforme, com a segurança e a lucidez habituais, elaborou valioso estudo, do qual se extrai:

"Frequentemente nos deparamos hoje com títulos nos quais se consigna a vinculação a contrato que lhe deu origem e a primeira indagação a fazer é sobre os efeitos de tal declaração em títulos rigorosamente formais e abstratos, que se costuma dizer serem de conteúdo legal máximo e mínimo, devendo conter — sob pena de desnaturar-se — tudo aquilo e só aquilo que a lei exige e permite.

A nota promissória, como a letra de câmbio, além dos requisitos essenciais, pode conter, como assinala Whitaker, cláusulas de valor e efeitos juridicamente diferentes.

A regra geral é que tais cláusulas não podem gerar ou alterar uma obrigação cambial, derogando ou modificando qualquer direito conferido pela lei cambiária. Quem firma a declaração cambiária não deve lançar cláusula ofensiva à natureza e índole do título, nem à pureza da

declaração que subscreve. Isso redundaria em prejuízo para a própria cambial como título de crédito.

Por isso, a lei reputa não escrita a cláusula:

- a) que estabelece fluência de juros;
- b) que proíbe o endosso;
- c) que proíbe ou dispensa o protesto ou qualquer outra formalidade especial exigida pela lei;
- d) que aumenta, exclui ou restringe a responsabilidade pela soma cambiária, despesas e mais ônus determinados pela lei;
- e) que proíbe a apresentação da letra de câmbio ao sacado para o aceite;
- f) que beneficia o credor ou o devedor cambiário além dos limites legais.

Todas essas cláusulas não influem, de modo algum, nas relações cambiárias, benéficas e nem nocivamente; de maneira que a cambial ou a declaração cambiária se não anula ou sofre, e o obrigado a quem onerariam ou favoreciam não fica mais onerado ou favorecido. A lei (art. 44, I, II, III e IV) passa uma esponja sobre elas e as apaga por completo; são inexistentes nas relações cambiárias (Cfr. Paulo Maria de Lacerda. "A Cambial no Direito Brasileiro", pág. 408).

Mas se é o próprio emissor da cambial (sacador ou emitente), escreve aquele eminente cambiarista, quem infringe ele próprio a natureza e índole do título, emitindo-o sem responsabilidade para si, ou com a responsabilidade restringida por

qualquer cláusula, não há cambial, porque verdadeiramente não foi emitido um título dessa espécie.

Assim, se o sacador da letra de câmbio ou o emitente da nota promissória se declara irresponsável no título e pelo título, ou limita sua responsabilidade nele, a cambial é nula e cai no número dos instrumentos meramente probatórios do direito comum (v. autor e obra citados).

O autorizado José Maria Whitaker, na sua "Letra de Câmbio", pág. 90, nota 132, doutrina que "anula o título a cláusula pela qual o sacador exclui ou restringe sua responsabilidade, uma vez que se não compreende que queira e, ao mesmo tempo, não queira emitir a letra de câmbio (Lei, art. 42, § 2º); e igualmente o anula a cláusula que torna a prestação dependente de qualquer condição, como: "pague nos termos da minha carta, ou do nosso contrato de tal data", por isso que a letra é um título completo, que nenhum outro documento pode integrar, explicar ou modificar".

A vinculação do título, nele expressa, ao negócio que lhe deu origem, transcendendo de uma simples referência meramente explicativa, interessando às próprias relações cambiárias, não é somente derogatória de qualquer de seus efeitos, hipótese em que deveria ser considerada não escrita (art. 44), mas é incompatível com o caráter abstrato, autônomo, independente, da obrigação cambial, e neste caso anula a letra, por ser evidente, como mostra Whitaker, a contradição en-

tre a vontade do emitente e as exigências naturais do título.

Dizer que uma nota promissória, que é um título literal, autônomo, formal, completo e abstrato, e que contém a promessa incondicional de pagar a seu legítimo possuidor, no vencimento, a soma nela mencionada está vinculada a um contrato de construção ou de promessa de compra e venda, sujeitando-se, dessarte, às vicissitudes deste, é tornar a prestação dependente de uma condição, o que é inadmissível em tema de direito cambiário.

Não se trata, evidentemente, de negar possa a relação fundamental ser aposta como defesa pessoal pelo devedor cambial, pois não se extingue com a entrega do título e não necessita ser nele consignada para produzir tal efeito, mas de não admiti-la como interessando à própria obrigação cambiária, que com aquela não se confunde, e que pelo endosso se transfere sem causa.

A vinculação expressa no título, portanto, não é simples cláusula estranha à sua natureza, derogatória de qualquer de seus efeitos, hipótese em que seria considerada não escrita, mas condição incompatível com o caráter abstrato, autônomo e independente da obrigação cambial que, por isso, não se forma.

Quando alguém emite um título de crédito e nele faz consignar sua vinculação ao negócio jurídico que lhe deu origem, por certo não faz, em se tratando, por exemplo, de nota promissória, a promessa incondicional de pagar a seu legítimo possuidor, no vencimento, a soma nele expressa, mas mantém-se preso à

relação fundamental, àquele negócio que é quem, verdadeiramente, regula seus direitos e deveres, cuidando de assegurar-se contra quem quer que venha a pretender a cobrança do mesmo, quanto à oponibilidade das exceções de que disponha com base no contrato.

Tal título, por tal forma vinculado, não comporta a circulabilidade, com as garantias da inoponibilidade das exceções a terceiro. Sua transferência não se faz, portanto, por endosso, mas por verdadeira e própria cessão do crédito que ela representa, sujeito o cessionário a todas as exceções de que disponha o devedor contra seu primitivo credor, inclusive a *exceptio non adimpleti contractus*.

De regra, as chamadas promissórias vinculadas ligam-se a um contrato de promessa de venda, de construção, ou de fornecimento, e são emitidas representando o preço ajustado e para pagamento a prazo, pagamento que se condiciona à execução de tais contratos.

Ora, admitir-se a autonomia de tais títulos, a despeito da referência ao negócio que lhes deu origem e a que se condicionam, seria deixar o contratante a quem incumbe fazer o pagamento a mercê do outro contratante, que poderia faltar ao cumprimento da prestação a que se obrigou, descontando os títulos com terceiros, pondo-os em circulação pelo endosso, e livrando, desse modo, os endossatários das exceções pessoais do devedor, com a invocação do dogma de sua inoponibilidade a terceiros.

Quem desconta títulos vinculados, sabe, ou deve saber, que não se

acoberta das exceções pessoais do devedor, e que não recebe um título que, por si só, lhe assegura a certeza do direito nele mencionado; recebe, em verdade, um direito que circula quase como uma caixa de surpresa, de conteúdo desconhecido" ("Promissória vinculada. Referência consignada no título. Possibilidade. Efeitos em relação a terceiros", *in* "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara nº 28", 1973).

Adiro, às inteiras, a essa ordem de raciocínio.

O emitente de notas promissórias que faz consignar em seu verso vinculação à causa que lhes deu origem, ao contrato subjacente de que decorrem, manifesta inequívoca intenção de retirar a abstração que lhes é peculiar. As cártulas, em casos tais, são válidas em todos os seus efeitos relativamente ao tomador primitivo, que participou da relação fundamental, até porque contra o mesmo o emitente sempre pode opor recusa fundada em ausência, alteração, ou desconstituição da *causa debendi*.

Endossadas, porém, essas promissórias a terceiro, não se tornam, como ocorre na generalidade dos casos, títulos abstratos, desprendidos de sua origem. Esse endosso — e isso atento ao que dispõe o art. 85, CC — podem quando muito consubstanciar forma peculiar de cessão de direitos, sobre a qual João Eunápio Borges, estabelecendo cotejo com os títulos de crédito, tece as seguintes considerações:

“Em virtude dessa autonomia ou independência, a circulação de um título de crédito difere substancialmente da cessão de direitos regida pelo direito comum.

Na cessão, o novo credor, o cessionário, adquire o mesmo direito que tinha o cedente, cuja posição na relação obrigacional ele passa a ocupar. O direito transmitido é sempre o mesmo, de acordo com a regra já lembrada: *nemo plus jus ad alium transferri potest quam habet*, não se alterando a posição do devedor em consequência de uma ou várias cessões. E assim, contra qualquer cessionário serão eficazes as defesas ou exceções que o devedor pudesse opor ao primitivo credor.

Muito diversa é a posição do adquirente de um título de crédito, cuja transferência tem a surpreendente eficácia de dar vida, em certos casos, a direitos inexistentes ou vulneráveis na pessoa do transmitente” (ob. cit., nº 8, p. 15).

Em conclusão, ainda que de boa-fé, o endossatário de notas promissórias das quais conste expressa vinculação a contrato fica sujeito às exceções de que disponha o emitente com base nesse ajuste subjacente.

Em relação ao ponto, portanto, não colhe prosperar o especial, nem mesmo pela alínea c, na medida em que os julgados trazidos a confronto pelo recorrente, a par de acostados por cópias não devidamente autenticadas, não cuidaram de hipóteses em que das cambiais constava menção à *causa debendi*.

Quanto à condenação ao pagamento de despesas processuais e ho-

norárias de advogado, melhor sorte não lhe assiste.

Irrelevante, em relação ao particular, que antes da sentença a Sérgio Dourado Empreendimentos Imobiliários S/A tenha honrado as obrigações assumidas no contrato de financiamento com conseqüente extinção do penhor das notas cuja anulação se pretende.

O fato é que, à época do ajuizamento da ação, referidas notas ainda constituíam garantia pignoratícia e se encontravam em poder do banco recorrente, que, assim, detinha legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual. Vindo aos autos e tendo inclusive expendido argumentos em defesa da autonomia e abstração dos títulos em referência, cumpre-lhe suportar os ônus da sucumbência.

Em face do exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, coloco-me de acordo com o Sr. Ministro-Relator, em face da particularidade da espécie, por S. Exa. salientada, ou seja, a circunstância de que das notas promissórias consta a vinculação dos títulos ao contrato que lhes deu origem.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.012-0 — RJ — (91.0017580-3) — Relator: Exmo. Sr.

Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Banco Econômico de Investimento S/A. Advogados: Sônia Regina de Carvalho Mestre e outros. Recdos.: John Reginald Contrim e outros. Advogados: Carlos Gomes Monteiro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 10.08.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro e Fontes de Alencar.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Torreão Braz e Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 14.062-0 — SP
(Registro nº 91.0017645-1)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Edu de Mattos Ortiz e outros*

Advogados: *Dras. Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira e Raul Schwinden Júnior*

EMENTA: Processual Civil. Agravo de Instrumento. Sentença extintiva do processo. Liquidação. Alcance das Decisões Interlocutórias. Arts. 162, § 1º, 473, 513 e 522, CPC. 1. Sem recurso a sentença de extinção do processo de conhecimento sucedida pela liquidação, ficando irrecorrida a homologação da conta, expedido e pago o requisitório, fortifica-se óbice para decisões interlocutórias modificativas dos anteriores julgados, tornando incabível o Agravo de Instrumento, via oblíqua, se procedente, com efeitos modificativos de atos cobertos pela preclusão (arts. 162, § 1º, 473, 513 e 522, CPC). 2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por una-

nimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros

Cesar Rocha, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília, em 07 de junho de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs Recurso Especial, com supedâneo no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra o v. acórdão do e. Tribunal *a quo*, que julgou legítima a reconsideração de despacho que julgou extinto o processo por inércia dos autores, sob o entendimento de que:

“Não se cuida, portanto, de sentença transitada em julgado, mas de mero despacho, irregular e inadequado que o próprio juiz reconsiderou. À agravante cumpria, se diligente, argüir a nulidade logo em seguida e não deixar o processo seguir para, só agora, decorridos seis anos, vir argüir nulidade dos atos processuais porque realizados em processo extinto.

Nada há de inusitado no prosseguimento da ação, se a extinção do processo, como decretada, era nula

por descumprimento de formalidade essencial. Vale isso dizer que não existiu sentença, mas mero despacho sem força para decretar a extinção do processo e, por isso mesmo, passível de reconsideração, como ocorreu” (fl. 23).

Contra essa v. decisão foram opostos, pela Fazenda, Embargos de Declaração, por não conter “menção expressa a citado dispositivo, como exige a jurisprudência e a Súmula 282 do STF, pena de inadmissibilidade do Recurso Especial”. O Tribunal *a quo* rejeitou, por unanimidade, os embargos propostos (fl. 28).

A Fazenda alega que o v. aresto impugnado negou vigência aos artigos 243, 244, 245, 250, 267, inciso III, § 1º, e 463, do Código de Processo Civil, e divergiu de julgado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal (fls. 31/39).

Em suas contra-razões, o Recorrido disse que não ocorreu “nenhuma das incidências apontadas pelo Recorrente, capazes de autorizar a interposição do presente Recurso Especial”. Pediu o não conhecimento do apelo (fls. 44/46).

O Tribunal *a quo* inadimitiu o Recurso por faltar-lhe prequestionamento e porque faltou ao acórdão colacionado a reprodução de trechos relevantes para a matéria em julgamento (fls. 48/49).

O Recurso subiu a esta Corte por força de Agravo de Instrumento interposto, cujo deferimento, pelo e. e saudoso Ministro Geraldo Sobral, se encontra às fls. 54/55.

O Recorrido apresentou novas contra-razões, nas quais alega, primeiramente, a intempestividade do apelo e falta de destaque, no agravo de instrumento, da matéria ensejadora do recurso especial (fls. 59/63).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Indeferindo o pedido de anulação do processo, a decisão inaugural agitada pelo Agravo de Instrumento foi assim proferida:

“Vistos.

Julgo extinto, em face da inércia, indo os autos para o arquivo”. (fl. 8).

No processo de execução, alvos de irrisignação seguiram-se interlocutórias (fls. 12 e 17).

Comentou a parte Agravante:

omissis

“Inadvertidamente, todavia, teve o feito normal prosseguimento, não obstante o trânsito em julgado da r. decisão de extinção, tendo o i. Juiz *a quo* ordenado a remessa dos autos ao Contador, como se nota às fls. 497, sem qualquer justificativa.

Tendo a ora agravante requerido então a anulação do feito a partir da definitiva sentença de fls. 494, foi surpreendida com o indeferimento prolatado pelo i. Magistrado, segundo o qual o despacho de fls. 497, posterior à decisão de extinção, que ordenou a remessa dos autos ao Sr. Contador, configura a retratação do juiz prolator da anterior decisão extintiva” (fls. 3 e 4).

No julgamento do Agravo de Instrumento, o vergastado v. acórdão, em sumário, perfilou:

omissis

“Não se cuida, portanto, de sentença transitada em julgado mas de mero despacho, irregular e inadequado, que o próprio juiz reconsiderou. À agravante cumpria, se diligente, argüir a nulidade logo em seguida e não deixar o processo seguir para, só agora, decorridos seis anos, vir argüir nulidade dos atos processuais porque realizados em processo extinto.

Nada há de inusitado no prosseguimento da ação, se a extinção do processo, como decretada, era nula por descumprimento de formalidade essencial. Vale isso dizer que não existiu sentença, mas mero despacho sem força para decretar a extinção do processo e, por isso mesmo, passível de reconsideração, como ocorreu” (fl. 23).

Rejeitados os Embargos de Declaração, sob o resguardo do art. 105, III, *a e c*, Constituição Federal, alegando a negativa de vigência dos arts. 243, 244, 245, 250, 267, III, § 1º, e 463, Código de Processo Civil, ocorrência de divergência jurisprudencial, a Fazenda Estadual formulou o Recurso Especial.

Sobressai que, extinto o processo de conhecimento, iniciou-se a liquidação, sem que as partes objurgassem, concordando ou discordando da liquidação, participaram dos atos que se sucederam, evidenciando pleno conhecimento.

A questão crucial de índole processual, pelos seus efeitos, cinge-se à natureza jurídica do provimento judicial extintivo do processo, sem omitir-se que, certo ou equivocadamente, abriu-se espaço processual à liquidação com a homologação da conta, expedição do requisitório e pagamento da dívida objeto da execução (fl. 625 — apenso 1).

Nessa frente processual, em primeiro plano, acentua-se que o ato judicial de extinção (terminativo do processo), irretorquivelmente, constituiu sentença (art. 162, § 1º, CPC). No caso, qual o processo terminado? Como, posteriormente, mal ou bem processou-se a liquidação, extinto ficou o processo de conhecimento.

De conseguinte, certo que a Fazenda, somente muito depois, insurgiu-se no processo de liquidação, exsurge a irrecorribilidade da aludida sentença, acobertada pelo trânsito em julgado (art. 473, CPC).

Outrossim, por óbvio, inexistindo a possibilidade de decisão interlocutória, dela decorrente, ser objeto de AGRAVO para esmaecer via oblíqua, os efeitos da extinção irrecorrida.

Demais, em se cuidando de sentença, o recurso cabível seria a apelação e não o agravo (arts. 513 e 522, CPC).

Por essa senda, não há concordância com o v. acórdão hostilizado (fl. 23). Todavia, como renunciado, seja porque a extinção ficou a salvo de modificação, quer pela ausência

de recurso atacando as homologações das contas elaboradas na liquidação, permitindo o requisitório, favorecendo o pagamento da dívida e cumprimento das obrigações de fazer, ficou encerrado o processo de execução.

A foco, assim, de situações processuais constituídas, findo o processo de conhecimento com sentença transitada em julgado e homologadas as contas no processo de liquidação, inexistente a possibilidade de decisão interlocutória modificativa dos antecedentes julgados, tornou-se incabível o Agravo, se procedente, alterando os atos irrecorridos.

Pelos fundamentos alinhados, voto pelo improvimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.062-0 — SP — (91.0017645-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Milton Luiz Pereira. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogada: Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira. Recdos.: Edu de Mattos Ortiz e outros. Advogado: Raul Schwinden Júnior.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 07.06.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Cesar Rocha, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 18.711-0 — SP

(Registro nº 92.0003183-8)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Commerce Desenvolvimento Mercantil S.A.*

Recorrido: *Jaime Antônio Amaral Figueiredo*

Advogados: *Drs. Hailton Ribeiro da Silva e outros, e Ernesto Ferreira Sobrinho*

EMENTA: Ação Revisional de Aluguel. Contrato inicial e não contrato prorrogado. Inexistência de preclusão. 1. Acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, não há preclusão para o juiz, a quem é lícito, em qualquer tempo e grau da jurisdição ordinária, reexaminá-los, não estando exaurido o seu ofício na causa. 2. Constitui pressuposto ao exercício da ação revisional de aluguel (art. 31 do Dec. nº 24.150, de 20.4.34) o decurso do prazo de três anos contado do início da prorrogação do contrato. 3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas: Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 31 de maio de 1993 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente (art. 101, § 2º, do RISTJ). Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de ação revisional proposta pelo locador contra a locatária, sob o fundamento de que o contrato de locação celebrado entre as partes, à luz da denominada “Lei de Luvas”, já se achava em vigor há mais de três anos. Na contrariedade, a ré suscitou a preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, porquanto no caso não se dera a prorrogação do contrato, havendo apenas o inicial ajustado entre as partes. Quando do saneamento da causa, o MM. Juiz de Direito repeliu a argüição, invocando a cláusula *rebus sic stantibus*. Tal decisão deu

ensejo à interposição pelo autor do recurso de agravo de instrumento.

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença, lavrada por outro magistrado, que, asseverando não se tratar de prorrogação de contrato, julgou extinto o processo sem conhecimento do mérito, nos termos do art. 267, nº VI, do CPC.

O Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil, que houvera improvido o supramencionado agravo de instrumento (fls. 213/215), deu provimento à apelação interposta pelo demandante, a fim de que o feito fosse julgado pelo mérito. Aplicou o v. acórdão a teoria da imprevisão, consubstanciada na cláusula *rebus sic stantibus*, pertinente — segundo o julgado — na ação revisional do art. 31 da Lei de Luvás, ainda que se trate de contrato original.

Rejeitados os embargos declaratórios, a ré manifestou contra essa decisão o presente recurso especial, fulcrado na alínea *a* do permissor constitucional. Alegou a recorrente afronta ao art. 31 do Dec. nº 24.150, de 20.4.34, à consideração de que constitui pressuposto da ação revisional de aluguer a existência de um contrato prorrogado.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. A circunstância de haver o Tribunal

a quo decidido o agravo de instrumento manejado contra o despacho saneador e a ele ter negado provimento (fls. 213/215) não obstava ao Julgador de 1º grau reconhecer a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, de acordo com o que reza o art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, até porque sua decisão antecedeu àquela de 2ª instância. Segundo aresto emanado da Suprema Corte, de que foi Relator o saudoso Prof. e Ministro Alfredo Buzaid, “acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, pode haver preclusão para a parte, não, porém, para o juiz, a quem é lícito, em qualquer tempo e grau da jurisdição, reexaminá-los, não estando exaurido o seu ofício na causa” (RTJ, vol. 101, pág. 907).

2. Versa a espécie sobre a revisão de alugueres pretendida na vigência do contrato inicial de locação regido pela chamada “Lei de Luvás”.

A norma inserta no art. 31 do Dec. nº 24.150, de 1934, apresenta-se incisiva a respeito: somente poderão ser revistos os locativos após decorridos três anos de vigência da prorrogação do contrato. Nesse sentido confirmam-se os escólios de J. Nascimento Franco e Nisske Gondo (Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel, pág. 317, 7ª ed.); Oswaldo Optiz, (Problemas de Locação Comercial e Industrial, pág. 346, ed. 1963); Alfredo Buzaid (Da Ação Renovatória, vol. II, págs. 416 e 441, 3ª ed.). Igual o entendimento da jurisprudência: Rev. dos Tribs. 550/148; 558/135; nesta Casa recolhe-se como precedente o REsp

nº 3.058-RJ, de que foi Relator o eminente Ministro Dias Trindade.

A propósito da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, o já lembrado Prof. Alfredo Buzaid observa que “a sua missão (do magistrado) é declarar o direito preexistente; e só excepcionalmente completar as lacunas da ordem jurídica positiva, ou compor as chamadas normas em branco. Daí resulta a distinção da sentença em declaratória e dispositiva. Nesta introduz o juiz algo de seu, pessoal e específico ao enunciado geral resultante da lei. Mas rever o contrato não é substituir arbitrariamente a vontade das partes pela vontade judicial. O magistrado só pode reajustar a declaração de vontade, em virtude de evento superveniente” (obra citada, págs. 423-424).

Ora, na hipótese submetida a julgamento, trata-se de contrato firmado em setembro de 1984, pelo prazo de cinco anos, com reajustes anuais na conformidade com os índices de variação das ORTN's. Não se pode ter no País como fato imprevisível a desvalorização da moeda, doença crônica que molesta a Nação há muitos e muitos anos.

Verdade é que, admitindo a ação revisional desde logo, já no contrato inicial, o Tribunal de origem contrariou o disposto no art. 31 do Dec. nº 24.150/34, então vigente.

3. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para restabelecer o decisório de 1ª instância.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes colegas, verifica-se que a locação foi contratada ainda sob a égide do Decreto nº 24.150, a denominada ‘Lei de Luvas’, pela qual, art. 31, os contratantes poderiam promover a revisão do valor locatício findo o prazo de três anos contados da data do início da prorrogação do contrato.

É certo que na atualidade, vigente a Lei nº 8.245, aos contratos incidirá o art. 19, segundo o qual, em não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de “vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado”.

Tem-se a impressão, portanto, de que, consoante a lei nova, a exegese preconizada pelo eminente Relator já não mais subsistirá. Entretanto, a presente lide foi solucionada pela lei vigente na época da sentença, ou seja, pelo Decreto 24.150/34.

Com esta observação, acompanho o voto do Eminentíssimo Relator, que conheceu do recurso e lhe deu provimento para restaurar a decisão de primeiro grau.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 18.711-0 — SP — (92.0003183-8) — Relator: Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro. Recte.: Commerce Desenvolvimento Mercantil S/A. Advogados: Hailton Ribeiro da Silva e outros. Recdo.: Jai-

me Antônio Amaral Figueiredo. Advogado: Ernesto Ferreira Sobrinho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 31.05.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontès de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 19.826-0 — PR
(Registro nº 92.0005688-1)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Christianne Marie Hertel*

Advogados: *Drs. Décio Luiz Monteiro do Rosário e outro*

Recorrido: *Antônio da Rocha Marmo*

Advogados: *Drs. Odacyr Carlos Prigol e outro*

EMENTA: Processo Civil. Princípio da identidade física do Juiz, CPC, art. 132. Sentença proferida por juiz diverso do que conduziu e concluiu a instrução. “Transferência” (*Rectius*, remoção) para outra vara da mesma comarca. Recurso desacolhido. 1. Encontrando-se já encerrada a instrução do feito, a simples remoção do juiz que a tenha conduzido e concluído, máxime se realizada para outra vara da mesma comarca, não faz cessar a sua vinculação, incumbindo-lhe proferir a sentença. 2. Interpretação que se coaduna com a nova redação do art. 132, dada pela Lei 8.637/93, que não mais contemplou a remoção — impropriamente denominada de “transferência” pelo legislador de 1973 — como causa de desvinculação nas hipóteses em que finda a fase instrutória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos vo-

tos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regi-

mental 3/93, e Fontes de Alencar. Ausentes, justificadamente, os Ministros Torreão Braz e Athos Carneiro.

Brasília, 24 de agosto de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, Relator.

EXPOSIÇÃO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Julgado improcedente em primeiro grau pedido deduzido em ação de reparação de danos, apelou a autora, argüindo nulidade da sentença porque proferida por juiz distinto do que houvera conduzido e concluído a instrução do feito.

Apreciando o apelo, a eg. Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná deu-lhe provimento, restando assim ementado o acórdão:

“Ação de reparação de danos. Princípio da Identidade Física do Juiz, Infringência do artigo 132 do CPC. Sentença. Nulidade.

O Juiz de Direito que tenha coligido algum ato de instrução e a tenha concluído fica vinculado para o julgamento da lide, ainda que transferido.

Recurso provido para anular a sentença”.

Inconformada, a ré manifestou recurso especial, acenando com ne-

gativa de vigência ao art. 132, CPC, e divergência interpretativa com julgados do Supremo Tribunal Federal e de pretórios estaduais. Sustenta tese no sentido de que “o juiz transferido não fica vinculado ao feito, mesmo que finda a instrução por ele presidida”.

Contra-arrazoado, teve o apelo seu processamento deferido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Cuida-se de espécie em que o Juiz titular da 4ª Vara Cível de Curitiba, após presidir toda a audiência e encerrar a fase instrutória da causa, foi “transferido” para a 3ª Vara daquela comarca, tendo no feito sentenciado seu sucessor.

À época, o art. 132, CPC, vigia com a seguinte redação:

“O Juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas”.

À primeira vista, o caso, por envolver “transferência”, subsumir-se-ia na ressalva de referido preceito, mormente se considerado o entendimento que a respeito adotava o Su-

premo Tribunal Federal, trazido à cotejo pela recorrente, no sentido de que:

“Mesmo finda a instrução, o juiz transferido, promovido ou aposentado não fica vinculado ao processo para julgar a causa, eis que o juiz que assumiu a jurisdição pode, se o entender necessário à formação de seu livre convencimento, renovar as provas” (RTJ 96/776).

Cumprido, contudo, perquirir o que se deva entender por “transferência”, tal como inserida no contexto da norma em questão.

Reputo, em relação ao particular, mais consentânea com a teleologia buscada pelo legislador a posição sustentada por Sahione Fadel, em lição que fiz transcrever *in* “Código de Processo Civil Anotado”, Sarai-va, 5ª ed., 1993, art. 132, p. 84:

“... por transferência não se deve entender a simples mudança de vara ou juízo, dentro de uma mesma comarca ou seção judiciária. Nessas hipóteses, o princípio da vinculação persiste”.

Em casos tais, como se vê, o que se verifica é simples remoção.

Assim, tendo um determinado Juiz presidido audiência na qual hajam sido praticados atos instrutórios, sua eventual “transferência” (*rectius*, remoção) para assumir outra vara da mesma comarca não resulta na sua desvinculação, incumbindo-lhe concluir a instrução e, após, sentenciar.

A lógica dessa conclusão está, inclusive, em que a locomoção do julgador para proceder ao encerramento da fase instrutória, porque insignificante a distância, implica em bem menor dispêndio de tempo e recursos do que os que seriam necessários caso o sucessor entendesse conveniente repetir as provas orais já produzidas.

Nos casos, como o vertente, em que já concluída a instrução, esse raciocínio se aplica com maior razão e abrangência. Em casos tais, mesmo que remoção ocorra para comarca diversa, de mesma entrância, o juiz removido permanece vinculado, cumprindo-lhe proferir a sentença. Isso porque, já estando finda a fase instrutória, restará ao julgador apenas decidir, para o que lhe serão remetidos os autos, não sendo necessário nem mesmo seu deslocamento.

Neste sentido — embora abrangendo indevidamente hipótese de promoção — julgado do Terceiro Grupo de Câmaras do Tribunal de origem, cuja ementa restou transcrita em parte no acórdão recorrido:

“O art. 132 do atual Código de Processo Civil apenas mitigou o excessivo rigor do art. 120 do Código revogado, preservando, contudo, o princípio da identidade física do juiz, evitando tão-somente o retorno do magistrado à comarca anterior, para concluir instrução que iniciara, mas estando ela encerrada, fica vinculado ao processo, devendo julgar a demanda, embora removido ou promovido, porque “o que vai

andar é o processo e não o Juiz — o Juiz permanecerá em gabinete, novo, de trabalho — e o processo vai ter a ele que o decidirá”.

Por outro lado, o art. 132, CPC, como cediço, foi recentemente modificado pela Lei 8.637/93, passando a vigor com o seguinte enunciado:

“Art. 132 — O Juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência, julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o Juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas”.

Embora essa alteração não repercuta de modo direito sobre a espécie de que se cuida, posto só incidente sobre os atos processuais posteriores à sua edição, reflete a orientação jurisprudencial e doutrinária que se veio cristalizando em torno da interpretação do referido preceito, tal como concebido pelo legislador de 1973. Em sua nova redação, conquanto tendente a possibilitar maior flexibilidade em relação ao princípio da identidade física do Juiz, não mais se contemplou a “transferência” como causa de desvinculação em já estando concluída a instrução. Agora, os casos ressaltados são os de convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, nos quais se permite ao sucessor do Juiz que tenha encerrado a etapa probatória sentenciar. As

três primeiras situações (convocação, licença e afastamento) justificam-se como exceção na medida em que importam em retardo não raras vezes indefinido na entrega da prestação jurisdicional, do que advém prejuízo às partes, sendo-lhes menos gravoso a submissão a julgamento pelo sucessor, ainda que em detrimento do referido princípio. Já as duas últimas (promoção e aposentadoria) encontram explicação na passagem para outra entrância ou instância e nesse caso a terminologia própria é acesso — ou perda da jurisdição.

O que, em conclusão, impende ficar assentado é que, já estando encerrada a instrução, a simples remoção (impropriamente nominada “transferência”) do magistrado que a tenha conduzido e concluído, ainda que para outra comarca de mesma entrância, não o desvincula do feito, permanecendo ele incumbido de proferir a sentença.

Daí a conclusão de não ter incorrido o aresto impugnado em afronta ao art. 132, máxime em se considerando que a rotulada “transferência” se deu envolvendo varas da mesma comarca.

Não restou, por outro lado, configurado o alegado dissenso pretoriano, na medida em que transcritas apenas as ementas dos julgados ditos divergentes, insuficientes a demonstrar a similitude das bases fácticas das hipóteses em cotejo. Não houve sequer referência a que tenham os paradigmas tratado de remoção, menos ainda tenha esta

ocorrido, como *in casu*, entre juízos do mesmo foro.

Em suma, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.826-0 — PR — (92.0005688-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Rec-te.: Christianne Marie Hertel. Advogados: Décio Luiz Monteiro do Rosário e outro. Recdo.: Antônio da Rocha Marmo. Advogados: Odacyr Carlos Prigol e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 24.08.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93 e Fontes de Alencar.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Torreão Braz e Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 19.837-0 — SP

(Registro nº 92.0005699-7)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Recorrente: *José Pereira Monteiro*

Recorrido: *Marco Antônio Rodrigues*

Advogados: *Drs. Pedro Paulo de R. Porto e outros, e Carlos de Godoy Moreira e Costa*

EMENTA: Processual Civil. Ação revisional de aluguel. Reconhecimento jurídico do pedido. 1. Demanda na qual o réu, tendo comparecido à audiência prévia de conciliação, concordou expressamente com o valor pretendido pelo autor, inclusive, com efeito retroativo à propositura da demanda. 2. Ressalva do anterior entendimento majoritário do Colegiado, ante as peculiaridades do caso concreto. 3. O reconhecimento jurídico do pedido impõe limitação ao livre convencimento do Juiz acerca da causa. 4. Recurso especial conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer

do recurso, negando-lhe provimento. Votaram com o Relator os Senhores Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: José Pereira Monteiro aforou ação revisional de aluguel tendo estipulado o valor locatício, à época, em NCz\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta cruzados novos), sujeitando-se, contudo, ao valor a ser apurado por perícia (fls. 02/04).

O réu Marco Antônio Rodrigues não contestou a ação, optando por concordar expressamente com o valor pedido pelo autor, inclusive desde a propositura da demanda (fls. 20).

O Dr. Juiz, entretanto, acolhendo objeção do autor, determinou o prosseguimento do feito, com a realização de perícia (fls. 20 v.).

O locatário interpôs agravo retido contra essa decisão (fls. 24/25), tendo, ao final, a ação sido julgada procedente (fls. 88/92).

Em grau de apelação, a Segunda Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, à unanimidade de votos, deu provimento ao agravo retido, nestes termos (fls. 123/124), *verbis*:

“O autor estipulou na inicial o valor do aluguel sujeitando-se a eventual perícia. Ora, se o réu concordou com a estipulação não era lícito ao autor na ausência de resposta, requerer a perícia. O processo evidentemente não pode se transformar em mero instrumento especulativo do valor do locativo.

O réu, por sua vez, não pode ser surpreendido com a modificação da estipulação inicial posto que acaba por ver prejudicado o seu direito de defesa. Se o autor entendeu por estipular o valor do aluguel na inicial, a concordância do réu com a estipulação retira do autor o direito à perícia, esta só justificável na hipótese do requerido discordar do valor estipulado.

Assim sendo, dou provimento ao agravo retido, julgo procedente a ação com a fixação do valor do aluguel no valor indicado na inicial, a partir do ajuizamento da ação, arcando o réu com a verba honorária advocatícia, custas e despesas processuais até a resposta. As demais, inclusive a verba pericial corre por conta do autor. Os demais recursos ficam prejudicados.”

Daí o presente recurso especial, com fundamento nas letras a e c do permissivo constitucional, para sustentar contrariedade ao artigo 17, § 1º, da Lei 8.178/91, além de diver-

gência jurisprudencial com acórdão em que se entendeu inadmissível a vinculação do pedido ao valor mínimo indicado pelo autor na inicial de ação revisional.

Admitido o recurso, tão-somente pela letra c, subiram os autos a esta Corte (fls. 137/138).

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, o autor (ora recorrente), ao aforar a demanda revisional em 28.08.89, postulou o novo valor locatício nestes termos (fls. 03), *verbis*:

“Levando-se em consideração os valores locatícios de imóveis próximos, o autor estipula o aluguel atual, nesta data, em NCz\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta cruzados novos), mais encargos, sujeitando-se, contudo, ao aluguel que vier a ser apurado pela perícia.”

Em data de 30.10.89, ou seja, pouco mais de dois meses após o ajuizamento da ação, o réu, tendo comparecido à audiência de conciliação designada pelo juízo, concordou expressamente com o valor pretendido pelo autor, inclusive, com efeito retroativo à propositura da demanda (fls. 20).

Postos, assim, estes contornos, desejo ressaltar que, a meu sentir, a espécie diverge diametralmente da hipótese por nós apreciada quando do julgamento do REsp 1.339-RJ, em sessão de 02.10.90.

Naquela assentada, onde lavrou divergência entre os votos proferidos pelos eminentes Ministros Sálvio de Figueiredo e Athos Carneiro, de um lado, e Barros Monteiro e Fontes de Alencar, de outro, manifestei minha adesão ao entendimento desses últimos, no sentido de considerar que o valor indicado na inicial é meramente enunciativo, não se lhe devendo conferir eficácia vinculativa.

Contudo, cuidava-se ali de hipótese em que o tempo transcorrido entre a propositura e a prolação da sentença (cerca de 02 anos — fevereiro 1986 a março de 1988), aliado ao processo inflacionário, tornou inexpressivo o valor enunciado na inicial.

Aqui não, pois, como acentuei, do ajuizamento da ação até a audiência de conciliação (onde ocorreu o reconhecimento do pedido), não fluiu lapso temporal superior a 65 dias.

E mais, naquele precedente o réu apresentou contestação, enquanto na espécie houve reconhecimento jurídico do pedido, em audiência.

Sobre a figura do reconhecimento jurídico do pedido, recolho da autorizada monografia escrita por CLITO FORNACIARI JÚNIOR (Ed. RT, 1977, p. 73) este tópico:

“Havendo reconhecimento jurídico do pedido é imposta, como afirma Chiovenda, uma “limitação ao poder do Juiz”, no sentido de que está afastado o seu livre convencimento acerca da causa.

Diante do reconhecimento do pedido, nada adianta a convicção do Juiz, que deverá proferir sentença de conformidade com o pedido do autor, reconhecido como jurídico pelo réu.”

E ainda (*op. cit.*, p. 78):

“O reconhecimento jurídico do pedido subministra elementos para fundamentação da sentença, não representando a ampliação do pedido ou a modificação do tipo de tutela pretendida. O Juiz condena, constitui, declara, tendo por fundamento o reconhecimento do pedido. Por isso, com integral razão afirma José Carlos Barbosa Moreira que o reconhecimento do pedido dispensa a atividade probatória e torna irrelevante as provas produzidas, dado que se prestavam a fornecer elementos para a fundamentação da sentença.”

Ademais, no caso sob exame, não vislumbra a apontada contrariedade ao § 1º do artigo 17 da Lei 8.178, de 01.03.91, eis que não foi enfrentado, ainda que implicitamente, pelo v. acórdão recorrido, mormente por se tratar de legislação superveniente.

Por outro lado, como bem observou o r. despacho admissivo, sua

eventual apreciação convocaria reexame de matéria fática (fls. 138).

Conheço, entretanto, do recurso pelo dissídio, tendo como suficiente a indicação do acórdão publicado na RT 646/169, que pugna pela desvinculação do valor apontado pelo autor na inicial, ante o escopo da ação de revisão (fls. 131).

Contudo, face às peculiaridades do caso concreto, a que venho de aludir, nego-lhe provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.837-0 — SP — (92.0005699-7) — Relator: Exmo. Sr. Min. Bueno de Souza. Recte.: José Pereira Monteiro. Advogados: Pedro Paulo de R. Porto e outros. Recdo.: Marco Antônio Rodrigues. Advogado: Carlos de Godoy Moreira e Costa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, negando-lhe provimento (em 14.06.93 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Indústria de Roupas Pilares Ltda.*

Recorridos: *George Kasser Dib e outro*

Advogados: *Drs. Alberto Fernandes Pereira Filho e outros, e Milton Moraes Martins*

EMENTA: Locação. Renovatória. Retomada. 1. Presunção de sinceridade do pedido dos retomantes não ilidida, segundo as instâncias ordinárias. Matéria de fato inexamínável em recurso especial. 2. Súmula nº 13 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Recurso especial não conhecido. 4. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Bueno de Souza e Athos Carneiro.

Brasília, 18 de maio de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Em ação renovatória de locação comercial, os réus, ao con-

testarem o pedido, asseveraram que através de notificação prévia haviam notificado a autora de que não pretendiam renovar a locação, pois objetivavam instalar no imóvel um restaurante ou lanchonete.

A sentença julgou improcedente a renovatória e procedente a retomada, pelos seguintes fundamentos:

“O fato de terem os sócios renovado o contrato do imóvel ocupado pelo restaurante não obsta que os rr., co-proprietários do imóvel sob litígio, queiram sua retomada para ali dar prosseguimento a atividade do 1º r. Outrossim, quando do início do feito, há quase quatro anos, o Restaurante Sirius Ltda. funcionava regularmente e fazia mais de um ano. Na demora da ação, encerrou-se aquela locação e a baixa da firma em data bem recente, o que, a nosso ver, não afasta requisitos legais à retomada para no imóvel se instalar

o restaurante, com seu acervo móvel guardado, posto que os fatos supervenientes não afetam ao direito já implementado e não são de molde a afastar a sinceridade do pedido, decorrendo de circunstâncias outras, até em razão do tumulto processual havido, com juntada de documentos em fases inadequadas, sem protestos, alongando a demanda, sendo certo que na notificação já se falava na expiração do contrato da loja do restaurante, a futuro (agora já passado). Note-se que a a. não teve interesse em adquirir o imóvel a si ofertado.

Não afastada a presunção de sinceridade do pedido, ônus de prova da a., se impõe a retomada” (fls. 266).

A Sexta Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, rejeitou a preliminar e, no mérito, negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

“AÇÃO RENOVATÓRIA CONEXA COM PEDIDO DE RETOMADA PARA ATIVIDADE COMERCIAL DIVERSA DA QUE É EXERCICIDA PELA LOCATÁRIA.

Presunção da sinceridade do pedido. Inexistência de cerceamento, se as testemunhas não residem nos endereços indicados. Não se afigurando ilidida a presunção da sinceridade da retomada, que, *ex vi* da Súmula nº 485 do STF, milita a favor dos retomantes, nega-se a renovatória. E, em consequência, admite-se o pedido dos locadores. Outrossim, inexistente cerceamento, se os endereços indicados pela locatária não

foram encontrados pelo Oficial de Justiça.

Sentença mantida” (fls. 303).

Houve embargos declaratórios, providos parcialmente para fixar em (06) seis meses o prazo da desocupação do imóvel (fls. 316 a 317).

Inconformada, a recorrente interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, alegando ofensa aos arts. 128, 264 e parágrafo único, 462 e 267, IV, 46, 400, 407 e 453, do Código de Processo Civil; 8º, letra *e*, do Decreto-lei nº 24.150/34, além, de discrepância com a Súmula nº 486, do Supremo Tribunal Federal e dissídio jurisprudencial (fls. 319 a 330).

Pelo despacho de fls. 372 a 373 foi o recurso admitido, subindo os autos a esta Corte.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A alegação de cerceamento de defesa não guarda maior consistência, pois a questão envolvendo a ausência de ouvida de testemunhas está adstrita à matéria fática, segundo as peculiaridades do caso, e do acórdão cabe ressaltar da seguinte passagem:

“Com efeito, o agravo retido, interposto pela apelante, por ocasião da audiência, contra a decisão judicial que não admitiu o adiamento daquele ato, em verdade, não tem respaldo jurídico.

Observe-se que tal pedido, constante de fl. 259, como se vê, veio desacompanhado de qualquer comprovante que, de alguma forma, ensinasse o pretendido deferimento.

Ao que se lê no art. 453 do CPC, o adiamento da audiência só poderá ocorrer no caso de convenção entre as partes, se não puderem comparecer as testemunhas, peritos, partes e advogados, incumbindo ao advogado provar o impedimento, conforme dispõe o § 1º do dispositivo versado.

No caso, pretendia a recorrente o adiamento da audiência para que se procedesse à intimação de suas testemunhas, cujo impedimento não foi comprovado na oportunidade do referido ato, circunstância que obrigou o Juiz a proceder a sua realização.

Afora isso, atente-se que a apelante já havia fornecido endereço de suas testemunhas, as quais não foram encontradas, como bem certificou o Oficial de Justiça, o que demonstra não ter existido nenhum cerceamento de defesa. Por isso, impõe-se a rejeição do agravo retido" (fl. 304).

Sobre a questão pertinente à carência de ação, bem afastou o aresto tal pretensão, porquanto, no caso, demonstrada se acha a possibilidade jurídica do pedido, além do interesse na retomada, ante o disposto no art. 8º, letra e, do Decreto-lei nº 24.150/34.

Os réus objetivam a retomada do imóvel para uso comercial — restaurante — atividade diversa daquela exercida pela recorrente — de loja de tecidos.

Sobre tal aspecto, ponderou ainda o v. acórdão, com grande propriedade, que:

"... *in casu*, pouco importa que a Sra. Tereza não seja sócia majoritária, pois a pretensão de retomada, a rigor, se enquadra na regra do art. 8º, letra e, do Decreto nº 24.150/34, considerando que o imóvel será utilizado por ela, que é cônjuge do locador, a fim de nele instalar o restaurante já mencionado ao longo do processo" (fl. 305).

Com relação ao mérito, a questão não é passível de apreciação nesta Corte, porquanto para se concluir de forma diversa das instâncias ordinárias ter-se-ia inevitavelmente que reexaminar fatos.

Com efeito, a dizer do aresto recorrido:

"Sobre o mérito, sobreleva notar que, militando como de fato milita, a favor do retomante a presunção da sinceridade do pedido, é lógico, cabia à recorrente ilidir aquela presunção. Tal, todavia, não foi feito. Limitou-se a apelante, na ampla e exaustiva apelação, a tecer considerações sem qualquer suporte fático.

Não têm, portanto, os apelados, a obrigação de demonstrar a discutida sinceridade. Mas, não obstante essa assertiva, respaldada na Súmula nº 485 do STF, verifica-se que houve evidente preocupação em se comprovar que a retomada se fazia necessária, para que o cônjuge do principal locador pudesse dar continuidade ao seu negócio de restaurante, o qual, como se vê pelo con-

trato social de fls. 47/49, já tem existência própria, precisando, tão-só, de um imóvel, uma vez que funcionava em prédio alugado” (fl. 305).

É de ressaltar-se, repetindo o acórdão, que a presunção de sinceridade dos retomantes não foi ilidida.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 96.412, em acórdão da lavra do pranteado Ministro Soares Muñoz, assentou e acentuou:

“Locação. Renovatória. Retomada para uso próprio.

O locador não está obrigado a fazer a prova da necessidade da retomada para fins comerciais, porquanto milita, em favor dele, a presunção da sinceridade do pedido, que não pode ser ilidida por dúvidas oriundas de indícios contingentes, Súmula nº 485” (in RTJ 121/294).

O mesmo entendimento ao apreciar os RE's nºs 105.613 e 109.748, relatados pelos Ministros Francisco Rezek e Aldir Passarinho, respectivamente.

Posta a questão nestes termos, não vislumbro violação de lei federal. Ademais, alguns dos dispositivos legais indicados pelos recorrentes não foram prequestionados.

O recurso também não logra firmar-se sob o prisma da discrepância com a Súmula nº 486 do Supremo Tribunal Federal. Despicienda é a alegação de que o cônjuge não detinha participação predominante no capital social da sociedade — 50%

— impossibilitando-a, assim, da retomada. No presente caso sequer poder-se-á argüir tal tema, pois demonstrada está que a finalidade primordial da retomada se destina a uso próprio. Não mais existindo a sociedade, nada impede que os retomantes utilizem o imóvel para fim comercial.

É oportuno ressaltar que, em matéria semelhante, assim decidiu o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo na Ap. Civ. nº 192.237:

“Se a retomada for para fins comerciais e para uso pessoal, não é necessário que o locador já esteja estabelecido, podendo constituir sua firma por ocasião da efetiva retomada” (in J. B. 123/293).

Esclareço, outrossim, que a juntada de cópia de julgado do mesmo Tribunal recorrido também não se presta para a demonstração do dissenso pretoriano. Aqui, a Súmula nº 13, desta Corte.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.165-6 — RJ — Relator: Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Indústria de Roupas Pilares Ltda. Recdos.: George Kasser Dib e outro. Advogados: Drs. Alberto Fernandes Pereira Filho e outros, e Milton Moraes Martins.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos

termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 18.05.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Bueno de Souza e Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 21.676-3 — SP

(Registro nº 92.0010192-5)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Restaurante H2 Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Normando Fonseca e outro, e Célia Mariza de Oliveira e outros*

EMENTA: Tributário. ICM. Base de cálculo. Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares. Decreto-Lei 406/68. Art. 97, I e IV, CTN. Competência tributária municipal. 1. Impossibilidade do recurso da analogia para se entender como base de cálculo comum para a incidência a equiparação do fornecimento à saída da mercadoria. 2. Repúdio às chamadas “operações mistas” (art. 97, IV, CTN). 3. Sem lei é vedado exigir tributo (arts. 6º, parágrafo único, e 97, I e IV, CTN). 4. Apenas a lei complementar pode excluir da competência municipal o tipo de serviço, então, favorecendo a base de cálculo pelo total de operações (art. 156, IV, CF). 5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Cesar Rocha, dar provimento ao recurso, na

forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Rocha, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Presidiu

o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Brasília, 10 de março de 1993 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Restaurante H2 Ltda., com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*, da Constituição Federal, interpôs recurso especial contra o v. acórdão do e. Tribunal *a quo*, objetivando reconhecer, em ação declaratória, a inexistência de relação tributária em operações de fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes, que torne exigível o recolhimento do ICMS.

Alega a recorrente que o v. aresto impugnado violou o art. 8º, § 2º, do Decreto-lei 406/68, e artigos 155, inciso I, alínea *b*, e 156, inciso IV, da Constituição Federal, e divergiu de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 198/228).

Simultaneamente, a ora recorrente apresentou recurso extraordinário, fundado no art. 102, inciso I, alínea *l*, da Carta Magna (fls. 178/196), que foi inadmitido pelo e. Tribunal *a quo* (fl. 247).

Contra-razões ao recurso especial foram manifestadas às fls. 230/236.

Admitido o recurso especial, pela controvérsia que o tema suscita, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): A trato de questão conhecida, objeto de estudo que fiz anteriormente, reafirmando as razões que sustentei em voto-*visita* proferido nos Embargos de Divergência nº 14.374-0-SP, conheço do recurso, votando pelo seu provimento, a fim de ficar declarada a inexistência de relação jurídica tributária que obrigue o autor a recolher o Imposto Sobre Circulação de Mercadoria e Serviço, antes da Constituição Federal vigente. É o entendimento da Turma, no sentido de que a inexistência da obrigação persiste com o novo texto constitucional.

É o voto.

ANEXO

“VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Com razões de direito delineadas por artífices e eruditos debatedores, diante de acesa controvérsia, contido por dúvidas, fui movido a pedir vista, como apropriada solução regimental, para demorar-me no exame e tranquilizar-me como julgador.

Com esse definido propósito, a falar no ICM, conforme estabelece específica legislação do Estado-membro, sob a indagação da sua base de cálculo, analisando-se da sua legalidade ou não na cobrança “sobre o fornecimento de alimentação e bebidas, em bares e restaurantes”, no círculo sistêmico da necessidade ou não da distinção entre o forneci-

mento de mercadorias e a prestação de serviços.

Detido na motivação da controvérsia consubstanciadora da *quaestio juris*, submetida à decisão judicial, verificando da existência de entendimentos que se antagonizam na tela das razões debatidas, volto-me para as disposições contidas no Decreto-lei nº 406/68 (art. 2º, I) e à legislação estadual pertinente (Leis nºs 440/74, art. 19, I; 5.886/87, e 6.374/89, art. 24, II e III), dessa verificação ensejando esta pergunta: o cálculo do ICM, na hipótese de incidência, deve considerar o total da operação — mercadorias e serviços — ou fazer a separação (ou distinção nas operações) e, de avante, na base de cálculo, não somando o valor da mercadoria fornecida e o correspondente à prestação de serviço?

Nesta Egrégia Turma, na senda de fortes argumentos, o eminente Ministro Garcia Vieira tem sustentado que “existe o fato gerador do ICM também nos serviços embutidos no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por qualquer estabelecimento, ocorrendo o fato gerador no fornecimento de mercadorias com prestação de serviços mesmo compreendidos na competência tributária dos municípios, se assim o determinar a lei complementar”, concluindo que, como não foi, ainda, editada essa lei, “é o próprio Decreto-lei nº 406/68 que dá como fato gerador do ICM o valor total da operação, incluindo também a parte de serviço no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, a legislação do

Estado está autorizada a cobrar ICM, inclusive sobre esta parte do serviço”.

No teor dessas considerações, embora com o voto divergente do Sr. Ministro Demócrito Reinaldo (p. ex.: REsp nº 11.142), para ilustrar, podem ser lembrados os julgados, assim ementados:

“ICM. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS.

Se a base de cálculo do ICM é, no caso, o valor total da operação de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes e outros estabelecimentos comerciais similares, é claro que existe a base de cálculo do ICM, ou seja, o valor total da operação, nesta incluída a parte do serviço.

Recurso improvido” (REsp 8.896-RJ — Rel. Min. Garcia Vieira).

“ICM. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS.

Se a base de cálculo do ICM é, no caso, o valor total da operação de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes e outros estabelecimentos comerciais similares, é claro que existe a base de cálculo do ICM, ou seja, o valor total da operação, nesta incluída a parte de serviço.

Recurso provido” (REsp 9.398 — Rel. Min. Garcia Vieira).

No mesmo sentido, os Recursos Especiais nºs 3.986-SP e 9.545-SP, Relator o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Noutro pórtico, atraem a atenção julgados da Egrégia 2ª Turma, frente à legislação colacionada, discordando da globalização das referidas atividades para os efeitos da base de cálculo (valor total), assentado o entendimento na necessidade de ser feita a distinção entre o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços.

Para ilustrar, comporta transcrever:

“TRIBUTÁRIO. ICM. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS EM BARES, RESTAURANTES E ESTABELECIMENTOS SIMILARES.

I — Se a lei estadual não distingue, em sua base de cálculo, o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviço, é ilegítima a cobrança do ICM.

II — Precedentes da 1ª Seção.

III — Recursos especiais providos” (REsp 15.341-RJ — Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *in* DJU de 13.04.92).

À sua vez, na Corte Suprema predomina o entendimento de que é ilegal a exigência do ICM sem ficar expressamente definida a distinção ou separação em comento. É declarada homenagem à competência reservada aos Municípios para a instituição de Impostos sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) — art. 156, IV, Constituição Federal — resguardando operações bem diferenciadas: circulação de mercadorias e prestação de serviços. Aquela, de competência dos Estados, é unicamente a de transporte, de na-

tureza não estritamente municipal e comunicações. Com efeito, no revoar dos conflitantes e divergentes entendimentos e conclusões, para fixar-me reporto-me ao Decreto-Lei nº 406/68 — que revogou os arts. 53 a 58, do CTN — dispondo no seu art. 4º:

“O Imposto sobre Circulação de Mercadorias tem como fato gerador:

I — a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

II — a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento;

III — o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares” (grifei).

Nessa vereda, por necessário à identificação do sujeito passivo vinculado ao fato gerador, comporta registrar que, afugentada a interpretação literal, assentou-se a compreensão de que “saída de mercadoria” não tem a significação de movimentação física, na acepção econômica, incidindo o ICM quando levada para o consumo, desligando-se da universalidade dos bens integrantes do “estoque” do estabelecimento comercial. Com esse pouso conceitual, não se pode aceitar como “saída” o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias para consumo *in loco* (RE nº 85.262 — STF — Plenário, em 02.06.77, e RE nº 99.410 — STF — Rel. Min. Néri da Silveira).

Não cabendo, assim, a equiparação do fornecimento à saída, vê-se da impossibilidade do recurso da analogia para se entender como base de cálculo comum para a incidência.

Nos ventos dos limites da diretriz constitucional vigente à época e das anunciações da legislação estadual decorrente da competência para ditar a incidência e arrecadação do ICM — sem a necessária e correta definição da base de cálculo —, açambarcando os serviços apontados no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares, contrariamente à essa abrangência, encimada pela Suprema Corte, derramou-se copiosa jurisprudência, ficando que a cobrança estava ancorada em ilegítima exigência; p. ex.:

— “ICM sobre alimentação e bebidas fornecidas em bares, restaurantes e similares. Embora um único imposto incida na operação, dela se há de deduzir o que é estranho à base imponible. A ausência de definição da base de cálculo do tributo torna ilegítima sua cobrança” (RE nº 106.048 — STF — Rel. Min. Carlos Madeira — *in* RTJ 117/820 e RTJ 122/807).

— “Imposto sobre a Circulação de Mercadorias — fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

Ilegitimidade da cobrança do tributo por falta de definição da base de cálculo pela lei estadual. Precedentes do Supremo Tribunal Federal — Recurso extraordinário de

que se conhece e ao que se dá provimento” (RE 104.601 — STF — Rel. Min. Octávio Gallotti — *in* RTJ 115/368).

— “Imposto sobre a Circulação de Mercadorias.

Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

Ilegitimidade da cobrança do tributo por falta de definição da base de cálculo pela lei estadual. Precedentes do Supremo Tribunal Federal” (RE 106.661 — STF — Rel. Min. Cordeiro Guerra — *in* RTJ 116/838).

— “ICM. Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares. Ilegitimidade da cobrança — Súmula nº 574 — Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 117.000 — STF — Rel. Min. Célio Borja — *in* RTJ 127/947 e RTJ 124/1.249 e 122/436).

— “ICM. Fornecimento de alimentos, bebidas e outras mercadorias, em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. No RE nº 85.262-DF, o Plenário do STF afirmou que a exigência de ICM, nas hipóteses referidas, somente passou a ter base legal, com a vigência da Lei Complementar nº 34/1967, do Decreto-Lei nº 406/68. Na expressão “saída da mercadoria do estabelecimento comercial”, não se compreende o fornecimento de alimentos e bebidas, na própria casa comercial. Nos Recursos Extraordinários nºs 76.907, 79.251 e 77.943,

o STF proclamou ser inexigível o ICM, de bares e restaurantes, antes do Decreto-Lei nº 406/68 e, depois dele, só se a lei estadual dispuser sobre a respectiva incidência, nesses estabelecimentos. CTN, art. 97. A base de cálculo há de ser prevista em lei. A Lei Paulista nº 440, de 24/09/1974, não fixou a base de cálculo do ICM, quando se trate da hipótese de incidência descrita em seu art. 1º, III. Não pode ser considerada a base de cálculo definida, em lei, para a saída de mercadoria do estabelecimento comercial, em se cuidando de fornecimento de alimentação, bebidas ou outras mercadorias, em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. O fato gerador e a base de cálculo do tributo devem estar definidos em lei. Inaplicabilidade à hipótese do art. 19, § 10, da Lei Paulista nº 440/74. Solução, por via analógica, inviável, na espécie. Recurso extraordinário conhecido e provido, para restabelecer a sentença, nos termos em que concedeu a segurança” (RE 99.410-SP — Rel. Min. Néri da Silveira — STF — *in* RTJ 114/696).

Dessa jurisprudência cristalizou-se a Súmula 574-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 restaurantes ou estabelecimento similar”.

Deve assinalar-se que essa orientação foi também acolhida por esta Seção, convindo mencionar, como forte adesão, desde o EREsp 1.313-SP — Rel. Min. Carlos Velloso, assim ementado:

— “Tributário — ICM — Base de cálculo — Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.

O que se exige é que seja fixada, na lei estadual, base de cálculo própria da hipótese de incidência específica — fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares — não sendo aceitável o que a legislação estadual fez, equiparando, analogicamente, a saída da mercadoria com o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, sem distinguir entre o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviço”.

Feito esse delineamento geral, agora sublinhe-se que está repudiada a tributação das apelidadas “operações mistas”, ou seja, combatendo a incidência abrangente, por ser violadora do art. 97, IV, CTN, no caso, perfilando-se que a base de cálculo deve ater-se às mercadorias fornecidas, abstraindo o valor dos serviços dispendidos. De avante, impondo-se a distinção entre o preço daquelas e destes, sob pena de frustrar-se a garantia da competência municipal para tributar, ampliando-se a deferida ao Estado-membro.

Neste passo, apesar do exame fulcral estar sediado na via especial (art. 105, CF), como purificação e valioso adjutório ao raciocínio lógico-jurídico, não constitui desvio censurável, nem existe óbice mencionar, como luz indireta, princípios gerais e norteadores colhidos na

Constituição. Essa possibilidade está amparada por inestimáveis lições doutrinárias e precedentes da jurisprudência; p. ex.:

“A Constituição da República distingue, com nitidez, a competência do STJ e do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Este, mediante recurso extraordinário, declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 102, III, b). Aquele julga, em recurso especial, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência (art. 105, III, a).

O acórdão embargado não declarou a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de qualquer lei. Restringiu-se, como fazem todos os órgãos julgadores, a analisar e decidir a adequação normativa/fato, considerada uma hipótese concreta.

Tecnicamente, cumpre registrar a diferença entre declaração de inconstitucionalidade e reconhecimento *incidenter tantum* de uma lei. Aquela obedece a rito específico, ao passo que rejeitar a aplicação de lei, porque contrária à Constituição, esta, sem procedimento especial, afeta a qualquer Juiz, é própria da atividade jurisdicional. Logicamente, o Superior Tribunal de Justiça não está impedido de fazê-lo” (REsp 695 — EDcl — Rel. Min. Vicente Cernicchiaro — *in* DJU de 09.03.90 — p. 1.607 — *apud* — Recurso especial — Edson Rocha Bonfim).

O Excelso Supremo, como guardião-maior da Constituição, com o

vigor da sua autoridade, averbou, *verbis*:

“A possibilidade de que a mesma questão de direito venha a ser apreciada tanto no recurso especial quanto no recurso extraordinário é uma contingência do próprio sistema adotado na nova Constituição Federal, ao disciplinar esses dois recursos (arts. 102, III, e 105, III). Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que a norma infraconstitucional, tida como contrariada no recurso especial, reproduz, completamente, ou regula norma constitucional, cuja ofensa é igualmente alegada no recurso extraordinário.

Improcede, portanto, alegação do reclamante de que o Superior Tribunal de Justiça usurpou a competência do Supremo Tribunal Federal. Limitou-se aquele Egrégio Tribunal Superior ao exame da matéria infraconstitucional. Levada a seu conhecimento através do recurso especial, sem qualquer pronunciamento a respeito da incidência do art. 153, § 31, da Lei Maior, objeto do recurso extraordinário.

Cumpre referir, por último, que, na missão de julgar, mediante recurso especial, as questões federais de que tratam as alíneas *a*, *b* e *c*, do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça não está impedido, evidentemente, de apreciar questão constitucional, *incidenter tantum*, como tema prévio à aplicação das normas infraconstitucionais.

O controle incidental de constitucionalidade é difuso entre todos os

órgãos do Poder Judiciário, pois se trata de atividade — no dizer de Alfredo Buzaid — conatural com a função de interpretar e aplicar o direito em cada caso concreto (Da Ação Direta, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 39).

Esse pronunciamento declarativo da invalidade ou da ineficácia, restrito à espécie submetida a julgamento, decorre, de um lado, da noção de Constituição rígida e, de outro, da função do Judiciário de pronunciar o direito aplicável ao caso concreto.

No sistema brasileiro, o direito positivo não atribui a uma instância diversa o exame e a decisão a respeito do seu conflito entre norma inferior e a Constituição, cabendo ao próprio órgão judicial competente para a execução da norma a apreciação de sua legitimidade constitucional. Se existe uma pirâmide de normas — observa Kelsen — o sentido de obrigatoriedade da norma e sua aplicação está na conformidade dela com a norma suprema, de sorte que, no silêncio da lei, *la teoria no puede llegar a otro resultado que este: aquel ha de ejecutar la norma, ha de examinar y decidir también se es o no una norma regular y, por tanto, ejecutable* (Teoria Generale del Estado, Barcelona: Labor, 1934, págs. 374/375).

O que não pode o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial, é decidir a questão constitucional suscitada no recurso extraordinário. Não há, contudo, nenhuma restrição a que aquele Egrégio Tribunal aprecie matéria cons-

titucional que entender conveniente à própria decisão do recurso especial” (Reclamação nº 324-8 — STF — Rel. Min. Carlos Madeira — in DJU de 09.03.90, p. 1.607 — *apud* ob. cit.).

Em abono:

“A inversão na ordem de julgamento dos recursos especial e extraordinário apenas deve ocorrer quando este contenha matéria que, estranha ao primeiro, seja conducente à prejudicialidade.

A simples circunstância de se ter no extraordinário, como é a regra, a alegação de mau-trato à Lei Básica Federal, isto quanto ao mesmo tema veiculado no especial, não autoriza a aplicação do § 5º do artigo 27 da Lei nº 8.038/90, sob pena de, quase sempre, exsurgir quadro ensejador do sobrestamento do especial.

A razão de ser do preceito está na possibilidade de se ter no extraordinário matéria estranha à versada no especial e que, uma vez apreciada, possa implicar o prejuízo deste último, valendo notar que não foge à competência do Superior Tribunal de Justiça, ultrapassada a barreira do conhecimento, o crivo difuso referente à constitucionalidade de ato normativo.

Os fundamentos fáticos de ambos os recursos — o especial e o extraordinário — são os mesmos. Destarte, tenho como imprópria a inversão. A recorribilidade em face da legislação federal há de ser exaurida com a observância do disposto no inciso III do artigo 105 da Lei Básica.

Devolvam-se estes autos ao Superior Tribunal de Justiça, com as homenagens merecidas” (RE 156.572-1-SP — Rel. Min. Marco Aurélio — in DJU de 06.11.92 — p. 20.127).

Percorridos esses ensinamentos, quanto ao enredo do tema tributário causa do debate encetado, sintome autorizado a tecer argumentação com a perspectiva emergida dos lembrados princípios gerais. Nessa lida, começo pelo

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I — impostos sobre:

a)

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (grifei).

c)

Ainda quanto à incidência do imposto em comento, agora, importante complementação (art. 155, ref.):

.....

IX — incidirá também:

a)

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas como serviços não compreendidos na competência dos Municípios” (grifei).

Quais são os serviços NÃO COMPREENDIDOS na competência

dos Municípios? À força aberta, às escâncaras, responde o mesmo art. 155 b, CF, no tocante à competência deferida aos Estados e ao Distrito Federal, quanto à prestação **SOBRE SERVIÇOS**, de forma intangenciável, que somente ou restritivamente aos “de **TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÕES...**” (gf.). Logo, a instituição de imposto sobre as demais prestações de **serviços** estão reservados constitucionalmente aos Municípios, tal como, expressamente, posto no art. 156:

“Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

I

II

III

IV — serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, I, b, definidos em lei complementar” (gf.).

Desse modo, vicejando que, inclusive, o cuidado decorre do respeito à vedação da não cumulatividade dos impostos (art. 155, § 2º, I, CF), salvo escapando-se do conteúdo e alcance dos aludidos princípios da Constituição, procedimento que, ademais, desatendia às disposições do art. 110, CTN. Por essa vertente, deslinda-se que o Estado-membro não tem competência para impor incidência de tributo, tomando como base de cálculo, o total de operações (circulação de mercadorias + prestação de serviços — quanto a estes, salvo os resultantes de transporte

interestadual e intermunicipal e de comunicação).

Consabido é que, sem lei, é vedado exigir tributo (art. 150, I, CF — arts. 6º e parágrafo único, e 97, I e IV, CTN).

Não se cogite, à falta de legislação complementar premeditada nas disposições do inc. IV, art. 156, CF, que o Estado-membro, supletivamente, está autorizado a utilizar-se da base de cálculo sobre o multicitado total. Pois não tem competência residual, nem preferencial, uma vez que, referentemente, aos serviços, a Constituição apenas cometeu-lhe os que estão específica e restritivamente citados na letra *b*, I, art. 155 — nenhum outro. Calham estes comentários feitos pelo ilustre Professor IVES GANDRA DA SILVA MARTINS:

“Apenas se a lei complementar excluir da competência municipal tal tipo de serviço é que a incidência poderá ser plena, pelo menos à luz da interpretação da Suprema Corte” (Comentários à Constituição do Brasil — vol. 6º — tomo I — pág. 464 — Saraiva — 1ª ed.).

Dest’arte, a LEI COMPLEMENTAR prevista constitucionalmente é que

“... vai dispor sobre a competência dos Municípios no tocante aos **serviços de qualquer natureza** para se saber quando houver circulação de mercadorias em conjunto com a prestação de serviço, se ambas cabem ao Estado-membro onde se realizou a operação, ou se o Im-

posto sobre a Circulação de Mercadorias pertence ao Estado-membro e sobre o serviço que foi prestado concomitantemente pertence também ao Estado-membro ou ao Município” (WOLGRAN J. FERREIRA — Comentários à Constituição de 1988 — vol. 2º — 1ª ed., p. 895).

Do exposto, pois, emerge que não pode ser acolhida a tributação de “operações mistas”, com incidência abrangente sobre a “circulação de mercadorias” e “serviços”.

É certo que, como bem acudiu, no seu voto, o Senhor Ministro Garcia Vieira,

“Admitir que o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por restaurantes, bares e outros estabelecimentos não esteja sujeito ao ICM e como a parte de serviços nele embutida não conste da lista do Decreto-Lei 406/68 importará reconhecer aos donos destes estabelecimentos comerciais uma isenção total e absoluta de ICM e ISS não prevista em lei, com ilimitados e inaceitáveis prejuízos para os Estados e, conseqüentemente, para a própria sociedade”.

Não obstante, mesmo comungando dessas cívicas preocupações, à vista dos princípios da Constituição trazidos para confrontar a legislação infraconstitucional, penso que a iniciativa deve ser debitada aos legisladores, acolitados pelas lideranças municipalistas diretamente interessadas a fim de que, de modo expedito, para evitar a evasão de receitas fiscais, tragam a lume a

LEI COMPLEMENTAR reclamada no inciso IV, art. 156, Constituição Federal.

Pelo fio das razões expostas, parecendo-me que diferente não seria na vigência da Constituição anterior (art. 24, II), quando ocorreu o fato gerador da tributação questionada, inexistente a necessária Lei Complementar, convencido de que o Estado-membro, ressalvados os “de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”, não pode exigir tributos sobre o “total” dos “serviços prestados no fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, bares e estabelecimentos similares”, desse modo, entendendo ser ilegítima a tributação do ICM, conhecendo dos embargos, acompanhado o voto do Senhor Ministro Relator.

É o meu voto-vista.”

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Discordo do eminente Relator. Farei juntada de voto por mim proferido anteriormente.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL Nº 27.391-6-SP

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Cuidam os autos de polêmica questão, conquanto já em vias de pacificado entendimento na Conspícua Primeira Seção deste Tribunal.

Debate-se a legitimidade da cobrança do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias — ICM, hoje Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação — ICMS, no fornecimento de alimentos e bebidas em restaurantes, bares e estabelecimentos congêneres.

Três questões despontam no deslinde da controvérsia.

A primeira diz com a natureza da atividade. Cinge-se em saber se o fornecimento em tela caracteriza operação relativa à circulação de mercadoria, tributável pelo Estado (artigo 155, inciso I, alínea b, CF/88 — artigo 23, inciso II, CF/69), ou prestação de serviço, hipótese, em princípio, destinada à incidência do ISS, da competência municipal (artigo 156, inciso IV, CF/88 — artigo 24, inciso II, CF/69).

A segunda relaciona-se com a legitimidade ou não da incidência do imposto diverso daquele reclamado pela natureza da atividade.

A terceira saber se, estabelecendo a lei dito fornecimento como fato gerador do ICM, estaria a base de cálculo jungida ao preço da mercadoria ou se poderia nela incluir-se o correspondente à prestação de serviço.

Cumprida, a princípio, a análise da legislação pertinente.

A Constituição pretérita, no artigo 23, inciso II, previa:

“Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

...

II — operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, impostos que não serão cumulativos e dos quais se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.”

O Decreto-Lei nº 406/68, que “*estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza*”, em seu artigo 1º, inciso III, dispõe:

“Art. 1º. O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias tem como fato gerador:

...

III — o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.”

Estatui o § 2º do artigo 8º do citado decreto-lei, com a redação conferida pelo Decreto-Lei nº 834/69:

“Art. 8º. O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1º. Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto

previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 2º. O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias”.

Cabe ressaltar que a Lista de Serviços contida no Decreto-Lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, não inclui em sua taxativa enumeração a prestação de serviços nos restaurantes e similares como fato gerador do ISS. E, diga-se, nem poderia fazê-lo, porque, como visto acima, o mesmo Diploma o situa na órbita de incidência do ICM.

A Constituição de 1988 criou o ICMS ao pontificar, no artigo 155, inciso I, alínea b, o seguinte:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I — imposto sobre:

...

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;”

Na seqüência, dispõe a Constituição Federal, no § 2º, inciso IX, alínea b, do mesmo artigo 155:

“§ 2º. O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

...

IX — incidirá também:

...

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios.”

Tal competência municipal está assim disciplinada no artigo 156:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

...

IV — serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, I, b, definidos em lei complementar”.

Desta forma estão sujeitos ao ISS serviços de qualquer natureza desde que definidos em lei complementar (à exceção dos de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, que são os previstos na alínea b do inciso I do artigo 155).

Tem-se, a *contrario sensu*, que serviços não definidos na referida lei complementar, estão fora da incidência do ISS. Estariam também excluídos da competência municipal?

A rigor, a não previsão na lei complementar afasta apenas a exigibilidade do imposto, mas não a competência municipal para cobrá-lo, porque, a qualquer momento, pode a União, mediante lei complementar, vir a editar nova Lista de Serviços ou mesmo incluir na já existente outros serviços.

A mera possibilidade, contemplada em hipotético raciocínio, não é suficiente para materializar a competência, vez que requisito necessário à sua existência é a sua definição. Assim, somente são sujeitos à competência tributária municipal os serviços taxativa e expressamente elencados no parâmetro federal.

Cumprido, pois, examinar a legislação como ela se apresenta, observando-se suas específicas definições, e não como ela poderia vir a se apresentar.

A própria Constituição prevê a possibilidade de outros serviços, além dos de transporte e comunicação, serem fatos geradores de ICMS, desde que prestados concomitantemente com fornecimento de mercadorias e não compreendidos na competência municipal (alínea b, inciso “IX”, § 2º, artigo 155, CF).

Enfatize-se que os municípios só podem instituir o ISS sobre os serviços inseridos na lista de serviços especificados em lei complementar (artigo 156, inciso IV, CF).

Assim, sobre os serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios, vale dizer, não inseridos na lista de serviços especificados em lei complementar, mas presentes no fornecimento de mercadorias, por força do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b, poderá incidir o ICMS.

Instalado o novo Sistema Tributário Nacional, decorridos os cinco meses da promulgação da Carta Magna de 1988 — artigo 34, *caput*, do ADCT —, celebrou-se, na ausên-

cia da lei complementar necessária à instituição do ICMS, de acordo com a previsão contida no § 8º do último referido artigo, o Convênio nº 66, de 14 de dezembro de 1988, publicado no DOU em 16.12.88, estabelecendo normas provisórias destinadas a regular a instituição do ICMS, prevendo, no que pertine:

“Art. 2º. Ocorre o fato gerador do imposto:

...

VII — no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por qualquer estabelecimento, incluídos os serviços prestados;”

“Art. 4º. A base de cálculo do imposto é:

...

IV — no fornecimento de que trata o inciso VII do artigo 2º, o valor total da operação, compreendendo o fornecimento da mercadoria e a prestação do serviço;”

Em consonância com o artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b, CF, está o § 2º do artigo 8º do Decreto-lei nº 406/68, com a redação conferida pelo Decreto-lei nº 834/69, cujo teor vale repetir:

“§ 2º. O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na Lista fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias”.

Estas normas são de fundamental importância, cuja leitura evidencia que o fornecimento em questão

é fato gerador do ICMS, não importando sua natureza seja prestação de serviço ou circulação de mercadoria, ou ambos.

Ressalvo, neste passo, que elas não incidem em impropriedade, dada a complexidade do fato jurígeno, integrado pelas assinaladas atividades, como também não incorreu em inconstitucionalidade.

Podem os Estados, no exercício da competência concorrente e suplementar, conferida pela Lei Maior, no artigo 24, inciso I, parágrafos, e no ADCT, artigo 34, §§ 3º e 4º, correspondente ao parágrafo único, artigo 8º da Carta revogada, legislar sobre Direito Tributário.

No caso vertente, o Estado de São Paulo editou lei, na ausência de previsão na mencionada Lista, buscando tornar exigível a previsão federal da incidência do ICM/ICMS.

A precursora foi a Lei nº 440, de 24 de setembro de 1974, que, em seu art. 1º, inciso III, repetiu a determinação do fato gerador contida no Decreto-Lei nº 406/68. Assentou, no artigo 19, inciso I, que a base de cálculo seria “o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria”.

Seguiu-se a Lei nº 2.252, de 20 de dezembro de 1979, que alterou o artigo 19 da Lei nº 440, especificando que a referida base de cálculo seria para o caso da “saída de mercadoria com prestação de serviços não previstos em lei complementar federal pertinente ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza”.

Sobreveio, em 03 de novembro de 1987, a Lei nº 5.886, onde o Estado, tentando acabar com as controvérsias existentes, conferiu ao inciso IV do referido artigo 19, a seguinte redação: “no caso do inciso III do art. 1º, a base de cálculo é o valor total cobrado do adquirente”.

Deu-se o advento da Constituição de 1988 e em seguida o Convênio ICMS 66/88.

O Estado de São Paulo, então, observando os seus termos, editou a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, instituindo o “Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e de Comunicação — ICMS”, dispondo, no que interessa:

“Art. 2º. Ocorre o fato gerador do imposto:

...

III — no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento, incluídos os serviços que lhe sejam inerentes;”

“Art. 24. Ressalvados os casos expressamente previstos, a base de cálculo do imposto nas hipóteses do artigo 2º é:

...

II — quanto ao fornecimento aludido no inciso III, o valor total da operação compreendendo as mercadorias e os serviços;”

Se a legislação paulista, em tempos passados, não previa a base de cálculo deste imposto — o que origi-

nou a reiterada jurisprudência, cristalizada no Verbete nº 594 da Súmula do Colendo Supremo Tribunal Federal, sob a vigência da Constituição pretérita — isso hoje já não mais ocorre, ainda que se questione sobre sua amplitude, pois que deficiência não é inexistência.

Nessa linha, a Turma Especial da Segunda Seção do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por expressiva maioria, no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 139.513-2, em 27/4/90, consagrou a tese favorável à Fazenda do Estado, entendendo que a Lei nº 5.886/87 estabeleceu adequada base de cálculo para a incidência do ICM nas operações de fornecimento de bebidas e alimentação nos bares e restaurantes.

Em defesa dos contribuintes alega-se que ilegítima a incidência, na medida em que o caso dos restaurantes configuraria nítida prestação de serviço, cuja mercadoria seria apenas meio destinado a um fim. Diz-se, por igual, que somente seria tributável, pelo Estado, o fornecimento de mercadorias com prestação simultânea de serviços, não o sendo os serviços cuja prestação envolva fornecimento de mercadorias. A distinção, especiosa, não conduz a consequência de relevo.

É verdade que predomina o entendimento segundo o qual a natureza jurídica do fornecimento de alimentos e bebidas em bares e restaurantes é de prestação de serviços e não circulação de mercadorias.

Com efeito, observou o eminente Ministro Cordeiro Guerra no julgamento do RE nº 105.528:

“Na espécie, o restaurante e o bar ou similares não vendem mercadorias, servem bebidas, refeições. Não há circulação de mercadorias mas prestação de serviços.

De fato, os restaurantes não dão saída a mercadorias: carne, arroz, batatas, etc., antes a consomem, ainda que não vendam todos os bifes com fritas aos seus fregueses. As garrafas não são vendidas, mesmo quando seu conteúdo é consumido no local ou estabelecimento que as fornece.

A rigor, o fornecimento é o produto de consumação ou transformação das mercadorias. Essas não circulam, são incorporadas à prestação de serviços” (RTJ 118/292).

Na mesma linha de raciocínio, a já conhecida lição do Prof. Roque Antônio Carraza, citada pelo eminente Ministro Gomes de Barros em seu voto sobre a matéria, cujo teor transcrevo:

“Na real verdade, ninguém vai a um restaurante com o fito de comprar mantimentos (do mesmo modo que ninguém vai a uma boate para comprar bebidas). Pelo contrário, é evidente que quem procura um restaurante, vai em busca de um serviço, que se perfaz não só com o fornecimento de alimentos, senão, também, de bebidas, de cigarros, de fósforos e, eventualmente, até de flores. Em outros termos, mais técnicos, o bem (o alimento) não é obje-

to do contrato que se celebra entre o restaurante e o freguês; o objeto deste contrato é o esforço pessoal (o serviço). Isto, diga-se de passagem, explica por que um prato que, num bar, custa Cr\$ 100,00, vem a custar, num restaurante mais sofisticado Cr\$ 700,00, embora os ingredientes que o compõe sejam os mesmos (ou praticamente os mesmos). É o esmero do serviço (do preparo) que determina esta bruta diferença de preço e, não, o custo dos alimentos fornecidos para compor o prato” (A Inconstitucionalidade do art. 1º, III, do Decreto-Lei 406/68 — *in* Revista de Direito Tributário nº 6 (21-22), pág. 42”).

Na esteira dessas considerações chega-se a distinção entre duas modalidades de obrigação: a de dar, que, a princípio, estaria gravada pelo ICM, hoje ICMS; e a de fazer, sujeita ao ISS, o que estaria a justificar a inconstitucionalidade da incidência do ICM sobre o fornecimento, por se tratar de prestação de serviço, configurando, destarte, invasão de competência.

Neste aspecto, *mutatis mutandis*, a abalizada opinião do saudoso Desembargador Serpa Lopes:

“Explica-se essa inalterabilidade: se o empreiteiro fornece os materiais, não são estes em si o objeto do contrato, senão a matéria lavrada, trabalhada e transformada pelo trabalho do homem. É este trabalho que surge no antepiano de modo que, mesmo quando o empreiteiro fornece o material, o contrato de empreitada continua qualificado

como tal, abrangendo, em princípio, duas obrigações: a de fazer, lavrando a coisa, e, como consectário lógico desta primeira, a de entregá-la ao dono da coisa. Esta entrega não está vinculada à obrigação de dar, senão à de fazer, como um meio para o seu cumprimento” (Curso de Direito Civil, vol. 4, págs. 141/142, 2ª ed.).

A distinção, contudo, não gera os efeitos pretendidos. Ao contemplar a legislação, verifica-se que, de maneira geral, uma de duas: ou os serviços absorvem o fornecimento de mercadorias, incidindo, no valor total, o ISS; ou, se cuidando de serviço não especificado na Lista, o fornecimento da mercadoria absorve a prestação de serviço, sendo a operação tributada pelo ICMS, antigo ICM, e, da mesma forma, sendo a base de cálculo o valor total da operação.

Eventual imprecisão técnica do legislador em considerar predominante, em tal ou qual evento, tal e qual aspecto, não tem a força de prejudicar a incidência do tributo.

É certo que não se pode tributar sem amparo legal, vale dizer, não se pode ter como legítima a cobrança de tributo sem expressa previsão na lei. Isto, aliás, é remansoso nas jurisprudências desta Corte e do STF.

O ponto, contudo, não é este. A lei existe e prevê fato gerador e base de cálculo, respaldada, já agora, no artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b, CF. Isto é ilegítimo?

Poder-se-ia, então, indagar quanto à validade da citada norma.

Anoto que não configura ilegitimidade ou inconstitucionalidade o simples fato de se ter como operação relativa à circulação de mercadoria o que seria prestação de serviço. Enfatizo que, neste caso, ainda que se tenha inexata aceção da natureza do fato, consubstanciado em fluxo significativo de riqueza, que se quer tributar, isto, por si só, não invalida a pretensão fiscal.

Ademais, *data venia* das ilustres e doutas opiniões em contrário, não há invasão de competência. A Constituição prevê esta hipótese, declarando que o ICMS incide TAMBÉM (isto é, não há relação com os serviços identificados na alínea b do inciso I do artigo 155) “sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios” (artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b).

De igual forma, o mesmo dispositivo estabelece que, em tais situações, a base de cálculo do imposto deve englobar o valor da prestação do serviço (“valor total da operação”). Isto porque, não havendo tributação pelo Município, se também não houvesse incidência do ICMS, estaria a categoria econômica de que se cuida, a desfrutar de inaceitável privilégio, para não dizer “isenção”, em desfavor dos milhares de beneficiários da receita estadual, em prol do enriquecimento injustificado daqueles que não recolhem o ISS e não querem pagar o ICMS, que, certamente, é cobrado do consumidor.

Insisto que a competência municipal se limita aos serviços de qualquer natureza definidos em lei complementar, ressalvado os do artigo 155, inciso I, alínea b.

Se a lei complementar não prevê determinado serviço como tributável pelo ISS municipal, legítima será a incidência do ICMS, nos termos do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b. Não se configurando, de outra parte, a por vezes sustentada invasão de competência.

Nem se alegue que se estaria frente a um *bis in idem*. É que o Estado só pode tributar na inexistência da tributação municipal. Somente nesta hipótese poderá instituir e cobrar o ICMS sobre o serviço simultâneo ao fornecimento de mercadorias.

E mais: o nome do imposto representado pela sigla ICM/ICMS é “imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias ...”, donde se depreende claramente que o legislador incluiu na hipótese de incidência não só a circulação, mas, também, as operações a ela concernentes, razão pela qual não refoge ao seu âmbito o serviço envolvido.

Aliás, restringir a competência dos Estados aos serviços de transporte e de comunicação importaria em negar por completo a possibilidade de os Estados tributarem operações mistas, em frontal violação ao artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b.

Ademais, não há, a rigor, operação relativa à circulação de mercadoria que não esteja intrinsecamen-

te relacionada a certa atividade classificável como “serviço”. Da mesma forma, diversos serviços sujeitos ao ISS demandam a utilização de mercadorias e nem por isso se invalida ou se tem como inconstitucional a incidência do referido imposto.

Por estas razões, tenho como legítima tanto a incidência do ICMS como, também, a cobrança do ICM, a partir da Lei Paulista nº 5.886/87, que, de forma inequívoca, estabeleceu a base de cálculo para o fornecimento, que já era previsto pelo Decreto-Lei nº 406/69, como fato gerador do ICM.

Cobra relevo, ainda, a inadequação, à espécie, da jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, neste aspecto, anterior, não só no tempo, como na realidade jurídica.

Essa assertiva, aliás, é prestigiada pelo judicioso entendimento do eminente Ministro Marco Aurélio, contido em recente decisão, publicada no DJ de 1º/7/92, pág. 10.575, que negou provimento a agravo manifestado da inadmissão de recurso extraordinário interposto contra v. acórdão proferido por esta Corte, acolhendo tese contrária ao contribuinte, assentando:

“Admitir-se que, na hipótese, a agravante não esteja sujeita quer ao Imposto sobre Serviços, quer ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias é conferir-lhe isenção total e absoluta não prevista em lei, com ilimitados e inaceitáveis prejuízos para o Estado e para a própria sociedade. É oportuno frisar, por último, que não guarda sintonia com o qua-

dro dos autos a jurisprudência sumulada desta Corte — Verbete nº 574, que pressupõe a inexistência de lei estadual que estabeleça a cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurante ou estabelecimento similar” (grifei).

Isto posto, rogando vênias ao eminente Ministro Relator, nego provimento ao recurso.”

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.676-3 — SP — (92.0010192-5) — Relator: Exmo. Sr.

Ministro Milton Luiz Pereira. Recite.: Restaurante H2 Ltda. Advs.: Normando Fonseca e outros. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Célia Mariza de Oliveira e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha, deu provimento ao recurso (em 10.03.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Cesar Rocha, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 21.697-0 — SP
(Registro nº 92.0010214-0)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Marisa Rosângela Carlos*

Recorrido: *José Ferreira Dias da Quinta*

Advogados: *Drs. Menaldo Montenegro e outro, e Oscar Sandoval Motta*

EMENTA: Direito de Família. Civil. Alimentos. Ex-cônjuge. Exoneração. Filho concebido após a separação consensual. Dever de fidelidade. Recurso provido. 1. Não autoriza exoneração da obrigação de prestar alimentos à ex-mulher o só fato de esta haver concebido filho fruto de relação sexual mantida com terceiro após a separação. 2. A separação judicial põe termo ao dever de fidelidade recíproca. As relações sexuais eventualmente mantidas com terceiros após a dissolução da sociedade conjugal, desde que não se comprove desregramento de conduta, não têm o condão de ensejar a exoneração da obrigação alimentar, dado que não estão os ex-cônjuges impedidos de estabelecer novas relações e buscar, em novos parceiros, afinidades e sentimentos capazes de possibilitar-lhes um futuro convívio afetivo e feliz. 3. Em linha de princípio, a exoneração de prestação alimentar estipulada quando da separação consensual somente se mostra possível em uma das seguintes situações: a) convalidação de novas núpcias ou estabelecimento de relação concubinária pelo ex-cônjuge pensionado; b) adoção de comportamento indigno; c) alteração das condições econômicas dos ex-cônjuges em relação às existentes ao tempo da dissolução da sociedade conjugal. 4. Inaplicável à espécie, porque não se trata no caso de fixação de pensão alimentícia, o entendimento que se vem firmando no sentido de que, hodiernamente, dada a equiparação profissional entre mulheres e homens, ambos disputando em condições de igualdade o mercado de trabalho, não se mostram devidos, nas separações sem culpa, alimentos aos ex-cônjuges, salvo se comprovada a incapacidade laborativa de um deles.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer

do recurso e em lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Cuida-se de ação proposta por ex-marido buscando exonerar-se do pagamento de pensão alimentícia à sua ex-mulher, a que ficou obrigado por ocasião da separação consensual do casal.

O autor fundamentou o seu pedido no fato de a ré estar vivendo em concubinato com outro homem, ter tido um filho dessa relação e ter ocupação definida que lhe permite auferir renda suficiente à sua manutenção.

O sentenciante, considerando incomprovados o concubinato e a auto-suficiência econômica da ré, julgou improcedente o pedido, assim se posicionando no que diz com o fato de ela haver concebido um filho após a dissolução da sociedade conjugal:

“O nascimento do filho, por si só, não pode ser considerado como fato novo que possa alterar a situação fática preexistente na época do divórcio e levar à exoneração do alimentante.

Com a dissolução da sociedade conjugal cessa para ambos os cônjuges o dever de fidelidade, não sendo ilícitas as relações sexuais de qualquer deles com terceira pessoa.

Esse tipo de comportamento não se liga necessariamente à questão de alimentos, embora em circunstâncias especiais de nítida conduta imoral, que não é o caso dos autos, possa ter influência direta.

Enfim, o fato de a ré ter tido um filho após a separação do casal não tem influência ou repercussão sobre o ajuste de alimentos firmado na separação e confirmado no divórcio”.

Interposta apelação pelo autor, a Quarta Câmara Civil de Férias B do Tribunal de Justiça de São Paulo deu-lhe provimento “para exonerar o apelante do pagamento de pensão à ré”, sob os seguintes fundamentos:

“No mérito o recurso comporta provimento. A ré admite e a certidão de fls. 28 é prova inconteste, que teve um filho com outro indivíduo, após sua separação.

A r. decisão entendeu que somente ocorrendo o concubinato é que seria possível a exoneração pleiteada. Não é correta, contudo, essa colocação.

Com efeito, esta Quarta Câmara, na Apelação Cível nº 18.544-1, tendo como Relator o Des. Alves Braga, já decidiu que “a mulher desquitada, para exigir o sustento do seu ex-marido, deve ter procedimento irrepreensível. A fidelidade, a que não está obrigada legalmente após o

desquite, é o preço que paga pelo direito à pensão alimentar. O varão não pode ser compelido a prestar alimentos à sua ex-mulher se comprovar que após a separação andou ela a se aventurar ou meteu-se, em concubinato, ainda que episódico ou transitório. Esse irregular comportamento da mulher exonera, definitivamente, o ex-marido da obrigação de alimentar” (RJTJESP 79/41). E, no mesmo sentido, RJTJESP 90/282.

Outro não é o entendimento da doutrina, como, aliás, ressaltado pela douta Procuradoria de Justiça em seu parecer. Como lembra o Des. Yussef Cahali: “fala-se, com muita propriedade e senso jurídico, que a mulher desquitada que arranja amante deve alimentar-se a si própria, ou à custa de seus afeiçoados, e não à custa daquele a quem não a ligam mais relações jurídicas ou econômicas, porque não se deve animar a imoralidade ou instituir o parasitismo compulsório; em resumo, a mulher desquitada perde o direito a alimentos por parte do ex-cônjuge quando, após a dissolução da sociedade, pratica atos que, se ainda vigente a sociedade conjugal, autorizariam ao marido a propositura de ação de separação litigiosa (Dos Alimentos, pág. 342)”.

Inconformada, a ré manifestou o recurso especial, alegando vulnerados os arts. 333, CPC, 4º, LICC, e 3º da Lei 6.515/77, além de dissenso interpretativo com julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sustenta que, “com a dissolução da sociedade conjugal, cessa para am-

bos os cônjuges o dever de fidelidade”, não sendo “ilícitas as relações sexuais de qualquer deles com terceira pessoa”, impondo-se “reconhecer que por si só é insuficiente para justificar a exoneração do alimentante o mero fato de vir a nascer à alimentada filho de outro homem, concebido após a separação, já que a concepção é efeito normal das aludidas relações”.

Sem contra-razões, foi o apelo admitido na origem.

O *Parquet* federal, em parecer da lavra da Subprocuradoria-Geral da República, opina pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Sob o prisma do alegado dissídio pretoriano o recurso não merece ser conhecido. A cópia do único julgado trazido a confronto veio aos autos sem a devida autenticação, não sendo, por outro lado, credenciado e/ou autorizado por esta Corte o repositório de jurisprudência em que o recorrente afirma publicado o paradigma (ADCOAS).

Pela alínea *a* não vislumbrou violados os arts. 333, CPC, e 4º, LICC.

O acórdão recorrido não admitiu como comprovado o concubinato. Entendeu, isso sim, que, mesmo não tendo o autor logrado demonstrar a existência de convivência *more uxorio* de sua ex-mulher com o pai do

filho havido após a separação, mesmo assim se impunha acolher o pedido de exoneração por caracterizado comportamento irregular da mesma.

A Câmara julgadora, de outra parte, não se utilizou de analogia, tal como afirmado pela recorrente. Apenas lastreou a decisão impugnada em orientações doutrinária e jurisprudencial que entendeu aplicáveis à espécie.

Entendo, porém, ter o aresto impugnado incorrido em afronta ao disposto no art. 3º da Lei 6.515/77.

A separação judicial põe termo ao dever de fidelidade recíproca. As relações sexuais mantidas com terceiras pessoas após a dissolução da sociedade conjugal não configuram ilícito e, desde que se não comprove imoderação ou desregramento de conduta, capazes de caracterizar vida devassa e dissoluta, tais relações não têm o condão de ensejar a exoneração da obrigação de alimentar.

In casu, da sentença constou que “a ré realmente teve um filho ... fruto de relação isolada ... com outro homem ... quando estava separada judicialmente”. Considerou o julgador monocrático que essa circunstância não traduziu “conduta imoral”, pelo que rejeitou a pretensão exoneratória.

Já a Câmara julgadora, sem acrescentar qualquer outro elemento de natureza fático-probatória, reputou irregular o comportamento da ex-mulher, concedendo ao ex-marido a exoneração definitiva pleiteada. Adotou como motivação entendi-

mentos jurisprudencial e doutrinário no sentido de que “a fidelidade, a que não está obrigada legalmente após o desquite, é o preço que paga pelo direito à pensão alimentar” e de que “a mulher desquitada perde o direito a alimentos por parte do ex-cônjuge quando, após a dissolução da sociedade, pratica atos que, se ainda vigente a sociedade conjugal, autorizariam ao marido a propositura da ação de separação litigiosa”.

Adstrito o âmbito da controvérsia a esse limite — se a concepção de um filho pela ex-mulher, a evidenciar existência de relacionamento sexual com outro homem após a separação, se mostra suficiente a gerar a extinção do dever de prestar alimentos — entendo não poder prevalecer a orientação sufragada pelo v. acórdão recorrido.

Operada a separação judicial, desaparece, como mencionado, o dever de fidelidade. Os ex-cônjuges passam a gozar de liberdade para reconstruírem suas vidas amorosas, buscando ligações afetivas com terceiras pessoas, até porque o relacionamento amoroso, desde que observados determinados limites impostos pela convivência social, deve ser considerado como da natureza humana, algo normal no ser humano, homem ou mulher, e não como um fenômeno proibido e merecedor da repulsa da lei e da sociedade.

Não estão impedidos os ex-cônjuges de estabelecer namoros, colimando conhecer outros parceiros com os quais tenham afinidades ca-

pazes de possibilitar um futuro convívio comum e feliz.

Enquanto não se verificar, contudo, esse convívio afetivo, seja pela convalidação de novas núpcias, seja pelo concubinato, não se mostra possível, com base apenas na comprovação da ocorrência de mero relacionamento amoroso do ex-cônjuge alimentado, deferir-se a extinção da obrigação alimentar. O simples e eventual namoro com outra pessoa, que, enquanto vigente o matrimônio, constitui infidelidade, não consubstancia, se já dissolvida a sociedade conjugal, qualquer irregularidade, e porque não envolve mútua assistência, não enseja a desobrigação do ex-cônjuge alimentante.

É certo, por outro lado, que se o pensionado passa, após a separação, a adotar comportamento leviano, a levar vida desregrada, passa, via de consequência, a também não mais fazer jus aos alimentos e, nesse caso, aí sim, por comportamento indigno.

Esse, porém, não é o caso dos autos, conforme consignado na sentença e não infirmado pelo acórdão recorrido, do qual, repise-se, não constou qualquer consideração a tal respeito.

Reputo, assim, violado o art. 3º da Lei 6.515/77, na medida em que, não se havendo falar, após a separação, em infidelidade, não pode por si só ser causa de extinção do pensionamento o simples relacionamento afetivo sem recíproco apoio financeiro em que se tenha envolvido o ex-cônjuge alimentado, seja homem, seja mulher.

Por derradeiro, apenas a título de esclarecimento, analiso ponderação expendida pelo Ministério Público, no sentido de que:

“Depois, não se pode olvidar que a recorrente e o recorrido estiveram casados apenas por seis anos, aproximadamente, sendo ela jovem e saudável, com profissão definida. Deve, pois, recomeçar sua vida, provendo o próprio sustento, cumprindo a primeira obrigação social, que é trabalhar. Afinal, porque não demonstrou incapacidade alguma, não se apresenta como necessitada”:

Com efeito, hodiernamente, dadas a autonomia profissional e a conquista do mercado de trabalho pela mulher, que a equipararam nesse aspecto ao homem, tende-se a considerar, nos casos de separação sem culpa, não mais devidos alimentos ao ex-cônjuge, salvo se comprovada a incapacidade laborativa de um deles. Até porque não se deve prestigiar a “indústria dos alimentos”, calcada apenas na ocorrência de um matrimônio que se desfez.

No caso dos autos, entretanto, a par de o acórdão impugnado não haver feito qualquer referência a particular, é de considerar-se que à época da dissolução da sociedade conjugal a ré recorrente já era jovem, saudável e possuía profissão definida. Em relação a tanto, assim, não houve alteração das condições existentes quando da separação consensual (Código Civil, art. 401), oportunidade em que o autor recorrido reconheceu — e não se há de

perquirir-se o porquê — devido o pensionamento.

Em suma, tão-somente pelo fundamento exposto não se justifica a supressão da responsabilidade alimentar.

Em face do exposto, conheço do recurso e ao mesmo dou provimento para restabelecer a sentença.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Senhor Presidente, coloco-me de acordo com o eminente Ministro-Relator, pois também considero vulnerado o art. 3º da Lei 6.515, de 1977. A mera concepção de um filho não pode ter como consequência, só por isso, a extinção do dever de prestar alimentos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Acompanho o voto do eminente Ministro-Relator. Assim o faço talvez reconsiderando, quando menos em parte, pronunciamentos meus em arestos de que fui Relator ou participante como integrante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Parece-me, realmente, que o acordo para o pagamento da pensão alimentícia à mulher, em separação consensual do casal, não pode trazer como contrapartida a obrigação de a mulher guardar fidelidade ao ex-marido ou de, daí em avante, observar vida monástica ou impôr-se

precauções extremas de sigilo ao manter relações carnavais com outrem.

Assim, o relevante é saber se o relacionamento da mulher alimentada, com terceiros, alterou ou não a sua situação patrimonial. E, como bem frisou o eminente Relator, não está comprovada alteração patrimonial, razão por que o acompanho.

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, ao subscrever o d. voto do eminente Relator, acrescento breves ponderações, em apreço à relevância da espécie.

Mostram os autos, como se extrai do relatório, que a separação foi consensual e que o ex-marido assumiu a obrigação de concorrer para o sustento da ex-esposa.

Resulta, assim, a certeza de que, por um lado, quando do casamento, a então nubente não era capaz de prover, por si mesma, o seu sustento, situação que se manteve ao longo da vida em comum; e, por outro lado, que ela não deu causa ao insucesso da união, nem para isso correu: a não ser assim, o recorrido, certamente, não teria anuído em pensioná-la tal como sua mais recente conduta demonstra ao procurar se eximir desse encargo.

Acresce que nada consta dos autos, que desabone a conduta da mulher.

Emerge, pois, a questão: está a mulher, para continuar no merecimento dessa pensão, adstrita à observância de uma vida reclusa, constrangida a comportamento incompatível com sua saúde e demais condições pessoais?

Penso que o v. acórdão recorrido não se houve com a acuidade habitual, ao exigir da ex-esposa conduta contrária à natureza, enquanto não condiz com o normal convívio social. E isto, sem qualquer mínima razão jurídica plausível, de vez que o casamento se extinguiu e o ex-marido ficou livre para outra união. Diversa não poderia ser a situação da ex-esposa.

Acresce que nada foi apontado, no comportamento desta, que pudesse justificar a pretendida rescisão do acordo, pois não se estabeleceu tivesse ela assumido vida em comum com terceiro. Nem mesmo o nascimento do filho altera os dados da lide: é consequência plausível da condição jurídica decorrente do divórcio, que nada tem de ilícita, nem de imoral.

Em outras palavras, tenho como certo que a lei não impõe à ex-esposa o voto de castidade; menos, ainda, o dever de se abster, a fim de

continuar a receber a pensão, que se funda em causas e razões próprias, as quais subsistem, sem significativa alteração, como na ocasião da separação.

Com estas considerações, fico de acordo com o eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, para considerar contrariada a regra do art. 3º da Lei 6.515, como alegada neste recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.697-0 — SP — (92.0010214-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Marisa Rosângela Carlos. Advogados: Menaldo Montenegro e outro. Recdo.: José Ferreira Dias da Quinta. Advogado: Oscar Sandoval Motta.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 14.06.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 23.059-0 — MG

(Registro nº 92.0013311-8)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Nova B. H. Lanches Ltda.*

Recda.: *Lúgia Baeta Duarte*

Advogados: *Drs. Maximiliano Pompein Pessoa e outro, e Carlos Alberto Azevedo e outro*

EMENTA: Locação. Lei de Luvas. Retomada para uso próprio. Indenização. Fundo de comércio. 1. As hipóteses de indenização previstas no Decreto nº 24.150/34 são *numerus clausus*, não comportando ampliações. 2. Indenização, no caso, indevida. 3. Precedente. 4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Senhores Ministros Athos Carneiro, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Fontes de Alencar.

Brasília, 27 de abril de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BUENO DE
SOUZA: Nova B. H. Lanches Ltda.

interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra *v.* acórdão que negou provimento à apelação que interpusera contra *r.* sentença que julgou improcedente ação renovatória de locação comercial, por haver acolhido pedido de retomada para uso próprio intentado pela locadora.

Eis os principais fundamentos do *v.* acórdão, no que interessa ao julgamento do presente recurso especial (fls. 106/107), *verbis*:

“Com efeito, as considerações desenvolvidas pela apelante, relativamente à valoração do fundo de comércio, eruditamente postas em sua impugnação à contestação, tiveram por escopo a defesa de seu direito à renovação do contrato, sem, contudo, fazer qualquer referência a uma pretendida indenização futura, em caso de insucesso da renovação.

De outra parte, na retomada para uso próprio do locador é incabível qualquer indenização, segundo vêm proclamando nossos Tribunais, na medida em que o locador age no exercício de um direito expressamente prescrito na lei.

Como acentuam NASCIMENTO FRANCO e NISSKE GONDO, "quem age com base na lei não se sujeita à obrigação de indenizar o outro contratante" (Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel, 7ª ed., RT nº 277, pág. 303).

Se a sentença atacada abordou o aspecto relativo ao fundo de comércio no seu confronto com o direito de retomada, *verbis*: "não se nega, em absoluto, o valor do fundo de comércio, conforme discorreu longamente o autor. Negar, no entanto, a retomada para uso próprio, em razão da simples valoração do fundo, seria a negação mesma do direito de propriedade em sua mais significativa manifestação", ela resolveu a questão posta sob este prisma pelo apelado. Não é passível, portanto, de nulidade. Rejeito a preliminar."

Opostos embargos declaratórios foram rejeitados com estes esclarecimentos (fls. 116/117):

"Não vou ao extremo de negar, e se o fizesse, estaria incorrendo em temerária afirmação, que existem decisões que admitem a indenização pelo fundo de comércio em razão de sua perda, pela retomada do locador.

Todavia, sem embargo das ponderadas e robustas opiniões em contrário, filio-me à corrente que inadmitte tal indenização, na medida em que, ao promover a retomada para o fim indicado, está o locador no exercício regular de um direito e, pois, não pratica ato ilícito.

Os casos de indenização são aqueles expressamente consignados no Dec. nº 24.150, de 20.04.34, entre os quais não se inclui, à toda evidência, a hipótese dos autos."

O recorrente, na pretensão de ver reconhecido o direito à indenização do fundo de comércio, sustenta contrariedade aos artigos 16 do Decreto 24.150/34, 126 e 127 do Código de Processo Civil, 4º e 5º do Código Civil, além de divergência jurisprudencial que aponta.

Admito o recurso (fls. 152), subiram os autos a esta Corte.

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, colho da r. decisão admissiva do recurso especial o seguinte trecho (fls. 152):

"Importa observar que a conclusão adotada operou-se a duplo fundamento, não impugnando a petição nária, devidamente, o primeiro fundamento decisório, na medida em que se reporta apenas à inicial, não

esclarecendo a linha de argumento posta a partir da impugnação à contestação.

Contudo, releva notar o prequestionamento da matéria na decisão recorrida que, de resto, reconhece a existência de decisões a admitirem a indenização pela perda do fundo de comércio.

Ex positis, a argumentação recursal trouxe razoável dúvida sobre a incidência ou não das normas que invoca.

O recorrente, se não demonstrou à saciedade a incidência dos permissivos constitucionais do recurso especial, pelo menos conseguiu trazer à discussão a possibilidade de que isso tenha ocorrido, **in casu**.

Recomendável, pois, que se requiera a elevada apreciação do Superior Tribunal de Justiça, árbitro maior das controvérsias sobre aplicabilidade de normas infraconstitucionais.”

Sem embargo do intransponível obstáculo alinhado pelo juízo de prelibação, impende acentuar que o entendimento abroquelado pelo v. acórdão recorrido, no sentido de afastar o direito à pretendida indenização, alinha-se com a orientação propugnada por este Colegiado, consoante o decidido no REsp 9.321-RS, sessão de 18.02.92 (DJU 16.03.92), Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, resumido nesta ementa:

“**Locação. Renovatória. Lei de Luvas. Retomada para uso de sociedade. Locador sócio majori-**

tário. Acessões. Indenização deferida. Fundo de comércio. Despesas de mudança. Indenizações desacolhidas. Alegação de afronta aos arts. 2º do Dec. 24.150/34, 126 e 127, CPC, 547 do Código Civil. Recurso parcialmente conhecido e provido.

I — No âmbito estreito do recurso especial não é viável o reexame de matéria da estreita competência das instâncias ordinárias.

II — Em locação regida pela “lei de luvas”, firmou-se a orientação, na doutrina e na jurisprudência, de não ser deferida indenização prevista no art. 20 do Dec. 24.150/34 na hipótese não contemplada de retomada para uso próprio.”

E do d. voto proferido pelo eminente Relator retiro estes fundamentos:

“Em relação à condenação do réu-retomante à indenização das despesas de mudança do locatário e pela desvalorização do fundo de comércio, impõe-se o conhecimento do recurso pelo dissenso.

Lavrou-se efetivamente o dissídio interpretativo entre a decisão recorrida e os acórdãos do Pretório Excelso colacionados, onde se afirma ser incabível tal indenização na hipótese de retomada para uso de sociedade da qual o locador seja sócio majoritário, tese frontalmente divergente da esposada pelo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul no caso vertente.

Como acentua Buzaid (“Da Ação Renovatória”, Saraiva, 1988, 3ª edição, vol. II, nº 298, pág. 497):

“O sistema do Decreto 24.150 é fechado e extremamente rigoroso, não comportando ampliações, nem mesmo quando inspiradas pelas regras de equidade. Ou a indenização se estriba em fato alegado no decurso do processo (melhor proposta de terceiro, art. 20), ou em fato ocorrido depois da sentença (art. 21 e seus parágrafos).

Tratando-se de enumeração exaustiva, o que a lei não contemplou de modo expresse, entende-se excluído. A indenização, que se funda em retomada para uso próprio do locador ou de pessoa de sua família, constitui mera criação dos tribunais, que se afasta do sistema legal.

O problema não consiste em atender às naturais lamentações dos locatários que, por identidade de razão, se julgam com direito à indenização em todos os casos de retomada pelo locador, mas sim de concedê-la unicamente nos casos que a lei de modo explícito consignou.”

Também Nascimento Franco e Niske Gondó trazem doutrina que robustece essa linha de raciocínio:

“O Locatário não tem direito à indenização pelas despesas de mudança, quando a retomada é deferida para uso próprio do locador, do espólio, do herdeiro, ou cônjuge sobrevivente, de qualquer condômino, ou de sociedade de que participe o locador, enfim, para qualquer das formas de uso próprio. Nem cabe a indenização por equidade, porque esta só é aplicável quando admitida

implícita ou explicitamente pela lei. Não obstante, existem decisões divergentes, segundo as quais as despesas de mudança devem ser indenizadas mesmo nas retomadas para uso próprio, o que é ilegal, porque, ao pedir a restituição do imóvel, o locador exercita um direito que a lei expressamente prescreve. E quem age com base na lei não se sujeita à obrigação de indenizar o outro contratante” (Ação renovatória e revisional de aluguel, Revista dos Tribunais, 1977, 3ª edição, nº 273, pág. 310).”

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 23.059-0 — MG — (92.0013311-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Nova B. H. Lanches Ltda. Advogados: Maximiliano Pompein Pessoa e outro. Recda.: Lígia Baeta Duarte. Advogados: Carlos Alberto Azevedo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 27.04.93 — 4ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 23.952-0 — SP
(Registro nº 92.0015875-7)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Vicente Custódio da Silva*

Recorrida: *Hilarinda D'Assumpção*

Advogados: *Drs. Sandra Mayumi Hosaka e outros, e Pedro Helfenstein Prado*

EMENTA: Assistência Judiciária. Prazos dobrados. Aos Advogados do Centro Acadêmico XI de Agosto, da Faculdade de Direito da USP, entidade conveniada com o Estado de São Paulo “visando à prestação de assistência judiciária gratuita”, enquanto prestantes da referida assistência às pessoas carentes, contam-se em dobro todos os prazos. Recurso especial a que se deu provimento. Unânime.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro votaram com o Relator.

Brasília, 06 de outubro de 1992
(data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO,
Presidente. Ministro FONTES DE
ALENCAR, Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação reivindicatória proposta por HILARINDA D'ASSUMPCÃO contra VICENTE CUSTÓDIO DA SILVA.

O réu apresentou contestação que se acha apensada aos autos, em virtude de, na decisão de fl. 53 v., o Juiz singular haver determinado o desentranhamento da contestação e sua juntada por linha por entender que

“razão não assiste aos réus, ao pretenderem que os seus advogados, prestando serviços sob os auspícios do “Centro Acadêmico XI de Agosto, teriam prazo em dobro, em face da Lei 1.060/50, artigo 5º, § 5º, com a alteração dada pela Lei nº 7.871/89,

porque não se enquadram como defensores públicos, nem exercem "cargo equivalente", ao teor da lei."

Após, foi proferida sentença, com julgamento antecipado da lide em face da revelia do réu, dando-se pela procedência da ação (fls. 59/61).

A Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao agravo retido e proveu parcialmente a apelação, nos seguintes termos:

"Como referido pelo douto julgador, no despacho que originou o agravo, 'os advogados que prestam serviços de assistência judiciária sob os auspícios do "Centro Acadêmico XI de Agosto", não gozam do privilégio dos prazos em dobro, porque não se enquadram como defensores públicos, nem exercem "cargo equivalente", ao teor da lei'.

Ora, há reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da relevância desses serviços prestados, regularmente, sem qualquer outra remuneração a não ser o aprendizado, da parte dos estagiários, e do atendimento a uma clientela desprovida de recursos para a procura de outro profissional, ou sem tempo para aguardar o atendimento da Procuradoria de Assistência Judiciária, já por si própria asoberbada por inúmeros azares semelhantes.

Mas chegar-se ao limite de considerar esses advogados, ainda que rotularmente inseridos no contexto de uma assistência pública, como defensores, ou exercendo cargos equivalentes, seria temeridade, por-

que a exceção poderia trazer consequência de inimaginável vulto, na seqüência de similares que poderiam surgir.

De qualquer forma a interpretação analógica, ainda que bem fundamentada, não convence.

Quanto ao mérito, ainda que conhecida a defesa, o que se depreende é que as alegações do apelante não estão provadas.

Se adquirira o imóvel junto com sua irmã, não poderia deixar de munir-se de algum documento, e se ela o vendeu, inteiramente, em 1982, apenas a partir daí é que se iniciaria o prazo para o usucapião, porque, até então, tratar-se-ia de composesse, a desautorizar semelhante forma de aquisição da propriedade.

Ainda que ausente a defesa, tudo demonstra que a edificação foi realizada pelo apelante, que reside no imóvel há tantos anos, e se a edícula não foi incluída no título (fl. 96), ou na matrícula (fl. 06), por certo que a indenização deverá ser atendida" (fls. 95/96).

Houve embargos declaratórios, que foram rejeitados (fls. 104/105).

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, *c*, da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060 e art. 322, do Código de Processo Civil, asseverando que o prazo para a contestação deveria ser em dobro, como também, não era caso de julgamento antecipado da lide, pois deveria ser dada a oportunidade de provas (fls. 107 a 116).

Pelo despacho de fls. 119/120 foi o recurso admitido, subindo os autos a esta Corte.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O v. acórdão manteve a decisão de primeiro grau que determinou o desentranhamento da contestação por considerá-la intempestiva, sob o argumento de que os advogados do Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto, da Universidade de São Paulo, que prestam assistência judiciária à população carente, não se enquadram como defensores públicos, nem exercem “cargo equivalente”, a teor da legislação pertinente, daí não terem o privilégio do prazo em dobro para contestar.

A Lei nº 1.060/50, que trata da Assistência Judiciária, estabelece em seu art. 5º, § 5º, com a redação dada pela Lei nº 7.871/79:

“Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se em dobro todos os prazos”.

No Código de Processo Civil anterior, o art. 32 estabelecia que o benefício do prazo em quádruplo para contestar era dado aos representantes da Fazenda Pública e, no atual,

o art. 188, estabelece que se computará em quádruplo o prazo para contestar quando a parte for a Fazenda Pública.

Podemos inferir que tanto na legislação processual anterior, como na atual, o privilégio do prazo elástico é em razão da parte, justificado pelo interesse público.

Mutatis mutandis, a interpretação teleológica — ao art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 — conduz ao entendimento de que beneficiado é o assistido, com o privilégio do prazo em dobro para contestar. Com efeito, o prazo é dilatado em função da parte desfavorecida de recursos financeiros, ou, nos termos da própria Lei 1.060, em favor do necessitado.

Diz com grande propriedade CARLOS MAXIMILIANO, em sua primorosa obra “Hermenêutica e Aplicação do Direito”:

“Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construía a obra do hermenauta sobre a areia movediça do processo gramatical”.

E prossegue:

“O hermenauta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas

necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida” (págs. 163/164, Editora Freitas Bastos, 8ª edição).

Mesmo que assim não fosse — somente para argumentar — razão também assistiria ao recorrente, porquanto o Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, firmou convênio com o Centro Acadêmico XI de Agosto, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em que estão as seguintes cláusulas:

“CLÁUSULA PRIMEIRA — O presente convênio tem por objeto a prestação de serviços de assistência judiciária gratuita à população carente da cidade de São Paulo.

CLÁUSULA SEGUNDA — Para a realização do objeto deste convênio, compromete-se o CENTRO ACADÊMICO a:

I — desempenhar, por intermédio do Departamento Jurídico e nos limites de sua competência, as atividades relacionadas com o patrocínio de causas de pessoas comprovadamente necessitadas” (fls. 76).

É inquestionável, a meu sentir, que os advogados do Centro Acadêmico XI de Agosto enquanto prestantes dos serviços conveniados, equiparam-se, para efeito do benefício do prazo em dobro previsto na Lei nº 1.060/50 com a redação dada pela Lei nº 7.871/79, aos procuradores da assistência judiciária.

Por oportuno, merecem transcrição os argumentos expendidos na petição recursal:

“... os necessitados, nos termos da lei que procuram o auxílio da Procuradoria da Assistência Judiciária, podem e procuram, igualmente, o DEPARTAMENTO JURÍDICO, graças ao convênio mantido com o Estado de São Paulo, para verem os seus direitos resguardados. Destarte, é inadmissível qualquer discriminação que se queira fazer entre as pessoas carentes que procuram a Procuradoria da Assistência Judiciária e aquelas que procuram uma entidade que tem atribuição de prestar a mesma assistência em virtude de liames evidentes com o Estado, responsável pela viabilização da prestação de assistência judiciária gratuita nos termos do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição da República. Tencionar-se tratar de forma desigual os mesmos cidadãos necessitados de auxílio jurídico, conferindo a uns e não conferindo a outros as benesses da lei, já que todos estão na mesma situação jurídica, significa violar frontalmente o direito fundamental à igualdade assegurado pela Constituição da República em seu artigo 5º, *caput* — “Tbds são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”

Como se ainda não bastasse, a Constituição do Estado de São Paulo no seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 10 preceitua que:

“Dentro de cento e oitenta dias, a contar da promulgação desta Cons-

tituição, o Poder Executivo encaminhará à Assembléia Legislativa o projeto de Lei Orgânica a que se refere o art. 103, parágrafo único. Enquanto não entrar em funcionamento a Defensoria Pública, suas atribuições poderão ser exercidas pela Procuradoria de Assistência Judiciária da Procuradoria-Geral do Estado ou **por advogados contratados ou conveniados com o Poder Público.**”

Como se pode depreender do dispositivo transcrito, a própria Constituição do Estado de São Paulo equipara os órgãos que prestam assistência judiciária gratuita à população carente, ou seja, considera os advogados e contratados e conveniados com o poder público como exercentes de cargo equivalente ao efetuado pela Procuradoria do Estado que, enquanto não se implementa a Defensoria Pública, faz as suas vezes.

Diante do exposto, é iniludível que o DEPARTAMENTO JURÍDICO DO CENTRO ACADÊMICO XI DE AGOSTO da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, faz jus à plena e irrestrita incidência da Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, inclusive no que tange à contagem de todos os prazos processuais em dobro.

Portanto, a peça contestatória ofertada pelo recorrente se faz de maneira alguma intempestiva, pois se o mandado de citação foi juntado aos autos em 03 de outubro de 1989, o prazo do recorrente teria o seu término aos 02 de novembro de 1989. Como o recorrente entregou sua con-

testação à chancela da Secretaria do Tribunal de Justiça aos 24 de outubro de 1989, tem-se que a mesma é absolutamente oportuna.

Desta feita, o recorrente não é revel, e, assim, a sua contestação não deveria ter sido desentranhada dos autos e nem o julgamento deveria ter sido antecipado, nos termos do artigo 330, inciso II, do Código de Processo Civil” (fls. 110/111).

Não parece possível, na exegese do artigo 5º, § 5º, da mencionada legislação, estabelecer a distinção quanto ao prazo em dobro para contestar, como fizera o aresto recorrido, pois os necessitados assistidos pelo Centro Acadêmico XI de Agosto gozam dos mesmos benefícios daqueles que procuram os serviços da Procuradoria de Assistência Judiciária ou Defensoria Pública.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para que, afastada a preliminar de intempestividade da contestação, e anulado o processo a partir de fl. 54, prossiga o feito na forma da lei.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho o em. Relator. E o faço com aplauso e entusiasmo.

Uma das grandes missões do julgador neste final de século é buscar na lei a sua verdadeira teleologia, especialmente no campo do Direito Processual, em face do princípio da instrumentalidade que o informa.

Por outro lado, não bastasse tal circunstância, que afasta o julgador da simples interpretação pelo método gramatical dotando-o de critérios mais eficientes, tais como o axiológico, o progressivo e o finalístico, ao lado do *logos del razonable* de que fala Siches, vejo também um outro aspecto, que se me afigura de grande relevo no caso presente, que é a busca da igualdade substancial, a ultrapassar até mesmo os limites do texto constitucional.

Quer-me parecer que o legislador, ao redigir (de forma incompleta) o § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/1950, procurou dar ao hipossuficiente melhores condições na defesa dos seus interesses em litígio.

Essa igualdade substancial, que se busca no âmbito do Direito e, especialmente, no campo do processo civil, faz com que os centros acadêmicos, desde que devidamente organizados, de que certamente é modelo o "Centro Acadêmico XI de Agosto", pertencente à tradicional Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, mereçam uma exegese que dê aos seus departamentos de assistência judiciária o mesmo tratamento que a lei dá aos departamentos oficiais, especialmente quando, como mostrou o em. Relator, há convênio celebrado entre eles e o Estado.

Com essas considerações, adiro às inteiras ao voto brilhantemente exposto pelo Sr. Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente,

também adiro ao voto do eminente Relator, considerando que o Departamento Jurídico do Centro Acadêmico Onze de Agosto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo exerce efetiva e relevante atividade no setor de assistência judiciária, senão paralelamente à atuação da Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado, ao menos, complementando-a.

Acresce ainda que, conforme ressaltou o eminente Relator, há um convênio assinado entre a Secretaria de Justiça do Estado e o referido Centro Acadêmico, o que, a meu ver, justifica a aplicação, no caso, do disposto no art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060, de 1950. A qualidade da parte interessada permite, outrossim, a interpretação extensiva que atribui o eminente Relator ao aludido preceito legal, sob pena inclusive de tratamento desigual que a lei maior desaprova.

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, de fato, o eminente Ministro-Relator foi muito feliz em seu voto, ao abordar a questão por todos os ângulos em que ela se nos apresenta.

Desejo apenas acentuar um dos aspectos a que S. Exa. aludiu, isto é, o fato de que, tivesse esse litigante procurado a Defensoria Pública (assim designada), a defesa gozaria do prazo especial. Pela única razão de se ter servido do Centro Acadê-

mico Onze de Agosto, não se justifica se lhe negue o mesmo tratamento.

Parece-me, também, que o art. 5º, § 5º, da Lei 1.060, aconselha essa exegese, sem dúvida, progressiva, porquanto o § 5º do citado art. 5º se reporta, expressamente, “a quem exerça cargo equivalente”. Não se há de ler aqui a palavra cargo na acepção rigorosamente técnica do Direito Administrativo; mas, no sentido processual que a mesma comporta.

Assim, subscrevo os doutos votos que me antecederam para, no tocante ao prazo em dobro, considerar que o art. 5º, § 5º, da Lei 1.060, é aplicável aos estagiários do Centro Acadêmico Onze de Agosto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Eminentíssimos Colegas, tenho a impressão de que se impõe fazermos uma distinção, no sentido de que nem sempre a circunstância de haver sido concedida assistência judiciária a um litigante outorga ao seu procurador o prazo em dobro.

Casos há em que o litigante livremente escolhe o advogado; posteriormente, esse advogado, livremente escolhido, postula em Juízo a concessão da assistência judiciária. Nesses casos, não se aplica o prazo em dobro. Entretanto, no caso *sub judice*, a parte carente procurou uma instituição que presta assistência judiciária. Não escolheu o defen-

sor; ele lhe foi outorgado através de um serviço vinculado a Centro Acadêmico, sob convênio com o Estado de São Paulo.

No caso, é justificável, como expôs com acuidade o eminente Ministro-Relator, que a expressão “cargo equivalente”, contida no § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060 — aliás, é parágrafo acrescido pela Lei nº 7.871, de 1989 — receba uma exegese ampla, de forma a abranger também aqueles defensores que exerçam um *munus*, não propriamente como servidores do Estado, mas atuando como se o fossem.

Nestes termos, com essa explicitação, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 23.952-0 — SP — (92.0015875-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Vicente Custódio da Silva. Advogados: Sandra Mayumi Hosaka e outros. Recda.: Hilarinda D'Assumpção. Advogado: Pedro Helfenstein Prado.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 06.10.92 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 24.235-0 — PA

(Registro nº 92.0016722-5)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *CONSORBRAS Consórcio Nacional de Veículos Ltda.*

Recorrido: *José Otávio de Lima*

Advogados: *Drs. Roberto Rodrigues Cardoso e Marta Vinagre Bembom e outro*

EMENTA: Consórcio. Portaria nº 377, de 23.12.86. Prestações suplementares. 1. Se o participante, em dado momento, se beneficiou da redução do percentual de elevação da prestação, não pode eximir-se, de outro lado, do dever de arcar com as parcelas suplementares, compensatórias das diferenças havidas. Precedentes do STJ. 2. Recurso especial conhecido pela alínea c e provido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 28 de junho de 1993 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente (art. 101, § 2º do RISTJ).
Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: José Otávio de Lima ajuizou ação ordinária de prestação de fato com preceito cominatório contra “Conso-brás — Consórcio Nacional de Veículos Ltda.”, cumulada com pedido de restituição de prestação suplementar, visando primacialmente à outorga da quitação plena do preço pago pela aquisição do veículo de marca Ford, objeto do contrato de adesão, tudo sob a assertiva de que, tendo efetuado o pagamento das parcelas fixadas originariamente no plano de consórcio, foi surpreendido com a omissão de novos recibos, correspondentes a 14 prestações adicionais.

O pedido inicial foi tido como procedente pelo MM. Juiz de Direito, ao argumento de que o contrato de

adesão não era suscetível de ser afetado pela Portaria nº 377, de 23.12.86, do Ministério da Fazenda, em virtude de haver sido celebrado anteriormente à sua edição.

À apelação interposta pela ré o Tribunal de Justiça do Pará negou provimento, pelos seguintes fundamentos:

“CONSORBRÁS, irresignada com a decisão de 1º grau, que determinou o fornecimento do recibo de quitação do veículo adquirido no Consórcio pelo apelante, do mesmo recorre para esta Superior Instância.

Insiste a apelante na sua tese, de que as prestações suplementares emitidas para serem pagas pelos consorciados, decorrem do Contrato de Adesão, com respaldo na Portaria Ministerial nº 377, de 23/12/86, entretanto não teve acolhida na decisão decorrida.

A apelante avençou com o apelado, que o plano consorcial teria duração de 40 (quarenta) meses cujas prestações foram pagas mensalmente, conforme documentação acostada à inicial.

Ocorre que líquidada a última prestação. Ao invés de ser fornecido o recibo de quitação, o apelado foi surpreendido com mais 14 (quatorze), chegando a pagar apenas 01 (uma), mas logo percebendo a ilegalidade, resolveu procurar os seus direitos, os quais tiveram reconhecimento na douta sentença de primeiro grau.

Conforme se observa dos autos, o contrato previu 40 (quarenta) parcelas, as quais foram devidamente

quitadas, estando portanto encerrado, e não seria uma Portaria que iria interferir alterando uma situação jurídica perfeita e acabada.

É bom salientar que os grupos de consórcios, após constituídos, passam a ter personalidade jurídica própria, embora informal, e suas relações passam a ser disciplinadas pelo Código Civil.

A própria Receita Federal atualmente entende não ser possível a intromissão de qualquer norma regulamentadora nos contratos assinados, a sua competência diz respeito apenas às Administradoras quanto às regras para obtenção de autorização e aprovação de planos.

Creemos que a douta sentença analisou a matéria com profundidade, e deu-lhe o desate correto” (fls. 215/216).

Daí o recurso especial manejado pela vencida, após a rejeição de seus embargos declaratórios, em que a mesma alega violação do art. 8º da Lei nº 5.768, de 20.12.71, bem como dissenso interpretativo com arestos emanados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Prosseguiu a recorrente sustentando que não se cuida de alteração do contrato, mas de cobrança das diferenças resultantes da redução das prestações impostas pela aludida Portaria nº 377/86.

Admitido o apelo extremo pela letra c do admissivo constitucional, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Preambularmente, observo que a recorrente satisfaz razoavelmente os requisitos insertos no art. 26 da Lei nº 8.038/90.

Celebrado o contrato de adesão em 27.01.86, com o advento da Portaria Ministerial nº 377, de 23.12.86, o autor passou a solver as parcelas devidas com redução de 50%, resultando daí a necessidade de estender-se o prazo de pagamento para fins de integralização do preço correspondente ao bem adquirido. Eis a razão pela qual, pagas as 40 prestações previstas na avença, o demandante foi chamado a resgatar 14 parcelas suplementares.

Não importa que o contrato em tela tenha sido firmado anteriormente à expedição da mencionada Portaria. Se, em dado momento, o participante se beneficiou da redução do percentual de elevação de cada prestação, não pode eximir-se, de outra parte, do dever de arcar com as parcelas suplementares, compensatórias das diferenças havidas.

Que não há ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito já o disse em várias oportunidades a Eg. Terceira Turma deste Tribunal. Confirmam-se nesse sentido os REsp's nºs 14.026-SP e 23.374-8-SP, ambos relatados pelo em. Ministro Nilson Naves.

Por sinal, espécie similar à presente foi objeto de apreciação pela mesma C. Terceira Turma, na qual

o eminente Relator, Ministro Cláudio Santos, assim se pronunciou:

“O recorrido ingressou no consórcio de automóveis administrado pela Libra, ora recorrente, em setembro de 1986.

Pouco tempo depois surgiu a Portaria MF nº 377, de 23.12.86, que limitou o aumento das prestações dos consórcios em 50% (cinquenta por cento) da elevação verificada no preço do bem, ampliando-se o prazo de duração de grupos (fls. 101, dos autos).

É contra as prestações suplementares que se insurge o recorrido, autor da ação onde postula a quitação e a desconstituição da garantia sobre o veículo.

O dissídio sobre a controvérsia está comprovado, pois vários julgados, de outros tribunais, consideraram legítima a exigência das parcelas complementares.

Um deles, da Sexta Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tem esta ementa:

“CONSÓRCIO. O participante que se beneficiou da vantagem de pagar prestações com acréscimo inferior ao contratual, por força do disposto na Portaria nº 377/86 do Ministério da Fazenda, não pode eximir-se de suportar as prestações suplementares, compensatórias daquela diferença.

Não lhe dá socorro o princípio da irretroatividade das normas jurídicas, nem o da estabilidade do negócio jurídico perfeito, pois a aceitação

dos efeitos da *lex nova* no aspecto benéfico implica anuência tácita às alterações contratuais dela decorrentes” (fls. 216).

Foi exatamente o que aconteceu, no caso memoriado nos autos. Durante meses o consorciado pagou prestação mensal limitada nos termos da Portaria. Em compensação o número de contribuições foi elevado, pois, de certo, o fundo de reserva dos consórcios, cuja utilização foi autorizada pela mesma portaria, para recompor o saldo de caixa, não era suficiente para a aquisição dos veículos, cujo preço teve sensível aumento nos estertores do chamado Plano Cruzado.

A questão não guarda similitude com as decisões proferidas pela doutra Primeira Seção desta Corte em mandados de segurança contra ato do Ministro da Fazenda, pela expedição da Portaria nº 8, de 1989, que vedava lances e antecipações de prestações superiores a 20% do preço do bem, em consórcios já constituídos, consoante acórdãos noticiados nos autos pelo recorrido em suas contra-razões.

A Portaria de que se cuida no presente recurso não atenta contra o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito, como entende o autor da ação, pois ele aceitou o pagamento das prestações reduzidas e o não pagamento dos complementos redundaria em ônus para todos demais consorciados”.

Tanto quanto no precedente acima indicado, considero que, no caso, se, de um lado, não se pode falar

em ofensa a lei federal, de outro, se acha aperfeiçoado o dissentimento pretoriano em face de, pelo menos, um dos acórdãos paradigmas trazidos à colação pela ora recorrente. Refiro-me à Apelação Cível nº 3.052/88, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro cujo decisório, anexado por cópias nos autos (fls. 274/275), se encontra assim vazado:

“Insurge-se o autor apelante contra a cobrança pela ré de cota extra correspondente ao reajuste de preço do veículo.

Todavia, não lhe assiste razão.

A Portaria do Ministério da Fazenda de nº 377, de 1986, autorizou o reajuste e a cobrança da diferença. Como o inciso II da aludida Portaria vedou o acréscimo da diferença no valor das prestações, a cobrança só poderia ser feita em cota suplementar.

No caso, foi o que ocorreu.

A alegação do autor apelante de que, por haver recebido o carro, já não poderia ser considerado como participante ativo é equívoca, pois por participante ativo deve-se entender o consorciado que ainda esteja pagando as cotas, e o recorrente assim se encontrava quando foi baixada a Portaria ministerial.

Lícita, pois, apresenta-se a cobrança do valor da cota, impondo-se, em tais condições, a confirmação da sentença recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso pela alínea c do permissor constitucional e dou-lhe provimento pa-

ra julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.235-0 — PA — (92.0016722-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro. — Recte.: CONSORBRAS Consórcio Nacional de Veículos Ltda. — Advogado: Roberto Rodrigues Cardoso. — Recdo.:

José Otávio de Lima. — Advogados: Marta Vinagre Bembom e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (em 28.06.93 — 4ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 25.036-9 — PE

(Registro nº 92.0018231-3)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recte.: *Município de Moreno*

Recdo.: *INCRA*

Advs.: *Mara Regina Siqueira de Lima e outros, e Joaquim Correia Lima Filho e outros*

EMENTA: Tributário. Ação de repetição do indébito. 1 Liquidação de sentença. Inclusão, no cálculo, dos percentuais de 70,28% e 84,32% correspondentes ao IPC de janeiro de 1989 e março de 1990. Legalidade. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer

do recurso e em lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Peçanha Martins e Antônio de Pádua Ribeiro. Os Srs. Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann não participaram do julgamento, tendo em vista os termos do art. 162, § 2º do RISTJ.

Brasília, 22 de novembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA
RIBEIRO, Presidente. Ministro
AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: A espécie vem resumi-
da no despacho de admissibilidade
nestes termos (fls. 46):

“A PREFEITURA MUNICIPAL
DE MORENO intentou o presente
recurso especial com o fito de obter
a reforma do *decisum* de fls. 33.
Fulcra seu petitório no permissivo
constitucional inserto na alínea *c* do
inciso III do art. 105 da *Lex Mater*,
ou seja, por ter a decisão recorrida
adotado posicionamento divergente
do assumido por outro Tribunal,
acerca da interpretação de lei fede-
ral.

No aresto atacado, a Primeira
Turma deste Tribunal decidiu que “a
correção monetária, nos termos do
art. 1º, do Decreto-lei nº 86.649/81,
que regulamentou a Lei 6.899/81,
deve ter como fatores os índices de
variação do valor das OBRIGA-
ÇÕES DO TESOIRO NACIONAL
— OTNs, com desprezo dos índices
de inflação real divulgados pelo IB-
GE”. A recorrente colaciona julgado
do Superior Tribunal de Justiça,
buscando evidenciar o dissídio pre-
toriano. Pretende sejam adotados,
para o efeito de cálculo da correção

monetária, os IPCs de janeiro/89 e
de março/90, e não os percentuais
de variação da OTN, nos referidos
meses”.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉ-
RICO LUZ (Relator): Questão análo-
ga apreciei no REsp nº 20.938-2-PE,
acórdão publicado no DJ de 14.06.93.
Eis a ementa:

“TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE RE-
PETIÇÃO DO INDÉBITO.

— Liquidação de sentença. Inclu-
são, no cálculo, dos percentuais de
70,28% e 84,32%, correspondentes
ao IPC de janeiro de 1989 e março
de 1990. Legalidade. Precedentes.”

No voto que proferi disse eu:

“... o percentual adotado como fa-
tor de correção monetária de janei-
ro de 1989 favorece os autores e de-
ve ser mantido. É que, para o cálcu-
lo do IPC, determinou a Lei nº
7.730, de 31.01.89, que seria levada
em conta a média dos preços obti-
dos entre o início da segunda quin-
zena do mês anterior e o término da
primeira quinzena do mês de refe-
rência (art. 10).

Todavia, para evitar solução de
continuidade na transição do siste-
ma anterior para o de cruzados no-
vos, fixou a taxa de variação do IPC,
no mês de janeiro de 1989, segundo
a média dos preços constatados no
período de 15 de novembro a 15 de
dezembro de 1988 (art. 9º, I).

Essa média foi apurada pelo IBGE no percentual de 70,28%, abrangendo o período de 30 de novembro de 1988 a 20 de janeiro de 1989, em que a inflação foi mais acentuada (RT 649/78). Nos meses subsequentes, quando o congelamento de preços começou a surtir efeitos, a taxa de variação baixou para 3,60% (fevereiro), 6,09% (março) e 7,31% (abril).

Sem pertinência são os preceitos legais invocados pela apelante, os quais não refletem a real inflação nos períodos, mas ficam ora mencionados para evitar a interposição de recursos protelatórios (Decreto nº 86.649/81; Decreto-Lei nº 2.284/86, arts. 6º e 33; Lei nº 7.801/89; Constituição da República, arts. 2º, 5º, II, 22, VI e 48, XIII e XIV).

Havendo, portanto, índice oficial do IPC no mês de janeiro de 1989, deve ser considerado no cálculo do valor pleiteado pelos autores”.

Quanto à divergência com o julgado da 1ª Turma desta Eg. Corte, ressalto que o próprio Relator, o eminente Ministro Garcia Vieira, reconsiderou o seu entendimento sobre a questão. De fato, no voto que proferiu no REsp nº 21.979-SP, disse S. Exa., *verbis*:

“Vinha eu entendendo que a inclusão nos cálculos da inflação de janeiro de 1989 de 70,28%, índice do IPC, viola o artigo 15 da Lei nº 7.730/89, que instituiu o chamado Plano Cruzado, extinguiu a OTN fiscal e a OTN, e determinou fosse calculada a correção monetária, na liquidação das obrigações, com ba-

se no valor da OTN fiscal de Ncz\$ 6,92 e da OTN de Ncz\$ 6,17. Mas na sessão desta Egrégia Turma, realizada no dia 11.05.92 fiquei vencido nos Recursos Especiais nºs 17.700-SP, 18.174-SP e 18.470. Como a Egrégia Segunda Turma, em vários precedentes nos Recursos Especiais nºs 18.486-SP, DJ de 11.05.92, 19.010-SP, DJ de 01.05.92, 14.757-SP, DJ de 03.02.92, 18.194-SP, DJ de 11.05.92, 10.684-SP, DJ de 11.05.92, 19.023-SP, DJ de 11.05.92, e a própria Primeira Seção, nos Mandados de Segurança nºs 682-DF, 994-DF, 254-DF e 290-DF, firmaram o entendimento de que é devida a aplicação do percentual de 70,28% (variação do IPC de janeiro), nas liquidações de sentença, resolvi reexaminar a questão e me convenci de que estava errado. Por isso, curvo-me à orientação vencedora e o faço principalmente porque a Fazenda do Estado aplica referido índice na cobrança de créditos e não pode se insurgir contra a sua aplicação em seus débitos.”

Ademais, o art. 15, § 1º, da Lei nº 7.730/89, “refere-se tão-somente às liquidações relativas a mútuo, financiamento e contratos relativos a aplicações financeiras. Não é lícito estender sua incidência à liquidação de sentença judicial” (REsp nº 21.619-2, DJU de 29.06.92, Rel. o eminente Ministro Gomes de Barros).

Como se vê, a jurisprudência desta Eg. Corte respalda a fundamentação do julgado impugnado ao consolidar o entendimento de que tal percentual é cabível na atualização dos débitos decorrentes de decisões judiciais, nos casos que envolvem as

Fazendas, autarquias e empresas estatais (REsps nºs 21.735-4 e 21.101-7).”

O índice de março de 1990 também é devido na espécie, nos termos de torrencial jurisprudência da Corte de que são exemplos os seguintes precedentes, dentre outros:

“PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. PERCENTUAL DE VARIAÇÃO DO IPC. INCLUSÃO DE CÁLCULOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO VISANDO PREQUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE. INAPLICÁVEL A MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

— Na conta de liquidação de sentença relativa a ação de Repetição de Indébito incide correção monetária plena, com inclusão do percentual de 70,28% correspondente à variação do IPC de janeiro de 1989, inexistindo ofensa a texto legal.

— Havendo necessidade de se interpor embargos declaratórios, de acordo com uma das hipóteses previstas no art. 535 do Código Processual Civil, com o objetivo de prequestionar a matéria, descabe a aplicação da multa do art. 538, parágrafo único.

— Recurso parcialmente provido” (REsp nº 25.431-4-SP, Rel. Min. CESAR ROCHA, Ac. *in DJ* de 08.03.93).

.....
“Correção monetária. IPC de março de 1990. Admissibilidade, segundo pacífica jurisprudência da 1ª Seção desta Corte.

Agravo regimental desprovido” (Ag. Reg. Ag. nº 33.072-7-SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Ac. *in DJ* de 29.03.93.”

Do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.036-9 — PE — (92.0018231-3) — Relator: O Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Recte.: Município de Moreno. Advogados: Mara Regina Siqueira de Lima e outros. Recdo.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA. Advogados: Joaquim Correia Lima Filho e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Peçanha Martins. Aguarda o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (em 20.09.93 — 2ª Turma).

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann.

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

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Discute-se, nos autos, a inclusão dos índices do IPC, jan/89 (70,28%) e abril/90 (84,32%). Trata-se de ação de repetição de indébito e a jurisprudência das 1ª e 2ª Turmas e da 1ª Seção

já se pacificou pela legitimidade da inclusão de tais índices no cálculo da atualização monetária do débito, compensados os índices ditos oficiais, razão por que acompanho, nestes termos, o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.036-9 — PE — (92.0018231-3) — Relator: O Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Recte.: Município de Moreno. Advogados: Mara Regina Siqueira de Lima e outros. Recdo.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — IN-

CRA. Advogados: Joaquim Correia Lima Filho e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 22.11.93 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins e Antônio de Pádua Ribeiro.

Os Srs. Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann não participaram do julgamento, tendo em vista os termos do art. 162, § 2º, do RISTJ.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 25.528-8 — SP (Registro nº 92.0019145-2)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Rocha*

Recorrentes: *Sueli Borysovas Poscai e outros*

Recorrida: *Municipalidade de São Paulo*

Advogados: *Drs. Carlos Lencioni e outros, e Renata Paes Manso Júnior e outros*

EMENTA: Processual Civil. Arts. 128, 300, 302 e 330 do CPC. 1. Tendo a recorrida contestado de forma ampla a sua responsabilidade e, nos memoriais, imputado expressamente à vítima a culpa pelo evento danoso, além de, na apelação, ter reprisado esses tópicos, podia o Tribunal *a quo* decidir sobre esses temas, sem ferir o disposto nos arts. 128, 300, 302 e 303 do CPC, tendo igualmente sido observada a regra *tantum devolutum, quantum appellatum*. 2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros

da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas

a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinado e Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília, 08 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro CESAR ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Trata-se de recurso especial com base na letra *a* do autorizativo constitucional por alegada ofensa aos arts. 128, 300, 302 e 303, do CPC.

A matéria de fundo cuida de ação indenizatória movida por viúva e filhos de motociclista acidentado em via pública municipal mal conservada, que foi julgada procedente.

A Corte local, todavia, ao apreciar recursos voluntário e de ofício, reduziu em 25% a condenação imposta em primeiro grau sob o argumento de que a vítima trafegava sem capacete, por ter como certo que a morte se dera por traumatismo craniano, pelo que teria havido, assim, culpa concorrente.

Em declaratórios, os recorrentes alegaram contrariedade aos artigos acima mencionados, visto que somente na apelação teria a recorrida agitado o tema da culpa concorrente,

quando o momento processual oportuno seria na contestação.

Rejeitados os embargos de declaração, o acórdão integrativo ressaltou que a recorrida contestara de forma ampla a sua responsabilidade e na apelação referiu-se a outra hipótese de isenção (parcial) de responsabilidade, que é a culpa da vítima, por isso que o Tribunal *a quo* podia e devia abordar matéria que estava inserida no âmbito da contestação.

Ademais, foi dado provimento parcial ao reexame necessário, no qual é maior a discricção do julgador por se tratar de questão que a lei considera de interesse público.

Daí o especial em exame em que discutida apenas a questão processual da inovação que teria havido no r. aresto contra o qual se assenta.

Contra-arrazoado tempestivamente (fls. 311/315), argui-se, preliminarmente, ausência de prequestionamento e, para eventual exame, rebate o próprio mérito do recurso, tendo sido admitido no exame primeiro da ilustrada Presidência da Corte local.

Dispensei a manifestação da doutra Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): O r. aresto hostilizado desmerece qualquer censura.

É que, em verdade, o Tribunal *quo* julgou o que efetivamente estava em causa, não transbordando dos limites da lide, tendo, assim, prestado a jurisdição nos termos em que os pedidos foram postos.

Como observa Pontes de Miranda (in "Comentários ao Código de Processo Civil", Tomo II, Forense, RJ, 1973, p. 354), ao discorrer sobre o art. 128 do CPC, sem dúvida que é vedado ao Juiz se pronunciar sobre o que não constitua objeto do pedido. Mas objeto do pedido é o todo — material e jurídico — da petição, por isso é que o magistrado tem poderes, dentro do desenvolvimento dos fatos da demanda e das premissas anteriormente aventadas, de aplicar os preceitos legais que resultem das questões debatidas.

Ademais, as razões de decidir têm de estar subsumidas aos fatos, fronteira intransponível de qualquer julgado.

Ora, na hipótese, como ressaltado pelo *v. decisum* atacado, a recorrida contestara de forma ampla a sua responsabilidade e na apelação referiu-se a outra hipótese de isenção (parcial) de responsabilidade, que é a culpa da vítima por isso que o Tribunal podia e devia abordar matéria que estava inserida no âmbito da contestação.

Demais disso, a recorrida, em seus memoriais, já reportara-se expressamente ao fato de que o evento danoso se originara de culpa da própria vítima (fls. 223), tendo, pois, sido o assunto levado a debate na

própria instância primeira, antes de prolatada a sentença monocrática.

Além de tudo isso, e apenas como reforço de sustentação da validade do *r. acórdão* objurgado, por ele também foi dado provimento parcial ao reexame necessário e o princípio *tantum devolutum quantum appellatum* não inibe a apreciação das demais questões quando o processo sobe ao órgão *ad quem* por força desse recurso obrigatório.

Destarte, não vislumbro nenhuma ofensa aos arts. 128, 300, 302 e 303 do Código de Processo Civil.

Em vista do exposto, desprovejo o recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.528-8 — SP — (92.0019145-2) — Relator: O Exmo. Sr. Min. Cesar Rocha. Rectes.: Sueli Borysovas Poscai e outros. Advogados: Carlos Lencioni e outros. Recdo.: Municipalidade de São Paulo. Advogados: Renata Paes Manso Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 08.09.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 25.656-6 — RJ
(Registro nº 92.0019367-6)

Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo

Recorrente: Ouro Fino Importadora Exportadora S.A.

Recorrido: Banco Central do Brasil

Advogados: Drs. Sérgio Gonzaga Dutra e outros, e Flávio Maia Fernandes dos Santos

EMENTA: Processual Civil. Sentença homologatória de liquidação por arbitramento. Recurso apelatório. Princípio *tantum devolutum quantum appellatum* e acórdão que o transcende. Impossibilidade. Ato ilícito. Indenização por perdas e danos. Lucros cessantes. Inaplicação do artigo 1.060 do Código Civil. Coisa julgada. Imutabilidade. 1. Devolvendo, o recurso, ao Tribunal, apenas o conhecimento da matéria impugnada, ofende à regra *sententia debet esse conformis libello* a decisão que fez a entrega de prestação jurisdicional em desconformidade com a postulação. 2. Ao Tribunal é defeso, sem a provocação da parte, desbordar-se dos limites da formulação recursal e trazer para o desate e decisão matérias fáticas e jurídicas estranhas ao pedido (recurso). 3. Ao interpor o seu apelo, a parte deve, desde logo, expender os fundamentos basilares, sendo-lhe defeso transmutar-lhes (os fundamentos) em mera remissão a arrazoados preexistentes, transferindo ao juízo *ad quem* a análise de extensas alegações, impondo-lhe (ao juízo) a obrigação de extrair a presença de referência a determinados fatos ou a preceitos de lei, porventura aplicáveis ao desfecho da controvérsia. 4. As razões do recurso apelatório são deduzidas a partir do provimento judicial recorrido, e devem profligar os argumentos deste, insubstituíveis (as razões) pela simples referência a atos processuais anteriores, quando a sentença inexistia, ainda. Impende, ademais, que o Tribunal *ad quem*, pelos fundamentos, se aperceba, desde logo, de quais as razões efetivamente postas, pelo apelante, acerca do novo julgamento que lhe seja mais favorável. 5. A sentença deve ser executada fielmente, sem ampliações ou restrições do que nela estiver disposto (artigo 610 do CPC). 6. A regra ínsita no artigo 1.060 do Código Civil condiz somente com as perdas e danos resultantes de inexecução de obrigações contratuais, não se aplicando àqueles sucedâneos de ato ilícito configurado, na hipótese. 7. A fixação do marco temporal, *in casu*, como termo final dos lucros cessantes (ano de 1978), constitui indevida restrição aos termos do acórdão exequendo, que não pretendeu estabelecer, expressa ou implicitamente, qualquer limite de tempo, na quantificação indenizatória. 8. Recurso especial a que se dá provimento. Decisão indiscrepante.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Rocha e Garcia Vieira.

Brasília, 22 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: O Dr. Subprocurador-Geral da República resumiu a controvérsia, em seu parecer, nos termos a seguir:

“OURO FINO IMPORTADORA E EXPORTADORA S/A, juntamente com empresas a ela incorporadas e das quais se tornou sucessora, contratou a venda de 106.498 sacas de café para o exterior, mas, por determinação do Banco Central do Brasil, foram cancelados os contratos de câmbio.

Teve, em consequência, que restituir o valor que em cruzeiros lhe fora adiantado, mais os consectários

legais, e ainda debitada, a título de diferença de câmbio e de bonificação, pelo cancelamento dos contratos de câmbio e de bonificação, a importância de Cr\$ 6.804.932,72.

Em razão desses fatos, a referida empresa ajuizou mandado de segurança para receber a importância que lhe fora debitada, julgado improcedente na primeira instância, mas reformada a sentença em segundo grau, que determinou a devolução à impetrante da quantia indevidamente retida.

Em seguida, propôs ação ordinária, objetivando os juros e correção monetária, bem como verba advocatícia não concedidos na ação mandamental, demanda essa julgada procedente.

Finalmente, propôs a presente demanda, postulando indenização no valor de Cr\$ 2.916.399,74, correspondentes a 30% de Cr\$ 9.721.332,40, total que teve de pagar ao Banco do Brasil S.A., a título de diferença de taxa de câmbio e bonificação, pelo cancelamento dos contratos de câmbio, mais danos emergentes e lucros cessantes.

Essa terceira ação foi julgada procedente, mas o extinto Tribunal Federal de Recursos reformou a sentença para declarar a prescrição da importância de Cr\$ 2.916.399,74, reconhecendo ser devida a indenização por perdas e danos, cuja apuração remeteu para a execução, via liquidação por arbitramento, tal como determinado na sentença, reduzindo, em consequência, a verba advocatícia para 10%.

Na execução, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região proveu apelação do Banco Central do Brasil, anulando a sentença homologatória do laudo do assistente do réu, por falta de fundamentação; a qual estimou a indenização em Cr\$ 16.167.639.000,00 (dezesesseis bilhões, cento e sessenta e sete milhões, seiscentos e trinta e nove mil cruzeiros), em agosto/88.

Proferida nova sentença, homologando o laudo do referido assistente, o Banco Central do Brasil novamente apelou, taxando de nula a sentença, por ser imotivada, impugnando a metodologia adotada no laudo para apuração das perdas e danos, dizendo-se cerceado na sua defesa por não ter sido levada em consideração, sob o argumento sentencial de falta de interesse processual, a crítica que fez em relação aos cálculos indenizatórios, a qual os estima fora da razoabilidade prevista na lei civil, pedindo nova perícia, ou, em alternativa, fossem adotados os cálculos feitos na mencionada crítica, propondo dividir o valor indevidamente retido pelo número de sacas de café que poderiam ser exportadas, para encontrar-se a indenização devida, mais atualização monetária, até 26/03/78 (fl. 2.260).

O Eg. Tribunal Regional da 2ª Região, ao apreciar a apelação, afastou a preliminar de nulidade da sentença, entendendo que o Juiz,

quando optou por um dos laudos, deu a sua justificação.

No mérito, considerou a metodologia do laudo do perito oficial e do assistente técnico do réu mais adequada ao apuramento das perdas e danos, do que a proposição do apelante. Discordou, entretanto, do período de extensão dos lucros cessantes, que foram calculados até a data do laudo, ou seja, agosto de 1987, quando, no seu entender, a indenização apurada pelo assistente técnico do réu deve ir até 28.1.78, data em que a apelada Ouro Fino obteve o reembolso da quantia indevidamente retida, por força da execução de sentença em mandado de segurança.

O fundamento desse entendimento está em que “restituída a quantia indevidamente cobrada e retida durante anos, no momento do pagamento cessaram os lucros cessantes originários do desfalque patrimonial sofrido pela apelada.”

Na oportunidade, o Eg. Tribunal recorrido ponderou, ainda, que, a partir de certa data, a Ouro Fino passou a dedicar-se, também, ao ramo imobiliário, com isso desviando recursos da atividade de exportação de café, fato que, infelizmente, para o arbitramento dos lucros cessantes, não foi levado em consideração pelo laudo pericial.

Houve, ainda, embargos declaratórios da Ouro Fino, para efeito de prequestionamento das matérias constitucionais e infraconstitucionais.

Contra o acórdão que, assim, proveu parcialmente a apelação do

Banco Central, interpõe a apelada Ouro Fino recurso especial, dizendo que o acórdão recorrido ofendeu o seu direito adquirido de “ver liquidado o valor da indenização por arbitramento consoante o disposto nos artigos 107 da antiga Constituição (hodiernamente, 37, § 6º) 159, 1.056, 1.059 e seguintes do Código Civil, sem as limitações impostas pelo art. 1.060 do Código Civil”; que, em assim procedendo, houve ofensa ao art. 6º, *in fine*, do DL 657, de 4/1/42 (LICC), ao violar-se a coisa julgada; aos arts. 467 e 468 do CPC, aplicando indevidamente o art. 1.060 do Cód. Civil, que, por estabelecer restrições não contidas no acórdão executando, só incide no caso de dano direto, ou culpa contratual, dívida de dinheiro, impondo indevidamente limitação temporal no lapso de apuração dos “LUCROS CESSANTES”, violando-se, assim, a coisa julgada; arts. 128 e 468 do CPC, ao conceder o que não foi pedido pelo recorrente, de modo a proferir-se julgamento *extra petita*.

Alega, ainda, violação aos arts. 606 e 610 do CPC, por ter deixado o acórdão recorrido de liquidar o valor do julgado, “tornando ilíquido o que a sentença reformou.” E por mandar “refazer ou retificar os cálculos pelo contador ou pelo perito, a critério do Juiz da execução, esquecendo que o acórdão executando, que não pode ser modificado, mandou que a liquidação se fizesse por arbitramento,” estando, em consequência, violados os arts. 515 do CPC, 1.056, 1.059, 1.533, 1.534, 1.535 e 1.536 do Cód. Civil.

E, por último, sustenta ocorrência de divergência jurisprudencial com julgados do Col. Supremo Tribunal Federal e com a Súmula nº 562, da mesma Alta Corte, esta fixando a correção monetária para a atualização do valor da indenização, na hipótese de perdas e danos” (fls. 2.481 a 2.485).

Admitido na origem, nesta instância o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

Está feito o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Srs. Ministros:

Feito o relato sobre as questões fáticas e jurídicas submetidas a desate, afastado, desde logo, de qualquer apreciação, as matérias consignadas nos artigos 1.050, 1.056, 1.533, 1.534, 1.535 e 1.536, todos do Código Civil, porquanto, quando não fosse a circunstância de não terem nenhuma pertinência com o deslinde da controvérsia, careciam do necessário prequestionamento, como pressuposto de admissibilidade inerente ao recurso nobre. Igualmente, excludo de exame o art. 107 da Constituição Pretérita e art. 6º da Introdução ao CC, LICC, por não terem sido discutidos e nem julgados nas instâncias ordinárias e refugirem ao objetivo da demanda.

Trago, ao cotejo, de início, os arts. 128, 460 e 515 do Código de

Processo Civil, invocados como malferidos, pelo recorrente; “sob color de que, o acórdão malsinado, além de alterar, já na fase de liquidação, aquilo que já se constituiu em coisa julgada, protegida pelo manto da imutabilidade, decidiu, ainda, sobre fundamentos fáticos e jurídicos que não foram objeto do recurso apelatório”. Esclareça-se, desde logo, que o art. 128 do CPC é de observância obrigatória pelos Tribunais (STF, RE 99.654-1, DJU de 1º/7/83, pág. 10.001 — Rel. Min. MOREIRA ALVES). Preconiza o artigo 128, *sub examen*, “que o Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta”.

Essa determinação é ratificada e plenificada pelos dois outros dispositivos: o que “veda, ao Juiz, proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida” (art. 460) e aquele que “só permite, ao Tribunal, em havendo apelação, o conhecimento da matéria impugnada” (art. 515). Esses dispositivos, como se observa, com diferenciações imperceptíveis, têm o objetivo único: o de estabelecer que o Juiz só pode fazer a prestação jurisdicional daquilo que, efetivamente, lhe foi pedido. Em outras palavras: “devolvendo o recurso ao Tribunal, apenas o conhecimento da matéria impugnada (*tantum devolutum quantum appellatum*), ofende à regra *sententia debet esse conformis libello* a decisão que faz a entrega de prestação jurisdicional em desconformidade com a postulação”.

In casu, o acórdão objurgado não se ateve estritamente aos termos da apelação e, ao seu talante, sem a

provocação das partes, desbordou-se dos limites da formulação recursal e trouxe para desate e decisão matérias fáticas e jurídicas **estranhas** à controvérsia, com a conseqüente conclusão restritiva à extensão e alcance da sentença recorrida. Transcrevamos, pois, para memento, a parte **dispositiva** da sentença de 1º grau:

“Condeno, ainda, o réu, a pagar perdas e danos emergentes e lucros cessantes, por arbitramento a ser procedido em liquidação, após o trânsito em julgado desta decisão”(fl. 458).

A sentença, malgrado o provimento, em parte, da apelação (interposta pelo Banco Central), foi mantida, no essencial, pelo egrégio TFR, em acórdão assim ementado:

“Civil. Ato ilícito. Indenização por perdas e danos:

I — Demonstrado o nexo causal entre o ato ilícito praticado pelo Banco Central do Brasil — cobrança sem causa e indevida retenção de importância a título de diferença de taxa de câmbio comprado e de bonificação pelo cancelamento dos contratos de câmbio — e o **desequilíbrio registrado na vida da empresa exportadora**, tornando **patente a ocorrência de prejuízo**, impõe-se a indenização por perdas e danos, com vista à recomposição patrimonial.

II — Apelação parcialmente provida, pronunciando-se a prescrição no tocante a um dos **pedidos formulados**” (fls. 527).

Processada a liquidação por **arbitramento**, sobreveio a **sentença** que a julgou, com esta conclusão:

“Isto posto, julgo líquida a sentença pelo **arbitramento** da quantia então equivalente a Cr\$ 8.155.260,275 OTNs, na forma do laudo do Assistente Técnico do réu, Banco Central do Brasil, acrescido do reembolso das custas, pagamento do perito do Assistente Técnico da autora, e honorários advocatícios de 10%, devendo tal quantia ser atualizada até a data do pagamento e, para tanto, transformada em BTN's a partir de 15/1/89, na forma legalmente estabelecida” (fls. 2.254).

Em grau de apelação, o egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao prover o recurso, em parte, “**limitou** o cálculo dos lucros cessantes ao período compreendido entre a **data** da cobrança (sem causa) da quantia de Cr\$ 6.804.932,72 e a **restituição** do respectivo valor (entre 1972 a 1978), em decisório assim encimado:

“Processual Civil. Execução de sentença. Liquidação de perdas e danos. Lucros cessantes. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato (art. 1.060 do Código Civil). Cessada a causa, cessa o efeito. Restituída a quantia cobrada e retirada indevidamente, extingue-se para o devedor, na data do pagamento, a obrigação de indenizar lucros cessantes correspondentes aos prejuízos resultantes do ato ilícito” (fls. 2.323).

Ocorre que o egrégio Tribunal, além de **innovar** sobre as matérias **decididas**, no acórdão que julgou a **liquidação** (por arbitramento), usando, como fundamento, dispositivo de lei não **invocado** pelas **partes** (art. 1.060 do Código Civil), estabeleceu um **trato de tempo** (de 1972 a 1978), dentro do qual deveriam ser apurados os **lucros cessantes**. O decisório recorrido, desbordando-se dos limites traçados na decisão exequenda — que determinou o ressarcimento dos danos emergentes e **lucros cessantes** — sem delimitação de **espaço e tempo**, ampliou, **de ofício**, o efeito devolutivo da apelação, afrontando regra inscrita na Lei Processual Civil (art. 515). Essa limitação e a instituição de um **marco temporal** como baliza em que estancariam os **lucros cessantes** são uma criação do acórdão impugnado, nem discutidos e nem julgados, em qualquer fase da lide.

Com efeito, reconhecendo o acórdão **exequendo** o nexo causal entre o **ato ilícito** praticado — “cobrança sem causa e ilícita retenção de importância a título de diferença de taxa de câmbio” — “e o **desequilíbrio** registrado na vida de empresa exportadora, tornando patente a existência do prejuízo”, cabia, tão-só, ao Tribunal (no julgamento da apelação) fazer patentear a mensuração desse prejuízo, extensivo até onde se faça sentir o reflexo da cadeia causal instaurada pelo ato ilícito do executado (Banco Central). Para estabelecer uma dilação, dentro da qual se teria fincado o prejuízo, necessário seria que o Tribunal

a quo se fundamentasse em **provas**, em elementos de informação seguros e indicatórios de que, naquele marco temporal que fixou (1978), “teria cessado o desequilíbrio econômico-financeiro da empresa e estancado, aí, como já afirmado, alhures, “o reflexo da cadeia causal instaurado pelo ato ilícito do Banco Central. Todavia, nem essas provas foram referidas, nem essa providência era juridicamente possível, na fase de liquidação por arbitramento (em que se não há de falar em **provar fatos novos**).

De nenhuma valia a afirmação feita pelo nobre Ministério Público de que, “na apelação, o Banco Central teria feito remissão às razões de fls. 1.119 a 1.132, em cujas folhas 1.120 se inscreveu referência à inobservância, pelo Laudo Pericial, ao art. 1.060 do Código Civil”.

Essa sistemática **inusitada**, na formulação do recurso, não atende os ditames da lei. A parte deve fundamentar o seu apelo e não pode transmutar, através de uma simples **remissão** a peças ou arrazoados preexistentes, para o juízo *ad quem*, a análise minuciosa de extensas alegações, para que, delas, conclua pela presença de referências a determinados fatos da causa **ou a preceitos de lei**, porventura aplicáveis ao desfecho da controvérsia. A fundamentação é indispensável para a regularidade formal da apelação e é impossível de ser suprida por **meras referências a arrazoados** contidos em outras peças, mesmo porque, as razões do apelo são

deduzidas a partir da sentença e devem profligar os argumentos desta e não mediante remissão a atos anteriores, quando a **sentença inexistia**. Impende, ainda, que o Tribunal *ad quem*, pelos fundamentos, fique sabendo, desde logo, quais as razões efetivamente postas, pelo apelante, acerca do novo julgamento que lhe seja mais favorável.

Demais disso, sem valimento a referência (pelo apelante) a circunstâncias (limitação dos lucros cessantes a um período determinado) que, para influírem no julgamento, exigiam a comprovação de fatos novos, desiderato impossível, na fase homologatória de Laudo, em liquidação por arbitramento.

Com efeito, prescreve o art. 610 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença que a julgou”.

Isto significa que a sentença deverá ser executada fielmente, sem ampliação ou restrição do que nela estiver disposto. Ora, estabelecendo, no juízo da Execução, um **ponto restritivo** um *dies ad quem* em que estancaria o **reflexo da cadeia causal do ato ilícito indenizável** (constringindo a quantificação indenizatória já prevista em sentença imutável), o acórdão desafeiçoou a dicção clara do art. 610, citado. Vá-lidos, aqui, os argumentos da recorrente, citando Parecer da lavra do conspícuo jurista RAFAEL MAYER (ex-Ministro do STF): “Essa interposição de um ingrediente novo na

composição do julgado exequendo, sem estar autorizada por uma interpretação consentânea e objetiva do provimento judicial, compromete a imutabilidade e a indiscutibilidade do acórdão, atributos da coisa julgada, e exorbita dos lindes da estatuição jurisdicional. Sob esse aspecto, portanto, se mostra juridicamente insustentável o acórdão recorrido, no ponto mesmo em que é impugnado pelo recurso especial, por ofensa à autoridade do julgado ao qual tem, no entanto, a missão de cumprir com fidelidade, sem mudança, nem inovação. Desde logo se mostra inconfrontável que, ao limitar os lucros cessantes ao período de retenção do quantitativo cobrado indevidamente, o acórdão liquidante não guardou conformidade com o acórdão que é objeto da liquidação. Com efeito, essa delimitação não consta, à evidência, do acórdão exequendo, onde, em confirmação à sentença de primeiro grau, no processo de conhecimento, se estipulou o pagamento de lucros cessantes na extensão apurada em liquidação por arbitramento, sem a mínima restrição temporal” (Parecer).

O douto voto condutor do decisório objurgado impressionou-se, com o fato da devolução, pelo Banco Central, da quantia indevidamente paga, pela recorrente. Pareceu-lhe que, aí, se deteriam ou se extinguiriam as conseqüências danosas da ilicitude. Afigurou-se-lhe, que a restituição pura e simples daquilo que se retirou injustamente constituiria o ponto de referência, a baliza final, até onde se poderia acertar as per-

das e danos. *Sublata causa, tollit effectus*. Devolvida a quantia, recompostas estariam as perdas, já que estas não deveriam ultrapassar, no tempo, a própria cessação delas. Lido engano. A responsabilidade por perdas e danos, leciona com maestria o jurista RAFAEL MAYER, “se firma, na verdade, na relação de causalidade entre o ilícito e o prejuízo. O prejuízo conseqüente ao ilícito é que é “indenizado”. Se o ilícito não causasse prejuízo, não haveria razão de compor perdas e danos, pois, o ilícito, ainda que potencialmente danoso não é, *per se*, o dano. Em qualquer campo do conhecimento filosófico, como em qualquer área do direito, se impõe a distinção entre a causa e o efeito. Leciona o mestre ANÍBAL BRUNO que, “dentro da ação, a relação causal estabelece o vínculo entre o comportamento em sentido estrito e o resultado” (Direito Penal, I/711). O ilícito pode ser instantâneo ou duradouro. Mas, os efeitos prejudiciais deflagrados, mesmo em resultância de ilícita instantaneidade, podem ser prolongados no tempo, sem haver uma necessária e capilar correlação entre um e outro. Até onde haja, temporalmente, repercussão econômica do ato ilícito, até aí há indenizabilidade, para recompor o desfalque patrimonial resultante” (vide Parecer). E conclui o raciocínio com nímia lucidez: “Lucros cessantes são a privação de ganhos, resultante da quebra da trajetória empresarial, no tempo sucessivo, numa cadeia causal defi-

nida, depois daquele fato e por causa daquele fato. *Post hoc, ergo propter hoc*" (Parecer).

Não havia, pois, como se propor o acórdão malsinado, a estabelecer balizamento, e a criar um trato de tempo dentro do qual se verificariam os prejuízos, alterando os contornos da sentença, mutilando-a, até, restringindo no que nela se dispôs. E não poderia fazê-lo sem maltrato ao art. 610 do Código de Processo Civil, além das regras processuais já invocadas.

Ressalte-se, por oportuno, que, a par de restringir a compreensão do julgado **exequendo**, o decisório *a quo*, para fazê-lo, estribou-se em dispositivo de lei de todo em todo inaplicável à controvérsia submetida a desate — art. 1.060 do Código Civil. A razão dessa equivocada aplicação, identificou-a a recorrente, "consistiu em não se fazer a nítida distinção entre responsabilidade **contratual** e responsabilidade **extracontratual** (delitual ou aquiliana).

Com efeito, preceitua o art. 1.060 do Código Civil:

"Ainda que a **inexecução** resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato".

O dispositivo supratranscrito é de clareza meridiana, não oferecendo ensanchas a dúvidas, na sua compreensão e exato sentido, ao dizer: "ainda que a **inexecução** resulte de dolo do devedor". O preceito se refere claramente a **inexecução**, que

consiste juridicamente na "ausência de execução, de cumprimento, ou mais precisamente: no **inadimplemento**. A **inexecução**, portanto, ou o termo equivalente — inadimplemento — a que se refere o dispositivo (1.060) "é a falta do cumprimento **do contrato** ou de qualquer de suas cláusulas ou condições". Isto significa que a regra legal invocada (art. 1.060 do C.C) condiz somente com as perdas e danos resultantes de **inexecução de obrigações contraídas**, isto é, obrigações **contratuais** e não aquelas sucedâneas de ato ilícito (como ocorre, na hipótese). A questão já foi objeto de apreciação da egrégia Suprema Corte de Justiça, em cujo aresto ficou assentado:

"É do sistema do Código Civil que a indenização deve ser completa e que a ocorrência de dolo agrava a situação do devedor. Mas, ainda nesta hipótese, exclui-se o dano remoto, de sondagem penosa e aplicação impossível. O credor, posto seja o devedor doloso, terá que se satisfazer com o pagamento do prejuízo efetivo e do lucro cessante derivados da **inexecução** direta e imediatamente, isto é, o que constitui, como exprime o Código francês, *une suite immediate et directe de l'inexécution de la convention* (art. 1.151) (RE 10.366 — RF, vol. 110/401).

Observa-se desse escólio da Suprema Corte, que o art. 1.060, em discussão, teve como fonte de inspiração o Código francês. Ele se refere, por via de consequência, às perdas e danos que resultem de dolo ou culpa dos **contratantes**. É que, co-

mo enfatizam os juristas “em matéria **contratual**, a responsabilidade civil surge quando é possível estabelecer-se uma relação de causa e efeito entre a infração contratual e o dano que se procura reparar”. Destarte, o que o dispositivo em comento estatui “é que o dano indenizável é o que surge como consequência direta e imediata da **falta contratual**”.

Torna-se evidente; assim, que o art. 1.060 não se adequa ao caso *sub examen* (cuja indenização se postula em decorrência da prática de ato ilícito), valendo a observação lúcida do recorrente: “bem se houve a petição de **recurso especial** em apontá-lo como contrariado, pois é da técnica do apelo extremo ter-se como desaplicado o dispositivo de lei que se aplica onde não cabe aplicá-lo”.

Por último, ainda que acolhida a tese de que, ao caso *in examine* se aplicam as disposições do art. 1.060 do Código Civil, ainda assim, o acórdão objurgado teria elaborado em erro manifesto.

Com efeito, na concepção do venerando aresto, como judiciosamente observa a recorrente, “o fluxo dos lucros cessantes teriam estancado no momento em que a Ouro Fino obtve o reembolso da quantia que lhe foi cobrada indevidamente”, ou, em outras palavras: “o auferimento (ou contagem) dos lucros teriam que cessar no momento em que se verificou a devolução singela da importância ilicitamente retida, 28/01/1978”. Todavia, consta, de forma expressa, do

próprio acórdão malsinado, que, “nesse marco temporal (28/01/1978), a recorrente obteve, apenas, a restituição do valor singelo da quantia e só subsequente se integrou a reparação”.

Vale, pois, salientar, por evidentemente relevante ao desate da controvérsia, “que, se se deferiu à recorrente, em ação própria, a correção monetária do pagamento que se lhe fez singelamente, é que este não era, ainda, o pagamento efetivamente devido, que só se perfez quando corrigido”. Por outro lado, parece-me irresponsível o argumento de que “se até o momento a recorrente não logrou a obtenção integral da quantia devolvida (e portanto não estaria paga e satisfeita), era defeso ao v. aresto estatuir como termo final do fluxo dos lucros cessantes a data da devolução de quantia incompleta”.

De qualquer forma, a fixação do marco temporal, como termo final dos lucros cessantes, constitui indevida restrição aos termos do acórdão exequendo, que não pretendeu estabelecer, expressa ou implicitamente, qualquer limite de tempo, na quantificação indenizatória.

Quanto ao dissídio jurisprudencial, não está configurado, nos moldes regimentais, e a Súmula 562 pertine a matéria diferente, não se prestando a confronto.

Conheço do recurso pela letra *a*, do admissivo constitucional, e dou-lhe provimento para excluir da condenação a limitação temporal dos

lucros cessantes, restabelecida, nesta parte, a sentença de liquidação.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, nada a se acrescentar ao erudito, brilhante e minucioso voto do Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Observaria apenas que, em verdade, o acórdão recorrido funcionou indevidamente como autêntica rescisória do acórdão proferido na ação de conhecimento.

Por isso, acompanho em todos os seus termos o voto do eminente Ministro-Relator.

VOTO.

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Sr. Presidente, a só modificação procedida pelo acórdão objurgado naquilo que já ficara definido e com trânsito em julgado no processo de conhecimento, seria bastante para dar-se provimento ao

recurso. Todavia, S. Exa. o eminente Ministro-Relator cuidou de explorar outros temas e o fez com muita maestria, razão pela qual o acompanho integralmente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.656-6 — RJ — (92.0019367-6) — Relator: Exmo. Sr. Min. Demócrito Reinaldo. Recite.: Ouro Fino Importadora Exportadora S/A. Advogados: Sérgio Gonzaga Dutra e outros. Recdo.: Banco Central do Brasil. Advogado: Flávio Maia Fernandes dos Santos. Sustentou oralmente o Dr. Sérgio Dutra, pela recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (em 22.09.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Rocha e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

Relator: O Sr. *Ministro Cesar Rocha*

Recorrente: *Péricles Rolim*

Recorridos: *Companhia Siderúrgica Nacional e outros, e Montreal Engenharia S/A*

Advogados: *Drs. Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros, e César Abreu de Castro e outros, e José Armando Bezerra Falcão*

EMENTA: Processual Civil. Ação Popular. Anulação administrativa do ato atacado. Sucumbência. Ausência. 1. O só fato de o ato atacado em sede de ação popular ter sido administrativamente desconstituído, mesmo no curso da demanda, não importa em reconhecimento do pedido formulado pelo autor. 2. Destarte, tendo sido extinto o feito por falta de objeto, a tanto conformando-se o autor, não há que se falar em sucumbência tanto mais quando as instâncias ordinárias não configuraram a existência de ilegalidade e de lesividade no ato desfeito. 3. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 01 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro CESAR ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA: O recorrente promoveu uma ação popular contra os recorridos (*Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), Montreal Engenharia S/A e outros*) para anular licitação destinada à reforma do alto forno nº 2 da CSN, além da condenação dos réus no pagamento de perdas e danos para repor ao patrimônio da referida Companhia os prejuízos causados.

Após a contestação, a empresa indicada comunicou ao Juiz a anulação da licitação e a conseqüente perda do objeto da ação, tendo a *Montreal Engenharia S/A* pedido o prosseguimento do feito sob o entendimento de que o objeto da ação popular não diz respeito tão-somente à manutenção ou não da indigitada licitação, mas primordialmente de preservar a moralidade dos atos da administração pública, coibindo a prática de atos a ela lesivos e punindo aqueles que venha a praticar (fls. 489/491).

O autor, ora recorrente, postulou a condenação dos réus no ressarcimento das custas e honorários advocatícios.

Apesar de considerar que não se cogitava de reconhecimento do pedido, entendeu o Juiz de primeira instância que *“a invalidade administrativa da licitação ocorreu após ser deflagrada a ação, justificando o ressarcimento do trabalho do autor, fixando-se honorários não tomando por base o valor da causa, pois esta, proposta este ano, encontrava-se em fase de ‘réplica’, quando veio a notícia da referida providência administrativa”* (fls. 495).

Conseqüentemente, julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, com esteio no art. 267, VI, do CPC, condenando os réus no ressarcimento das custas e dos honorários advocatícios, estes na base de dez pisos nacionais de salário (fls. 496).

Inconformadas, as partes agitaram três apelações: o autor, com ba-

se nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, postulando a ampliação dos honorários; os réus, para que fossem invertidos os ônus da sucumbência.

Anoto mais que a recorrida *Montreal Engenharia S/A* alegou que a anulação da concorrência não decorreu de nenhuma ilicitude que nela pudesse ter sido detectada senão somente em razão de fato superveniente, pois durante o curso da ação surgiram fatos novos de mais alta relevância, destacando-se a promulgação da nova Constituição Federal e o advento do chamado “Plano Verão”, tudo acarretando agravamento dos custos para execução da obra, seja em face das novas regras trabalhistas e sociais embutidas na Carta Magna então chegada, seja em face das imposições do “Plano Verão”.

Daí, a CSN teve que optar por uma das duas possibilidades que se lhe apresentavam: aceitar reajuste de preços ou promover novo certame, sobre esta recaindo a escolha.

As apelações dos réus foram providas para o fim de excluir as condenações em custas e honorários, sob o fundamento de que *“a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, por perda do objeto, que qualificou como falta de interesse processual, não engendra a obrigação de ressarcir os honorários advocatícios e as despesas que antecipou”* (fls. 543). A do autor foi julgada prejudicada (fls. 542/544).

Irresignado, o autor lançou o recurso especial de que se cuida, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do

permissivo constitucional, alegando ofensa aos artigos 20 e 26 do CPC, e 12 da Lei (da Ação Popular) nº 4.717, de 29 de junho de 1965, além de divergência jurisprudencial.

É que o recorrente entende que a licitação fora anulada em decorrência da ação popular que propôs, pois tal só se deu após *"contestada a ação pelos réus, acionados que foram em litisconsórcio, impugnado o valor da causa, decidido este incidente, apresentada a réplica, estando em curso a fase instrutória"* (fls. 548).

Diz mais o recorrente que a anulação da concorrência teria equivocado ao efetivo reconhecimento do pedido já que buscara exatamente a anulação do certame por ele tido como irregular.

Com o propósito de demonstrar a divergência, traz à colação julgado do eg. Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, na Apelação nº 14.304, publicado na íntegra pela Revista dos Tribunais, vol. 470, págs. 171/173, repertório autorizado, dele extraídos os seguintes trechos:

"O pedido não foi contestado por qualquer dos co-réus, limitando-se a Prefeitura Municipal de França, já nesse momento sob nova administração, a juntar petição de fls. em que informa que, por conveniência da administração, houvera por bem revogar o ato impugnado".

.....
"Se o autor popular luta pelo interesse da coletividade tanto deverá ser ressarcido dessa verba (despesas

processuais, inclusive honorários de advogado) quando vencedor, como na hipótese de obter a revogação administrativa do ato impugnado antes de manifestação judicial, mas pendente a ação popular".

Finalmente, pede majoração da verba honorária a ser arbitrada em níveis compatíveis com a dignidade da advocacia, com o valor da causa e com a exação profissional dos advogados do recorrente.

Em contra-razões, a CSN reprisa que a licitação foi anulada em face da nova ordem constitucional ter trazido inovações que resultaram em novos ônus para a vencedora que, em face disso, manifestou pedido para não realizar a obra. Não teria, sido, portanto, decorrente da ação popular.

Argumenta que tais fatos teriam sido exaustivamente examinados nas instâncias de cognição, redundando na perda de objeto da ação por isso que não teria existido sucumbência.

Afirmando que a pretensão do recorrente importa, necessariamente, reexame de prova, pede aplicação do Enunciado nº 7 da Súmula desta Corte. No mérito, pelo improvimento (fls. 582/588).

Às fls. 604/616 encontra-se a resposta da recorrida *Montreal Engenharia S/A* em que pugna pelo não conhecimento do recurso em razão de óbice decorrente dos Verbetes nºs 286 e 356 do Pretório Excelso.

É que a apelação do ora recorrente firmou-se no § 4º do art. 20 do

CPC, já o recurso especial indica violação aos arts. 20 e 26 do CPC, e 12 da Lei da Ação Popular.

Ademais, argumenta que a alteração da fundamentação legal feita pelo recorrente levaria à conclusão que o acórdão recorrido teria tido trânsito em julgado, porque as hipóteses contempladas nos arts. 20 e 26 do CPC, e 12 da Lei nº 4.717/65 são completamente diferentes da prevista no § 4º do art. 20 mencionado.

Reitera os argumentos da outra recorrida segundo os quais a motivação para anulação da concorrência não foi a existência da ação popular, mas o acréscimo de custos decorrentes da nova Constituição e do “Plano Verão”, a inviabilizar a realização da obra.

No juízo primeiro de admissibilidade, o recurso especial teve o seu seguimento assegurado; foi interrompido o curso do extraordinário (fls. 624/627), de que se irressignou o recorrente, lançando agravo de instrumento ao colendo Supremo Tribunal Federal.

A douta Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pelo conhecimento e pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): Conforme se pode depreender do relatório, o tema apreciado no r. acórdão hostili-

zado (fls. 542/544) está contido nos seguintes contornos: “*extinção do processo, sem julgamento do mérito, por perda de objeto, que qualificou como falta de interesse processual, não engendra a obrigação de ressarcir os honorários advocatícios e as despesas que antecipou*”, isto “*porque a fixação dos honorários advocatícios é decorrência do princípio do sucumbimento, adotado pelo CPC, bem como a indenização das custas despendidas pela parte vitoriosa*”.

Aliás, diga-se de passagem, poucas linhas mais que essas constam do v. *decisum* atacado.

Esse tema, ainda que sumariamente, foi objeto de prequestionamento, por parte do recorrente, quando apresentou as suas contrarrazões às apelações das ora recorridas (fls. 512), tendo os demais também sido questionados nas instâncias inferiores.

Por outro lado, a divergência jurisprudencial está bem configurada, nos moldes exigidos pelo art. 255 do RISTJ.

Assim, prequestionados os artigos arrolados e bem posta a comprovação do dissídio pretoriano, e ainda porque presentes os demais pressupostos, conheço do recurso.

Quanto ao mérito, as questões a serem examinadas são as seguintes: primeira, se deve haver condenação em honorários; segunda — e só se for positiva a primeira resposta — qual o valor a ser estipulado.

Para que possam ser respondidas tais colocações há necessidade de se refletir um pouco sobre os requisitos que constituem os pressupostos da demanda, sem os quais não se viabiliza a ação popular, que são, na lição de Hely Lopes Meirelles (*in* “*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*”, Malheiros Editores, 14^a ed., atualizada por Arnaldo Wald, 1992, São Paulo, ps. 88/89), os seguintes:

a) condição de eleitor, isto é, que o autor seja cidadão brasileiro, no gozo dos seus direitos cívicos e políticos;

b) ilegalidade ou ilegitimidade, “vale dizer, que o ato seja contrário ao direito por infringir as normas específicas que regem sua prática ou se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública” (fls. 88); e,

c) lesividade, isto é, há necessidade de que o ato ou a omissão administrativa desfalquem o erário ou prejudiquem a Administração, ou que ofendam bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade (fls. 88).

Aliás, a jurisprudência é firme nessa mesma convicção de que a ação popular só se viabiliza com a presença simultânea da ilegalidade e da lesividade do ato impugnado, conforme fixado nos RREE nºs 92.326 (Rel. Min. Rafael Mayer, RDA 143/122), 65.486 (Rel. Min. Amaral Santos, RTJ 54/95) e no voto do Min. Nelson Hungria, quando

justifica que “*não basta a lesividade do ato impugnado, referida ao patrimônio da entidade de direito público ou de economia mista, senão também a sua nulidade ou anulabilidade*” (RDA, 54/325), todos referidos por Péricles Prade (*in* “*Ação Popular*”, Saraiva, 1986, p. 28).

De todos esses ensinamentos, doutrinários e jurisprudenciais, conclui-se que a ação popular só pode ser julgada procedente se o ato por ela atacado contiver os vícios da ilegalidade e da lesividade.

No caso concreto, as instâncias ordinárias não fizeram em nenhum momento nenhuma referência, por leve que fosse, de que o ato licitatório contivesse os vícios da ilegalidade e da lesividade. Não quero com isso dizer que esses defeitos tenham sido taxativamente afastados da sentença. Não! Apenas observo que desse tema não cuidou o juízo cognitivo.

É de curial saber que “*no recurso especial não se reexamina a prova, devendo os fatos da causa serem considerados na versão do acórdão recorrido, porque as instâncias ordinárias decidem, soberanamente, a respeito deles*”, na lição do eminente Ministro Carlos Mário Veloso (*in* “*Recursos no Superior Tribunal de Justiça*”, Saraiva, São Paulo, p. 36).

Ora, se o certame atacado não chegou nesta instância excepcional com esses nefastos contornos, evidentemente que não é mais possível inovar os fatos da causa em sede deste apelo nobre.

Destarte, o ato impugnado não chegou aqui tatuado de ilegal e lesivo. Logo, ausentes os pressupostos da demanda, sem os quais não se viabiliza a ação popular.

Sendo assim, o Juiz singular nem poderia — a rigor — ter extinto o feito sem o julgamento do mérito, quando considerou que teria havido perda de objeto, exatamente porque haveria de ter aferido, antes de julgar a contenda, se estavam ou não presentes aqueles pressupostos da ilegalidade e da lesividade.

Até porque — como, aliás, bem observou a recorrida *Montreal Engenharia S/A* — o objeto da ação popular não dizia respeito tão-somente à manutenção ou não da indigitada licitação, mas primordialmente de preservar a moralidade dos atos da administração pública, coibindo a prática de atos a ela lesivos e punindo aqueles que os venha a praticar.

Tanto assim que o objeto do pedido trazido pelo autor na inicial foi o de anular o ato cogitado mas também o de condenar os réus no pagamento de perdas e danos para repor ao patrimônio da referida CSN os prejuízos causados.

Após todas essas lembranças, retorno, agora, à primeira questão das duas a serem examinadas, isto é, se deve haver condenação em honorários.

Estou convencido de que a simples anulação do ato licitatório não deve importar na condenação em honorários advocatícios em favor do autor, ora recorrente, uma vez que

a mera anulação administrativa do ato atacado via ação popular não significa, só por isso, que os réus, ora recorridos, sejam tidos por sucumbentes, pois não há nos autos nenhuma prova a servir de liame de que a anulação da licitação tenha sido decorrente da existência da ação.

A não ser assim, todas as vezes que um ato administrativo for atacado via ação popular, o agente público, mesmo julgando conveniente e oportuno o seu desfazimento, por outras razões que não as apontadas na ação popular, teria de esperar o final da demanda, só para não ser automaticamente condenado em decorrência da simples desconstituição do ato, mesmo que a sua continuidade acarretasse prejuízos para o órgão.

Não vale o argumento — aliás utilizado pelo recorrente — de que o administrador público, ao intuir, em situação hipotética, que sejam fortes as possibilidades de ser julgada procedente a ação popular, anularia o ato atacado, só para não sofrer os encargos da sucumbência.

É que a simples anulação do ato malsinado não deve encerrar o curso da demanda, porque é dever do Juiz continuar a verificar se o ato fora praticado com ilegalidade e com lesividade, tanto para responsabilização pelas perdas e danos porventura causados à Administração Pública, quanto em face dos efeitos penais e administrativos que disso possam advir.

Por tudo isso, nego provimento ao recurso, remetendo os autos ao colendo Supremo Tribunal Federal, para exame do extraordinário.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O artigo 12 da Lei nº 4.177, de 29/06/65, que é a Lei de Ação Popular, diz o seguinte:

“A sentença incluirá sempre na condenação dos réus, o pagamento ao autor, das custas e demais despesas judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação comprovadas, bem como os honorários de advogados.”

Parece-me que está bem claro, por este dispositivo legal, que tem que haver sucumbência, e a lei específica regula muito bem a matéria — quando houver condenação dos réus. No caso, não ficou provada nenhuma ilegalidade, nenhum dano ao patrimônio público que teria sido causado por aquela concorrência, posteriormente anulada. Agora, há um dado importante, que foi levantado pelo ilustre advogado do recorrido, da tribuna, que diz que a mesma firma participou de uma outra concorrência, realizou a obra e, nessa segunda, não apareceu ninguém para entrar com ação popular. Isso é uma demonstração cabal que não havia nenhuma ilegalidade, nenhum dano ao patrimônio público na anterior. Porque, quando a lei específica regula a matéria, não temos que buscar subsídio no Código de Processo Civil. Não existe prova nenhuma de que esta ação ficou sem objeto por trabalho do autor popular. Por quê? Porque não se provou nenhuma ilegalidade ou dano aos cofres públicos. Só porque hou-

ve desistência daquela primeira concorrência, não podemos chegar a essa conclusão. Quem pode afirmar que se esta ação continuasse seria procedente? Parece-me que não.

Com essas breves e superficiais considerações, entendo que, no caso, não houve sucumbência, e tem que haver, porque estamos diante de uma Ação Popular e ela tem uma lei específica que regula a matéria, por isso, não temos que buscar subsídio no Código de Processo Civil. Só fariamos isso se a lei específica não regulasse a matéria. Parece-me que ela é muito bem regulada pelo artigo 12, que diz claramente que a sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, os honorários dos advogados. No caso, não houve condenação, o Juiz apenas julgou extinta por falta de objeto; e o que temos que adotar é a lei, e na lei temos o dispositivo próprio que é o artigo 12 e ele fala em condenação. Gostaria de fazer mais uma ponderação. Se a ação fosse julgada improcedente o autor popular seria condenado em 10 ou 20%? Lembramos muito bem de um precedente, que é o do Aeroporto de Brasília e que causou muita celeuma. O Supremo Tribunal Federal apreciou a matéria e chegou à conclusão que seria um absurdo condenar o autor popular em 10 ou 20%, porque seria um desestímulo ao autor, seria tirar o patriotismo dos brasileiros que não iriam entrar mais com ação popular. Agora o raciocínio é o mesmo para a outra parte, porque, neste caso, a empre-

sa se julga no direito de receber 10 ou 20%. Então, o autor popular também teria que ser condenado no mesmo percentual.

Acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO (COM APARTES) (VENCIDO)

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhor Presidente, como se trata de uma matéria pioneira, complexa e controvertida nesta Turma, vou proferir o meu voto com algumas palavras de justificação.

A questão se subsume, exclusivamente, em uma matéria eminentemente processual. Não podemos, de maneira nenhuma, discutir qualquer questão de mérito da ação popular; se a parte autora tinha ou não legitimidade ou se, na propositura dessa ação, existiam ou não os pressupostos para efeitos de promovibilidade da ação, essa matéria está preclusa e não foi objeto do recurso, posto que a ação popular foi declarada extinta, por falta de objeto. Só se pode partir desse ponto. Há sucumbência ou não no caso da extinção da ação popular. Não vamos discutir sequer a existência de culpa, nem da responsabilidade pela desistência ou extinção do processo.

No sistema do Processo Civil Brasileiro só há uma hipótese em que a extinção do processo, com ou sem julgamento de mérito, não impõe a condenação em honorários advocatícios. Trata-se daquela hipóte-

se em que o Juiz indefere, liminarmente, a petição inicial porque, neste caso, só se forma uma relação linear entre o Juiz e a parte. Mas na hipótese vertente, não. O ciclo se completou. Todas as partes que eram réis ou litisconsortes na ação foram citadas, integraram a relação processual e fizeram contestação. De acordo com a lei, o Juiz na **sentença** imporá a condenação em honorários advocatícios.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Presidente): Quando houver desistência?

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): Quando houver o reconhecimento do pedido ou quando houver a sucumbência.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Ora, mas a sucumbência nem sempre importa na perda da ação. Nos casos do art. 267 não há condenação. Na argumentação de V. Exa. não haveria sucumbência, mas ela existe.

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Quem foi que perdeu com isso?

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: A parte, o interveniente na ação.

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): Qual deles?

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Aqueles que provocaram, que foram responsáveis pela manifestação da parte autora, forçando-a a promover a ação popular. Aí se dá uma hipótese semelhante

à da desapropriação, quando a administração revoga o seu ato expropriatório através de outro decreto...

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Presidente): *Data venia*, Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, não é a mesma coisa.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Equivale a uma desistência, ainda que ela não seja manifestada expressamente dentro do processo. A desistência não se verifica, apenas, quando a parte a requer. Um ato processual da parte pode implicar na demonstração de que sucumbiu. Se por parte da ré, a ação estanca diante da impossibilidade de prosseguimento, aí, se configura a culpa. Extinta a ação, na sentença, com ou sem julgamento do mérito, o Juiz é obrigado a condenar a parte em honorários advocatícios. Diz THEOTÔNIO NEGRÃO, pág. 609, do Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, ao comentar o art. 12 da Lei de Ação Popular, na nota nº 1, que os honorários são devidos mesmo que o ato impugnado tenha sido revogado (Revista de Direito Administrativo nº 123, pág. 290).

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Aparte): O exemplo que V. Exa. invocou da desapropriação não é a mesma coisa, *data venia*, porque no caso da desapropriação, quando o expropriante desiste, presume-se um dano. No caso, não houve desistência do autor popular. Então o que houve? O Juiz entendeu que, por solicitação da parte, a ação es-

tava sem objeto. Houve sucumbência? Não houve sucumbência. Ninguém demonstrou que foi a atuação do autor popular que fez com que a ação ficasse sem objeto. O que tornou a ação popular sem objeto foi o fato da concorrência ter ficado sem efeito e realizado outra. Mas com isso não se provou nenhuma sucumbência. Como vamos admitir que houve sucumbência? Não se provou nenhuma ilegalidade, dano ou prejuízo. Não foi reconhecido nada disso, como que houve sucumbência? Para que houvesse sucumbência seria necessário que os objetivos da ação popular tivessem sido acatados. Quais eram os objetivos da ação popular? Anular aquela concorrência. Ela não foi anulada em virtude da ação popular.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: É impossível andar por essa vereda a que V. Exa. insiste. Como a ação foi extinta, por falta de objeto, é impossível, nessa fase, se perquirir quem tinha responsabilidade pelos atos, e se saber se eram legais ou ilegais. O que implicaria na sucumbência? Diante do empeco inarredável que era a impossibilidade de continuidade da ação, o Juiz decretou a extinção do processo e, atribuindo a responsabilidade pela promoção da ação aos réus, condenou-os em honorários advocatícios, conforme impõe a Lei Processual Civil Brasileira. Como, no âmbito do recurso especial, é impossível estabelecer a quantificação dos honorários advocatícios, com base no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, conheço do recurso e

dou-lhe provimento, para restaurar a condenação em honorários advocatícios, fixados na sentença de 1º Grau. É como voto, com a vênia do nobre Relator.

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: V. Exa. me permite um aparte? V. Exa. disse que o Tribunal deve ater-se apenas a examinar as questões processuais. O art. 20 do CPC diz que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas processuais.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: A sentença extingue o processo, com ou sem julgamento de mérito, como o Juiz o fez. Não é sentença que julga o mérito, mas, segundo a definição do art. 165 do Código de Processo Civil, é a decisão que extingue o processo, com ou sem julgamento do mérito. Havendo sentença extintiva do processo, haverá condenação em honorários advocatícios, salvo a hipótese que citei anteriormente, quando o Juiz indefere liminarmente a petição inicial e, ainda, aquela prevista no art. 267, III, do CPC.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Excelência, o art. 12 da Lei Especial, Lei de Ação Popular, a qual já citei aqui, diz o seguinte: "A sentença incluirá sempre na condenação dos réus os honorários do Advogado". Pergunto a V. Exa.: no caso, houve condenação?

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhor Presidente, já expliquei e repito: sucumbência e condenação são coisas diversas. Tra-

go para reforço do meu ponto de vista um acórdão do eminente Sr. Ministro GERALDO SOBRAL, de saudosa memória: (lê)

"Processual civil. Extinção

..... Diário da Justiça de 28.05.87.
Ministro GERALDO SOBRAL."

A condenação em honorários exige, apenas, que uma das partes tenha causado, a outra, um gravame, um prejuízo, obrigando-a, por exemplo, a ajuizar a ação popular, constituindo advogado e realizando despesas.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas isto não é ação popular, Ministro DEMÓCRITO REINALDO. V. Exa. está examinando o Código de Processo.

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Eminente Ministro DEMÓCRITO REINALDO, gostaria que V. Exa. me explicasse, por gentileza, quando pode haver condenação em honorários advocatícios fora das hipóteses em que há sucumbência, ou reconhecimento pelo réu de pedido formulado pelo autor.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Primeiramente, V. Exa. faz indagações cujo julgamento não está em causa. Não estou obrigado a responder, pois não sou Professor de Direito Processual. Em segundo lugar, V. Exa. confunde condenação com sucumbência, quando o Código de Processo é claro, artigos 20 a 28. O Código prevê expressamente as hipóteses em que,

embora não havendo condenação (procedência ou improcedência do pedido), o Juiz imporá à parte o pagamento de honorários (arts. 28 e 268).

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Mas só pode haver condenação quando há sucumbência.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: E o que é sucumbência? É condenação? Não o é. A parte não pode desistir; não seria condenada em honorários, pois não havia sucumbência. Havendo a extinção do processo, sem julgamento de mérito, haverá obrigação honorária. Não é necessário que a ação seja julgada procedente ou tenha o seu fim, com o julgamento do mérito.

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Só pode haver condenação quando há reconhecimento do pedido ou sucumbimento.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: V. Exa. quer reconhecimento maior de pedido ou responsabilidade maior do que se contratar uma obra e depois, injustificadamente, desistir desta obra? Revogar-se um ato, presumidamente legal, simplesmente depois de se contestar uma ação popular? A presunção, no caso, é lógica. Eu não queria fazer referência a este respeito, porque não cabe no recurso especial, mas há uma presunção forte e quase indestrutível de que, na realidade, toda essa revogabilidade que se fez, *a posteriori*, foi em decorrência da promoção da ação popular.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Isso não é lógico e não vinga. Que seja ao contrário. Nós, aqui, como membros de uma Instância Especial, deveríamos estar prestigiando o autor da ação popular, que foi a quem a Constituição atribuiu legitimidade excepcional de fiscalizar os órgãos da administração, para evitar a prática de atos de corrupção. Deveríamos estar prestigiando o autor da ação popular e não quem desistiu, talvez, coartado pela ação do autor, para evitar uma condenação final ou, no mínimo, uma desmoralização, perante os administrados, se essa ação fosse julgada procedente. A presunção atual é a de que a revogação do ato foi em razão da ação popular. Essa circunstância, per se, justificaria o pagamento dos honorários.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Aparte): Não houve nenhuma desistência, Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Estou falando da revogação dos atos administrativos e não da desistência da ação. V. Exa. está confundindo os fatos.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Quem está confundindo é V. Exa., Ministro DEMÓCRITO REINALDO, sabemos muito bem, e V. Exa., com a experiência que tem, que só existe sucumbência quando a pessoa foi vencida. Alguém foi vencido nesta ação?

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Leia o art. 267 do Código de Processo. Naquelas hipóteses, o processo termina sem julgamento de mérito, mas com a imposição de honorários.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: V. Exa. continua o raciocínio com o Código de Processo e continuo dizendo que temos uma lei específica que regula a matéria.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: O art. 12 não se conflita com o Código de Processo, e o Código de Processo se aplica, subsidiariamente, à Lei de Ação Popular.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento para restaurar a condenação em honorários advocatícios previstos na sentença monocrática.

É como voto.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, de início, teremos que partir da constatação feita pelo eminente Ministro Demócrito Reinaldo de que a questão é exclusivamente processual. Ocorreu isto: o autor propôs uma ação popular pedindo que fosse anulada a concorrência.

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Aparte): O autor pediu que fosse anulada a concorrência e condenados os réus para ressarcimento dos prejuízos causados pela ação popular. São dois pedidos.

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: O réu, no curso da ação — na verdade, na ação popular, existe uma situação interessante: a Companhia Siderúrgica Nacional, formalmente ré, é uma substituída, no processo, pelo autor — com a concordância da outra ré, a Empresa Montreal, entendeu anular a concorrência.

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Aparte): Não foi assim. Expressei-me mal, ele desfez. Anular dá a idéia de que ilícitos haviam sido detectados e por isso teria sido desfeito. A Montreal renunciou ao seu direito ...

QUESTÃO DE FATO

O EXMO. SR. DR. JOSÉ ARMANDO BEZERRA FALCÃO (Advogado): Apenas pedi a palavra porque o eminente Ministro Demócrito Reinaldo partiu do pressuposto de que houve ilícito evidente, *data venia*.

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Aparte): Nunca disse isso. Afirmar que, no caso, se houve desistência dos contratantes e de quem fez a abertura da licitação da concorrência, há presunção de que a responsabilidade lhes cabe, pelo fato da revogação estancando a ação, diante da impossibilidade de sua continuidade. Não falei em ilicitude, mas, apenas, que deveria haver um apoio aos autores da ação popular, porque decorrente de uma extraordinária legitimação constitucional. Não sei quem são as

partes, nem os nomes delas. Estou julgando de acordo com a lei e com os aspectos jurídicos expendidos pelo eminente Ministro-Relator, mas jamais tive a intenção de ofender a quem quer que seja, direta ou indiretamente.

O EXMO. SR. DR. JOSÉ ARMANDO BEZERRA FALCÃO (Advogado): Só para completar, queria dizer que a presunção de V. Exa., *data venia*, é improcedente. A Montreal não concordou com a forma como o processo foi extinto. A Montreal manifestou nos autos irrisignação com a forma pela qual se deu o encerramento do processo, porque com essa forma ...

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Mas não recorreu contra o encerramento do processo. Por que não o fez, se poderia fazê-lo? Ela desistiu.

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): Nesse ponto ela não tinha legitimidade.

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Mas se ela fosse uma das concorrentes vencedoras, ela teria.

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Mas ela era litisconsorte passivo.

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): Ela não foi sucumbente, embora tendo havido condenação em honorários advocatícios.

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Se ela se irrisignou contra a decisão do

Juiz declarando a perda do objeto, e extinção do processo, tinha legitimidade para recorrer. Ela não tinha legitimidade, porque havia desistido de realizar a obra. Não era mais litisconsorte necessária.

O EXMO. SR. DR. JAIR XIMENES (Advogado): Houve anulação real, fática, jurídica, da concorrência, porque havia o primeiro lugar, o segundo lugar, e este não foi chamado. A natureza jurídica da licitação é privada. O que ela fez? Anulou a licitação privada — em vez de chamar o segundo lugar, o terceiro lugar — e fez uma licitação pública, que a Montreal ganhou. Considero que aí a matéria fática está bastante clara quanto à conexão causal.

VOTO — VENCIDO (CONTINUAÇÃO)

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Ocorreu, no curso da ação, que essa licitação foi anulada ou, de qualquer forma, desconstituída. Ora, o autor pediu a desconstituição deste ato jurídico, que é a licitação; os réus satisfizeram a pretensão do autor desconstituindo o ato. Eles, vale dizer, em boa técnica processual reconheceram o pedido. Reconhecido o pedido, o Juiz declarou extinto o processo com base no artigo 267 do Código de Processo Civil.

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Presidente): V. Exa. está afirmando uma coisa que, *da-*

ta venia, não houve. Não houve reconhecimento do pedido. O que se pediu na ação popular? Foi reconhecido o que ele está pedindo? Não foi.

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, é o meu voto. V. Exa. diz que não é, eu digo que é. Em boa técnica processual, quando o autor pede alguma coisa, o réu atende, diz-se que este reconheceu. O autor pediu a desconstituição da licitação.

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Presidente): E a indenização.

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: A indenização, ele não deixou que houvesse.

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Aparte): Ele reconheceu alguma ilegalidade?

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Não. Ele reconheceu o pedido.

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Aparte): Sr. Presidente, permita-me um aparte? O autor pediu a anulação da concorrência porque ela teria tido bases ilegais — e a condenação dos réus no ressarcimento dos prejuízos causados à administração. Pergunto a V. Exa., Sr. Ministro Gomes de Barros, pode-se extrair dos autos que houve lesividade?

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: A fase probatória não foi instaurada. Por isto, não houve chance de se apurar a lesividade.

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Aparte): Nem o outro elemento, que é a ilegalidade, está presente. Assim o autor, *data venia*, não teve acolhida a sua pretensão quando foi desconstituída a licitação, porque o autor pediu que ela fosse desconstituída por ilegalidade, e o foi espontaneamente, sem o reconhecimento de que nada de errado houvesse ocorrido.

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Se ele tivesse reconhecido que havia ilegalidade, teria havido outro fenômeno processual: a confissão. O pedido do autor foi atendido pelos réus, vale dizer, houve reconhecimento do pedido. O Juiz extinguiu o processo com base na falta de interesse. Vejam a coerência. Por que a falta de interesse? Porque o autor pediu a desconstituição da licitação. Desconstituída, desapareceu o interesse, por isso houve a extinção do processo. Ora, quando desaparece o interesse, porque o réu atendeu à pretensão do autor, houve reconhecimento do pedido, em boa técnica processual.

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Aparte): Sr. Ministro Gomes de Barros, na hipótese de uma empresa, que ganhou a concorrência, tivesse, por qualquer motivo, sido extinta, ficaria sem objeto? Haveria reconhecimento do pedido?

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Não, haveria, talvez, o prosseguimento dessa ação popular. O fato é que ela não prosseguiu, e o Juiz aplicou o art. 267 do Código de Processo Civil. Se V.

Exa. me perguntasse: extinta, desconstituída a licitação, a ação deveria prosseguir? Eu teria dito, se não conhecesse esse caso: deveria ter prosseguido. Mas o fato é que houve a extinção com fundamento no art. 267 do Código de Processo Civil. Ora, preceitua o art. 26 do Código de Processo Civil: “Se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu.

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Aparte): O art. 12 da Ação Popular só estabeleceu os honorários advocatícios na condenação; nos outros casos, aplica-se o Código de Processo (art. 22 da Lei nº 4.717). O Código de Processo se refere à sentença, sem atribuir-lhe qualificativo. Sentença é provimento judicial que extingue o processo, com ou sem julgamento do mérito. No caso, houve sentença, extinguindo o processo, por estar sem objeto. Cabia, pois, a condenação em honorários.

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Havia anotado aqui justamente para enfrentar essas discussões. O art. 12 determina que, havendo a condenação do réu, se inclua nessa codenação os honorários de advogado, mas a recíproca não é verdadeira.

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Presidente): V. Exa. acha que houve sucumbência, Ministro Gomes de Barros? V. Exa. que tem grande experiência como advogado.

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Não estou pensando em sucumbência.

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Presidente): Mas tem que pensar, porque isso é fundamental. Se V. Exa. está usando com tanto empenho o Código de Processo, e no Código de Processo, sem sucumbência, não há condenação.

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Estou lendo o art. 26: “se o processo terminar por desistência ou reconhecimento” e estou dizendo que houve reconhecimento e o reconhecimento não é sucumbência.

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Presidente): Reconheceu que a outra parte tinha razão. Sucumbiu.

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Não tenho dúvida alguma de que houve reconhecimento do pedido. A partir daí, acompanho o voto do eminente Ministro Demócrito Reinaldo. Nesse momento faço um pequeno desvio. O eminente Ministro Demócrito Reinaldo confirma o valor dos honorários fixados na sentença.

Em verdade, se tomamos conhecimento do recurso especial temos que julgar a causa. O Juiz aplicou o art. 20, § 4º, que diz que: “nas causas de pequeno valor e nas de valor inestimável, bem como naquelas em que não houver condenação... os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz”. Tenho que aplicar o art. 20, § 4º, que diz que é por apreciação equitativa.

Numa ação em que um dos advogados diz que é de 50 milhões de dólares e o outro diz que é de 7 milhões e quinhentos mil, não vai se poder arbitrar honorários em dez salários mínimos. É irrisório, é desmoralizante, é achincalhante e é antiequitativo, e isso não é o que o Código quer.

Por outro lado, a pretensão do recorrente, de receber 20% sobre o valor da causa, seria, na verdade, “matar o doente com o remédio” — quis defender o patrimônio da Siderúrgica Nacional de 50 milhões e quer retirar 5 ou 10 milhões.

Parece-me que, na verdade, seria exagerado e não seria aplicável, porque não houve sucumbência, houve desistência, não houve condenação.

Nessas circunstâncias, Sr. Presidente, dou provimento ao recurso, para fixar os honorários em 1% sobre o valor da causa.

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Presidente): Sr. Ministro Gomes de Barros, compreendo a preocupação de V. Exa., mas entendo que em sede de recurso especial não podemos fazer isso, porque, dessa forma, teríamos que adotar os parâmetros do parágrafo terceiro do Código de Processo, raciocinando como V. Exa., que diz o seguinte: “Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10%” e depois aquela ...: Temos que levar em conta o quê? O grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido. Já temos vários precedentes aqui na Turma e não podemos arbitrar honorários de

advogado, porque teremos que adentrar em questões de fato.

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Justifico: se conhecermos do recurso extraordinário teremos que julgar a causa. Estou julgando a causa e somente acrescentaria, porque seria obrigado a motivar, que a causa, por menor trabalho que tenha dado, envolve valor da causa e muito alto, e efetivamente causou prejuízos ao autor popular. Levou a contratação de advogados, tanto que houve sustentação aqui. Só a circunstância de chegar esta causa ao Superior Tribunal de Justiça justificaria honorários até maiores do que 1%. Parece-me que não fugi da equidade. No meu sentir, condenaria honorários na base de 1% — que traduziriam em setenta mil dólares numa causa de sete milhões.

Na vida do advogado só se olham os ganhos, mas não se olham as dificuldades e os riscos. O doloroso é condenar, nesta causa, ao pagamento de dez salários mínimos, e o autor popular certamente deve honorários ao Dr. Jair Ximenes. Na verdade, manter esta condenação é longe de cumprir o art. 20, é condenar o autor popular ao pagamento de honorários, pelo menos do Dr. Jair Ximenes.

Nesta circunstância, dou provimento ao recurso, para alterar o valor da condenação em 1% sobre o valor fixado na causa.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, avalio

que o calor dos debates é resultante do ineditismo do tema de honorários advocatícios na extinção do processo de ação popular. No desenrolar dos debates procurei fixar o meu convencimento, evidentemente, órfão de pesquisa mais aprofundada. De qualquer modo, um ponto ficou patente: cuida-se de ação popular, rigorosamente, de índole constitucional, a exemplo do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de injunção e do mandado de segurança.

Deve ser percebido e destacado que, elevada à dignidade constitucional, a ação popular diferencia-se das ações de naturezas diversas, cujos regramentos, no aspecto único de honorários, estão fixados em disposições expressas no Código de Processo Civil. Na ação popular, ao se cuidar de honorários, foram ditados princípios especiais, estruturando um sistema próprio. Nesse sentido, embora com ligeireza, examinei o art. 12, da especial lei de regência, permitindo sublinhar que os honorários têm como justificação básica ou como causa o fato objetivo da derrota diante de um litígio. Isso é inafastável. E o digo inafastável, porque o art. 12 da Lei de Ação Popular diz que a sentença os incluirá na condenação dos réus. Condenação tem um pressuposto, que é um litígio e uma composição e, logicamente, um vencedor e um vencido. O vencido arcará com as obrigações decorrentes e, entre eles, a de pagar os honorários. Na linguagem do art. 20 do Código de Processo Civil, não são do advogado, mas da parte, porque a sentença

condenará o vencido a pagar ao vencedor, que não é o advogado e sim uma das partes que integra uma relação processual. O advogado, junto à parte, deve estar salvaguardado por contrato de honorários, escrito ou verbal, como instrumento de aferição do seu direito de receber conforme avençado entre ele e o cliente.

Nessa linha de raciocínio, há um outro ponto a se somar. No caso específico, não houve desistência. A discussão bandeou-se, de certo modo, no pressuposto da desistência que não houve. Aconteceu que o Juiz, examinando as condições da ação, acabou concluindo que ela perdeu o objeto, declarando extinto o processo sem julgamento do mérito. Logo, não há mais que se falar em litígio, em relação ao qual não houve abordagem pelo Juiz, limitando-se a sentenciar a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Por outro lado, é muito oportuno, parece-me, que se lembre o art. 5º da Constituição Federal, no seu inciso LXXIII, dispondo (lê):

“Qualquer cidadão é parte legítima
..... judiciais e do ônus da sucumbência”.

Essas disposições constitucionais evidenciam a conclusão de que os honorários, na ação popular, dependem de uma solução e de um litígio, com julgamento de mérito. Não é possível cogitar-se de honorários, sem o fato objetivo da derrota de alguém, isto é, sem um vencedor e sem um vencido. Em sendo ação

constitucional há que se lembrar do art. 11: “a sentença que, julgando procedente a ação popular — logo examinou o litígio e o compôs — decretar a invalidade do ato impugnado condenará ao pagamento de perdas e danos”.

As perdas e danos não serão destinados no seu valor compensatório ao autor da ação, mas à Administração Pública. O autor, em tema constitucional, na ação popular, nada mais é do que um instrumento de ação democrática, para tornar concreta a manifestação do descontentamento, de irresignação, de censura, na voz do povo, para reclamar ao Judiciário desconstitua o que é danoso à Administração Pública. Com essas abreviadas observações, comporta ainda salientar a cláusula final do inciso LXXVII, art. 5º, da Constituição, dispondo sobre honorários na ação popular, somente quando houver a condenação, que pressupõe julgamento de mérito.

Houve extinção do processo e a respeito não houve apelação do autor da ação. O apelo cingiu-se aos honorários.

Com essas considerações, atento à regência constitucional da ação popular, a teor dos honorários, presumindo condenação, não me parece, no caso, procedente a pretensão, uma vez que não existe parte vencedora ou vencida.

Concluo, convencido de que, simplesmente declarado extinto o processo apropriado à ação popular, conforme a sinalada simetria constitucional, descabem honorários advocatícios.

Com esse convencimento, voto acompanhando o eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.833-6 — RJ — (92.0027406-4) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cesar Rocha. Recte.: Péricles Rolim. Advogados: Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros. Recdos.: Companhia Siderúrgica Nacional e outros. Advogados: César Abreu de Castro e outros. Recdo.: Montreal Engenharia S/A. Advogado: José Armando Bezerra Falcão. Sustentaram oralmente os Drs. Jair Ximenes Aguiar, pelo recorrente, e José Armando B. Falcão, pelo recorrido.

Decisão: A Turma, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros, negou provimento ao recurso (em 01.09.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 28.863-4 — RJ

(Registro nº 92.0027819-1)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Camping Clube do Brasil*

Recorrida: *Aryce Brasil Dantas*

Advogados: *Drs. Jorge Antônio Culuchi e outros, e Antônio da Rocha Guimarães*

EMENTA: Usufruto. Ação proposta pelo usufrutuário, pleiteando a restituição do imóvel (lote), do qual foi despojado. 1. Legitimidade ativa para a ação reivindicatória. O usufrutuário tem as ações que defendem a posse e, no campo petitório, ao lado da confessória, tem também a ação reivindicatória. Doutrina sobre o tema. Não ocorrência, no particular, de ofensa ao art. 524 do Código Civil, uma vez julgado procedente o pedido de reivindicação, com imissão na posse do imóvel. 2. Julgamento antecipado da lide. Caso em que, não havendo necessidade de outras provas, era, mesmo, de conhecimento direto do pedido. 3. Arbitramento de perdas e danos, pela irregular utilização do imóvel. Inexistência de ofensa ao art. 1.060 do Código Civil. 4. Recurso especial de que a Turma deixou de conhecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Brasília, 11 de outubro de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Em julgamento antecipado, decidiu o Dr. Juiz, em sua sentença:

“Pretende a autora lhe seja restituído o imóvel designado por Lote nº 5 da Quadra 4 da estrada do Pontal, Gleba, Finch, PLT 5222143, reivindicando-o do réu, que afirma, o esbultou.

As preliminares de contestação são rejeitadas. Tem a autora legitimidade para defender o domínio do bem que detém o usufruto, por ser este um dos atributos do domínio. Ora, na qualidade de titular dos direitos sobre uma das parcelas da propriedade, não há como negar-se à autora o direito de reivindicar o bem de terceiros. A lição de Carvalho Santos trazida à colação pela autora, a fls. 87, bem elucida a questão.

A preliminar de conexão está superada. Decidida a ação reputada conexa pelo réu (sentença de fls. 101/124) não há mais que se falar em reunião dos feitos. Aliás, incorre a alegada conexão pois diversas são as partes em ambas as lides, como distintos os pedidos. Nada justificaria o julgamento simultâneo.

Também a questão prejudicial não pode ser acolhida, porque não há provas nos autos de ter o réu proposto a ação de anulação de registro do lote reivindicando.

No mérito, demonstrou a autora à saciedade, deter o domínio sobre o imóvel objeto da lide. A certidão de fls. 34 do 9º Ofício do Registro Geral de Imóveis comprova a titularidade afirmada na inicial.

Os argumentos da resposta não prosperam. O fato de não estar registrado o loteamento onde se situa o lote da autora é irrelevante, porque regularmente transcrito seu título. A autora não é proprietária do loteamento — nem o está reivindicando — mas tão-somente de um lote, que se encontra registrado. Ade-

mais, sequer logrou o réu provar esta afirmação, o que poderia ter feito mediante simples certidão imobiliária. Neste particular, imprestável o documento de fls. 127 por se referir a outro imóvel. Mesma sorte acompanha o documento de fls. 75/76.

Também irrelevante o fato de ter sido tombado o imóvel da autora, ou ser ele identificado como área *non edificandi*. A destinação do terreno constitui assunto de decisão única e exclusiva do proprietário; a não ser o Estado, nos casos de desapropriação por necessidade e utilidade pública, a ninguém mais é dado o direito de interferir no destino do patrimônio de outrem. Nem o tombamento, nem a designação de 'área *non edificandi*' do imóvel objeto da lide têm o condão de descaracterizar a propriedade da autora.

No que tange ao pedido de indenização, a ele se opõe o réu sob o argumento de não possuir fins lucrativos, o que torna impossível a exploração comercial a que se refere a autora. Mas não tem razão. A indenização é devida pela irregular utilização do lote, e não pelas eventuais qualidades econômico-financeiras do réu. Desinfluyente se o réu explora no local atividade comercial. O certo é que ele ocupa o lote, o quanto basta para, provado o esbulho, sujeitá-lo ao pagamento de indenização, correspondente às perdas e danos sofridos pela autora, e que deverão ser objeto de fixação em liquidação de sentença.

Finalmente, quanto à alegação de prescrição aquisitiva formulada na resposta, não há como acolhê-la. As inúmeras decisões judiciais juntas pela autora ao longo da instrução do feito comprovam que em momento algum a posse do réu sobre o lote da autora foi pacífica. Antes, caracterizou-se ela pela precariedade, violência e clandestinidade. Além do mais, a r. sentença proferida na ação de usucapião proposta na 7ª Vara Cível pelo espólio de José Moraes de Souza, onde o réu interveio como assistente do autor, julgou improcedente o pedido de usucapião, por ausência da prova da posse ininterrupta por mais de 20 (vinte) anos do autor (fls. 113/119).

Isto posto, julgo procedente o pedido de reivindicação da autora na propriedade do Lote nº 5 da Quadra 4 da Estrada do Pontal, Gleba Finch, PLT 5222143, imitando-a na posse do referido imóvel. Condene o réu no pagamento das perdas e danos que se apurarem em liquidação de sentença por arbitramento, das despesas processuais e honorários de advogado, que arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor dado à causa”.

Confirmada a sentença por seus próprios fundamentos, rejeitados os embargos de declaração, Camping Clube do Brasil interpôs recurso especial, admitido por este despacho do Desembargador Fernando Whitaker:

“3. O recorrente, em suas razões (fls. 177 a 192), sustenta que o *de-cisum*, objeto desse apelo último,

violou o disposto no inciso I, do artigo 330, bem como o artigo 332 e o inciso II do artigo 333, todos do Código de Processo Civil, ante o cerceamento de sua defesa, ao deixar-se de examinar, conclusivamente, a prescrição aquisitiva alegada, quanto ao lote objeto da presente ação e admitir-se o julgamento antecipado da lide, sem a colheita da prova oral requerida. Alega, outrossim, vulnerado o artigo 524 do Código Civil, ao acolher-se pedido reivindicatório de usufrutuário, portanto, de quem não detém o domínio do bem e seu direito de seqüela, além do artigo 1.060, do mesmo Diploma Legal, em razão da condenação em perdas e danos, sem a fixação do modo como deve ser efetuada e sem a delimitação do prejuízo. Aduz, ainda, a ocorrência de dissídio jurisprudencial com aresto do Supremo Tribunal Federal.

4. A recorrida contra-arrazoou a fls. 205/216, prestigiando o Julgado hostilizado.

5. É, em síntese, a hipótese.

6. O recurso apresenta-se plausível na sua fundamentação, seja no que pertine ao permissivo da alínea *a*, sobretudo quanto à questão do uso da ação reivindicatória pela usufrutuária, que não detém o domínio do imóvel, seja quanto às provas orais não admitidas. Acresce razoável, outrossim, no que respeita à divergência jurisprudencial sobre a ausência da exata individuação do imóvel e que restou analiticamente demonstrada.

7. Assim, admito o recurso, por ambos os invocados fundamentos do seu permissivo constitucional. Subam os autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça”.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Camping Clube do Brasil, réu, formulou três questões na petição de interposição do recurso especial: a) ofensa aos arts. 330, I, 332, e 333, II, do Código de Processo Civil, por cerceamento de defesa. Diz que aqui não era lícito o julgamento antecipado da lide, porque havia alegado, em sua defesa, prescrição aquisitiva, havendo, então, necessidade da produção de prova em audiência; b) ofensa ao art. 524 do Cód. Civil, porque a autora, sendo usufrutuária do lote de terreno objeto da ação, não seria parte legítima para propor esta ação reivindicatória. Alega também, quanto a este ponto, que o imóvel não foi individuado, apresentando, a propósito desta alegação, dissídio com acórdão de outro tribunal; c) ofensa ao art. 1.060 do Cód. Civil, por falta de prova das perdas e danos.

2. Relativamente ao exame das questões acima descritas, a sob b tem precedência, versando sobre uma das condições da ação. Indaga-se se Aryce Brasil Dantas, autora, é parte legítima, na condição de usufrutuária, para intentar a ação reivindicatória que intentou e com

a qual obteve êxito na defesa do domínio. Que ela é usufrutuária, acha-se reconhecido sem nenhuma controvérsia. Consta de fl. 34 que Aryce doou, com cláusula de retorno, o imóvel a Cláudia Brasil do Amarante, no ano de 1984, reservando “para si o usufruto vitalício”.

Para o recorrente, a autora é parte ilegítima, porque não pode reivindicar. E por que não pode? Não pode porque, a seu ver, ela não é titular do domínio, não é proprietária. Enfim, não lhe é dado dispor do bem. Confira-se:

“E o direito de reivindicar somente pode ser exercido por aquele que pode alienar o bem, ou seja, o proprietário.

E o usufrutuário, como disse Paulo em Roma, ‘tem o direito de usar uma coisa pertencente a outrem’ (*sic*), e que tem o direito ao uso tem a correlata proteção possessória e nunca a ação petitória.

O entendimento da d. Câmara é *data venia* absurdo, e somente com absurdo se prova a sua inconsistência, pois caso mantido esse entendimento, qualquer imóvel que esteja sob o regime de usufruto inevitável a ação de usucapião teria que ser proposta contra este e não contra o proprietário (nu proprietário)”.

Efetivamente, a reivindicatória é a ação de que dispõe o titular do domínio, tanto que a lei assegura ao proprietário o direito de reaver os seus bens “do poder de quem quer

que injustamente os possui” (Cód. Civil, art. 524). Cumpre então saber se o usufrutuário, a quem se confere o direito de usar (*ius utendi*) e gozar (*ius fruendi*) a coisa, mas não o direito de dela dispor (*ius abutendi*), tem a faculdade de reavê-la do poder de terceiro, movendo, para esse fim, ação reivindicatória.

De acordo com a sentença, confirmada, por seus próprios fundamentos, pelo Tribunal, a autora tem legitimidade “para defender o domínio do bem que detém o usufruto”, fl. 133. Para tanto, o Dr. Juiz remeteu-se à lição de J. M. Carvalho Santos, nessa passagem do “Código Civil Brasileiro Interpretado”:

“Não pode haver dúvida, portanto, que o usufrutuário é um verdadeiro possuidor e, como tal, tem a faculdade de empregar os interditos possessórios — quer para defender, quer para recuperar a posse” (volume IX, 14ª ed., pág. 372).

Mas o que aí se anotou foi que o usufrutuário pode empregar “os interditos possessórios”. Não é bem o caso destes autos...

Dizem que a reivindicação é prerrogativa do nu proprietário, e não do usufrutuário. Segundo a lição de Ney Rosa Goulart e Paulo Eurides Ferreira Seffrin, nessas passagens do “Usufruto, Uso e Habitação”:

“Como titular da posse, para bem poder gozar a coisa frutuária, o usufrutuário dispõe de todas as ações possessórias contra quem quer que a lese. Inclusive contra o nu pro-

prietário, se este lhe embaraçar o livre exercício do usufruto. Só não pode exercitar ação de reivindicação, visto que não é proprietário, sendo ela, então, prerrogativa do nu proprietário” (Forense, 1986, pág. 19).

.....
“O direito de ajuizar ação de reivindicação, só outorgada ao senhor (nu proprietário), contra quem quer que conteste seu domínio e, a esse pretexto, arbore a coisa do usufrutuário” (*idem*, pág. 30).

No mesmo sentido, leia-se em Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolino Letteriello, nesse trecho da “Ação Reivindicatória”:

“Nesta mesma ordem de idéias, o usufrutuário só poderá reivindicar de terceiros formando litisconsórcio ativo com o nu proprietário.

Se o nu proprietário não tiver interesse em reivindicar o imóvel — e ninguém pode obrigá-lo a demandar contra quem quer que seja — cabe ao usufrutuário usar das vias possessórias para amparo de direitos eventualmente violados.

Esta regra só sofre exceção nas relações entre marido e mulher, porquanto nesta hipótese existe norma própria de direito de família que disciplina o instituto da outorga uxória.

“Negado o consentimento para o ajuizamento da ação, pode o cônjuge requerer ao Juiz o suprimento na forma do art. 11 do Código de Processo Civil” (Saraiva, 1988, pág. 144).

Observou Arnaldo Wald, no “Curso de Direito Civil Brasileiro — Direito das Coisas”:

“85. O usufrutuário como possuidor pode intentar os remédios possessórios contra o proprietário do bem usufruído, se este pretender dificultar ou impedir o uso ou fruição do bem, como quando, por exemplo, altera o destino econômico do mesmo, ou constitui qualquer outro direito real reduzindo o conteúdo do direito concedido ao usufrutuário. Tem ainda tais remédios contra o terceiro comprador da nua propriedade, que arrenda o bem usufruído, contra o credor hipotecário posterior à constituição do usufruto, que queira executar a hipoteca em prejuízo do usufrutuário e enfim contra qualquer terceiro que possa prejudicar ou turbar a sua posse.

No campo petitório, o usufrutuário poder recorrer seja à ação confessória, como queria Lacerda de Almeida, seja à ação declaratória para fazer reconhecer a existência do seu direito” (Sugestões Literárias S.A., 1973, pág. 222).

Relativamente à ação confessória, bem como às ações que nascem do usufruto, veja-se o que escreveu o Conselheiro Lafayette, no “Direito das Coisas”:

O usufruto, pois que pressupõe a detenção do objeto, está como o domínio, exposto a ser lesado de dois modos, a saber: ou por atos que importam a tirada da coisa do poder do usufrutuário, ou por atos que tão-somente perturbam o exercício do direito.

Para cada uma daquelas duas espécies de injúrias tem o domínio uma ação apropriada, para as primeiras a reivindicação, para as segundas a negatória. O usufruto, porém, tanto no caso da tirada da coisa, como no de simples turbação, se defende com uma só ação — a confessória, real de sua natureza.

Quando deriva do direito real de usufruir, tem por objeto:

I — O reconhecimento do usufruto;

II — a condenação do réu:

a) a restituir a coisa ao usufrutuário, se lha tiraram do poder;

b) a cessar a moléstia atual e dar fiança de que de futura não praticará novos atos de turbação;

c) a repor os frutos colhidos e satisfazer as perdas e danos causados.

3. Pode a confessória, real como é, ser dirigida, não só contra o proprietário, como contra quaisquer terceiros.

4. Deve o usufrutuário provar:

Que tem usufruto constituído na coisa: é o fundamento da ação;

Que o réu, proprietário ou terceiro, a retém injustamente ou o molesta com atos turbativos de seus direitos: — é a condição de exercício da ação.

5. A quasi-posse do usufrutuário (atos de uso e gozo) se confunde com a posse natural da coisa e está, portanto, sujeita às mesmas lesões de que é suscetível a posse; donde vem que são aplicáveis à defesa da

quasi-posse do usufruto os mesmos interditos que protegem a posse.

O usufruto pode, pois, invocar: a ação de manutenção, se é turbado na sua quase-posse; a de esbulho se a coisa lhe é injustamente tirada.

6. Do direito que ao usufrutuário assiste, de se aproveitar das servidões ativas inerente ao prédio frutuário, resulta para ele, como corolário, o direito de intentar em seu próprio nome as ações competentes contra os que o perturbarem no exercício dessas servidões" (Editora Rio, vol. I, 1977, págs. 359/361).

Eis a lição de Pontes de Miranda, no "Tratado de Direito Privado":

"1. Vindicação — A vindicação do usufruto, do uso ou da habitação está para esses direitos reais limitados como a reivindicação para o domínio. Nos nossos dias, já não se precisa de *interdictum quem fundum*, que era de mister ao tempo em que regia o princípio de liberdade do demandado: a executividade está, hoje, na própria ação.

A ação de vindicação era a ação protectiva romana na forma originária. A ação confessória foi pós-clássica. Hoje, a ação vindicatória do usufruto tem de ser concebida à semelhança da vindicatória do domínio, já sem se necessitar do *interdictum quem fundum*. Nem a negatória poderia substituir a *rei vindicatio*, nem a confessória poderia fazer as vezes da vindicatória do usufruto.

As ações confessória e negatória são compósitas (tomo XVIII, § 2.243). Se a ofensa foi só à posse, só

a ação possessória cabe. Se houve esbulho do usufruto e não mais se pode empregar ação possessória, ainda cabe a de vindicação.

2. Legitimação passiva — O que importa é que haja negação do *ius in re*, porque, se a ofensa foi só à posse, só a ação possessória é de propor-se; mas, se houve esbulho da posse e aquela negação, ainda que não mais se possa demandar possessoriamente, cabe a vindicação do usufruto, do uso ou da habitação. Pode ser demandado quem quer que haja tirado a posse, e não só o dono do bem usufruído, usado ou habitado" (Editor Borsoi, tomo XIX, 1957, pág. 303).

.....
"Se se nega o usufruto, o uso ou a habitação e se retira a posse ao usufrutuário, ao usuário ou ao habitador, a ação adequada é a vindicatória.

A ação confessória é ação condenatória, de eficácia mandamental provavelmente imediata e eficácia executiva não necessariamente imediata: a ação declaratória, que é prévia, com eficácia necessariamente mediata, é que se refere à relação jurídica real.

Se não há negação do direito de usufruto, uso ou habitação, a ação confessória é inadequada ou precipitada. A ação a propor-se seria a da *Lex Aquilia*, ou a *actio iniuriarum* ou a *vindicatio*, na qual pode não haver e é provável que não haja a questão prejudicial da existência da relação jurídica de usufruto, de uso ou de habitação" (*idem*, pág. 304).

Para M. I. Carvalho de Mendonça, o usufrutuário tem ação confessória e tem ação reivindicatória: na primeira, cabe ao autor pedir: “b) que o réu seja condenado: 1º) à restituição da coisa fructuaria, si chegar a tiral-a; 2º) a cessar de impedir os direitos do autor e dar fiança de não mais praticar outros actos contrarios aos direitos do mesmo; 3º) a restituir os fructos colhidos e pagar as perdas e damnos que tiver ocasionado”; no que se refere à segunda, tem-na “para repor em suas mãos o objecto do usufructo de que tenha sido desapossado e isto não sòmente contra terceiro, como também contra o proprietário” (*in* “Do usufructo, do uso e da habitação no Código Civil Brasileiro”, 1917, A. Coelho Branco Fº (Editor), págs. 239/240 e 245/6).

De todo o exposto, é de se concluir assim: de um lado, o usufrutuário tem todas as ações possessórias; de outro lado, se não tiver ação reivindicatória, tem, em oposição à possessória, a saber, no campo petitório, a ação confessória. E nesta espécie de ação, de acordo com as lições acima transcritas, o que se pleiteia, em relação ao usufrutuário, é restituir-lhe a coisa, que lhe foi indevidamente tirada. Ora, em sendo assim, não creio que a sentença, que o acórdão confirmou, tenha ofendido o disposto no art. 524, ao julgar procedente a ação para, em conclusão, imitir-se a autora na posse do imóvel em causa. É certo que a ação foi denominada de reivindicatória, mas a autora, em

mais de uma passagem, queixou-se de atos de violência ou de esbulho, praticados pelo réu que havia se apossado daquele lote de terreno, bem como de outros lotes, pertencentes a outras pessoas, para explorá-los comercialmente, instalando ali um *camping*, “cobrando diárias altíssimas dos milhares de usuários...”. Bem, se a ação reivindicatória não tinha cabimento, a solução que se deu ajusta-se ao que é lícito deferir-se na ação confessória, ou até na ação possessória, sem se afastar do pedido na petição inicial. O nome que se atribui à ação não possui tanta importância, o importante é o pedido. Na espécie, a sentença não deixou de ser a resposta do Juiz ao pedido formulado pela autora.

Quero, no entanto, estabelecer que o usufrutuário é parte legítima para propor a ação reivindicatória. O usufruto é o direito real de fruir (de usar e gozar a coisa, por um certo tempo). Reza o art. 718 do Cód. Civil: “O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos”. Doutrina e jurisprudência têm afirmado, *exempli gratia* que o usufrutuário pode exercer o direito de retomada do imóvel, equiparando-o por isso ao proprietário. Confira-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça declinada nos REsps 12.219, 21.828, 23.345, 28.092 e 33.040. Além disso, vejamos as lições do Conselheiro Lafayette (“a restituir a coisa ao usufrutuário, se lha tiraram do poder”), de Pontes de Miranda (“...a ação adequada é a vindicatória”) e M. I. Car-

valho de Mendonça. Da leitura dessas lições, quero também entender que o usufrutuário acha-se ativamente legitimado.

3. Segundo o recorrente, não era lícito ao Juiz conhecer diretamente do pedido, pois pendente questão prejudicial, atinente à prescrição aquisitiva. Expõe em suas razões que anteriormente pedira prova oral, “objetivando a sua produção com intuito de provar que a recorrida jamais teve a posse do lote”.

Quero crer que, em relação a este ponto, não houve violação dos arts. 330, I, 332, e 333, II, do Cód. de Pr. Civil. Primeiro porque, revendo os atos anteriores à prolação da sentença, verifiquei que o recorrente, réu, foi instado pelo Juiz a justificar a necessidade “das provas pleiteadas”, fs. 93 v. Acontece que, na sua resposta, não as justificou a contento, limitando-se a dizer, simplesmente, que pretendia, com prova oral, “comprovar que a autora jamais teve posse do lote em questão”, fs. 94. Depois porque, para apreciar a alegação de usucapião, o Juiz já dispunha de provas, consoante se vê da sentença, neste trecho:

“Finalmente, quanto à alegação de prescrição aquisitiva formulada na resposta, não há como acolhê-la. As inúmeras decisões judiciais juntas pela autora ao longo da instrução do feito comprovam que em momento algum a posse do réu sobre o lote da autora, foi pacífica. Antes,

caracterizou-se ela pela precariedade, violência e clandestinidade. Além do mais, a r. sentença proferida na ação de usucapião proposta na 7ª Vara Cível pelo espólio de José Moraes de Souza, onde o réu interveio como assistente do autor, julgou improcedente o pedido de usucapião, por ausência da prova da posse ininterrupta por mais de 20 (vinte) anos do autor (fls. 113/119)”.

Então, o caso era de julgamento antecipado. É que não havia necessidade de outras provas, principalmente prova oral, já que vários documentos foram juntados aos autos. Por isso, exata a posição do Juiz, ao assentar em sua decisão: “Protestou o réu a fls. 94 pela produção de prova oral, que indefiro, com apoio nos artigos 130 e 400 do CPC por entendê-la desnecessária à solução do litígio”.

4. No que se refere ao art. 1.060 do Cód. Civil, não diviso a sua alegada afronta, vez que a indenização, arbitrada pela sentença, era imposição jurídica, provado o esbulho e daí resultando as perdas e danos sofridos pela autora, ora recorrida (confira-se a lição de Carvalho de Mendonça já mencionada).

5. Sobre o dissídio, não se acha provado, pois aqui se cuida de imóvel, um lote de terreno, perfeitamente individuado, conforme a certidão de seu registro.

6. Com estas considerações, não conheço do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.863-4 — RJ —
(92.0027819-1) — Relator: Exmo.
Sr. Min. Nilson Naves. Recte.:
Camping Clube do Brasil. Advoga-
dos: Jorge Antônio Culuchi e ou-
tros. Recda.: Aryce Brasil Dantas.
Advogado: Antônio da Rocha Gui-
marães.

Decisão: A Turma, por unanimi-
dade, não conheceu do recurso espe-
cial (em 11.10.93 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr.
Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.470-6 — SP

(Registro nº 92.0032379-0)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Recorrido: *Lins Indústria e Comércio Ltda.*

Advogados: *Rubens Lazzarini e outros, e Roberto Bacil*

EMENTA: Recurso Especial. Imposto sobre Operações Cambiais. Isenção. DL 2.434/88, art. 6º. Agravo pendente. Sobrestamento. Questão de ordem de 20.04.93 (DJ 28.04.93). 1. Havendo agravo de instrumento pendente de julgamento no STF, há que ser sobrestado o julgamento do recurso até que seja decidida a questão objeto do agravo interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em sobrestar o julgamento. Votaram com o Relator os Ministros Américo Luz,

Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

Brasília, 06 de outubro de 1993
(data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA
RIBEIRO, Presidente. Ministro PE-
ÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Recurso especial interposto pela Fazenda Nacional com apoio no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que deu provimento à apelação da ora recorrida, entendendo ser o art. 6º do Decreto-lei nº 2.434/88 inconstitucional, por violador da isonomia.

Alega vulneração aos arts. 176, 97, VI, e 111, II, do CTN, e aponta divergência com acórdão deste STJ e com a Súmula nº 03 do TRF da 2ª Região.

Manifestado recurso extraordinário, inadmitido no Tribunal *a quo*. Interposto o agravo de instrumento cabível, pendente de julgamento no Tribunal de origem, subiram os autos do especial admitido.

Dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): A discussão posta nos autos versa sobre a legalidade da isenção do IOF nas operações de câmbio realizadas para o pagamento de bens importados, de que trata o art. 6º do Decreto-Lei nº 2.434/88.

O recorrente interpôs, simultaneamente, recurso extraordinário

para impugnar o fundamento constitucional do v. acórdão recorrido. Inadmitido no Tribunal *a quo*, foi interposto agravo de instrumento contra o despacho indeferitório, que se encontra pendente de julgamento na origem.

Consoante recente entendimento da E. Primeira Seção, consubstanciada na Questão de Ordem suscitada no REsp nº 33.667-7-SP, na assembléa do dia 20 de abril do corrente ano, sobresto o julgamento deste.

É o meu voto.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL
Nº 33.667-7-SP.

QUESTÃO DE ORDEM

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): O eminente Ministro Américo Luz pretendia, na Egrégia 2ª Turma, suscitar a presente questão de ordem. Todavia, entendeu-se que a matéria nela versada é comum às duas Turmas, daí se a ter remetido à solução desta Egrégia Seção. Acrescento que o Sr. Ministro Américo Luz não a suscita pessoalmente nesta Seção porque a preside sem direito a voto, por isso S. Exa. pediu-me que o fizesse.

A questão de ordem está assim posta:

“Na espécie, a matéria de fundo é corriqueira no âmbito das Turmas especializadas em Direito Público da Corte. Cuida-se da conhecida questão atinente à isenção do IOF/câmbio de que trata o art. 6º do Decreto-lei nº 2.434/88, pretendendo os impetrantes nos recursos que aqui aportam, embora sem satisfazer a condição exigida pela norma legal — guias de importação emitidas após 01.07.88 — que se lhes reconheçam aquele benefício fiscal, tudo por conta do princípio isonômico, que reputam contrariado.

Aqui, reconhecido o benefício isencional pelo acórdão, abstraída a data de emissão das guias de importação ou documento semelhante, recorreu a Fazenda Nacional, especial e extraordinariamente.

O primeiro apelo, escudado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, foi admitido pela decisão de fls. 135/136, o que não aconteceu com o segundo, inadmitido com fundamento nas Súmulas 282 e 356 do Pretório Excelso — fls. 137.

Desta decisão houve agravo para a Suprema Corte, conforme atesta a certidão de fls. 138 v.

.....
A questão de ordem que ora trago à elevada consideração de VV. Excias. consiste no seguinte: se julgado fosse, o presente recurso especial ficaria sobrestado até que o Supremo Tribunal Federal apreciasse o agravo interposto da decisão indeferitória do apelo extraordinário, tudo nos termos do decidido pela Eg.

Primeira Seção deste Tribunal em questão de ordem suscitada pelo eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Entretanto, se sobrestado ficasse o especial na hipótese, o agravo ficaria retido no Tribunal de origem, na Divisão de Arquivo Geral, nos termos da certidão de fls. 141 e em consonância com a Ordem de Serviço nº 11/92, letra *c*, item 3, do Tribunal *a quo*, que me foi encaminhada a pedido, cuja íntegra é a seguinte:

“ORDEM DE SERVIÇO Nº 11/92

O Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no uso de suas atribuições legais,

considerando o deliberado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa de 21 de agosto de 1992, ao apreciar o Processo nº 17.895-1, referente a “Processos sobrestados na Secretaria”, objeto do ofício nº 873/P,

DETERMINA:

Interpostos pelos interessados, simultaneamente, recursos extraordinário e especial, ocorrendo uma das seguintes situações:

A — inadmissão de ambos os recursos, com interposição de dois agravos de instrumentos;

B — admissão do recurso extraordinário, com interposição de agravo de recurso especial inadmitido, ou,

C — inadmissão do recurso extraordinário, com agravo de instrumento para o Supremo Tribunal, e admissão do recurso especial,

adotará a Secretaria Judiciária desta Corte uma das seguintes providências:

1 — na hipótese da letra *a*, processados os agravos e remetido ao Superior Tribunal de Justiça o relativo a recurso especial, será retido o agravo do recurso extraordinário para enviá-lo ao Supremo Tribunal Federal após a devolução do agravo do recurso especial com decisão definitiva de seu não provimento ou após decisão definitiva do recurso especial, julgado nos autos do próprio agravo provido (§ 3º do art. 28 da Lei 8.038/90), ou nos autos principais que subiram, em virtude do provimento do agravo, contra o despacho que implicou o não processamento do recurso especial, juntando-se ao agravo para o Supremo, cópia da decisão do Superior;

2 — na hipótese da letra *b* processados os recursos e encaminhado ao Superior o instrumento do agravo, será retido o recurso extraordinário para ser enviado ao Supremo Tribunal Federal após a devolução do instrumento do agravo do recurso especial, com decisão definitiva do seu indeferimento, ou após decisão definitiva do recurso especial, julgada nos autos do agravo (§ 3º do art. 28 da Lei 8.038/90, caso em que será certificada tal decisão nos autos da ação), ou nos autos principais que subiram ao Superior Tribunal, em consequência do provimento do agravo;

3 — na hipótese da letra *c*, processados os recursos e encaminhado ao Superior Tribunal o especial

admitido, será o agravo retido nesta Corte, sendo encaminhado ao Supremo Tribunal após a devolução dos autos da ação, com certidão, no agravo para o Supremo Tribunal da decisão definitiva proferida no recurso especial.

Considerando a pública e notória falta de espaço nas instalações deste Tribunal os recursos que aqui hajam de ficar retidos para uma das providências antes mencionadas serão encaminhados ao Arquivo Geral, mantendo-se rigoroso controle no sistema eletrônico de dados.

Publique-se e cumpra-se.

São Paulo, 18 de setembro de 1992.

(a) Juiz HOMAR CAIS — Presidente”.

Em face desse procedimento adotado pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (letra *c*, item 3), verifica-se que de nenhuma eficácia será a decisão concernente ao sobrestamento do especial a ser proferida, em casos como o presente, pela Turma. Ambos os recursos ficarão sem tramitação nas duas Cortes de Justiça: o especial, sobrestado em face da questão de ordem citada; o agravo, em função da Ordem de Serviço referida.

Proponho à Turma, em face do exposto, que ao determinar o sobrestamento do especial nas condições acima explicitadas, que se oficie ao eminente Presidente do Eg. Regional para que determine a imediata subida do agravo ao Colendo

Supremo Tribunal Federal, se assim entenderem VV. Excias.”.

Afigura-se-me altamente salutar a questão de ordem ora proposta pelo preclaro Ministro Américo Luz, que, com percuciência, procura solucionar mais uma das difíceis questões que têm surgido em decorrência da simultânea interposição do recurso especial e do recurso extraordinário.

Concordo integralmente com S. Exa., quando, identificando o relevante problema procedimental, procura deslindá-lo.

Tdavia, peço-lhe vênia para fazer-lhe uma ponderação. Nesse sentido, assinalo que a “letra c, item 3” da Ordem de Serviço nº 11/92, baixada pelo Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nada mais consubstancia do que o cumprimento das normas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, na 11ª Sessão Administrativa, realizada em 21.8.92, correspondendo à 4ª hipótese, sugerida pela Diretora do Departamento Judiciário daquela Corte e por ela endossada. Eis os seus termos:

“Para a 4ª hipótese: recurso extraordinário inadmitido, com interposição de agravo, recurso especial admitido:

Processados os recursos e encaminhado ao STJ o especial admitido, o agravo ficaria retido no Tribunal recorrido e seria encaminhado ao Supremo Tribunal:

a) após a devolução dos autos da ação, com certidão, no agravo para

esta Corte, da decisão definitiva proferida no recurso especial”.

Em tal contexto, se oficiarmos ao eminente Presidente do Eg. Regional para que determine a imediata subida do agravo ao Colendo Supremo Tribunal Federal, como sugere o ilustre Ministro Américo Luz, iremos deixar-lhe diante de um dilema sobre qual decisão cumprir se a desta Corte ou do Excelso Pretório.

Penso que para contornar o impasse a melhor solução será, em casos como o presente, julgar o recurso especial no mesmo sentido dos nossos numerosos precedentes, encaminhando-se, por ofício, cópia da íntegra das notas taquigráficas do acórdão, acompanhadas da decisão a ser proferida nesta questão de ordem, ao Presidente do Excelso Pretório, para que, aquela Corte, tomando ciência do impasse, possa, se assim entender, deliberar sobre o procedimento a ser adotado em tais circunstâncias ou tomar as providências que entender de Direito.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS: Sr. Presidente, meditei atentamente sobre a presente questão de ordem em discussão e a anterior que é de fevereiro do ano passado. A Primeira Turma, parece-me que entendeu que aquela questão primeira não teria aplicação genérica e foram julgando os processos, sem observá-la.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, administrativamente, por não dispor de espaço físico, mandar sobrestar, na origem, os agravos de instrumento.

Por sua vez, o Presidente do Tribunal Regional Federal da Terceira Região baixou uma ordem de serviço em atenção ao decidido, e que está transcrita nesta Questão de Ordem ora submetida à Seção.

Ambas as decisões oferecem uma dificuldade a meu sentir: contrariam o artigo 528 do Código de Processo Civil que diz:

“O Juiz não poderá negar seguimento ao agravo ainda que interposto fora do prazo.”

E as anotações de rodapé que Theotônio Negrão faz, evidenciam que a jurisprudência admite nesta hipótese (sobrestamento), mandado de segurança, correição parcial e reclamação conforme a espécie.

Sr. Presidente. Assim pensando, peço vênia ao eminente Ministro Pádua Ribeiro para colocar esta questão em discussão. O Colendo Supremo Tribunal Federal não tem mais poder legiferante. Na Constituição anterior, sim. Nesta não o tem, e não pode, com a devida vênia, administrativamente modificar um dispositivo de lei sobrestando agravo de instrumento. Esta é a minha dificuldade.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Eminente Ministro José de Jesus, permita-me V. Exa. um aparte. O voto de V. Exa. que está muito bem fun-

damentado sob o prisma jurídico, será obviamente incorporado à solução desta questão de ordem. Porquanto, o que fizemos foi apenas detectar o impasse e submetê-lo à Egrégia Corte, de onde promanou a decisão que o gerou. Creio que é uma medida prudente, porque não adianta combatermos a decisão administrativa do Supremo nesta Corte se ela vai continuar a produzir os seus efeitos, e o impasse vai continuar. Acredito que as observações de V. Exa. que são inteiramente procedentes sob o aspecto jurídico, serão devidamente consideradas pelo Supremo quando apreciar a matéria. Aliás, adianto a V. Exa. que conversei, como já lhe disse, pessoalmente, com o eminente Ministro Moreira Alves, que foi, inclusive, muito aberto na colocação do assunto e deixou claro que, ao tomar a deliberação, o Supremo Tribunal não adentrou nos aspectos jurídicos que a questão, sob os vários ângulos, enseja. Foi apenas para solucionar uma questão de ordem material que foram acolhidas as sugestões administrativas da sua diretoria. Nada mais que isso. Daí ter aquele insigne Ministro entendido que seria razoável encaminhar-se esse impasse ao próprio Supremo, através de ofício, maneira, através da qual, poderá ter conhecimento do problema, a fim de solucioná-lo. Se assim não fizermos, o problema continuará, e a solução não virá. Acredito que o posicionamento de V. Exa. é de inteira procedência e vem somar aos objetivos da questão de ordem,

que apenas visa levar ao Supremo o conhecimento do impasse, não só sob o aspecto procedimental, mas, já agora, com observações sob temas jurídicos relevantes. Era a ponderação que queria fazer a V. Exa., entendendo que seu posicionamento não choca com os objetivos da questão de ordem.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Entendo que devemos tomar um posicionamento. Quer me parecer que as considerações, que ora faço, no sentido construtivo, devem ser levadas como modesta contribuição à solução do impasse, ao Ministro Moreira Alves, que é o Decano da Suprema Corte, para que sobre elas reflita, se assim entender.

Esta Corte, para conhecer da questão de ordem, que é muito bem colocada, devemos afastar a recomendação final com respeito ao douto Presidente do Colendo Tribunal Regional Federal de São Paulo, por não termos jurisdição administrativa sobre aquela digna autoridade. A questão poderia, se for o caso, ser objeto de deliberação do Egrégio Conselho da Justiça Federal.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): As considerações feitas por V. Exa., que constarão do seu voto, evidentemente chegarão também ao conhecimento do Supremo, e isso é importante, porque a verdade é que, bem ou mal, os fatos produzem efeitos jurídicos, ainda que, muitas vezes, efeitos não queridos, até mesmo indesejáveis. Sem que se faça suprimir a

causa, os efeitos não cessarão. Conforme tive o ensejo de apurar, o Supremo Tribunal Federal agiu sob o aspecto imediato, sem ter essas preocupações jurídicas maiores, que inclusive V. Exa. agora abordou com grande propriedade. Penso que seria prudente, e é assim que devemos proceder, agirmos de forma clara, aberta, visando exatamente assegurar o interesse das partes, porque esse impasse, com a paralisação dos processos, não vem em proveito de ninguém, e temos uma ordem constitucional e legal a ser observada.

Detectado o problema, devemos levá-lo a quem baixou o ato que ensejou a dificuldade ora apontada. Nada obsta a que no futuro se possa, até de acordo com o que venha a deliberar o Colendo Supremo Tribunal Federal, tomar outras medidas no âmbito desta Corte. Mas creio que até o momento a solução mais prudente, mais adequada, é a de, detectado o impasse decorrente de ordem emanada do Supremo, submeter a ele essa questão que gerou o impasse; não podemos mandar subir o agravo porque o Supremo mandou sobrestar o seu processamento e, sem que isso aconteça, o recurso especial e o agravo ficam paralisados, enfim, a justiça deixa de ser praticada.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS: Para não prejudicar o interesse das partes, V. Exa. sabe, já lhe comuniquei, tenho sobrestado o mínimo possível, porque, na verdade,

se a matéria é infraconstitucional devemos apreciá-la e remeter os autos a quem de direito. Se ela não é infraconstitucional, não se conhece e devolve-se à origem.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Com a vênia de V. Exa., evoluímos um pouco nessa parte. Só que há casos em que realmente não é possível deixar de sobrestar. Isso deve ser decidido diante dos casos concretos. A questão de ordem visa apenas que o apontado impasse seja superado. Quanto aos casos concretos, caberá a cada Turma e a cada Relator suscitar a matéria e decidi-la de acordo com o que entender mais adequado. Surgindo a hipótese presente, e ela surge, tanto que foi prevista em resolução do Supremo Tribunal Federal, aplica-se a questão de ordem; se não surgir, evidentemente que não haverá ensejo para invocar-se esta deliberação.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS: A questão de ordem apenas se cinge a comunicar ao Supremo Tribunal Federal as nossas decisões.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): a Secretaria detectará esses casos e procederá da mesma forma quando se comunica ordem de mandado de segurança: reunirá os dados, quer dizer, o relatório e o voto do Sr. Ministro-Relator e a cópia desta questão de ordem, a fim de que o Presidente da Turma, mediante ofício, possa encaminhá-los ao Supremo.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS: Continuaremos julgando da mesma forma?

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): As duas Turmas continuarão a proceder da mesma forma, não haverá alteração alguma.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS: O problema é só comunicar ao Supremo?

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Só quando ocorrer a hipótese que ensejou este impasse.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS: Para só fazer a comunicação, não tenho dúvida em acompanhar V. Exa.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIELRA: Sr. Presidente, o recurso especial não é um recurso adesivo, ele não depende da sorte do extraordinário; não podemos decretar o sobrestamento daquele aguardando a sorte deste. A solução natural é a que temos adotado na Primeira Turma. Se a matéria é exclusivamente constitucional, não conhecemos do recurso especial e o remetemos ao Supremo Tribunal Federal. Se existe matéria infraconstitucional, desde logo, examinamos o recurso e o apreciamos. Não podemos admitir que um tribunal superior ou tribunal regional decrete o sobrestamento do julgamento de um recurso pa-

ra aguardar a sorte de um outro. Se o Supremo Tribunal Federal pode decretar o sobrestamento do recurso extraordinário, o mesmo não pode fazer com relação ao recurso especial, pois não é competência dele fazê-lo. É do Superior Tribunal de Justiça, então, o Supremo Tribunal Federal não pode decretar sobrestamento de julgamento da competência desta Egrégia Corte.

Temos decidido da seguinte maneira na Primeira Turma: no começo houve decisões no sentido de sobrestar e aguardar o julgamento do Supremo Tribunal Federal, e para lá remeter os autos. O que foi que aconteceu? O Supremo devolveu todos aqueles autos dizendo que a matéria infraconstitucional teria que ser julgada primeiro. É prejudicial. Deveria ser julgado primeiro o recurso especial. Também entendo assim. Apesar de todo o brilho e toda a intenção dos eminentes Ministros Américo Luz e Pádua Ribeiro de resolver a questão através desta resolução não vamos resolver. Vamos agravar o problema, piorar a situação. Ora, se o Judiciário, no Brasil inteiro é tido como moroso, e na realidade o é, como é que ainda vamos criar uma situação para demorar mais o julgamento dos recursos? Isto é uma barbaridade — como diria o gaúcho — não concordo. Penso que a questão de ordem é dispensável e, até certo ponto, prejudicial, e que devemos continuar apreciando e julgando os recursos especiais. É a ordem natural das coisas.

Por isto, Sr. Presidente, peço vênia a V. Exa. e aos Ministros Pádua Ribeiro e José de Jesus, que admiro muito e tenho costume, nesta Seção, de acompanhá-lo em seus votos e seguir a orientação do nosso eminente Ministro-Presidente, mas, com este caso, não concordo.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Sr. Ministro, queria fazer um apelo a v. Exa. Conheço a posição que tem sustentado e conforme salientei essa questão de ordem não visa mudar o posicionamento de nenhuma Turma, nem de nenhum Ministro.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas na prática vai acontecer isso.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Não há essa intenção. A preocupação que V. Exa. tem de acelerar o andamento dos processos reflete a intenção do Sr. Ministro Américo Luz no mesmo sentido quando detectou o impasse, consistente na paralisação de ambos os processos. Isso vem em benefício de andamento rápido da Justiça? É a hipótese que ocorre, detectada concretamente. Por isso que queria ponderar a V. Exa. que não se está a mudar a orientação de Turma nenhuma. O que se está é apenas querendo levar o impasse decorrente de uma decisão administrativa ao Supremo para que a questão não ocorra mais, isto é, dois processos não fiquem paralisados, e nada mais que isso.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas eminente Ministro Pádua Ribeiro, se este Superior Tribunal de Justiça aceitar a resolução do Supremo Tribunal Federal de sobrestar o julgamento dos agravos, o que vai acontecer? Com isso vai demorar ainda mais o julgamento do recurso especial, este vai ficar retido lá.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Não. V. Exa. então não ouviu bem. No Supremo, a decisão determina que o recurso especial suba, e que o agravo, visando a subida do recurso extraordinário, fique paralisado até o julgamento do recurso especial. O Supremo não adentrou na questão do recurso especial, absolutamente.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas sabemos perfeitamente que ambos os recursos são apreciados na mesma oportunidade. O Presidente ou Vice-Presidente, ao examinar um recurso examina o outro, admite um, admite os dois ou não admite nenhum, mas é na mesma oportunidade. Agora, se o Supremo Tribunal Federal decreta, administrativamente, que esse agravo interposto da não admissão do recurso extraordinário fique retido, fique sobrestado, o que está acontecendo? Fica também sobrestado o recurso especial, porque os autos vão ficar lá, *data venia*.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, confesso

que ainda não estou muito sintonizado com esta questão de ordem. Gostaria de ouvir do Ministro Pádua Ribeiro a conclusão da sua sugestão para me situar.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): A conclusão é muito simples: ocorrendo o impasse, informa-se a quem o criou, o Supremo Tribunal, de onde emanou a ordem, através de ofício instruído de elementos para que possa bem aquilatar o problema.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Só a comunicação?

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Só isso.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: E a questão de ordem anterior, de fevereiro do ano passado, mantém-se intacta?

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Não estamos adentrando na questão de ordem anterior, essa parte não foi objeto de deliberação, e não estamos a examiná-la. Cada Turma continuará decidindo como tem feito.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Será também considerado, mesmo sem ser decretado o sobrestamento do julgamento desses recursos.

Quanto tempo tem demorado no Supremo Federal o julgamento de um desses recursos? Não sabemos.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): São matérias que fogem ao nosso controle.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Não fogem porque temos controle sobre o recurso especial.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Mas não temos sobre o extraordinário.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Sr. Presidente, aceito as ponderações do eminente Ministro Pádua Ribeiro, e outras tantas do não menos eminente Ministro José de Jesus, como do Ministro Garcia Vieira. Não chegaria a dizer que o Supremo está certo ou errado. Não nos cabe fazer esse juízo. Sei é que temos que tomar uma posição. Como simples sacristão, sinto-me muito pequeno diante daquela Catedral do Direito e da Justiça, para dizer se a deliberação do Supremo seria ou não a mais acertada, parafraseando o nosso saudoso conterrâneo Nereu Ramos.

O que me parece é que deve ficar a critério de cada Relator a aplicação ou não do § 5º do art. 27 da Lei nº 8.038. No caso da prejudicialidade ou não do recurso especial, devemos, diante dessas circunstâncias, deliberar que se aplique, restritivamente, e o mais restritivamente possível, esse § 5º, evitando o sobrestamento e possibilitando uma celeridade maior ao processo.

Estou com o Sr. Ministro José de Jesus, quando diz que prefere julgar o recurso especial, provendo-o ou não, conhecendo do recurso ou não. Agora, para os poucos casos que so-

brem, que parecem são excepcionalíssimos dentro da nossa posição, não vejo inconveniente em comunicar ao Supremo, como o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro preconiza. Só para esses casos, que devem ser mínimos, mas não como norma geral.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): A questão de ordem é muito simples: são só os casos em que ocorrer a hipótese referida. Se vão ser muitos ou poucos isso vai depender do julgamento de cada caso.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Mas V. Exa. deve concordar que podemos fazê-los muitos ou poucos.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Perfeitamente, mas é o que todos temos tentado fazer, não é verdade?

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Não, depois daquela questão de ordem, creio que dilatou um pouquinho. Vamos restringir, porque não se pode simplesmente esvaziar as prateleiras do Supremo e encher as nossas. Então, evitamos isso, aplicando restritivamente, mas restritivamente mesmo, a norma do § 5º do art. 27, ainda mais sabendo que diversos Ministros do Supremo Tribunal têm determinado a volta dos processos para ser julgado primeiro o recurso especial.

Com essas considerações Sr. Presidente, concordo nestes casos excepcionalíssimos, com a questão de ordem posta em mesa pelo Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, quando se discutiu a primeira questão de ordem, ponderei que seríamos os únicos Juízes Brasileiros que não poderiam emitir opinião em torno da constitucionalidade das leis em sede de recurso especial, vale dizer, seríamos os únicos impedidos de promover o controle difuso da constitucionalidade das leis. Fui vencido na ocasião.

Se verdadeiro o impedimento, a questão de ordem aprovada estaria correta. Continuo não convencido disto, porque entendo que a interpretação não se faz da lei isolada, mas embutida no sistema legal, a partir da lei maior, da Constituição; e não será lei aquela que não se conformar com a Lei Fundamental.

Concordo que, havendo dupla infringência à Constituição e à lei federal, possam aflorar determinadas situações de prejudicialidade. Elas, são, contudo, excepcionais. De igual modo, perfilho a tese de que transitada em julgado a decisão se não atacado, mediante recurso extraordinário, o fundamento constitucional do acórdão.

Mas o sobrestamento, como regra geral, vai nos criar as dificuldades que estão a surgir; já na 1ª Seção, a 1ª Turma não o admite.

O Supremo Tribunal vem devolvendo, invariavelmente, todos os processos, em que, vimos nós, da Segunda Turma, sobrestado o julgamento. Já agora criou-se esse tercei-

ro problema, qual seja o de o Tribunal de origem reter o processo. Como diz o eminente Ministro José de Jesus, é ato que fere a lei, da qual somos os guardiões.

Ouvimos aqui o voto do eminente Ministro Garcia Vieira, que preside a Primeira Turma, e a ratificação da sua opinião pelo julgamento imediato dos recursos cujo julgamento vimos sobrestando. Penso que seria prudente um reexame da matéria com a suspensão do julgamento desta questão de ordem.

Faço essas ponderações para ressaltar a necessidade de rediscutirse o tema com vistas à definição da competência da Turma para o exame *in concreto* e *incidenter tantum* da matéria constitucional, em sede de recurso especial, embora, repito, continue adotando, com ressalva, a questão de ordem. Com relação à segunda, ora discutida, não há como recusá-la para manter a coerência, até o exame definitivo da questão pelo Supremo. É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, acompanho a proposta do eminente Ministro Pádua Ribeiro, com a observação aditiva do eminente Ministro José de Jesus.

DECISÃO

A Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Garcia Veria, aprovou a questão de ordem.”

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.470-6 — SP —
(92.0032379-0) — Relator: Exmo.
Sr. Min. Peçanha Martins. Recte.:
Fazenda Nacional. Procs.: Rubens
Lazzarini e outros. Recda.: Lins In-
dústria e Comércio Ltda. Advogado:
Roberto Bacil.

Decisão: A Turma, por unanimi-
dade, decidiu sobrestar o julgamen-

to do recurso, nos termos do voto do
Sr. Ministro-Relator (em 06.10.93 —
2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr.
Ministro Hélio Mosimann.

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro ANTÔNIO DE PÁDUA RI-
BEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.281-8 — DF

(Registro nº 93.0000514-6)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Recorrente: *Osmar Roberto de Sousa*

Advogado: *Walter José de Medeiros*

Recorrido: *Ministério Público do Distrito Federal*

Sust. oral: *Walter José de Medeiros (p/ recte.)*

EMENTA: Penal. Inimputável. Medida de segurança. Tratamen-
to ambulatorial. 1. O objetivo da Justiça Penal é a recuperação da
pessoa, inclusive de quem é considerado inimputável. Desse mo-
do, se a pena a que se sujeitaria o recorrente seria detentiva e não
há prova de temibilidade, o tratamento ambulatorial é o procedi-
mento indicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos es-
tes autos, acordam os Ministros da
Quinta Turma do Superior Tribunal
de Justiça, na conformidade dos vo-
tos e das notas taquigráficas a se-

guir, por unanimidade, em conhecer
do recurso e em lhe dar provimen-
to pela letra *a* a fim de que o recor-
rente seja submetido a tratamento
ambulatorial. Votaram com o Rela-
tor os Ministros Assis Toledo, Fla-
quer Scartezzini e José Dantas.

Ausente, justificadamente, o Ministro Edson Vidigal.

Brasília, 07 de junho de 1993 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente (RI, art. 101, § 2º). Ministro JESUS COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Recurso especial fincado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, interposto por OSMAR ROBERTO DE SOUSA, absolvido da acusação de infração do art. 129, *caput*, do Código Penal, e submetido a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 96, I, *c/c* o art. 97 do CP), em virtude de ser inimputável, porém perigoso à vista do Juiz sentenciante.

O *eg.* Tribunal de Justiça do Distrito Federal manteve a sentença de primeiro grau, pela sua *eg.* Segunda Turma Criminal, sumariando seus fundamentos neste verbete:

“LESÕES CORPORAIS. MEDIDA DE SEGURANÇA. NULIDADE INEXISTENTE.

Não é nulo o ato se, não intimado pessoalmente da sentença, o réu, tendo advogado constituído e intimado da mesma, apelou, manifestando assim o seu inconformismo.

É de ser mantida a sentença eis que o agente, à época do fato, era

portador de doença mental, portanto inimputável, passível de medida de segurança, face sua comprovada periculosidade.

Inteligência dos arts. 96, I, c/c o art. 97, ambos do Código Penal.

Recurso improvido. Unânime” (fs. 151).

Alega o recorrente ter direito a tratamento ambulatorial, faculdade conferida ao Juiz na parte final do art. 97 do Código Penal quando “o fato previsto como crime for punível com detenção”. Na hipótese dos autos, foi denunciado porque deu um tapa em uma criança, causando-lhe lesão corporal levíssima, prevendo o Código, pena de detenção. Não deve ser aplicada a internação em hospital psiquiátrico, posto existir medida de segurança mais branda, adequável à espécie. Traz para confronto julgados deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal (fls. 156/170).

O apelo extremo não foi admitido na instância *a quo* (fls. 211/212), porém dei-lhe seguimento para examinar melhor a questão e concedi liminar para sustar a execução do julgado (fl. 140 — apenso).

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): O recorrente foi denunciado como incurso nas penas do artigo 129 do Código Penal, porque no dia 30 de agosto de 1989 agrediu a soco um me-

nor. Foi submetido a exame psiquiátrico, concluindo o laudo que ele apresentava periculosidade “desde que não se encontre sob controle médico” — fl. 39 do apenso.

Foi absolvido, mas a sentença aplicou-lhe medida de segurança sob o regime de internamento hospitalar, o que o acórdão manteve ao argumento de que comprovada a periculosidade.

O recurso é conhecido, pois existe contrariedade ao artigo 97 parte final, do Código Penal.

Os ensinamentos encontrados em HELENO FRAGOSO — “Lições de Direito Penal — A Nova Parte Geral, p. 410, ed. Forense”; MAGALHÃES NORONHA — “Direito Penal, vol. I, p. 301”, JÚLIO FABBRI-MIRABETE — “Execução Penal — Comentários à Lei 7.210, de 11.07.84”, p. 426, ed. Atlas, afirma:

“Absolvendo-se o réu em decorrência de sua inimputabilidade (art. 26, caput, do CP) ou reconhecendo-se que é semi-imputável e necessita de especial tratamento curativo (arts. 26, parágrafo único, e 98, do CP), impõe-se a medida de segurança de internação, a ser executada no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado (itens 4.30 a 4.32). Entretanto, se o fato previsto como crime praticado pelo réu for punível abstratamente com pena de detenção, poderá o Juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial (art. 97, caput, 2ª parte, e art. 98 do CP). O tratamento ambulatorial é benefício facultativo, aplicável a réus inimpu-

táveis ou semi-imputáveis (quando necessitarem de especial tratamento curativo), apenas se cominada para o fato praticado a pena de detenção. É impossível, pois, a sua aplicação aos que praticarem crimes a que é cominada pena de reclusão”.

Merece realce, ô parecer da Dra. LAURITA HILÁRIO VAZ:

“Para aplicação da medida de segurança é necessária a coexistência de dois requisitos: prática de fato típico punível e periculosidade.

No caso, apesar de o magistrado, com imprecisão técnica, ter afirmado a inexistência de fato típico, essa não é a conclusão que se extrai da própria fundamentação da sentença, que demonstra a prática de lesão corporal que se submete à norma penal. É indiscutível a periculosidade do recorrente, pelo menos, quando não esteja “sob controle médico” (cf. fl. 39 do apenso I).

O art. 97 do Código Penal afirma a obrigatoriedade da internação do agente, face à periculosidade presumida, quando o crime que deu origem ao processo for punível com reclusão. Porém, se o fato previsto como crime for punível com detenção, faculta o mesmo dispositivo ao magistrado submeter o agente a tratamento ambulatorial. A norma legal, portanto, confere ao julgador a faculdade e não a obrigatoriedade do tratamento ambulatorial, no caso de delito apenado com detenção, como na hipótese sob apreciação.

De outra parte, cremos merecer melhor exame os argumentos do re-

corrente quando defende a desnecessidade do tratamento sob internação, nos seguintes trechos do agravo regimental, verbis:

"... o agravante vem sendo submetido a tratamento médico-ambulatorial desde 1989, sob uso quase sistemático de HALDOL, FENERGAN e NEOZINE, o que demonstra, por si só, a inexistência de periculosidade, pois, segundo o laudo psiquiátrico, aquela só ocorreria se o paciente não se achasse "sob controle médico" (doc. 3).

Se, como provado, seu tratamento tem sido constante, não se pode falar em periculosidade capaz de justificar a internação ora profligada.

Ademais, como se demonstrou também nos outros, a genitora do agravante, advogada militante nos auditórios do Rio de Janeiro, inscrita na OAB/RJ sob nº 28.457, com escritório à Av. Beira Mar nº 406, grupo 1.107, no Castelo (doc. 15), tem condições financeiras para sustentar o tratamento ambulatorial de seu filho, conferindo-lhe em casa o apoio "generoso indispensável" a que se referiu o MM. Juiz singular (doc. 8).

Não se pode obscurecer o fato de que o tratamento ambulatorial por que propugna o agravante, primário e de bons antecedentes, terá o condão de permitir-lhe continuar a fruir do convívio familiar, onde, além de sua mãe, conta ainda com o apoio afetivo de mais dois irmãos.

E o que é também muito importante: poderá continuar a trabalhar, como ocorre hoje, segundo a decla-

ração anexa, segundo a qual vem prestando à ORG — Organização Imobiliária Ltda. "Serviços externos junto a Bancos, Repartições Públicas e é o responsável pela entrega de correspondência, desde outubro de 1990", acrescentando em seu abono: ... "sendo pessoa de trato ameno, demonstrando bom relacionamento com os demais funcionários, nada conhecendo que lhe possa desabonar a conduta" (doc. 16).

Diante de tal conjugação de fatos, não é possível deixar de reconhecer ao agravante o direito à inviolabilidade de sua liberdade, pois submetê-lo a regime de internação equivale a privá-lo daquele bem supremo da vida, em face das péssimas condições materiais dos hospitais psiquiátricos no País.

Por derradeiro, como subsídio demonstrativo de evolução para melhor de sua saúde mental, o agravante juntou atestado recente, de 18.09.91, firmado pelo mesmo médico que acompanha seu tratamento clínico nos últimos anos (doc. 17).

Por esse documento, verifica-se que o agravante, em uso regular de medicação psiquiátrica, em tratamento ambulatorial, não oferece "qualquer risco de periculosidade", coerentemente com a linha de raciocínio da perícia médica oficial, que só qualificou de perigoso seu comportamento, quando não esteja "sob controle médico" (doc. 3).

Assevera ainda esse relatório médico mais recente: "O paciente é assíduo e coopera com o sucesso do tratamento, estando em condições

excelentes para o convívio familiar, apresentando conservada a capacidade de autodeterminação” (doc. 17). E arremata enfaticamente: “É desastroso pensar em qualquer tipo de internação atualmente, visto que tal fato só viria a prejudicar o tratamento, levando a uma regressão do quadro e prejudicando a saúde mental do paciente” (id.) (fls. 131/133, apenso II).

De fato, pela simples leitura do laudo pericial, constata-se que os Srs. Peritos reconhecem que o tratamento ambulatorial, por si só, é suficiente para o recorrente pois, quando indagados a respeito de sua periculosidade afirmaram positivamente, mas “desde que não se encontre sob controle médico” (cf. laudo oficial, apenso I, fl. 39).

Diante das peculiaridades do caso vertente e da conclusão da perícia médica oficial entendemos que a medida de segurança do tratamento ambulatorial, previsto no art. 96, II, c.c. o art. 97, segunda parte, é a medida adequada para o recorrente. O tratamento extra-hospitalar, em face das dificuldades de toda natureza que enfrentam nos dias de hoje os hospitais psiquiátricos, vem substituindo a internação, que deve ser reservada a casos extremamente necessários.

De tudo que foi exposto pode-se afirmar que o v. acórdão recorrido fez incidir sobre o fato dispositivo legal inadequado, o que legitima o conhecimento do recurso pela alínea a do autorizativo constitucional” (fls. 226/228).

O controle médico a que alude o laudo pericial, é claro, não pode ser realizado apenas se o recorrido ficar internado em hospital. Ao contrário, em muitos casos, como o dos autos, a boa terapia e a recuperação da pessoa recomendam que seja tratado em ambulatório.

A divergência jurisprudencial restou indemonstrada.

Considerado o que, conheço do recurso pela letra *a* e lhe dou provimento, determinando que a internação hospitalar seja substituída por tratamento em ambulatório.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.281-8 — DF — (93.0000514-6) — Relator: Exmo. Sr. Min. Jesus Costa Lima. Recte.: Osmar Roberto de Sousa. Advogado: Walter José de Medeiros. Recdo.: Ministério Público do Distrito Federal. Sustentação oral: Dr. Walter José de Medeiros (p/ recte.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento pela letra *a* a fim de que o recorrente seja submetido a tratamento ambulatorial (em 07.06.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Assis Toledo, Flaquer Scartezini e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.365-3 — SP
(Registro nº 93.0000836-6)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recte.: *Restaurante e Lanchonete A Grelha Ltda.*

Recda.: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advs: *Antônio Carlos Gammara e outro, e Maria Thereza Moreira Menezes e outros*

EMENTA: Tributário. ICM. Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares. 1. Não basta a lei dizer genericamente que a base de cálculo do ICM é o valor total da operação, compreendendo as mercadorias e os serviços. É preciso especificar uns e outros. Inexistência na legislação estadual da definição da base de cálculo do tributo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e, por maioria, em lhe dar provimento, vencido o Sr. Ministro Peçanha Martins. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus e Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

Brasília, 06 de outubro de 1993
(data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Versa o presente recurso especial sobre matéria conhecida no âmbito das Turmas componentes da Primeira Seção desta Eg. Corte, qual seja a concernente à incidência ou não de ICM em operações de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares, entendendo o acórdão recorrido que a legislação do Estado de São Paulo prevê a base de cálculo do tributo, ao contrário do sustentado pela recorrente nas razões de fls.

Nos termos da decisão que proferi às fls. suspendi o julgamento do presente e remeti os autos ao Colendo Supremo Tribunal Federal, para que fosse apreciado o recurso

extraordinário, apoiado, para tanto, na regra do art. 27, § 5º, da Lei nº 8.038/90.

Naquela Corte, o eminente Relator proferiu despacho determinando o retorno do processado a este Tribunal, posto não guardar a controvérsia relação alguma de prejudicialidade que pudesse influir no julgamento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Sr. Presidente, consoadamente inúmeros recursos versando matéria semelhante em julgamento pela Turma ou por decisão do Relator foram sobrestados e remetidos ao Colendo Supremo Tribunal Federal, à vista do disposto no art. 27, § 5º, da Lei nº 8.038/90, retornando todos, posteriormente, a esta Corte, por entender o Supremo Tribunal imprópria a inversão da ordem de julgamento, em face de a controvérsia constitucional não guardar relação alguma de prejudicialidade que pudesse influir no julgamento do recurso especial (Questão de Ordem no RE nº 154.062-1, Rel. o em. Min. Octávio Gallotti).

Em conseqüência, passo à apreciação do recurso, restringindo-me à matéria legal nele enfocada.

Na espécie, tenho que tanto a Lei nº 5.886/87, bem como a atual 6.374/89, ambas do Estado de São Paulo, não distinguem a base de cálculo do ICMS, na hipótese em tela.

Esta última estabelece que a base de cálculo do imposto é o “valor total da operação, compreendendo as mercadorias e serviços”. Vê-se que o legislador foi genérico, não distinguindo, de forma específica, a prestação de serviços do fornecimento de mercadorias.

Neste sentido, tranqüila é a jurisprudência da Corte, consoante se vê, dentre outros, dos seguintes precedentes:

“TRIBUTÁRIO. ICM. BASE DE CÁLCULO. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO, BEBIDAS E OUTRAS MERCADORIAS EM RESTAURANTES, BARES, CAFÉS E ESTABELECIMENTOS SIMILARES.

I — O que se exige é que seja fixada, na lei estadual, a base de cálculo própria da hipótese de incidência específica — fornecimento de alimentação, bebidas, e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares — não sendo aceitável o que a legislação estadual fez, equiparando, analogicamente, a saída de mercadoria com fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, sem distinguir entre o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços”.

II — Embargos de divergência rejeitados (EDREsp nº 1.313-RJ, Ac. pub. no DJ de 21.05.90, Rel. Min. Carlos Velloso);

“TRIBUTÁRIO. ICM. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS EM BARES, RESTAURANTES E ESTABELECIMENTOS SIMILARES.

— Inexistência na legislação estadual da definição da base de cálculo do tributo. Ilegitimidade da cobrança. Precedentes”.

— Embargos recebidos (EDREsp nº 1.869-RJ, de minha relatoria, Ac. in DJ de 17.12.90)”

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS EM BARES, RESTAURANTES E ESTABELECIMENTOS SIMILARES.

I — A lei estadual deve fixar a base de cálculo do ICM, porém esta deve ser específica; distinguindo a prestação de serviço do fornecimento da mercadoria.

II — Embargos acolhidos” (Emb. de Div. em REsp 3.256-RS, Julg. em 21.05.91, Ac. DJ 16.09.91, Rel. Originário Min. Ilmar Galvão. Rel. Designado para o acórdão o Sr. Min. José de Jesus).”

Do exposto, dou provimento ao recurso.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Peço vênia para divergir. Farei juntar cópia do voto sobre a matéria.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL
Nº 28.305-3 — SP

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O ICM

foi criado pela EC nº 18, de 01.12.65, que alterou, com profundidade, a tributação.

A EC nº 18, classificou os impostos em quatro grandes grupos:

1. Imposto sobre o Comércio Exterior;

2. Imposto sobre o Patrimônio e a Renda;

3. Imposto sobre a Produção e a Circulação;

4. Impostos Especiais.

A Lei nº 5.172, de 25.10.1966, elevada à categoria de norma complementar e denominada Código Tributário Nacional pelo artigo 37 do Ato Complementar nº 36, de 13.03.67, “complementa as disposições constitucionais relativas ao ICM, estabelecendo as normas básicas de sua estruturação, da obediência compulsória pelo legislador estadual”, como assinalam Maria Lúcia Reis e Cassiano Borges (ICMS ao Alcance de Tbdos).

Sendo inviável a cobrança do ICM pelos Municípios, o ICM, não obstante tenha substituído um imposto estadual e outro municipal, restou na competência tributária dos Estados e Distrito Federal, por força do Ato Complementar nº 31, de 28.12.66, que, substituindo a competência dos Municípios para cobrar o ICM, conferiu-lhes a participação de 20% na arrecadação, isto antes mesmo se operasse a reforma prevista na EC nº 18/65, e complementada pelo CTN, quando constatada a inviabilidade de cobrança do ICM pelos Municípios.

As características fundamentais do ICM dizem respeito à **circulação** (série de operações que conduzem mercadorias desde a fonte produtora ao consumidor final, com transferência de posse da propriedade) de **mercadorias** (conceito de direito comercial — todo bem móvel produzido para ser posto em circulação).

A Constituição Federal de 1967 e EC nº 1, de 1969, no seu art. 23 atribuía, nestes termos, competência aos Estados para instituir impostos sobre:

“II — operações relativas a circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, impostos que não serão cumulativos e dos quais se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nos anteriores pelo mesmo ou por outro Estado”.

A EC nº 23, de 1983, acrescentou um segundo período à redação primitiva, que passou a ser a seguinte:

Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I —

II — operações relativas à circulação de mercadorias realizadas por produtores, industriais e comerciantes, imposto que não será cumulativo e do qual se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado. A isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito de impos-

to para abatimento daquele incidente nas operações seguintes.

Como se observa, a Constituição Federal revogada atribuiu a competência tributária para a cobrança do ICM aos Estados e ao Distrito Federal, sem discriminar as hipóteses de incidência. Estas foram a princípio definidas pela Lei nº 5.172/66, arts. 52 a 58, e, posteriormente, pelo Decreto-lei nº 406, de 31.12.68, com a redação definitiva dada pelo Decreto-lei nº 834, de 08.09.69, precisamente no art. 1º, e que vale transcrever:

Art. 1º. O Imposto sobre Operações Relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador:

I — a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

II — a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento;

III — o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.

Como se vê, a Constituição Federal jamais definiu as hipóteses de incidência tributária do ICM ou a base de cálculo do imposto. Com propriedade fê-lo no campo da atribuição de competência.

Para compensar os municípios, o legislador emendou a Constituição (EC 17/80) acrescentando os §§ 8º,

9º e 10, valendo transcrito o § 8º, que determina a participação do município no produto da arrecadação do ICM, como já o fizera ao tempo da vigência da CF/46 e AC nº 31/66.

§ 8º — Do produto da arrecadação do imposto mencionado no item II, oitenta por cento constituirão receita dos Estados e vinte por cento, dos municípios. As parcelas pertencentes aos municípios serão creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito”.

Na competência tributária dos municípios a CF/69, no art. 24, dentre outros tributos, incluiu a instituição de imposto sobre:

“II — Serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar”.

A lei complementar definidora dos serviços tributáveis pelos municípios não é senão o Decreto-lei nº 406, que no seu art. 8º e §§ 1º e 2º assim dispunha:

Art 8º — O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1º — Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda

que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 2º — Os serviços não especificados na lista e cuja prestação envolva o fornecimento de mercadorias ficam sujeitos ao imposto de circulação de mercadorias.

Os legisladores dos Estados, diante do texto do art. 8º, § 2º, do Decreto-Lei nº 406, na sua redação original (cuja natureza complementar foi reconhecida pelo STF no julgamento do RE 76.723-SP) passaram a tributar o fornecimento de mercadorias e bebidas em bares e restaurantes sem estabelecer a base de cálculo ou sem promover a distinção na base de cálculo das mercadorias dos serviços.

Chamado a pronunciar-se sobre o tema, o STF firmou jurisprudência consubstanciada na Súmula nº 574, que enuncia:

“Sem lei estadual que a estabeleça, é ilegítima a cobrança do imposto de circulação de mercadorias sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, ou estabelecimento similar”.

Corrigindo a omissão, as legislações de alguns Estados passaram a estabelecer a cobrança do ICM sobre o fornecimento de mercadorias e a fixar, como base de cálculo do tributo, o total da nota, sem discriminar, portanto, as mercadorias dos serviços.

Contestado o direito dos Estados de promover a cobrança do ICM com amparo nessas leis, o STF de

novo se pronunciou sobre a matéria, exprimindo, nos votos prolatados pelos eminentes Ministros Xavier de Albuquerque (RTJ 88/293), Soares Muñoz (RTJ 109/1.211) e Carlos Madeira (Ementário 1.456-3, pág. 588), dentre outros, a orientação contrária ao interesse das Fazendas Públicas Estaduais e, por que não dizê-lo, também Municipais, por isso mesmo que deixaram de arrecadar os 20% a que teriam direito (art. 23, § 8º da CF/69 — com a redação dada pela EC 17/80).

O argumento basilar da jurisprudência estabelecida pelo Pretório Excelso é o de que se impunha promover a distinção, na base de cálculo, das mercadorias e serviços, sem o que ocorreria a invasão da competência dos municípios.

Tão logo tive assento neste STJ emiti voto discordando da jurisprudência dominante. E o fiz com base nos seguintes argumentos:

a) inexistindo, na legislação tributária brasileira, as chamadas atividades de caráter misto (art. 71, § 2º do CTN, na redação original) ou “serviço de caráter misto” (AC 34/67, art. 3º, alteração 8º), não subsistem “dúvidas quanto à incidência de um único imposto diante de uma única atividade”, como assinala Bernardo Ribeiro de Moraes, no seu “Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços”, ed. RT, 1975, pág. 428);

b) a EC 01/69, no seu art. 24, II, estabeleceu a competência dos municípios para instituir impostos so-

bre “serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar” (grifos nossos);

c) o DL 406/68, a que o STF no RE 76.723-SP reconheceu a natureza da lei complementar superando impasse decorrente da revogação da Lei 5.172 (CTN) por decreto-lei, no seu art. 8º, § 2º, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 834, estabeleceu que “o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias”;

d) na “lista de serviços” não foram incluídas os prestados no fornecimento de alimentação e bebidas, valendo mesmo referir que expressamente excluídas as mercadorias, no item “42 — organização de festas e recepções, *buffets* (exceto o fornecimento de alimentação e bebidas, que fica sujeito ao ICM)” (grifos nossos).

e) e, sobretudo, tendo em vista a aplicação imediata da Constituição Federal, promulgada em 05.10.88, que, no seu art. 155, I, b, § 2º, inciso IX, letra b, imperativamente declara:

Art. 155 — Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I — Impostos sobre:

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º — O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

IX — incidirá também.

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios.”

Entendia que a regra constitucional é de natureza interpretativa e, por isso mesmo, a exegese das regras infraconstitucionais deveria conformar-se à que deflui do texto constitucional (REsp nº 8.900-SP).

A 1ª Seção, contudo, por maioria expressiva consagrou a jurisprudência do STF, a que me rendi, com ressalva, quanto às lides instauradas anteriormente à vigência da Carta Magna.

A maioria da Egrégia 2ª Turma e a própria Colenda 1ª Seção, contudo, perseveraram na defesa da tese de que a lei deve extremar, na base de cálculo, mercadorias de serviços, mesmo após a vigência da Nova Constituição. E o fazem ao argumento de que o art. 156, IV, da CF, fixa a competência dos municípios para instituir impostos sobre “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, I, b, definidos em lei complementar”, que por seu turno não contemplaria a hipótese da incidência relativa ao fornecimento de mercadorias e bebidas em bares e restaurantes.

Data maxima venia, fiel ao princípio de que não há palavras inúteis na lei, não posso, na interpretação

que faço do disposto no art. 155, I, b, § 2º, IX, b, da Carta Magna, partindo da interpretação gramatical à sistemática, desconhecer a existência da norma, que determina, imperativamente, “incidirá também:

b) sobre o valor total da operação quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios;”

Importa também considerar a regra do art. 158, IV, da CF, que destina aos Municípios 25% da “arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”.

A regra constitucional do art. 156, IV, por seu turno, ressalva, expressamente, a incidência tributária do ISS àquelas hipóteses de fornecimento de mercadorias **com prestação de serviços não tipificados** como tais na lista de serviços promulgada em anexo ao Decreto-lei nº 406, vale dizer, serviços que se não constituem hipóteses de incidência tributária do ICM, ou, a *contrario sensu*, que não tipificam fatos geradores do ISS.

Argumenta-se que o fornecimento de mercadorias em bares e restaurantes não mais constituiria hipótese de incidência tributária nos termos do art. 155, I, b, da CF/88, ou, ainda, que não seria da competência tributária dos Estados a instituição de impostos sobre serviços, em face à regra do art. 156, IV, da CF/88.

Concessa venia a própria Constituição Federal no seu art. 34 e § 5º proclama a recepção da legislação tributária anterior compatível com o novo sistema tributário nacional. Não há, na nova Constituição, qualquer regra que derogue ou revogue os artigos 1º, incisos I, II e III e 8º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 406, lei complementar. Dizer-se que as hipóteses de incidência tributária do ICM seriam as explicitamente definidas no art. 155, I, letras *a* e *b*, seria desconhecer as regras do inciso IX, *b*, e fazer tábula rasa dos princípios norteadores da boa técnica legislativa. A Constituição definiu a competência tributária e a natureza do tributo. A lei complementar — CTN — e o Decreto-lei nº 406/68 estabeleceram as hipóteses de incidência dos impostos. No gênero ICM, instituiu o Decreto-lei 406 as espécies de fatos geradores, dentre os quais “o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares (art. 1º, III, do Decreto-lei nº 406).

O Decreto-lei nº 406 continua a vigor, recepcionado que foi pela Constituição Federal/88, nos amplos termos do art. 34, § 5º, do ADCT. E a regra constitucional do art. 176, IV, declara a competência dos municípios para instituir impostos sobre *serviços de qualquer natureza não compreendidos no art. 155, I, b, vale dizer, não compreendidos na competência tributária dos Estados*. Ora, já é matéria consabida a de que é da competência tributária dos

Estados a instituição de impostos sobre as circulação de mercadorias. De igual modo indiscutível o fato de que o fornecimento de mercadorias em bares e restaurantes é fato gerador do ICM, como tal definido na legislação complementar (DL nºs 406 e 834). De outro lado, é também certo que os municípios participam da arrecadação do ICM (art. 157, IV, da CF/88). E dúvidas não podem restar quanto à extensão da base de cálculo do ICM nas operações, em que mercadorias são fornecidas com serviços. O inciso IX, *b*, do § 2º do art. 155, I, *b*, é claro e amplo — incidirá também sobre o valor total da operação”.

Permissa venia, mas como já declarei em inúmeros votos que proferei sobre a matéria, após a entrada em vigor da CF/88 não pode haver dúvidas quanto à incidência tributária do ICM sobre o “valor total da operação” de fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista de serviço, ou seja, sobre o fornecimento de mercadorias e bebidas em bares e restaurantes.

A jurisprudência dominante das 1ª e 2ª Turmas e da 1ª Seção, contudo, consagram a tese de que, ocorrido o fato gerador sob a vigência da Constituição revogada, se faria imprescindível distinguir, na base de cálculo, as mercadorias do serviço, de modo a que o ICM incidisse apenas sobre as primeiras.

Não obstante assim assentada a jurisprudência, a que anuí com res-

salvas, a Egrégia 2ª Turma consagra, à unanimidade, a legalidade da exação pelo Estado do Rio de Janeiro. No julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 6.312-RJ, constatei, porém, que a legislação do Estado do Rio de Janeiro era semelhante à do Estado de São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, e tantos outros, estabelecendo como base de cálculo o total da nota relativa ao fornecimento de mercadorias em bares e restaurantes. Assinalei a divergência em votos que proferi e retornei à defesa do mesmo ponto de vista inicial. E já agora tendo amparo no voto proferido pelo E. Min. Marco Aurélio no RE 129.877-4-SP e aprovado pela Egrégia 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que vale transcrita na parte relativa ao tema:

“Quanto à contrariedade ao preceito do art. 24 da Constituição de 1969, verifica-se que a Lei Estadual nº 5.886/87 veio a preencher lacuna legislativa quanto à base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, considerado o fornecimento de bebidas e alimentação por bares, cafés, restaurantes e similares. A indefinição da Lei Estadual nº 440/84 restou suplantada. Previu-se a incidência sobre o valor da operação, ou seja, o valor total cobrado do adquirente. O que veiculando no extraordinário parte da competência dos Municípios para instituir o Imposto sobre Serviços. A teor do dispositivo constitucional em comento — inciso II do art. 24 — compete aos Municípios instituir

impostos sobre os serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou do Estado, definidos em lei complementar. Assim, cumpre perquirir se, no caso concreto, configura-se o desrespeito à delimitação da atividade legiferante.

A Lei nº 5.886/87 não dispõe relativamente ao Imposto sobre Serviços, mas quanto ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias, frente ao fornecimento de bebidas e alimentação por bares, cafés, restaurantes e estabelecimentos similares. O fato exclui, por si só, a possibilidade de conclusão em torno da violência direta ao preceito constitucional.

Contudo, aponta-se que a base de incidência eleita engloba valor relativo à prestação de serviços, pois o total cobrado ao cliente visa atender, também, a esta última. No particular, a matéria não possui disciplina constitucional. A rigor, está prevista no Decreto-lei Federal nº 406/68, que revela como fato gerador do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias — art. 1º, inciso III e, diante da notória dificuldade em separar-se os valores correspondentes aos serviços, dispõe que “o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao imposto sobre circulação de mercadorias” — § 2º do art. 8º. A lista citada não contempla a hipótese, o que revela que a Lei Estadual nº 5.886

está em harmonia com o preceituado, sendo que o benefício alcançado pelos Estados e, assim mesmo, de forma parcial, porquanto os Municípios contam com vinte e cinco por cento do que arrecadado a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias (art. 158, inciso IV, da Carta atual), é contrabalançado pelo sistema legal da reciprocidade. Em relação aos serviços constantes da lista ainda que a envolver fornecimento de mercadorias, tem-se, tão-só, a incidência do Imposto sobre Serviços — § 1º do art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68. O equilíbrio é perfeito e, na verdade, possui contornos práticos. Somente à mercê de inúmeras inconveniências poder-se-ia implementar a separação do que paga a ambos os títulos — serviços e fornecimento.

A prevalecer o enfoque da recorrente, alcançada será cômoda situação. Pelo fornecimento de alimentação e bebidas, ficarão os integrantes da categoria econômica isentos do pagamento, quer do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, quer do Imposto sobre Serviços, face à ausência de previsão na lista do decreto-lei mencionado.

Por tudo, não conheço do presente recurso extraordinário.”

A Lei 6.374/89, do Estado de São Paulo, também estabeleceu a base de cálculo do imposto englobando mercadorias e serviços.

E não vejo porque falar-se em necessidade de separação do serviço, implícito no fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes tendo em vista os claros termos dos arts. 8º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 406/68, e 155, I, b, § 2º, inciso IX, letra b, da CF/88.

À vista do exposto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento”.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.365-3 — SP — (93.0000836-6) — Relator: Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Recte.: Restaurante e Lanchonete A Grelha Ltda. Advogados: Antônio Carlos Gammaro e outro. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Maria Thereza Moreira Menezes e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, deu-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Peçanha Martins (em 06.10.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 32.589-8 — RS

(Registro nº 93.0005280-2)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Lais Gonçalves Catharino*

Advogados: *Suzana Barata de Lacerda e outros*

Recorrida: *União Federal*

EMENTA: Mandado de Segurança. Exercício da profissão de secretário. Lei nº 7.377/85. Direito assegurado aos que, embora não diplomados em curso superior, tenham exercido atividades de secretário e provem a necessária escolaridade. Segurança concedida. 1. A lei garantiu o direito ao exercício da profissão aos que, mesmo não portadores de habilitação específica, contassem, na prática, com pelo menos cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados, de atividades próprias de secretário e fossem portadores de diplomas ou certificados de alguma graduação de nível superior ou de nível médio (Lei nº 7.377/85, artigo 3º). 2. Preenchendo a impetrante todos os requisitos exigidos, pois além do exercício da atividade por muito mais de dez anos exibiu diploma de Técnico em Contabilidade, seu direito ao registro pleiteado tornou-se incontestável.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e em lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e José de Jesus. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Peçanha Martins.

Brasília, 03 de novembro de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: LAIS GONÇALVES CATHARINO ingressou com mandado de segurança para, alegando satisfeitos e atendidos os requisitos da Lei nº 7.377/85, que regulamentou o exercício da profissão de secretário-executivo, garantir o registro dessa habilitação profissional na

sua CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social).

O Delegado Regional do Trabalho indeferiu a pretensão ao argumento de não possuir a requerente diploma de nível superior.

Pela sentença de fls. 23/25, o Juiz singular julgou a ação procedente, para o fim de assegurar à impetrante o direito de obter o registro da profissão de secretária-executiva, na forma proposta.

Submetida aquela ao crivo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a Egrégia Terceira Turma, por maioria, julgou a ação improcedente, restando o acórdão assim ementado:

“Administrativo. Registro Profissional. Secretário-Executivo. É legítima a recusa da autoridade em deferir registro para exercício da profissão de secretário executivo sem habilitação específica se o profissional não dispõe de diploma de nível superior. Inteligência do art. 3º da Lei nº 7.377/85. Voto divergente sustentando ser substitutiva da escolaridade a prática profissional no caso reconhecida”.

Na origem, o recurso não foi admitido pelo fundamento único, alínea a, porquanto “a decisão da 3ª Turma, ao exigir o diploma de nível superior para habilitação da profissão de Secretário-Executivo, nada mais fez do que interpretar juridicamente a Lei nº 7.377/85, no mínimo razoavelmente, não iníringindo,

nem negando vigência a nenhum dos dispositivos alegados” (fls. 67/68).

Provi, no entanto, o agravo, determinando a vinda dos autos para melhor examinar o caso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor Presidente, ao inadmitir o presente apelo, o eminente Presidente do Egrégio Tribunal Regional da 4ª Região fê-lo, quero crer, sob a inspiração da Súmula 400-STF.

Vale transcrever, a respeito, por pertinente, trecho do despacho do eminente Ministro Américo Luz, proferido no Ag 2.723-SP, *verbis*:

“Não se pode admitir que o recurso especial possa ser obstaculizado, na oportunidade do juízo de admissibilidade, ainda no Tribunal *a quo*, ao argumento de que “a decisão recorrida deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor (Súmula 400-STF), o que, evidentemente, revela um juízo de mérito”, que somente ao STJ cabe proferir”.

A pretensão da recorrente mereceu a adesão, em primeira instância, do Ministério Público Federal e do Juiz monocrático, e em segunda instância, do voto vencido do eminente Juiz Sílvio Dobrowolski.

Qual a interpretação correta que se deve dar aos controvertidos artigos 2º e 3º, da Lei nº 7.377/85, eis a questão. Rezam os dispositivos:

“

Art. 2º — Para os efeitos desta lei, é considerado

I — Secretário Executivo o profissional diplomado no Brasil por curso superior de Secretariado, reconhecido na forma da lei, ou diplomado no exterior por curso superior de secretariado, cujo diploma seja validado no Brasil, na forma da lei;

II — Técnico em Secretariado o profissional portador de certificado de conclusão de curso de secretariado, em nível de 2º grau.

Art. 3º — Fica assegurado o direito ao exercício da profissão aos que, embora não habilitados nos termos do artigo anterior, contem, pelo menos, 5 (cinco) anos ininterruptos ou 10 (dez) intercalados, de exercício de atividades próprias de secretaria, na data de início de vigência desta lei, e sejam portadores de diplomas ou certificados de alguma graduação de nível superior ou de nível médio”.

A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças” (Min. Sálvio de Figueiredo, *in*, REsp nº 299-RJ).

Tenho como mais consentânea a fundamentação expendida no voto do eminente Juiz Sílvio Dobrowolski, que restou vencido. Destaca o nobre Magistrado, emprestando realce ao dispositivo legal aplicável:

“Para atender às situações anteriores, o artigo 3º do mencionado

texto legislativo, dispôs: “Art. 3º. Fica assegurado o direito ao exercício da profissão aos que, embora não habilitados nos termos do artigo anterior, contem, pelo menos, 5 (cinco) anos ininterruptos ou 10 (dez) intercalados, de exercício e atividades próprias de secretaria, na data de início de vigência desta lei, e sejam portadores de diplomas ou certificados de alguma graduação de nível superior ou de nível médio.

.....

O fundamental, portanto, é o desempenho das tarefas de Secretário, dentro dos prazos explicitados na norma. A escolaridade deve ser, simplesmente, alguma, pouco importando se para Técnico ou para Secretário-Executivo, identificando-se a classificação a ser atribuída, conforme o interessado viesse cumprindo as atribuições do art. 5º ou do art. 4º.

.....

A regra do artigo 3º, cit., substituiu a habilitação escolar específica, pela decorrente da prática, que há de ser aquilatada consoante o efetivo desempenho de atividade. Na espécie, a impetrante trabalhou por mais de dez anos em função de Secretária-Executiva e como tal merece ser reconhecida (grifei)”.

Essa, aliás, a interpretação do Juiz de primeiro grau, Dr. Wladimir Passos de Freitas, acolhendo lúcida manifestação do representante do Ministério Público. Vale transcrever (fls. 23 a 25):

“A matéria foi muito bem analisada pelo zeloso representante do Ministério Público Federal que assim resumiu a controvérsia:

“A redação do referido art. 3º permite, à primeira vista, dupla interpretação. A primeira interpretação foi a adotada pela autoridade impeetrada, que entende que somente quem for portador de algum diploma de graduação em nível superior pode pretender habilitação como Secretário Executivo, se provado o exercício de atividade própria de secretaria.

A segunda interpretação é a sugerida pela impetrante, segundo a qual quem for portador de algum diploma de graduação em nível superior ou nível médio, pode obter a habilitação como Secretário Executivo se, no prazo de carência da lei, exerceu atividades próprias de Secretário Executivo, consoante atribuições previstas no art. 4º da mesma lei.

Entendo que a segunda solução é a mais correta. O art. 3º da Lei nº 7.377 pretendeu contemplar situações de fato já consolidadas pela prática habitual de atividades próprias de secretaria, tendo os arts. 4º e 5º enumerado as atribuições próprias do Secretário Executivo e do Técnico em Secretariado, respectivamente.

Assim, o critério determinante para assegurar a habilitação como Secretário Executivo ou Técnico em Secretariado passou a ser o exercício anterior de atividades próprias de Secretário Executivo ou de Técnico em Secretariado, independentemente de o interessado ter sido

diplomado em curso de nível superior ou em curso de nível médio, pois se assim fosse, bastaria ao legislador ter acrescentado ao final do dispositivo (art. 3º) o advérbio “respectivamente”.

Assim, comprovando a impetrante que exerceu por mais de 10 (dez) anos, ininterruptamente, a função de Secretária da Coordenação de Curso de Direito, da UFPR (fls. 12), cujas atribuições se incluem naquelas de Secretária Executiva (fls. 13), nos termos do art. 4º da Lei nº 7.377/85, opino pela concessão do mandado de segurança”.

A meu ver, inteira razão assiste ao Dr. Procurador da República. Com efeito, a razão da norma do art. 3º, à toda evidência, foi a de amparar aqueles que exercendo a profissão por vários anos necessitavam ter regularizada sua situação. Isto, como bem se notou na petição inicial, é praxe nas mais diversas profissões que são regulamentadas. Ora, sendo incontroverso o exercício profissional pela impetrante, fato aliás confessado pelo impetrado (fls. 19), razão não há para a negativa feita”.

Conheço, pois, do recurso, e lhedou provimento, restabelecendo a sentença.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.589-8 — RS — (93.0005280-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Hélio Mosimann. Recte.: Lais Gonçalves Catharino. Advogados: Suzana Barata de Lacerda e outros, Recda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (em 03.11.93 — 2ª Turma).

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

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS.

RECURSO ESPECIAL Nº 32.697-0 — RJ
(Registro nº 93.05613-1)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrentes: *Márcio Antônio Pereira Ramos e outros*

Advogados: *Drs. Salomão Velmovitsky e outros*

Recorrida: *Autotécnica Ago Ltda.*

Advogados: *Drs. Jaime Samuel Cukier e outros*

EMENTA: Comercial e Processual Civil. Lei de Luvas. Renovatória improcedente e procedente a retomada. Período da graça. Aluguel arbitrado pericialmente. Embargos declaratórios com efeitos modificativos: possibilidade, diante da excepcionalidade do caso. Reexame de provas: obstáculo pela via especial (Súmula 7/STJ). Recurso especial dos locadores: provimento. Recurso especial da locatária: não conhecimento. 1. O Tribunal *a quo*, em embargos declaratórios, reconhecendo que um documento apresentado não era taxa de “pedido de licença para construção” e sim a própria “licença”, deu efeitos modificativos aos embargos. Possibilidade, diante da excepcionalidade de que se reveste o caso. 2. Examinar se o pedido de licença para construir se fez ou não em tal prazo, contrariando o aresto, implica reexame de provas, o que é defeso pela Súmula 7/STJ. 3. A jurisprudência do STJ, no tocante à antiga Lei nº 6.649/79, é, realmente, no sentido da revogação, por seu art. 4º, do art. 1.196 do CC. No caso concreto, porém, os fatos se subsumem na Lei de Luvas (Decreto nº 24.150/34). O aluguel, no denominado “período da graça”, será aquele arbitrado pericialmente e não o aluguel antigo, atualizado. 4. Recurso especial dos primeiros recorrentes (locadores), provido. Recurso especial da segunda recorrente (locatária), não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe

dar provimento, em relação aos locadores, e não conhecer do recurso em relação aos locatários, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago, José Cândido e Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Brasília, 22 de junho de 1993 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: MÁRCIO ANTÔNIO PEREIRA RAMOS E OUTRO e AUTOTÉCNICA AGO LTDA., os primeiros com espeque nas alíneas *a* e *b* e a última com amparo na alínea *a* do permissivo constitucional, interpuseram recursos especiais contra acórdão em embargos declaratórios da egrégia SEXTA CÂMARA DO DO TRIBUNAL DE ALÇADA CÍVEL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

2. O aresto guerreado, proferido em embargos declaratórios, reformou acórdão em apelação interposta de decisão monocrática em ação renovatória de aluguel, e, à unanimidade, deu provimento ao recurso para julgar procedente o pedido de

retomada e improcedente o de renovação do contrato. Entendeu que o prazo para a desocupação do imóvel é de seis meses, mantido o aluguel anterior, com os reajustes legais. Reza a ementa:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Efeito modificativo do julgado em caráter excepcional. Admissibilidade.

Podem os embargos de declaração, excepcionalmente, alcançar o efeito modificativo do julgado quando, sanadas obscuridades, dúvidas, contradições ou omissões existentes na decisão, a conclusão final tornou-se inconciliável com a nova situação resultante.

LOCAÇÃO COMERCIAL. Retomada para construção mais útil. Projeto aprovado na Prefeitura. Admissibilidade.

Na retomada para construção mais útil, não é necessário que a obra tenha sido ordenada pela autoridade pública Súmula nº 374.

Provimento do recurso”.

3. Os primeiros recorrentes (locadores) insurgem-se contra a negativa de vigência de novo aluguel, no prazo da graça, ou seja, a partir do término do contrato locatício. Aduzem que a jurisprudência dominante entende que, após o término do contrato, o locatário está sujeito a novo aluguel, que deve vigorar até a efetiva vacância do imóvel e devolução das chaves. Sustentam que a fixação de novo aluguel encontra respaldo no art. 1.196 do Código Ci-

vil. Argumentam, mais, ser incorreta a inalterabilidade do aluguel nesse período.

4. Sem contra-razões.

5. A segunda recorrente alega a inadmissibilidade dos embargos de declaração com função infringente e violação do art. 535 do Código de Processo Civil. No mérito, insiste em violação do parágrafo único da alínea *d* do art. 8º do Decreto nº 24.150/34, devido ao acolhimento do pedido de retomada para demolição e reconstrução do imóvel.

Na verdade, o aresto impugnado ampliou o campo de aplicação dos embargos declaratórios e atribuiu-lhes o caráter de embargos infringentes, apesar de ter sido unânime o julgamento proferido na apelação. Argumenta que os embargos declaratórios foram providos em razão de identificados os documentos de fls. 264/265, como a licença autorizada do projeto do imóvel, anteriormente interpretados como simples guia de recolhimento de taxa de licença. Sustenta que a licença para construção não foi requerida, quando o processo estava em fase de resposta, mas sessenta dias após, ao contrário do que afirma o acórdão recorrido. Assevera que a lei exige que o projeto de reconstrução, elaborado por profissional habilitado e acompanhado de relatório minucioso e pormenorizado, seja apresentado no prazo legal, com a contestação dos réus. Alega a segunda recorrente que só foi juntado um esboço da planta, na contestação, mas desa-

companhado de relatório minucioso e pormenorizado da construção. Ressaltou, por fim, a inexistência nos autos da prova da idoneidade financeira dos réus. Aduz ser legítima a suspeita de que os réus não estão habilitados a construir um edifício de 10 andares, o que é corroborado por certidão anexa nos autos do 3º Ofício do Registro de Imóveis, pela qual se comprova (R-5 nº 4.121) que 50% do prédio, no qual vai ser levantado o edifício, foi sequestrado por mandado de 17/10/90 do juízo de direito da 30ª Vara da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

6. Contra-razões às fls. 454/466. Aduzem os primeiros recorrentes que a discordância dos recorrentes com o v. acórdão é parcial e visa apenas reformá-lo, a fim de que se estipule novo aluguel, a partir do término do contrato.

7. Despacho inadmitindo os recursos especiais, respectivamente, às fls. 480/481.

8. Ofício determinando a subida dos recursos interpostos, às fls. 487.

9. Certidão comprovadora do processamento do recurso especial do 2º recorrente à fl. 501.

É o relatório, Sr. Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Vamos examinar, de início, o recurso dos locadores. Eles dizem que o acórdão, que lhes foi parcialmente desfavorável,

negou vigência ao art. 1.196 do CC. No período da graça, isto é, aquele que vai do término do contrato até a entrega das chaves, requer novo aluguel.

Tranquila é a jurisprudência do STJ, quando se trata da antiga Lei do Inquilinato (6.649/79), de que o art. 1.196 do CC havia sido revogada por ela. Assim:

“LOCAÇÃO. IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL. REVOGAÇÃO DO ART. 1.196 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO DESPROVIDO.

Em face da sistemática introduzida pelo art. 4º da Lei 6.649/79 e do disposto na Lei de Introdução, revogado restou o art. 1.196, do Código Civil (REsp nº 3.658-PR, DJU de 17/09/90, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO).

“CONSIGNATÓRIA. ALUGUEL. IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL.

I — Após o fim do contrato de locação, continuando o alugatário na posse do imóvel, as condições do contrato subsistem, nos termos do art. 4º da Lei nº 6.649/79.

II — Recurso especial não conhecido. Unânime” (REsp nº 4.856-SP, DJU de 09/09/91, p. 12.205, Rel. Min. FONTES DE ALENCAR).

“LOCAÇÃO. TÉRMINO DO CONTRATO. CÓDIGO CIVIL. ART. 1.196.

A norma da lei civil que ensejava ao locador arbitrar novo aluguel não se compatibiliza com a sistemática da Lei nº 6.649/79, achando-se, pois,

revogada (REsp 7.369-PR, DJU de 27/05/91, p. 6.962. Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO).

No mesmo sentido a Súmula nº 25 do TASP:

“A Lei nº 6.649, de 16 de maio de 1979, derogou, no que tange às locações não residenciais por ela reguladas, a regra contida no art. 1.196 do Cód. Civil”.

No caso concreto, porém, a locação é regida pela Lei de Luvas, Decreto nº 24.150/34. Nesse caso específico — de locação regida pela Lei de Luvas — a jurisprudência do STJ tem sido no sentido de que o aluguel do chamado período da graça deve ser aquele arbitrado pericialmente e não o antigo, atualizado:

“RENOVATÓRIA. RETOMADA ACOLHIDA. FIXAÇÃO DE NOVOS ALUGUERES PARA O PRAZO DE DESOCUPAÇÃO.

Firmou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que, vencido na ação renovatória, o locatário deve pagar, a partir do término do contrato, o aluguel fixado pela perícia para a hipótese de renovação.

Recurso especial conhecido pela alínea c, mas improvido” (REsp nº 5.850-SP. Julgamento em 30/04/91. Rel. Min. BARROS MONTEIRO).

“RENOVATÓRIA/RETOMADA. NOVO ALUGUEL. JULGADA IMPROCEDENTE A AÇÃO RENOVATÓRIA E ACOLHIDA A EXCEÇÃO DE RETOMADA, CUMPRE AO LOCATÁRIO PAGAR AO LO-

CADOR, DO VENCIMENTO DO CONTRATO ATÉ A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL, O NOVO ALUGUEL FIXADO NA INSTRUÇÃO DA RENOVATÓRIA.

INOCORRÊNCIA DE OFENSA AOS ARTS. 1º, PAR. 1º, E 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 6.649/79. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO NA FORMA REGIMENTAL.

2. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 8º, LETRA E, DO DECRETO Nº 24.150/34. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 7.

3. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO” (REsp nº 9.773-SP. Rel. Min. NILSON NAVES, DJU de 02/09/91, p. 11.812).

Com tais considerações, conheço do recurso dos locadores, dando-lhe provimento.

Passemos, por fim, ao recurso da locatária.

A recorrente, como se viu do relatório, insiste na impossibilidade de embargos declaratórios com efeitos modificativos.

A jurisprudência do STJ, como se pode ver logo abaixo, tem admitido, em caráter excepcionalíssimo, efeitos infringentes a embargos declaratórios:

“PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (EFEITOS INFRINGENTES). MÚTUO RURAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS.

I — A jurisprudência do STJ formou entendimento no sentido de,

excepcionalmente, conferir efeitos infringentes a embargos declaratórios, ocorrendo manifesto equívoco entre a fundamentação e conclusão do acórdão recorrido e desde que não haja, no ordenamento jurídico, outro recurso para a correção do fato omissivo.

II — *...omissis...*” (REsp nº 25.820-GO, DJU de 15/02/93, p. 1.685, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER).

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

A jurisprudência firmou o escólio de que aos embargos declaratórios podem emprestar-se efeitos modificativos do aresto, se a omissão, contradição, obscuridade, dúvida ou erro material forem de tal sorte que infirme a conclusão judicial. Em hipóteses excepcionais.

Embargos acolhidos, por unanimidade” (REsp nº 21.193-SP, DJU de 30/11/92, p. 22.565, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO).

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA INFRA-CONSTITUCIONAL. SÚMULA STJ, VERBETE 5. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INFRINGÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

I — *...omissis...*

II — *...omissis...*

III — Somente em casos excepcionais, autorizados por construção doutrinário-jurisprudencial, se admite atribuir efeitos infringentes

aos embargos declaratórios” (REsp nº 15.883-DF, DJU de 26/10/92, p. 19.055, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO).

Examinemos se *in casu* houve ou não “excepcionalidade”. Em seu voto, diz o Relator dos embargos declaratórios, Juiz SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

“O único ponto dos embargos que merece exame da Câmara é o relativo ao pedido de retomada, por conter o acórdão, como se verá, lamentável equívoco passível de correção. As demais questões foram resolvidas de acordo com o entendimento desta Câmara, sem equívoco, obscuridade, omissão ou contradição, não mais sendo admissível qualquer alteração.

.....

É predominante, todavia, o entendimento doutrinário e jurisprudencial em sentido contrário. Destinados a sanar dúvida, obscuridade, contradição ou omissão eventualmente existentes no julgado, podem os embargos de declaração, excepcionalmente, alcançar o efeito modificativo da decisão quando, supridas uma ou mais dessas imperfeições, a conclusão final torna-se inconciliável com a nova situação resultante do acolhimento dos embargos”.

Após transcrição de jurisprudência (RE nº 88.958) e doutrina (Barbosa Moreira), continua o insigne relator *a quo*:

“Tal é a situação dos autos. Este Relator, interpretando os documentos de fls. 264/265 como simples

guias de recolhimento de taxa de licença, levou a Câmara a negar o pedido de retomada por não estar o projeto aprovado pela municipalidade.

“Vem agora o embargante e elucida o equívoco, deixando claro que ditos documentos representam a própria licença, o que torna-se (*sic*) ainda mais induvidoso em face da certidão de fls. 369. Vê-se dali (fls. 370) que a licença foi requerida em 28.06.88, ainda quando o processo estava em fase de resposta, e deferida em 04.10.89.

“Ora, havendo o acórdão negado a retomada por falta de aprovação do projeto pela Municipalidade, mas verificado agora que havia nos autos prova inequívoca dessa aprovação, fica patente a contradição do julgado, a exigir correção.

“O projeto aprovado e a licença para construir tornam indiscutível a seriedade e viabilidade da obra, bem como sua adequação às posturas municipais, sem se falar na demonstração do inequívoco propósito do locador de levar avante o seu empenho de aperfeiçoamento patrimonial”.

A recorrente (locatária) diz que a licença para construção não foi requerida, quando o processo estava em fase de resposta, mas sessenta dias após. Como se vê, Senhor Presidente, tal assertiva, para ser apurada, uma vez que é o contrário daquilo que afirma o Relator, nos levaria a exame de provas, o que é defeso pela Súmula nº 7/STJ.

Com tais considerações, não conheço do recurso especial da locatária.

É como voto.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, na tarde de ontem recebi memorial firmado pelo ilustre Advogado que ocupou a Tribuna e pela ilustre Advogada, consagrada nos Tribunais de Brasília. Com lealdade, apresentaram o aspecto fático do recurso interposto, e normativamente deduziram a pretensão que lhes parece correta.

Sem dúvida, os embargos de declaração não se confundem com os embargos infringentes. Visam eles a suprir omissão, dúvida, contradição ou obscuridade. Assim sendo, não modificam o dispositivo da decisão recorrida, a não ser quando enfrentam a omissão. Neste caso, logicamente, poderá implicar efeito infringente. Excepcionalmente, também foi dito, a jurisprudência vem consagrando a possibilidade dessa infringência. Diria mesmo que não seria excepcionalidade, mas decorre da própria natureza do recurso.

No caso presente as datas do movimento do processo orientam o pensamento: ação iniciada em 1987, juntadas apenas esboços do projeto; a sentença prolatada em 1989, julgando o pedido improcedente; a apelação de novembro, também de 1989, negou provimento, e, posteriormente, nos embargos de declaração, em

face da documentação juntada, a Corte entendeu de modificar aquele julgado. Haveria, sem dúvida, afronta à teleologia dos embargos de declaração, se essa documentação se referisse a fato novo e não houvesse sido objeto de análise na Primeira Instância e no recurso de apelação. A que se refere essa documentação? À comprovação de fato argüido desde a inicial, ou seja, de que o locador tinha o intuito de transformar o prédio em edifício de maior utilidade — sessenta ou oitenta apartamentos.

Sendo assim, *data venia*, não houve efeito infringente. Deverá entender-se que ocorreria essa situação jurídica se houvesse fato novo que viesse infirmar a decisão anterior, o que somente seria idôneo na ação rescisória. No caso concreto, ocorreu a confirmação. Ora, se ao invés de julgar em Primeira Instância a ser apreciada a apelação, o Juiz ou o Tribunal houvesse convertido o julgamento em diligência, surgiria esse fato. O direito não pode ser interpretado apenas como esquema normativo meramente formal. O acesso ao Judiciário, no sentido moderno do termo, recomenda que se superem aspectos meramente gramaticais, a fim de não se reviver exigências das fórmulas romanas em que uma ação inicialmente foi rejeitada porque o autor, ao invés de colocar o vocabulário *arbor*, colocou *videira*. Ora, o fato foi debatido, não houve, normativamente, fato novo; houve apenas a expressão formal de um fato anterior e que foi

objeto de debate. Nem mesmo o devido processo legal foi afrontado na matéria. Além disso, o mesmo Colégio Judiciário, que julgou os embargos, havia apreciado a apelação.

Sendo assim, acompanho o eminente Relator, não conhecendo do recurso dos inquilinos.

Quanto ao recurso dos locadores, também acompanho a mesma conclusão. Pouco me parece relevante se o art. 1.196 está ou não em vigor. O importante é saber se o preço da locação estará ou não favorecendo o enriquecimento ilícito de uma das partes contratantes. Sem dúvida, prorrogado o prazo, o contrato prossegue. Todavia, há uma modificação que não precisa estar escrita, decorre do próprio contexto econômico brasileiro, que é a da correção monetária, senão haveria enriquecimento sem justa causa, a pessoa permanecer num imóvel. É fato notório e conhecido que os preços no Brasil têm oscilação, pelo menos, de 1% ao dia.

Sendo assim, acompanho o eminente Relator. Não conheço do re-

curso dos inquilinos; conheço do recurso do locador para lhe dar provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.697-0 — RJ — (93.0005613-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Adhemar Maciel. Rectes.: Márcio Antônio Pereira Ramos e outro. Advogados: Salomão Velmovitsky e outros. Recda.: Autotécnica Ago Ltda. Advogados: Jaime Samuel Cukier e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Luiz Carlos Lopes Madeira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, em relação aos locadores, e não conheceu do recurso em relação aos locatários, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 22.06.93 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago, José Cândido e Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.343-3 — PR

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Jaime Schmitt Kreuzsch e outro*

Recorrido: *Banco Noroeste S/A*

Advogados: *Drs. Martins Sebastião Kreuzsch, Hélio Francisco Marques Júnior e outros*

EMENTA: Processual Civil. Cônjuge meeira. Execução incidente em bem comum. Necessidade da intimação da mulher do executado. 1. A jurisprudência do STJ acolheu entendimento no sentido de que, no caso de execução com penhora incidente em bem imóvel comum do casal, há necessidade da intimação da mulher do executado, a fim de que esta venha, eventualmente, defender, como meeira, a exclusão de sua parte, na expropriação judicial. 2. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso especial, e em lhe dar parcial provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Brasília, 25 de maio de 1993 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Nos autos dos embargos do devedor, Jaime Schmitt Kreuzsch e outro interpõem, contra o acórdão de fls. 84/90, recurso especial do art. 105, III, *a* e *c*, da CF/88, onde alegam que lhes parecem violadas pelo *decisum* as normas dos arts. 331, incisos I e II, 332, 669, § 1º, 586, e 618, I, todos do CPC, e ainda o art. 1.531 do Código Civil. Alegam mais que houve divergência jurisprudencial com precedentes que trazem a confronto (fls. 104/110).

O julgado recorrido concluiu que o instituto previsto nos arts. 77 a 80 do CPC é inerente ao processo de conhecimento, sendo inaplicável ao

processo de execução. A concordata preventiva do devedor principal não impede a ação executiva do credor contra os avalistas do concordatário.

Às fls. 120/124 exarou-se despacho deferindo o processamento do apelo por ambos os fundamentos (a e c), tanto porque, ao eminente Presidente do Tribunal de Alçada do Paraná lhe ocorreu aparente a negativa de vigência ao artigo 669, § 1º, do CPC, quanto por se lhe apresentar viável o dissídio jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WAL-DEMAR ZVEITER (Relator): A hipótese trata de execução de título extrajudicial desfechada contra avalistas, garantes e sócios do devedor principal, a Sociedade Indústria e Comércio de Bebidas Kreusch Ltda., em concordata preventiva.

O acórdão recorrido, oriundo da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná, confirmando a sentença de improcedência dos embargos do devedor opostos à execução de título extrajudicial em que exequente o Banco Noroeste S.A., com arrimo na jurisprudência e na melhor doutrina, deduz a espécie, nestes termos (fls. 86/89):

“Não cabe o chamamento ao processo no processo de execução conforme vem decidindo reiteradamente o nosso Tribunal de Alçada em Agravo de Instrumento nº 269/80, 1ª

C. Civ. Rel. Juiz Luiz Perrotti, Apelação Cível nº 1.272/78, 3ª C. Civ. Rel. Juiz Wilson Reback e Agravo de Instrumento nº 171/80, 2ª C. Civ. Rel. Juiz Negi Calixto, sendo que este último acórdão assim está ementado: “É de completa inutilidade o chamamento ao processo, que só viria tumultuar um procedimento que, por sua própria índole, deve ser pronto e enérgico, como a execução, máxime quando o devedor cambiário executado se encontra legalmente sub-rogado no direito do exequente contra o devedor principal, utilizando os mesmos autos do processo primitivo, como se depreende do *caput* do art. 567 e de seu inciso III, do CPC.”

No mesmo sentido a doutrina de Celso Barbi, em seu comentário ao CPC, editora Forense: “no caso de procedimento de execução, fundado em título extrajudicial, não é possível admitir o chamamento, porque várias razões de natureza processual a isso se opõem. A começar pela inexistência de fase adequada para discussão e decisão das divergências entre os vários co-devedores. A execução é procedimento do tipo contraditório eventual, isto é, em que a impugnação pelo executado não é considerada como fase integrante do processo. Se ela surgir, o faz como incidente, em forma de embargos e não de contestação, e para atuação em apenso, como dispõe o art. 736”.

No processo de execução propriamente dito não há sentença de mérito. Apenas os embargos, quando opostos, é que são julgados pro-

cedentes ou não, não sendo uma sentença condenatória, pelo que não caberia qualquer discussão entre executado(s) e co-devedor(es).

O Simpósio Nacional de Processo Civil realizado em outubro de 1975 em Curitiba, reunindo os principais processualistas brasileiros, aprovou a tese de que “não cabe o chamamento ao processo de execução.”

No mérito, os apelantes voltam a repetir os mesmos argumentos dos embargos como se a sentença simplesmente não existisse, e não os tivesse rechaçado um por um de forma tranqüila e correta, conforme é costume de seu prolator.

Cerceamento de defesa por ausência de prova pericial não existiu, porque os embargantes fizeram meras alegações, destituídas de provas e razões técnicas, sem apontar os erros objetivos do cálculo, não havendo qualquer contradição que pudesse ser dirimida pelos *experts*.

Não houve vício na citação porque o devedor não é citado para contestar, sendo, portanto, desnecessária a advertência prevista no art. 285, do CPC. O devedor foi intimado, corretamente, para opor embargos em dez dias, sendo dispensável a presença de testemunhas, porque os embargantes opuseram o ciente no mandado, recebendo e aceitando a contrafé.

Nenhuma irregularidade substancial na penhora sendo que as falhas porventura existentes podem ser corrigidas na própria execução, não sendo matéria de embargos.

No que diz respeito à necessidade de intimação do comissário da concordata da devedora principal, pretendida pelos apelantes, é patente a sua desnecessidade, face à autonomia do aval.

É remansosa a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “a concordata preventiva do devedor não impede a ação executiva do credor contra os avalistas do concordatário. A habilitação simultânea do credor na concordata não suspende a ação executiva contra o avalista, apenas obriga o credor a deduzir os recebimentos parciais” (RTJ 74/302). No mesmo sentido encontramos a jurisprudência citada por Theotônio Negrão em STF — RTJ 103/784 e RT 569/227, RTJ 108/692, 117/704, RT 491/113, JTA 92/66, RJTAMG 20/273, 23/223 e 24/257.

Tal jurisprudência vem calcada no art. 148 da Lei de Falências, que reza: “A concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis por via de regresso.”

Isto porque o aval é uma obrigação autônoma pessoal e o avalista se obriga pela satisfação do débito avalizado.

O que o cumprimento da concordata preventiva libera é a obrigação pessoal do concordatário, não a obrigação cambiária do avalista, pois a concordata concedida só obriga os credores quirografários do concordatário (art. 147 da LF).

A admitir-se a tese dos apelantes o avalista não seria garante pessoal do débito, mas do cumprimento da concordata.

Para evitar que isso ocorra e se mantenha a natureza específica do aval, que é obrigação autônoma, dispõe o art. 148 da lei falimentar que a concordata não desonere os coobrigados com o devedor.

MIRANDA VALVERDE, comentando o art. 148 da LF esclarece que: "Se o credor recebe a percentagem da concordata, volta-se contra o coobrigado para obter o restante do crédito, que completará o seu pagamento integral. Se resolve agir imediatamente contra o coobrigado e dele consegue o pagamento integral, ficará o coobrigado sub-rogado nos direitos do credor satisfeito, e receberá do concordatário, exclusivamente, a percentagem, sofrendo o prejuízo do restante" (Comentários à Lei de Falências, vol. II/247, 1948, nº 893).

Por outro lado, se o concordatário pagou 40% do débito, basta o credor deduzir o recebimento parcial, não havendo qualquer necessidade de ordem judicial específica para tanto."

O aresto revela-se incensurável e até com lineamentos que coincidem com entendimento firmado na jurisprudência da Corte, como bem se disse no despacho que examinou os pressupostos de cabimento do apelo.

Lineamentos esses que os tomo como razões de decidir nos aspectos enfocados.

Diz o eminente Presidente do Tribunal de Alçada (fls. 121):

"Não ocorre cerceamento de defesa face ao julgamento antecipado, quando o feito não demanda a produção de outras provas. E, além do mais, reiteradamente vem decidindo a Corte Superior que "ao prudente arbítrio do Juiz deve ser atribuída a tarefa de decidir sobre a realização ou não de prova para formação de seu convencimento" (AI 10.321-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 6.6.91, p. 7.653, REsp 3.047-ES, Rel. Min. Athos Carneiro, DJU 17.9.90, AI 12.051-MG, Rel. Min. Cláudio Santos, DJU 28.6.91, p. 8.961). Só o reexame das circunstâncias peculiares, que justificaram o julgamento antecipado da lide, seria capaz de reverter o que aqui se decidiu. Porém, tal pretensão esbarra no óbice contido na Súmula 7 do Superior Tribunal.

Não há a alegada ausência de liquidez do título exequendo (nota promissória com origem em contrato de mútuo), pois o credor, aqui recorrido, se restringiu a executar a dívida nos termos do contrato. É que, conforme ficou estabelecido em ambas as instâncias ordinárias, não há disparidade entre o que ficou avençado entre as partes no contrato e o valor cobrado. Também, aqui, só a reapreciação dos documentos acostados aos autos viabilizaria a reversão deste entendimento (Súmula 7/STJ)."

O único ponto que macula o *decisum* e reclama a devida corrigenda é o que diz respeito à alegação de

que houve infringência ao artigo 669, § 1º, do CPC, ou seja, a necessidade de convocação da mulher do cônjuge varão para, na execução, defender, como meeira, a exclusão de sua parte, na expropriação do imóvel comum, penhorado.

Assim, a razão está com os recorrentes quando dizem violada a norma do artigo 669, § 1º, do CPC.

De fato, a jurisprudência remanescente do STJ, no caso, é toda no sentido de admitir necessária a intimação da mulher do executado quando a penhora recai sobre bem imóvel comum.

Isso é curial, até porque tem o cônjuge virago legítimo interesse na eventual defesa de sua meação que pode vir a ser através de Embargos de Terceiro, como disse eu na conclusão do precedente REsp nº 4.472-AM, consignando que, embora intimada da penhora, pode a mulher casada defender sua meação, de imóvel propriedade do casal, através dos Embargos de Terceiro, na forma preconizada no art. 1.046, § 3º, do CPC, asseverando, ainda, que, neste caso, a embargante equipara-se a terceiro.

Voltando à questão da regra do art. 669, § 1º, do CPC, o acórdão recorrido, em face deste, colide com o direito pretoriano da Corte.

Vejam-se estes paradigmas:

REsp nº 454-RJ, Relator eminente Ministro Sálvio de Figueiredo. Neste padrão, concluiu-se que recai a penhora sobre bem de raiz,

a intimação do cônjuge, ressalvada a hipótese de comparecimento espontâneo, é imprescindível sob pena de anular-se a execução a partir da penhora, exclusive. Esta conclusão teve proclamação unânime.

No REsp nº 1.512-GO, também do eminente Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, a decisão foi no sentido de que a existência de litisconsórcio necessário na hipótese do art. 669, § 1º, do CPC, torna imprescindível a intimação regular do cônjuge, sob pena de nulidade *pleno iure*, que independe de arguição de interessados, o que dá legitimidade ao cônjuge-executado para alegá-la.

Do mesmo eminente Ministro este outro exemplo — REsp nº 3.175-CE. Neste, decidiu-se que imperiosa é a intimação em bem imóvel.

Ainda do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo — Resp nº 1.933-5-RJ, um vez intimado da penhora sobre imóvel, assiste dupla legalidade, para ajuizar embargos à execução, visando a discutir a dívida, e embargos de terceiros, objetivando evitar que a sua meação responda pelo débito exequendo.

Tais suprimentos, colhidos na jurisprudência do STJ, firmam o entendimento de que a necessidade de intimação do cônjuge virago é intransponível, posto que seu legítimo interesse não pode ser afastada, sob pena de nulidade.

Com esse reparo, único a corrigir, tem-se como violada a norma de

que trata o artigo 669, § 1º, do CPC, motivo por que conheço do recurso e pela letra *a* lhe dou parcial provimento para que se anule o processo até a penhora, exclusive, citando-se então os cônjuges viragos, meeiros dos executados, prosseguindo-se no feito como de direito.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Acompanho o eminente Ministro Relator, permitindo-me uma pequena observação: a meu sentir, a intimação da mulher do executado faz-se, não por ser meeira, pois sempre obrigatória, não importa qual seja o regime de bens.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.343-3 — PR — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Rectes.: Jaime Schmitt Kreuzsch e outro. Advogado: Martins Sebastião Kreuzsch. Recdo.: Banco Noroeste S/A. Advogados: Hélio Francisco Marques Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento (em 25.05.93 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.370-6 — PR (Registro nº 93.007872-0)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Recorrente: *Banco do Brasil S.A.*

Recorridos: *Cooperativa Agro-Industrial de Produtores de Cana Perobal Ltda., e outros*

Advogados: *Drs. Afonso de Araújo Campos e outros, e Lauro Palma*

EMENTA: Crédito rural. Taxa de juros e sua capitalização mensal. 1. Financiamento com recursos oriundos de aplicações em Caderneta de Poupança Rural. 2. Correção monetária e juros avençados de acordo com a Circular nº 1.130/87, do Banco Central do Brasil, dando cumprimento a resolução do Conselho Monetário Nacional. 3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a se-

guir, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 05 de outubro de 1993
(data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Trata-se de embargos opostos a execução fundada em cédula rural pignoratícia, em que se discute a possibilidade de capitalização mensal de juros e a legitimidade de cláusula de elevação das taxas remuneratórias do capital no caso de inadimplemento da obrigação.

Nas instâncias ordinárias, os embargos do devedor foram julgados parcialmente procedentes para o fim de ser reduzida a taxa de juros a 12% ao ano e impedida a sua capitalização.

Daí o recurso especial do Banco do Brasil S.A., com fundamento nas alíneas *a* e *c* da norma constitucional autorizadora, em que alega contrariedade aos arts. 5º do Decreto-lei nº 167/67, 82 do Código Civil e

4º, incisos VI e IX, da Lei nº 4.595/64, além de discrepância com o acórdão do STJ proferido no Recurso Especial nº 13.098-GO.

Admitido o recurso no Tribunal de origem, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Os recursos utilizados para o financiamento tiveram origem em aplicações em caderneta de poupança rural.

Deste modo, a capitalização mensal dos juros, além de pactuada (fls. 19 do Apenso), teve suporte em resolução do Conselho Monetário Nacional através da Circular nº 1.130/87, do Banco Central do Brasil, item 3. Da mesma cédula rural consta que os saldos devedores sofrerão atualização mensal, com base no índice de reajustamento monetário fixado para a remuneração dos depósitos em caderneta de poupança, com juros remuneratórios de 0,575% ao mês. Está também convencionalizado que, no caso de inadimplemento, incidirão juros de 3% ao mês em substituição à taxa de 0,575%.

Ora, afastada a limitação dos juros em face da decisão do STF na ADIn nº 4, e assentado que o art. 1º do Decreto nº 22.626/33 foi revogado pela Lei nº 4.595/64 no atinente às operações com as instituições de

crédito que funcionam sob o estrito controle do Conselho Monetário Nacional, tem-se que o v. acórdão recorrido, além de contrariar o art. 5º do Decreto-lei nº 167/67, pôs-se às testilhas com os paradigmas oriundos do STJ.

Isto posto, conheço do recurso por ambos os fundamentos e dou-lhe provimento para os fins pretendidos pelo recorrente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp Nº 33.370-6 — RS — (93.0007872-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Torreão Braz. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Afon-

so de Araújo Campos e outros. Recdos.: Cooperativa Agro-Industrial de Produtores de Cana Perobal Ltda. e outros. Advogado: Lauro Palma.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 05.10.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Barros Monteiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.455-3 — GO (Registro nº 93.0008075-0)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorridos: *Antônio Vieira Campos e cônjuge*

Advogados: *Drs. Lincoln de Souza Chaves e outros, e Marins Teodoro da Silva e outro*

EMENTA: Execução fundada em título extrajudicial. Código de Pr. Civil, art. 587. É definitiva, mesmo enquanto pendentes de apelação, embargos do executado. Precedentes do STJ: REsp's 2.431, 11.203 e 16.966. Recurso especial conhecido pela alínea *a* e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer

do recurso especial e em lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Cláudio Santos e Costa Leite. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Brasília, em 10.8.93 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Antônio Vieira Campos e sua mulher

“... agravam de despacho do Juízo da 2ª Vara de Morrinhos, que autoriza prosseguimento de processo executivo, exarado no rosto da petição de fls. 15. Defendem, em preliminar, a atempação do recurso e sua adequação, alegando, quanto ao mérito, que interpuseram apelação da sentença que decretou a improcedência dos seus embargos, bem como da ação consignatória, ambos estando pendentes de julgamento na instância superior, nos quais discutem o *quantum* do débito exigido e acessórios, donde, fortes na lição de Humberto Theodoro Júnior, a reabertura da execução é atitude bastante temerária, face aos irremediáveis prejuízos que sofrerão os agravantes; e, enquanto não se deslindar a perlanga de vez, os atos de

alienação forçada dos bens penhorados não podem se efetivar.

Rogam provimento.

Formado o instrumento de agravo, o agravado ofereceu contraminuta, enfatizando que, a teor do art. 520, V, do CPC, o recurso apelatório se recebe no efeito devolutivo, prosseguindo-se, pois, o procedimento executório. Aduz ser justo o decreto de improcedência da consignatória, se bem que conexos os processos, ressalvado, porém, que se trata de questão preclusa, face ao subimento de ambos os apelos.

Preparado o agravo, foi mantida a decisão impugnada.”

O Tribunal de Justiça de Goiás deu provimento ao agravo de instrumento, segundo esta súmula do acórdão:

“Execução. Embargos do devedor rejeitados. Apelação recebida porém com efeito devolutivo. Prosseguimento do processo executivo, porém em caráter provisório, não abrangendo alienação do domínio dos bens penhorados. Agravo provido.”

Inconformado, o Banco do Brasil S.A., exequente, apresentou recurso especial: pela alínea *a* vem arguindo a violação do art. 587 do Cód. de Pr. Civil; pela alínea *c*, vem apontando dissídio com despacho que negou provimento a agravo de instrumento.

Recurso admitido, fls. 65/6.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Sobre o caráter da execução fundada em título extrajudicial, vejamos essas anotações de Theotônio Negrão (*in* 24ª edição, pág. 418):

“Art. 587:5. Será mesmo definitiva, como diz o texto, a execução fundada em título extrajudicial?”

Um primeiro simpósio, realizado no Rio de Janeiro, com a participação de juízes e processualistas de renome, assim concluiu: ‘No caso da execução definitiva, interposta apelação pelo executado-embargante contra a sentença que julgou improcedentes os embargos, pode a execução prosseguir, mas agora provisoriamente (CPC 520, n. V), não se justificando o levantamento de dinheiro penhorado, sem caução, nem se permitindo a alienação de domínio.’

Outro simpósio, que teve lugar em Curitiba e que reuniu grande número de eminentes mestres, entendeu diversamente: ‘É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente recurso de decisão que julgou improcedentes os embargos do devedor’ (SIMP-concl. LI, em RT 482/272).

Em essência, temos por mais acertada a primeira conclusão, salvo quanto ao fato de considerar definitiva, de início, uma execução que mais tarde se torna provisória, o que parece menos lógico. Segundo entendemos, a execução por título extrajudicial é provisória, e só se

tornará definitiva se não forem opostos embargos à execução, ou após transitar em julgado a sentença que os tiver apreciado (neste sentido: RT 665/115).

Se os embargos à execução, não rejeitados liminarmente, têm efeito suspensivo (art. 741), desde seu recebimento para discussão está suspensa a execução, e será provisório tudo quanto se fizer enquanto pendentes.

Art. 587: 6. No mesmo rumo de nossa nota anterior e a despeito do disposto no art. supra, a jurisprudência dominante tem considerado provisória a execução por título extrajudicial, enquanto pendem embargos opostos pelo executado e há recurso ordinário ou extraordinário versando sobre os mesmos. Neste sentido: STF-RTJ 86/922, 109/213, RTFR 72/77, 126/393, RT 493/142, em termos, 517/122, em., 573/126, RJTJESP 99/271, 101/268, JTA 49/118 (com declaração de voto divergente, neste ponto: a execução seria definitiva mas, no caso, estaria suspensa), 88/121, 93/376, RP 14/329. Em execução fiscal, v. LEF 16, nota 5.

A jurisprudência do STJ vai-se inclinando em sentido contrário e vem sustentando que é definitiva a execução por título extrajudicial, mesmo enquanto pendentes de apelação embargos do executado.”

2. Efetivamente, a jurisprudência desta 2ª Seção tem-se pronunciado pelo caráter definitivo da execução, quando fundada em título extrajudicial. Confirmam-se:

— “Processual Civil. Execução por título extrajudicial. Definitividade.

A execução por título extrajudicial tem sempre caráter definitivo, ainda quando improvidos embargos do devedor, pendente a sentença de decisão de agravo de instrumento que não admitiu recurso extraordinário e argüição de relevância ” (REsp 16.966, Sr. Ministro Dias Trindade, DJ de 23.3.92).

— “Processual Civil. Embargos à arrematação. Execução fundada em título extrajudicial. Sentença que os julga improcedentes não transitada em julgado. Caráter definitivo. Art. 587 do CPC.

I — Assentado na doutrina e jurisprudência o entendimento no sentido de que, julgados improcedentes os Embargos, a Execução prosseguirá em caráter definitivo, se ou quando fundada em título extrajudicial, equiparada esta, inclusive àquela com suporte em sentença transitada em julgado (art. 587 do CPC).

II — Recurso conhecido e provido” (REsp 11.203, Sr. Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 3.8.92).

— “Processual Civil. Mandado de segurança. Duplicidade de vias na impugnação a ato judicial. Espécie já apreciada no Tribunal. DL 167/67, art. 41, § 1º. Jurisprudência da Corte no tema. Execução fundada em título extrajudicial. Definitividade. CPC, arts. 587 e 520, V. Recurso desprovido.

I — Inadmissível é o manejo simultâneo de duas vias (agravo e mandado de segurança) para impugnar decisão judicial.

II — Transitada em julgado decisão apreciada neste Tribunal, prejudicado fica o exame da segurança impetrada.

III — Ainda que pendente recurso contra a decisão que inacolheu os embargos do devedor, definitiva, por força de lei (CPC, art. 587), é a execução fundada em título extrajudicial.

IV — A execução alicerçada em cédula de crédito rural, regida pelo DL 167/67, há de conformar-se com as normas codificadas, que lhe são posteriores, reclamando exegese sistemática” (RMS 2.431, Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 24.5.93).

3. Para ilustração, ementei dessa forma o REsp 6.382, em caso de execução fundada em sentença (título executivo judicial):

“Execução de sentença, com liquidação transitada em julgado. Embargos do devedor. Caráter definitivo da execução. Caução. Em casos dessa espécie, apresenta-se definitiva a execução, ainda que penda apelação da sentença que julga improcedentes os embargos. Caso em que se não requer a prestação de caução. Recurso especial não conhecido.”

4. Conheço do recurso especial pela alínea *a* e lhe dou provimento, para restabelecer a decisão agrava-

da, do Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Morrinhos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.455-3 — GO — (93.0008075-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Nilson Naves. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Lincoln de Souza Chaves e outros. Recdos.: Antônio Vieira Campos e cônjuge. Advogados: Marins Teodoro da Silva e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 10.08.93 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.653-7 — SP

(Registro nº 93.0008749-5)

Relator: *O Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recorrente: *Edson Cosac Bortolai*

Recorrida: *Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo — SABESP*

Advogados: *Drs. Edson Cosac Bortolai e Carmen Souza Barbosa e outros*

EMENTA: Processual. Legitimidade. Código do Consumidor. Ação coletiva de responsabilidade civil. Conflito entre dispositivos da lei. Erro do legislador. 1. A interpretação sistemática dos dispositivos do Código do Consumidor, relativos à legitimidade para a ação coletiva de indenização (arts. 81 e segts.), conduz ao reconhecimento de que as pessoas arroladas no art. 92 também podem exercê-la. 2. No entanto, tal reconhecimento não implica em se negar legitimidade para a ação coletiva, às pessoas relacionadas no art. 81.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribu-

nal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em dar provimento ao recurso. Votaram com o

Ministro Relator os Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 25 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: O V. Acórdão recorrido descreve a controvérsia, assim:

“Cuida-se de agravo de instrumento, tirado por Edson Cosac Bortolai na ação ordinária que move, em causa própria, contra a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo — SABESP, insurgindo-se contra a r. decisão que o admitiu no pólo ativo da ação individualmente, negando legitimidade para exercê-la, como pretendeu, a título coletivo. Referida ação, ante-se, tem como alicerce normativo a Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Formado o instrumento e colhida contraminuta, subiram os autos, mantida que restou a r. decisão agravada” (fls. 95).

O E. Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso.

O agravante interpôs recurso especial, buscando arrimo na alínea c. Assegura que o V. Acórdão negou vigência aos artigos 81 e 91 da Lei

nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Este, o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): A controvérsia gravita em torno de quatro dispositivos integrantes da Lei 8.078/90, a saber:

a) o art. 81 diz, *in verbis*: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”;

b) o art. 82 relaciona diversas pessoas jurídicas, outorgando-lhes legitimação, “para os fins do art. 100”;

c) já o art. 91 exprime-se assim: “Os legitimados de que trata o art. 81 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”;

d) de sua parte, o art. 100 autoriza “os legitimados do art. 82” para liquidarem e executarem a condenação resultante da ação coletiva.

O V. Acórdão recorrido assevera que nestes quatro dispositivos ocorreram evidentes erros de remissão. Sustenta esta proposição, dizendo:

“O art. 81 do referido Código apenas estabelece, genericamente, que a defesa dos interesses e direitos de

consumidores e vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.

O art. 82 da mesma lei contém, é indisputável, erro de redação. Mas, ao elencar os que são legitimados concorrentemente (para os fins do art. 100, diz a norma, com evidente erro), ao empregar o termo “legitimados concorrentemente” certamente se referiu à ação coletiva, já que a legitimação ativa daquele que, individualmente, persegue a defesa de interesse próprio, não precisaria de ser definida pela lei especial — o Código de Processo Civil e a tradição de nosso direito, seguramente, sempre legitimou o autor para figurar no pólo ativo de algum remédio processual, na defesa de seu interesse.

4. Da mesma forma — ao contrário do que assevera o ilustre agravante — há erro no art. 91, ao se referir aos “legitimados de que trata o art. 81”, de vez que, como supra assinalado, o art. 81 apenas estabeleceu, de forma genérica, que a defesa dos interesses dos consumidores poderá ser exercida em juízo, individualmente ou a título coletivo. É o art. 82, como assinalado, corretamente, pela r. decisão agravada, que dispõe, em seus quatro incisos, sobre as entidades legitimadas para exercer o direito de ação, em nome próprio ou de terceiros.

5. Essa legitimação — que poderá ser tida como extraordinária, já que, de regra, aquele que ocupa o pólo ativo da ação defende interesse próprio, e não alheio — haverá

de estar prevista, de forma absolutamente clara, na norma. E exatamente porque extraordinária, não há como ser admitida interpretação extensiva ou analógica dessa norma de competência.

Já se vê, portanto, que sem razão o agravante” (fls. 96/97).

O recorrente, em contrapartida, sustenta que o art. 91 faz referência expressa ao art. 81 e que seu texto foi deformado, na leitura que sobre ele desenvolveu o Acórdão recorrido.

Procura demonstrar a correção de sua tese, observando que o art. 81 refere-se a duas categorias de pessoas, quais sejam: “consumidores” e “vítimas”.

Assim, nos termos do art. 91, “a ação para a proteção de interesses individuais homogêneos pode, também, ser proposta pelos consumidores e vítimas”.

A questão é complexa e quase põe o intérprete diante de um paradoxo:

a) a leitura dos quatro textos postos em confronto leva à constatação de que somente estão legitimados para a ação coletiva, os consumidores e as vítimas. Às pessoas jurídicas arroladas no art. 82 reserva-se legitimidade, apenas para a liquidação e a execução da sentença;

b) a interpretação desenvolvida pelo Acórdão recorrido reconhece legitimidade nas pessoas jurídicas relacionadas pelo art. 92, negando-a, no que toca aos consumidores e vítimas.

A se prestigiar a proposição do recorrente, teremos deformado todo o sistema em que se montou a Lei 8.078/90.

Em contrapartida, se consagrarmos a interpretação do acórdão, prestigiaremos o sistema, mas desprezaremos o texto legal.

Carlos Maximiliano, em vigorosa defesa da interpretação sistemática lembra a advertência romana de que “é contra o Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte dela” (Hermenêutica e Aplicação do Direito — Freitas Bastos — 7ª ed., pág. 166).

Não tenho dúvida em reconhecer a importância decisiva da interpretação sistemática. No entanto, preocupa-me o perigo de nos deixarmos ofuscar pelo sistema e perdermos de vista a circunstância de que o legislador se exprime através da palavra escrita, cuja leitura constitui o primeiro instrumento de interpretação.

Embora se reconheça que o Legislador não é infalível, nem sempre é lícito presumir enganos nos textos que ele produz. Tanto mais, em se tratando da Lei nº 8.078/90, que já sofreu alterações, resultantes da Lei nº 8.656, de 21.5.93. Esta Lei nova alterou o art. 57 do Código do Consumidor, deixando, porém, intactos os dispositivos ora discutidos.

Ora, se o art. 91 não foi alterado, bem pode ter sido porque se quis manter como legitimados para o exercício da ação coletiva, tanto o consumidor, quanto a vítima.

Preocupado com exageros, o saudoso mestre da hermenêutica observa:

“Assim como os tradicionalistas caíram no deplorável exagero de transformar simples princípios dirigentes da pesquisa do sentido e alcance dos textos em fórmulas matemáticas, incoercíveis, de efeito direto, fatal, único; os contemporâneos, arrastados pelo entusiasmo pelos elementos sociológicos, erraram, também em fazer tábula rasa do passado e, em consequência, perdida a brida, sem ponto de apoio, resvalaram até à Livre indagação, ao julgamento independente dos códigos, aos arestos *praeter* e também *contra legem*” (*op. cit.*, pág. 163).

Na hipótese que ora examinamos, a interpretação sistemática nos conduz ao entendimento prestigiado pelo acórdão recorrido, enquanto a leitura do texto prestigia a tese do recorrente.

Tenho para mim que a melhor solução está em se reconhecer que o sistema consagrado na Lei nº 8.078/90 outorga legitimidade às pessoas jurídicas arroladas no art. 82, para o exercício da ação coletiva — não somente para a liquidação e execução da sentença dela resultante.

No entanto, não se pode reduzir a *tabula rasa* a outorga de legitimidade ao consumidor, resultante do art. 81.

Dou provimento ao recurso, para declarar o recorrente legitimado para o exercício da ação coletiva.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.653-7 — SP — (93.0008749-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Gomes de Barros. Recte.: Edson Cosac Bortolai. Advogado: Edson Cosac Bortolai. Recda.: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo — SABESP. Advogados: Carmen Souza Barbosa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (em 25.10.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.782-7 — SP

(Registro nº 93.0009371-1)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Pedro Antônio Mira Granciere*

Advogado: *Dr. Américo Nunes da Silva*

EMENTA: Processual Penal. “Crimes políticos ou conexos com estes” (Lei 6.683/79, art. 1º). Reabertura de inquérito policial. Trancamento por via de *Habeas Corpus*. 1. Cabimento. Não se conhece do recurso especial carente do prequestionamento da matéria sequer ventilada na decisão; ou quando ao caso não vêm, por falta de semelhança das hipóteses, os precedentes colacionados a título do dissídio jurisprudencial sobre os préstimos do *habeas corpus* para trancamento de inquérito policial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a se-

guir, por unanimidade, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Min. Relator. Votaram com o Relator os Srs. Mins. Flaquer Scartezzini, Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima.

Brasília, 18 de agosto de 1993
(data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente. Ministro JOSÉ DAN-
TAS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DAN-
TAS: Perante o Eg. Tribunal de Jus-
tiça-SP pediu-se *habeas corpus* em
favor do ora recorrido, objetivando-
se o trancamento do inquérito poli-
cial instaurado por requisição do
Ministério Público Estadual, em cir-
cunstâncias assim consignadas pe-
lo Relator, Des. Péricles Piza:

“Em vista da estarrecedora
reportagem publicada na Revista
“Isto é Senhor”, de 25 de março de
1992, sob o título: “Eu Capitão Ra-
miro, interroguei Herzog” requisitou
o Promotor de Justiça reabertura do
inquérito policial para a apuração
dos fatos veiculados, atendendo a
missiva que lhe fora endereçada pe-
lo Deputado Federal por São Paulo,
pelo Partido dos Trabalhadores, Hé-
lio Pereira Bicudo.

Nesta reportagem o paciente que
usava o codinome “Capitão Ramiro”
admite ter sido a pessoa encarrega-
da do interrogatório de Wladimir
Herzog, o Vlado, falecido nas depen-
dências do DOI-CODI de São Paulo.
Admitiu ser um *expert* na “arte de
interrogar”, sabendo quebrar a resis-
tência de qualquer pessoa, por mais
relutante e preparada que fosse, afo-
ra conhecer tudo “sobre asfixia por
ação mecânica”, *causa mortis* oficial
daquele jornalista” — fls. 1.045/6.

Recusando a impetração quanto
à argüição da impossibilidade de
reabertura de investigações em fa-
ce do fato novo superveniente à pri-
mitiva apuração pela Justiça Mili-
tar, conclusiva esta da versão de
suicídio da vítima, conforme é cedi-
ço que o arquivamento do inquérito
não faz coisa julgada; e também re-
cusando a alegada invasão da com-
petência daquela Justiça, já agora
desprovida de jurisdição para os cri-
mes políticos; no entanto, o v. acór-
dão acolheu o pedido de *habeas cor-
pus* no tocante à extinção da puni-
bilidade por força da anistia decre-
tada pela Lei 6.683/79, art. 1º, ex-
tensiva aos crimes conexos — assim
considerados “os crimes de qualquer
natureza relacionados como crimes
políticos ou praticados por motiva-
ção política”, do modo como então
agira o paciente:

“Interrogou” o jornalista Vlado,
na qualidade de policial civil, à épo-
ca investigador de polícia, hoje De-
legado aposentado, prestando servi-
ços ao DOI-CODI, na atividade de
combate à subversão. O jornalista
fora conduzido àquela dependência
sob suspeita de vinculação com o
Partido Comunista, à época proscri-
to, e acabou por ali morrer.

Motivação política portanto no
proceder do paciente, sem dúvida
alguma. Pois, “crimes políticos, con-
soante HUNGRIA, são os dirigidos,
subjativa e objetivamente, de modo
imediato, contra o Estado como uni-
dade orgânica das instituições polí-
ticas e sociais. Não há distinguir
entre “crimes políticos” e “crime so-
cial”, pois a sua objetividade jurídi-

ca vem a ser a mesma, ou seja, a “ordem política, que compreende, incontestavelmente, não só a específica organização do Estado, como a estrutural organização social, de que o Estado é fiador e sustentáculo” (in Comentários ao Código Penal, Forense, Rio de Janeiro, 1ª edição, 1949, vol. I, pág. 165/166) — fls. 1.047.

...

“A Lei de Anistia, no *caput* de seu art. 1º, concedeu a todos quantos, no período por ele mencionado, tenham praticado crime político ou com este conexo, excetuando-se apenas os condenados por crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal (§ 2º). Quanto à exceção há de se entender por condenados somente aqueles contra os quais pesa sentença condenatória transitada em julgado; pena de violar afrontosamente o texto legal. Só não é possível estender o benefício da anistia às pessoas definitivamente condenadas por aqueles crimes.

Nesse sentido assentou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, toda no sentido de concedê-la nos processos pendentes, excluindo-a apenas quando acobertada a condenação por sentença transitada em julgado, nos casos de crimes exceptuados pelo § 2º do art. 1º da Lei nº 6.683/79. Confira-se neste sentido julgados insertos na Revista Trimestral de Jurisprudência, 93/939, Rel. Min. THOMPSON FLORES, 91/46 e 91/418, ambos do Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, 92/83, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA e 97/995, Rel. Min. SUARES MUÑOZ” — fls. 1.049/50.

Donde a conclusão, *verbis*:

“Destá forma, está o paciente acobertado e protegido pela anistia, não se justificando o prosseguimento de investigação policial requisitada.

Ante o exposto, concedem a ordem para determinar o trancamento do inquérito policial instaurado a respeito (Inquérito Policial nº 487/92, vítima Wladimir Herzog, da Divisão de Homicídios, Primeira Delegacia, Equipe “D”). Comunique-se” — fls. 1.050.

Irresignado, o Ministério Público interpôs o presente recurso especial, com forro exclusivamente na letra c do permissivo, trazendo a cotejo ementas deste teor:

“INQUÉRITO POLICIAL. Sendo procedimento legítimo para apuração de prática de fato que se supõe típico, não constitui constrangimento ilegal. Inviável é o seu trancamento por via de *habeas corpus*” (RHC 66.598-5-RJ — 2ª T. — Min. CARLOS MADEIRA, DJU 188:24.985, 30.9.88).

“INQUÉRITO POLICIAL — Fraude processual (art. 347 do CP).

Habeas Corpus impetrado para trancamento do inquérito. Denegação pelo v. acórdão recorrido, em face do que se noticiou nos autos.

Recurso de *habeas corpus* improvido.

Não se presta o *habeas corpus* ao trancamento de inquérito policial destinado à apuração de fato, em

tese, delituoso" (RHC 64.741-GO — 1ª T. — Min. SYDNEY SANCHES, RTJ 122/76).

"Inquérito policial em curso, visando a apuração de fato penalmente típico. Inviabilidade do seu trancamento, à vista dos fatos apontados" (RHC 65.024-GO, 2ª T. — Min. DJACI FALCÃO, RTJ 122/1.004).

"*Habeas Corpus* para trancamento de inquérito policial destinado à apuração de possível delito de estelionato (emissão de cheques sem fundos). Inexistência, no caso, de constrangimento ilegal, não se justificando o exame antecipado dos elementos de informação já obtidos nem o cerceamento à obtenção de outros" (RHC 65.687-SP — 1ª T. — Min. SYDNEY SANCHES, RTJ 125/1.078).

Esse, igualmente, o entendimento fixado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

— Evidenciada a ocorrência de indícios da prática delituosa, descabe o trancamento de inquérito policial, mesmo porque, constitui esta fase preparatória da ação penal" (RHC 1.498-PR — 6ª T. — Min. William Patterson — DJU 95:6.542, 20.5.91).

"PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

— Evidenciada a ocorrência de indícios da prática delituosa, descabe o trancamento do inquérito policial, mesmo porque constitui este

fase preparatória da ação penal" (RHC 1.035-SP — 6ª T. — Min. William Patterson — DJU 57:3.231, 25.3.91).

"RECURSO DE HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL.

— Por outro lado, é entendimento pacífico do STF e do STJ que não constitui constrangimento ilegal a instauração de inquérito para apurar ocorrência delituosa" (RHC 1.527-DF — 6ª T. — Min. JOSÉ CÂNDIDO — DJU 238:18.047, 9.12.91) — fls. 1.059/60.

Sustenta-se a semelhança das situações confrontadas, em todas elas discutidas a idoneidade do *habeas corpus* para o trancamento de investigações policiais a respeito de ocorrência de fato criminoso, em tese, donde concluir:

"No caso tratado nestes autos, o julgado recorrido, logo depois de ressaltar que o inquérito havia sido instaurado para a apuração de "delito pelo paciente praticado, ou provavelmente por ele praticado" (fls. 1.046), adianta-se para concluir que o mesmo fato "configura crime conexo ao crime político ou por motivação política praticado" (fls. 1.047).

Ora, com a devida vênia, parece absolutamente temerário admitir, antes da conclusão das investigações, que inclusive foram iniciadas a partir de revelações feitas pelo próprio paciente, que o delito a ser apurado seja conexo a crime político e, assim, esteja abrangido pela Lei de Anistia.

É curial que para se chegar a semelhante decisão seria indispensável o prosseguimento das investigações, sem o que não é possível afirmar que houve crime, e que, por sua natureza, deve estar abrangido pela anistia.

Além do mais, como ressaltado no parecer oferecido anteriormente por esta Procuradoria (fls. 1.034/1.040), a própria Lei de Anistia faz outras restrições à sua aplicação, de sorte a ser indispensável a correta e inuidosa apuração dos fatos.

Sendo assim, deve prevalecer também no caso dos autos a orientação traçada pelos julgados trazidos à colação, no sentido da inidoneidade do *writ* para trancamento de investigações policiais” — fls. 1.062.

Nesta instância o parecer da Subprocuradora-Geral Railda Saraiwa, após exaustivas considerações dos efeitos da anistia em relação ao caso, conclui contrariamente ao conhecimento do recurso, ou que, se conhecido, por que se declare a competência da Justiça Federal para realizar o inquérito em questão — fls. 1.071/82.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Sr. Presidente, se bem que palpitante a matéria de mérito abordada pelo v. acórdão recorrido, sobre impedir-se a reaber-

tura de inquérito para apuração do fato acobertado pela anistia em função da sua conotação de crime político (quanto à qual dissertaram longamente o acórdão e o parecer do MP Federal), atenho-me, porém, aos aspectos preliminares recomendados para conhecimento do recurso especial, de reconhecida natureza técnico-formal; isso, aliás, em relação à única questão proposta pelo recurso.

Na verdade, em primeiro plano seria de reclamar-se o prequestionamento da matéria recursal, evidentemente cingida ao dissídio pretoriano concernente a descaber o *habeas corpus* para trancar o inquérito policial.

É que tal controvérsia não foi ventilada pelo acórdão, e dele não se pediu a devida declaração como ponto essencial da irresignação a ser manifestada na via especial.

Doutra parte, superado que fosse esse óbice sumular (verbetes 282 e 356-STF), pela brandura do chamado prequestionamento implícito, ver-se-ia que o conhecimento do recurso ainda assim continuaria inviável, desta vez, porque aquelas ementas colacionadas prenderam-se, explicitamente, à regra de apuração de fato penalmente típico, regra que, entretanto, sabidamente comporta a exceção configurada pela falta de justa causa, conseqüente da própria natureza atípica do fato, ou da sua descriminalização.

Essa exceção permissiva do *habeas corpus* para trancamento do

inquérito, ou mesmo da ação penal, é de incontroversa reiteração nos tribunais. Esta própria Turma já a tem consagrado em repetidas ocasiões, a exemplo do seguinte enunciado de minha autoria:

“CRIMINAL. INQUÉRITO POLICIAL. FALTA DE JUSTA CAUSA.

— **Trancamento.** Dos préstimos do *habeas corpus* para trancamento de inquérito não há duvidar-se quando, às claras, falte ao fato noticiado qualquer conotação criminal” — RHC 18 e REsp 8.128, in DJ de 23/10/89 e 24/4/91.

Igual afirmação fez a Turma, mais recentemente, em acórdão relatado pelo Sr. Min. Edson Vidigal, *verbis*:

“PENAL. PROCESSUAL. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. HABEAS CORPUS. RECURSO.

1. É POSSÍVEL, SIM, O TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL OU DE AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. MAS É PRECISO QUE A IMPETRAÇÃO, AO ABORDAR A QUESTÃO DE FATO, TRAGA PROVA INCONTROVERSA, INDUBITÁVEL, DE MODO A NÃO INVADIR A ÁREA PRÓPRIA DA AÇÃO PENAL, QUE É A DO CONTRADITÓRIO.

2. RECURSO CONHECIDO MAS IMPROVIDO” — RHC 2.582-SP, in DJ de 26/04/93.

Até mesmo quando tal trancamento requeira mais detido exame de prova, permitiu-se a Turma proclamá-lo, se bem que por empate na

votação, em *habeas corpus* do qual fui relator vencido, conforme a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FATOS ATÍPICOS. EXAME DE PROVA.

I — O *habeas corpus* é o instrumento tutelar da liberdade. No seu exame, o Juiz não pode criar obstáculos tais que venham a tornar letra morta a garantia constitucional. Daí que, superado o entendimento de, *a priori*, não se examinar prova.

Como, sem vencer esse obstáculo, se poderá afastar o abuso de poder ou ilegalidade da coação? Para se poder concluir sobre a tipicidade ou não do fato é, em certa medida, indispensável examinar a prova em que se baseia a acusação.

II — Recurso conhecido e provido, eis que evidente a atipicidade dos fatos imputados ao paciente” — RHC 758-CE, Sessão de 17.10.90, Min. Jesus Costa Lima.

Desse modo, como o questionamento recursal se cingiu à discutida prestabilidade do *habeas corpus* como via de trancamento do inquérito policial, sem formalizar qualquer contestação à falta de justa causa considerada pelo acórdão, segundo anistia que acobertaria o noticiado fato criminoso irrogado ao paciente, fico em que o recurso especial não vence a preliminar do conhecimento: tanto porque lhe falta o primário requisito do prequestionamento, como porque, em última hipótese, as ementas colacionadas

não guardam semelhança com a espécie versada nos autos, atenta aos préstimos do *habeas corpus* para trancamento de inquérito policial por falta de justa causa, quando às claras se mostre a extinção da punibilidade por força de anistia.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, estou de acordo com as observações do voto do Ministro-Relator quanto às dificuldades para se conhecer do recurso especial em causa e acrescento mais: se algum fundamento tivesse esse recurso, pecaria pela ilegitimidade do Ministério Público do Estado em matéria de crime político, ante a norma expressa do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal, que atribui exclusivamente à Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes políticos. Conseqüentemente, o único órgão ministerial com

atribuições para atuar na área desses crimes políticos é, evidentemente, o Ministério Público Federal e não o Ministério Público Estadual.

Com esses pequenos acréscimos, acompanho a conclusão e os fundamentos do voto do Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.782-7 — SP — (93.0009371-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. José Dantas. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Pedro Antônio Mira Granciere. Advogado: Américo Nunes da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Min. Relator (em 18.08.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Flaquer Scartezzini, Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.308-6 — PR

(Registro nº 93.0011037-3)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorridos: *Leoze Lobo Maia e cônjuge*

Advogados: *Drs. Paulo Roberto Felix Silva e outros, e Miguel Cavali Miranda*

EMENTA: Recurso Especial. Dissídio pretoriano. Inadmissibilidade. 1. Inviável o apelo excepcional, se a divergência posta diz com a simples interpretação de cláusula contratual. Súmula nº 05-STJ. 2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 31 de maio de 1993 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente (art. 101, § 2º, do RISTJ). Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de ação

de consignação em pagamento proposta por adquirentes de imóvel através de mútuo hipotecário celebrado com a Caixa Econômica Federal, na qual pretendem os autores quitar antecipadamente o seu débito, tendo como base o saldo corrigido anualmente. A credora contestou o pedido, sustentando que o saldo devedor está sujeito à correção monetária trimestral, segundo a variação nominal das UPC's.

Julgada procedente a ação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao apelo da ré, sob a ementa seguinte:

“MÚTUA HIPOTECÁRIO NÃO VINCULADO AO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DO SALDO DEVEDOR.

Se a cláusula contratual é expressa no sentido de que o saldo devedor será corrigido anualmente,

enquanto ele não for alterado o mutuário tem o direito de liquidá-lo pelo montante decorrente do último reajuste. Apelação improvida" (fls. 101).

Rejeitados os declaratórios, a vencida manejou este recurso especial com supedâneo na alínea c do permissivo constitucional, apontando como discrepante julgado do antigo TFR proferido no Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apelação Cível nº 114.925-RJ, do que resultou a Súmula nº 265 daquela Eg. Corte.

Apelo extremo admitido na origem, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A controvérsia na presente causa prende-se toda à interpretação da cláusula 4ª do pacto firmado entre as partes. Os autores pretendem, com arrimo naquela disposição, solver o saldo devedor calculado à base do reajuste havido no ano anterior; já a ré — ora recorrente — defende, com ampla remissão à mesma estipulação contratual, que a correção deva ser trimestral, considerados os índices de variação das UPC's.

Desde o decisório monocrático de 1º grau se vem enfatizando tratar-se na espécie de pendência instaurada em torno da interpretação de u'a cláusula contratual. Daí o indeferimento da perícia em 1ª instância, tendo sido tal aspecto também destacado pelo Tribunal *a quo* em sede de embargos de declaração.

Ora, a divergência posta pela ora recorrente diz antes com a inteligência da citada cláusula do que com a interpretação de norma federal (art. 105, nº III, c, da Lei Maior). O próprio Acórdão trazido como paradigma deixa estampado o critério por que se deve interpretar determinado item contratual.

O recurso especial, todavia, não constitui via hábil a essa finalidade, uma vez que, na consonância com a Súmula nº 05 desta Casa, a simples interpretação de cláusula contratual não dá ensejo à sua interposição. Como bem observa Roberto Rosas, essa interpretação situa-se no plano dos fatos tão-somente (Direito Sumular, pág. 197, 4ª ed.); caso admitida, tornaria este Tribunal, no ponto nodal do litígio, uma mera terceira instância.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.308-6 — PR — (93.0011037-3) — Relator: Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Advogados: Paulo Roberto Felix Silva e outros. Recdos.: Leoze Lobo Maia e cônjuge. Advogado: Miguel Cavali Miranda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 31.05.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.365-7 — SP

(Registro nº 93.0011190-6)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Ady Gilberto Zambon e cônjuge*

Recorrida: *Eneide Mariano*

Advogados: *Drs. Cândido da Silva Dinamarco e outros, e Carlos Mihich Bueno e outro*

EMENTA: 1. Atos atentatórios à dignidade da Justiça. A penalidade daí decorrente não abrangerá mais que o processo em que imposta, não se estendendo a outros, ainda que a ele vinculados. 2. Liquidação. Impossibilidade de inovar a sentença. 3. Concubinato. Sociedade de fato. Homem casado. 4. Havendo sociedade de fato, parte dos bens adquiridos pelo concubino pertencem à sócia. Para a comunhão, decorrente do casamento, apenas entrará o que efetivamente a ele cabia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial. Sustentou, oralmente, o Dr. Cândido da Silva Dinamarco, pelos recorrentes. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 13 de setembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Ady Gilberto Zambon e sua mulher manifestaram recurso especial, visando a desconstituir decisão proferida nos autos da ação de reconhecimento de sociedade de fato ajuizada por Eneide Mariano.

Alegaram que vulnerados os arts. 262, 266, 178, § 9º, V, do Código Civil, art. 3º da Lei 4.121/62, e art. 610 do CPC. Sustentaram que os bens pertencentes à mulher legítima, compondo sua meação, assim como os doados aos filhos, não poderiam ser sacrificados em benefício da concubina. Sendo as doações do conhecimento da recorrida, prescrita estaria a ação para pretender fossem anuladas. Acrescentaram

que o acórdão recorrido não se ateuve aos termos da sentença liquidanda, imiscuindo-se novamente na discussão da lide, alterando o decidido. Apontaram divergência jurisprudencial no que se refere aos limites dos direitos patrimoniais da concubina.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Rejeito a preliminar de que os recorrentes não poderiam apresentar o especial, por ter-lhes sido imposta pena, em virtude da prática de atos tidos como atentatórios à dignidade da Justiça. A penalidade há de entender-se estritamente, não podendo atingir outros processos, ainda que vinculados àquele em que praticados aqueles atos.

Trata-se de liquidação de sentença, importando verificar se o julgamento guardou correspondência com o decidido no processo de conhecimento.

Ficara naquele estabelecido que, reconhecida a sociedade de fato, ter-se-ia que pagar à autora, ora recorrida, “quantia correspondente a vinte por cento do valor dos bens adquiridos pelo finado a partir do início do concubinato e até a sua morte”. Esses os termos da sentença (fls. 191), confirmada em segundo grau. Cumpria, pois, simplesmente pesquisar quais os bens adquiridos pelo morto e aplicar o percentual fixado. Isso o que se fez.

Procuram os recorrentes trazer uma série de questões que são, en-

tretanto, impertinentes, vencidas pelo trânsito em julgado da sentença.

Afirma-se que, casado o concubino, a partilha não poderia alcançar bens da meação de sua mulher. Ocorre que, havendo a sociedade de fato, parte dos bens adquiridos pertencia à sócia. Para a comunhão entraria apenas o que efetivamente coubesse ao concubino. Assim, nos termos da sentença, vinte por cento seriam da autora; o que excedesse a isso pertenceria a marido e mulher. Não se coloca, pois, o problema, não havendo razão alguma na afirmação de que violados dispositivos do Código Civil e do Estatuto da Mulher Casada.

Relativamente à prescrição, não há prequestionamento.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.365-7 — SP — (93.0011190-6) — Relator: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Rectes.: Ady Gilberto Zambon e cônjuge. Advogados: Cândido da Silva Dinamarco e outros. Recda.: Eneide Mariano. Advogados: Carlos Mihich Bueno e outro. Sustentou oralmente, o Dr. Cândido da Silva Dinamarco, pelos recorrentes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 13.09.93 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrentes: *Modesto Brock e outros*

Recorrido: *Wilson Barbosa Martins*

Advogados: *Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros, e Rodrigo Marques
Moreira e outros*

Sust. oral: *Joaquim Jair Ximenes Aguiar, pelos recorrentes, e Carlos
Eduardo Caputo Bastos, pelo recorrido*

EMENTA: Civil. Processual Civil. Ação pauliana. Insolvência. Ônus probatório. Título não registrado. 1. Não inverte o ônus probatório da insolvência o acórdão que, embora afirmando que este é do réu, está fundado em prova feita pelo autor. 2. O registro do título dispensaria o autor de fazer prova da ciência do seu crédito por todos, o que não significa que não possa esse conhecimento pelo adquirente ser provado por outros meios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Torreão Braz.

Brasília, 19 de outubro de 1993
(data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: MODESTO BROCK E OUTROS interpõem recurso especial, com fulcro na alínea *a* do art. 105, III, da Constituição, de acórdão da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul proferido em ação pauliana.

Alegam os recorrentes ofensa aos arts. 333, I, do Código de Processo Civil; 107 *c/c* os arts. 109 e 135, *in fine*, do Código Civil. Sustentam, em síntese, má valorização jurídica da prova com relação ao exame dos requisitos da ação pauliana.

Admitido o recurso, subiram os autos.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A divergência que levou o feito aos embargos infringentes, rejeitados pelo órgão julgador, se situou nos seguintes limites: a) prova da insolvência do alienante; b) conhecimento do crédito do autor, pelos adquirentes do bem; c) boa-fé desses mesmos adquirentes, no negócio.

Nos limites da divergência, únicos devolvidos nos aludidos embargos infringentes, o acórdão decidiu com apoio nas provas, cujo reexame não cabe fazer em sede de recurso especial, consoante o princípio da Súmula 07 da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

Mas alega-se que esses fatos, definidos pela instância revisora ordinária, foram assentados em dedução, por ausência de provas, que estariam a cargo dos réus, quanto ao tema da insolvência do vendedor, daí porque tem os recorrentes por contrariado o art. 333, I, do Código do Processo Civil, o que, no entanto, não se verifica, pois, embora tenha o voto condutor do acórdão sustentado, com citação de doutrina e jurisprudência, que, na ação pauliana, o ônus da prova da insolvência é do vendedor-devedor, vem de afirmar, logo em seguida, que, não obstante, o autor se desincumbiu desse ônus probatório, que não seria dele, nesta passagem:

“A despeito da lei atribuir ao alienante o ônus *probandi* de sua solvência, o embargado demonstrou

à sociedade o estado de insolvência dos vendedores, seja através das certidões dos cartórios imobiliários declinando a inexistência de bens em nome dos vendedores (fls. 39 a 43), pela certidão do sr. Oficial de Justiça atestando a inexistência de bens penhoráveis (fls. 35 verso), pelas certidões dos distribuidores forenses e do oficial de protesto, acusando considerável número de execuções e de protestos contra os vendedores (fls. 54/85 e 263 verso). Insolvência esta manifesta, tanto no momento da venda como em consequência do malsinado ato de alienação” (fls. 1.373/1.374).

Não ocorreu, por conseguinte, a alegada inversão do ônus probatório e, portanto, não se verificou contrariedade ao art. 333, I, do Código de Processo Civil.

A questão da anterioridade da dívida não é objeto da divergência e nem se diz contrariado o art. 106, parágrafo único, do Código Civil, o qual indica como pressuposto da fraude contra credores.

De relação à invocada contrariedade ao art. 107, ou seja, porque o recorrente, ao adquirir o bem, não tinha conhecimento do crédito do autor, é de dizer que, também aqui, o acórdão está louvado nas provas e nas circunstâncias que envolvem o caso, para definir essa ciência e a participação dos adquirentes na fraude. Eis, a propósito, o que consta do voto do relator, integrante do acórdão recorrido:

“Inquestionável, assim, que os embargantes tinham conhecimento

do estado de insolvência. Ao adquirirem o imóvel cientes estavam que o ato proposto pelos vendedores visava a prejuízo de credores, tanto que com os pagamentos que fizeram privilegiaram uns em detrimento de outros, dentre estes o embargado, condição esta reveladora da *PARTICIPATIO FRAUDIS*, pois, segundo o escólio de BARROS MONTEIRO — Curso de Direito Civil, parte geral — Ed. Saraiva, 1972, pág. 239:

“Quem contrata com devedor insolvente evidencia intuito malicioso, pois um contratante de boa-fé instintivamente se retrai, quando depara tal estado econômico. Caracterizando assim *participatio fraudis*”.

E, transcrevendo parecer do Ministério Público, que adota:

“Entendemos que, no caso verificado, não existiu, na transação onerosa da fazenda, boa-fé entre vendedores e compradores, tanto que foram privilegiados certos credores com pagamento, em detrimento de outros, dentre estes o embargado; também deixaram aqueles de depositar em Juízo o saldo do preço, na forma estatuída no art. 108 do Código Civil, que impõe ao comprador tal conduta, para eximir-se do preço e se situar a salvo dos efeitos revocatórios. Em consequência, agiram os ora embargantes em *consilium fraudis*, pois tinham conhecimento do volumoso passivo dos vendedores; não depositaram em Juízo o saldo do preço da transação onerosa com chamada por edital dos

credores; em paralelo, efetuaram pagamento de alguns credores” (fls. 1.375).

E para a definição dessa ciência, invoca-se ainda, desde o julgamento da apelação, que o próprio alienante declarara que dera ciência aos adquirentes de todos os seus débitos, inclusive o de que se cuida, antes de efetuar a venda do bem.

Ora, no julgamento do recurso especial se tomam os fatos segundo a definição que lhes dão as instâncias ordinárias, dado que não se destina ele a exame das provas.

Resta a questão relacionada com o art. 135 do Código Civil, por isso que o título de crédito do autor da ação, aqui recorrido, não fora levado a registro, não podendo prevalecer contra terceiros.

Em ação pauliana, o que importa é o reconhecimento da existência do crédito, não se exigindo que o mesmo esteja inscrito em registros públicos, valendo a sua prova pelos outros meios admitidos em juízo. E, no caso, há um contrato de parceria pecuária, firmado entre o autor e o alienante, do qual decorria a existência de crédito do primeiro. A lei não exige que esse crédito esteja vencido (e estava), nem que seja líquido, bastando a sua existência e a ciência do adquirente, para compor os pressupostos que, aliados à insolvência, autorizam o uso da ação.

Não se está a opor o crédito ao adquirente, mas ao alienante devedor, daí porque da validade do título, independentemente de registro, registro esse que apenas liberaria o

credor de fazer a prova da ciência por parte do terceiro envolvido no negócio, reconhecido como em fraude de credores.

Não há, por conseguinte, a argüida contrariedade ao art. 135 do Código Civil, porque, em realidade, não afirmou o acórdão em desacordo com os seus dizeres.

Não encontro, portanto, condições para admitir o presente recurso, que até aqui veio, pelo fundamento da letra *a* do art. 105, III, da Constituição.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Tal como V. Exa., não diviso, no caso concreto, ofensa ao direito federal.

Acompanho o seu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho o Sr. Ministro-Relator, estando a par não só do relatório, que foi previamente distribuído, mas, também, dos memoriais que as partes me fizeram a gentileza de encaminhar.

Acompanho S. Exa. pelas razões do seu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, não vislumbro ofensa ao Direito Federal e, pelo que se notou na exposição feita pelo eminente Ministro-Relator e da manifestação dos doutos patronos, da tribuna, o que se pretende, em última análise, é o revolvimento da matéria probatória.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.575-7 — MS — (93.0011686-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Dias Trindade (ER 03/93). Rec-tes.: Modesto Brock e outros. Advogados: Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros. Recdo.: Wilson Barbosa Martins. Advogados: Rodrigo Marques Moreira e outros. Sustentaram, oralmente, os Drs. Joaquim Jair Ximenes Aguiar, pelos recorrentes, e Carlos Eduardo Caputo Bastos, pelo recorrido.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 19.10.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Joaquim da Silva Fernandes*

Recorrida: *Formare Decorações Ltda.*

Advogados: *Drs. José Augusto Galdino da Costa e outros, e Alfredo Zide e outros*

EMENTA: **Locação.** 1. Contrato e respectiva cessão lavrados após a vigência da Lei 6.649/79 regem-se por essa lei, não pela legislação anterior naquilo em que foi alterada. 2. Derrogado o art. 1.206 do Código Civil pelo art. 21 da Lei 6.649/79, com a supressão da ressalva de cláusula em contrário (“salvo cláusula expressa em contrário”), não nega vigência a lei federal acórdão que considera o citado art. 1.206 não incidente sobre as locações regidas pela norma de ordem pública constante dos arts. 21 e 22 da Lei 6.649/79. 3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 26 de maio de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Formare Decorações Ltda., locatária, propôs ação ordinária contra Joaquim da Silva Fernandes, locador, objetivando compeli-lo a promover reformas necessárias no imóvel locado, com ressarcimento de danos, pagamento de custas, despesas e honorários.

A ação foi julgada improcedente, por entender o Juiz monocrático que o autor, no contrato de cessão da locação, concordara em estabelecer a responsabilidade da cedente locatária por obrigações e débitos locatícios oriundos do período contratual anterior à cessão. Assim, deveria o autor voltar-se contra a parte cedente, não contra o locador.

Apelando a vencida, deu-lhe razão o Tribunal, julgando procedente o pedido, nestes termos:

“De acordo com a perícia, o imóvel locado está necessitando de reparações na sua estrutura, na fachada, na pintura, em telhas de fibrocimento, no madeiramento da parte da frente, nas calhas de coleta de águas de chuvas, nos pisos, nas paredes, na porta do banheiro inferior, na instalação elétrica e na instalação hidráulica (fls. 74).

Na situação em que o imóvel se encontra — quem o diz, ainda uma vez, é o perito — “não existem condições de habitabilidade, nem tampouco de segurança” (fls. 75).

A teor do que dispõe o art. 21 da Lei 6.649, de 16/05/79, todas as reparações de que o prédio necessitar correrão por conta do locador a quem incumbe, aliás, entregar ao locatário o imóvel locado em estado de servir ao uso a que se destina e a mantê-lo nesse estado (art. 19).

Por conta do locatário correrão, apenas, as reparações de estragos a que ele der causa, no uso do imóvel de forma anormal (art. 22).

Não havendo nos autos a mais ténue prova de que as reparações de que o imóvel está a carecer são reparações de estragos a que, no uso anormal do prédio, o locatário deu causa, à outra conclusão não se pode chegar senão a de que quem deve custeá-las é o locador.

Dir-se-á, com certeza, que, invertendo a regra do art. 21, as partes convencionaram, no contrato de lo-

cação, que todas as reparações de que o prédio viesse a carecer seriam custeadas pelo locatário.

Isso é verdade, pois outro sentido não têm as cláusulas 6ª e 7ª do contrato de fls. 15.

Impende registrar, no entanto, que a inversão, permitida no regime do Código Civil, cujo art. 1.206 estabelecia que “incumbirão ao locador, salvo cláusula expressa em contrário, todas as reparações de que o prédio necessitar”, ficou proibida a partir do advento da nova Lei do Inquilinato, cujo art. 21 não repetiu a ressalva “salvo cláusula expressa em contrário” constante daquele dispositivo legal.

É a exata lição de Silvio Rodrigues:

“A supressão da ressalva conduz naturalmente à idéia de que, enquanto o legislador de 1916 permitia que as partes estipulassem livremente a quem incumbiriam as despesas decorrentes de reparações do prédio locado, o legislador de 1979 veda convenção em tal sentido.”

“Isso porque a deliberada omissão de tal ressalva tem que levar o intérprete à convicção de que o preceito é de ordem pública, proibida, portanto, sua derrogação por convenção entre particulares” (Da Locação Predial, 2ª ed., pág. 84).

Não é diverso o escólio de João Carlos Pestana de Aguiar:

“Os artigos 21 e 22 igualmente repetem, com poucas alterações, o texto do art. 1.206 do Código Civil.

A de mais realce seria a não referência à ressalva “salvo cláusula expressa em contrário” do *caput* do art. 1.206.”

“Com tal abstenção do art. 21, o novo preceito inquilinário *a priori* impugna a cláusula que transfere ao locatário a obrigação de, durante a locação, proceder a reparos de que o prédio necessitar, salvo nos casos do art. 22.

Será disposição contratual nula, pois *contra jus imperativum, quod privatorum pactis mutari non potest.*” (A Nova Lei do Inquilinato Comentada, pág. 66).

Insustentável, portanto, se afigura a douta sentença apelada através da qual, em momento de pouca inspiração, se deu pela improcedência do pedido vestibular, que, pelas razões aduzidas, bem ao revés, devia ter sido julgado procedente.

À conta desses fundamentos, a Câmara dá provimento ao recurso, reforma a sentença apelada e julga procedente os pedidos de fls. 6, letras *a*, *b* e *c*, na forma da inicial” (fls. 162/164).

Embargos de declaração recebidos para fixar o prazo de 30 dias para execução da obra.

Inconformado, ingressou o locador com recurso especial, pelas letras *a* e *c*, alegando ofensa ao art. 6º e § 1º da Lei de Introdução ao C. Civil, e 5º da Lei 6.649/79, arts. 82, 145 e 1.206 do Código Civil, e divergência jurisprudencial com julgados que cita.

Inadmitido, subiu o recurso em razão de provimento que dei ao agravo.

Contra-razões às fls. 256/265.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Afasto, inicialmente, a alegada ofensa ao art. 6º e § 1º da LICC e ao art. 5º da Lei 6.649/79.

Tais normas legais, além de não prequestionadas no acórdão recorrido, não têm aplicação ao caso. A primeira porque o contrato de locação objeto da cessão é de 15/08/86 (fls. 179) e a escritura de cessão é de 02/02/88, portanto, ambos posteriores à vigência da Lei 6.649 que é de 1979. A segunda porque o contrato cedido estava em pleno vigor, com prazo determinado não vencido, e, por ser um novo contrato escrito, rege-se pela legislação vigente à época de sua elaboração, isto é, 15/08/86. Assim, ao assumir todas as obrigações desse contrato, pela cessão de 1988, a locatária-cessionária sempre esteve sob o pálio da legislação de regência a partir de 15/08/86, não antes.

O mesmo se diga em relação aos arts. 82 e 145 do CC, igualmente não prequestionados.

O art. 1.206 do CC, este sim devidamente prequestionado, foi considerado, no acórdão, não incidente sobre as locações regidas pela norma de ordem pública constante dos arts. 21 e 22 da Lei 6.649/79.

Sustenta o contrário o recorrente, sem razão contudo.

Acrescente-se às citações de Silvío Rodrigues e João Carlos Pestana de Aguiar, constantes do acórdão recorrido, mais a lição de José da Silva Pacheco, nestes termos:

“O art. 21 da Lei nº 6.649/79 é reprodução do art. 1.206 do Código Civil, com a supressão da ressalva de cláusula expressa em contrário. Quis-se evitar a tendência que já ia se tornando regra de atribuir ao locatário os reparos de que necessitasse o prédio. Voltou-se à concepção de que, sendo o prédio do locador e, obrigando-se este a entregá-lo em condições de uso (art. 18, I) e a manter a sua forma e destinação (art. 18, III), deveria, também, fazer os reparos de que necessitasse o prédio” (Comentários à Nova Lei do Inquilinato, RT, 1980, p. 122).

Afasto, portanto, a negativa de vigência aos dispositivos anteriormente mencionados.

O dissídio não está devidamente demonstrado, com observância do art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno deste Tribunal.

Não conheço do recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.638-5 — RJ — Relator: Exmo. Sr. Ministro Assis Tole-do. Recte.: Joaquim da Silva Fernandes. Advs.: José Augusto Galdino da Costa e outros. Recda.: Formare Decorações Ltda. Advs.: Alfredo Zide e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 26.05.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.193-9 — SP
(Registro nº 93.0013895-2)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*
Recorrentes: *Eduardo Luís dos Santos e outro*
Advogado: *José Strasburg Machado de Moura*
Recorrida: *Cely Maria Pinto da Fonseca*
Advogado: *Kamel Herati*

EMENTA: Processual Civil e locação. Pluralidade de locatários. Citação. Solidariedade e litisconsórcio. 1. A solidariedade de que trata a Lei 6.649/79 coloca-se no plano da obrigação pecuniária. Assim, se a ação de despejo é por falta de pagamento ou por infração contratual, ou por denúncia vazia, deve ser proposta contra todos os locatários, pois a eficácia da sentença atingirá a todos os co-réus. A obrigação de direito material deve obedecer aos princípios inscritos no artigo 47 do CPC. 2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e em lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Brasília, 18 de agosto de 1993
(data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Recurso especial interposto por EDUARDO LUÍS DOS SANTOS e LEO FERNANDO DOS SANTOS pelas alíneas *a* e *c* do item III do art. 105 da CF/88, em razão de não se conformarem com o v. aresto de fls. 82/86, proferido, à unanimidade, pela eg. Segunda Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, entendendo inexistir litisconsórcio passivo necessário entre os co-locatários, co-réus na ação de despejo para uso próprio, podendo a autora-locadora desistir da demanda em relação às co-rés que residem noutro imóvel, como o fez. Fundamenta-se no art. 1º, § 5º, da Lei nº 6.649/79, *c/c* o art. 896 e segs. do Código Civil, con-

cluindo que os co-locatários respondem, na verdade, solidariamente, admitindo-se que a ação seja movida ou prossiga, indiferentemente, a qualquer um deles ou a todos.

Insistem os recorrentes na anulação da sentença, posto que a ação de despejo deveria ter continuado contra todos os co-locatários, litisconsortes passivos necessários, nos termos do art. 46 e seguintes do CPC. Para confronto, mencionou julgado do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (fls. 89/92).

A recorrida contra-arrazou (fls. 97/98) e o especial foi admitido pelos dois permissivos constitucionais (fls. 100/101).

Relatei.

VOTO

OXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): A Lei nº 6.649, de 16.5.79, artigos 1º e 5º, estabelece que, havendo mais de um locador ou mais de um locatário, se nada está previsto em contrário no contrato, entende-se que são solidários.

A solidariedade de que se trata é de natureza material. Refere-se a uma obrigação de natureza pecuniária e não de fruição do imóvel. Quer dizer que, por exemplo, os locatários solidários, de *per si*, respondem por toda a dívida dos alugueres.

Lição de PAULO RESTIFFE NETO — “LOCAÇÃO: QUESTÕES PROCESSUAIS”, RT, 1985, 3ª ed., esclarece:

“O efeito da sentença que declara rescindida a locação e decreta o despejo atinge a todos. Esta afirmação está de acordo com a doutrina mais rigorosa, que remonta a CHIOVENDA, pois tal sentença implica desconstituição, rescisão da relação locatícia, e é sabido que todos os que participam, da formação da relação jurídica de direito material, do contrato, devem participar de seu desfazimento, de sua extinção, dos distratos. Uma coisa é reclamar o pagamento de um, ou alguns, a dívida; outra o despejo de todos; lá, por premissa conserva-se o vínculo, aqui busca-se a ruptura da relação locatícia, para todos os contratantes” (in “AÇÃO DE DESPEJO” — SÉRGIO CARLOS COVELLO, ps. 21/22, ed. Saraiva).

De tal modo e por força do que prevê o art. 47, do CPC, se o Juiz tem de decidir de modo uniforme e a eficácia da sentença atinge a todos os locatários, torna-se indispensável a citação de todos eles, não podendo o autor desistir da ação a alguns deles. A falta nulifica o processo.

Bem destacou o paradigma do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul na Ap. 22.921:

“Havendo solidariedade passiva, o credor tem o direito de exigir de qualquer dos devedores a totalidade da dívida comum. Aqui, porém, não se trata de ação de cobrança de alugueres, mas de ação de despejo, visando a rescindir contrato de locação com duplicidade de

locatários, donde a consequência processual: litisconsórcio necessário, ficando a eficácia da sentença dependente da citação de ambos (CPC, art. 47).

Mas ainda assim se há de entender em face das disposições da Lei nº 6.649, de 16.05.79, invocada na inicial da ação de despejo, pois se ao sublocatário, sem direitos e obrigações em face do locador (art. 27, § 2º), deve ser dada ciência da ação proposta contra o locatário (art. 35, parágrafo único), assegurando-se-lhe o direito de purgar a mora (art. 38), com maior razão se há de dar ciência da ação e assegurar-se igual direito ao co-locatário, vinculado ao locador por vínculo contratual” (fl. 93).

Ao fito de que, comprovada a negativa de vigência do art. 47, do CPC, e a divergência jurisprudencial, conheço do recurso e lhe dou provimento para anular o processo

a partir da citação, com a chamada de todos os co-locatários.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.193-9 — SP — (93.0013895-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Jesus Costa Lima. Rectes.: Eduardo Luís dos Santos e outro. Advogado: José Strasburg Machado de Moura. Recda.: Cely Maria Pinto da Fonseca. Advogado: Kamel Heraki.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Min. Relator (em 18.08.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Dantas, Flaquer Scartezini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Recorrido: *Instituto Ternely Ltda.*

Advogado: *Dr. Geraldo Rabelo Cunha*

EMENTA: Ação Civil Pública. Mensalidades escolares. Repasse do aumento dos professores. Ministério Público. Parte ilegítima. 1. Não se cuidando de interesses difusos ou coletivos, mas de interesses individuais de um grupo de alunos de um determinado colégio, afasta-se a legitimidade do Ministério Público. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Rocha.

Brasília, 10 de setembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso especial

interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais, com apoio na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão que o considerou parte ilegítima para propor ação civil pública, objetivando a suspensão da cobrança do repasse de aumento dos professores às mensalidades escolares, com devolução do repasse.

Alega que o venerando acórdão recorrido violou os artigos 81, inciso II, e 82, inciso I, da Lei nº 8.078/90, ao decidir pela ilegitimidade ativa da Instituição para a defesa coletiva do grupo de consumidores envolvidos no feito.

Esclarece que o *parquet* não está a defender interesses meramente particulares, mas sim o interesse coletivo consistente na necessidade de propiciar a continuidade da prestação de um serviço de relevância pública, mediante retribuição financeira compatível com as disponibi-

lidades financeiras dos alunos, atendendo, assim, o comando inserido no artigo 129, inciso II, da Constituição Federal.

Aduz, a final, não haver possibilidade de negar-se ao Ministério Público, instituição destinada à defesa do interesse público e social, legitimidade para proceder à tutela judicial dos interesses dos consumidores, seja sob o aspecto difuso ou coletivo (fls. 458/476).

Oferecidas contra-razões (fls. 476/494), foi o recurso admitido (fls. 498/499), subindo os autos a este Colendo Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Aponta o recorrente como violados os artigos 81, parágrafo único, inciso II, e 82, inciso I, da Lei nº 8.078/90, versando sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço do recurso pela letra *a*.

O recurso é admissível, mas, a meu ver, não merece provimento.

Estabelece o primeiro dispositivo citado como violado (artigo 81), em *caput* que:

“A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em Juízo individualmente, ou a título coletivo.”

A defesa a título coletivo só está exercida quando tratar de direitos difusos ou “interesses ou direitos co-

letivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (parágrafo único, item II).

E, para estas finalidades, estaria legitimado o Ministério Público (artigo 82, inciso I).

No caso, evidentemente, não se trata de direito difuso e nem isto é sustentado pelo recorrente. Resta saber se se trata de interesses ou direitos coletivos. Entendo que, no caso, não estamos diante de interesses ou direitos transindividuais e indivisíveis que pudessem ser defendidos pelo Ministério Público, através da presente ação civil pública, movida contra o recorrido, visando:

“1º — Suspender a cobrança ou o recebimento de mensalidades escolares que contenham parcela de repasse de aumento de professores relativo à decisão do TRT, acórdão TRT-DC-45/91;

2º — Devolver ou creditar, acrescido de juros e correção, para ser descontado na mensalidade do próximo mês, qualquer valor recebido em razão de repasse relativo à decisão do TRT, acórdão TRT-DC-45/91;

3º — Receber sem acréscimo de qualquer gravame (multa, juros, correção) as mensalidades do mês de junho, porventura em atraso, mensalidades que deverão ser fixadas conforme determinado no item

nº 02 deste pedido, estabelecendo, para tanto, um prazo de 05 (cinco) dias para a quitação, contados da efetiva publicidade que o requerido deverá dar dos termos desta decisão” (fls. 08).

A defesa, no caso, é de um grupo de alunos, de um determinado colégio particular e não de interesses ou direitos coletivos que pudessem ser defendidos pelo Ministério Público. A este compete a relevante missão de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos (CF, artigo 129, inciso III). Como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe-lhe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Lei nº 8.625/93, artigo 1º, *caput*). Na espécie não estão sendo defendidos o patrimônio público e social, a ordem jurídica, o regime democrático, ou qualquer direito difuso ou coletivo. Com inteira razão, a meu ver, o eminente Desembargador Relator do venerando aresto hostiliza-do (fls. 442/456), ao acentuar em seu brilhante voto acompanhado por todos os membros da Egrégia Quinta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que:

“Ora, no presente caso, não se está frente a interesses difusos e coletivos, mas de interesses individuais homogêneos, que afastam, por completo, a legitimidade do Ministério Público para propor a ação pública civil.

Com efeito, este é o magistério de Hugo Nigro Mazzilli, *in* Interesses Coletivos e Difusos — Revista dos Tribunais, vol. 668, págs. 47 a 57:

“Aliás, o exemplo do consumidor é oportuno, por permitir distinguir o interesse individual, coletivo e difuso. Assim, dentro de uma série de bens de consumo, vendidos ao usuário final, um deles foi produzido com defeito. O lesado tem interesse individual na indenização cabível. Não raro, porém, o interesse do consumidor é coletivo, como quando toda série de produtos saia de fábrica com o mesmo defeito, o que não teria obstado, entretanto, a que tivessem sido vendidos a diversos consumidores finais (hipótese a que o Código do Consumidor denominado interesses individuais homogêneos — artigo 81, inciso III). Mas o interesse do consumidor só será verdadeiramente difuso se houver absoluta impossibilidade de se identificarem as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo (p. ex., os destinatários de uma propaganda enganosa feita pela televisão).”

Ora, dentro dessa perspectiva doutrinária, de alto conteúdo jurídico, há nítida distinção entre interesse individual, coletivo e difuso, desdobrando-se o interesse coletivo em interesses individuais homogêneos e interesse coletivo propriamente dito.

Colocadas essas premissas, a conclusão é a de que, quando o apelado repassou para os alunos o aumento dado aos professores, por força de

decisão da Justiça do Trabalho, se lesão de direito houve, a discussão de tal lesão e suas possíveis consequências instaura-se apenas entre os alunos, seus pais e o estabelecimento de ensino particular, no caso a apelada, revelando-se, desta forma, uma possível lesão de interesses individuais homogêneos, mas não de interesses coletivos propriamente ditos ou de interesse difuso, porque este, “além de transindividuais, dizem respeito a titulares dispersos da coletividade”, segundo Hugo Nigro Mazzilli.

Se caracterizados estão, na espécie, os interesses individuais homogêneos, específicos, em face do ocorrido havido entre alunos, pais de alunos e o Instituto e não interesses coletivos propriamente dito ou difusos, não é o Ministério Público Estadual, a teor do artigo 129, nº III, da Constituição Federal, parte legítima ativa *ad causam* para a propositura da ação civil pública, também conhecida por ação coletiva ou ação ideológica, expressão usada por Piero Calamandrei, em contraste com a terminologia ação penal pública.

A consagração da legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, para propor ação civil pública na hipótese de interesses individuais homogêneos me parece extremamente perigosa, pois tal legitimidade pode suprimir, inclusive, o direito subjetivo público do indivíduo para propor determinadas ações de seu interesse.

Imagine-se um caso de acidente com o ônibus de uma empresa que,

por imperícia ou negligência do motorista, provoca lesão em quarenta pessoas.

Pode uma só pessoa propor a ação de indenização contra a empresa, como podem todos eles, em litis-consórcio ativo facultativo propor a ação de indenização.

Ora, num caso como este há indiscutivelmente os interesses individuais homogêneos, decorrentes de um fato comum e atingindo todo um grupo de indivíduos.

Evidente que, num caso como este, em que se está diante de interesses individuais homogêneos, pode o Ministério Público entender que é parte legítima ativa para a propositura da ação civil pública, suprimindo tranqüilamente o direito subjetivo público de cada uma daquelas pessoas, para propor a ação de indenização.

É exatamente o caso dos autos.

É preciso convir que há neste caso um aspecto específico e relevante. É que, neste caso, a apelada, pais de alunos e alunos fizeram a reunião e ajustaram o aumento da mensalidade, diante de dados demonstrativos de receita e despesas preciso, em que os pais e alunos concordaram plenamente com o aumento, conforme a ata existente nos autos.

Ora, patente aí os interesses individuais homogêneos, mas em circunstâncias especiais, em face a um acordo expresso, solenizado, celebrado entre as partes, alunos, pais de

alunos e o Instituto, diante do qual não é o Ministério Público parte legítima para propor a ação civil pública, porque aí estará ele suprimindo o direito subjetivo público de ação de cada um dos participantes daquela reunião, às vezes propondo a ação até mesmo contra a vontade deles, configurando aí uma substituição processual indevida" (fls. 449/452).

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, olho com muita simpatia a extensão da legitimidade nas ações coletivas através da substituição processual.

No entanto, neste caso, não se trata exatamente do direito coletivo definido pelo art. 81. O que há, na realidade, é um grupo estritamente definido, de um colégio determinado. Parece-me que é um grupo muito estreito, para corresponder ao espírito do art. 81.

Não podemos levar essa substituição processual a tanta estreiteza,

sob pena de suas pessoas se juntem e irem ao Ministério Público, que estaria obrigado a substituí-las, transformando-se em verdadeiro serviço de assistência judiciária.

Isto não seria bom para a cidadania.

Acompanho o voto de V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.644-0 — MG — (93.0015594-6) — Relator: Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recdo.: Instituto Ternely Ltda. Advogado: Geraldo Rabelo Cunha.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 10.09.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.018-8 — SP
(Registro nº 93.0016818-5)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Valter Odoni*

Advogados: *Drs. José Pedro Said e outro*

EMENTA: Penal. Atentado violento ao pudor. Vítima menor de catorze anos. Pena cominada pela Lei 8.072/90. Recurso especial da acusação. 1. Limites. Ressalvado no recurso a manutenção do acórdão quanto a tratar-se de crime continuado e não de concurso material, por mais que se repute correta a sentença ali reformada, não cabe reabilitá-la, nesse ponto, para agravar a situação do réu, apesar da norma de que, “conhecido o recurso especial, a Turma julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (RISTJ, art. 257). 2. Pena-base. Reiterada orientação do Tribunal sobre a revogação tácita da ECA (Lei 8.069/90) pela Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), no que modificava a pena dos crimes contra menores de catorze anos. 3. Acréscimo da pena. A regra do art. 9º da Lei 8.072/90, relativamente aos crimes de atentado violento ao pudor, como ao de estupro, somente se aplica nas hipóteses de lesão grave ou morte. Precedentes do STJ. 4. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Brasília, 20 de setembro de 1993
(data do julgamento).

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e em lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Min. Relator. Votaram com o Relator os Srs. Mins. Flaquer Scartezzini, Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima.

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente. Ministro JOSÉ DAN-
TAS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DAN-
TAS: Provendo apelação do réu, en-
tão condenado a dezoito anos de re-
clusão (pena-base de seis anos,
acrescida de metade), por incurso
duas vezes no art. 214 c.c. o art.

224, *a*, e art. 69, do Cód. Penal, e art. 9º da Lei 8.072/90, Câmara Criminal do TJSP reduziu a pena-base a três anos, aumentada de um sexto por força da continuidade delitiva (fls. 250).

Daí o recurso especial do Ministério Público, com apoio nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, a fundamento, em síntese, de negativa de vigência dos arts. 6º, 9º e 12 da Lei 8.072/90, e de divergência com acórdãos deste Eg. Tribunal, asseverativos de que:

“PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CRIME HEDIONDO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

— Não subsiste a alteração introduzida no art. 214, do CP, pela Lei 8.069/90, porquanto, no período de *vacatio legis*, esta foi parcialmente revogada pela Lei 8.072/90, de vigência imediata, que disciplinou de modo diverso as matérias de que tratou nos itens 4 e 5 do art. 263.

— Não é lógico nem jurídico conceber pena mais branda para o atentado violento ao pudor quando a vítima é menor de catorze anos. O contra-senso é evidente e, segundo princípio assente da hermenêutica, deve sempre preferir-se a exegese que faz sentido à que não faz. Recurso conhecido e provido” — REsp 20.726-9-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Costa Leite, *in DJ* de 01/06/92.

Na mesma linha de asseveração, embora tocante ao crime de estupro,

o acórdão no REsp 20.829, 5ª Turma, Rel. Min. Costa Lima, *in DJ* de 08/09/92.

Termina-se por pedir o restabelecimento da pena imposta ao réu pela decisão de primeiro grau, **reconhecida, entretanto, a continuidade delitiva nos moldes do art. 71, parágrafo único, do Código Penal** — fls. 268.

Nesta instância, em parecer do Subprocurador-Geral Edinaldo de Holanda, o Ministério Público Federal é pelo provimento do recurso, dado que:

“3. Pacificado o entendimento da revogação parcial do Estatuto da Criança e do Adolescente, no período da *vacatio legis*, pela chamada lei dos crimes hediondos, pois teve vigência imediata, disciplinando de forma diversa o disposto nos itens 4 e 5 do art. 263 da Lei 8.069/90.” — fls. 277.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, quer por analogia, de referência ao crime de estupro, quer no tocante ao atentado violento ao pudor, hipótese específica dos autos, na verdade os precedentes colacionados recomendam o conhecimento do recurso, no tema exclusivo da parcial revogação do ECA (Lei 8.069/90, art. 263) pela chamada Lei dos Crimes Hediondos (nº 8.072/90), no que a

primeira pretendeu modificar as penas dos delitos cometidos contra menores de catorze anos.

Pacífica tal orientação, restaria ver o acerto da sentença de primeiro grau, no ponto em que fixou a pena-base em seis anos de reclusão, mínimo cominado a teor da Lei 8.072; de igual acerto se revestiu a sentença, ao considerar o concurso material, da forma como o réu fora denunciado por atentado violento ao pudor de um menor (prática de pederastia ativa e passiva), cometido nos primeiros dias de agosto de 1991, e de um outro menor no dia 16 daquele mesmo mês; errônea, porém, mostrou-se a sentença, por crescer de metade aquela pena, sob equívoca conformidade com o art. 9º da referida lei.

Desse modo, submeto à Turma as seguintes perplexidades: primeiro, o recurso pede o restabelecimento da sentença, **reconhecida, entretanto, a continuidade delitiva;** segundo, não ressaltou, porém, o acréscimo de metade da pena-base, operado na forma do art. 9º da Lei 8.072.

Do primeiro ponto, acentua-se a indiscutível caracterização do concurso material, inconcebível que parece configurar mera continuidade do atentado que vitimou o menor X aquele atentado cometido contra o menor Y, em diferentes condições de tempo, lugar e modo.

Ao segundo ponto opõe-se a tranqüilizada orientação desta Turma, sobre que o discutido acréscimo penal estabelecido no citado art. 9º,

relativamente aos crimes dos arts. 213 e 214 do Cód. Penal, somente se autoriza quando se trate da violência real prevista no art. 223 a que faz remissão, e não apenas da violência presumida pela menoridade de catorze anos — REsp 21.258, com a seguinte ementa:

“ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. CONTRADIÇÃO ENTRE A LEI 8.072/90 (CRIMES HEDIONDOS) E A LEI 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE).

Revogação tácita, por incompatibilidade, do parágrafo único dos arts. 213 e 214 do Código Penal (acrescentados pela Lei 8.069/90) com o novo sistema de punição instituído pela Lei 8.072/90.

Não é possível admitir-se tenha o legislador pretendido estabelecer benefícios em favor de atentados sexuais contra crianças de tenra idade, em leis de objetivos manifestamente opostos a esse.

Aumento de pena previsto no art. 9º da Lei 8.072. Aplica-se apenas às hipóteses de lesão grave ou morte, ante a expressa remissão da lei ao art. 223, *caput*, e parágrafo do Código Penal, expressos quanto à exigência de “lesão corporal grave” ou “morte”.

Pena a ser executada em regime fechado. Legalidade.

Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido” — 5ª T., 17/6/92, Rel. Designado Min. Assis Toledo, *in* DJ de 05/10/92.

Em princípio, tais perplexidades poderiam ser superadas na forma do art. 257 do RISTJ, segundo o qual, conhecido o recurso, a Turma julgará a causa, aplicando o direito à espécie. Para o caso dos autos, isso significaria aplicar-se-lhe o direito, sem mais nem menos do que pelo restabelecimento da sentença de primeiro grau, expurgada apenas daquele indevido acréscimo da pena-base, segundo a colacionada jurisprudência do Tribunal, pelo que o total de dezoito anos ($6 + 3 = 9 \times 2 = 18$) ficaria reduzido a doze anos de reclusão ($6 \times 2 = 12$).

No entanto, penso que a norma regimental há de ser entendida pela aplicação do direito à espécie, porém, amoldada aos limites objetivos do recurso, segundo o brocardo *tantum devolutam quantum apelatum*.

Donde, no caso, proceder-se essa conformação, pela verificação de que, sobre aquele primeiro ponto, ainda que o recurso houvesse atacado o acórdão, especificamente em defesa do restabelecimento do dito acréscimo, era mesmo de se lhe negar apoio; com maior razão, no seu silêncio, há dizê-lo improcedente para restabelecer ponto sentencial ao todo descabido do direito aplicável à espécie, por não ser o caso do acréscimo de metade da pena.

Já no pormenor da ressalva recursal sobre a continuidade delitiva que o acórdão caracterizou para re-

formar a sentença considerativa do concurso material, tenho dúvida se se deva reabilitar a sentença, apesar de seu acerto. É que estar-se-á procedendo *extra petita* do recurso acusatório, portanto, *ex officio*, um intolerável agravamento da situação do réu.

Na linha desses postulados é que conheço do recurso, e dou-lhe parcial provimento para reformular a dosimetria da pena, fixando-a em seis anos e aumentando-a de um sexto (art. 214, c.c. o art. 71 do CP) assim totalizada em sete anos de reclusão, restabelecida a sentença condenatória no mais sobre que dispôs.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.018-8 — SP — (93.0016818-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. José Dantas. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Valter Odoni. Advogados: José Pedro Said e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Min. Relator (em 20.09.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Flaquer Scartezini, Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.108-7 — SP
(Registro nº 93.0017101-1)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recte.: *Cia. Energética de São Paulo — CESP*

Recdos.: *Walmir César Dionysio e outros*

Advs.: *Drs. José Eduardo Rangel de Alckmin e outros, e Argemiro de Castro Carvalho Júnior e outros*

EMENTA: Desapropriação. Correção monetária. Juros compensatórios. Cálculo. Honorários advocatícios. Base de cálculo. Juros. 1. Correção monetária. O prazo anual, inscrito no art. 26, § 2º, do DL 3.365/41, tendo em vista a vigência da Lei 6.899/81, não se aplica à espécie, por isso que, em face do clima inflacionário em que vive o país, seria afrontar o princípio constitucional da justa indenização. 2. Juros compensatórios. Aplicação da Súmula nº 74-TFR. 3. Honorários advocatícios. Incidência sobre a diferença entre a oferta e a indenização, ambas corrigidas monetariamente, mais os juros compensatórios e moratórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Hélio Mosimann e José de Jesus. Ausentes, justificadamente, os Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Peçanha Martins.

Brasília, 03 de novembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Recorre especialmente “CESP — Cia. Energética de São Paulo”, letras a e c do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado em ação expropriatória, insurgindo-se contra os critérios adotados para a correção monetária da indenização, para o cálculo dos juros compensatórios e dos honorários advocatícios, que tiveram incidência de juros.

Além do dissenso interpretativo no trato da questão que invoca, alega violação ao art. 26, § 2º, do Decreto nº 3.365/41.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A pretensão da expropriante posta no sentido de que a correção monetária deva incidir em conformidade com o preceituado pelo art. 26, § 2º, do DL 3.365/41, desmerece acolhida, por isso que essa disposição legal não tem aplicação à hipótese. É que o prazo anual, ali inscrito, tendo em vista a vigência da Lei nº 6.899/81, não pode ser observado. Como bem anotou o despacho de admissibilidade, invocando julgado desta Eg. Corte, “enquanto perdurar o clima inflacionário em que vivemos, interpretar literalmente o § 2º do artigo 26 da Lei de Desapropriações é afrontar o dispositivo constitucional que assegura ao expropriado, como na hipótese dos autos, a justa indenização”.

Igualmente, desmerece reparo o acórdão no que pertine à determinação de incidência dos juros sobre os honorários advocatícios, posto que a base de cálculo destes é a diferença entre a oferta e a avaliação, ambas corrigidas monetariamente, mais aqueles juros: compensatórios e moratórios.

Quanto aos juros compensatórios, estabelece a Súmula 74 do extinto Tribunal Federal de Recursos, *verbis*:

“Os juros compensatórios, na desapropriação, incidem a partir da

imissão na posse e são calculados, até a data do laudo, sobre o valor simples da indenização e, desde então, sobre referido valor corrigido monetariamente”.

Do exposto, apenas para adequar a forma do cálculo dos citados juros ao entendimento substanciado na Súmula acima transcrita, é que provejo parcialmente o recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.108-7 — SP — (93.0017101-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Recte.: Companhia Energética de São Paulo — CESP. Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outros. Recdos.: Walmir César Dionysio e outros. Advogados: Argemiro de Castro Carvalho Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 03.11.93 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e José de Jesus.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.274-1 — DF

(Registro nº 93.0017678-1)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Ministério Público do Distrito Federal*

Recorrido: *Marcos Moreira*

Advogada: *Dra. Maria Graci Dias Silveira*

EMENTA: Recurso Especial. Conflito de competência. Manifestação do Ministério Público. Arts. 116, § 5º, do CPP, e 116, parágrafo único, e 121, do CPC. 1. É obrigatória a manifestação do Ministério Público em todos os conflitos de competência, a teor dos artigos 116, § 5º, do CPP, e 116, parágrafo único, e 121, do CPC. 2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e em lhe dar provimento, nos termos do voto do Min. Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 29 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de

recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com base no art. 105, III, *a*, da Lei Maior, em face da decisão unânime proferida pela E. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que em conflito negativo de competência, procedeu ao julgamento sem antes ouvir o Ministério Público.

Alega o recorrente negativa de vigência aos arts. 116, § 5º, do CPP, 116, parágrafo único, e 121, do CPC, porque obrigatória a intervenção do MP em todos os conflitos de competência.

Admitido o seguimento, vieram os autos a esta Superior Instância onde a douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, conforme se vê dos presentes autos que contém o conflito de competência referido, tal foi submetido à apreciação da E. Câmara Criminal aos 19 de fevereiro de 1993, e que na mesma data mereceu despacho, do eminente Des. Relator, solicitando data para julgamento (fls. 52).

O julgamento seguiu-se sem que nenhum outro ato intervesse, o que aconteceu em data de 18 de março do mesmo ano (fls. 56).

Desta forma, sem adentrar a questões do mérito, resolvidas pela v. decisão, pretende o presente recurso que a E. Câmara feriu lei federal.

Dos textos pretendidos feridos pela v. decisão que não ouviu o MP, temos, primeiramente, o art. 116, § 5º, do CPP. Diz ele:

“Art. 116. Os Juízes e Tribunais, sob a forma de representação, e a parte interessada, sob a de requerimento, darão parte escrita e circunstanciada do conflito, perante o tribunal competente, expondo os fundamentos e juntando os documentos comprobatórios.

.....
§ 5º — *Recebidas as informações, e depois de ouvido o Procurador-Geral, o conflito será decidido na primeira sessão, salvo se a instrução do feito depender de diligência”.*

No mesmo sentido os arts. 116, parágrafo único, e 121, ambos do

Código de Processo Civil. Vejamos, cada um de per si.

“Art. 116. O conflito pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo Juiz.

Parágrafo único — O Ministério Público será ouvido em todos os conflitos de competência; mas terá qualidade de parte naqueles que suscitar”.

E,

“Art. 121. Decorrido o prazo, com informações ou sem elas, será ouvido, em cinco (5) dias, o Ministério Público; em seguida apresentará o conflito em sessão de julgamento”.

Conforme se verifica, às fls. 40 dos autos, há uma manifestação do MP, a qual antecede à própria instauração do conflito, e como bem salienta o ora recorrente, foi preferida por Órgão de 1º grau, que não tem o condão de tornar indispensável a intervenção do Procurador de Justiça.

Temos assim que o v. acórdão deixou de observar as regras processuais no pertinente aos conflitos de competência, pelo que conheço do recurso e dou-lhe provimento para cassar a v. decisão recorrida, por vício de forma, imposta pelas leis federais, nestes autos, contrariadas, e determinar que se proceda de acordo com os mandamentos por elas estabelecidas.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.274-1 — DF — (93.0017678-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Flaquer Scartezzini. Recte.:

Ministério Público do Distrito Federal. Recdo.: Marcos Moreira. Advogada: Dra. Maria Graci Dias Silveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do

Min. Relator (em 29.09.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.334-9 — SP

(Registro nº 93.0017826-1)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Alexandre Beldi Netto*

Recorridos: *Wilhem Cossermelli e outros*

Advogados: *Drs. Luiz Rozatti e outros, Francisco Luiz Maccire e outros*

EMENTA: Sociedade anônima. Responsabilidade de administradores. Prescrição. 1. O termo *a quo* do prazo prescricional, para apurar a responsabilidade de administradores, a pedido de acionistas, é a “data da publicação da ata que aprovar o balanço referente ao exercício em que a violação tenha ocorrido” (Lei 6.404/76 — art. 287, II, b, 2). Não releva o momento em que o acionista tenha tido conhecimento do fato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial.

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

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: ALEXANDRE BELDI, sócio de determinada sociedade, ajuizou ação contra WILHEM COS-SERMELLI e outros, administradores daquela, pleiteando ressarcimento de perdas e danos que teriam decorrido da gestão dos réus.

Acolheu a sentença a alegação de prescrição, fundada no art. 287, II, b, da Lei 6.404/76.

Não provida a apelação e rejeitado o pedido de declaração, o autor manifestou recursos extraordinário e especial. Neste, alegou cerceamento de defesa, frustrada a produção de prova oral, desatendido, portanto, o disposto nos arts. 125, I, 126, 130, 131, 282, 296, 330, 333, I, do CPC. Acrescentou, ainda, que violados os arts. 287, II, B, nº 2, e 288 da Lei 6.404/76. Afirma que se equivocou o acórdão recorrido no que se refere ao termo *a quo* para o cômputo do prazo prescricional.

Prosseguindo, apontou afronta aos arts. 118, 169, 170, I, e 172, II, do Código Civil, por não reconhecer a interrupção da prescrição. Afir-mou existir divergência, no que concerne ao reconhecimento do direito do autor de produzir prova oral, quando insuficiente a documental.

Recurso admitido pela letra *a* do permissivo constitucional.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Afirma-se que ocorreu cerceamento de defesa, im-

pedindo-se o recorrente de provar que não tivera conhecimento do fato de que decorreria o direito, que pretende ver reconhecido, se não muito após a data tida como a correta pela sentença, confirmada no julgamento de segundo grau.

Creio suficientemente demonstrado que desnecessárias outras provas, em vista daquelas de natureza documental trazidas para os autos. De qualquer sorte, entretanto, a questão se me afigura destituída de relevo. Com efeito, malgrado a respeitável opinião consignada no parecer que se juntou aos autos, não importava a data em que o recorrente houvesse tomado conhecimento da prática do ato de que se cuida nos autos. O termo inicial do prazo de prescrição é o fixado em lei, ou seja, a “data da publicação da ata que aprovar o balanço referente ao exercício em que a violação tenha ocorrido”. Cumpre ao interessado diligenciar para obter maiores esclarecimentos, e tomar, se o caso, medidas tendentes à interrupção da prescrição.

Em nosso direito, quando a lei pretende que o termo *a quo* seja o da ciência do fato, di-lo expressamente. Assim, o artigo 178 do Código Civil, em seus §§ 4º, I e II, 6º, I e II, e 7º, V. As hipóteses são excepcionais, pela insegurança que tais disposições podem acarretar para a estabilidade das relações.

Sustenta-se, mais, que incidiria, no caso, o disposto no artigo 288 da Lei nº 6.404/76. O fato que teria dado origem à ação não tem caráter criminoso. Poderá tê-lo a sonegação de elementos aos acionistas, que não é, entretanto, a causa de pedir.

Esta consiste, basicamente, na perda de importante cliente, atribuída ao comportamento dos réus. Não se vislumbra, aí, a realização fática de qualquer figura criminal.

Alega-se, por fim, interrupção do prazo prescricional. A matéria não foi prequestionada, dela não havendo cuidado o acórdão, o que inviabiliza o especial com tal fundamento.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.334-9 — SP —
(93.0017826-1) — Relator: Exmo.

Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Alexandre Beldi Netto. Advogados: Luiz Rozatti e outros. Recdos.: Wilhem Cossermelli e outros. Advogados: Francisco Luiz Maccire e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Francisco Luiz Maccieri, pelos recorridos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 14.09.93 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.383-7 — SP
(Registro nº 93.0018059-2)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Ubiratan Rodrigues Braga*

Recorrida: *Nossa Caixa — Nosso Banco S.A.*

Advogados: *Drs. Ubiratan Rodrigues Braga, e Adriana Pereira Barbosa e outros*

EMENTA: Processual civil. Embargos à arrematação. Defeito da intimação do executado, na fase de praxeamento dos bens. Nulidade da arrematação. 1. A arrematação, na execução, constitui o ato mais importante do processo, eis que é através dela que o devedor decai da propriedade de seu imóvel, mediante a alienação forçada. E como ato da maior valia (o da praça), o devedor deve ser intimado pessoalmente para ciência inequívoca do dia e hora de sua realização. 2. No conceito de intimação pessoal deve-se entender o que o devedor, para a intimação, há de ser procurado no local onde efetivamente reside e não em qualquer outro, para que se não configure uma ciência por intermediação de pessoa. 3. Recurso provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Garcia Vieira.

Brasília, 22 de setembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Trata-se de embargos à execução, em que UBIRATAN RODRIGUES BRAGA litiga com a Caixa Econômica de São Paulo, sobre alegar defeito irremediável na intimação, na fase da praça dos bens, desde que, tendo endereço certo e conhecido pela exequente, foi demandado no endereço do imóvel dado em hipoteca.

Julgados improcedentes, na primeira instância, a sentença foi confirmada, em grau de apelação.

É contra esta decisão que o vencido manifesta recurso especial, sob o pálio das letras *a* e *c* do admissivo constitucional.

Aduz que a decisão impugnada malferiu as regras constantes dos arts. 128, 459, 460, 467 e 475 do Código de Processo Civil, além de dissentir de julgados de outros Tribunais.

Deferido na origem, o recurso foi encaminhado a esta instância, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros:

Trata-se, na hipótese, de embargos à execução hipotecária, julgados improcedentes, na primeira instância, com a sentença confirmada, em grau de apelação, e em que o mutuário UBIRATAN RODRIGUES BRAGA litiga com a Caixa Econômica.

Manifesta, o vencido, recurso especial, sob o pálio das letras *a* e *c*, do admissivo constitucional. Alega, o recorrente, afronta, pelo *decisum*, aos arts. 128, 459 e 460, do Código de Processo Civil, além de desafeição aos arts. 247 e 148 do Diploma Processual, eis que, ali, ficou assentado “que o agente fiduciário só es-

tá obrigado a expedir comunicações ao endereço do imóvel”.

No pertinente à ofensa aos arts. 128, 459 e 460, 467 e 475, citados, frise-se, desde logo, que as matérias, ali consignadas, não foram discutidas e nem julgadas, no contexto do acórdão objurgado, e nem foram objeto de desate na fase dos embargos de esclarecimento, ausente, portanto, o requisito do prequestionamento.

Pela letra *c*, parece-me que, sem sombras de dúvidas, o decisório encontra-se em testilha com a jurisprudência desta Egrégia Corte e do antigo Tribunal Federal de Recursos, especialmente com aquele proferido na Apelação nº 105.597, assim ementado:

“Comprovado, nos autos, que tanto a financiadora da hipoteca como seu agente tinham prévio conhecimento da residência dos mutuários em local diverso do imóvel dado em garantia, são nulos os atos administrativos e judiciais tendentes a intimá-los no endereço deste”.

Em seu voto condutor, o Ministro AMÉRICO LUZ expendeu argumentos irrespondíveis, ao assentar:

“O cerne da questão reside no fato de que o ilustre juízo *a quo* na respeitável sentença ora atacada entende que:

“... estava o agente fiduciário APEMAT obrigado a expedir comunicações apenas ao endereço do imóvel financiado, não se vislumbrando, no caso, qualquer ilegalidade”.

Ora, o Decreto-Lei nº 70/66 não prevê a obrigação de expedir comunicações apenas no endereço do imóvel financiado. Ao contrário:

“Art. 31, § 1º — Recebida a comunicação a que se refere este artigo, o agente fiduciário, nos 10 (dez) dias subseqüentes, **comunicará ao devedor** que lhe é assegurado o prazo de 20 (vinte) dias para vir purgar o débito (grifo nosso)”.

Nota-se aí o intuito do legislador para que o devedor seja comunicado, não significando de forma alguma que a comunicação deva ser feita apenas no endereço do imóvel financiado, principalmente quando é sabido que os devedores lá não residem.

Aliás, o espírito do legislador não é e nem poderia ser outro. E está espelhado com grande clareza no parágrafo único do artigo 36 do Decreto-lei nº 70:

“Considera-se não escrita a cláusula contratual **que sob qualquer pretexto preveja condições que subtraiam ao devedor o conhecimento dos públicos leilões de imóvel hipotecado...**” (grifo nosso).

A Lei nº 5.741/71, por sua vez, reguladora da execução judicial dos imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação, prevê que a citação só será efetuada por edital se o executado e seu cônjuge se acharem fora da jurisdição da situação do imóvel (artigo 3º, § 2º).

A significar, pois, que se o devedor não estiver no endereço do imóvel financiado, mas residir na juris-

dição da situação do imóvel, deve ser citado pessoalmente.

Ora, o objetivo do legislador é bastante claro. O entendimento de que o Agente Fiduciário só está obrigado a expedir comunicações só no endereço do imóvel, principalmente não podendo alegar ignorância do endereço dos apelantes, não se coaduna com qualquer ordenamento jurídico vigente, principalmente o brasileiro, e implica inclusive em negar vigência aos artigos 247 e 248 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Aliás, a respeitável sentença atacada não tratou do questionamento acerca da vigência dos artigos 247 e 248 do Código de Processo Civil, constante do item 6 do pedido inicial (folha 3).

E, levantada a omissão nos Embargos de Declaração de fls. 186/188, o ilustre prolator permaneceu em silêncio”.

Procedentes, do mesmo modo, são as seguintes alegações dos apelantes (fls. 199):

“Ora, o artigo 15 da Resolução nº RD 8/70 anexa não trata exatamente como o ilustre magistrado entendeu e não deve ser analisado em separado, mas conjuntamente, em consonância com os demais artigos da RD 8/70 e com o ordenamento jurídico vigente.

Prevê o citado artigo 15 que se o devedor não for encontrado é que se fará a notificação por meio de edital. Mas, como já vimos, o artigo 13

determina que o devedor deve ser notificado para ciência da execução extrajudicial da dívida, onde será comunicado **obrigatoriamente** que tem o prazo de 20 (vinte) dias para purgar o débito em atraso.

Outrossim, a Caixa Econômica Federal, sabedora de que os apelantes residiam na Av. Paulista, 2.239, apto. 161, e não no imóvel financiado, ao promover os acordos com aquele endereço e ao emitir recibos naquele endereço, concordou tacitamente”.

A jurisprudência trazida à colação em Memorial que me foi enviado pela culta Advogada dos apelantes reporta decisão desta Egrégia Turma na AC nº 82.054-SP, de que fui Relator, acórdão publicado no DJ de 30.06.93. Disse eu ao votar naquela oportunidade:

“Pelo que até aqui foi dito, verifica-se que a ciência pessoal do devedor e do seu cônjuge da realização do leilão, é formalidade essencial para a execução extrajudicial, nos mesmos termos postos no § 3º do art. 687 do Código de Processo Civil, cuja inobservância acarreta a nulidade do ato jurídico processual.

Tratando-se de execução extrajudicial de hipoteca, há mister observância fiel da lei que regula o Sistema Financeiro da Habitação, bem como, da Regulamentação pertinente e em especial da RD nº 8/70, cujo art. 33 tenho por violado, acarretando a nulidade da execução extrajudicial e dos atos que lhe foram subseqüentes, por violação do art. 145, inciso IV, do Código Civil Bra-

sileiro, causando prejuízo aos devedores que não puderam utilizar-se da faculdade prevista no art. 42 e § 1º da RD nº 8/70”

“Esta Egrégia Corte sempre se pautou pela manifestação de nulidade do ato de arrematação quando haja inobservância a preceitos legais cogentes. Isto, quando se cuida de processo judicial. O mesmo rigor impõe-se, ou até maior, no procedimento executório extrajudicial. Vejam-se estes precedentes:

1) Agravo de Instrumento 38.808-RJ — “EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA — SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO — LEI Nº 5.741/71.

Admitindo o art. 8º, da Lei nº 5.741/71, específica à execução hipotecária, referente a imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, que o devedor possa remir o imóvel penhorado, até assinatura do auto de arrematação, nula é a praça realizada com inobservância da norma do art. 687, § 3º, do CPC, que exige seja o mesmo intimado pessoalmente para ciência do dia e hora e da realização do ato” (DJ de 10.08.1977, Relator Ministro JORGE LAFAYETTE GUIMARÃES; ...” (fls. 136/140).

Como se observa, a arrematação é o ato mais importante da execução, porque é através dela que o devedor decai da propriedade de seu imóvel. Dá-se, aí, a alienação forçada. E como ato da maior valia, o devedor deve ser intimado pessoalmente para ciência do dia e hora de sua realização. E deve ser intimado

no local em que reside, e não em outro, porquanto, se assim não fosse, a intimação deixaria de ser pessoal, para configurar-se como uma ciência feita por intermediação de pessoa.

Conheço do recurso pela letra c e dou-lhe provimento, para anular a arrematação, na forma do pedido.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.383-7 — SP —
(93.0018059-2) — Relator: Exmo.

Sr. Min. Demócrito Reinaldo. Rec-
te.: Ubiratan Rodrigues Braga. Ad-
vogado: Ubiratan Rodrigues Braga.
Recda.: Nossa Caixa — Nosso Ban-
co S.A. Advogados: Adriana Pereira
Barbosa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimida-
de, deu provimento ao recurso, nos
termos do voto do Exmo. Sr. Minis-
tro-Relator (em 22.09.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os
Exmos. Srs. Ministros Gomes de
Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar
Rocha e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.413-2 — SP

(Registro nº 93.0018125-4)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Irene da Matta Pinelli*

Recorridos: *José Alberto Gonçalves da Silva e cônjuge*

Advogados: *Drs. Carlos Milton de Magalhães, e João Antônio Pereira
de Castro e outros*

EMENTA: Promessa de compra e venda. Ausência de outorga uxória. Nulidade, suscitada pela mulher, desacolhida. 1. Tratando-se de obrigação pessoal assumida pelo marido, caso não cumprida, resolver-se-á em perdas e danos. 2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos es-
tes autos, acordam os Srs. Ministros

da Terceira Turma do Superior Tri-
bunal de Justiça, na conformidade
dos votos e notas taquigráficas a se-

guir, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zeveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 13 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Cuida-se de ação ordinária, objetivando a anulação de compromisso de compra e venda de parte de terreno urbano, com a restituição do preço, devidamente corrigido — ajuizada pelos promitentes-compradores, Sebastião de Oliveira Pinelli, Irene da Matta Pinelli e Pinelli Materiais de Construção Ltda. — com base em que o negócio foi formalizado, com o recebimento do preço, sem a assinatura ou qualquer concordância da ora recorrente, Irene da Matta Pinelli.

O acórdão em apelação manteve a sentença, que julgara extinto o processo, quanto à autora Pinelli Materiais de Construção Ltda., e improcedente a ação quanto aos demais autores. Decidiu o aresto, no que interessa, que desnecessária a concordância da mulher, nos compromissos de compra e venda de imóveis, dada a sua natureza obrigacional, resolvendo-se em perdas e danos, na hipótese do não cumprimento da obrigação assumida.

Interposto recurso especial, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, sustentando-se negativa de vigência dos arts. 235, I, e 239 do Código Civil.

Recurso admitido e regularmente processado, na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): No recurso especial, a recorrente aponta negativa de vigência dos arts. 235, I, e 239, do Código Civil, defendendo, com base em doutrina, ser necessária a outorga uxória para a celebração de compromisso de compra e venda, pois trata-se de nova modalidade de direito real, acentuando que a solução das “perdas e danos” “poderá, eventualmente, comprometer a estabilidade econômica do lar”, e que “o direito dos recorridos não pode alcançar perdas e danos, mas tão-somente o direito de haver o que realmente dispenderam, corrigidos”.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal tive oportunidade, em mais de uma ocasião, de manifestar-me sobre o tema.

Reporto-me ao voto que proferi, na AC 7.717 (RDJTJDF nº 10, pág. 164), *verbis*:

“Fundou-se a ação em que a autora não teria aquiescido com a cessão, feita por seu marido, de promessa de compra e venda de imóveis embora da escritura constasse a sua presença, em realidade

não comparecera ao ato, tanto que não lançara sua assinatura. Pediu-se a anulação da cessão e das averbações feitas no Registro de Imóveis, assim como se reivindicou a posse do imóvel e pediu-se indenização pela legal ocupação. A sentença acolheu o pedido, salvo na parte em que pretende indenização.

Examino, em primeiro lugar, o recurso dos réus, pelas repercussões que podem advir para a apreciação dos demais apelos.

O primeiro ponto é o de se saber se a cessão de promessa de compra e venda de imóvel exige, para sua validade, o consentimento da mulher. Entendo que, para a cessão em si, não é indispensável dito consentimento. Com efeito, é sabido que a promessa de compra e venda gera direitos pessoais entre as partes. O mesmo ocorre com a cessão. Deste modo, não há necessidade de anuência da mulher.

Abstenho-me de maiores considerações próprias sobre o tema, permitindo substituir, as que poderia fazer, por pronunciamento do Sr. Ministro Moreira Alves, adotado pelo Supremo Tribunal Federal e que, com a clareza peculiar a esse magistrado, elucida por completo a questão. É o seguinte o voto que se encontra publicado na RTJ 77/602:

“1. Como o eminente Relator, conheço do recurso, mas ao contrário de S. Exa., e com sua vênua, dou-lhe provimento integral, para julgar improcedentes as ações cumuladas (ordinária de anulação de compromi-

so de venda e compra e reintegração de posse com perdas e danos), condenada a autora, ora recorrida, nas custas e em honorários de advogado que fixo em 10% do valor atribuído à causa.

2. A promessa de compra e venda, por gerar apenas obrigação de fazer, não exige, para sua validade ou para sua eficácia, a outorga da mulher do promitente-vendedor. Sendo necessária essa outorga apenas para a transmissão da propriedade ou a constituição do direito real — o que, no caso, não ocorre, pois não foi ela inscrita no Registro de Imóveis — pode o marido celebrar o compromisso sem ela, e, celebrado este, fica o marido obrigado a cumpri-lo, o que implica dizer que o compromisso é eficaz, pois gera a obrigação de fazer que é o seu objeto. O marido, nessa hipótese, assume, *proprio nomine*, a obrigação de realizar ato seu, bem como de obter fato de terceiro (a outorga uxória, que é indispensável para o negócio jurídico definitivo que é a venda do imóvel). Assim, se não conseguir obter essa outorga, não poderá cumprir as obrigações decorrentes do compromisso, razão por que responderá por perdas e danos, nos termos do artigo 929 do Código Civil.

Carvalho Santos (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XV, pág. 180 e segs.), ao comentar o artigo 1.088 do Código Civil, sustenta amplamente essa tese, que já era a de Costa Manso e de Orozimbo Nonato. Costa Manso a expunha, nesta síntese lapidar:

“Pela mesma razão, não era necessária a outorga da mulher do vendedor. O compromisso de compra e venda constitui uma obrigação de fazer (Casos Julgados, pág. 100). Sendo casado o vendedor, a promessa de vender compreende virtualmente a de obter oportunamente a outorga da mulher. Não a conseguindo, responderá pela inexecução. A promessa de fato de terceiro, como se vê do art. 929 do Código Civil, em plena harmonia com o direito anterior (Carvalho de Mendonça, Obrigações, nº 221), sujeita o promitente em falta às competentes indenizações” (*apud* Carvalho Santos, ob. cit., *ibidem*)”.

A mulher, no caso é terceiro, e o compromisso não é oponível a ela em virtude de se tratar de *res inter alios acta*.

3. Válida e eficaz a promessa de compra e venda sem a outorga uxória, há que se julgar improcedente a ação de anulação do compromisso, por falta dessa outorga.

4. Dessa improcedência decorre a improcedência da reintegração de posse e das perdas e danos em favor da autora ora recorrida, bem como da restituição, neste feito, do sinal dado pelos ora recorrentes.

Perdas e danos e restituição do sinal poderão ser objeto de ação que, porventura, resulte do não cumprimento do compromisso, pela não obtenção, por parte do marido, do fato de terceiro (a outorga de sua esposa).

E a reintegração de posse requerida pela mulher não procede, por-

que, casada ela no regime da comunhão universal de bens, e sendo o imóvel bem comum do casal, a administração dele cabe ao marido. Entre os poderes do administrador se encontra o de, onerosa ou gratuitamente, constituir terceiro como possuidor direto. No caso, a posse decorreu do compromisso firmado pelo marido, que é o administrador do imóvel, não havendo, portanto, esbulho em face do casal”.

Fundado neste entendimento, considero que não havia como acolher o pedido de anulação de cessação”.

Assim, correto o acórdão recorrido, que entendeu desnecessária, no caso, a outorga uxória, tratando-se de obrigação pessoal assumida pelo marido, que se resolve com perdas e danos.

No mesmo sentido, a jurisprudência de ambas as Turmas e do Plenário do Supremo Tribunal (ERE 72.176, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 86/498; RE 95.506, 1ª Turma, Rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 105/419 e RE 105.374, 1ª Turma, Rel. Min. Octávio Gallotti, RTJ 115/400; RE 86.486, 2ª Turma, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ 87/596).

Em suma. É válida a obrigação assumida pelo marido. A falta de comparecimento da mulher por certo que lhe diminui a eficácia, não ensejando se postule a execução da promessa. Isso, entretanto, é coisa diversa de que aqui não se cuida. Nulidade não existe.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.413-2 — SP — (93.0018125-4) — Relator: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Irene da Matta Pinelli. Advogado: Carlos Milton de Magalhães. Recdos.: José Alberto Gonçalves da Silva e cônjuge. Advogados: João Antônio Pereira de Castro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 13.09.93 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.663-1 — RS (Registro nº 93.0018753-8)

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

Recorrente: *Adubos Trevo S/A Grupo Luxma*

Advogados: *Dr. Antônio Carlos Garcia de Souza e outros*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Procuradores: *Dr. César Saldanha Souza Júnior e outros*

EMENTA: Recurso especial. Conhecimento. Aplicação do direito à espécie (Súmula nº 456 — STF e RISTJ, art. 257). Amplitude. 1. Caracterizado o dissenso entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado, quanto à natureza da isenção, impõe-se, na espécie, o conhecimento do recurso, aplicando-se o direito à espécie. 2. No contexto assinalado, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais. 3. Recurso especial de que se conhece, a fim de se julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC, artigo 267, VI).

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na con-

formidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso, a fim de julgar extinto o processo sem julgamento do mérito, CPC, art. 267, inciso VI, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Brasília, 18 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial interposto por ADUBOS TREVO S/A GRUPO LUXMA, com arrimo no art. 105, inciso III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, contra o acórdão da 2ª Turma, do Egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região (fls. 153), integrado pelo proferido nos embargos declaratórios interpostos, assim ementados:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AFRMM. DL 2.404/87 E 2.414/88. RECEPÇÃO PELA CARTA DE 1988. CUMULATIVIDADE COM O ICMS. INOCORRÊNCIA. MERCADORIA IMPORTADA SOB O ACORDO INTERNACIONAL NORMATIVO. ISENÇÃO. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. É constitucional a contribuição do AFRMM, por recepcionada pela Carta de 1988, não se verificar cumulatividade com o ICMS.

2. Inexiste isenção na importação de mercadoria sob a égide de acordo internacional normativo, eis que

não satisfeitos os pressupostos dos Decretos-Leis 2.404/87 e 2.414/88.

3. Apelo improvido”.

Sustenta a recorrente que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 5º, V, *c*, do DL nº 2.404/87, com a redação dada pelo art. 1º do DL nº 2.414/88, e ao art. 179 do Código Tributário Nacional (CTN) e, ainda, alega dissídio jurisprudencial.

Contra-arrazoado (fls. 191-213) o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 234), subiu a esta Corte, onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): O acórdão recorrido, confirmatório da sentença, denegou a segurança impetrada pela recorrente contra a cobrança do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) sobre o frete relativo ao transporte marítimo internacional de mercadoria que importou do exterior.

Nesse sentido, quanto ao aspecto infraconstitucional, aduziu (fls. 150-151):

“Ocorre que a hipótese de isenção estatuída pelo Decreto-Lei nº 2.404/87 (artigo 5º, V, *c*) incide apenas na importação de mercadorias derivadas de ato internacional firmado pelo Brasil. Isso significa que

o ato internacional previsto pela norma isentiva é aquele que tem por objeto a importação de mercadorias, ato internacional de natureza contratual, portanto.

Acordos normativos (de que são exemplos os supracitados) não são, portanto, suporte fático concreto suficiente para a incidência da norma isentiva invocada na ação. Tal se dá porque destes tipos de acordos não decorrem efeitos diretos. Para que se produzam tais conseqüências, mister outro compromisso internacional, no qual efetivamente importem-se mercadorias. Só aí incidirá a isenção pleiteada. A importação oriunda de países com quem o Brasil mantém acordo normativo, por si só, não provoca a incidência da norma. Só os produzirá a importação gerada a partir de ato internacional contratual. É a exegese que se faz do artigo 5º, V, c. Assim, só haverá incidência da norma isentiva em se demonstrando que a mercadoria foi importada em virtude do ato internacional ou se importada, diante de acordos normativos, nas condições destes.

Nem é caso de argumentar-se com o artigo 98 do CTN. Este dispositivo, como já decidiu o STF (RTJ 83/809), aplica-se aos acordos e tratados contratuais, pena de revelar-se inconstitucional, pois seria limitação infraconstitucional ao Poder Legislativo.

Na espécie, o pedido de isenção funda-se na circunstância de que a importação procede de nação com quem o Brasil possui acordo normativo.

Como demonstrado, tal situação, de per si, não faz incidir a norma invocada, que estabelece a isenção pleiteada”.

Ao assim decidir, dissenteu, sem dúvida, do aresto do TRF — 4ª Região (AMS 89.02.13698-1), cujo voto-conductor argumentou (fls. 177-178):

“Na esteira do que tenho entendido nesta E. Turma no concernente à matéria, imperioso reconhecer-se, que, na hipótese, a isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante — AFRMM pleiteada pela empresa impetrante está expressamente prevista no artigo 5º, V, do Decreto-Lei nº 2.404, de 1987, modificado pelo Decreto-Lei nº 2.414/88, que internalizaram acordos internacionais. Convém lembrar, nesse passo, a prevalência das normas de Direito Internacional sobre as de direito interno (CTN, artigo 98). Além do mais, a isenção que ora se pleiteia neste *writ*, não se discute, é de natureza geral, e portanto sujeita à disciplina do artigo 179, do CTN.

E, como ensina Aliomar Baleeiro, o artigo 179 do CTN, como anteriormente já o fizera a jurisprudência, distingue entre as isenções de caráter geral e as de caráter especial. As isenções de caráter geral têm eficácia imediata, independentemente de qualquer verificação prévia de situação de fato. Este é o caso dos autos, iniludivelmente.

Por todas estas razões, dou provimento ao apelo da impetrante para, reformando a sentença do eminente Magistrado *a quo*, conceder a segurança tal como pleiteada”.

E conhecendo do recurso, devo julgar a causa, aplicando o direito à espécie (RISTJ, artigo 257; Súmula nº 456 do STF).

Creio que, para aplicar o direito à espécie, a decisão, em princípio, deve ficar adstrita à questão federal controvertida.

Acontece, porém, que no caso há peculiaridade: julgar a questão federal implica julgar o mérito da controvérsia, com a concessão ou denegação da segurança. Ocorre que, para proferir decisão de mérito, é indispensável que tenham sido observados os pressupostos processuais e as condições da ação (CPC, artigo 267, IV e VI), temas esses que o Juiz poderá conhecer de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito (CPC, artigo 267, § 3º).

Nesse contexto, parece-me que a regra é a de que, ao conhecer do recurso especial, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada. Todavia, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode conhecer, de ofício, das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais.

No caso, esta Corte vem, reiteradamente, decidindo que:

“Compete ao Ministério das Relações Exteriores examinar pedido de reconhecimento de isenção do AFRMM (Decreto-Lei nº 2.404, de 12.02.87, com a redação do Decreto-Lei nº 2.414, de 12.02.88). Por isso, quanto à matéria, deve figurar, no pólo passivo da ação de segurança, a autoridade do referido Ministério e não representante da extinta SU-

NAMAM (REsp nº 33.142-4-SP (93.0007318-4) — Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Julg. em 23.06.93. Publ. DJ de 02.08.93, pág. 14.236)”.

No voto que proferi no citado precedente, aduzi, quanto à ilegitimidade *ad causam* da autoridade coatora:

“A recorrida impetrou segurança contra ato do Representante da extinta Superintendência Nacional da Marinha Mercante — SUNAMAM, objetivando eximir-se do pagamento do AFRMM por ocasião do desembarço aduaneiro de mercadorias importadas ao abrigo de Acordo Internacional.

O acórdão do Egrégio Tribunal *a quo*, por maioria, rejeitou a preliminar de ilegitimidade *ad causam* da autoridade coatora e, no mérito, deu provimento à apelação, a fim de conceder a segurança.

Daí o presente recurso especial, com fundamento nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, interposto pela União Federal, sob a alegação de que o acórdão recorrido, ao afastar a preliminar, negou vigência ao artigo 5º, inciso V, letra *c*, parte final, do Decreto-Lei nº 2.404, de 1987, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 2.414, de 1988.

No contexto dos autos afigura-se-me que o aresto recorrido, ao entender que a segurança foi bem endereçada, negou vigência ao dispositivo legal colacionado na petição re-

curisal e dissentiu de julgados de outros Tribunais quanto à sua interpretação.

A propósito do assunto, em brilhante voto-vista que proferiu nos autos que, neste Tribunal, consubstanciaram o REsp nº 33.117-SP, o Dr. Sebastião de Oliveira Lima bem elucidou a matéria, aduzindo:

“Ao cuidar do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, assim estatuiu o Decreto-Lei nº 2.404/87, com a redação do Decreto-Lei nº 2.414/88:

“Art. 5º — Ficam isentas do pagamento do AFRMM as cargas:

.....

V — de mercadorias.

.....

c) importadas em decorrência de atos internacionais firmados pelo Brasil, sendo, neste caso, o pedido de isenção encaminhado através do Ministério das Relações Exteriores,”

Essa obrigatoriedade da passagem do pedido isencional pela Chancelaria brasileira tem sua razão de ser. É que o benefício fiscal é concedido com obediência ao princípio da reciprocidade, isto é, concede-se a isenção à mercadoria de país que também conceda igual favor ao produto brasileiro. É quem melhor para dizer da existência de tratado prevendo tal reciprocidade do que o Ministério das Relações Exteriores?

Entretanto, essa providência é demorada e os importadores, sentindo o custo que tal demora represen-

tava nas taxas de armazenagem, além do atraso na liberação da mercadoria importada, resolveram, de vontade própria, alterar o procedimento. Ao invés de encaminharem seus pedidos de isenção através do Ministério das Relações Exteriores, preferiram passar-lhe “telex” solicitando o seu pronunciamento e dirigindo seus requerimentos diretamente à autoridade local da SUNAMAM, competente para exigir a exação.

Ora, essa autoridade, aqui apontada como coatora, não pode atender à pretensão do importador, eis que, ao pedido, falta a satisfação de uma condição essencial que é a manifestação do Ministério das Relações Exteriores, atestando a existência de ato internacional prevenido a concessão do benefício.

A impetrante não se rebelou contra essa exigência, inquinando-a de arbitrária, ilegal ou inconstitucional. Diz, apenas, que a demora da Chancelaria em executar a tarefa que lhe cabe torna inviável a utilização do benefício isencional.

Essa exposição demonstra, parece-me que à saciedade, que a inconformidade da importadora não é contra a exigência do atendimento dessa pré-condição, que é legítima por ser prevista em lei não questionada por inconstitucionalidade, mas sim contra a demora do Ministério das Relações Exteriores em cumprir a sua parte.

É, pois, da evidência de todas as luzes ter a impetrante eleito mal a autoridade requerida. Esta não po-

de dispensar exigência estabelecida pela lei e nem pode abreviar a realização de ato que deve ser praticado por autoridade que lhe é estranha. O importador deveria, isto sim, ter impetrado sua segurança contra a autoridade do Ministério das Relações Exteriores para obrigá-la a praticar, no tempo oportuno, ato que a lei lhe confiou”.

“Nesse sentido, os precedentes desta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ISENÇÃO DO AFRMM. DL 2.404/87. AUSÊNCIA, NO PÓLO PASSIVO, DO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*.

I — O reconhecimento da isenção do AFRMM, de que trata o artigo 5º, V, c, do Decreto-Lei nº 2.404, de 12.02.87, com a nova redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.414, de 12.02.88, depende de pedido formulado ao Ministério das Relações Exteriores, cuja omissão não pode ser corrigida pela presença de qualquer outro órgão.

II — Não tendo sido o *writ* lançado contra autoridade do Ministério das Relações Exteriores, verifica-se a ausência, no pólo passivo, de quem tem legitimidade para a causa.

III — Recurso conhecido e provido” (REsp nº 31.195-4-SP, Rel. Min. Cesar Rocha, Julg. 31.03.93, 1ª Turma).

“TRIBUTÁRIO — PROCESSO CIVIL — ADICIONAL AO FRETE PARA RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE — ISENÇÃO — DL 2.404/87 (ARTIGO 5º, V, C) — CTN (ARTIGO 179) — MANDADO DE SEGURANÇA — AUTORIDADE COATORA.

1. O DL nº 2.414/88, quando inseriu no art. 5º, V, c, do DL 2.404/87, outorga de competência ao Ministério das Relações Exteriores para apreciar pedidos de isenções de pagamento do AFRMM não invadida seara reservada à lei complementar. Tampouco entrou em conflito com o artigo 179 do CTN.

2. Se órgão competente do Ministério das Relações Exteriores não decidiu pedido de isenção do AFRMM, contra sua omissão é que se dirigirá o mandado de segurança (REsp nº 31.240-5-SP, Rel. Min. Gomes de Barros, julg. 29.03.93, 1ª Turma).

“Tributário — Mandado de segurança — Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) — Isenção — Dec.-Lei nº 2.404/87 e Dec.-Lei nº 2.414/88 — Arts. 96 e 179 e § 2º, CTN — Processual Civil — Ilegitimidade da autoridade coatora impetrada — Legitimidade da autoridade do Ministério das Relações Exteriores — Carência de ação (artigo 267, VI, CPC) — Extinção do processo.

1. A isenção da AFRMM é verificada caso por caso, dependente de prévia análise pelo Ministério das Relações Exteriores (ato-condição),

certificando que as mercadorias estão incluídas nos tratados internacionais firmados pelo Brasil. Pois torna-se imprescindível essa identificação, base material para a pretendida isenção (Dec.-Lei 2.414, artigo 5º, V, c).

2. A autoridade fiscal, na sua atividade administrativa, não pode fugir a esse ato-condição, devendo cumprir as exigências e requisitos legais para a existência e validade do ato administrativo consubstanciador da isenção.

3. Quando a autoridade impetra, caso ocorrente, é parte ilegítima, o autor carece do direito de ação, declarando-se nulo o julgado hostilizado, com a extinção do processo (artigo 267, VI, CPC).

4. Recurso improvido" (REsp nº 26.321-2-PE, Rel. Sr. Min. Milton Luiz Pereira, Julg. 29.03.93, 1ª Turma).

"RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE — ADICIONAL AO FRETE — CONTRIBUIÇÃO — FATO GERADOR.

O Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante é contribuição e não imposto.

Seu fato gerador não coincide com o do ICMS.

Recurso provido" (REsp nº 33.144-8-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, Julg. 05.05.93, 1ª Turma).

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento a fim de julgar extinto o processo (CPC artigo 267, VI) e, em consequência, cassar a segurança.

Isto posto, em face dos fundamentos expostos, e em conclusão, conheço do recurso, a fim de julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC, artigo 267, VI).

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.663-1 — RS — (93.0018753-8) — Relator: Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Aduos Trevo S/A Grupo Luxma. Advogados: Antônio Carlos Garcia de Souza e outros. Recda.: Fazenda Nacional. Procs.: Cezar Saldanha Souza Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, a fim de julgar extinto o processo sem julgamento do mérito, CPC, art. 267, inciso VI (em 18.10.93 — 2ª Turma).

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

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

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

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *João Pereira de Carvalho*

Recorrido: *Raimundo de Sousa Filho*

Advogados: *Drs. João José Machado de Carvalho, e Baltazar de Souza Lima*

EMENTA: Processo Civil. Sentença. Motivação. 1. É nula a sentença que não procede à análise das questões de fato indispensáveis ao deslinde da causa. Interpretação dos arts. 131 e 458, II, do CPC. 2. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso especial e em lhe dar provimento, para anular o processo a partir da sentença. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Brasília, 28 de setembro de 1993
(data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: A espécie foi assim su-

mariada no r. despacho de fls. 121/122, do ilustre Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão:

“João Pereira de Carvalho, com respaldo no art. 105, III, letra a, da Constituição Federal, interpõe recurso especial, para ver reformado o Acórdão 13.701/92, da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado que, apreciando a Apelação Cível nº 4.140/90 — Porto Franco, por votação unânime, negou-lhe provimento para manter a decisão monocrática, pela qual foi julgada procedente a ação de indenização proposta pelo recorrido.

Fazendo um resumo dos fatos ocorridos, em consequência dos quais Raimundo de Sousa Filho quebrou sua mão por ocasião de uma vacinação de gado, diz o recorrente que a decisão atacada contrariou os incisos II e III do art. 458 do Código de Processo Civil, pois não

está fundamentada, e deixou de ser apreciada a alegação de carência de direito de ação.

Violado também o art. 515 do mesmo diploma legal, visto que o Tribunal não tomou conhecimento da matéria impugnada.

Continuando, afirma terem sido, ainda, ofendidos com a decisão que pretende reformar os artigos 20, 36, 37, 131, 165 e 128, do referido Código de Processo.

Intimidado, o recorrido deixou de apresentar suas contra-razões ao recurso.”

Negativo o juízo de admissibilidade na origem, subiram os autos, por força de provimento a agravo de instrumento, em sede de retratação.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Conquanto não observem a melhor técnica, as razões recursais permitem a compreensão da controvérsia, apresentando-se viável o exame da insurgência no que diz com a alegação de contrariedade aos arts. 131, 458, II e III, e 515, do Código de Processo Civil, patenteada, quanto ao mais, a falta de prequestionamento.

A circunstância de o acórdão, reconhecendo o lapso da sentença, que deixou de apreciar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, ter decidido sobre esta, arredando-a, não implicou afronta ao art. 515 do CPC, guardando, antes, inteira con-

formidade com o disposto no § 1º deste artigo, tanto mais que se trata de matéria apreciável, inclusive, de ofício.

Assiste razão, porém, ao recorrente, quando afirma violados os arts. 131 e 458, II, do CPC. A sentença, em verdade, apresenta-se carente de motivação, não tendo procedido à análise de questões de fato indispensáveis ao deslinde da causa, avultando a atinente ao nexo de causalidade.

Não se cuida aqui, é bem de ver, de resolver a prova, tarefa não condizente com o recurso especial (Súmula nº 07/STJ), mas de valorá-la.

Com efeito, os documentos a que a sentença emprestou relevo servem apenas a provar o tratamento médico a que submeteu o autor, sendo certo que, em relação ao fato de que resultou a pretensão indenizatória, cinge-se a sentença a dizer que “é evidente o coice que levou do animal”, sem declinar os motivos do convencimento.

Tais as circunstâncias, Senhor Presidente, conheço do recurso e lhedo provimento, para cassar o acórdão e anular a sentença, devendo outra ser proferida, como for de direito. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.527-4 — MA — (93.0021746-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Costa Leite. Recte.: João Pereira de Carvalho. Advogado: João José Machado de Carvalho.

Recdo.: Raimundo de Sousa Filho.
Advogado: Baltazar de Souza Lima.
Sustentou, oralmente, o Dr. João José Machado de Carvalho, pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu o recurso especial e deu-lhe provimento, para anular o

processo a partir da sentença (em 28.09.93 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.539-8 — PR

(Registro nº 93.0021824-7)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Banco Sogeral S/A*

Recorrida: *Placas do Paraná S/A*

Advogados: *Antônio Carlos Muniz e outros, e Amilton Ferreira da Silva*

EMENTA: Processual Civil. Ação Cautelar. Preparatória de Ação Declaratória. Deflator. Retenção. Capacidade financeira da requerida. Sem o pressuposto do perigo da demora da prestação jurisdicional definitiva, ante a capacidade financeira da requerida, assecuratória do cumprimento de eventual condenação, em ação subsequente à declaratória que se pretende intentar, não há lugar para o deferimento liminar de cautela, consistente em determinação para que a instituição bancária requerida deposite em outro banco a importância correspondente à incidência do deflator no vencimento de aplicação financeira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em dar pro-

vimento ao recurso especial. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Srs. Ministros Torreão Braz e Barros Monteiro. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, e, justificadamente, o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Brasília, 13 de setembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, recorre o Banco Sogeral S/A de acórdão proferido pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná que deu parcial provimento a agravo de instrumento interposto de decisão que concedeu liminar em medida cautelar inominada, “determinando o depósito dos valores deflacionados pela “tablita” sob pena pecuniária diária de Cr\$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros), sendo a ora recorrida Placas do Paraná S/A.

Sustenta a recorrente ter o acórdão negado vigência aos arts. 798, 801, IV, e 822, do Código de Processo Civil, e art. 27 da Lei 8.177, de 01/03/91, e divergido de julgados de outros Tribunais.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Propondo-se a intentar ação declaratória, *ver-*

bis: “para verificar o verdadeiro relacionamento jurídico entre as partes”, a empresa recorrida ingressou com ação cautelar de modo a que os valores retidos pela instituição recorrente, ao aplicar o deflator em aplicação financeira — CDB, fossem depositados em caderneta de poupança, na Caixa Econômica Federal, em nome da requerente e à disposição do juízo.

Deferida, liminarmente, a cautela, agravou o Banco que ora recorre, tendo sido seu agravo desprovido pelo acórdão aqui atacado por este recurso especial, que examino.

Descarto, de logo, a arguição de contrariedade ao art. 27 da Lei 8.177, de 31 de março de 1991, porquanto dela não cogitou o acórdão, até porque se constitui a sua aplicação em questão de mérito da ação que se pretende propor.

Em realidade não se apresenta cabível medida cautelar, sob invocação do art. 798 do Código de Processo Civil, quando já se teria consumado a alegada lesão, dado que o poder cautelar do Juiz se dirige a evitar que uma parte cause lesão ao direito da outra antes do julgamento da lide, pois seu pressuposto é o receio de que a lesão venha a ser causada.

O art. 801, ao ditar as exigências da petição inicial de medida cautelar, destaca, em seu item IV, o caráter premonitório, ao determinar que se faça exposição sumária “do direito ameaçado e o receio de lesão”.

Aqui, como visto, já ocorrera a retenção do valor correspondente ao

deflator, não se constituindo mais em direito ameaçado e nem evidenciado o receio da lesão que, se ocorrente, já se consumara.

De outro lado, é evidente que a instituição recorrente, por sua capacidade financeira, bem poderia continuar de posse das importâncias deduzidas, por força da aplicação do deflator, sem causar lesão alguma à empresa requerente, detentora que é a instituição financeira de recursos para suportar eventual condenação a devolver o valor retido, com a devida atualização e os rendimentos correspondentes, o que afasta o pressuposto essencial do perigo da demora da solução da causa.

Ainda, de outro ângulo, a medida cautelar requerida se apresentaria incompatível com a natureza declaratória da ação que a requerente se propusera ajuizar, sem caráter condenatório que, eventualmente, necessitasse acautelado.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, de modo a modificar o acór-

ção e dar provimento ao agravo de instrumento, para revogar a cautela, liminarmente deferida.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.539-8 — PR — (93.0021824-7) — Relator: Exmo. Sr. Min. Dias Trindade (convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93). Recte.: Banco Sogeral S/A. Advogado: Antônio Carlos Muniz e outros. Recda.: Placas do Paraná S/A. Advogado: Amilton Ferreira da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 13.09.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Barros Monteiro e Torreão Braz.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.687-4 — BA

(Registro nº 93.0022256-2)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrentes: *EMPEL Terraplanagem S/A e outro*

Recorrido: *Banco Itaú S/A*

Advogados: *Drs. Marcelo Duarte e outro, e Edilberto Ferraz Benjamin e outros*

EMENTA: Distribuição. Preparo. 1. Estabelecida a angulatura da relação processual não há mais aplicar o art. 257 do Código de Processo Civil, que diz com o cancelamento da distribuição. 2. Recurso especial atendido. 3. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Torreão Braz e Dias Trindade, convocados nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93.

Brasília, 11 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Em embargos

à execução a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia negou provimento à apelação, em acórdão ementado nos seguintes termos:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO. FALTA DE PREPARO. CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO.

Em se tratando de embargos à execução, a falta de preparo para o julgamento do feito, no prazo de 30 dias, independente da intimação do despacho que determinou o pagamento, acarreta a sua extinção com o cancelamento da distribuição, nos termos do art. 257 do CPC” (fl. 54).

Houve embargos declaratórios, que foram rejeitados (fls. 67/70).

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, alegando ofensa aos arts. 257 e 234, do Código de Processo Civil; 70 do Decreto nº 57.595/66;

Súmulas nºs 111 do Tribunal Federal de Recursos, e 150 do Supremo Tribunal Federal. Sustenta ser obrigatória a intimação para o preparo. Diz, outrossim, que ocorreu a prescrição (fls. 73/80).

Pelo despacho de fls. 91/92 foi o recurso admitido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Discute-se nos presentes autos a necessidade, ou não, da intimação para o pagamento do preparo, em embargos à execução.

O v. aresto orientou-se pela desnecessidade da intimação.

Esta Corte, é certo, já teve oportunidade, quando do julgamento do REsp nº 6.640, relatado pelo Ministro DIAS TRINDADE perante a Terceira Turma, de fixar entendimento na diretriz da Súmula nº 111, do extinto Tribunal Federal de Recursos, em cujo verbete se lê:

“Os embargos do devedor devem ser previamente preparados no prazo de trinta dias, contados da intimação do despacho que determinou o seu pagamento”.

Há, na espécie, contudo, circunstâncias que afastam o precedente: o recebimento dos embargos pelo Juiz (fl. 02) e a resposta do embargado (fls. 08/20). Em outras palavras: firmara-se a angularidade da relação processual.

A propósito do art. 257 do CPC, eis o que assevera Moniz de Aragão:

“... o texto não visa a regular o preparo, ou o prazo para ser feito, e sim o cancelamento da distribuição, no caso que enuncia; este é o seu único objetivo” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, pág. 335, 1ª ed., Forense, 1974).

É o que, sobre o tema, observa Hélio Tornaghi:

“O preparo, isto é, o pagamento dos primeiros atos do processo, terá de ser feito dentro de trinta dias, a contar daquele em que o feito deu entrada em cartório” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, Sarai-va, pág. 254).

De sua vez, Barbosa Moreira lembra, a respeito do despacho liminar,

“a lei claramente lhe dá conteúdo decisório...” (“O Novo Processo Civil Brasileiro”, vol. I/41, 2ª ed., Forense, Rio, 1976).

A decisão, portanto, afronta o direito federal.

A matéria pertinente à prescrição, nesta oportunidade não é passível de apreciação, porquanto as instâncias ordinárias apenas decidiram sobre o preparo dos embargos à execução.

Conheço do recurso, dou-lhe provimento para que afastada a preliminar do preparo o Juiz de primeiro grau processe e julgue a causa como entender de direito, sem prejuízo, no entanto, do valor do preparo.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho V. Exa., Sr. Presidente, quanto ao caso específico, em face da angularização da relação processual, a não justificar o cancelamento da distribuição por inobservância do artigo 257, seguindo-lhe também os passos no que diz respeito à desnecessidade da intimação.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, sempre entendi, quando era Juiz de Primeira Instância — e assim decidi muitas vezes — que não dependia de preparo. Ao se entrar com uma ação, sabe-se que se tem trinta dias para preparo.

O precedente a que V. Exa. se referiu, da Terceira Turma, tive que me cingir à Súmula nº 111 do Tribunal Federal de Recursos, que exigia a intimação para preparo.

Fazendo essa ressalva, de que tenho compromisso com a Súmula do Tribunal Federal de Recursos, que exige o preparo — mas, no caso dos autos, nem a isso se precisa chegar, porque V. Exa. demonstrou que já havia ultrapassado a fase do 257 — acompanho V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.687-4 — BA — (93.0022256-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Fontes de Alencar. Rectes.: EMPEL Terraplanagem S/A e outro. Advogados: Marcelo Duarte e outro. Recdo.: Banco Itaú S/A. Advogados: Edilberto Ferraz Benjamin e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 11.10.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.727-7 — RJ

(Registro nº 93.0022377-1)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Olegário Tavares Pereira*

Recorrido: *Heli Lopes*

Advogados: *Luiz Zveiter e outros, e Vanor Pereira da Rocha*

EMENTA: Comercial. Processual Civil. Coisa julgada. Ação de locupletamento. O trânsito em julgado de acórdão que desconstituiu título executivo cambial, por defeito formal, não tira ao portador a ação a que se refere o art. 48 da Lei Cambial, para a cobrança do débito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em dar provimento ao recurso especial. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Srs. Ministros Torreão Braz e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, e, justificadamente, o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Brasília, 13 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, recorre OLEGÁRIO TAVARES PEREIRA de acórdão proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que deu parcial provimento a recurso adesivo e às apelações interpostas em ação ordinária de cobrança, combinadas com perdas e danos, promovida contra HELI LOPES.

Sustenta o recorrente ter o acórdão negado vigência ao art. 467 do Código de Processo Civil, art. 48 do Decreto nº 2.044, de 31/12/1908, e art. 1º, § 2º, da Lei 6.899/81, ao determinar a exclusão da condenação do valor correspondente à nota promissória anulada e ao fixar a incidência de correção monetária a partir da sentença.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Ação de cobrança, em virtude de locupletamento indevido, julgada procedente, mas com condenação reduzida, pelo acórdão recorrido, para expungir valor de nota promissória que fora julgada nula pelo Supremo Tribunal Federal em outra ação, bem assim, para estabelecer como marco da correção monetária a data da sentença em ação declaratória antes ajuizada, a qual reconheceu a existência da relação da qual resultou a dívida em cobrança, pela via ordinária de conhecimento.

O recurso extraordinário, convertido em especial, está centrado em arguição de relevância sobre os dispositivos de lei mencionados no relatório.

Cuido, por primeiro, da alegada contrariedade ao art. 1º, § 2º, da Lei 6.899, de 09.04.81, para arrear o recurso, porquanto não se está diante de execução, mas de ação de conhecimento, de cobrança de dívida decorrente do reconhecimento, em ação declaratória de relação jurídica que a informaria. Ora, nesses casos, não se aplica o dispositivo invocado, senão o § 1º do mesmo artigo, ou seja, a correção monetária incidiria a partir do ajuizamento da ação de cobrança, não do ajuizamento da ação declaratória, de

modo que, deferindo o acórdão a correção a partir da sentença declaratória, já conferiu à parte ora recorrente mais do que devido, situação que não pode ser revista, por falta de recurso da outra parte.

Quanto à outra questão federal, cumpre, de início, examinar o acórdão do Supremo Tribunal Federal, de modo a ver se, em realidade, a declaração de nulidade da nota promissória em causa produziu coisa julgada, capaz de impedir a ação de locupletamento.

O que, em realidade, disse o acórdão do Supremo, que está nos autos, às fls. 54/70, é que a nota promissória em questão

“... não produziu efeito jurídico cambiário”.

No entanto, não atacou o negócio subjacente ou a eventual existência de dívida por ela representada, como explicitou o voto condutor, do saudoso Ministro FIRMINO DA PAZ, neste expressivo trecho:

“Nula, que seja, a promissória, os fatos — tratamento, criação e emissão do título — não produzem efeitos jurídicos cambiários. Não há dívida cambiária, não há direito subjetivo cambiário. Nem pretensão ou ação cambiária (grifos do original).

14. Acontece, porém, que os fatos tratamento negocial e emissão do título de crédito, quanto a correspondente entrega do valor do título ao devedor sofrem a incidência de regra jurídica, por exemplo, se se

trata de contrato de mútuo, incide o artigo 1.256 do Código Civil.

Desses factos jurídicos, irradiam-se direito subjetivo e dever jurídico de restituir ao mutuante o valor inscrito na nota promissória nula. Se inadimplente o devedor, mutuário, nasce ao credor a pretensão a que o devedor lhe preste, em devolução, o que recebera, do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Nula a promissória, incide outra, ou outras regras jurídicas incidem sobre os factos, que nulidade não extingue, desde que esses factos, nas regras jurídicas, estejam previstas" (fls. 68).

Daí se depreende, por conseguinte, que a nulidade diz com o caráter cambiário do título, não com o negócio jurídico de que emanou, possibilitando, assim, que este seja evidenciado, mediante a ação declaratória que, antes propôs o autor, persistindo, portanto, a sentença que reconheceu a existência da relação jurídica.

É caso típico de aplicação do art. 48 do Decreto 2.044, de 31 de dezembro de 1908 — Lei Cambial — a admitir a cobrança da dívida, pela via ordinária, em caso em que haja a desoneração da responsabilidade cambial, como aqui se verificou.

Ao afirmar que o acórdão do Supremo Tribunal Federal, não obstante a ressalva que acima se viu, fez desaparecer a dívida, é evidente que contrariou o recorrido o art. 467 do Código de Processo Civil, o

que, aliás, fez duplamente, ao deixar de reconhecer a coisa julgada da ação declaratória ao definir a existência da relação jurídica de que derivou a dívida representada pela referida nota promissória, que tivera sua desconsideração como cambial decretada por mera questão formal de registro, exigido na época da emissão.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para modificar o acórdão, nos pontos indicados, mantido, no entanto, quanto à correção monetária.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.727-7 — RJ — (93.0022377-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Dias Trindade (convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93). Recte.: Olegário Tavares Pereira. Advogados: Luiz Zveiter e outros. Recdo.: Heli Lopes. Advogado: Vanor Pereira da Rocha.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 13.09.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Barros Monteiro e Torreão Braz.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.316-1 — RJ

(Registro nº 93.0024439-6)

Relator: *O Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Instituto Nacional de Seguro Social — INSS*

Recorridos: *Abmael de Jesus Abreu e outros*

Advogados: *Drs. Tânia Mara de Oliveira e outros, e Álvaro Augusto Brandão Cavalcanti e outro*

EMENTA: Recurso Especial. Processual Civil. Competência. Autarquia. O princípio que rege fixação de competência é de interesse público, visando a alcançar, não só a sentença formalmente legal, como também a decisão justa. Busca, assim, encontrar maior facilidade, notadamente para a produção de provas, ou facilitar o acesso ao Judiciário. No caso dos autos, os autores são servidores da autarquia, lotados em Juiz de Fora. Postulam direito resultante de alegada relação jurídica. No foro da prestação funcional encontram-se elementos úteis ao melhor desfecho do processo. Ali deverá ser travada a peleja judiciária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, em conhecer e em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros José Cândido, Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Brasília, 25 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Recurso especial interposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social, com base no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra v. acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que negou provimento a agravo de instrumento interposto contra decisão que rejeitou exceção de incompetência, estando assim ementado:

“Processual Civil: Prazo para excepcionar. Competência.

I — Conta-se em quádruplo o prazo para a Fazenda Pública apresentar exceção. O legislador, ao se

referir à contestação, apenas, no art. 188 do CPC, *minus dixit quam voluit*, o que legitima a sua exegese extensiva, tendo em vista, também, as normas dos arts. 297 e 306, do mesmo diploma.

II — Aplicação, *in casu*, no tocante à competência, dos arts. 100, IV, *a*, 87 e 94, do CPC, levando-se em conta, ainda, que o ajuizamento da ação ocorreu antes de entrar em vigor a Lei nº 6.439/77, que determinou a transferência da sede do então IAPAS, atual INSS, para o DF.

III — Recurso conhecido, mas improvido, nos termos do voto condutor” (fls. 150).

O recorrente sustenta:

“Desta forma, o v. acórdão recorrido, ao decidir que a ação poderia ter sido proposta no Rio de Janeiro, mesmo com alguns servidores tendo domicílio e lotação em outro(s) Estado(s), vez que ajuizada antes da edição da Portaria nº 4.329/88, negou vigência ao art. 18, § 1º, do Decreto nº 83.266/79, às alíneas *b* e *d* do inciso IV do art. 100 do CPC, e aos arts. 4º, § 2º, 26, *caput*, da Lei nº 6.439/77, eis que “... equivale a negar vigência o fato de o julgador negar aplicação a dispositivo específico (...), quer ignorando-o, quer aplicando outro inadequado” (RTJ, 51/126) (fls. 163/164).

Alega, ainda, divergência com julgados do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Contra-razões às fls. 176/180.

Despacho deferitório às fls. 182.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): A matéria foi apreciada anteriormente, em decisão de que fui Relator, e julgada à unanimidade nesta Turma — Recurso Especial nº 27.290. A competência da Autarquia pode ser fixada no lugar onde há a sede ou onde ocorrer a prestação de serviços. A ementa diz o seguinte: “O princípio que rege fixação de competência é de interesse público, visando a alcançar não só a sentença formalmente legal, como também a decisão justa; busca, assim, encontrar maior facilidade, notadamente, para produção de provas ou facilitar o acesso ao Judiciário. No caso dos autos, os autores são servidores da Autarquia, lotados em Juiz de Fora, postulam direito resultante de alegada relação jurídica. No foro da prestação funcional encontram-se elementos úteis ao melhor desfecho do processo, ali deverá ser travada a peleja judiciária”.

Em se transportando essas considerações para o caso concreto, entendendo sobejar razões ao Instituto a fim de aceitar como competente apenas para processar e julgar as ações que digam razão ao domicílio administrativo.

Assim, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.316-1 — RJ — (93.0024439-6) — Relator: Exmo.

Sr. Min. Vicente Cernicchiaro. Rec- te.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogados: Tânia Mara de Oliveira e outros. Recdos.: Abmael de Jesus Abreu e outros. Advogados: Álvaro Augusto Bran- dão Cavalcanti e outro.

Decisão: A Turma, por unanimi- dade, conheceu e deu provimento ao

recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 25.10.93 — 6ª Turma).

Votaram os Sr. Ministros José Cândido, Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Presidiu o julgamento o Sr. Mi- nistro VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.931-3 — SP

(Registro nº 93.0026130-4)

Relator: *O Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recorrente: *Cortume Progresso S/A*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Roberto de Siqueira Campos e outros, e Elizabeth Ja- ne Alves de Lima e outros*

EMENTA: Processual. Direito à produção de prova. Execução fis- cal. Lei 6.830/86 (art. 3º, parágrafo único). CPC (arts. 330 e 332). 1. Nega vigência ao art. 3º da Lei nº 6.830/86 e aos arts. 330 e 332 do CPC, a decisão que, após indeferir a produção de perícia repele a pretensão daquele que a requereu, ao fundamento de ausência de prova.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos es- tes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribu- nal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a se- guir, por maioria, vencidos os Mi- nistros Cesar Rocha e Demócrito Reinaldo, em dar provimento ao re-

curso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Garcia Vieira.

Brasília, 18 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Pre- sidente. Ministro GOMES DE BAR- ROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Adoto como relatório a decisão, *in verbis*:

“A recorrente sofre execução fiscal em razão de glosa em créditos fiscais lançados em seu favor. Nos embargos com que enfrentou a execução, requereu perícia contábil em seus próprios livros.

A r. sentença de primeiro grau denegou a prova pericial, e, de plano, julgou improcedentes os embargos, à míngua de prova capaz de elidir a presunção de irregularidade (fls. 31).

O v. acórdão recorrido confirmou a sentença, ao fundamento de que

“Essa prova que na generalidade dos casos é dispensável, neste mostrava-se imprescindível, pois a empresa emitente das notas fiscais comprobatórias dos créditos fora reputada inidônea, pela autoridade fazendária do Estado de origem”.

E como essa prova não foi produzida, por óbvio que a pretensão do Fisco não comportava a enjeitada pretendida nos embargos e reiterada no recurso” (fls. 60).

A embargante, ora recorrente, desafia o acórdão. Sustenta que nele se negou vigência ao art. 204 do CTN; aos arts. 3º, parágrafo único, e 16, § 2º, da Lei de Execuções Fiscais; e ao art. 332 do Código de Processo Civil.

O apelo foi reprovado no Juízo de admissibilidade, aos fundamentos

de que não foram prequestionados, explicitamente, os dispositivos legais arrolados pela recorrente e de ser vedado o reexame de prova, em sede de recurso especial (fls. 99).

Neste agravo de instrumento, a recorrente afirma que seu direito à produção da perícia tem sido agitado, desde a inicial dos embargos (fls. 7).

O direito de se produzir a perícia foi objeto de indeferimento explícito, tanto na sentença, quanto no acórdão.

Em tema de admissibilidade de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça vem adotando a orientação de que a circunstância de se haver omitido referência aos dispositivos legais não impede o conhecimento do recurso especial, desde que os temas jurídicos respectivos tenham ensejado debate.

O instrumento revela que tal debate ocorreu.

Não enxergo, tampouco, obstáculo relativo à Súmula nº 7: o recorrente não pretende reexame de prova; quer, apenas, que se colha prova ainda não existente nos autos. Ora, se a prova não se encontra nos autos, ela não foi examinada. Impossível, assim, cogitar-se em reexame.

Dou provimento ao agravo.

Determino que o instrumento seja autuado como recurso especial e colocado em pauta de julgamento”.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): O recorrente pediu, oportunamente, a prova pericial.

O Código de Processo Civil outorga aos litigantes o direito de produzir todos os meios de prova, hábeis para demonstrar a verdade dos fatos em que finca sua pretensão (art. 335).

De seu lado, a Lei de Execuções Fiscais autoriza ao demandado ilidir a presunção de certeza da dívida exequenda. Impõe-lhe, contudo, o encargo de provar a inexistência do débito (Lei 6.830/86 — art. 3º).

A r. sentença indeferiu o pedido do ora recorrente, por julgar desnecessária a prova.

No entanto, rejeitou os embargos “pela falta de comprovação” (fls. 32).

Nosso Direito processual autoriza o julgamento antecipado da lide, quando não houver necessidade de prova — vale dizer, quando já se encontrarem nos autos todos os elementos necessários ao seguro entendimento da controvérsia (CPC, art. 330, II).

Fora desta hipótese, prevalece o direito à livre produção de provas, assegurado pelo art. 32 do CPC.

Na hipótese, não estavam presentes os elementos probatórios. Tanto que a carência de provas foi o motivo de que se valeu o acórdão, para confirmar a sentença.

Ora, se não existiam nos autos elementos probatórios suficientes ao

bom amparo da pretensão deduzida nos embargos à execução, o Juiz deveria ter aberto ao embargante oportunidade para que trouxesse à colação tais elementos.

Ao denegar a coleta da prova e, logo em seguida, repelir, à míngua de demonstração o pedido, a sentença maltratou os arts. 330 e 332 do CPC. Em se tratando de execução fiscal, resultaram agredidos os artigos 2º e 3º, da Lei de Execuções Fiscais.

Dou provimento ao recurso, para declarar nulo o processo, a partir da sentença, e determinar a produção da perícia oportunamente requerida.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Presidente): Acompanho o Senhor Ministro Relator, pois entendo que, no caso, a parte tem o direito de fazer a prova, tem o direito de fazer a perícia contábil para provar a realização daquelas operações comerciais que ela alega que fez, e que o Juiz não aceitou como se tivessem sido realizadas. A parte, no caso, para ilidir a dívida, tem o direito de fazer essa prova com base no artigo 204, parágrafo único, do CTN, cujo *caput* diz o seguinte:

“A dívida, regulamente inscrita de prova pré-constituída”.

Parágrafo único:

“A presunção a que se refere ... a que aproveite”.

A parte tem direito de fazer a prova, seja técnica ou não.

Por isso, com essas breves considerações, acompanho o Senhor Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.931-3 — SP — (93.0026130-4) — Relator: Exmo. Sr. Min. Gomes de Barros. Recte.: Cortume Progresso S/A. Advogados: Roberto de Siqueira Campos e outros. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Elizabeth Jane Alves de Lima e outros.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira e dos votos dos Exmos. Srs. Ministros Cesar Rocha e Demócrito Reinaldo negando-lhe provimento, verificou-se o empate na votação (em 13.10.93 — 1ª Turma).

O julgamento prosseguirá oportunamente.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

VOTO (DESEMPATE)

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, a teor do art. 204, CTN, a liquidez e certeza da dívida fiscal é gerada por presunção *juris tantum*. Portanto, pode ser contraditada por meios hábeis. Num segundo plano, se pode

ser contraditada, evidentemente existe o ônus da prova a quem queira desconstituir a certeza e liquidez. Esse ônus significa facultar a amplitude dos meios de prova. Entretanto, podendo essa amplitude ser temperada, desde que, com demonstração efetiva, o Juiz objetivamente demonstre a possibilidade de antecipação de julgado, seja pela existência de prova direta ou indireta nos autos, tornando dispensáveis outras, uma vez que a demonstração pré-constituída é suficiente para o seu convencimento.

É até possível que o MM. Juiz, na sentença que deu pela improcedência dos embargos, no arcabouço geral, tenha se convencido, por meio indireto, de que a prova poderia ser prescindível. Entretanto, ainda que assim tivesse entendido, a conclusão da sentença, que é o que importa, porque é a parte dispositiva, como síntese do seu raciocínio lógico-jurídico, explicitou que “por falta de provas”, julgava improcedentes os embargos. Vale dizer que se, *a contrario sensu*, outras provas pudessem ter sido produzidas, talvez ele chegasse a outro convencimento. Da motivação e da parte dispositiva, a meu pensar, resultou numa contradição e me parece que não seria prudente que nós avançássemos em juízo denegridor da vontade da parte, imaginando que pretende agir protelatoriamente, com base unicamente em critério subjetivo. Enfim, o Juiz afirmou, na parte dispositiva, que a improcedência foi pela ausência de provas.

A vista disso, com as minhas es-
cusas aos eminentes Ministros que
divergiram do Sr. Ministro-Relator,
acompanho o seu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.931-3 — SP —
(93.0026130-4) — Relator: Exmo. Sr.
Min. Gomes de Barros. Recte.: Cor-
tume Progresso S/A. Advogados: Ro-
berto de Siqueira Campos e outros.
Recda.: Fazenda do Estado de São
Paulo. Advogados: Elizabeth Jane Al-
ves de Lima e outros.

Decisão: Prosseguindo no julga-
mento, após o voto do Exmo. Sr. Mi-
nistro Milton Luiz Pereira, acompa-
nhando o Exmo. Sr. Ministro-Rela-
tor, a Turma, por maioria, vencidos
os Exmos. Srs. Ministros Cesar Ro-
cha e Demócrito Reinaldo, deu pro-
vimento ao recurso (em 18.10.93 —
1ª Turma).

Participaram do julgamento os
Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz
Pereira, Cesar Rocha, Garcia Viei-
ra e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.274-8 — SC (Registro nº 93.0027167-9)

Relator: *O Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recorrentes: *Posto Padre Réus Ltda. e outro*

Recorridos: *Município de Joinville e Auto Posto Iperville Ltda.*

Advogados: *Drs. Osmar João de Geus e outros, Evi Alexandre Varela e
outros, e Oswaldo José Pedreira Horn e outro*

EMENTA: Processual. Ação Declaratória. Pressupostos. Incerteza jurídica. Incerteza do autor. Carência de ação. 1. O exercício da ação declaratória pressupõe incerteza a ser obviada pela sentença. 2. A incerteza não deve residir, necessariamente, no espírito do autor. Ela deve resultar do próprio conflito de interesses. 3. Quem está convicto de que determinado ato administrativo é nulo, tem interesse processual para o exercício da ação declaratória da nulidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos es-
tes autos, acordam os Ministros da

Primeira Turma do Superior Tribu-
nal de Justiça, na conformidade dos
votos e das notas taquigráficas a se-
guir, por unanimidade, em dar pro-

vimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 27 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Posto Padre Réus Ltda. e Sindipetroville intentaram ação declaratória contra o Município de Joinville e Auto Posto Iperville Ltda.

Pediram que se declarasse a nulidade de alvará, pelo qual o Município autorizara a segunda demandada a construir posto de gasolina, nas imediações daquele mantido pela primeira autora. Pediram “que a ação seja julgada procedente, declarando-se nulo o ato concessivo do alvará expedido...” (fls. 114).

Em primeiro grau, o pedido foi recebido como procedente: a r. sentença declarou “nulo o ato concessivo do alvará” (fls. 31).

A sentença, contudo, foi reformada, ao fundamento de que:

“O interesse de agir envolve a necessidade concreta de dirimir incerteza acerca do direito pleiteado, cuja sentença venha a eliminar.

Ausente esta, ocorre a falta de uma das condições da ação, qual seja o interesse processual, o que conduz à carência” (fls. 35).

Os autores interpuseram recurso especial, com assento no permissivo da alínea c. Trouxeram a confronto acórdãos de diversos tribunais, transcrevendo excertos em que se evidencia a divergência” (fls. 71).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): O v. acórdão recorrido declarou que os autores careciam de interesse processual, porque:

“A leitura da inicial mostra claramente que os apelados não teriam dúvidas a esclarecer, tanto que após exporem os fatos e o direito, culminaram pedindo seja declarado nulo o ato concessivo do alvará expedido para instalação do Auto Posto Iperville Ltda... “vez que, afrontada restou a legislação em vigência” (*sic*)” (fls. 183).

Os recorrentes trazem a confronto vários acórdãos, prestigiando tese contrária. Destaco um trecho, transcrito nas razões do recurso especial e destacado do acórdão do E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso na Ação Rescisória nº 263, *in verbis*:

“Muito embora tenha a autora... intitulado o seu pedido de ação declaratória de nulidade”, certo é que,

pela exposição de fatos, deduziu pedido de anulação de partilha, do seu desfazimento, pelo que seria mais consentâneo, juridicamente, qualificar a ação de constitutiva negativa ou anulatória de partilha, o que, todavia, não invalida o pedido e muito menos a sentença que o acolheu.

“Ademais, é comum nomear-se a ação declaratória de nulidade de ato jurídico como remédio certo para a desconstituição de algo no mundo jurídico” (fls. 77).

Neste processo, os demandantes, por entenderem nulo um ato administrativo que agredia seus interesses, impetraram declaração judicial de tal nulidade.

O v. acórdão declarou-os carentes de ação, porque eles não demonstraram insegurança, quanto à qualidade jurídica do ato malsinado. Pelo contrário, afirmaram, com segurança, a existência do vício.

Sem embargo da erudição que presidiu a fundamentação do acórdão, tenho-o como equivocado.

O saudoso Professor Alfredo Buzaid arrola a incerteza jurídica, como um dos pressupostos da ação declaratória.

A incerteza, entretanto, não deve residir na mente do autor. Pelo contrário, o demandante, quando aciona o Poder Judiciário, deve estar seguro de que sua pretensão é de boa qualidade jurídica.

O próprio Código de Processo Civil reputa litigante de má-fé, aquele que aciona temerariamente o aparelho judiciário (art. 17, V).

A incerteza que dá ensejo à ação declaratória é aquela resultante da própria lide.

Na hipótese, a autora (ora recorrente) entende nulo o ato concessivo do alvará. Em contrapartida, o recorrido, afirma a boa qualidade do ato.

Nesta controvérsia, abriga-se a incerteza a ser obviada através da ação declaratória.

A recorrente guarda consigo evidente interesse em superar a incerteza, obtendo declaração de ser nulo o ato administrativo malsinado.

Dou provimento ao recurso, para que o processo retorne ao E. Tribunal *a quo*, a fim de que se examine o mérito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.274-8 — SC — (93.0027167-9) — Relator: Exmo. Sr. Min. Gomes de Barros. Rectes.: Posto Padre Réus Ltda. e outro. Advogados: Osmar João de Geus e outros. Recdo.: Município de Joinville. Advogados: Evi Alexandre Varela e outros. Recdo.: Auto Posto Iperville Ltda. Advogados: Oswaldo José Pedreira Horn e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (em 27.10.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.