

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL Nº 538-0 — PR

(Registro nº 89.09585-4)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A — Eletrosul*

Recorridos: *Vitória Cluqvicz e outros*

Advogados: *Drs. Antônio Vieira da Rosa e outros, e Joel Macedo Soares Pereira Júnior e outros*

EMENTA: Desapropriação — Posse — Benfeitorias — Indenização do terreno — Honorários advocatícios — Arts. 524 e 530, Código Civil — Art. 21, CPC. 1. O ressarcimento de terreno desapropriado, sem título dominial (arts. 524 e 530, I, Código Civil), em favor do legítimo possuidor, não deve ser feito por inteiro. Como solução de equidade, é razoável que se reconheça a quem desfrutou de habitual uso e gozo do imóvel expropriado indenização equivalente a 60% sobre o valor do terreno, mais aquela decorrente das benfeitorias úteis e necessárias que perdeu. 2. Valores indenizatórios com a incidência de juros compensatórios e moratórios cumulados e da correção monetária. 3. Frente à sucumbência, certo que o pedido da indenização foi satisfeito, em demanda lealmente pleiteada, constituindo os honorários advocatícios forma de ressarcimento, para não desfalcocar o valor do justo preço na desapropriação, deve ser louvada a discricionariedade do julgador na sua fixação, temperando a aplicação do art. 21, CPC. 4. Recurso desconhecido pela alínea *a*, conhecido e provido pelo fulcro da alínea *c* (art. 105, III, CF).

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taqui-

gráficas 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 e julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Trata-se de recurso extraordinário, convertido *ipso iure* em especial pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, interposto por CENTRAIS ELÉTRICAS DO SUL DO BRASIL S/A — ELETROSUL, contra o v. acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que restou assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. Ação ordinária visando ao pagamento de indenização em virtude de inundação de terras, para instalação de usina hidroelétrica. Procedência em primeiro grau. O magistrado estipulou o valor da indenização com suporte no laudo do perito que está razoavelmente fundamentado e deve ser aceito por equidistante do interesse das partes em litígio e de presumida imparcialidade; demonstra-

ram os recorridos com as testemunhas que arrolaram e, também, por intermédio do laudo do perito que, na verdade, exercem há muitos anos posse sobre a área inundada e, por isso, são partes legítimas para intentar a presente causa, e, ainda, para pleitearem a indenização, RECURSO DESPROVIDO” (f. 251).

Alega a recorrente que a indenização foi feita ao “lídimo proprietário da área inundada” “ao pagar valor correspondente à aquisição de área ao seu proprietário”. Assim, o v. acórdão “determinou que se faça a indenização a outrem que não o proprietário”, confirmando “sentença que não valorou devidamente a prova produzida pela recorrente”, apegando-se às informações das testemunhas dos recorridos. Com isso, o *decisum* contrariou o art. 153, § 22, CF.

O v. aresto, para a recorrente, contrariou ainda o art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil, ao fixar os honorários em 20% do valor da condenação, mais custas e despesas processuais, haja vista que atendeu a apenas 1/4 do pedido formulado, enquanto o ônus da sucumbência foi fixado no máximo.

Teria ainda o v. aresto, segundo também a recorrente, divergido de julgados de outros Tribunais, inclusive do Excelso Pretório.

Em síntese é o pedido:

“a) Reformar *in totum* o venerando acórdão recorrido, para julgar improcedente a ação, pois que contrariou o art. 153, § 22, da Consti-

tuição Federal, invertendo-se, em consequência, os ônus da sucumbência;

b) Assim não entendido, seja reformado o acórdão recorrido para:

— Fixar o valor indenizatório em 60% do valor do imóvel;

— Relativamente aos ônus da sucumbência (verba honorária, custas e despesas processuais), serem suportados proporcionalmente pelas partes, conforme decaíram de suas pretensões ou serem integralmente suportados pelos recorridos, em face de terem decaído de 78,36% de seu pedido, conforme preconizado pelo art. 21, parágrafo único, CPC, o que será medida de Direito e inteira JUSTIÇA” (fls. 267/268).

A ilustre Subprocuradoria-Geral da República assim opinou:

“... 4. O recurso merece conhecimento e provimento na parte principal, ou seja, por haver atribuído o v. acórdão à posse o mesmo valor reconhecido à propriedade, o que, segundo a jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal, deve se restringir a 60% do preço desta” (f. 311).

E ainda:

“... 6. O v. acórdão embora parecendo não se haver apercebido perfeitamente do objetivo da impugnação da ELETROSUL, mas de qualquer modo decidiu pela indenização integral:

“Os recorridos fazem jus à totalidade da indenização e não unicamente a 60% dela, uma vez que

toda a área foi invadida pelas águas e se tornou inaproveitável, como informa o vistor nomeado pelo magistrado em seu laudo.”

7. Aceitando-se, assim, a prova nos precisos termos em que foi fixada — ou seja, o valor de propriedades vizinhas — é forçoso concluir que a v. sentença e o r. acórdão que — repita-se — nela se apoiaram estritamente, sem nada mais lhe aduzir, deram a prova conclusão, que não é admitida pela jurisprudência do Pretório Excelso. Houve, portanto, incontestavelmente inexata valoração da prova.

8. Como se vê não pretende o recorrente o reexame da prova, segundo critérios de “conta, peso e medida” (ALIOMAR BALEEIRO), o que seria vedado nesta fase processual. Mas, sim, de adotar *in totum* princípio que a jurisprudência manda seguir.

9. Na parte, porém, da pretendida sucumbência proporcional, o recurso não merece provimento. Realmente, embora a área apontada pelo recorrido ensejadora da indenização viesse a ser apurada em muito menor extensão da por ele apontada — de 100 alqueires para 52,38 Ha — o valor por ela pedido pelos recorridos (*ultra petita?*...) foi menor que o concedido: Cr\$ 2.000.000 para Cr\$ 17.390.200.

10. Assim, não tendo sido os recorridos derrotados na conclusão final, não sucumbiram, não se justificando a acessória condenação proporcional” (fls. 312/313).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Procedente o pedido, foi interposta apelação, visando:

“a) Seja reformada a r. sentença apelada, para julgar improcedente a ação, vez que não caracterizada a alegada posse, condenando, em consequência, os AA. no suporte de todos os ônus da sucumbência;

b) Caso contrário, se reconhecido aos AA. algum direito a indenização, seja a respectiva verba fixada em 60% do valor apurado pelo Laudo do Assistente Técnico da Apelação, nos moldes da orientação pretoriana pertinente, desprezado o Laudo do Vistor Oficial por carecer de fundamentação, com os ônus da sucumbência repartidos e suportados proporcionalmente pelas partes, em função de terem os AA. decaído de mais de 75% do pedido, nos termos do art. 21 do Diploma Processual Civil vigente” (fls. 224 e 225).

Julgando a apelação, desprovida, o desafiado aresto está assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. Ação ordinária visando ao pagamento de indenização em virtude de inundação de terras, para instalação de usina hidroelétrica. Procedência em primeiro grau. O magistrado estipulou o valor da indenização com suporte no laudo do perito que está razoavelmente fundamentado e deve ser aceito por equidistante do interesse das partes em litígio e de presu-

vida imparcialidade; demonstraram os recorridos com as testemunhas que arrolaram e, também, por intermédio do laudo do perito que, na verdade, exercem há muitos anos posse sobre a área inundada e, por isso, são partes legítimas para intentar a presente causa, e, ainda, para pleitearem a indenização. RECURSO DESPROVIDO” (fl. 251).

Interposto e admitido o recurso extraordinário (art. 119, III, *d*, CF/69, *ipso jure* (fl. 306), referente à matéria infraconstitucional, convertido em especial (art. 105, III, *a e c*, CF/88), tal como sumariado pelo nobre agente do Ministério Público Federal, nos limites objetivos da irrisignação, o presente exame cinge-se:

— à divergência com acórdão da Suprema Corte ao determinar o pagamento integral do valor encontrado, quando deveria reduzir-se a 60% do valor atribuído à propriedade;

— à violação do art. 21 do CPC, pois tendo havido sucumbência recíproca a condenação acessória deveria o mesmo obedecer.

No pórtico da primeira questão — pagamento integral ou reduzido do valor encontrado —, a bem ver, desde a inicial, *in totum* abrangida pela r. sentença de primeiro grau, inequivocamente, o direito à vindicada indenização tem por base maior o exercício possessório, a saber:

“... nas imediações de Barra Mansa, às margens do Rio Iguazu, nesta comarca, onde mantinha

posse numa área de terras em mais de 100 (cem alqueires), onde mantinha sua casa de moradia, várias benfeitorias e plantando sobre o imóvel, para sustento seu e de seus familiares, sendo, portanto, sucessor no imóvel por morte de sua mãe...” (fl. 3 — gf.)

O v. acórdão não omitiu essa verdade processual, especificamente, anotando:

“2. Demonstraram os recorridos com as testemunhas que arrolaram e, também, por intermédio do perito que, na verdade, exercem e há muitos anos **posse sobre a área inundada** e, por isso, são partes legítimas para intentar a presente causa e, ainda, para pleitearem a indenização” (fls. 253 e 254 — gf.).

Logo, na valoração do exposto, irretorquivelmente, cuida-se de posse e não de terreno titulado, ou seja, de propriedade (arts. 524 e 530, I, Cód. Civil).

Não obstante, tanto o título sentencial, como o v. acórdão, além das benfeitorias, fincaram a indenização de todo o imóvel.

Daí porque, demonstrando a distonia jurisprudencial do critério adotado, calham à fiveleta as lúcidas observações, pinçadas no RE nº 85.599 — Rel. Min. Rodrigues Alckmin, *verbis*:

“... fuge ao bom senso comum a concessão de uma reparação como se o terreno fosse titulado ... não têm eles título dominial, isto é, sentença devidamente transcrita no re-

gistro imobiliário. Sem esse título não podem usar das ações petitórias (...) E, se não lhes assiste o direito à reivindicação, seria incivil, ou pelo menos, ilógico, que se lhes concedesse uma indenização integral, ou seja, pelo valor global do terreno, quando é certo que a jurisprudência tem proclamado, de um modo geral, que as ações de desapropriação indireta se revestem de caráter real. Em outras palavras, não podem os autores receber uma indenização por inteiro,...

Por essas razões que acabam de ser expostas, é razoável que se outorgue ao recorrido uma indenização equivalente a 60% sobre o valor da área ocupada.

...

Em assim sendo, a indenização, embora calcada no laudo elaborado pelo *expert* indicado pelos autores, fica reduzida para Cr\$ 87.909 (= 145.515 x 60%)” — (fl. 262).

Por essas veredas, ressoa que, no caso, efetivamente, quanto à área do imóvel, como ajuste pela equidade, a indenização deve refluir para o equivalente a 60% (sessenta por cento) do valor proposto pelo vistor oficial e aceito nas instâncias ordinárias que, a respeito, sopesaram as provas, mais o devido às benfeitorias, tudo com os juros compensatórios e moratórios, incidindo a correção monetária, conforme explicitado no julgado monocrático.

Em relação à segunda questão — violação do art. 21, CPC —, porque se bastam, evitando a redundância, para elidir a alegação, acolho os cer-

teiros comentários feitos pelo Ministério Público Federal, assim:

“... embora a área apontada pelo recorrido ensejadora da indenização viesse a ser apurada em muito menor extensão da por ele apontada — de 100 alqueires para 52,38 Ha — o valor por ela pedido pelos recorridos (*ultra petita?*...) foi menor que o concedido: Cr\$ 2.000.000 para Cr\$ 17.390.200.

Assim, não tendo sido os recorridos derrotados na conclusão final, não sucumbiram, não se justificando a acessória condenação proporcional” (fls. 312 a 313).

A dizer sucumbência, voltada a atenção ao pedido, deve ser averbado que foi acolhido, estabelecendo-se o justo preço, conforme construção pretoriana, razão suficiente, inclusive, face às peculiaridades do caso, para se louvaminhar a discricionariedade do julgador na fixação dos honorários. Demais, à parte recorrida foi reconhecido ter razão na demanda que lealmente pleiteou, procurando a jurisdição competente para atuação do seu direito à indenização. Outrossim, os honorários constituem forma de ressarcimento para as despesas decorrentes no exercício da defesa do seu direito, cabendo receber adequada verba honorária. Penso que essas razões harmonizam-se com o caso concreto, não ocorrendo ferimento ao art. 21, CPC.

Às expensas da motivação delineada, não conheço do recurso pela letra *a*, III, art. 105, Constituição

Federal. Contudo, o suficiente, demonstrada a divergência jurisprudencial, dele conhecendo pelo fulcro da alínea *c*, voto pelo provimento, a fim de ser reduzido a 60% sobre o valor da indenização estabelecida para toda a área do imóvel expropriado, no mais, ficando mantido o julgado.

Cumpridos os atos e termos necessários, cônsono a decisão de fl. 306, quanto ao recurso extraordinário, os autos deverão ser remetidos para o Excelso Supremo Tribunal Federal.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 538-0 — PR — (89.09585-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Recite.: Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A-Eletrosul. Advs.: Antônio Vieira da Rosa e outros. Recdos.: Vitória Cluqsvicz e outros. Advs.: Joel Macedo Soares Pereira Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 03.05.93 — 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 1.104-0 — SP

(Registro nº 89.0010915-4)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Instituto Nacional de Previdência Social-INPS*

Recorrido: *Antônio da Silva*

Advogados: *Drs. Solon José Ramos, e Nino Deusmisit da Silva*

EMENTA: Previdência Social — Aposentadoria por tempo de serviço (anterior) — Cumulação com auxílio-acidente — CPC, arts. 515 e § 1º, 535 e 537 — Lei 6.367/76 (art. 9º) — Decreto nº 79.037/76 (art. 22). 1. Na apelação, sob pena de falsear o princípio do duplo grau de jurisdição, o julgamento não abrange todas as normas legais mencionadas, nos limites do recurso, restringindo-se às questões suscitadas e discutidas (art. 515 e § 1º, CPC). No caso, inexistência de violação dos arts. 535 e 537, CPC. 2. Verificado que a aposentadoria por tempo de serviço foi anterior, voltando o obreiro ao labor habitual e contribuindo regularmente para a Previdência Social, incontroverso o nexo etiológico do acidente com o trabalho, admite-se a cumulação. 3. Precedentes da jurisprudência. 4. 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 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.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de junho de 1993
(data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Trata-se de

recurso extraordinário com argüição de relevância da questão federal (art. 119, III, *a* e *d*, da CF/67), interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL contra o v. acórdão do E. Tribunal *a quo* que condenou o recorrente ao pagamento de auxílio-suplementar a obreiro que está em gozo de aposentadoria por tempo de serviço, de forma cumulativa.

Foram opostos embargos de declaração, os quais não foram conhecidos pelo E. Tribunal de origem.

Segundo o Instituto o v. acórdão negou vigência aos artigos 22, § 2º, do Decreto 79.037/76, 9º, parágrafo único, da Lei 6.367/76, e 535 e 537, do Código de Processo Civil, e ainda ofendeu o artigo 153, § 2º, da Constituição Federal anterior, além de divergir das Súmulas 282 e 356, do Pretório Excelso (fls. 159/162).

Contra-razões foram apresentadas pelo recorrido às fls. 165/166.

O recurso extraordinário foi inadmitido pelo E. Tribunal *a quo*, contudo, em virtude de agravo de instrumento interposto, o Colendo Supremo Tribunal Federal converteu o apelo em extraordinário, quanto à matéria constitucional e em especial, quanto à infraconstitucional, com o que subiram os autos a esta Corte.

O douto Ministério Público Federal, trazendo à colação julgados deste Tribunal sobre o tema, opinou pelo não conhecimento do recurso e, se conhecido, pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Na apelação, postulando reforma do julgado, por inconformismo à acumulação de aposentadoria por tempo de serviço da qual se beneficiou o obreiro, com o auxílio-suplementar deferido, e apenas excluindo a condenação no pagamento de diligências do Oficial de Justiça, o hostilizado v. acórdão confirmou a sentença de primeiro grau da jurisdição.

A autarquia previdenciária, simultaneamente interpondo o recurso extraordinário, nesta via especial, tem por escopo afastar a sugerida violação aos artigos 9º, parágrafo único, da Lei 6.367/76, 22, § 2º, do Decreto nº 79.037/76, 535 e 537, do CPC.

Por efeitos decorrentes da conversão *ipso jure* (fl. 221), referentemente às questões de natureza infraconstitucional, repelindo os acenos à violação dos arts. 535 e 537, CPC, por si, são incensuráveis as razões delineadas no v. acórdão de fls. 156 a 157, a saber:

“... A omissão é vício sentencial que consiste na preterição de um dizer. Algo que deveria ser dito e não foi quanto ao questionado em juízo, tal importando no vício da prestação jurisdicional que se ostentaria lacunosa, isto sem juízo, quanto a uma questão. Esta restaria injulgada.

Tal não ocorreu, na espécie, consoante se julga.

Com efeito: o ponto controvertido de direito do recurso de então, e que se cuida, dizia respeito à possibilidade de se cumular ou não os benefícios do auxílio-suplementar e aposentadoria por tempo de serviço. Referido ponto, que se constitui em uma das questões recursais de outrora, restou julgado, como se vê de fls. 148.

Pareceu ao embargante que o juízo deveria, especificadamente, abranger todas as normas legais, que se mencionou. Mas assim não é. O que se julga é a questão (art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil). E isto se deu, com respaldo em Súmula, que se mencionou, oriunda de um incidente de uniformização de jurisprudência que cogitou dos aspectos legais, ora acenados.

O embargante, ainda mais, está a taxar o julgado como se ostentando com dúvida. Para tanto, escandiu razões que, consoante se julga, estão a delinear, em verdade, erro do julgado, inclusive quanto à valoração de prova documental.

Já se assentou, em diversas oportunidades, que não quadra, em sede de embargos de declaração, questionamento de *errores in iudicando* ou *errores in procedendo*, face seu caráter integrativo retificador, sob pena de, contrariamente ocorrer, dar-se desnaturamento, passando aquele a ter, também, caráter infringente" (fls. 156 e 157).

Bem se percebe, pois, nessa quadra, não prosperar o recurso.

Em relação à cumulatividade dos benefícios, o aresto está centrado na

harmonizada jurisprudência desta Corte, por isso, com oportunidade, acudindo o nobre agente do Ministério Público local que a lei veda "é a cumulação de aposentadorias, o que não é o caso dos autos. Quando já aposentado por tempo de serviço, volta a trabalhar, a contribuir para a Previdência Social, e sofre acidente, com seqüelas incapacitantes, pena de locupletamento ilícito, tem direito à percepção cumulativa" (fl. 169).

A propósito, recordou o Ministério Público Federal:

— "Previdenciário. Auxílio-acidente.

— Padecimento de novo infortúnio. Novo direito ao benefício, atendida, porém, a forma preconizada nos arts. 6º da Lei 6.367/76, e 41, parágrafo único, inc. III, do Dec. 79.037/76" (REsp 28.797-6-SP, 5ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DANTAS, publ. no DJ de 07.12.92, pág. 23.332)"

— "Previdenciário. Aposentadoria. Auxílio-acidente.

I — Firmou-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que é legal a acumulação de aposentadoria por tempo de serviço, com o auxílio-acidente.

II — Recurso provido" (REsp 6.809-SP, 1ª Turma, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, publ. DJ, 23.9.91, página 13.066)".

No mesmo sentido:

— "Previdência Social. Aposentadoria anterior por tempo de serviço. Cumulação com auxílio-acidente.

A efetivação de aposentadoria por tempo de serviço não elide o direito ao auxílio-acidente, que, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei 6.367/76, independe de qualquer remuneração ou outro benefício não relacionado ao mesmo acidente” (REsp 6.802-SP, Rel. Min. Gomes de Barros, *in* DJU de 25.11.91).

— “Acidente do trabalho. Aposentadoria especial e auxílio-acidente. Cumulatividade dos benefícios.

— Incontroverso o nexo etiológico da doença preexistente à aposentadoria, concede-se o benefício do auxílio-acidente, admitida a cumulação.

— Precedentes do Superior Tribunal de Justiça” (REsp 5.107-SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, *in* DJU de 18.03.91).

Confluyente à compreensão comemorada, voto pelo improvimento do recurso.

Obediente ao determinado na superior decisão de fl. 221 (*in fine*), vencido o prazo recursal, com a manifestação do nosso respeito, encaminhem-se os autos à Excelsa Corte.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.104-0 — SP — (89.0010915-4) — Relator: Exmo. Sr. Min. Milton Luiz Pereira. Recte.: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Advogado: Solon José Ramos. Recdo.: Antônio da Silva. Advogado: Nino Deusmisit da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 23.06.93 — 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 1.321-0 — SP
(Registro nº 89.0011529-4)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Vera Lucia Gonçalves Barbosa e outros*

Recorrido: *Ronaldo de Souza*

Advogado: *Marco Antonio Plens*

EMENTA: Recurso especial. Nomeação de defensor dativo. Réus pobres, em processos criminais. Honorários advocatícios. Verba devida. **1. Inexistindo, ou sendo insuficiente, o serviço oficial de assistência gratuita aos réus pobres, que respondem a processos-crimes, admite-se a nomeação de advogado para servir como defensor. Tendo o advogado cumprido o seu dever, cabe à Fazenda o pagamento dos honorários devidos.**

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 não conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e José de Jesus. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Peçanha Martins.

Custas, como de lei.

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

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

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Leio, para melhor compreensão da espécie, da ação originariamente proposta como de procedimento sumaríssimo, nos idos de 1986, parecer da lavra do Dr. Amir José Finocchiaro Sarti, ilustre Subprocurador-Geral da República, à época funcionando perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, neste termos:

“Trata-se de recurso fundado nas alíneas *a* e *d*, do artigo 119, inciso III, da Constituição Federal de 1967, que subiu apenas por força do acolhimento da argüição de relevância, alusiva ao tema dos “honorários de defensor dativo de réu pobre em processo-crime” (fls. 88).

Haviam sido interpostos, na verdade, dois extraordinários — o primeiro suscitando questões constitucionais e infraconstitucionais (fls. 231/244) e o segundo somente afronta à legislação processual (fls. 297/301) — ambos, porém, indeferidos (fls. 247/249 e 310/311) — na origem, sem ulterior agravo.

Restou, assim, apenas um recurso a ser examinado — e mesmo assim, sob a ótica infraconstitucional, nos limites da questão considerada relevante — pois a falta de agravo, nesse recurso, tornou preclusa a discussão da temática constitucional.

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, por despacho do eminente Ministro Octávio Gallotti, “em virtude do acolhimento da arguição de relevância, subiu o presente recurso versando matéria legal e constitucional, esta última obstada pela preclusão, porque não interposto agravo de instrumento ao despacho que o indeferiu. Com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, deve ser reputado convertido em especial para aquela nova Corte, na forma do artigo 105, III, da Constituição. Com base no art. 21, 1º, do Regimento Interno, e no decidido pelo Tribunal Pleno, ao apreciar questão de ordem suscitada no RE 114.089, determino a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, que se tornou competente para o julgamento (RE 119.813-3-SP, *in* DJ de 07.06.89, pág. 10.015).”

O recurso peregrino, já convertido em especial, mereceu, nesta instância, parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, fls. 359/363, opinando pela sua procedência.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se, como se vê, de ação movida por advogado nomeado para funcionar como dativo em feitos criminais, pretendendo receber da ré os honorários que lhe foram arbitrados.

A ação foi julgada procedente pela sentença de fls. 115/120, que remeteu para liquidação por arbitramento a fixação do valor da condenação.

Provocada, a Egrégia 5ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil (fls. 294/295) julgou a liquidação, reduzindo o valor da condenação, neste termos:

“2 — Ao contrário do que disse o perito, em laudo vazado em termos genéricos e sem maior embasamento, os arbitramentos são exagerados. Basta examinar-se o de fls. 11 para ver-se a gritante arbitrariedade de tal arbitramento: o advogado dativo foi nomeado em 04 de abril de 1983 para defensor do réu, após seu interrogatório; a sentença transitou em julgado em 06 de maio de 1983, portanto, trinta e um dias após o arbitramento, e por tais serviços, que não se sabe em que consisti-

ram, pois a certidão sequer menciona se houve apresentação de defesa prévia, foram-lhe arbitrados honorários de 7 (sete) salários mínimos. Por nomeações em 58 (cinquenta e oito) processos criminais o advogado obteve um arbitramento de 268 salários mínimos, o que dá uma média de 4,6 salários mínimos por processo, resultando em honorários equivalentes a 34,75 OTNs por processo, ou seja, Cz\$ 24.175,16 por feito, mais ou menos, arbitramento esse elevado, se atentar-se para o fato de haver réus revéis, absolvições em primeira instância, sem recurso e feitos terminados rapidamente, como acima analisado.

Assim, ao recurso é dado provimento em parte, reduzindo-se a condenação ao equivalente a dois salários mínimos por feito, ou seja, 116 salários mínimos no total, à época do arbitramento, com as demais especificações constantes da sentença”.

Conforme consta do relatório, haviam sido interpostos, na verdade, dois extraordinários — o primeiro suscitando questões constitucionais e infraconstitucionais (Fazenda do Estado de São Paulo) e o segundo somente afronta a legislação processual (Ronaldo de Souza) ambos, porém, indeferidos na origem, sem ulterior agravo.

Restou, assim, apenas um recurso a ser examinado, sob a ótica infraconstitucional — o da Fazenda do Estado de São Paulo.

Inconforma-se a recorrente com a decisão da egrégia Segunda Câma-

ra do Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo, que a condenou no pagamento dos honorários, por serviços prestados como advogado dativo, a serem apurados por arbitramento, em execução, perante as Varas Criminais do Foro Central da Capital, não obstante a notória presença da Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado.

Fazendo assim, a tal evidência, teria violado, o acórdão recorrido, o texto do art. 92, da Lei nº 4.215/63, *verbis*:

“Art. 92. O advogado ou o provisionado indicado pelo Serviço de Assistência Judiciária, pela Ordem, ou pelo Juiz, será obrigado, salvo justo motivo, a patrocinar gratuitamente a causa do necessitado até final, sob pena de censura e multa, nos termos do inciso XVIII do art. 103 e dos arts. 107 e 108 desta lei”.

Alega, ainda, que as indicações aconteceram sem observância das normas da Lei nº 1.060/50.

Quando ainda integrante desta Corte, mais precisamente desta Segunda Turma, o eminente Ministro Ilmar Galvão, enfrentando feito análogo, REsp 9.752-SP, ao acórdão proferido, lançou a seguinte ementa:

“HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DEFENSOR DATIVO DE RÉUS POBRES, EM PROCESSOS CRIMINAIS.

Inexistindo, junto ao órgão judiciário, serviço oficial de assistência gratuita a réus pobres, em processo-crime, ou sendo ele insuficiente

para atendimento das necessidades, é cabível a nomeação de advogado particular, para o mister, incumbindo à Fazenda Estadual, na hipótese, o pagamento da verba honorária devida.

Recurso não conhecido”.

Eis a conclusão do voto de S. Exa.:

“Incensurável a decisão transcrita, onde estão respondidos, de modo irrefutável, os argumentos expendidos pela recorrente, valendo salientar a registrada ausência de prova de que, no caso, não logrou ela demonstrar que as nomeações da recorrida tenham sido feitas sem observância das normas da Lei nº 1.060/50.

Ressalte-se, por derradeiro, que a presença de serviço de assistência judiciária, mantida pelo Estado, não afasta o dever de remunerar os advogados dativos, se o mencionado serviço é insuficiente para atender ao movimento forense.

Nesse sentido a farta e pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do RE nº 103.950-SP, que teve por Relator o eminente Ministro Sydney Sanches.

Não conheço do recurso.”.

Mantenho, ainda, essa mesma linha de entendimento, também aqui não conheço do recurso, mesmo porque nem seria admissível o exame de provas.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.321-0 — SP — (89.0011529-4) — Relator: Exmo. Sr. Min. Hélio Mosimann. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Vera Lucia Gonçalves Barbosa e outros. Recdo.: Ronaldo de Souza. Advogado: Marco Antonio Plens.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (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 5.240-0 — SP

(Registro nº 90.0009512-3)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Rectes.: *Theodoro Carvalho de Freitas e outros*

Redco.: *Banco Safra S/A*

Advogados: *Drs. Isabel Rodrigues Paes de Andrade e outros, e Cláudio Lacombe e outros*

EMENTA: **Locação. Ação renovatória. Valor do locativo. 1. Em observância ao recomendado princípio de equidade (art. 16, Dec. 24.150/34), pode o magistrado, tendo por base a prova pericial, fixar o valor inicial do aluguel em quantia superior àquela sugerida pelo locador. 2. Recurso especial conhecido e provido.**

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de março de 1993
(data do julgamento).

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

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Ação renovatória de locação comercial, julgada procedente em primeiro grau, redundou na fixação do valor inicial do aluguel, a ser corrigido a cada seis meses, na consonância do que foi recomendado pelo perito do juízo (fls. 631 e ss.).

2. No julgamento da apelação principal do locatário (Banco SAFRA S/A), colimando a redução do valor inicial para a quantia que então propôs, bem como da verba honorária (fls. 642/644), e de apelação adesiva dos réus e locadores THEODORO CARVALHO DE FREITAS e outros, restrita ao intuito de majoração da verba honorária e do reconhecimento

da sucumbência exclusiva do autor, decidiu a Quarta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, unânime, prover parcialmente o recurso do autor e integralmente o dos réus (714/716).

3. Embargos de declaração opostos por ambas as partes foram rejeitados (fls. 729/730).

4. O presente recurso especial é interposto pelos locadores, com alegação de contrariedade ao artigo 16, do Decreto 24.150/34, e de divergência jurisprudencial.

No tocante ao primeiro fundamento, sustentam os recorrentes que o v. acórdão deixou de observar a recomendação legal concernente a "princípios de equidade".

Para evidenciar o dissídio pretoriano, indicam como paradigmas precedentes do mesmo Tribunal e também dos Tribunais de Alçada do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul (fls. 732/740, v. 3), nos quais ficou decidido que não caracteriza julgamento *ultra petita* a fixação de aluguéis, em renovatória de locação sujeita à lei de luvas, em valor superior ao sugerido pelo locador, em contra-oferta, dos quais foram transcritos alguns tópicos, além de outros, sumariamente referidos (737/740).

5. A r. decisão presidencial acentuou a inadmissibilidade do recurso especial por dissídio de julgados, em razão do descumprimento das exigências legais concernentes à adequada caracterização da discrepância. Admitiu, contudo, o seu processamento, pela alegada contrariedade à lei.

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, observo, inicialmente, que o agora recorrido, ao apelar da r. sentença que, julgando procedente a renovatória, fixou o valor do aluguel na consonância do laudo do perito do juízo (v. fls. 635 e 638), limitou-se, no principal (mérito), a propugnar por sua redução para quantia que então alvitrou, com fundamento na equidade, recomendada pelo art. 16 do Decreto 24.150, de 1934 (v. fls. 643/644).

2. O v. acórdão da apelação, unânime, decidiu (fls. 715/716):

"... tendo os réus locadores, quando de sua contestação, apontado como justo um aluguel inicial no valor de Cz\$ 80.000,00 não haveria como a final, ser o mesmo estabelecido em limite muito superior, como feito, visto que, segundo orientação pacífica da jurisprudência, a manifestação do proprietário do imóvel em tal questão serve de balizamento para o limite máximo em que o aluguel pode ser reajustado.

Para esse fim é de se acolher, em parte, o inconformismo do autor. Por outro lado, tendo ele ofertado aluguel muito inferior àquele acolhido pelo Magistrado e ao que ora se fixa, há que se concluir que, no único ponto em que as partes divergiam, ou seja, exatamente o quantum do aluguel a ser fixado, foi ele o único sucumbente e responsável pelo processo, pois que não concordou com a oferta do locador, que terminou por ser acolhida.

Destarte, cabe-lhe a responsabilidade pelas custas e despesas processuais, bem como pelos honorários do advogado dos réus, que ficam fixados em 20% sobre o valor da causa, corrigidas monetariamente as custas e despesas a partir de seu desembolso e a partir da sentença.

Para os fins acima dá-se, pois, parcial provimento ao apelo do autor e total ao dos réus."

3. Ante os embargos de declaração opostos por ambos os litigantes, o Tribunal a quo explicitou (fls. 729):

"... foi acolhido o valor proposto pelo locador Cr\$ 80.000,00)".

4. Os recorrentes apontam contrariedade ao art. 16 da lei de luvvas, ao argumento de que "ao Juiz cabe decidir, utilizando-se de sua capacidade e discernimento, não só como julgador mas como homem inserido no contexto social"... (fls. 735), louvando-se em escólios dos autorizados monografistas BUZAID e NASCIMENTO FRANCO.

Concomitantemente, contrastam a decisão impugnada em face de diversos julgados trazidos como paradigmas.

Dentre estes, deparo-me:

a) com a referência a acórdão unânime da Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro, publicado na RTJE 43/112, cujo inteiro teor se acha reproduzido a fls. 789/90, do qual os recorrentes transcrevem este tópico:

"AÇÃO RENOVATÓRIA — Valor do aluguel — Arbitramento em valor maior do que o da contestação — Possibilidade por equidade.

Ação renovatória. A indicação de aluguel acima de certa quantia, na contestação, não impede o arbitramento em valor maior, ante a equidade (artigo 16 da Lei de Luvvas). As custas e honorários podem ser compensados proporcionalmente (artigo 21 do Código de Processo Civil).

.....
VOTO DO RELATOR
.....

Verifica-se que, pela mais recente doutrina, não se considera ultra petita a sentença que fixa aluguel maior do que o indicado na contestação. Aliás, a contestação apenas dizia que o aluguel oferecido era irrisório e não poderia ser inferior a Cr\$ 350.000,00."

b) com alusão a acórdão unânime da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, cujo teor é trazido por cópia da JB 57/228-9, com transcrição do trecho seguinte (fls. 776):

"LOCAÇÃO COMERCIAL — AÇÃO RENOVATÓRIA — PROPOSTA DO LOCATÁRIO — INCONFORMIDADE COM A PROPOSTA — NOVO ALUGUEL — FIXAÇÃO PELO JUIZ.

Havendo o locador contestado a ação de prorrogação, manifestando sua inconformidade com a proposta de novos aluguéis contida na inicial, mesmo que não haja oferecido con-

traproposta, pode o Juiz fixar os novos locativos baseado na equidade, sem estar adstrito à proposta do locatário. (...)

Acórdão

(...) não poderia ser aceita outra fórmula senão a avaliação judicial do valor atual para o novo locativo” (fls. 29). Ficando, desse modo, estabelecidos os lindes da inicial e da contestação, ao Juiz incumbia compor o litígio com a utilização da probatória dos autos. A autora dispensou, expressamente, o arbitramento pericial, a ré deixou ao magistrado a avaliação do locativo. O julgador de primeiro grau agiu corretamente ao utilizar-se dos princípios da equidade, acenados pelo artigo 16, do Decreto n.º 24.150/34 (...).”

5. Eis porque, sem embargo à r. decisão presidencial há pouco referida, vejo suficientemente evidenciado o apontado dissídio de julgados, cumprindo ter em vista, aliás, que o mesmo repercutiu, inicialmente, nesta Corte, vindo, afinal, a prevalecer o entendimento oposto ao que foi adotado pelo v. acórdão ora impugnado.

De fato, no julgamento do REsp 1.339-RJ (DJU 05.11.90), de que foi Relator para acórdão o eminente Ministro BARROS MONTEIRO, proferi voto de desempate, no sentido que agora reafirmo. Assim também, a Terceira Turma sufragou o mesmo entendimento, ao julgar o REsp 4.223-SP, Relator Ministro CLÁUDIO SANTOS (DJU 29.10.90).

6. Não verifico contrariedade, por outro lado, ao art. 16 da Lei de Luvas: mesmo que tivesse constituído o fulcro da decisão ora impugnada, é bem de ver que não caberia a esta Corte, em recurso especial, rever a decisão, sob o prisma da questão do valor afinal estipulado.

Patenteada, porém, a discrepância jurisprudencial, impõe-se conhecer do recurso.

E, dele conhecendo, por este fundamento, cumpre decidir a causa (Lei 8.038, de 1990, art. 26), o que faço, na conformidade de nossos referidos precedentes a cujas razões de decidir, *brevitatis causa*, me reporto, para considerá-las integrantes do presente.

Acentuo, a propósito, que, ao contestar, os recorrentes asseveravam, *expressis verbis* (fls. 86):

“Baseando-se em atenta e judiciosa pesquisa de mercado — o que será confirmado através de oportuna prova pericial, desde logo requerida — os réus podem afirmar que o aluguel mensal do imóvel sito à Praça Oswaldo Cruz, n.º 52 e 56 não poderá ser inferior a Cz\$ 80.000,00 (oitenta mil cruzados) na data do início da renovação (16 de agosto de 1986), corrigindo-se tal valor semestralmente pelos índices de variação das OTN, na forma legal.”

Ante o exposto, conheço do recurso pelo dissídio, para, dando-lhe provimento e reformando, em parte, o v. acórdão impugnado, restabelecer a r. sentença do primeiro grau,

tão-somente no que toca ao valor inicial do aluguel, conforme o constante da sentença: mantenho, porém, o v. acórdão no que concerne às verbas decorrentes da sucumbência, a recair somente sobre o recorrido.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Acompanho o voto do eminente Relator.

Esta indicação de valor, feita na contestação, apresentou-se como 'enunciativa' de um mínimo, e não como pretensão a uma quantia certa.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, recebi e li, com a devida atenção, o substancioso memorial que me foi encaminhado pelo ilustre Patrono da parte recorrente.

Daquela leitura, da sustentação, do relatório e do voto do Sr. Ministro-Relator, pude verificar que o caso que estamos a julgar é diverso daquele anterior, no qual eu e V. Exa. ficamos vencidos, sob o ponto de vista de que teria havido julgamento *ultra petita*.

Em face desse quadro, razão assiste ao recorrente, razão pela qual acompanho, nesse aspecto, o em. Relator.

Desejo apenas aduzir duas considerações.

A primeira, para assinalar que, depois daquele julgamento, concluí que com mais acerto se houve a corrente majoritária, em face da norma expressa do art. 16 da chamada "Lei de Luvas", que autoriza a incidência da equidade, e pela realidade econômica em que vivemos, justificando a aplicação de valor acima daquele pretendido na contestação pela parte locadora.

A segunda, para registrar, divergindo do em. Relator — e aqui mantenho coerência com meu julgamento anterior, que, não fossem tais circunstâncias, haveria julgamento *ultra petita*, na medida em que não se trata, na espécie, de uma simples contestação, uma vez que a ação renovatória tem caráter dúplice. Sendo assim, a contestação também importa na formulação de um pedido.

Com estas considerações, acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.240-0 — SP — (90.0009512-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Recetes.: Theodoro Carvalho de Freitas e outros. Advogados: Isabel Rodrigues Paes de Andrade e outros. Recdo.: Banco Safra S/A. Advogados: Cláudio Lacombe e outros. Sus-

tentou, oralmente, o Dr. Aldir Guimarães Passarinho, pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 09.03.93 — 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.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.675-0 — SP

(Registro nº 91.0011337-9)

Relator Orig.: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Relator p/ Acórdão: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recte.: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recdo.: *Baby Boi Churrascaria e Restaurante Ltda.*

Advogados: *Carlos Weiss e outros; João Marcos Rodrigues e Normando Fonseca*

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 maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, em conhecer do recurso mas em negar-lhe provimento. Votaram com o Sr. Ministro

Américo Luz os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

Custas, como de lei.

Brasília, 1º de setembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator p/ Acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Recurso especial manifestado pela Fazenda estadual, com apoio no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, impugnando acórdão da Décima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Trabalho de São Paulo que deu provimento, por maioria, à apelação interposta nos autos de ação declaratória ajuizada em 15.12.88 por BABY BOI — Churrascaria e Restaurante Ltda., entendendo inexistir base de cálculo que justifique a exigência de ICM nas operações de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes de propriedade da ora recorrida.

Rejeitados os infringentes opostos.

Diz contrariados os §§ 1º e 2º do art. 8º do Decreto-lei nº 406/68 e cita acórdãos deste Tribunal que dissem do aresto recorrido.

Nesta instância superior, dispensei a manifestação da Subprocuradoria-Geral da República, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): No Recurso Especial nº 19.456-RS, de que fui Relator, assim votei:

“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 Cassino Borges (ICMs ao Alcance de Todos).

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 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 sobre “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 de 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 incluídos os prestados no fornecimento de alimentação e bebidas, valendo mesmo referir que expressamente excluídos, no item “42 — organização de festas e recepções, buffex (*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 de 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 existên-

cia 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 a 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 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 denominadas mistas, 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 proferi 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.

É como penso, razão por que conheço do recurso pela letra *c* do permissivo constitucional, mas lhe nego provimento.”

Posteriormente, apreciando o Recurso Especial nº 6.312-RJ, a Egrégia 2ª Turma deferiu ao Estado do Rio de Janeiro a cobrança do ICMS, ao fundamento de que o Decreto-lei nº 5, com a redação dada ao art. 14, inciso I, pela Lei nº 1.241/87, distingue mercadorias de serviços.

No julgamento dos Embargos de Divergência nº 6.312-RJ, proferi voto nestes termos:

“Senhor Presidente, parece-me que está havendo um equívoco; o acórdão da 2ª Turma negou provimento ao recurso da BOB’S, com base na Lei nº 1.241/87, entendendo que teria o Estado do Rio de Janeiro satisfeito o requisito da previsão de base de cálculo. É certo, mas, quando o fez, também disse: valor total da operação.

O grande problema, para o estabelecimento da base de cálculo do ICM no fornecimento de refeições em bares e restaurantes, foi sempre o da impossibilidade de separar-se, na operação, o que fossem serviços de mercadorias, porque, na venda de mercadorias em bares e restaurantes, estão sempre implícitos os serviços e mais ainda quando se trata do fornecimento de refeições. Por isso, o Supremo Tribunal Federal, a princípio, estabeleceu a jurisprudência de que se fazia indispensável separar o que fosse serviço de mercadorias.

Prevendo as dificuldades e para que se não praticasse a bitributação, o legislador determinou que os Municípios passassem a participar da renda obtida com o ICM; estabeleceu, então, a participação dos Municípios na arrecadação (AC 31/66 — participação que tem variado e que agora é de 25% (vinte e cinco por cento) (art. 158, IV, da Constituição Federal) — instituindo o ICMS. Com base nessa realidade, o Estado do Rio de Janeiro, como o Estado de São Paulo — e o disse muito bem o ilustre Ministro Garcia Vieira — fixou a base de cálculo correspondente ao valor da operação.

Em votos que proferi, disse que o legislador constituinte, editando norma de caráter eminentemente interpretativa, determinou, no art. 155, I, b, § 2º, inciso IX, b, da Constituição Federal, a incidência também do ICMS sobre o valor total da operação, especificando: quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios. Essa é a regra vigente a partir da Constituição Federal.

Mas a verdade é que esta Seção estabeleceu, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a meu ver superada a partir da promulgação da Constituição Federal, que, tendo os fatos geradores ocorrido sob a vigência da Carta anterior, deveria prevalecer aquela interpretação, consagrada pelo Pretório Excelso. Com ressalva, adotei, juntamente com o Min. Garcia Vieira, o entendimento da Seção, qual seja, o de reconhecer a não incidência do imposto quando a lei estadual consagrasse a incidência sobre o total da operação, envolvendo mercadorias e serviços.

Não obstante isso, em relação ao Rio de Janeiro, a 2ª Turma, assim não entendendo, continua a proclamar que a legislação estadual teria feito essa separação. Acho que não. A verdade é que temos hoje assente, na Seção, que, em se tratando de fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes, se a lei estadual faz incidir o imposto sobre o total da operação, não seria juridicamente válida. Tal entendimento é hoje pacífico em relação

àqueles fatos geradores ocorridos antes da Constituição/88. É fato que a 2ª Turma considerava válida tal tese, mesmo na vigência da Constituição de 1988 e, nesses casos, tenho votado vencido e continuarei vencido, porque não me convenci com a interpretação da maioria. No que diz respeito àqueles fatos anteriores, não cedi à maioria, e, com a ressalva do meu ponto de vista, vinha adotando tal entendimento. Mas, discutindo os presentes embargos, que dizem respeito a fato gerador ocorrido anteriormente à Constituição, parece-me que tem absoluta razão o recorrente no apontar a divergência. Tem razão o eminente Advogado quando aponta o posicionamento divergente das Turmas, quanto à aplicação das Leis Tributárias do Rio de Janeiro e de São Paulo, embora semelhantes quanto à incidência do ICM sobre o valor da operação.

Por essas razões, conheço dos embargos, mas não os provejo por isso que mantenho o mesmo ponto de vista que defendo na 2ª Turma, vale dizer, pela legitimidade da cobrança do ICMs sobre o fornecimento de bebidas e refeições em bares e restaurantes pelo Estado do Rio de Janeiro.”

No julgamento dos EDclREsp nº 5.405-SP, ao argumento de que os arts. 155, I, b, e 156, da Constituição Federal explicitaram a competência dos Municípios para tributar os serviços, excluindo a competência dos Estados, respondi com os seguintes esclarecimentos:

“Senhor Presidente, tenho ficado vencido e só, na 2ª Turma. Mas continuo entendendo, como o eminente Ministro Garcia Vieira, que não pode haver dúvida sobre a matéria após a vigência do art. 155, I, letra b, § 2º, inciso IX, letra b, da Constituição Federal que explicitou a única interpretação possível do art. 8º, § 2º, da Decreto-lei nº 406, recepcionado pela Carta Magna: incide o ICM sobre o total da nota, em particular no Estado de São Paulo que estabeleceu a base de cálculo, atendendo ao comando da lei recepcionada e da Carta Magna.

Recebo os embargos, acompanhando o Sr. Ministro Relator.”

Vencido, na 1ª Seção, com a honrosa companhia do E. Ministro Garcia Vieira, e solitário na E. 2ª Turma, relatei o Recurso Especial nº 12.086-RJ, proclamando, na ementa, a tese consagrada à unanimidade:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICM. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS EM BARES, RESTAURANTES E ESTABELECIMENTOS SIMILARES. PRECEDENTES DO STJ.

— Anteriormente à vigência da Lei Estadual nº 1.241/87, que definiu o fato gerador e estabeleceu a base de cálculo, é ilegítima a cobrança de tributo pelo Estado do Rio de Janeiro.

— Recurso parcialmente provido.”

No voto assinalei:

“O pressuposto dos votos proferidos é, pois, o de haver definição, pelas leis estaduais, do fato gerador e da base de cálculo do imposto.

Em não havendo, tenho negado incidência ao tributo.

A legislação do Estado do Rio de Janeiro, até a promulgação da Lei nº 1.241, de 30.11.87, não continha nem uma coisa, nem outra.”

Após a edição da Lei 1.241 de 30.11.87, dando nova redação ao inciso I do art. 14 do DL nº 5 de 15.03.75, a E. 2ª Turma proclama, à unanimidade, a legitimidade da cobrança do ICMS sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes no Estado do Rio de Janeiro (REsp's nºs 12.844-0-RJ; 12.086-RJ; 11.828-RJ).

Posteriormente a Egrégia 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 129.877-4 — São Paulo aprovou, à unanimidade, voto do e. Ministro Marco Aurélio, proclamando a ementa do v. acórdão:

“RECURSO — PREQUESTIONAMENTO — NATUREZA DO VÍCIO DECORRENTE DO SILÊNCIO DO ÓRGÃO JULGADOR — O questionamento consubstancia pressuposto de recorribilidade dos recursos extraordinários (*lato sensu*) e faz-se necessário para que seja possível proceder-se a cotejo para dizer-se do enquadramento no permissivo legal. Configura-se quando a matéria veiculada no recurso foi obje-

to de debate e decisão prévios, ou seja, conste do acórdão que se pretende ver reformado a adoção do entendimento explícito sobre o tema jurígeno empolgado. A persistência do vício de procedimento, em que pese a interposição dos embargos declaratórios, abre margem à irrsignação consideradas as normas constitucionais relativas ao devido processo legal, sendo impróprio pretender-se apreciação da matéria de fundo quando não ocorreu, pelo órgão competente, a entrega da prestação jurisdicional.

ICM — FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO, BEBIDAS E OUTRAS MERCADORIAS — BASE DE CÁLCULO — ABRANGÊNCIA — SERVIÇOS PRESTADOS — LEI Nº 5.886/87, DO ESTADO DE SÃO PAULO — COMPETÊNCIA PARA IMPOR O TRIBUTO — ARTS. 24, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANTERIOR, E 156, INCISO IV, DA ATUAL. O fato de na Lei Estadual prever-se como base de incidência o valor pago pelo adquirente, sem exclusão do destinado a remunerar os serviços embutidos, não implica transgressão direta ao preceito constitucional que disciplina a competência dos Municípios para instituir Imposto Sobre Serviços. A circunstância de o Decreto-lei nº 406/68, de cunho federal, não contemplar, na listagem a ele anexa, os serviços prestados pelo fornecimento de alimentação e bebidas por restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares afasta, por sua vez, a possibilidade de se ter, no caso, a dupla incidência, sen-

do certo, ainda, que o valor cobrado fica sujeito apenas ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias (§ 2º), da mesma forma que a prestação de serviços incluídos sofre unicamente a incidência do Imposto Sobre Serviços, ainda que envolva o fornecimento de mercadorias (§ 1º).

No perfeito voto que proferiu, S. Exa. afasta a alegada inconstitucionalidade da Lei Paulista nº 5.886/87, positivando:

“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 a 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 Servi-

ços, 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 pago 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”.

Não conhecido, embora, o RE 129.877-4-SP, o voto do Eminentíssimo Marco Aurélio afirma a constitucionalidade da Lei Paulista 5.886/87 que, assinala, “veio a preencher lacuna legislativa quanto à base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, considerando o fornecimento de bebidas e alimentação por bares, cafés, restaurantes e similares. A indefinição da Lei Estadual nº 440/84 restou suplantada...”

Não vislumbrando inconstitucionalidade ou lacuna nas Leis Paulistas nºs 5.886/87 e 6.374/89; não admitindo possam os Estados e Municípios perder a arrecadação do tributo legitimamente instituído, por isso mesmo que partilham a receita,

na forma estabelecida no Ato Complementar 31/66 e § 8º do art. 23 da CF/67, com as redações dadas pelas EC nºs 17/80 e 23/83, e art. 158, IV, da Constituição vigente, e considerando que o sistema tributário nacional não admite as atividades de caráter misto, consagrando a incidência de um único imposto a uma única atividade, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.675-0 — SP — (91.0011337-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Carlos Weis e outros. Recdo.: Baby Boi Churrascaria e Restaurante Ltda. Advs.: João Marcos Rodrigues e outro.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator conhecendo do recurso e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz. Aguardam os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann (em 15.03.93 — 2ª Turma).

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

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Ao dar provimento ao recurso especial da Fazenda Estadual, o Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins concluiu:

“Não vislumbrando inconstitucionalidade ou lacuna nas Leis Paulistas nºs 5.886/87 e 6.374/89; não admitindo possam os Estados e Municípios perder a arrecadação do tributo legitimamente instituído, por isso mesmo que partilham a receita, na forma estabelecida na AC 31/66 e § 8º do art. 23 da CF/67, com as redações dadas pelas EC nºs 17/80 e 23/83, e art. da Constituição vigente, e considerando que o sistema tributário nacional não admite as atividades de caráter misto, consagrando a incidência de um único imposto a uma única atividade, conhecimento do recurso e lhe dou provimento.”

Pedi vista dos autos, mas ainda não me convenci devesse sustentar tese contrária à que expus quando do julgamento do REsp nº 8.900-SP, onde lavrei o acórdão, após ter proferido o seguinte voto vista:

“Trata-se de questão já conhecida nesta Egrégia Turma, quanto à exigência ou não do ICM na hipótese de fornecimento de alimentos, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. Conquanto conhecida a matéria, pedi vista dos autos para inteirar-me mais detidamente do voto do eminente Ministro Peçanha Martins que traz entendimento novo ao até então assentado neste Colegiado, no sentido de lei estadual distinguir entre serviços e mercadorias na base de cálculo do imposto em comento. Entende S. Exa. que o advento da Nova Carta

afasta a discussão do tema, uma vez que o texto constitucional teria dirimido a dúvida, nos seguintes termos:

“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;

§ 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;”

Com a devida vênua divirjo desse juízo. O valor total da operação supramencionada é abrangente e não outorga isenção à técnica-legislativa do ônus de especificar a base de cálculo do imposto e da incidência sobre os serviços prestados no fornecimento de mercadorias, alimentos e bebidas em bares e restaurantes.

Senão vejamos!

Na Seção I, do Capítulo — Do Sistema Tributário Nacional, que trata “Dos Princípios Gerais” dispõe a atual Constituição:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

I — (*omissis*)

II — (*omissis*)

III — estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;”

Ora, é sabido que os Estados em sua competência tributária legislam concorrentemente com a União e o Distrito Federal, de forma suplementar e plena, se for preciso, para atender a suas peculiaridades, quando inexistir lei federal dispondo a respeito (CF, art. 24, inciso XVI, §§ 2º e 3º). É certo que a Lei paulista nº 5.886/87 cuidou do assunto, bem como a atual lei 6.374/89. Esta última estabelece que a base de cálculo do imposto é o “valor total da operação, compreendendo as mercadorias e os serviços.” Vê-se que o legislador estadual foi genérico. Não basta somente a existência da lei, é preciso definir. Quanto a este aspecto transcrevo parte do voto do Ministro Vicente Cernicchiaro, no REsp nº 3.679-SP, quando componente desta Turma, *verbis*:

“O texto legal, preciso quanto ao fato gerador, peca no tocante à base de cálculo. Continua englobando, nessa categoria, a circulação de mercadorias e o preço dessa circulação.

O cliente, no restaurante, paga a mercadoria consumida ou posta à

sua disposição e o serviço prestado pelo estabelecimento.

Em não se separando, pagar-se-á título de ICM também ISS.”

Por tais motivos, conheço do recurso mas lhe nego provimento.”

É como voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Srs. Ministros, este é o acórdão embargado (fls. 188-189):

“O venerando acórdão embargado, reformando decisão de Primeiro Grau, julgou procedente a ação declaratória através da qual a autora postulou o reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária referente ao ICM, nas operações de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurante de sua propriedade. Assim decidiu fundado em que a Lei Estadual nº 5.886, de 03 de novembro de 1987, não separou os valores que dizem respeito ao preço das mercadorias e ao da prestação de serviços, fazendo, ilegitimamente, incidir o ICM também sobre estes últimos.

O julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado na Apelação Cível nº 139.513-2, de São Paulo, revela que a questão continua polêmica, não se tendo logrado a maioria absoluta de votos apta a configurar precedente vinculativo para o caso dos autos.

E não obstante o entendimento que naquele julgamento prevaleceu, não se pode, *data venia*, admitir a disposição da lei estadual que ao dispor sobre a base impositiva do ICM para a hipótese de que ora se cuida, estabeleceu ser ela o valor da operação de que decorrer a saída ou o fornecimento da mercadoria, sem separar mercadoria e prestação de serviços. Como se salientou na declaração de voto vencido feita naquele incidente de uniformização, sem que o legislador estabeleça base impositiva para o fornecimento de alimentação, bebidas etc., não é possível ao Fisco cobrar o ICM, com a utilização de base de cálculo estabelecida para fato gerador outro, que diz com a operação de saída de mercadorias. Por isso mesmo é que o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem insistindo, na trilha do que proclamava o Pretório Excelso, que a lei estadual deve fixar a base de cálculo própria da hipótese de incidência específica, sendo inaceitável a equiparação do fornecimento à saída de mercadoria, sem distinguir entre o fornecimento e a prestação de serviços, prevendo-se uma base de cálculo genérica, totalmente desatenta ao caráter misto da qual sobre a qual incide o ICM”.

Consoante se depreende, cingiu-se o acórdão recorrido a examinar a controvérsia à vista da Lei Estadual nº 5.886, de 03 de novembro de 1987, na consonância da jurisprudência prevalente na Egrégia Pri-

meira Seção, bem como nos precedentes do Excelso Pretório sobre a controvérsia.

A propósito, os seguintes precedentes da Egrégia Primeira Seção de que fui Relator:

“Tributário. ICM. Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares. Lei Paulista nº 5.886, art. 2º.

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

II — Dissídio configurado, no caso, entre o acórdão embargado e os arestos trazidos a confronto.

III — Embargos de divergência recebidos” (EDivREsp nº 5.682-7-SP — 92.0010787-7 — Julg. 01.12.92 — Publ. no DJ, 19.04.93).

“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 serviços, é ilegítima a cobrança do ICM.

II — Dissídio não configurado, no caso, entre o acórdão embargado e o aresto trazidos a confronto.

III — Embargos de divergência não conhecidos” (EDivREsp nº

5.868-SP — 9100085871 — Julg. 24.09.91 — Publ. no DJ, 16.10.91).

“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 serviços, é ilegítima a cobrança do ICM.

II — Dissídio configurado, no caso, entre o acórdão embargado e os arestos trazidos a confronto.

III — Embargos de divergência recebidos” (EDivREsp nº 9.398-SP — 910015831-3 — Julg. 06.12.91 — Publ. no DJ, 03.02.92).

Isto posto, com a devida vênia do ilustre Relator, acompanho o voto do Sr. Ministro Américo Luz, também conhecendo do recurso, mas desprovendo-o.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.675-0 — SP — (91.0011337-9) — Relator: Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Carlos Weis e outros. Recdo.: Baby Boi Churrascaria e Restaurante Ltda. Advogados: João Marcos Rodrigues e outro.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, conheceu do recurso mas negou-lhe provimento (em 01.09.93 — 2ª Turma).

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Américo Luz.

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 12.207-0 — PB

(Registro nº 91.0013169-5)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Letícia Niederauer Tavares Cavalcanti*

Recorrida: *Universidade Federal da Paraíba — UFPB*

Advogados: *Nizi Marinheiro e José Leite de Almeida Guerra*

EMENTA: Administrativo. Magistério público. Professor titular. Acesso ao cargo. Concurso. Necessidade. Precedentes. 1. Consoante a mais recente jurisprudência desta Corte, é imprescindível a submissão a concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Universitário Titular. 2. O art. 206, V, da CF, não confere direito líquido e certo de acesso a este cargo por simples progressão vertical. 3. A incerteza e iliquidez desse presumível direito impossibilitam sua proteção na via estreita do mandado de segurança. 4. Recurso conhecido pelo fundamento da letra c e improvido.

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 mas em lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Américo Luz e José de Jesus. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Hélio Mosimann.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de agosto de 1993
(data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Amparando-se no permissivo da letra c, inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, LETÍCIA NIEDERAUER TAVARES CAVALCANTI recorre de acórdão do 5º Tribunal Regional Federal que manteve sentença denegatória de segurança impetrada com o fito de obter ascensão ao cargo de Professor Titular sem prestação de concurso. A ementa do aresto impugnado proclama:

“ADMINISTRATIVO. CARGO DE PROFESSOR TITULAR. PROVIMENTO. CONCURSO DE PROVAS E TÍTULOS.

A Constituição Federal de 1988 e o art. 10, da Lei 5.539, de 27.11.68 (lei da reforma universitária). Compatibilidade.

A exigência de prévio concurso público para provimento de cargo de Professor Titular persiste na vigência da Constituição de 1988.

Recurso improvido. Sentença confirmada” (fl. 110).

Alega a recorrente que, ao considerar o art. 10 da Lei 5.539/68, e o Decreto 94.664/87— que exigem concurso para preenchimento do cargo em questão —, compatíveis com o art. 206, inciso V, da atual Constituição da República, bem como declarar ser o mencionado cargo isolado e, portanto, não integrante da carreira, o acórdão recorrido atrita-se com a orientação trançada no acórdão do extinto TFR, da autoria do eminente Min. Flaqueur Scartezini, prolatado em apelação, no MS 122.250-PB, com apoio em voto proferido no Incidente de Uniformização de Jurisprudência na AMS 96.896-RJ, cujos trechos principais transcreve, estando o referido paradigma acostado aos autos, junto com a inicial.

Interpôs, simultaneamente, recurso extraordinário (fls. 117/121).

Ambos os apelos foram contraditados, como se vê às fls. 124/126 e 128/131.

O recurso especial foi admitido na origem, o mesmo não ocorrendo com o extraordinário (fls. 134/135), não tendo a recorrente agravado de instrumento desta última decisão (fl. 137).

Dispensado o pronunciamento da Subprocuradoria-Geral da República, na forma do art. 256/RISTJ.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O acórdão recorrido fundamenta-se, basicamente, nas assertivas de que a Lei nº 5.539/68, notadamente em seu art. 10, e o Decreto nº 94.664/87, que a regulamenta, não foram revogados pela atual Constituição que os recepcionou; sendo que a exigência de concurso para provimento do cargo de Professor Titular representa o ideal de “valorização dos profissionais do ensino” propugnado em seu art. 206, V. Ademais, trata-se de cargo isolado de provimento originário, tanto que a ele podem concorrer candidatos qualificados estranhos aos quadros universitários, sendo aplicável a regra do art. 37, II, da Carta de 1988.

Dissentindo desse entendimento, a recorrente invoca os argumentos lançados pelo eminente Min. Flaqueur Scartezini, no voto-vencedor proferido no MS 122.250-PB, enquanto compunha o extinto TFR. Ali, com brilhantismo característico, S. Exa. analisou as Constituições anteriores à de 1988, e esta in-

clusive, e a legislação pertinente ao magistério público superior, concluindo que o cargo de Professor Titular integra o quadro de carreira e pode ser atingido por progressão vertical, independentemente de concurso.

Não se perca de vista, neste processo, o pronunciamento do ilustre representante do Ministério Público Federal, Dr. Edinaldo de Holanda, em prol da impetrante, quando do ajuizamento da ação (fls. 61/66), e os judiciosos argumentos de que se valeu o Exmo. Juiz Federal da 10ª Vara-PB, Dr. Alexandre de Luna Freire, para denegar a segurança (fls. 68/77).

O certo, porém, é que a tese defendida no aresto recorrido reflete a jurisprudência mais recente desta corte consoante a qual o provimento do cargo de Professor Titular não prescinde da submissão a concurso de provas e títulos, haja vista os acórdãos proferidos nos REsps 1.780-RN (DJ 19.03.90), 11.295-RJ (DJ de 02.09.91) e 16.913-0-PB (DJ de 01.03.93).

Demais disso, tendo em vista que a recorrente incorpora ao seu apelo as razões expendidas na inicial e na apelação, verifica-se que o alegado direito líquido e certo apóia-se na dicção do art. 206, inciso V, da Constituição Federal, que reza:

“O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

.....

V — valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da

lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União;”

Este dispositivo que estabelece, dentre os princípios à ministração do ensino, a valorização dos seus profissionais, garantindo-lhes, na forma da lei, planos de carreira e ingresso exclusivamente por concurso público, não confere expressamente direito líquido e certo de acesso ao cargo de Professor Titular por progressão vertical na carreira. A incerteza e a iliquidez desse presumível direito impossibilitam sua proteção na via estreita da ação mandamental. Cabe razão, portanto, ao ilustre prolator da sentença de fls. 68/77 quando afirma que a acessibilidade ao cargo é regra fundamental que se insere na Constituição, enquanto que os institutos de progressão vertical, horizontal, e ascensão são infraconstitucionais de direito administrativo, constantes da legislação ordinária, por isso mesmo que o direito a elas não está contida na regra constitucional invocada pela recorrente.

À vista do exposto, conheço do recurso pela divergência, mas lhe nego provimento.

EXTRATÓ DA MINUTA

REsp nº 12.207-0 — PB — (91.0013169-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins. Recte.: Letícia Niederauer Tavares Cavalcan-

ti. Advogado: Nizi Marinheiro. Recdo.: Universidade Federal da Paraíba — UFPB. Advogado: José Leite de Almeida Guerra.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso mas lhe negou provimento (em 23.08.93 — 2ª Turma).

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

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Hélio Mosimann.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS.

RECURSO ESPECIAL Nº 12.462-0 — MT

(Registro nº 91.0013897-5)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *União Federal*

Recorridos: *Heitor Medeiros e cônjuge; Máximo Levy e cônjuge*

Advogados: *Drs. Gervásio Leite e outro, Salvador Pompeu de Barros Filho e outro, e Felix Marques*

EMENTA: Doação com encargo. União como donatária. 1. A doação, sendo um contrato, depende, para que se conclua, da aceitação do donatário. Possível, em tese, a anuência tácita, que se possa inferir do comportamento daquele. Tratando-se, entretanto, de doação onerosa, sendo donatária a União, isso não se admite, que a assunção de obrigações contratuais, por esse ente público, condicionou-se a formalização incompatível com a simples aquiescência tácita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial.

Impedido o Sr. Min. Nilson Naves.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Custas, como de lei.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A UNIÃO FEDERAL manifestou recurso extraordinário, recebido como especial, objetivando reformar acórdão proferido no processo em que contende com MÁXIMO LEVY E OUTROS. Discute-se o domínio de determinada gleba, objeto de doação à recorrente. Em síntese:

“EMENTA — CIVIL — COAÇÃO — EFICÁCIA DO ATO — NECESSIDADE DE ACEITAÇÃO COMPETENTE DO DONATÁRIO.

A doação configura-se contrato, que se consolida como ato jurídico bilateral estabelecido pelas vontades do doador e do donatário.

Em se tratando de pessoa jurídica do direito público interno, qual seja a União Federal, a doação só poderá ser aceita na forma e obediência aos critérios determinados pelas leis especiais, consubstanciados nas normas referentes ao Serviço do Patrimônio da União, com autorização através de Decreto Presidencial, ouvidos os órgãos interessados e com audiência do mencionado Serviço, que formará processo competente, dentro do conceito contratualista, segundo o qual, é indispensável o acordo ou manifestação

convergentes dos interesses do doador e do donatário, à eficácia do ato jurídico.

Apelo desprovido”.

Sustentou a recorrente que a decisão vulnerou os arts. 530, 531, 1.165, 1.166 e 1.184 do Código Civil. Argumentou que a hipótese é de doação pura, desnecessária a aceitação expressa da donatária. Apointou também, como contrariados, os arts. 373 e seguintes do CPC. Afirmou existir divergência jurisprudencial.

Inadmitido o recurso, foi manifestado agravo de instrumento. Determinei subsistem os autos para melhor exame.

Parecer do Ministério Público pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Está a questão em saber se aperfeiçoada a doação à União, pelo Estado do Mato Grosso, do imóvel a cujo respeito se litiga. Isso não teria ocorrido, consoante a sentença, confirmada em segundo grau, à míngua de aceitação da donatária.

Tem-se, no presente caso, contrato em que figuram entes públicos mas cuja natureza não é administrativa. As partes não se encontram na condição de supremacia, própria do Poder Público, mas convencionando em termos de direito privado. As normas aplicáveis são as que regem a doação.

Não há dúvida — nem pretende a recorrente sustentar o contrário — de que esse contrato, por isso mesmo que tem tal caráter, condiciona-se em sua formação, à manifestação de vontade das partes. Necessária a aceitação do donatário para que se tenha como concluído o contrato. Pretende-se, entretanto, que essa pode ser tácita e que isso se verificou, decorrendo do fato de ter-se efetuado a transcrição do título no registro de imóveis.

Certo que nas doações puras a aceitação pode fazer-se tacitamente, ainda fora da hipótese prevista no artigo 1.166 do Código Civil. Ali se cogita do simples silêncio do donatário. A aceitação pode inferir-se, entretanto, de atos por ele praticados de que se possa concluir, mesmo sem declaração expressa, que aceitou a liberalidade.

No caso, a sentença, cujos fundamentos foram adotados pelo acórdão, afirmou tratar-se de doação onerosa. Essa circunstância não foi enfrentada no recurso, embora dela se cuide no bem elaborado parecer do Ministério Público. Admitindo-se pudesse ser cogitada, de qualquer sorte não haveria como concluir diversamente.

Certo que se pode, no julgamento do especial, emprestar a determinados atos qualificação jurídica distinta da que foi acolhida nas instâncias ordinárias, posto que estar-se-á no campo do direito e não dos fatos. No caso, entretanto, cumpriria examinar se do ato do doador resultaria a intenção de vincular uma obrigação, traduzível como encargo. Ai adentrar-se-ia no terreno fático.

Sustenta-se, aliás com brilho, que não há obrigação quando o encargo é “imposto no benefício do próprio donatário”, como disse CLÓVIS (Código Civil Comentado — Francisco Alves — 1958 — v. 4 — p. 279). E que esta seria a hipótese, já que a construção de um campo de aviação atenderia ao interesse do favorecido pelo ato.

A observação de CLÓVIS deve ser examinada com muito cuidado. Pode-se admitir que se no exclusivo interesse do donatário, não seja exigível o cumprimento do encargo. Mesmo assim, entretanto, a doação expõe-se a ser revogada. Mais frequentemente, o encargo poderá atender exatamente ao interesse do donatário, mas, ao mesmo tempo, corresponder ao do doador. Isso se verifica em casos como o dos autos. Se à União poderia convir a construção do campo de aviação, ao Estado também interessaria que ele existisse. Feita a doação para que o imóvel tivesse determinada finalidade, explicitamente consignada, não seria dado ao donatário modificá-la a seu alvedrio. Aceita a doação com aquela cláusula, surgiria a obrigação de adimplir o pacto.

Vê-se que, no caso, a anuência com o ato, que não era de pura liberalidade, envolvia a assunção do dever jurídico de executar encargo.

Em tese, isso não repugna aos contratos de doação desde que a aquiescência possa deduzir-se inequivocamente do comportamento do donatário. Manifestação tácita pode haver nos contratos em geral

(art. 1.079) — No caso, entretanto, isso é totalmente inviável, em virtude do ente público envolvido.

Afirma-se que a anuência decorreria da transcrição, que sequer se sabe por quem foi diligenciada. Ora, não há como entender-se, *data venia*, que desse modo possa a União obrigar-se. A aceitação da doação envolvia a do encargo. Mesmo tratando-se de contrato não regido pelo direito público, a presença da União afasta a possibilidade de que as coisas assim se passem. Para que assuma obrigações contratuais, indispensável sejam formalizadas.

Considero, em vista do exposto, não ter havido violação dos dispositivos legais citados no recurso. Nem se trata de revogação, mas de inexistência da doação, por não concluído o contrato. E o dissídio é inexistente, posto que o paradigma refere-se à doação pura.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.462-0 — MT (91.0013897-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: União Federal. Recdos.: Heitor Medeiros e cônjuge. Advogados: Gervasio Leite e outro. Recdos.: Maximo Levy e cônjuge. Advogados: Salvador Pompeu de Barros filho e outro. Recdo.: Milton Chaves Correa. Advogado: Felix Marques.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 11.10.93 — 3ª Turma).

Impedido o Sr. Ministro Nilson Naves.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 12.648 — SP

(Registro nº 91.0014416-9)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Schahin Cury Engenharia e Comércio Ltda.*

Advogados: *Dr. Luiz Carlos de Toledo e outros*

Recorridos: *Josefa Tertulina dos Santos e cônjuge*

Advogados: *Dra. Maria Aparecida Mendes Vianna e outro*

EMENTA: Direito civil. Indenização (art. 159, CC). Acidente do trabalho. Culpa leve. Enunciado 229 da Súmula/STF. Lei 6.367/76. Direito adquirido. Precedentes. Recurso desacolhido. 1. Segundo entendimento da Turma, a partir da edição da Lei 6.367/76 passou a não mais prevalecer o enunciado nº 229 da súmula/STF, que restringia a responsabilidade do empregador pela indenização de direito comum aos casos de dolo ou culpa grave. Pela reparação civil, devida como decorrência de sinistros laborais desde então verificados, passaram a responder todos aqueles que para os mesmos tenham concorrido com culpa, em qualquer grau, ainda que leve, independentemente da existência, ou não, de vínculo empregatício com a vítima. 2. Ocorrente o acidente em abril de 1988, não se há de cogitar de pretensão de direito adquirido a só indenizar nos casos preconizados pelo superado verbete.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso, tendo o Ministro Relator reformulado o seu anterior pronunciamento. O Ministro Athos Carneiro não participou da votação, em virtude de ausência à sessão de 29.09.92.

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de junho de 1993
(data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO,
Presidente. Ministro SÁLVIO DE
FIGUEIREDO, Relator.

EXPOSIÇÃO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Cuida-se de ação de indenização civil proposta por mãe de vítima fatal de acidente do trabalho.

O MM. Juiz, analisando a espécie, assim decidiu:

“Com efeito, clara é a inicial em fundamentar o pedido indenizatório na alegada culpa leve da ré (fls. 3, item 1.5). A jurisprudência entretanto, consubstanciada na Súmula 229 do STF, exige dolo ou culpa grave do empregador, para que emergja o direito à indenização acidentária na esfera do direito comum *sic*.”

Ora, se os próprios autores reconhecem a inexistência de culpa grave da ré, na ocorrência do fatídico acontecimento, rejeita-se a pretensão indenizatória na esfera do direito comum.

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, julgo im procedente o pedido. Deixo de condenar os autores nas verbas de sucumbência, por serem beneficiários da justiça gratuita”.

Interpostas apelações por ambas as partes, a eg. Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao apelo da autora, considerando prejudicado o da ré, que objetivava fosse afastada a isenção relativa às verbas de sucumbência.

A Câmara julgadora, para assim decidir, adotou como argumento o fato de a nova Constituição, em seu art. 7º, XXVIII, estabelecer o pagamento de indenização civil, a cargo do empregador, quando incorrer em dolo ou culpa, sem, quanto a esta última, quantificar grau de intensidade (leve ou grave).

Afastando portanto a aplicabilidade do enunciado nº 229 da súmula/STF, anulou a sentença e determinou a realização de instrução probatória a fim de possibilitar a apuração da alegada culpa (leve) atribuída ao empregador.

Inconformada, a empresa-ré manifestou recursos extraordinário e especial, alegando, neste último, afronta ao art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução. Sustenta, em síntese, ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, na medida em que o acórdão atacado, embora reconhecendo tenha o acidente ocorrido em 16.4.88, fez incidir sobre a espécie a disciplina normativa ditada pela nova ordem constitucional, que passou a vigor somente em outubro daquele ano. Pugna, assim, pela adoção do entendimento cristalizado no verbete nº 229 da súmula do Excelso Pretório. Cita, em apoio à sua tese, monografia de Humberto Theodoro Júnior, publicada em RT 662/11.

Contra-arrazoados os apelos, restaram admitidos na origem, pelo que subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): A questão sobre que se controverte é eminentemente de direito. Consiste em definir se a norma constitucional que estabeleceu responsabilidade civil por simples culpa do empregador (art. 7º, XXVIII) se aplica a fatos

ocorridos sob a égide do ordenamento jurídico anterior, quando, a teor da jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal, a indenização pleiteada com base nas regras do Direito Civil somente era devida em caso de dolo ou culpa grave.

A tanto se limita o debate. Não se cogitou, por exemplo, da questão sobre se, em face da Lei 6.367/76, ainda subsistiria o enunciado nº 229 da súmula/STF. O acórdão, embora entendendo que, à época do acidente, prevalecia o comando cristalizado em referido verbete, considerou aplicável regra prevista na Constituição/88.

Na espécie, restou indubitosa a circunstância de que a morte do filho da autora, fato gerador do pretense direito subjetivo de que se julga titular, se deu em abril de 1988, quando ainda não promulgada a nova Constituição.

À época do evento, portanto, era entendimento assente o de que, em casos tais, somente responderia civilmente a empresa caso houvesse concorrido para o sinistro com dolo ou culpa grave.

Assim, quando do acidente, o ordenamento jurídico vigente não conferia à recorrida direito subjetivo à indenização em sendo reconhecida, como *in casu*, apenas culpa leve por parte do empregador. Nessa linha, não impingia a este, nas mesmas condições, responsabilidade civil pela reparação do dano.

Destarte, o falecimento do filho não gerou direito ao ressarcimento do prejuízo de natureza civil, embo-

ra assegurado o decorrente da infortunística. No âmbito do direito comum, portanto, a pretensão material deduzida pela autora mostra-se despida de possibilidade jurídica. Não pode o Judiciário, provocado, reconhecer direito que a ordem legal reinante ao tempo do fato — supostamente ensejador do direito — não assegurava.

A edição de norma posterior, estipulando direito à indenização nas mesmas condições, não tem o condão de alcançar situação pretérita, cuja concretização se tenha operado por completo sob os auspícios da legislação antiga. Só há direito subjetivo se a ordem jurídica o prevê e somente a partir de quando o prevê. Não havendo previsão de que a determinado acontecimento do mundo fático corresponda um direito subjetivo, ocorrido aquele, ainda que em momento seguinte se preveja tal direito, não há como titulá-lo a alguém, tomando como base o fato pretérito.

Isto porque, a todo direito se contrapõe uma prestação. E mostra-se imperioso preservar o direito de a parte contrária não ser compelida a prestar (entregar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa), se a estrutura legal existente quando da ocorrência do fato que se coloca como *causa petendi* não o obrigava a tanto.

O direito, portanto, neste caso, é da recorrente, de não indenizar.

Não se alegue, outrossim, que frente à Constituição não existe direito adquirido.

Esse jargão, freqüentemente invocado sem muito critério, deve ser entendido *modus in rebus*.

Tão-somente em relação às normas propriamente constitucionais, assim consideradas aquelas que encerram comandos de ordem pública, destinadas à reestruturação da conjuntura social, econômica ou institucional do País, é que se admite essa concepção. Não assim, porém, em relação às normas que, embora constitucionais, consubstanciam inequívoca regência de índole privada.

Quanto ao conceito de norma constitucional, incensurável se demonstra o magistério de Carmen Lúcia Antunes Rocha, no sentido de que:

“Toda norma que estabelece fundamentos da sociedade estatal é constitucional, vale dizer, estratifica juridicamente um comportamento social ou institucional e sobre ele firma, ou reafirma, estruturas que modelam, ou remodelam, a sociedade estatal”.

..... *omissis*

“A natureza definidora de norma constitucional é a sua fundamentalidade. A norma jurídica magna traz a marca da essencialidade que caracteriza a sua disposição”.

..... *omissis*

“Observação que merece ser relevada, neste passo, é o da função da norma constitucional, que é a de construir as bases jurídicas da sociedade estatal segundo as tendências, necessidades e interesses an-

cilares ao povo” (“Revista de Informação Legislativa a. 26, nº 103, jul/set, 1989”, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, págs. 153/154).

Também na esfera infraconstitucional se opera a mesma distinção. Esta Corte, por exemplo, vem sufragando orientação no sentido de que as normas de Direito Econômico, de ordem pública, têm incidência imediata, não se havendo cogitar de pretensão direito adquirido (confirase, dentre muitos, o REsp nº 3.996-SP, DJ de 22.04.91, por mim relatado).

No caso dos autos, a norma invocada cuida de responsabilidade civil, tópico que se encontra circunscrito ao âmbito do direito privado. Assim, à mesma não se confere a prerrogativa de que gozam as regras de ordem pública no que tange ao respeito à inviolabilidade do direito adquirido.

Quanto ao particular, inteiramente pertinente a observação feita por José Afonso da Silva, in “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros Editores, 8ª edição, 1992, segunda parte, tit. VI, cap. II, nº 18, p.380:

“Direito adquirido e direito público. Cumpre fazer uma observação final a respeito da relação entre direito adquirido e Direito público. Não é rara a afirmativa de que não há direito adquirido em face da lei de ordem pública ou de Direito público. A generalização não é correta nesses termos. O que se diz com boa razão é que não corre direito adquirido contra o interesse coletivo, por-

que aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral. A Constituição não faz distinção”.

Por outro lado, atente-se que mesmo as normas de ordem pública só podem atingir as relações jurídicas em curso de execução diferida no tempo. Não aquelas cujo fato obrigacional seja estanque e tenha produzido seus efeitos, por inteiro, durante a vigência da lei velha. Há, em casos tais, situação jurídica consumada, imutável, ainda que, por vezes, dependente de reconhecimento pelo Judiciário. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos, ao lecionar:

“Daí porque praticamente problema nenhum colocam aqueles atos que foram produzidos e geraram todos os seus efeitos debaixo da lei velha. Com relação a estes, seria um verdadeiro fenômeno de truculência jurídica a lei nova querer com eles imiscuir-se. O problema central se coloca no seguinte ponto: quando é que atos praticados no passado podem continuar a produzir efeitos que a lei nova já não autoriza? Aqui sim é que se faz necessária a proteção do direito adquirido” (“Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, 11^a ed., 1989, n^o 14.4, págs. 201/202).

José Cretella Júnior, em comentários ao art. 5^o, XXXVI, da Constituição, tomando como exemplo os consectários decorrentes do fenômeno morte, tece as seguintes considerações sobre o direito adquirido:

“A lei nova não atingirá o direito adquirido, não incidirá sobre o

direito adquirido. A lei nova não pode retirar “do mundo” o fato jurídico, pois o evento já ocorreu e interferiu no mundo jurídico. Fato jurídico é o próprio fato do mundo (a morte, por exemplo) com repercussões no mundo jurídico. O fato jurídico que ainda não ocorreu, esse sim, está à mercê da lei nova. O fato ocorrido não, porque é algo perfeito e acabado, que pertence ao passado. Temos, assim, dois planos: o plano da existência e o plano da eficácia. “Foi por isso que o legislador não se satisfaz com a proposição no plano da existência, e lançou mão de outra, no plano da eficácia: “A lei não prejudicará o direito adquirido” (cf. Pontes de Miranda, Comentários, 3^a ed., 1987, Ed. Forense, v. V, p.101). O legislador constituinte referiu-se a “direito” (direito adquirido), que é consequência, é efeito, mas, na realidade, a eficácia ou irradiação de efeitos ocorreu no instante preciso da morte” (“Comentários à Constituição de 1988”, vol. I, Forense universitária, 1^a ed., 1989, n^o 279, pág. 456).

Por derradeiro, impende destacar o magistério de José Afonso da Silva em relação ao particular. Com propriedade, assim situa a questão:

“Para compreendermos um pouco melhor o que seja o direito adquirido, cumpre lembrar o que se disse acima sobre o direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal di-

reito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). P. ex., quem tinha o direito de casar de acordo com as regras de uma lei, e casou-se, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. A lei nova não pode descasar o casado, porque estabeleceu regras diferentes para o casamento”.

..... *omissis*

“A lei nova não se aplica a situação subjetiva constituída sob o império da lei anterior”.

..... *omissis*

“Afora isto, o princípio da irretroatividade da lei não é de Direito Constitucional, mas princípio geral de Direito. Decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Isto é: são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor. Só podem surtir efeitos retroativos, quando elas próprias o estabeleçam (vedado em matéria penal, salvo a retroatividade benéfica do réu), resguardados os direitos adquiridos e as situações consumadas evidentemente”.

..... *omissis*

“Esse direito consumado é também inatingível pela lei nova, não por ser ato perfeito, mas por ser direito mais do que adquirido, direito esgotado. Se o simples direito adquirido (isto é direito que já inte-

grou o patrimônio, mas não foi ainda exercido) é protegido contra interferência da lei nova, mas ainda o é o direito adquirido já consumado” (ob. cit. págs. 379/381).

Da análise dessas três lições doutrinárias, ressaí, como conclusão, que nem mesmo as normas de ordem pública, salvo expressa autorização constitucional, podem interferir nas situações definitivamente constituídas que já tenham produzido seus efeitos no mundo jurídico. Vedado ao Judiciário modificar tais efeitos em razão de mudança posterior na disciplina legislativa reguladora de mencionadas situações, sob pena de intolerável e eterna insegurança das relações.

A partir do evento morte, portanto, consumou-se o direito da recorrente, de não lhe ser atribuída responsabilidade civil, segundo o princípio *tempus regit actum*.

No que tange ao direito consumado, apropriado transcrever as seguintes ponderações também de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

“É certo que a norma constitucional, como, de resto, toda e qualquer regra entronizada na ordem jurídica, não repristina, a dizer, não retrograda, não se aplica ao passado, nem deveria atingir situações completadas, efetivadas e consumadas sob a égide da regra anterior. A irretroatividade das leis, especialmente quando concerne aos direitos individuais, relevo dado à liberdade, conduz ao arbítrio, à insegurança, ao abuso dos governantes, como luminariamente exprime Pontes de Mi-

randa: “a irretroatividade defende o povo; a retroatividade expõe-se à prepotência”.

..... *omissis*

“Destarte, o direito constituído sob a égide de valores desacolhidos e de normas desfeitas não subsiste, quando do advento da nova ordem constitucional, senão se a situação jurídica subsumida ao ordenamento anterior tiver produzido os seus efeitos e estes tiverem se consumado ainda na vigência daquela, porquanto, então, tratar-se-ia de direito consumado”.

..... *omissis*

“Coisas distintas são os fatos passados, normados e consumados no tempo passado e os fatos passados, mas cujos efeitos são contínuos, persistindo sob o efeito da lei nova” (ob. cit. págs. 155/160).

Em reforço a esse entendimento, cumpre-nos, ainda, porque de inteira pertinência, transcrever excerto colhido pelo recorrente de artigo doutrinário elaborado por Humberto Theodoro Júnior, no qual, comentando hipótese similar à destes autos, assim se posicionou quanto ao tema:

“O TJMG acaba de julgar em caso de concurso de responsabilidade civil e acidentária, já aplicada a inovação da atual Carta Magna. O acórdão chegou à seguinte conclusão:

“É sabido, porque de jurisprudência até sumulada, que a indenização acidentária não exclui a do Direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.

“Com o advento da Constituição Federal de 1988, modificou-se o Direito. A norma orgânica contida no art. 7º, XXVIII, da CF, passou a assegurar ao trabalhador urbano ou rural o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa. A lei maior foi além da jurisprudência sumulada, excluindo a gravidade da culpa do empregador como condição para responsabilizá-lo civilmente pelo ressarcimento do dano” (TJMG, Ap. 81.280-1, Rel. Des. Oliveira Leite, j. 28.11.89, J Mineira 108/267).

Nota-se que o TJMG aplicou a nova disciplina, criada pela Constituição Federal de 1988, à solução de um caso ocorrido antes de sua vigência, e em que a culpa do empregador não fora grave. Para justificar essa incidência imediata da regra nova, invocou-se o art. 462 do CPC, que permite ao Juiz levar em conta, na sentença, o fato superveniente à propositura da ação, em cuja idéia se inclui também o direito novo.

Aqui, porém, e com a máxima vênia ao C. Tribunal, houve um equívoco de técnica processual na aplicação da norma contida no art. 462. É que o dispositivo em questão não autoriza alteração nem do pedido nem da causa de pedir, mormente quando se trata de obrigação de direito privado.

A obrigação, segundo regra de imemorial prevalência, rege-se pela lei da época de sua constituição. Se pela lei do tempo do acidente

não tinha a vítima direito subjetivo à indenização de direito comum, não pode, *data venia*, o Tribunal reconhecer tal direito com base em norma legal posterior. Isto seria dar efeito retroativo à nova regulamentação, o que a própria Carta Magna proíbe.

Não é a sentença que cria a responsabilidade civil aquiliana. O Juiz apenas reconhece a presença do direito da vítima em face do causador do dano, direito esse que nasceu no momento da lesão injusta e sob o império exclusivo da lei então vigente. Se pela lei do tempo do fato, não surgiu o dever de indenizar, não será a norma posterior que terá a força de fazer aparecer, supervenientemente, o direito subjetivo não gerado pelo fato pretérito” (“Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil”, RT 662/11-12).

Comungando, às inteiras, desse entendimento, conheço do recurso e dou-lhe provimento para julgar a autora carecedora da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, determinando retornem os autos ao eg. Tribunal de origem para que se manifeste sobre a apelação da ré — tida por prejudicada — relativa à condenação nos ônus da sucumbência.

Dando por prejudicado o recurso extraordinário, determino, após o trânsito em julgado, a baixa dos autos à origem. (*)

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de ação de indenização por acidente do trabalho postulada pelo direito comum. O acidente ocorreu em 16.04.88 e o petitório vestibular faz alusão de que a ré se houve com culpa leve.

O MM. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que a jurisprudência exige, para que emergja o direito à indenização acidentária na esfera do direito comum, a ocorrência de dolo ou culpa grave do empregador.

Dando provimento ao apelo da autora, prejudicado o da ré, o Tribunal de Justiça de São Paulo anulou a sentença e determinou a realização da instrução probatória, a fim de possibilitar a apuração da alegada culpa leve atribuída ao empregador.

A discussão, que se trava no presente pleito, diz com a aplicação de norma constitucional (art. 7º, inciso XXVIII) ao evento infortunístico acontecido antes de sua vigência.

Por primeiro, tenho que, embora no recurso especial a ré-recorrente invoque vulneração do art. 6º, § 2º, da LICC, na verdade o que está ela pretendendo discutir é tema de natureza precipuamente constitucional, qual seja, a impossibilidade de incidir o preceito citado do art. 7º, nº XXVIII, da CF, a um fato (acidente do trabalho) anterior à vigência da lei maior, o qual, segundo a recorrente, se encontrava sob a égide de lei anterior.

(*) v. retificação de voto anexo.

Afora este aspecto, suscetível de reexame através do recurso competente, o extraordinário, por sinal admitido, lembro que a questão enfocada não constitui novidade nesta Eg. Turma, tendo já sido objeto de apreciação quando do julgamento do REsp nº 5.358-MG, Relator Ministro Fontes de Alencar.

Naquela ocasião, apartei-me da douta maioria apenas no que concerne à fundamentação de voto, acompanhando o ilustre Relator quanto à conclusão. Anotei em meu pronunciamento ali proferido, *in verbis*:

“Lembra Roberto Rosas que a Súmula 229 do STF merece reflexão a partir da Lei nº 6.367, de 1976 (Direito Sumular, pág. 97, 4ª ed.). Isso, independentemente, a meu ver, do preceito inscrito no art. 7º, inciso XXVIII, da vigente Carta Magna.

Estabelecia, com efeito, o art. 31 do Dec.-lei nº 7.036, de 1944, que a indenização paga pelo empregador por acidente do trabalho, o exonerava da indenização do direito comum, salvo no caso de dolo, a que a construção pretoriana equiparou a culpa grave.

Revogado expressamente tal preceito legal (cf., art. 22 da Lei nº 6.367/76), não subsistiu desde então na legislação ordinária qualquer dispositivo que exonerasse o empregador da indenização do direito comum. Essa reparação passou a regular-se de acordo com a regra geral, prevista no art. 159 do Código Civil. Nesse sentido o voto do emittente Desembargador Macedo Bit-

tencourt, que se acha encartado na RJTJESP, vol. 92, pág. 400, *in verbis*: “já não há razão, portanto, para que não se aplique a regra geral do art. 159 do CC.”

Nessas condições, pese embora a insistência da orientação emanada da Suprema Corte no sentido da manutenção da Súmula 229 (cf. RTJ 121/1.198), a verdade é que o seu enunciado desde há muito, mesmo antes do advento da nova lei maior, já merecia u’a revisão, afim de permitir-se a indenização decorrente de acidente do trabalho, pelo direito comum, com a demonstração da ocorrência da simples culpa do empregador, prescindindo-se da culpa grave.

É o que chegou a observar Aguiar Dias, *in verbis*: “O Supremo Tribunal Federal, baseado no referido art. 31, admitiu, na Súmula 229, a ação de direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador ou seus prepostos. Não tendo sobrevivido o art. 31 do Dec.-lei de 1944, não se pode manter a Súmula que nele se inspirava e fundamentava” (Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, pág. 281, ed. 1984).

Assim, reconhecendo o dissídio com a referida Súmula, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, sem necessidade de, a meu sentir, examinar a eficácia da norma constitucional invocada pelo Relator. Penso nesse particular que a disposição constitucional não poderia retroagir para alcançar um fato ocor-

rido anteriormente à sua promulgação. Cuida-se, com efeito, de acidente ocorrido em 30.6.86.

Não há, de qualquer forma, violação do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, consoante resulta da fundamentação acima expendida”.

Estas razões afiguram-se-me pertinentes na hipótese ora em exame. Revogado que se acha, de há muito, o art. 31 do Dec.-lei nº 7.036, de 1944, era permitido à mãe do infeliz obreiro pleitear a indenização pelo direito comum, fundada em culpa leve da empregadora, tudo independentemente da norma inscrita no art. 7º, inciso XXVIII, da Carta Magna.

Vale ressaltar que esta C. Turma, em decisão posterior, placitou tal entendimento. Refiro-me ao REsp nº 19.338-SP, de que foi Relator o eminente Ministro Athos Carneiro, cuja ementa se acha assim vazada:

“MOLÉSTIA PROFISSIONAL. CULPA LEVE DA EMPRESA. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO DE DIREITO COMUM, JÁ NO REGIME DA LEI 6.367/76. SÚMULA 229 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Admite-se, para os acidentes do trabalho e moléstias profissionais ocorrentes já sob o regime da Lei 6.367/76, o cúmulo das duas indenizações, a acidentária e a de direito comum, esta a cargo do empregador e dêz que haja ele, ou seus prepostos, concorrido para o acidente, por dolo ou por culpa, quer culpa grave, quer leve.

Recurso especial conhecido, mas não provido”.

Não vejo, de qualquer forma, também pelos motivos supra-alinhados, afronta ao indigitado art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução do Código Civil.

Ante o exposto, rogando vênia ao eminente Relator, não conheço do recurso, ordenando a remessa dos autos, oportunamente, ao Eg. Supremo Tribunal Federal para os devidos fins de direito.

É como voto.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, tenho também voto nesse sentido e vale trazer à tona um dos fundamentos daquela súmula do Supremo Tribunal Federal, precisamente no dizer de Hahnemann Guimarães: “se não houvesse uma legislação especial para os acidentes do trabalho o operário poderia pedir a indenização pelo direito comum, nos termos do artigo 159 do Código Civil”. Ora, da legislação especial não pode resultar desfavor para o operário que a lei visa proteger.

Data venia do eminente Ministro-Relator, acompanho o voto do Sr. Ministro Barros Monteiro.

VOTO — DESEMPATE

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, ação de indenização civil proposta pela mãe da falecida vítima, fundada na impu-

tação de culpa leve à empregadora, julgada improcedente em primeiro grau, à vista da Súmula 229 do Supremo Tribunal, obteve êxito em grau de apelação unanimemente provida pela Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao submeter a causa a preceito constitucional, muito embora superveniente ao ajuizamento da causa (Const. de 05.10.88, art. 7º, XXVIII).

Eis a fundamentação do acórdão impugnado por este recurso especial:

“Conforme consta da r. sentença recorrida, a pretensão indenizatória deduzida por pais da vítima fatal em decorrência de acidente do trabalho, foi rejeitada nesta esfera de direito comum por reconhecida a inexistência de culpa grave da ré. E isto porque na inicial os autores fundaram a responsabilidade civil ante a ocorrência de “culpa leve” da empresa demandada.

Acontece que a Constituição Federal de 1988 ampliou as hipóteses de proteção dos trabalhadores. No inciso XXVIII do art. 7º, estabelecendo o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, não o exonerou da obrigação de indenizar, se comprovada simplesmente a culpa.

Sem dúvida que a Súmula nº 229 do Colendo Supremo Tribunal Federal e nosso Tribunal (cf. Uniformização de Jurisprudência na Apelação Cível nº 38.705-I — São Paulo) não excluía a indenização com base no direito comum, havendo “do-

lo ou culpa grave” do empregador. Mas, tal construção pretoriana restou parcialmente modificada em decorrência do supracitado dispositivo constitucional.

Atualmente, em casos como o em tela, basta a ocorrência de culpa, isto é, a aquiliana, para ensejar a indenização com base no direito comum.

Nada obstante o acidente noticiado pelo petitório exordial haver ocorrido antes da promulgação da atual Carta Magna, a r. sentença foi proferida em sua plena vigência. E isto estava a impor ao digno Magistrado sua aplicação. Não se olvide que, em se tratando de norma de caráter interpretativo, sua incidência é imediata.

Assim, não tendo o MM. Juiz levado em conta tal dispositivo, feriu o lúdimo direito dos autores de provar a alegada culpa da ré.”

2. O substancioso voto do eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO teve por contrariado o art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Cód. Civil, uma vez que a norma constitucional não poderia alterar a realidade pretérita para determinar conseqüências jurídicas então já configuradas consoante a lei do tempo da ocorrência em que se funda a demanda. S. Exa. também recusa aplicação do art. 462 do Cód. de Proc. Civil à espécie, aduzindo, quanto ao ponto, apropriadas considerações de ordem doutrinária. Por entender que, ao tempo do fato, este, tal como alegado, não podia surtir o efeito pretendido e que a nor-

ma subsequente não poderia mudar as coisas, S. Exa. conhece do recurso especial por afronta ao citado preceito, razão pela qual, dando-lhe provimento, julga a autora (recorrida) carecedora da ação, por impossibilidade jurídica do pedido.

II

3. Desse r. entendimento dissentiu, em seu d. voto-vista, o eminente Ministro BARROS MONTEIRO, logo secundado pelo preclaro Ministro FONTES DE ALENCAR.

Não tendo participado da primeira assentada de julgamento, nos termos do art. 181, § 2º, do Regimento Interno, após o exame dos autos, passo a resumir meu pronunciamento, ante o empate que se verificou.

4. Tenho para mim que, tal como demonstrado minuciosamente pelo d. voto-vista do Ministro BARROS MONTEIRO, o direito vigente ao tempo do fato em que a demanda se baseia era já então diverso daquilo que se encontra sintetizado na citada Súmula 229 do Supremo Tribunal, pois a Lei 6.367, de 1976, ao revogar o art. 31 do Decreto-lei 7.036, de 1944, já havia restabelecido (antes, portanto, do advento da atual Constituição) o princípio tradicional em que se inspira o art. 159 do Cód. Civil, segundo o qual, consoante a Lei Aquilia, suficiente é a culpa leve para conferir direito a indenização.

Ficou, assim, na última assentada, esclarecido que o acórdão da apelação, para assegurar o prosseguimento da demanda em primeiro grau, não necessitava subir ao novo texto constitucional.

5. Se, portanto, foi menos feliz a r. decisão da apelação do modo de subsumir os fatos de causa ao direito objetivo, como quer que seja, este (que não dependia nem depende da nova ordem constitucional), antes não era e não é, senão o que foi aplicado, mercê de outro preceito normativo, em relação ao qual (único, aliás, que importa) não prospera a cogitada contrariedade ao art. 6º, § 2º, da LICC.

6. A despeito, portanto, do substancial estudo do caso contido no d. voto do eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO e sem quebra do apeço que S. Exa. sempre nos merece, peço vênica para não conhecer do recurso, como faz o eminente Ministro BARROS MONTEIRO.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.648-0 — SP — (91.0014416-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recite.: Schahin Cury Engenharia e Comércio Ltda. Advs.: Luiz Carlos de Toledo e outros. Recdos.: Josefa Tertulina dos Santos e cônjuge. Advs.: Maria Aparecida Mendes Vianna e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, e dos Srs. Ministros Barros Monteiro, Fontes de Alencar e Bueno de Souza, dele não conhecendo, pediu VISTA o Sr.

Ministro Relator, para reexame do tema (em 23.03.93 — 4ª Turma).

O Sr. Ministro Athos Carneiro não participou da votação, em virtude de ausência à sessão de 29.09.92.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Após proferidos os votos-vistas dos eminentes Ministros Barros Monteiro e Bueno de Souza, com suporte em norma regimental solicitei vista dos autos para reexaminar a espécie, considerando, inclusive, que, posteriormente ao voto dado neste recurso, vim a filiar-me ao entendimento da Turma a propósito da responsabilidade do empregador pela indenização do direito comum a partir da Lei 6.367/76 (art. 22), dando nova exegese ao enunciado sumular nº 229, como se vê, dentre outros, do REsp 19.338.

Em face de tal posicionamento, reformulo o voto anteriormente proferido para ter por não contrariada

a norma do art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução, não conhecendo do recurso e determinando oportuna remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.648-0 — SP — (91.0014416-9) — Relator: Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Schahin Cury Engenharia e Comércio Ltda. Advogados: Luiz Carlos de Toledo e outros. Recdos.: Josefa Tertulina dos Santos e cônjuge. Advogados: Maria Aparecida Mendes Vianna e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, tendo o Sr. Ministro Relator reformulado o seu anterior pronunciamento (em 08.06.93 — 4ª Turma).

O Sr. Ministro Athos Carneiro não participou da votação, em virtude de ausência à sessão de 29.09.92.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 13.591-0 — MG

(Registro nº 91.00163732)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Conrado Campos do Amaral Renno*

Recorrido: *Citibank N. A.*

Advogados: *Drs. Carlos Olavo Pacheco de Medeiros e outros, e Euler da Cunha Peixoto e outros*

EMENTA: Depósito. Coisas fungíveis. Regula-se pelo disposto acerca do mútuo (CCv., art. 1.280). Caso em que cláusula contratual não tornou regular o depósito irregular. Hipótese de não cabimento de ação de depósito, à vista de precedentes da 3ª Turma do STJ: REsp's 3.013 e 11.108. Recurso especial 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. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação de

depósito, em que o autor pediu a entrega de sacas de café beneficiado, dadas em garantia de mútuo, que a sentença julgou procedente e o acórdão negou provimento à apelação do réu. Daí o recurso especial, depois de rejeitados os embargos de declaração, pela alínea *a*, alegando o recorrente que o acórdão ofendeu os arts. 50, 1.280 e 789, do Cód. Civil, 271 e 276, do Cód. Comercial, 25 da Lei nº 4.595/64, e 535 do Cód. de Pr. Civil. Foi o recurso admitido por este despacho do Juiz Paulo Medina:

“Firma sua irresignação nos seguintes pontos: ilegitimidade *ad processum* do embargado porquanto impossível dispensar a constituição sob a forma de sociedade anônima; invalidade de penhor mercantil sem a tradição do respectivo objeto; inviabilidade de alienação fiduciária de coisas fungíveis e de se convencionar em contrato-tipo a fun-

gibilidade de bens infungíveis; rejeição de embargos declaratórios a representar negativa de prestação jurisdicional; irregularidade do depósito.

A decisão recorrida rejeitou a preliminar e, no mérito, negou provimento à apelação afastando as alegações.

Considerou que nos termos do art. 18 da Lei 4.595/64 e em face dos documentos oferecidos, comprovatórios da autorização para funcionamento da instituição bancária no Brasil e registro na Junta Comercial, rejeita-se a preliminar de falta de legitimidade *ad processum*.

Observou que pactuado em contrato de penhor mercantil, paralelo a um contrato de mútuo, a referente falta de tradição, nenhuma consistência tem, bastando verificar cláusula quinta (5ª) do contrato mencionado, fls. 10-TA. Nele está expresso a efetiva entrega dos bens (sacas de café) do apelante, como fiel depositário, o que diz tudo' (fls. 130/1).

Rejeitou, demais disso, os embargos declaratórios apresentados 'para o fim de prequestionar dispositivos legais cuja vigência considera negada' (fls. 135), ao fundamento de que 'a leitura das razões de fls. 134/140-TA mostra, à saciedade, que o embargante procura obter reexame das matérias decididas pelo v. acórdão e os embargos de declaração não se prestam a esta finalidade' (fls. 144/5).

Contudo, no que respeita à discussão acerca da irregularidade do depósito, a argumentação recursal trouxe razoável dúvida sobre a incidência ou não das normas que invocava.

É certo que a Turma Julgadora, valendo-se do contrato celebrado, concluiu que a alegação peca pela base porquanto, embora as coisas depositadas sejam normalmente fungíveis, *in casu*, 'não há autorização no contrato para o depositário usar os bens depositados, o que exonera a condição de coisa fungível' (fls. 130).

Mesmo que se argumente com o enunciado nº 5 da Súmula do STJ e a inviabilidade de reconstrução do ato volitivo, forçoso observar o argumento recursal — corroborado por entendimento doutrinário e jurisprudencial — de que impossível atribuir fungibilidade a coisas que, por sua natureza, são infungíveis, devendo a vontade atuar dentro de certos limites, não podendo ir ao extremo de considerar fungíveis bens individualmente considerados ao arrepio da definição legal. E de que não é admissível a ação de depósito nos casos de depósito irregular, que há de reger-se pelas regras do mútuo (art. 1.280 do Código Civil).

Ora, ainda que se afaste a discussão da tese, apresentada pelo Relator, da alienação fiduciária de bens fungíveis, usada a expressão do recte. de que 'a garantia constituída não é fiduciária e nada,

absolutamente nada há de alienação fiduciária em garantia nos presentes autos' (fls. 149), discutível a questão relativa à impossibilidade de se convencionar a fungibilidade de infungíveis, somada ao tema da irregularidade do depósito e a assertiva calcada na determinação do artigo 1.280 do Código Civil.

Neste passo, serve de reforço o entendimento do STJ que, a despeito de partir do pressuposto da impossibilidade de os bens fungíveis e consumíveis e/ou comerciáveis serem objeto de alienação fiduciária, tornando assim ineficaz e inválida a garantia constituída, assevera que 'caracterizar como contratos de depósito contratos que realmente não o são, visando conferir maiores garantias ao credor é conduta ofensiva à proibição constitucional da prisão por dívida'."

Conclusos em 24.9.92, fl. 212.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Trata-se de ação de depósito, na qual o autor, ora recorrido, alegou o seguinte, em sua petição inicial:

"1 — Que em 10.02.87 celebrou com Renno & Filhos Ltda. contrato de mútuo, através do qual o suplicante emprestou à mutuária a importância de Cz\$ 9.850.000,00 (nove

milhões, oitocentos e cinqüenta mil cruzados), a qual deveria ser paga em 12.03.87, acrescida de encargos no valor de Cz\$ 2.117.750,00 (dois milhões, cento e dezessete mil, setecentos e cinqüenta cruzados).

2 — Em garantia do mútuo em apreço, além de uma nota promissória no valor correspondente ao principal e encargos, a devedora deu ao suplicante, em penhor, 9.000 (nove mil) sacas de café beneficiado, tipo 6, as quais foram entregues ao Sr. Conrado Campos que firmou o 'Contrato de Penhor Mercantil', respectivo, na qualidade de depositário..."

Defendeu-se o réu, entre outros fundamentos, com o da inexistência do contrato de depósito. Porém, acaso existente, tratar-se-ia de depósito irregular, versando sobre coisas fungíveis. Por isso pleiteou a extinção do processo sem o julgamento de mérito.

2. Foi o tema de defesa reeditado no recurso especial, porque a instância ordinária, pelo que vimos do relatório, julgou procedente a ação. É de se ver, segundo estes trechos da petição:

"5.1. Com efeito, caracterizadas 9.000 sacas de café como bens infungíveis, a improcedência do pedido inicial seria imperativa, pois o Código Civil é claro em seu art. 1.280:..."

.....

"5.2. Com indisfarçados propósitos de burla da lei e da Constituição, afirmou o recorrido que 'embora as

coisas depositadas sejam, normalmente, fungíveis, no caso em pauta, as partes consideraram como bens fungíveis, vez que deveria o depositário devolver exatamente os bens que recebera para guardar' (fls. 46 e 81-TAMG); ou seja, os mesmos grãos das mesmas 9.000 sacas de café que recebera há mais de quatro anos!"

.....
"Que o artigo 1.280 do Código Civil foi violado, ao que se vê, não resta a menor dúvida. Aliás, para essa conclusão bastaria afirmar — como se fez — que o depositário deveria guardar os mesmos grãos das mesmas 9.000 sacas de café!"

3. Conquanto um dos votos tenha falado "de alienação fiduciária de coisas fungíveis", para entender, à vista de precedentes jurisprudenciais, que a coisa fungível pode ser alienada fiduciariamente, outro voto bem determinou a questão em debate, salientando neste trecho:

"A três, inexistência de contrato de depósito, por se tratar de depósito irregular, peca a alegação pela base. É que, embora as coisas depositadas sejam, normalmente, fungíveis, caso presente, apelantes, apelado e Rennó & Filhos Ltda. consideraram como bens fungíveis, vez que deveria o depositário devolver os bens recebidos para guardá-los.

O prof. João Franzen de Lima, 'Curso de Direito Civil', Ed. Forense, vol. I, pág. 234, nº 270, leciona que: '... a infungibilidade poderá

resultar do acordo de vontades, ou das condições especiais do bem, ao qual, de fungível por natureza, se poderá atribuir o caráter de infungível. Assim, por exemplo, alguém empresta determinadas moedas para figurarem em uma exposição, obrigando-se o devedor a restituir-lhe as próprias moedas'.

Não há autorização no contrato para o depositário usar os bens depositados, o que exonera a condição de coisa fungível. Improcede o argumento."

Diga-se, também, que a questão foi suscitada em embargos de declaração, rejeitados pelo acórdão de fls. 143/5.

4. Nesta 3ª Turma, temos orientação de acordo com essas ementas redigidas pelos Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Cláudio Santos:

— "Depósito — Coisas fungíveis.

O depósito irregular não se confunde com o mútuo, tendo cada um finalidades específicas. Aplicam-se-lhe, entretanto, as regras deste, não sendo possível o uso da ação de depósito para obter o cumprimento da obrigação de devolver as coisas depositadas, cuja propriedade transferiu-se ao depositário. O adimplemento da obrigação de devolver o equivalente há de buscar-se em ação ordinária, não se podendo pretender a prisão do depositário" (REsp 3.013, DJ de 19.08.91).

— “Ação de depósito. Penhor. Coisas fungíveis.

Nos contratos de depósito irregular aplicam-se as regras do mútuo. Nesse caso não cabe a ação de depósito com pedido de prisão do devedor” (REsp 11.108, DJ de 04.11.91).

5. No presente caso, os bens dados em garantia, e entregues ao depositário, são bens fungíveis. Não me parece que a obrigação, inserida no contrato de penhor mercantil e à qual se reportou o acórdão, nos termos do voto de um dos Juízes, segundo a qual caberia ao depositário “entregar ou restituir os bens tão logo o Banco assim o exija”, tenha, digamos, tornado regular o depósito. Daí, reputando aqui irregular o depósito, valho-me dos precedentes da Turma para, conhecendo do recurso especial, dar-lhe provimento. Em consequência, extingo o processo sem

o julgamento do mérito, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.591-0 — MG — (91.0016373-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recte.: Conrado Campos do Amaral Renno. Advogados: Carlos Olavo Pacheco de Medeiros e outros. Recdo.: Citibank N. A. Advogados: Euler da Cunha Peixoto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 27.09.93 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 13.803-0 — RJ

(Registro nº 91.17001-1)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Du Pont do Brasil S.A.*

Recorridos: *Antonieta da Rosa Rita e outro*

Advogados: *Drs. Roberto Honorato da Silva e outros, e Maria de Fátima Almeida*

EMENTA: Acidente do trabalho. Ação indenizatória pelo direito comum. Súmula 229-STF. Inclusão no pólo ativo da relação processual de filho menor da vítima falecida. 1. Tendo deixado de figurar como co-autor na petição inicial o filho menor da finada vítima em razão de mera imprecisão técnica, correto é o proceder do Juiz de Direito ao ordenar a sua inclusão no pólo ativo da lide, com a devida regularização da representação processual. 2. Reconhecida no acórdão hostilizado a culpa grave do empregador, inadmissível na via do recurso especial a rediscussão sobre tal matéria, envolvendo o reexame do quadro probatório (Súmula nº 07-STJ). Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de março de 1993 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO,
Presidente. Ministro BARROS
MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Antonieta da Rosa Rita intentou ação indenizatória contra “Du Pont do Brasil S.A.”, objetivando obter pensão para si e seu filho menor, devida em razão da morte de seu marido ocorrida durante uma explosão em um dos prédios de encartuchamento de dinamite da empresa, enquanto trabalhava.

Tendo o então menor púbere Valdério Rita ratificado o pedido inicial e regularizado sua representação, a MMa. Juíza de Direito proferiu a sentença de fls. 117/125, em que julgou procedente a ação, condenando a ré ao pagamento de pensão equivalente ao salário percebido pela vítima, na proporção de 50% para a esposa e 50% para o filho.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento aos agravos retidos e deu provimento parcial à apelação interposta pela ré tão-só para fixar a pensão em dois terços do salário da vítima. Eis a ementa do v. acórdão:

“Responsabilidade civil. Explosão de dinamite em estabelecimento industrial, com sete vítimas fatais, entre elas o marido da autora. Culpa grave da organização industrial, completamente negligente, quanto às providências técnicas que deveria ter tomado, para prevenir acidentes dessa natureza. Procedência da ação indenizatória” (fls. 177).

Rejeitados os declaratórios, a demandada manifestou recurso especial com arrimo nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, aduzindo que a autora não poderia pleitear em seu nome direito alheio e que, após a citação, não era admissível alterar-se o pólo ativo da relação processual para incluir-se o filho da vítima. Nesse passo, apontou violação aos arts. 6º e 264 do CPC. Sustentou, de outro lado, divergência com a Súmula nº 229 do Excelso

Pretório, pois que o lamentável infortúnio não pode ser atribuído à culpa grave da recorrente.

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

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. A peça vestibular abrange a postulação formulada pelo menor Valdério Rita, filho da vítima fatal (cf. fls. 2/3, com o acréscimo da procuração de fls. 5). Assim, apenas por u'a imprecisão técnica é que deixou de figurar como autor, na petição inicial, o nome do aludido menor, que hoje já alcançou a maioria civil.

De sorte que, ao admitir o Dr. Juiz de Direito a sua inclusão no pólo ativo da relação processual, mais não fez do que ordenar o processo, fazendo com que se regularizasse a representação de quem, desde logo, era integrante da lide. Nenhuma contrariedade pode vislumbrar-se, assim, aos preceitos invocados da lei processual civil.

2. No que concerne ao dissídio, tenho para mim que, de há muito, deixou de subsistir a Súmula nº 229 do Supremo Tribunal Federal. É que, revogado o art. 31 do Dec.-lei nº 7.036, de 1944, pelo art. 22 da Lei nº 6.367/76, dispositivo algum da legislação ordinária permaneceu que exonerasse o empregador da indenização pelo direito comum. Daí

porque esta reparação passou a ter como supedâneo legal o art. 159 do Código Civil, bastando, pois, a simples culpa leve para a responsabilização do empregador. É o que defendi em votos proferidos nos REsp's nºs 5.358-MG e 12.648-SP, este último com o julgamento ainda não terminado.

De qualquer forma, lembro que esta C. Quarta Turma conta com o expressivo precedente acerca da matéria, de que foi Relator o eminente Ministro Athos Carneiro, cuja ementa assim se enuncia:

“MOLÉSTIA PROFISSIONAL. CULPA LEVE DA EMPRESA. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO DE DIREITO COMUM, JÁ NO REGIME DA LEI 6.367/76. SÚMULA 229 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Admite-se, para os acidentes do trabalho e moléstias profissionais ocorrentes já sob o regime da Lei 6.367/76, o cúmulo das duas indenizações, a acidentária e a de direito comum, esta a cargo do empregador e dêz que haja ele, ou seus prepostos, concorrido para o acidente, por dolo ou por culpa, quer culpa grave, quer leve” (REsp 19.338-SP).

Era bastante, portanto, no caso, a simples culpa leve da ora recorrente. O v. acórdão hostilizado, todavia, foi além; reconheceu a sua culpa grave, ao considerar ter havido na ocasião do evento danoso falha mecânica decorrente da má conservação das instalações, a tal ponto que a ré se dispôs a realizar composições amigáveis com familiares

das outras vítimas falecidas e até mesmo com outros filhos de Jorge Rita havidos em união concubinária.

A rediscussão sobre a ocorrência de culpa da empresa apresenta-se como inviável na via angusta do presente apelo especial, porquanto exige o reexame de todo o quadro probatório (Súmula nº 07 desta Corte).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, acompanho o eminente Ministro BARROS MONTEIRO.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.803-0 — RJ — (91.17001-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Du Pont do Brasil S/A. Advs.: Roberto Honorato da Silva e outros. Recdos.: Antonieta da Rosa Rita e outro. Adva.: Maria de Fátima Almeida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 23.03.93 — 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 16.067-0 — RJ

(Registro nº 91.21934-7)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Barros e Barros — Administradora de Consórcios Ltda.*

Recorrido: *Sérgio Fazzi*

Advogados: *Drs. José Luiz Fernandes Sobrinho e outros, e Roberto Ribeiro dos Santos*

EMENTA: Ação de consignação em pagamento. Entidade sob o regime de liquidação extrajudicial. Suspensão do processo. 1. Deve o feito seguir os seus trâmites normais, quando a lide não afeita, de modo direto, a massa líquidanda. 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 e Sálvio de Figueiredo.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de abril de 1993 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao agravo de instrumento interposto por consorciado na ação consignatória que move à administradora do consórcio, a fim de afastar a suspensão do processo determinada com fundamento no art. 18, *α*, da Lei nº 6.024, de 13.3.74. Eis a ementa do julgado.

“Agravo de instrumento. Inaplicabilidade à hipótese dos autos do disposto no art. 18, letra *α*, da Lei 6.024, de 13.3.74. Reforma da decisão agravada” (fls. 85).

Irresignada, manifestou a ré este recurso especial, alegando negativa de vigência do art. 18, letra *α*, da citada Lei nº 6.024, de 1974. Se-

gundo a recorrente, proposta a demanda anteriormente à decretação da sua liquidação extrajudicial, impunha-se a suspensão do feito até o término do aludido regime especial. Acenou ainda com o prejuízo adviniente ao próprio autor, que solveria as prestações devidas, para depois recebê-las em restituição somente através de rateio.

Admitido o apelo extremo pelo despacho presidencial de fls. 102/103, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Segundo o disposto no art. 18, *a*, da Lei nº 6.024, de 13.3.74, a decretação da liquidação extrajudicial produz o seguinte efeito:

a) “suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação.”

Ora, na ação de consignação em pagamento ajuizada, o consorciado pretende liberar-se das obrigações correspondentes às suas cotas, pelo valor que entende escorrido. Não se vê comprometido, portanto, de modo direto, o acervo da sociedade

liquidanda, pois que, com a eventual possibilidade de procedência da ação consignatória, irá ele crescer e não diminuir. Conforme já teve ocasião de decidir o Eg. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, a norma do art. 18, *a*, do referido diploma legal, dirige-se à proteção da massa e de seus credores. “Assim, mesmo as ações movidas por ela, ou contra ela, sujeitam-se ao crivo do mencionado artigo, desde que afetem a massa liquidanda, no que tem pertinência a *par conditio creditorum*” (Rev. dos Tribs. 632/133-134). No mesmo sentido assestou aquele Eg. Sodalício em aresto que se encontra inserto na Rev. dos Tribs. 623/108-109, onde se aduziu que:

“Logo, embora a ação proposta seja contra as financeiras liquidandas, não é ação a retirar parcela do patrimônio delas em benefício não concorrido dos agravados. Ao contrário, julgada a ação, entrará algo na esfera jurídica das financeiras sob liquidação extrajudicial, embora em quantia menor que a por elas pretendida; entretanto, a paralisação do processo, em vez de beneficiar os credores, somente os pode prejudicar. De modo que, atendendo-se aos *finis legis* — ao sentido e à orientação objetiva da regra jurídica do art. 18, *a*, da Lei 6.024/74 (devemos evitar qualquer alusão ao subjetivismo da intenção da legislação ou à “vontade da lei”) — verifi-

ca-se que a ação declaratória proposta contra as agravantes tem de prosseguir. Não pode o processo ficar suspenso" (pág. 109).

Não colhe, de outro lado, a argumentação expendida pela ora recorrente tocante a eventual gravame a ser suportado pelo autor-recorrido. Aqui, este último apresenta-se como devedor tão-somente; a situação de credor é, em verdade, alheia à presente lide, não passando por enquanto de simples cogitação.

Não se pode ainda afastar a incidência, no caso, do preceituado no art. 24, § 2º, nº II, da Lei Falimentar, por aplicação subsidiária (art. 34 da mesma Lei nº 6.024/74).

Em suma, não vislumbro na espécie negativa de vigência do indigitado art. 18, letra *a*, do supra aludido estatuto legal.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 16.067-0 — RJ — (91.21934-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Barros e Barros — Administradora de Consórcios Ltda. Advs.: José Luiz Fernandes Sobrinho e outros. Recdo.: Sérgio Fazzi. Adv.: Roberto Ribeiro dos Santos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 27.04.93 — 4ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 16.912-0 — CE

(Registro nº 91.24406-6)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Banco Pontual S.A.*

Recorridos: *Ricardo Studart Imóveis Ltda. e outros*

Advogados: *Drs. Alberto Newton Brasil Burlamaqui e Marcelo Vinicius Gouveia Martins*

EMENTA: Execução. Quitação total do débito passada pelo credor por instrumento particular. 1. A quitação total extingue a obrigação em sua integralidade, liberando completamente o devedor. Alegação de remissão parcial da dívida, que envolve, todavia, o reexame da base empírica da controvérsia (Súmula nº 07-STJ). 2. Recurso especial não conhecido.

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, 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.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de abril de 1993 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Na execução que lhes move o Banco Pontual S.A. por uma nota promissória, os devedores opuseram seus embargos, onde, à certa altura, vieram pleitear a extinção do processo executivo em virtude de terem satisfeito a obrigação, conforme recibo de fls. 23 firmado pelo credor.

Impugnado o documento pelo exequente-embargado, porquanto a quitação compreendia apenas o principal e juros, o MM. Juiz de Direito julgou improcedentes os embargos, ao fundamento de que os embargantes-executados quitaram tão-somente parte do débito.

Sustentando a liquidação total da dívida, os devedores apelaram ao Tribunal de Justiça do Ceará, cuja

Primeira Câmara Cível, à maioria de votos, negou provimento ao recurso, considerando que o débito não fora totalmente quitado, pois não abrangente dos adicionais a que estão obrigados os executados em face do aforamento da demanda executiva.

Com apoio no voto minoritário, os embargantes ofereceram embargos infringentes que, afinal, foram acolhidos, também por votação majoritária, para o fim de ser declarado extinto o processo de execução nos termos do art. 794, I, do CPC, em acórdão que porta a seguinte ementa:

“O pagamento da nota promissória, título cambiário típico, deve constar de recibo na própria cártula, ou de documento circunstanciado.

Registrando referido documento autônomo que o credor recebeu a importância devida, dando quitação geral, outro caminho não resta senão o de declarar extinto o processo de execução, com fundamento no art. 794, I, do CPC” (fls. 84).

Irresignado, o Banco manifestou recurso especial com arrimo na alínea *a* do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência do art. 651 do CPC, sob a assertiva de que somente a remissão total da dívida, a envolver o principal, juros, correção monetária, custas e honorários advocatícios, daria ensejo à extinção da execução.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido pelo despacho de fls. 102.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Preambularmente, saliente-se que o presente apelo especial foi interposto pelo banco-credor após esgotados os recursos ordinários, vale dizer, depois de vencido em sede de embargos infringentes opostos pelos devedores.

Não lhe assiste razão, porém, quanto ao merecimento da pretensão recursal.

É que, consoante sublinhou o acórdão recorrido, o recibo de fls. 23 deixou explícita a quitação total do débito alusivo à nota promissória objeto da execução.

Em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de que fui Relator, deixara eu anotado que a “quitação plena ou total é ‘aquela que extingue a obrigação em sua integralidade, liberando definitivamente o devedor’”, reportando-me a conceito inserto na Enciclopédia Saraiva do Direito e, ainda, a escólio de Orlando Gomes, para quem “a quitação plena libera completamente o devedor” (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, vol. 100, págs. 89-90).

No caso dos autos, procura a instituição financeira recorrente sustentar que a solução do débito se deu apenas de forma parcial, o que, entretanto, contraria não só os termos do indigitado recibo, mas também a base empírica da controvérsia, que é situada de forma sobera-

na pela instância ordinária. Põe-se, com efeito, no plano dos fatos a alegação do banco-credor de que o pagamento efetuado não compreendeu a correção monetária, as custas e os honorários de advogado, incidindo, conseqüentemente, na espécie o enunciado da Súmula 07 desta Casa.

Na verdade, não se cuida aqui propriamente de remição da execução e, sim, de cumprimento integral da obrigação por força de instrumento particular que o credor firmou extrajudicialmente. Daí a inaplicabilidade na hipótese *sub judice* do invocado art. 651 da lei processual civil.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 16.912-0 — CE — (91.24406-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Banco Pontual S/A. Adv.: Alberto Newton Brasil Burlamaqui. Recdos.: Ricardo Studart Imóveis Ltda. e outros. Adv.: Marcelo Vinicius Gouveia Martins. Sustentou, oralmente, o Dr. Marcelo Vinicius Gouveia Martins, pelos recorridos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 13.04.93 — 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 20.166-8 — RJ

(Registro nº 92.0006337-3)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Ricardo Victor Dimitrescu*

Recorrido: *CBB — Fomento Mercantil Ltda.*

Advogados: *Drs. Milton Telles de Sant'Anna e outro, e Ivan Luís Nunes Ferreira e outros*

EMENTA: Fraude contra credores. 1. Não há discutir fraude contra credores em embargos de terceiro. 2. Recurso especial atendido. 3. Maioria.

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 maioria, em dar provimen-

to ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Torreão Braz e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de recurso especial com fulcro no art. 105, III, da Constituição Federal contra decisão proferida pela Eg. 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, encimada pela seguinte ementa:

“Embargos de terceiro. Notória a insolvência e a fraude a credores, esta pode ser reconhecida e declarada nos embargos de terceiro.

Improcedência do pedido.

Desprovimento do primeiro apelo e provimento do apelo adesivo” (fl. 90).

Em sua irresignação alega o recorrente violação dos arts. 106 a 109, do Código Civil, e 2º do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial, sustentando, em síntese, serem inviáveis embargos

de terceiro para anular negócio jurídico inquinado de fraude contra credores.

Pelo despacho de fl. 113, foi o recurso indeferido, porém veio a ser processado em virtude do provimento do agravo de instrumento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Discute-se nos presentes autos a possibilidade de admissão dos embargos de terceiro para anular negócio jurídico inquinado de fraude contra credores.

Ao contrário do que sufraga o aresto, adoto a corrente doutrinária e jurisprudencial de somente admitir discussão de fraude contra credores em ação pauliana e não, embargos de terceiro.

Quando do julgamento do REsp nº 6.902 — MG, de que fui Relator, ao proferir voto registrei:

“Com clareza e segurança ressalta HAMILTON DE MORAES E BARROS, em seus “Comentários ao Código de Processo Civil”:

“A fraude contra credores gera apenas a anulabilidade do ato fraudulento, o qual somente se desfaz por força da sentença procedente da ação destinada a desconstituí-lo. Enquanto não postulada e obtida a anulação, o ato em fraude a credores é válido.

A fraude à execução, ao contrário, não impede, por força do disposto no art. 592 do Código de Proces-

so Civil, que os atos de execução se pratiquem sobre os bens alienados ou gravados com ônus real, tudo em fraude à execução. Em tema de fraude à execução, tudo se passa como se a alienação ou o ônus não existissem. É que lhe nega eficácia a ordem jurídica. Não, assim, a fraude contra credores, já dissemos que ela é de desfazer-se pelo êxito da ação pauliana, de procedimento ordinário.

Já vimos, no número 188 destes comentários, que os embargos de terceiro não comportam reconvenção. Também não tem força de reconvenção a defesa que possa oferecer o embargado. Quando o legislador quer que a contestação tenha valor reconvenicional, ele é intencionalmente expresso, como ocorreu, por exemplo, quanto à defesa na ação renovatória.

Por isso, ao defender-se na ação de embargos de terceiro, não pode o embargado postular a anulação do ato jurídico, argüindo que foi praticado em fraude a credores. Não contemplam, assim, os embargos de terceiro a defesa fundada em fraude a credores. Sabemos que existem julgados que a prestigiam, desacolhendo os embargos de terceiro porque reconheceram, nas hipóteses decididas, a fraude contra credores. Não é essa, entretanto, a melhor escola e os exemplos não merecem frutificar. Fulmina-se, como que de plano, o ato jurídico, sem dar oportunidade de defendê-lo àqueles que participaram de sua celebração.

Ressalta-se que o ato praticado em fraude a credores não é ato nulo, mas ato simplesmente anulável. Exatamente para desfazer tais atos existe ação própria, a ação pauliana, ou revocatória, de rito ordinário. Num procedimento ordinário poderiam também ser atacados por reconvenção, se ali ela fosse invocável em face dos fundamentos da ação. Acontece, porém, que descabe reconvenção em embargos de terceiro e não tem força de reconvenção a defesa que o embargado pode apresentar, eis que a controvérsia é limitada à licitude ou ilicitude da inclusão do bem na execução.

Além de ser impossível misturar ações com procedimentos diferentes, como seriam os embargos e a pauliana, diversas ainda quanto aos seus objetos, mostra o artigo 109 do Código Civil a diversidade dos sujeitos. Sendo a pauliana ação destinada a revogar ato fraudulento, devem ser réus, necessariamente, em litisconsórcio, todos os participantes do ato impugnado e não os vamos encontrar nos embargos de terceiro, ação especial de objeto mais limitado” (*op. cit.* págs. 376/377, vol. IX, 2ª ed., Forense, Rio, 1988).

Com inegável brilho assinalou o eminente Ministro Rafael Mayer ao votar nos ERE nº 86.173:

“... Tenha-se em vista, notadamente, que a ação pauliana tem em mira a desconstituição de um ato anulável, portanto válido enquanto não desfeito por decreto judicial, sendo incabível fazê-lo num procedimento de embargos em que não cabe re-

convenção, sem a participação do devedor e réu preferencial, e como que invertendo o objetivo desta ação limitada com resultante prejuízo à defesa” (RTJ, 96/683).

De sua vez, aclarando o tema, o eminente Ministro Moreira Alves, em voto-vista que proferiu no ERE nº 90.934, explicitou:

“A alegação de fraude contra credores não é apenas defesa contra o ataque do autor (caso em que admitiria sua colocação como exceção substancial), mas é, também, ataque a terceiro (o devedor), que passa a ser litisconsorte por causa desse ataque. Daí, a imprescindibilidade da reconvenção, que, por sua vez, só é cabível quando admissível, o que, no caso, não ocorre”.

.....
“O negócio jurídico anulável é válido e eficaz, enquanto não é discutido, por causa do vício, mediante sentença judicial. É o que, em outras palavras, dispõe o art. 152 do Código Civil. Ora, se a sentença prolatada nos embargos de terceiro, a esse respeito, fosse de mera ineficácia desse negócio em face do embargado, ter-se-ia que o negócio jurídico de alienação continuaria válido, porque não fora desconstituído, mas, apesar de válido, seria ineficaz com relação ao credor exequente.”

O eminente Ministro Néri da Silveira, Relator para o acórdão no RE 98.584-SP, perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 16 de maio de 1984, em seu voto registrou:

“Em primeiro lugar, são os atos jurídicos praticados, em fraude contra credores anuláveis e não nulos, em face de normas expressas no Código Civil (arts. 106 e 107). Em decorrência, a decisão para desconstituí-los, é de natureza condenatória, não sendo, assim, possível pronunciá-la, sem que se chamem a integrar a relação processual as partes contratantes” (RTJ 113/1.217).

É oportuno recordar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por um longo período oscilou, ora pela admissão dos embargos de terceiro, ora pela ação pauliana, para a apreciação de fraude contra credores.

Dos arestos que admitiam a discussão de fraude contra credores em embargos de terceiro, destacam-se: REs nºs 26.767 (RTJ 03/709), 25.032 (RTJ 23/164), 70.300 (RTJ 57/514), 75.793 (RTJ 68/527), 71.240 (RTJ 70/124), 83.858 (RTJ 77/658), 86.255 (RTJ 80/305) e 90.934 (RTJ 95/842).

Em sentido contrário, isto é, somente permitindo a discussão de fraude contra credores através de ação pauliana, são os seguintes julgados: RE's nºs 71.162 (RTJ 60/494), 85.132, 81.455, 86.173 (RTJ 96/683) e 86.746 (RTJ 87/972).

.....
Dentre os julgados modernos do Supremo Tribunal Federal estão os ERE nº 98.584, sendo Relator para o acórdão o eminente Ministro Néri da Silveira, julgados em 16.05.84 — Pleno, RE nº 110.116, relatado pelo eminente Ministro Rafael May-

er, perante a 1ª Turma em 19.09.86 e os AgRg nº 114.107 e RE nº 113.012, julgados em 1987, perante a 2ª Turma, relatados pelo eminente Ministro Carlos Madeira, tendo o acórdão deste último a seguinte ementa:

“FRAUDE CONTRA CREDORES. EMBARGOS DE TERCEIRO. AÇÃO PAULIANA.

O negócio jurídico viciado pela fraude contra credores é anulável por via da ação pauliana.

Impropriedade dos embargos de terceiro para esse fim.

Jurisprudência do Supremo Tribunal.”

Não discrepa desse entendimento a 3ª Turma desta Corte, que, à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Ministro Cláudio Santos, assim decidiu:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE CONTRA CREDORES. EMBARGOS DE TERCEIRO. AÇÃO PAULIANA.

O meio processual adequado para se obter a anulação de ato jurídico por fraude a credores não é a resposta a embargos de terceiro, mas a ação pauliana.

Abono da melhor doutrina e precedente do STJ (3ª Turma).”

Dou por assentado, pois, que não há discutir fraude contra credores em embargos de terceiro.

Em face do exposto, conheço do recurso e o atendo para julgar improcedente a ação, invertendo o ônus da sucumbência.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, rogo vênias a V. Exa. para não conhecer do recurso, na linha, aliás, de precedente desta Turma, de que foi Relator o Sr. Ministro Athos Carneiro, o REsp nº 5.307-RS, com a seguinte ementa: (lê)

“Fraude contra credores. Apreciação em embargos de terceiro. Possibilidade.

Revestindo-se de seriedade as alegações de *consilium fraudis* e do *eventus damni* afirmadas pelo credor embargado, a questão pode ser apreciada na via dos embargos de terceiro, sem necessidade de o credor ajuizar ação pauliana. Tema dos efeitos da sentença.

Recurso especial conhecido pela divergência pretoriana, mas não provido (julgamento datado do dia 16 de junho de 1992).”

Naquele julgado, filiei-me à corrente majoritária, votando com o Sr. Ministro-Relator.

É sabido ser esta matéria das mais polêmicas, oscilando a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, onde predominava o entendimento pela impossibilidade, na linha, aliás, dos precedentes citados por V. Exa. Mas no RE 90.934 adotou posicionamento diverso.

É certo também que no “VI Encontro Nacional de Tribunais de Alçada” se fixou orientação no sentido de ser admissível o reconhe-

cimento da fraude contra credores no âmbito dos embargos de terceiro, desde que ao processo tivesse sido convocado o executado, por não se poder desconstituir um negócio jurídico sem a participação das partes nele envolvidas. Nesse sentido, inclusive, pronunciei-me algumas vezes nos Tribunais de Minas Gerais.

Com tais considerações, adotando a mesma linha que abracei no referido REsp nº 5.307-RS, colho do voto nele proferido pelo seu Relator, o Sr. Ministro Athos Carneiro:

“É notório cuidar-se de questão das mais controvertidas, em doutrina como na jurisprudência, a da possibilidade de a fraude a credores ser exitosamente suscitada na impugnação a embargos do terceiro adquirente. Sustentam muitos, em ponto de vista que terminou por merecer o apoio do Pretório Excelso (v.g., RE 110.106, RTJ 119/897), a absoluta necessidade da ação pauliana, por cuidar-se de ação de anulação, destinada a revogar o ato lesivo aos interesses dos credores, e cujo efeito “é restaurar o patrimônio do devedor, pondo o seu patrimônio com a mesma resistência financeira que possuía antes da prática dos atos fraudatórios, de modo a proporcionar aos credores a possibilidade de plena satisfação dos seus créditos” (Sarpa Lopes, “Curso de Direito Civil”, v. I, nº 310). Eficácia, pois, constitutiva negativa a da sentença, anulando-se o(s) ato(s) de alienação ou oneração de bens, motivo pelo qual indispensável a citação dos partícipes, alie-

nante e adquirente, do(s) ato(s) jurídico(s) afirmado(s) fraudulentamente praticado(s).

Aceitam outros, como o fez o v. aresto recorrido, ser cabível a invocação da fraude a credores, na impugnação à ação incidental de embargos de terceiro ajuizada pelo adquirente. Assim também entendo, motivado pela consideração maior de que o processo moderno deve apresentar-se instrumento de restauração célere e eficiente dos direitos violados. Casos apresentam-se com freqüência, em que as circunstâncias indicam, por vezes às escâncaras, o prejuízo do credor e o *consilium fraudis* de parte do adquirente. Remeter o credor, em nome da ortodoxia doutrinária, aos caminhos longos, penosos e demorados da ação pauliana, parece, *venia concessa*, uma demasia, quando está posta em juízo demanda incidental em que a questão poderá perfeitamente ser resolvida.

Nestes casos, demonstrada a fraude ao credor, a sentença não irá anular a alienação, mas simplesmente, **como nos casos de fraude à execução**, conduzirá à ineficácia do ato fraudatório **perante o credor embargado**, permanecendo o negócio válido entre os contratantes, o executado-alienante e o embargante-adquirente.

A sentença terá, destarte, caráter predominantemente declaratório, pois declarará a validade e eficácia do ato de constrição e a possibilidade de o bem fraudulentamente alienado responder pela dívida, embora

mantido no patrimônio do adquirente. Tudo, assim, como se passa nos casos de fraude à execução, deslocando-se a discussão do plano do direito material para o plano predominante processual. Aliás, o eminentíssimo Enrico Tulio Liebman, tratando dos “bens alienados em fraude contra os credores”, sustenta que a consequência da ação pauliana será apenas a de eliminar os prejuízos aos credores: “Em outras palavras, restabelece sobre os bens alienados não a propriedade do alienante, mas a responsabilidade por suas dívidas, de maneira que possam ser abrangidos pela execução a ser feita. É isso, na verdade, o que todos querem dizer, encontrando, porém, dificuldade para exprimir este efeito meramente processual com os conceitos usuais do direito privado” (“Processo de Execução”, Saraiva, 1963, 2ª ed., nº 44”).

Em face do exposto, renovando a vênia, não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, no mesmo sentido do voto de V. Exa. pronunciei-me nos dois precedentes já referidos nesta assentada, ou seja, no Recurso Especial nº 6.902, em que V. Exa. foi Relator, e no Recurso Especial nº 5.307, Relator o Sr. Ministro Athos Carneiro, no qual prevaleceu o entendimento contrário, se não me engano, por voto-de-empate do Sr. Ministro Bueno de Souza.

Mantenho o entendimento, Sr. Presidente, acompanhando o voto de V. Exa. pelas razões apontadas.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, na Terceira Turma, pelo menos em uma oportunidade, fiquei vencido por entender que seria possível uma discussão da questão da fraude de credores na ação de embargos de terceiro. Creio que, nesses precedentes da Terceira Turma a que V. Exa. se referiu, eu ainda não fazia parte dela. Depois, não tive mais ocasião de votar. Por isso, peço vênia a V. Exa. para acompanhar o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

VOTO

(DESEMPATE)

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: A controvérsia cifra-se em saber se pode o exequente, em embargos de terceiro, argüir a existência de fraude contra credores.

O ato fraudulento é impugnável pela ação pauliana, de procedimento ordinário, figurando no pólo passivo o devedor insolvente, a pessoa que tiver com ele celebrado o contrato viciado ou terceiros adquirentes que tenham procedido de má-fé e devendo o autor provar o *eventus damni*, ou seja, o prejuízo causado pelo ato fraudulento, o estado de insolvência do alienante e, se oneroso o ato, o conhecimento dessa situação pela outra parte, e o *consi-*

lium fraudis, circunstância dispensável na hipótese de doação (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “Instituições de Direito Civil”, 1ª ed., vol. I/379).

Em se tratando de anulabilidade, assevera PONTES DE MIRANDA, depende sempre da propositura da ação, em processo próprio, afastada a exceção dilatória ou peremptória. Cabe a reconvenção — que não é exceção, mas ação — se o direito processual o admitir.

Os embargos de terceiro são uma ação de procedimento especial cuja finalidade se restringe à verificação da legitimidade ou ilegitimidade do ato de constrição judicial. Por isso, conforme nota com propriedade HAMILTON DE MORAES E BARROS, a sentença que decidir os embargos de terceiro não fará coisa julgada em relação ao domínio ou à nulidade do título da dívida, podendo essas controvérsias ser discutidas e decididas em outra ação proposta para tal fim específico (“Comentários”, Forense, vol. IX/313).

Um dos requisitos exigidos ao cabimento da reconvenção, além da conexão com a ação principal ou com o fundamento da defesa, reside na uniformidade do procedimento. O Código de 1939 era expresso (art. 192, VI), quando a reconvenção era oferecida com a contestação. Obtempera, entretanto, CALMON DE PASSOS que, embora peça autônoma hoje, ela se insere no mesmo procedimento. “Conseqüentemente, — conclui — essa uniformidade, ainda que não expressa, é conse-

quência lógica do *simultaneus processus*. Inclusive, poder-se-ia construir a regra por analogia com o disposto no art. 292, § 1º, III, e § 2º (“Comentários”, Forense, vol. III/313).

Pode-se admitir — e autores de alto coturno são receptivos à idéia — o cabimento da reconvenção nas ações de procedimento especial que, uma vez contestada, devam observar o procedimento ordinário. No direito processual vigente, muitas das ações que compõem o Livro IV, Título I, seguem essa diretriz, mas os embargos de terceiro não se encontram entre elas. Mesmo em tais hipóteses, porém, há um obstáculo a ser considerado. Na definição escoreita de PAULA BATISTA, “reconvenção é a ação proposta pelo réu contra o autor, no mesmo feito e juízo em que é demandado”. Como incluir na demanda, sem desfigurá-la, o devedor ou o terceiro adquirente, quando se sabe que, nos embargos de terceiro, a relação processual é estabelecida entre o embargante e o exequente ou o autor do feito em que ocorreu a constrição?

O STF, em acórdão de 1981, entendeu possível o reconhecimento de fraude contra credores em embargos de terceiro, com dispensa da ação pauliana, quando notória a insolvência do devedor. *Data venia*, em que pese a autoridade do prolator da decisão, a diretriz esposada briga com o sistema. Pois o estado de insolvência constitui um dos pressupostos da ação pauliana e a sua extensão ou o fato de tornar-se pública não possui aptidão para modifi-

car os princípios que regem a matéria, mesmo porque outros pressupostos não de ser observados.

É irresponsável, a meu ver, a sábia ponderação do saudoso Ministro CUNHA PEIXOTO no voto que então proferiu:

“Acontece, porém, que, como assinala Ruy Rebelo Pinto, a fraude de credores tem como conteúdo o binômio “prejuízo-má-fé” como instrumento à alienação dos bens; e como estado absoluto de sua configuração, a insolvência do devedor.

Portanto, para que se possa apurar a declaração de fraude para resultar a anulação do ato jurídico, tem-se de provar seja o artifício malicioso, capaz, e tenha como objeto lesar os demais credores. Ora, não é admissível que se consiga uma prova desta natureza em um processo cujo rito é especial e diminutos os prazos para a produção de provas.

Por outro lado, impõe-se a citação das duas partes do binômio: credor e devedor. Ora, a regra geral é a formação do processo apenas entre embargante e embargado-exequente.”

O problema demanda uma solução legislativa. A edição de lei alterando o capítulo relativo aos embargos de terceiro para permitir a reconvenção nos casos de fraude con-

tra credores, com a citação dos que devem figurar no pólo passivo e a transformação do procedimento em ordinário, parece-me o caminho correto, porque mantém íntegros os princípios que regem o nosso ordenamento jurídico.

Do quanto foi exposto, conheço do recurso pela alínea c e lhe dou provimento, acompanhando o voto do Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.166-8 — RJ — (92.0006337-3) — Relator: Exmo. Sr. Min. Fontes de Alencar. Recte.: Ricardo Victor Dimitrescu. Advogados: Milton Telles de Sant’Anna e outro. Recdo.: CBB — Fomento Mercantil Ltda. Advogados: Ivan Luís Nunes Ferreira e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93 (em 11.10.93 — 4ª Turma).

O Sr. Ministro Torreão Braz votou com o Relator e o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 21.077-3 — PE

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *União Federal*

Recorridos: *Jacira Cabral da Silva Maia e outros*

Advogado: *Cristiane Gouveia de Barros*

EMENTA: Administrativo. Funcionário público. Pensão especial. Cumulabilidade com a pensão previdenciária. Leis nºs 6.782/80 e 1.711/72, art. 242. Súmula nº 63 do extinto TFR. 1. 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. 2. Precedente do STJ. 3. Recurso desprovido.

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 negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e José de Jesus. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto pela UNIÃO FEDERAL, com fundamento no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, contra decisão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementada:

“Administrativo. Funcionário Público. Pensão Especial. Lei 6.782/80 e Lei 1.711/52, art. 242. Cumulabilidade com a Pensão Previdenciária. Súmula 63 do extinto TFR.

1. A Pensão Especial prevista pela Lei 6.782/80 aplica-se aos dependentes dos servidores regidos pela Lei 1.711/52 nos termos do art. 242 e em face de sua natureza compensatória, é devida, cumulativamente

com o Benefício Previdenciário, que é retribuição pelas contribuições recolhidas ao Sistema Previdenciário;

2. Recurso provido” (fls. 194).

A sentença havia julgado improcedente a ação proposta pelas autoras.

Alega a recorrente que o aresto violou a Lei nº 6.782/80 e o Decreto nº 76.954/75. Afirma ainda que há divergência jurisprudencial sobre a matéria.

Contra-razões às fls. 217/228.

Às fls. 233/234, o ilustre Presidente do Tribunal de origem admitiu a formação do recurso.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 239/243, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, alegam as autoras, ora recorridas, em sua inicial, serem beneficiárias de pensão especial consagrada na Lei nº 6.782/80, em consonância com o art. 242 da Lei nº 1.711/52 e pretendem perceber a referida pensão sem a dedução do valor do benefício — pensão previdenciária — que recebem.

A pensão previdenciária é contra-prestação às contribuições pagas

pelos segurados. A pensão especial é prêmio às famílias dos servidores públicos federais, falecidos em serviço, de natureza integral. Incabível o desconto do benefício previdenciário, por não ser autorizado pelo art. 242 da Lei nº 1.711/52.

Aliás, esta Turma, recentemente, julgando matéria semelhante, assim decidiu (fls. 246 a 250 destes autos), 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 mais recentemente, em feito também procedente de Pernambuco, manifestou-se a Primeira Turma (REsp nº 14.325, 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 artigo

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.”

Diante, pois, da pacífica orientação jurisprudencial, não há outro caminho, senão negar provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.077-3 — PE — Relator: Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: União Federal. Recdos.: Jacira Cabral da Silva Maia e outros. Adva.: Cristiane Gouveia de Barros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 07.06.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS.

RECURSO ESPECIAL Nº 24.888-0 — AL

(Registro nº 92.0017969-0)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Rocha*

Recorrente: *União Federal (Procuradoria da Fazenda Nacional)*

Recorrida: *Salgema Mineração Ltda.*

Advogados: *Drs. Maria da Graça Aragão e outros, e Tatiana Tavares de Campos e outros*

EMENTA: Processual Civil e Tributário. Cautelar. Suspensão da exigibilidade do Finsocial. Fiança bancária como garantia. Impossibilidade. 1. Um dos limites a adistricar o poder geral de cautela do magistrado está em que havendo um dispositivo legal específico, prevendo determinada medida com feição cautelar para conter uma ameaçadora lesão a direito, não se há de deferir cautela inominada. Se for o caso de deferi-la, devem ser observadas todas as exigências contidas naquela medida específica. 2. A simples fiança bancária não suspende a cobrança do Finsocial, eis que ao caso se aplica o art. 151 do CTN, que não prevê essa possibilidade. 3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de setembro de 1993
(data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Cuida o presente de recurso especial interposto com base nas letras *a* e *c* do art. 105 da Constituição Federal contra decisão

do eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, reformando sentença monocrática, concedeu a segurança postulada pela recorrida para o fim de, em ação cautelar, suspender a exigibilidade do Finsocial, mediante a garantia de fiança bancária prestada pelo contribuinte, numa interpretação extensiva do art. 151, IV, do Código Tributário Nacional, à luz do disposto no art. 804 do CPC.

A recorrente alega violação do art. 798 da Lei Adjetiva Civil e do art. 151 do CTN e reporta-se a julgados de outros Tribunais.

Apresentadas as contra-razões, o recurso foi admitido, tendo sido dispensada a manifestação da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): Conheço do recurso apenas pela alínea *a*, já que o dissenso pretoriano não restou demonstrado como o exige o art. 255 e parágrafos do RISTJ.

Ressalto, de logo, que a autora, ora recorrida, afirmou que “*o objetivo da presente cautelar não é o de depositar judicialmente os valores da exação que a apelante (ora recorrida) considera indevida*”, mas o de ficar possibilitada a discutir “*a questão (da legitimidade da cobrança do Finsocial) sem que as autoridades competentes... venham a atuar a empresa, cobrando-lhe a exação*” (fls. 68).

Inicialmente observo que o art. 798 do CPC consagra um enorme poder ao Juiz para ordenar as medidas provisórias que julgar necessárias para evitar dano a quem postula provocado ou ameaçado pelo adversário.

Por isso que Galeno Lacerda observa que o art. 798 do CPC é uma “*autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do imperium, decretava os interdicta*” (in, “Comentários ao CPC”, VIII vol., Tomo I, Forense, Rio, 1980, p. 135), embora essa assertiva deva ser recebida com *granun salis*.

Zitelmann, citado por Galeno, observa que na lei não se contém, como com tanta freqüência crê o não-jurista, decisões concretas dos casos, de tal forma que o papel do Juiz se reduzisse ao de um autômato — põe-se o caso e salta a decisão — senão que exige do magistrado valoração independente (*op. cit.*, p. 138).

Essa exigência impõe-se com mais ênfase quando o magistrado é chamado para exercitar o poder geral de cautela. O legislador, ao elaborar o Código Processual Civil vigente, teve a sensibilidade para perceber que a realidade é mais rica que todas as suas previsões, daí porque não se contentou em enumerar, taxativamente, as medidas cautelares, típicas, abrindo possibilidade a que outras — atípicas ou inominadas — pudessem ser postuladas, para que as situações criadas

na riqueza das relações da vida, pela força dos fatos, não surpreendessem o aplicador com casos para cuja solução acautelatória a legislação não previra.

Se assim é certo, igualmente é verdadeiro que esse poder geral de cautela sofre limites que decorrem, exatamente, da submissão a determinados princípios legais e gerais de direito a que deve se render o magistrado.

Uma dessas restrições está em que havendo um dispositivo legal específico, existindo medida com feição cautelar para conter uma ameaçadora lesão a direito, não se há de deferir cautela inominada, ou, se for o caso de concedê-la, que o seja, mas observando-se todas as exigências contidas naquela medida específica.

Se assim não fosse, de nada adiantaria a definição de cautelares nominadas ou de disciplinamentos específicos pois que tudo poderia ser resolvido pelas vias largas, amplas, quase sem limites, da cautelar inominada.

Feitas essas considerações, destaco que regulando a questão ora posta, o art. 151 do CTN estabelece as hipóteses em que fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

Em perfeita harmonia com tal dispositivo, o art. 38 da Lei nº 6.830/80, por seu turno, cuida das hipóteses em que a Dívida Ativa da Fazenda Pública pode ser discutida pelas vias judiciais.

Não reesai, desses dispositivos, nenhuma ilação a permitir que medida cautelar seja concedida mediante a garantia de fiança bancária, como pediu, alternativamente, a recorrida (fls. 23), e, muito menos, sem apresentação de garantia alguma, conforme pretensão formulada na apelação (fls. 74).

Por tais razões, dou provimento ao recurso, restaurando a r. sentença monocrática.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.888-0 — AL — (92.0017969-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha. Recte.: Fazenda Nacional. Procs.: Maria da Graça Aragão e outros. Recdo.: Salgema Mineração Ltda. Advogados: Tatiana Tavares de Campos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (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 25.515-0 — GO

(Registro nº 92.0019093-6)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Recorrente: *Estado de Goiás*

Advogados: *Drs. Hector Valverde Santana e outros*

Recorridos: *Elmo Martins Mamaré e outro*

Advogados: *Drs. Alba Soares de Aguiar e outro*

EMENTA: Administrativo. Servidor público estadual. Adicional por tempo de serviço. Redução. Direito líquido e certo. 1. Os adicionais por tempo de serviço como vantagens patrimoniais não podem ser reduzidas ou excluídas dos vencimentos do funcionário público, já que se encontram definitivamente adquiridas e para sempre incorporadas. Precedentes desta Corte. 2. Os adicionais por tempo de serviço não se incluem no teto previsto no art. 37, XI, da Constituição. Precedente: STF (ADIn 14-4-DF). 3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Votaram os Srs. Ministros JOSÉ CÂNDIDO, PEDRO ACIOLI, VICENTE CERNICCHIARO e ADHEMAR MACIEL.

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Elmo Martins Mamaré e Ujarbas Andiara de Paiva Bernardes, funcionários públicos aposentados, impetraram mandado de segurança contra ato atribuído ao Exmo. Sr. Governador do Estado de Goiás e ao Sr. Secretário de Estado da Fazenda, objetivando a reinclusão nos seus vencimentos ou remuneração da gratificação correspondente a 5% e 15%, respectivamente, sobre os seus vencimentos.

Esclarecem os impetrantes que as autoridades coatoras reduziram

os referidos adicionais de 40% para 35% e de 50% para 35%, respectivamente, em flagrante desrespeito ao princípio do direito adquirido.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por maioria, concedeu a segurança, em acórdão assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. REDUÇÃO. ILEGALIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. OBEDIÊNCIA AO TEXTO CONSTITUCIONAL.

É ilegal a redução de gratificação adicional por tempo de serviço, adquirida com base em legislação então vigente, a pretexto de se cumprir lei posterior, por ferir direito adquirido. A redução, caso necessária, a fim de ajustar a remuneração ao paradigma, nos termos da Constituição Federal, há de incidir no global da retribuição, não especificamente, sobre a vantagem legitimamente conquistada.

Segurança concedida” (fls. 53).

Inconformado, o Estado de Goiás interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, inciso III, alínea *a*, do permissivo constitucional, sob alegação de violação ao art. 1º da Lei nº 1.533/51.

Argúi o recorrente a inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão.

Contra-razões às fls. 67/71.

Admitido o recurso, os autos subiram a esta Corte e a douta Subprocuradoria-Geral da República

emitiu parecer pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Trata-se de recurso especial, no qual se alega que o acórdão teria violado o art. 1º da Lei nº 1.533/51, porque, no dizer do recorrente, inexistente direito líquido e certo a amparar a pretensão dos recorridos, relacionada com a irreduzibilidade dos adicionais por tempo de serviço.

Matéria semelhante à destes autos já foi exaustivamente apreciada não só por esta Sexta Turma como também pelas Primeira e Segunda Turmas, conforme julgados nos Recursos Especiais nºs 30.061-0, 15.632-8 e 12.053-0; e nos Recursos em Mandados de Segurança nº 1.051 e 1.346-0, cujos acórdãos oferecem as seguintes ementas:

1) EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REDUÇÃO DE PERCENTUAL DE GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO NÃO COMPENSÁVEL COM GANHO REAL NO MONTANTE DOS VENCIMENTOS.

O adicional por tempo de serviço não pode ser reduzido em sua proporcionalidade, por exemplo, de 10% para 5%, nem sob pretexto de que houve aumento real dos vencimentos.

Recurso não conhecido.

(Recurso Especial nº 30.061-0-GO, julg. em 15.03.93, Rel.: Min. José Cândido).

2) EMENTA: FUNCIONÁRIO. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO.

O Estado ao fixar o limite máximo de remuneração de seus servidores no âmbito do Poder Executivo, não pode simplesmente reduzir os adicionais já definitivamente adquiridos pelo funcionário e, para sempre, incorporados a seus vencimentos.

Recurso improvido.

(Recurso Especial nº 15.632-8-GO, julg. em 08.04.92, Rel.: Min. Garcia Vieira).

3) EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. REDUÇÃO. OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO. ARTIGO 1º DA LEI Nº 1.533/51. RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO.

— Apreciado o tema à luz de legislação estadual, descabe invocar-se ofensa ao artigo 1º da lei do mandado de segurança, para vencer óbice da admissibilidade do recurso especial.

— Precedentes do STJ.

— Recurso não conhecido.

(Recurso Especial nº 12.053-0-GO, julg. 18.11.92, Rel.: Min. Hélio Mosimann).

4) EMENTA: FUNCIONÁRIO PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO.

Os adicionais por tempo de serviço como vantagens pessoais não podem ser reduzidas ou excluídas dos vencimentos do funcionário público. Precedente do Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 14-4-DF, DJ de 01/12/89, pág. 17.759.

(Recurso em Mandado de Segurança nº 1.051-GO, julg. em 25.11.92, Rel.: Min. José de Jesus).

5) EMENTA: FUNCIONÁRIO. VENCIMENTOS. TETO. ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO. CONSTITUIÇÃO, ARTS. 37, XI, E 39, § 1º.

I — Os adicionais por tempo de serviço não se incluem no teto previsto no art. 37, XI, da Constituição, segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 14-4-DF.

II — Recurso provido.

(Recurso em Mandado de Segurança nº 1.346-0-GO, julg. em 25.11.92, Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Estando presente o direito líquido e certo e seguindo a orientação firmada pela Corte,

Não conheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.515-0 — GO — (92.0019093-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Anselmo Santiago. Recte.: Estado de Goiás. Advogados: Hector Valverde Santana e outros. Recdos.: Elmo Martins Mamaré e

outro. Advogados: Alba Soares de Aguiar e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 31.05.93 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros José Cândido, Pedro Acioli, Vicente Cernicchiaro e Adhemar Maciel.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 25.521-5 — PA

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Sindicato dos Advogados do Estado do Pará*

Advogados: *Leonan Gondim da Cruz e outros*

Recorrida: *Ordem dos Advogados do Brasil — Seção Pará*

Advogado: *Haroldo Guilherme Pinheiro da Silva*

EMENTA: Mandado de segurança. Advogados. Pagamento de anuidades. Resolução firmada por presidente de seccional fixando os valores. Missão da Ordem e obrigação dos profissionais. Recurso especial. Deficiência na fundamentação. Não conhecimento. 1. Por força estatutária, cabe à Ordem dos Advogados, além da função disciplinadora e defensora da Classe, a relevante missão de defender a Constituição da República, pugnano pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da Justiça, assim como, colaborando para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas. 2. Confere-se à entidade a prerrogativa de impor contribuições, a serem obrigatoriamente pagas pelos profissionais inscritos, na forma fixada pelas Seções. 3. A vigência da lei que dispõe genericamente sobre anuidades devidas aos órgãos fiscalizadores do exercício profissional não se sobrepõe ao Estatuto da OAB (Lei nº 4.215/63). 4. No âmbito do apelo nobre, restando inatacado pelo recorrente o fundamento único da decisão censurada, torna-se inadmissível o conhecimento do recurso.

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 não conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e José de Jesus. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Peçanha Martins.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pelo SINDICATO DOS ADVOGADOS DO PARÁ, com vistas à decretação de nulidade de Resolução firmada pelo Presidente da Seção do Pará da Ordem dos Advogados do Brasil, que fixou valores de anuidades a serem cobradas dos profissionais registrados naquela dependência da OAB, no ano de 1989.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por sua Egrégia Terceira Turma, e por maioria de votos, deu provimento à apelação e à remessa para cassar a segurança, em acórdão assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SINDICATO. LEGITIMAÇÃO. CF/88, ART. 5º, INC. LXX. OAB. ANUIDADES. LEI 6.994, DE 26.05.82. LEI 4.215, DE 27.08.63, ART. 139, § 1º.

1. Mandado de segurança coletivo e não individual, conforme se despreende da inicial.

2. O sindicato está legitimado, por força do art. 5º, inc. LXX, da CF/88, a impetrar mandado de segurança coletivo mesmo fora da esfera trabalhista.

3. A OAB não tem a finalidade tão-só de supervisão da ética profissional, de ser disciplinadora e defensora da classe dos advogados. O seu papel é bem mais relevante, pois a ela cabe “defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da justiça e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas” (Lei nº 4.215/63, art. 18, inc. I).

4. Ante tais atribuições, que extrapolam a simples defesa dos interesses da classe; e o preceituado no § 1º, do art. 139, da Lei 4.215/63, à OAB não se aplica a Lei 6.994/82, que dispõe “sobre a fixação do valor das anuidades e taxas devidas aos órgãos fiscalizadores do exercício profissional”.

5. Apelação e remessa providas”.

Irresignado, interpôs o SINDICATO DOS ADVOGADOS DO BRASIL DO ESTADO DO PARÁ recurso especial fulcrado no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal (fls. 171/185), inadmitido por despacho de fls. 191, por incidir o veto da Súmula 284/STF.

Em virtude de provimento a agravo de instrumento interposto, subiram os autos a esta superior instân-

cia, para melhor exame, acompanhados das contra-razões de fls. 187/188.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 198/202, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, o Sindicato dos Advogados do Pará — SINDVOPA — impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Estado do Pará, que majorou o valor das anuidades devidas pelos advogados e estagiários da mencionada Seccional, para o exercício de 1989.

Alega, em resumo, a nulidade do ato impugnado, vez que elaborado em desacordo com as disposições do art. 28, inciso IX, da Lei nº 4.215/63 e em franca hostilidade ao preceituado no art. 1º, § 1º, letra *a*, da Lei nº 6.994/82.

Tentar servir-se das regras contidas na Lei nº 6.994/82, com o propósito único de obter melhores condições de pagamento aos seus associados (contribuições em valores inferiores àqueles fixados pela Ordem), não dá ao Sindicato dos Advogados o direito de ignorar o Estatuto da Classe que ele, supostamente, palmilha diuturnamente, fazendo desaparecer do corpo da Lei nº 4.215/63,

o § 1º do art. 139, que estabelece, expressa e taxativamente, *in verbis*:

“Não se aplicam à Ordem as disposições legais referentes às autarquias ou entidades paraestatais”.

Também não se pode esquecer que a Ordem tem a prerrogativa de impor contribuições, a serem obrigatoriamente pagas pelos profissionais inscritos, tudo na forma fixada pelas Seções (arts. 28, 140 e 141, Lei 4.215/63).

A investida já não é nova. Antiga é a discussão sobre o tema focalizado, embora em diferentes aspectos.

Já há algumas décadas, quando se buscava vincular a Ordem dos Advogados do Brasil ao Ministério do Trabalho (Decreto nº 60.900/67), a Consultoria-Geral da República, emitindo o Parecer nº 753-H, da lavra do Dr. Adroaldo Mesquita, concluiu, *verbis*:

“Não há, pois, o que discutir: considere-se, ou não, a ordem como autarquia, as disposições legais referentes a esta não se lhe aplicam, dilo o § 1º retrotranscrito. A discussão, a essa altura, se reveste apenas de interesse acadêmico”.

Estas notas faziam-se necessárias para melhor compreensão da controvérsia, mas, creio, dispensáveis ao seu desfecho, já antecipado pelo eminente Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando negou seguimento ao recurso, no despacho de admissibilidade, agora analisado mais amplamente, no contexto de todos os elementos do processo:

“Sem olvido do relevo jurídico que o debate da matéria encerra, o recurso não merece prosperar por deficiência em sua fundamentação. Com efeito, ao afastar a aplicação à espécie da Lei nº 6.994/82, fê-lo o aresto recorrido na consideração do que preceitua o art. 139, § 1º, da Lei nº 4.215/63. Este, portanto, o fundamento único do *decisum* censurado, o qual, todavia, restou inatacado pelo recorrente, atraindo, destarte, o veto da Súmula 284/STF”.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.521-5 — PA —
(92.0019138-0) Relator: Exmo. Sr.

Min. Hélio Mosimann. Recte.: Sindicato dos Advogados do Estado do Pará. Advogados: Leonan Gondim da Cruz e outros. Recda.: Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Pará. Advogado: Haroldo Guilherme Pinheiro da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (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 26.385-6 — AM

(Registro nº 92.0020872-0)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Maria do Socorro Freire Praia*

Recorridos: *Sady Tomé Praia e outro*

Advogados: *Odair José Moura e outro, e Oassis Trindade de Oliveira e outro*

EMENTA: Processual civil. Inventário. Habilitação de herdeiros. Impugnação de documentos. 1. Na sede do processo de inventário não tem lugar ação de invalidar documentos públicos, tais como certidões de nascimentos destinadas a habilitação de herdeiros no inventário. 2. Adequação das vias ordinárias para tal entendimento, onde a amplitude das discussões permite contestar-se a validade dos documentos. 3. Improvimento do recurso.

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 Neves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de setembro de 1993
(data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Cuidam os autos de recurso especial interposto por Maria do Socorro Freire Praia, contra acórdão que assim se acha ementado:

“INVENTÁRIO — CERTIDÃO DE NASCIMENTO — DOCUMENTO EXPEDIDO POR OFICIAL DO REGISTRO CIVIL QUE GOZA DE FÉ PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

— Simples alegações, em requerimento, nos autos do processo de Inventário, não é meio eficaz para anular Certidão de Nascimento expedida por Oficial do Registro Civil

que tem fé pública. Só através de procedimento próprio e ante provas irrefutáveis pode ser tal documento declarado falso ou nulo” (fl. 40).

A recorrente alega ofensa aos artigos 145 e 146, parágrafo único, do Código de Processo Civil, bem como aos artigos 37 e 54 da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73), ao apontar o não atendimento, pelo escriba, das formalidades essenciais previstas na referida Lei de Registros.

Os autos obtiveram vista do Ministério Público Federal que se manifesta pelo improvimento do recurso (fls. 68/71).

É este o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): O parecer acostado às fls. 68 *usque* 71, da lavra do culto Subprocurador-Geral da República, Dr. Nelson Parucker, dá o exato deslinde para o caso em comento, valendo portanto, transcrição de alguns tópicos, o que se faz, nestes termos:

“Daí, o presente recurso especial, de fls. 52/55, com base apenas no permissivo constitucional da alínea *a*, ao fundamento de o ven. acórdão hostilizado haver negado vigência do Código Civil, arts. 145 e 146, e à Lei de Registros Públicos, arts. 37 e 54.

Por via do r. despacho de fls. 61, da Em. Presidência do Aug. Colegiado *a quo*, foi admitido o apelo extremo.

Todavia, não tem razão, *permissa venia*, a recorrente, no particular. Com efeito, os preceitos legais

invocados, como tendo sido desrespeitados pelo ven. aresto atacado, a rigor não foram objeto de discussão. Deveras, o que o ven. julgado acentou foi a circunstância de que, na jurisdição voluntária do processo de inventário, tal controvérsia não poderia ser travada, ou seja, a de se lograr a invalidação dos reportados assentos de nascimento que as certidões espelham, sendo imprescindível a propositura de ação de conhecimento amplo, onde a matéria poderia eventualmente merecer até êxito, de sorte que o caminho escolhido pela insurgente é que não foi o adequando no caso.

Assim, sem que fosse apreciado o mérito do *petitum*, da interessada, é que a questão culminou resolvida, pela impropriedade do meio escolhido para a finalidade colimada. Nada mais” (fls. 69/70).

Por tais razões, confirmando o acórdão *a quo*, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 26.385-6 — AM — (92.0020872-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cláudio Santos. Recte.: Maria do Socorro Freire Praia. Advogados: Adair José Pereira Moura e outro. Recdos.: Sady Tomé Praia e outro. Advogados: Oassis Trindade de Oliveira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 13.09.93 — 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 26.748-5 — RJ

(Registro nº 92.21887-3)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Recorrente: *Rosa Maria de Assis*

Recorrido: *Luiz Gioseffi Jannuzzi*

Advogados: *Drs. Marilena Rocha Lovisi e Wilson Gomes Menezes*

EMENTA: Processual Civil. Possessória. Carência de ação. 1. Apelação. A extensão do efeito devolutivo mede-se pela extensão da matéria impugnada — *tantum devolutum quantum appellatum*. Como não se pode impugnar algo que não existe, segue-se que a cognição, no Tribunal, há de limitar-se ao que foi decidido na sentença apelada. Se esta é apenas terminativa, deve o órgão *ad quem*, ao reformá-la, devolver os autos ao juízo de primeiro grau para o julgamento do mérito. 2. Inteligência dos arts. 515 e 463 do CPC. 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 seguir, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Senhores 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.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Trata-se de ação possessória intentada pelo proprietário do imóvel contra detentora da posse direta, na qualidade de comodatária.

O Juiz de inferior instância julgou o autor carecedor de ação e ex-

tinguiu o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC, mas a E. Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, provendo apelação do autor, reformou a sentença e proferiu decisão de mérito, isto é, julgou procedente a ação e mandou reintegrar o apelante na posse do imóvel.

A ré opôs embargos de declaração e, rejeitados estes, manifestou recurso especial com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, em que alega que o acórdão recorrido, além de afrontar os arts. 515, *caput*, e § 1º, e 463, do CPC, diverge de arestos do STJ e do STF.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte, onde o Ministério Público, instado a manifestar-se, opinou pelo não conhecimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): O Juiz sentenciante sustentou que o autor apenas comprovou o domínio e não a posse. E ressaltou, antes da parte dispositiva da sentença:

“Embora, à época do saneador, a carência daquela prova já se patenteava nos autos, imprudente naquela oportunidade o julgamento antecipado, com a declaração de carência do direito de ação, pois a fase probatória poderia proporcionar o preenchimento daquele requisito.”

Inferre-se daí, pois, que ele realizou a instrução da causa, porém não lhe apreciou o mérito, como asseverado no *decisum* recorrido. E conquanto irrelevante, no meu sentir, a circunstância vem em reforço da demonstração do dissídio pretoriano e do maltrato às invocadas disposições da lei processual civil.

O que se discute, em realidade, é a extensão do efeito devolutivo. E esta extensão está definida no art. 515 do CPC, ao estatuir que a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada — *tantum devolutum quantum appellatum*. Como não se pode impugnar o que não existe, segue-se que a cognição, no órgão *ad quem*, há de limitar-se ao que foi decidido. Daí o escólio sempre lúcido de BARBOSA MOREIRA (“Com. ao CPC”, Forense, vol. V, págs. 335/336):

“Como o apelante, à evidência, não pode impugnar se não aquilo que se decidiu, conclui-se desde logo que não se devolve ao tribunal conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento do órgão *a quo*. Assim, se se trata de sentença terminativa — isto é, de decisão que pôs fim ao procedimento de primeiro grau sem julgar o mérito — não é lícito ao órgão *ad quem* passar incontinenti ao exame deste, na hipótese de ser provida a apelação. Seria infringir o princípio do duplo grau, tal como se configura, no presente contexto, pela conjugação do art. 515, *caput*, com o art. 463, do qual resulta que, não se tendo pronunciado *de meritis*, o Juiz *a quo* não chegou a “cumprir e acabar o ofício jurisdicional.”

Nem se invoque, a exemplo da Corte local no julgamento dos embargos declaratórios, com a regra do § 1º do citado art. 515 do CPC. Este não tem o sentido que se lhe quis emprestar, conforme elucidada, em parecer para o RE nº 84.467-SP, relatado pelo Min. Bilac Pinto, colacionado como paradigma, o saudoso processualista Moacyr Amaral Santos, *verbis* (RTJ, vol. 79/1.004):

“Não se argumente, em favor do acórdão recorrido, com o disposto no § 1º do mesmo art. 515. Esse parágrafo nada mais faz do que definir o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, aplicado à hipótese das “questões suscitadas e discutidas no processo não terem sido julgadas por inteiro. As questões “suscitadas e discutidas”, embora apenas julgadas em parte, serão todas elas objeto de julgamento da apelação. Mas isso sempre atento à regra contida no *caput* do mesmo artigo: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.”

Os arestos trazidos a confronto, um do STF (RE nº 84.467-SP, Relator o Min. Bilac Pinto), outro do STJ (REsp nº 1.151-RJ, Relator o Min. Eduardo Ribeiro), estão em frontal divergência com o acórdão recorrido, porquanto consagram o princípio de que extinto o processo, na primeira instância, por sentença terminativa, não é lícito ao Tribunal decidir o mérito da causa.

É o que se dá no caso vertente, onde a matéria impugnada foi uni-

camente a carência da ação por falta de legitimação ativa do autor da demanda. A cognição estava adstrita a esta parte, de modo que, afastada a carência, devia o processo volver ao órgão de primeiro grau para a decisão de mérito.

Do quanto foi exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas e lhe dou provimento, a fim de que, afastada a carência de ação, como decidido, voltem os autos ao juízo de primeiro grau para o julgamento do mérito do pedido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 26.748-5 — RJ — (92.0021887-3) Relator: Exmo. Sr. Min. Torreão Braz. Recte.: Rosa Maria de Assis. Advogada: Marilena Rocha Lovisi. Recdo.: Luiz Gioseffi Jannuzzi. Advogado: Wilson Gomes Menezes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 27.09.93 — 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 27.113-0 — RJ

(Registro nº 92.0022861-5)

Relator: *O Sr. Ministro José Cândido*

Relator Desig.: *O Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Waldir José de Mello Barbosa*

Recorrida: *União Federal*

Advogado: *Dr. Geraldo Sampaio Vaz de Mello*

EMENTA: Recurso Especial administrativo. Militares e civis. Operações de guerra. Lei nº 1.156, de 12.06.52. São amparados pela Lei nº 616, de 2 de fevereiro de 1949, os militares que prestaram serviço na zona de guerra definida e delimitada pelo art. 1º do Decreto nº 10.490-A, de 25 de setembro de 1942. A lei não alcança quem, embora haja participado na considerada zona de guerra, atuara como integrante de Tiro-de-Guerra.

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, prosseguindo no julgamento, após o voto dos Srs. Ministros Adhemar Maciel e Anselmo Santiago, aderindo ao voto do Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, por maioria, em não conhecer do recurso especial. Vencido o Sr. Ministro Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro VICENTE CERNICCHIARO, Relator designado.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Adoto como relatório o despacho do juízo de admissibilidade do presente recurso, da autoria da Dra. JULIETA LÍDIA LUNZ.

“Trata-se de recurso especial interposto às folhas 89/105 por WALDIR JOSÉ DE MELLO BARBOSA, com base no artigo 105, inciso III, letra c, da Constituição Federal, ao argumento de violação da legislação infraconstitucional, no caso a Lei 1.156/50, cujo artigo 1º teria sido violado pelo acórdão de folha 86.

Regularmente processado o recurso, não tendo se manifestado a recorrida, inobstante devidamente intimada (folha 107).

Isto posto:

Admito o recurso com base no art. 105, inciso III, letra c, da Constituição Federal.

Remetam-se os autos ao Superior Tribunal de Justiça”.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Por força do art. 1º da Lei 1.156/50, o recorrente teve averbado tempo de serviço prestado em Zona de Guerra, com fundamento na letra *m* do artigo 1º do Decreto nº 10.490-A/1942. A petição referida deu-se na condição de participante do Tiro-de-Guerra nº 29, sediado em Campos, no Estado do Rio de Janeiro, no período de 30 de novembro de 1943 a 12 de outubro de 1944.

O art. 1º, da referida Lei nº 1.156, dispunha:

“São amparados pela Lei nº 616, de 2 de fevereiro de 1949, todos os MILITARES que prestarem serviço na Zona de Guerra definida e delimitada pelo art. 1º do Decreto nº 10.490-A, de 25 de setembro de 1942” (fl. 3).

A Lei 616 diz, em seu art. 1º:

“Art. 1º — Os artigos 1º e 6º da Lei nº 288, de 8 de junho de 1948, passam a ter esta redação:

“Art. 1º — O oficial das Forças Armadas, que serviu no teatro de guerra da Itália, ou tenha cumprido missões de patrulhamento, vigilância e segurança no litoral, e ope-

rações de guerra e de observações em qualquer outro teatro de operações definidas pelo Ministério respectivo, inclusive nas ilhas de Trindade, Fernando de Noronha e nos navios da Marinha de Guerra, que defendiam portos nacionais em zonas de operações de guerra, quando transferido para a reserva remunerada, ou reformado, será previamente promovido ao posto imediato, com os respectivos vencimentos integrais”.

Mediante a disposição contida no item 2, do Aviso nº 2 do Ministro do Exército, de 26.1.72, foi estabelecida a nulidade das averbações, já feitas nos assentamentos dos militares da ativa, conseqüentes de serviços prestados em órgão de Formação de Reserva, em locais considerados como “Zona de Guerra”.

Ao anular as averbações feitas, o Ministro do Exército não reconheceu, como Militares, os alunos dos Órgãos de Formação de Reserva.

Contudo, a Lei nº 5.774, de 28.12.71, no art. 3º, § 1º, vigente à época do referido “Aviso”, considerava como “Militares” os alunos dos Órgãos de Formação de Militares da Ativa e da Reserva.

Havendo o recorrente requerido, em 6 de abril de 1981, nova averbação do tempo de serviço em tela, a matéria foi remetida para ser apreciada na oportunidade da passagem do militar para a inatividade, conforme as seguintes abreviaturas de expedição de rádio:

“INFO. V. EXª NÃO HAH AVERBAÇÃO PT BENEFÍCIOS LEI 1.156/50 SERÃO ANALISADOS EX OFF OCASIÃO PASSAGEM MIL. INATIVIDADE” PT GEN. PACHECO DCA” (fl. 91).

Na data em que o recorrente se inativou, vigorava a Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares), cujo tópico específico dispunha:

“

Art. 3º —

§ 1º — Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

a) na ativa

I —

IV — os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva” (fl. 91).

Com o advento da Lei 4.902/65, restaram vedadas as promoções decorrentes de leis especiais, cujo elenco inclui a Lei 1.156/50, passando-se, porém, a conceder os proventos do posto imediato àquele ocupado pelo beneficiário. Diz a lei:

“Art. 59 — Ao militar beneficiado por uma ou mais das seguintes Leis: 288, de 8 de junho de 1948; 616, de 2 de fevereiro de 1949; 1.156, de 12 de julho de 1950, e 1.267, de 9 de dezembro de 1950, e que, em virtude do disposto nos artigos 56 e 57 anteriores, não mais usufruirá das promoções previstas nestas leis, ficam assegurados, por ocasião da transferência para a Re-

serva ou da reforma, os proventos relativos ao posto ou graduação a que seria promovido em decorrência da aplicação das referidas leis”.

Por seu turno, a própria Lei do Serviço Militar (Lei 4.375, de 17.8.64) contém dispositivos que embasam o direito aqui postulado, artigos 7º, 16 e 17, que dizem:

“Art. 7º — O Serviço Militar dos matriculados em órgão de Formação de Reserva terá a duração prevista nos respectivos regulamentos”.

.....

“Art. 16 — Serão convocados anualmente, para prestar o Serviço Militar inicial nas Forças Armadas, os brasileiros pertencentes a uma única classe”.

.....

“Art. 17 — A classe convocada será constituída dos brasileiros que completarem 19 (dezenove) anos de idade entre 1º de janeiro e 31 de dezembro do ano em que deverão ser incorporados em Organização Militar da Ativa ou matriculados em Órgãos de Formação de Reserva”.

.....

“§ 3º — Órgãos de Formação de Reserva é a denominação genérica dada aos órgãos de formação de oficiais, graduados e soldados para a reserva”.

Tendo-se em vista a fundamentação exposta, infere-se que

a Portaria do Ministro do Exército, anteriormente citada, feriu dispositivos legais.

Sobre a matéria, cumpre destacar os seguintes acórdãos, do antigo Tribunal Federal de Recursos.

“ADMINISTRATIVO. MILITAR. REFORMA. BENEFÍCIOS DA LEI Nº 1.156/50.

1. O Militar que teve averbado, nos termos da Lei nº 1.156/50, tempo de serviço prestado em órgão de formação da reserva, localizado em zona de guerra, faz jus a reforma com proventos do posto imediatamente superior.

2. Prescritas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.

3. Apelação improvida e parcialmente provida a remessa *ex officio* (Min. ASSIS TOLEDO — Apelação Cível nº 89.769, DJ de 13.3.89).

.....
“MILITAR. EX-ALUNO DE ÓRGÃO DE FORMAÇÃO DA RESERVA. BENEFÍCIOS DA LEI 1.156, de 1950.

Os benefícios concedidos aos ex-alunos de órgão de formação da reserva pela Lei 1.156, de 1950, decorrem do fato de se localizarem estas em zona de guerra. Não foram eles revogados pela Lei 5.774, de 1971, artigos 138, § 2º, e 141, § 1º, pois que nesses dispositivos são contem-

plados os mesmos alunos de órgãos de formação da reserva, em tempo de paz. A diferença de situações evidencia a distinção dos efeitos. Militar que teve averbado o tempo de serviço de curso de instrução militar realizado em zona de guerra, faz jus à reforma com proventos correspondentes ao soldo do posto imediato” (Apelação Cível nº 60.450, DJ de 18.3.82 — EJ. vol. 1-04, pág. 23, Rel. Min. CARLOS MADEIRA).

O recorrente, portanto, faz jus aos proventos do posto superior, em decorrência de sua inativação.

Isto posto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.113-0 — RJ — (92.0022861-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recte.: Waldir José de Mello Barbosa. Adv.: Geraldo Sampaio Vaz de Mello. Recda.: União Federal. Sustentaram oralmente o Dr. Geraldo Sampaio Vaz de Mello e o Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, Subprocurador-Geral da República.

Decisão: Após a sustentação feita pelo Dr. Geraldo Sampaio Paes de Mello, como advogado do requerente, o Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, na qualidade de representante do Ministério Público Federal, levantou uma preliminar de impossibilidade do julgamento, tendo em vista a lei que criou a ad-

vocacia da União, e que teria ela determinado a suspensão dos recursos, todos eles em curso pela Justiça. O Ministro-Presidente, preliminarmente, consultou a Turma sobre a conveniência ou não do julgamento, havendo a Turma, por unanimidade, decidido que o processo poderia ser julgado, porque a lei se referia a problema de prazo, e não aos processos em curso. No mérito, após o voto do Ministro-Relator, conhecendo do recurso e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Aguardam os Ministros Adhemar Maciel e Anselmo Santiago. Ausente, por motivo justificado o Sr. Ministro Pedro Acioli (em 09.03.93 — 6ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, o recorrente teve averbado o tempo de serviço em zona de guerra com fundamento na letra *m*, do art. 1º, do Decreto nº 10.490. A petição referida deu-se na condição de participante do Tiro-de-Guerra nº 29, sediado em Campos, no Estado do Rio de Janeiro, no período de 30 de novembro de 1943 a 12 de outubro de 1944. Posteriormente, o Ministro da Pasta Militar, entendendo que, como participante do Tiro-de-Guerra, não tinha o direito, ao qual a lei se referia, dado a todos os oficiais e suboficiais, que houvessem participado do “Teatro de Guerra”,

na Itália, e nas zonas de guerra, situadas no Brasil, de, quando passassem para a inatividade, ter a promoção ao posto imediatamente superior e — mesma remuneração. Em Primeira Instância e no Tribunal Regional Federal, com sede no Rio de Janeiro, Segunda Região, negaram acolhimento ao pedido. Todavia, o eminente Relator, no seu douto voto, conhece do recurso e lhe dá provimento a fim de restabelecer a situação anterior.

Meu voto, Sr. Presidente, rogando vênia a V. Exa., é no sentido de prestigiar o venerando acórdão recorrido, isto porque a Lei nº 1.156, de 12 de julho de 1950, diz em sua Ementa:

“Dispõe sobre concessão de vantagens a militares e civis que participaram de operações de guerra.

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º. São amparados pela Lei nº 616, de 02 de fevereiro de 1949, todos os militares que prestaram serviço na zona de guerra definida e delimitada pelo art. 1º do Decreto nº 10.490-A, de 25 de setembro de 1942”.

A Lei nº 616, por seu turno, relaciona os beneficiários, ou seja:

“Art. 1º. O oficial das Forças Armadas, que serviu no teatro de guerra da Itália, ou tenha cumprido missões de patrulhamento, vigilância e segurança do litoral, e operações de guerra e de observações em qualquer outro teatro de opera-

ções definidas pelo Ministério respectivo, inclusive nas ilhas de Trindade, Fernando de Noronha e nos navios da Marinha de Guerra, que defendiam portos nacionais em zonas de operações de guerra, quando transferido para a reserva remunerada, ou reformado, será previamente promovido ao posto imediato, com os respectivos vencimentos integrais”.

E o art. 2º relaciona, para o mesmo efeito, os componentes da missão médica, que o Brasil enviou à França, em caráter militar, na Guerra de 1914 a 1918.

No caso dos autos, o recorrente era participante do Tiro-de-Guerra, embora tivesse participado na considerada zona de guerra.

Então, não havendo o suporte fático previsto pela lei, *data venia*, acompanho o fundamento e a conclusão do venerando acórdão.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.113-0 — RJ — (92.0022861-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. José Cândido. Recte.: Waldir José de Mello Barbosa. Advogado: Geraldo Sampaio Vaz de Mello. Recda.: União Federal.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, não conhecendo do recurso, pediu vista o Sr. Ministro Adhemar Maciel. Aguarda o Sr. Ministro Anselmo Santiago (em 14.06.93 — 6ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Trata-se de pedido de vista. V. Exa., Ministro JOSÉ CÂNDIDO, como Relator, conheceu e proveu o recurso especial de WALDIR JOSÉ DE MELLO BARBOSA, coronel da reserva remunerada do Exército Nacional.

O Ministro VICENTE CERNICCHIARO, após vista, dissentiu de V. Exa., uma vez que ficou com o acórdão hostilizado.

Os fatos são os seguintes: o recorrente, por ocasião da II Guerra Mundial, fazia Tiro-de-Guerra em Campos, RJ, considerada Zona de Guerra. Teve seu tempo de conscrito averbado, tudo nos termos do art. 1º da Lei nº 1.156/50. Mais tarde, em 1972, a averbação foi cancelada por força do Aviso Ministerial nº 2. Ora, argumenta o impetrante/recorrente, um aviso ministerial não pode contrariar uma lei. Pediu, em decorrência, os proventos de general-de-divisão. Sua pretensão foi rechaçada pela primeira instância. O sucumbente recorreu. No TRF da 2ª Região, a sentença foi confirmada. Com o Juiz sentenciante, entendeu-se de acordo com a Lei nº 5.774/71, art. 138, § 2º, que o tempo de aluno de órgão de formação da reserva é contado só para fins de inatividade. Também se repeliu a tese de direito adquirido.

V. Exa., Ministro JOSÉ CÂNDIDO, depois de transcrever o art. 1º

da Lei nº 1.156/71 e o art. 1º da Lei nº 616/49, ressaltou em seu voto:

“Ao anular as averbações feitas, o Ministro do Exército não conheceu, como Militares, os alunos dos órgãos de Formação de Reserva.

“Contudo, a Lei nº 5.774, de 28.12.71, no art. 3º, § 1º, vigente à época do referido Aviso, considerava como Militares os alunos dos Órgãos de Formação de Militares da Ativa e da Reserva.

“Havendo o recorrente requerido, em 6 de abril de 1981, nova averbação do tempo de serviço em tela, a matéria foi remetida para ser apreciada na oportunidade da passagem do militar para a inatividade, conforme as seguintes abreviaturas de expedição de rádio: INFO V. EXA. NÃO HAH AVERBAÇÃO PT BENEFÍCIOS LEI 1.156/50 SERÃO ANALISADOS EX OFF OCASIÃO PASSAGEM MIL. INATIVIDADE PT GEN. PACHECO DCA.

“Na data em que o recorrente se inativou, vigorava a Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares), cujo tópico específico dispunha:

“..... Art. 3º — Os militares encontram-se em uma das seguintes situações: a) na ativa IV — os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva.”

“Com o advento da Lei 4.902/65, restaram vedadas as promoções decorrentes de leis especiais, cujo elenco inclui a Lei 1.156/50, passando-se, porém, a conceder os proventos do posto imediato àquele ocupado pelo beneficiário”.

Por último, V. Exa., Ministro JOSÉ CÂNDIDO, transcreveu ementa do Ministro ASSIS TOLEDO, quando integrante do extinto Tribunal Federal de Recursos:

“ADMINISTRATIVO. MILITAR. REFORMA. BENEFÍCIOS DA LEI Nº 1.156/50.

1. O militar que teve averbado, nos termos da Lei nº 1.156/50, tempo de serviço prestado em órgão de formação da reserva, localizado em zona de guerra, faz jus à reforma com proventos do posto imediatamente superior.

2. Prescritas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.

3. Apelação improvida e parcialmente provida a remessa *ex officio*”.

Senhor Presidente, examinemos a legislação, já bem examinada por V. Exa. e pelo Ministro VICENTE CERNICCHIARO.

Diz a Lei nº 1.156/50, com a rubrica “Dispõe sobre concessão de vantagens a militares e civis que participaram de operações de guerra”:

“Art. 1º — São amparados pela Lei nº 616, de 2 de fevereiro de 1948, todos os militares que prestaram serviço na zona de guerra definida e delimitada pelo art. 1º do Decreto nº 10.490-A, de 25 de setembro de 1942.

Parágrafo único. Ficam também reconhecidos os direitos dos militares já falecidos.”

A Lei nº 616/48, por sua vez, dispunha:

“Art. 1º — O oficial das Forças Armadas, que serviu no teatro de guerra da Itália, ou tenha cumprido missões de patrulhamento, vigilância e segurança do litoral, e operações de guerra e de observações em qualquer outro teatro de operações definidas pelo Ministério respectivo, inclusive nas ilhas de Trindade, Fernando de Noronha e nos navios da Marinha de Guerra, que defendiam portos nacionais em zonas de operações de guerra, quando transferido para a reserva remunerada, ou reformado, será previamente promovido ao posto imediato, com os respectivos vencimentos iniciais”.

Diz o Decreto nº 10.490-A/42:

“Art. 1º — É definida e delimitada a Zona de Guerra abrangendo, inicialmente, as águas do Atlântico Sul compreendidas na faixa de segurança estabelecida na declaração do Panamá (Decreto XIV) aprovada em 3 de outubro de 1939 e os seguintes municípios:

a) *omissis*

m) No Estado do Rio de Janeiro: todos os municípios”.

Senhor Presidente, a norma básica, isto é, aquela que concedeu o direito subjetivo ao oficial das Forças Armadas de se inativar com os vencimentos do posto imediatamente superior, foi a Lei nº 616, de 02/02/49, que alterou os arts. 1º e 6º da Lei nº 288, de 08/06/48. Como vimos da lei *supra*, o art. 1º da Lei nº 616/49 não concedeu a vantagem a

quem tivesse só servido em Zona de Guerra. Restringiu, uma vez que fala em “teatro de guerra na Itália”, “missões de patrulhamento, vigilância e segurança do litoral, e operações de guerra e observações em qualquer outro teatro de operações definidas pelo Ministério respectivo, inclusive nas ilhas de Trindade, Fernando de Noronha e nos navios da Marinha de Guerra, que defendiam portos nacionais em zonas de operações de guerra”. Ora, essa não era a situação do impetrante/recorrente, que era de Tiro-de-Guerra.

O Juiz de primeiro grau, inclusive, se baseou em ementa do próprio Ministro JOSÉ CÂNDIDO, na AC nº 69.219-RJ, para denegar a segurança ao ora recorrente:

“MILITAR. PROVENTOS DO POSTO DE GENERAL DE DIVISÃO, COM BASE NA LEI Nº 1.156/50.

Não faz jus ao benefício da Lei nº 1.156/50, o Coronel da Arma de Infantaria que, ao passar para a Reserva Remunerada, havia perdido as vantagens da legislação específica, em face do cancelamento do período de serviços prestados em Zona de Guerra, como aluno de Órgão de Formação de Reservista, e que assentou praça somente em 1947. Recurso provido”.

Dentre as ementas colacionadas pela ré, tomo a liberdade de transcrever a da AC nº 65.165-RJ:

“EMENTA. MILITAR. TEMPO DE SERVIÇO. ALUNO DE ÓRGÃO DE FORMAÇÃO DE RESERVA.

O fato de o militar ter serviço em Zona de Operações de Guerra, quando era aluno de OFR, não lhe dá direito aos benefícios previstos na Lei nº 1.156, de 1950, porque esse período somente pode ser computado para fins de inatividade, nos termos dos arts. 138, § 2º, e 141, II, § 1º, ambos da Lei nº 5.774/71. Precedentes deste Tribunal. Sentença confirmada” (DJU de 29.04.82, p. 3.940).

Assim, diferentemente do Ministro Relator e do Ministro CERNICCHIARO, não estou preocupado em saber se, legalmente, o impetrante, quando no Tiro-de-Guerra, era ou não militar. O fato é que o impetrante não foi contemplado com a vantagem da Lei nº 1.156/50, que se arrimou na Lei nº 228/49, que, por sua vez, alterou a Lei nº 288/48. Ademais, quando de sua passagem para a reserva ele não tinha o tempo averbado para os fins da Lei nº 1.156/50. Ao contrário, seu tempo já havia sido cancelado por força de portaria ministerial. Desse modo, *data venia*, não se pode afirmar, como ele faz, que uma norma terciária estaria prevalecendo sobre uma norma primária.

Com tais observações, pedindo vênia ao eminente Ministro Relator, acompanho a dissidência.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.113-0 — RJ — (92.0022861-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. José Cândido. Recte.: Waldir José de Mello Barbosa. Advogado: Geraldo Sampaio Vaz de Mello. Recda.: União Federal.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Adhemar Maciel e Anselmo Santiago, aderindo ao voto do Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso especial. Vencido o Sr. Ministro Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (em 14.09.93 — 6ª Turma).

O Sr. Ministro Pedro Acioli acompanhou o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 27.255-9 — RJ

(Registro nº 92.0023223-0)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Scania do Brasil Ltda.*

Recorrido: *Iacy Brasil Leite*

Advogados: *Cláudio Ramos e outros; César Aguiar Portella; Antônio Carlos de Almeida Castro*

EMENTA: Processual Civil. Acórdão. Julgamento. Maioria. 1. Não composta a maioria no julgamento face a absoluta disparidade dos votos, nulo é o acórdão, até porque mingua de fundamento. 2. Desnecessários os embargos declaratórios, no caso. 3. Recurso 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 maioria, vencidos os Srs. Ministros Costa Leite e Waldemar Zveiter, em conhecer do recurso especial e em lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de setembro de 1993
(data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal, onde se alega violação aos arts. 165 e 458 do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial.

O r. aresto atacado, prolatado pela Sexta Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, restou assim ementado:

“FALÊNCIA.

FORMA DE LIQUIDAÇÃO.

Venda realizada por disposição de credores, deliberada em assembléia, satisfeito o *quorum* previsto no art. 123 da Lei de Falências.

Não podem os credores dispor de bens não arrecadados, mas tão-somente dos que o foram, regularmente, avaliados e constantes do auto de arrecadação (art. 123, § 2º, LF). Se tal irregularidade ocorreu, sem impedir a homologação da venda, não pode o Juiz deixar de resolver a questão, remetendo as partes, isto é, comprador e terceiro, para as vias ordinárias.

Provimento do agravo de instrumento para cassar a decisão.”

Sustenta a recorrente que não houve no acórdão recorrido a maioria necessária às conclusões do Órgão Julgador e que os três votos proferidos resultaram divergentes entre si. Assevera que se trata de matéria surgida com a decisão impugnada e que, portanto, é desnecessário o prequestionamento.

Contra-razões às fls. 252/257.

O recurso foi admitido.

O parecer do Ministério Público é pelo malogro da insurgência apresentada.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): O Magistrado de 1º grau entendeu não lhe caber resolver questão entre o cessionário de parte do ativo da massa e terceiro, pertinente à entrega de certos bens, não arrecadados nem avaliados, em processo de conhecimento.

Ao apreciar agravo de instrumento decidiu a Corte Estadual:

“ACORDAM os Desembargadores da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e, julgando-o, por maioria, dar provimento, em parte, para cassada a decisão agravada (fls. 4.469, nº 1, fls. 21, nº 1, destes), determinar que o MM. Juiz decida como devido e de direito, vencido o eminente Des. Pestana de Aguiar, Relator, que negava provimento ao recurso. O 2º vogal e Presidente Des. Cláudio Lima declarará seu voto” (fls. 224).

Os votos foram todos fundamentados e explicitados, prevalecendo o voto do Des. Mello Serra, Relator designado para o acórdão, que cassava a decisão a fim de ser julgada a questão incidente como de direito.

O Des. Pestana de Aguiar, com o entendimento de não poder o Juízo Falimentar, sem o devido processo legal, obrigar eventual devedora da falida a entregar bens para a transferência a credor da massa, prestigiou a remessa do litígio para a via própria.

O Des. Cláudio Viana deu provimento parcial ao agravo para determinar que a agravada, aqui recorrente, entregasse à massa os “chassis” e eixos, visto não ter motivos para resistir à ordem judicial de arrecadação.

À toda evidência o voto do eminente Des. Cláudio Lima dissentiu de qualquer das duas soluções da-

das pelos dois outros componentes da Turma julgadora e, inclusive, não corresponde ao pleito do agravante, objeto do incidente, ou seja ao pedido de entrega dos bens a ele, na condição de cessionário da falida, cassada a decisão de envio da demanda à via própria.

A disparidade de votos é manifesta e, segundo meu entendimento, não se compôs a maioria. Poderia a parte, perfeitamente, acusar, além de afronta ao art. 458 do CPC, a violação dos arts. 555 e 556 do mesmo estatuto a cuidar do julgamento e da proclamação.

Esclareço que, após a distribuição dos autos a este Relator, a parte recorrida trouxe cópia de acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 1.335/92, relatado pelo eminente Desembargador Cláudio Lima, em cujo voto esclarece:

“Busca-se cumprir o v. acórdão de fls. 102, cujo dispositivo, mal ou bem, tem a seguinte voz: “ACORDAM os Desembargadores da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e, julgando-o, por maioria, em dar provimento, em parte, para cassada a decisão agravada (fls. 4.469, nº 1; fls. 21, nº 1, destes), DETERMINAR QUE O MM. JUIZ DECIDA COMO DEVIDO E DE DIREITO”. Encerra-se, aqui, propositamente, a transcrição, visto que o que se segue — referente aos votos vencidos, neste agravo, não tem relevância. Relevante é a determinação de que o Dr. Juiz decida co-

mo devido e de direito. Decidir o quê? O v. acórdão, no exame do mérito, aponta que deve ser decidida a questão incidente quanto à possibilidade da arrecadação de bens, não arrecadados na falência, mas expressamente, aludidos na cessão de bens da Massa Falida, ao ora agravado (item II, fls. 3.308/3.309, fls. 24/25 dos autos do Agravo de Instrumento nº 94/91; nestes autos às fls. 162/163, com a homologação, irrecorrida, de fls. 164). O v. acórdão é bastante claro nesta determinação e, nada obstante, referir a voto vencido do signatário, como é possível conferir às fls. 109 (na assinatura do v. acórdão) e às fls. 112, houve declaração de voto, apenas. Não registra o v. acórdão, às expensas, que o signatário votou, mudando a sua conclusão, com o douto Relator designado, do que se penitencia de não ter, no momento próprio, reparado e retificado” (fls. 296/297).

Ouvida a recorrente sobre o documento apresentado, assim se manifestou, no essencial:

“Assim, além de penitenciar-se do erro cometido, o Des. CLÁUDIO VIANNA DE LIMA deixou evidenciado que não constou do acórdão alvejado pelo Especial o seu verdadeiro voto, mas outro, que, modificado, não prevaleceu. Daí porque o acórdão, tal como elaborado e dado à publicação, com três votos divergentes, nada proveu, à falta de voto majoritário que representasse o entendimento vitorioso no seio do órgão julgador. Aliás, o referido

acórdão não pôde ser sequer executado em primeira instância, tal a confusão que gerou. Tem-se, pois, que o *error in procedendo* que fundamenta o recurso especial está mais do que demonstrado” (fls. 300).

Efetivamente, o equívoco lamentado pelo douto julgador não foi lavrado em tempo no acórdão recorrido. Logo, não possa levar em conta seu posterior esclarecimento.

Desnecessária, *in casu*, a apresentação de embargos declaratórios, para efeito do chamado prequestionamento, pois o descumprimento das regras processuais ocorreu no dispositivo do acórdão, sem a necessária fundamentação do decisório posto que desarmônicas as razões apresentadas pelos eminentes julgadores nomeados.

Face ao exposto, conheço do recurso especial, para dar-lhe provimento e determinar que a Egrégia Câmara profira novo julgamento.

É o voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, pedindo respeitosa vênia ao eminente Relator, ponho-me de acordo com o parecer do Ministério Público Federal. Não propriamente em razão da falta de prequestionamento, pois a questão, em verdade, surgiu no julgamento do agravo, mas por entender que o vício apontado desafiava embargos declaratórios.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, peço vênia aos votos que dissentiram do Sr. Ministro Costa Leite, para acompanhar S. Exa.

Também entendo que o caso seria típico dos declaratórios, não propriamente pelo prequestionamento, mas para que os julgadores pudessem declarar a omissão que me parece evidente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.255-9 — RJ — (92.0023223-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cláudio Santos. Recte.: Scania do Brasil Ltda. Advogados: Antônio Carlos de Almeida Castro e outros. Recdo.: Iacy Brasil Leite. Advogado: César Aguiar Portella. Sustentaram, oralmente, o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro, pelo recorrente, e o Dr. Nelson Parucker, pelo Ministério Público Federal.

Decisão: A Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Costa Leite e Waldemar Zveiter, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 13.09.93 — 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 28.489-6 — SP

(Registro nº 92.0026552-9)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Lar Franciscano de Menores de Piracicaba*

Recorrida: *Diocese de Piracicaba*

Advogados: *Drs. Cláudio Bini e outros, e Orlando Veneziano e outro*

EMENTA: Possuidor. Construções. Indenização. Retenção. 1. O direito a ressarcimento por construções, que se reconheceu ao possuidor, garante-se com a retenção. Inexistência de razão para tratamento diferenciado de acessões e benfeitorias, quanto ao ponto. Tanto mais que o Código Civil nem sempre empregou os termos no sentido rigorosamente técnico, como se depreende de seu artigo 548.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso especial e em lhe dar provimento.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente e Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de ação de reintegração de posse, ajuizada pela DIOCESE PIRACICABA contra LAR FRANCISCANO DE MENORES DE PIRACICABA que, incidentalmente, formulou pedido de anulação de cláusula de escritura de doação.

A possessória foi julgada procedente, tendo sido extinta a anulatória por ilegitimidade ativa.

Recorreu a parte vencida, sustentando assistir-lhe direito de retenção pelas benfeitorias realizadas no imóvel e, quanto à anulatória, reafirmou a nulidade da doação.

A Egrégia Turma da Segunda Câmara do Segundo Tribunal de Alça-

da Civil negou provimento ao recurso, entendendo tratar-se de doação resolúvel, não cabendo ao recorrente “quaisquer direitos ou patrimônio”, pois ocupava o imóvel em comodato.

No especial, o recorrente alegou que vulnerados os arts. 516, 873 e 1.098, do Código Civil. Sustentou que, na hipótese, a distinção doutrinária existente entre benfeitorias e acessões não lhe frustra o direito de retenção. Reafirmou ainda, ser parte legítima, na qualidade de terceiro interessado. Relacionou julgados, afirmando deles dissentir a decisão recorrida.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A questão relativa ao artigo 1.098 do Código Civil foi objeto de outro recurso, não admitido, tendo sido negado provimento ao agravo de instrumento tendente a dar-lhe seguimento. Aqui se cuidará do tema pertinente a direito de retenção por acessões.

Observo, de início, que apenas dessas se cogita. Se houve benfeitorias, melhorando-se instalações já existentes, é matéria de fato que não poderá ser examinada na via do especial.

As instâncias ordinárias reconheceram que o ora recorrente erigiu

construções no imóvel, não se negando houvesse boa-fé. Assim é que o acórdão afirmou:

“Há, nos autos, como reconhecido, detalhamento e comprovação de haver, a apelante, erigido edificações no imóvel cedido, destinado aos seus fins assistenciais e filantrópicos.

Mas, disso não lhe advém o pleiteado direito de retenção, pesem, embora, decisões superiores em sentido contrário, às quais *data venia*, não empresto adesão, senão indenização pelos gastos desembolsados, como, aliás, lhe foi assegurado pela sentença”.

Está a questão em saber se o artigo 516 do Código Civil, ao reconhecer o direito de retenção, até que se pague o valor de benfeitorias, aplica-se também a acessões. A divergência a propósito, como sabido, é antiga em nosso direito.

Não há dúvida de que, dentro da boa técnica, se distinguem benfeitorias e acessões, incluindo-se as construções nessas últimas e não entre aquelas outras. E o citado dispositivo apenas menciona benfeitorias. Malgrado isso, forte corrente, jurisprudencial e doutrinária, essa filiada ao pensamento de CLÓVIS, sustenta que o direito de retenção também abrange acessões. A ela tenho aderido.

Em primeiro lugar, seria injustificável a diferença de tratamento. Se o possuidor apenas aumentar as condições de utilização de um imóvel — benfeitorias úteis —, ou rea-

lizar obras necessárias a sua conservação — benfeitorias necessárias —, terá direito de retenção para garantir o ressarcimento do que gastou. Não assim, entretanto, segundo o entendimento restritivo, acolhido pelo acórdão, se, em lugar de a isso limitar-se, erigir uma construção.

Em segundo, o próprio Código não foi rigoroso no emprego das expressões. Basta, para isso convencer, a leitura de seu artigo 548. Ali se cuida de quem semeia, planta ou constrói em terreno alheio e prevê-se o direito a ressarcimento pelo “valor das benfeitorias”.

Conheço do recurso, posto demonstrado o dissídio com julgado do Supremo Tribunal Federal, e dou-lhe provimento para reconhecer o direito de retenção até que se pague o valor das construções levantadas pelo recorrente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.489-6 — SP — (92.0026552-9). Relator: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Lar Franciscano de Menores de Piracicaba. Advogados: Cláudio Bini e outros. Recda.: Diocese de Piracicaba. Advogados: Orlando Veneziano e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 19.10.93 — 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 EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 28.496-3 — PR

(Registro nº 92.26668-1)

Relator: *O Sr. Ministro José Cândido*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *João Batista da Silva*

Advogado: *José Eduardo Mussi Beffa*

EMENTA: Homicídio e lesões corporais culposas: Arts. 121, § 3º, e 129, § 6º, do Código Penal. Acidente de automóvel. Estrada asfaltada, com pista escorregadia, sob chuva intensa. 1. Previsibilidade. Motorista que tinha o dever de ser cauteloso e dirigir com a devida atenção. 2. Hipótese em que a Polícia Técnica o enquadrrou como infrator do art. 175, inciso I, do RCNT, porque não dirigia “com atenção e os cuidados indispensáveis à segurança do trânsito”. 3. Age com imprudência o motorista que, dirigindo em estrada asfaltada, sob intensa chuva, com pista escorregadia e com lama, não toma as cautelas indispensáveis para evitar acidentes, possíveis de acontecer, pelas condições da estrada e velocidade inadequada. A culpa, à semelhança do dolo, é uma atitude contrária ao dever, portanto, reprovável da vontade, no dizer de ANTONLISEI. Previsível o acidente, tem-se o réu como culpado pelos crimes descritos na denúncia. 4. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Ministro Adhemar Maciel, em dar provimento ao recurso especial, na conformidade dos votos e notas taquigráficas constantes dos autos.

Votaram com o Relator os Ministros Vicente Cernicchiaro e Anselmo Santiago. Ausente, por motivo justificado, o Ministro Pedro Acioli.

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Adoto a parte expositiva do Parecer de fls. 388/393, do ilustre representante do Ministério Público Federal, assim expressa:

“João Batista da Silva foi denunciado perante o MM. Juiz de Direito da Comarca de Corbélia, PR, como incurso nas sanções dos arts. 121, § 3º, e 129, § 6º, do Código Penal, por haver causado a morte de duas pessoas e lesões corporais em outras seis, numa colisão de automóveis ocorrida em trecho de rodovia federal situado naquele município.

A peça acusatória considerou imprudente a conduta do réu ao volante, porque teria desenvolvido velocidade incompatível com as condições do local, daí resultando a derapagem que ocasionou o evento.

Em primeira instância, o processo findou com sentença absolutória, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal. Depreende-se da leitura dos fundamentos da decisão que o ilustre Julgador, à míngua de dados técnicos seguros, baseou-se na prova testemunhal, no sentido de que o acusado dirigia com moderação e de que havia lama sobre a pista de rodagem, no lugar do evento, para afinal concluir que a perda do controle do veículo deveu-se a circunstância que não podia ser antevista, de modo a tornar imprevisível o próprio sinistro (fls. 274/6).

Irresignado, o Ministério Público apelou ao Egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Sustentou, em suas razões, que os danos pessoais e materiais apurados induzem a crer que, conquanto dentro do limite regulamentar, a marcha do veículo do apelado era inadequada às condições ambientais.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação em acórdão cujos motivos foram fielmente traduzidos na seguinte ementa:

“APELAÇÃO CRIMINAL Nº 47.339-6, DE CORBÉLIA (Terceira Câmara Criminal)

APELANTE: O MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO: JOÃO BATISTA DA SILVA

RELATOR: JUIZ PAULA XAVIER

Acidente de trânsito com vítimas fatais. Estrada asfaltada. Dia chuvoso.

Motorista que imprime a seu veículo velocidade compatível com o local. Lama e água sobre a pista. Fato imprevisível. Sentença absolutória. Manutenção. Recurso improvido.

Quando a pista asfáltica está molhada pela chuva, e estando chovendo, é necessário que o motorista imprima, a seu conduzido, velocidade que indique prudência.

Tendo o motorista agido com cautela, e mesmo assim tendo seu veículo se desgovernado por haver so-

bre a pista lama e água, não se pode incriminá-lo, eis que a previsibilidade do homem comum não atinge o conhecimento da existência desses elementos naturais sobre a pista de rolamento. A sanção proposta no Boletim de Ocorrência não pode sobrepor-se a outras provas, não servindo esse documento para embasar uma condenação, quando está solitário. A sentença absolutória deve ser mantida (fls. 312/3).”

Dessa decisão o *parquet* interpôs o presente recurso especial, com fulcro no art. 105, III, *a* e *c*, da Carta Magna, e nos dispositivos pertinentes da legislação infraconstitucional.

Ao longo das alentadas razões que apresentou, o ilustre recorrente sustenta, com relação ao permissivo da letra *a*, que o *v. decisum* adotou uma interpretação equivocada da estrutura dos crimes culposos, em especial do conceito jurídico de **imprudência**, a ponto de afrontar o art. 121, § 3º, do Código Penal. Para evidenciar a procedência da alegação, é dado destaque a uma passagem do corpo do aresto combatido, que tem o seguinte teor:

“Resta a questão da previsibilidade.

Poderia o réu ter previsto que haveria barro e água sobre a pista de rolamento, ao final de um declive?

É claro que o réu poderia ter previsto. Mas como não previu, fica a questão se essa previsibilidade era exigível (fls. 317 e 330)” (fls. 388/391).

Opinando, o ilustre Parecerista, após tecer algumas considerações sobre o tema, afirma:

“Assim, revela-se inadmissível o recurso, pelo permissivo da letra *a*, porque a *v. decisão* recorrida não contrariou o disposto no art. 121, § 3º, do Código Penal; apenas, considerou que a hipótese dos autos não se amolda àquela figura típica, ante a constatação da impossibilidade objetiva de previsão do funesto resultado.

Melhor sorte não é reservada ao recurso, quando examinado sob o ângulo do permissivo da letra *c*.

A matéria controversa nos acórdãos postos em confronto é de cunho eminentemente fático. Em última análise, a indagação que se coloca, na espécie, é se a **derrapagem** é, ou não, um acontecimento previsível.

Seja qual for a resposta, não se pode erigi-la à categoria de axioma, como pretende o recorrente” (fls. 392/393).

Conclui o ilustre Subprocurador, opinando pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O ponto fundamental da insatisfação do recorrente é o da previsibilidade de acidente, tomando-se por base a hipótese de derrapagem do veículo em

rodovia federal asfaltada, com pista molhada por chuva intensa, e velocidade inadequada.

A sentença absolveu o recorrido. Entendeu o Juiz de primeiro grau ser imprevisível o fato, e que a velocidade era compatível com o local, e, afinal, que o Boletim de Ocorrência não estava fundamentado. O egrégio Tribunal *a quo* manteve a sentença absolutória.

Tenho opinião contrária que se ajusta à tese desenvolvida pelo recorrente. A verdade é que, por ocasião do acidente, de conseqüências trágicas, “chovia bastante”, e o réu desenvolvia uma velocidade entre 65 a 70 km/h, considerada pela sentença como adequada, desde que a pista de rolamento era asfaltada.

Desta forma, em meu entendimento, a derrapagem era perfeitamente previsível. O acidente ocorreu em “curva e baixada”, com lama, sob chuva forte. Qualquer motorista cauteloso teria diminuído a velocidade para 30 km/h, uma vez que essas estradas se apresentam escorregadias, quando molhadas, sobretudo, em lugares baixos, onde a lâmina de água sobre o asfalto é mais espessa, possibilitando o deslizamento. Isso não oferece qualquer dúvida. Tanto é verdade, que os fabricantes de pneus, prevendo as hipóteses de acidente, oferecem aos usuários modelos adequados às pistas molhadas e escorregadias. Qualquer estrada asfaltada de uso intenso de veículo apresenta trechos de real perigo. Os automóveis de corrida chegam a trocar de pneus por

ocasião das provas, à proporção da mudança de pista seca e molhada.

O Boletim de Ocorrência é bastante claro ao considerar que o “condutor perdeu o controle”, e o carro rodopiou sobre a pista de rolamento, provocando a colisão. Está certo que o rodopio foi provocado pela lama e água sobre o asfalto, em uma “baixada” em “curva”, fato que teria sido evitado, com o mínimo de cautela, em face do permanente perigo que oferecia a estrada. Tanto que o motorista foi enquadrado, pela Polícia Técnica, como infrator do art. 175, inc. I, do RCNT, porque não dirigia “... com a atenção e os cuidados indispensáveis à segurança do trânsito” (fls. 13 v.). Daí com razão o então apelante, quando afirma: “As testemunhas e o réu confirmaram a ocorrência deste fenômeno na pista: **enxurrada causada pela chuva**” (fl. 283).

Com esses fundamentos, é fácil concluir, no caso dos autos, pela previsibilidade da derrapagem. Ao rodopiar sobre a pista, o veículo bateu no outro, que vinha em sentido contrário. Até sob esse aspecto prevê-se que qualquer escorrego pode produzir, com a invasão da pista contrária, um choque, tal como ocorreu.

O saudoso ANIBAL BRUNO, admirável mestre de Direito Penal, ensinava que “consiste a imprudência na prática de um ato perigoso sem os cuidados que o caso requer”. Foi o que aconteceu com o recorrido. Com velocidade adequada às circunstâncias (vinte a trinta quilôme-

tros), o fato não teria ocorrido. Daí a imprudência de seu procedimento. Os mais prudentes, nessas horas, param o carro e aguardam passar a chuva intensa.

Em casos desta natureza, tenho sempre presente a lição de ANTO-LISEI, na edição em espanhol de seu "Manuale de Derecho Penale", que traduzo: "A culpa, à semelhança do dolo, é uma atitude contrária ao dever, e, portanto, reprovável da vontade. O sujeito tinha a possibilidade e o dever de ser cauteloso e atento, porém atuou com irreflexão: esse modo de comportar-se justifica a sanção do delito culposo" (Manual de Direito Penal — PG, Ed. Temis, Bogotá, Venezuela, 1988, p. 257).

No recurso especial, o ilustre Procurador de Justiça, em longo e brilhante arrazoado, chama atenção para o fato de que, *in casu*,

"... a douta Câmara Julgadora reconheceu expressamente ter o réu agido com imprudência, ao provocar o acidente de circulação que ensejou duas mortes, mas, no entanto, entendeu por bem manter a sentença absolutória de primeiro grau" (fls. 321/322).

Por isso, com base no permissivo constitucional, admitiu ter havido ofensa ao art. 121, § 3º, do Código Penal, e dissídio jurisprudencial, que bastam, a partir das circunstâncias fáticas, à correta valoração que se traduz em matéria de direito.

Aludindo à letra *a*, do inciso III, art. 105, da Carta Magna, diz:

"De qualquer modo, *a priori*, e em linhas gerais, nos crimes culposos, a adequação típica se determina através da comparação entre a **conduta do agente** (observado um dos critérios já referidos) e o **comportamento presumível que, nas mesmas circunstâncias, teria a "pessoa-referência" (*homunculus normalis*, etc., com pelo menos, o mesmo conhecimento)**. O cuidado objetivo é exigível, vale dizer, então, se o evento típico (**resultado**, nos crimes culposos materiais) **era previsível** (evitável, cognoscível) para efeitos de comparação com o padrão escolhido. **Se era previsível e não houve a previsão teríamos a culpa inconsciente**. Se era previsível e houve a previsão, a discussão passaria para a indagação, **no mínimo**, da culpa consciente (comparativamente: H. C. Fragozo, *ob. cit.*, p. 221 e J. Tavares em "D. Penal da Negligência"). E, aí é que surge o *punctum saliens*, o problema olvidado no *r. decisum* reprochado, ou seja, das **circunstâncias concretas e do cuidado adicional concretamente exigível**" (fls. 336/337).

Quanto à alínea *c*, transcreve vários acórdãos com os quais teria conflitado a decisão hostilizada.

Os fundamentos, por mim expendidos acima, levam à convicção de que houve negativa de vigência dos dispositivos penais apontados na

denúncia, e também contrariedade à decisão adotada por outro Tribunal.

Sendo assim, conheço do recurso pelas duas letras do permissivo constitucional, desde que ferida a lei federal, e distoante o *decisum*, pelo menos com o paradigma comentado às fls. 352/354, do TA-CRIM/SP — *in* TR 296/499.

Por força disso, dou provimento ao recurso especial para declarar JOÃO BATISTA DA SILVA como responsável pelos crimes apontados na denúncia, de fls. 2/3. E, em decorrência disso, com apoio nos pressupostos do art. 59 do Código Penal, aplico-lhe a pena de um ano de detenção, pela prática do crime definido no art. 121, § 3º, da lei punitiva, aumentando-a, na forma do art. 70 (concurso formal) em 6 (seis) meses, passando a uma pena definitiva de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção. Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena que devam ser aplicadas. Atendendo ao que dispõe o art. 44, inciso I, parágrafo único, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade, por uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, na forma do art. 46, parágrafo único, pelo período de 4 (quatro) meses, em qualquer entidade, das referidas no art. 46, parágrafo único, na Cidade de Ribeirão do Sul, em São Paulo, na Rua Paulo Fares, 329, cfr. fl. 288

v., onde reside, atualmente, o condenado. A ação penal ocorreu na Comarca de Corbélia-PR, competindo ao Juízo das Execuções do Paraná, delegar poderes ao Juízo das Execuções de São Paulo, a fim de que o condenado cumpra a pena que lhe foi imposta por esta Corte Superior, fazendo-se as anotações de praxe, inclusive mandando incluir o nome do réu no livro “Rol dos Culpa-dos”, para os efeitos legais.

É o meu voto.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, quando V. Exa. proferia o seu douto voto, à primeira vista, imaginava incidente, no caso, a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça; vale dizer, de o recurso especial ser incompatível com a análise de prova, rever o conjunto probatório.

Há, entretanto, uma particularidade e V. Exa. muito bem apreciou a matéria. O direito é norma e fato. E este, uma vez que não seja discutível, que se apresente de corpo inteiro nos autos, é evidente, há de ser levado em consideração, mesmo nesta via extraordinária. V. Exa. afirmou não haver dúvida de que o fato ocorreu em pista asfáltica, num momento de chuva intensa, numa baixada, em curva, a água cobria a pista e havia grande quantidade de

lama. O carro rodopiou, a velocidade estimada pelo laudo pericial era de 70 km/h. O veículo — na expressão vulgar — dançou na pista, atravessou a via de circulação e, em consequência do impacto do carro, afetou a baliza de proteção. Esses dados demonstram que a velocidade era incompatível com as condições do local. Sem dúvida alguma, a hipótese sugere a idéia de Hans Welzel dos efeitos secundários da conduta. Vale dizer, a pessoa que dirigia tinha, pelo menos, a previsibilidade, de que, ao conduzir naquelas circunstâncias, poderia, eventualmente, dar causa a um infausto acontecimento como, infelizmente, acabou ocorrendo, com a morte de uma pessoa e ferimentos em outra. Configurou-se, portanto, no sentido moderno do termo, a culpabilidade, a reprovabilidade ao agente. Acrescentando-se o acórdão proclamou a imprudência, não obstante haver refutado a declaração da criminalidade.

O fato, pois, restou incontroverso. Pode-se, então, ser considerado no recurso especial. A culpabilidade — dado normativo — junto com o fático, integra o jurídico. Pertinente, pois, sua consideração nesta via.

Em sendo assim, acompanho a pena aplicada, segundo o voto de V. Exa.

VOTO — VOGAL (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sr. Presidente, peço vênica a V. Exa. e ao Ministro Vicente Cernicchiaro para negar provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.496-3 — PR — (92.26668-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recte.: Ministério Público do Estado do Paraná. Recdo.: João Batista da Silva. Advogado: José Eduardo Mussi Beffa.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Adhemar Maciel, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 11.05.93 — 6ª Turma).

Os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro e Anselmo Santiago votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Roque Aparecido da Cruz*

Advogados: *Drs. Cesar Augusto Silva e outro*

EMENTA: Júri. Nulidade. Decisão contrária à prova dos autos. 1. Réu considerado inimputável pelo Conselho de Sentença (art. 26, *caput*, do CP), quando o laudo pericial foi taxativo ao concluir pela parcial redução da capacidade de entender o caráter criminoso do fato. 2. Decisão que se reconhece manifestamente contrária à prova dos autos. 3. Recurso especial do Ministério Público conhecido pela letra c e provido para determinar seja o réu submetido a novo julgamento.

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 para cassar o acórdão recorrido e em determinar que o réu seja submetido a novo julgamento, pelo Tribunal do Júri. Votaram com o Relator os Ministros Jesus Costa Lima e José Dantas. Ausentes, justificadamente, os Ministros Edson Vidigal e Flaquer Scartezzini.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Roque Aparecido da Cruz foi absolvido pelo Tribunal do Júri da Comarca de Ibaiti-PR, sendo, entretanto, submetido a medida de segurança pelo prazo mínimo de três anos, por ter sido considerado inimputável.

Em grau de apelação, a Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negou provimento ao apelo do Ministério Público, em acórdão assim ementado:

“JÚRI — DOENÇA MENTAL
(ALCOOLISMO CRÔNICO) —

LAUDO PERICIAL AFIRMANDO-A MAS CONCLUINDO POR INCAPACIDADE PARCIAL — VEREDICTO RECONHECENDO INIMPUTABILIDADE, COM APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA (INTERNAÇÃO EM MANICÔMIO JUDICIÁRIO) — DECISÃO NÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA.

O sistema da lei penal estabelece correspondência entre doença mental e incapacidade plena (de entendimento ou determinação), de um lado, e entre perturbação da saúde mental e incapacidade parcial (de entendimento ou determinação), de outro (Cód. Penal, art. 26 e parágrafo único). Assim, se o laudo pericial, após afirmar que o réu “é portador de doença mental, a nível latente”, afirmou ainda que a incapacidade (parcial) de entendimento (do caráter ilícito do fato) ocorreu “por motivo de doença mental”, descrevendo um verdadeiro estado enfermo dele, como “portador de quadro de degenerescência das funções integradoras do psiquismo, de provável etiologia alcoólica” — não deve ser considerado manifestamente contrário à prova o veredicto do Júri que, de acordo com o art. 182 do Código de Processo Penal, rejeitando parcialmente a conclusão do laudo, julgou-o inimputável (Cód. Penal, art. 26, *caput*), com aplicação, pelo Juiz-Presidente, da medida de segurança consistente em internação no Manicômio Judiciário do Estado, por tempo indeterminado, com prazo mínimo de três (3) anos — que seria, aliás, a medida substitu-

tiva adequada caso tivesse sido reconhecida a semi-imputabilidade do réu, por necessitar ele “de especial tratamento curativo” (art. 98) e como prevenção social, ante a periculosidade revelada no cometimento do fato” (fls. 204).

Inconformado com essa conclusão, ingressou com recurso especial o Dr. Procurador de Justiça do Estado, pela letra c, do permissivo constitucional, citando como divergentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal.

Sobre a matéria versada no presente recurso salientou o recorrente:

“O objeto do apelo raro, no caso vertente, versa sobre a liberdade dos Jurados quando da apreciação, na decisão da causa, de laudo médico pericial existente nos autos e a dispor sobre a higidez mental do réu.

O v. acórdão ora recursado entende que podem, os membros do Conselho de Sentença, afrontar as conclusões do laudo pericial, a teor do que dispõe o art. 182 do CPP.

O Ministério Público, de seu turno, entende que não, e que, em ocorrendo essa afronta, a decisão apresenta-se manifestamente contrária à prova dos autos, impondo-se seja o réu submetido a novo julgamento” (fls. 215/216).

Admitido o recurso, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Pedro Yannoulis, opina pelo conhecimento e improvimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Conheço do recurso pela demonstração do dissídio com acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicado na RT 556/294, do qual se extrai o seguinte tópico:

“Nem se diga não estarem os jurados obrigados a aceitarem o laudo sobredito, pois, conforme dissera o Procurador da Justiça Hermínio Marques Porto, no seu livro ‘Júri’, 2ª ed., p. 270: “Podem os jurados na votação da seriação de quesitos do questionário e referentes à inimputabilidade ou à imputabilidade restrita ofertar decisão contrária à conclusão da perícia médica, tal como o Juiz singular (art. 182) podem assim decidir, mas, e porque não é a decisão dos jurados acompanhada de fundamentação justificadora da não aceitação dos informes médicos, assim decidindo os jurados estarão contrariando as provas dos autos, tendo o mesmo sentido a decisão que afirme da inimputabilidade ou da imputabilidade restrita, se indagações a respeito constem do questionário sem a presença de laudo psiquiátrico — e decorrente de incidente — nos autos, valendo dizer, indagações ao desamparo de informação oficial e especializada”.

Esse mesmo trabalho jurídico traz em seu rodapé aresto do STF publicado na RTJ 53/205, do qual foi Relator o Min. Barros Monteiro” (fls. 235).

Passo ao exame do mérito.

Submetido o réu ao exame de insanidade mental, o laudo do exame médico psiquiátrico, subscrito por dois peritos, concluiu:

“DISCUSSÃO: O periciado é portador de quadro de degenerescência das funções integradoras do psiquismo, de provável etiologia alcoólica. Tal comprometimento o leva a adotar atitudes de natureza simplista e imediata, onde se desvincula temporariamente das injunções éticas do meio. Desta forma, concluímos que o comprometimento apresentado, o torna parcialmente incapaz de entender o caráter delituoso do fato.

CONCLUSÃO: Nada mais havendo, passamos a responder aos quesitos de fls. 135/4/26:

a) Sim, a nível latente.

b) Prejudicado.

c) Era, ao tempo da ação, por motivo de doença mental, parcialmente incapaz de entender o caráter delituoso do fato” (fls. 31 — apenso).

Não obstante, o Júri respondeu positivamente ao terceiro quesito, concluiu pela inteira incapacidade do réu para entender o caráter criminoso do fato.

Sendo esse o único argumento da absolvição, já que todos os demais quesitos foram considerados prejudicados, não há dúvida de que a decisão em causa se apresenta manifestamente contrária à prova dos autos.

E assim é, porque conforme ressalta o tópico transcrito no relatório, os jurados em conclusão desfundamentada rejeitaram o laudo pericial.

EXTRATO DA MINUTA

Nem se diga que o reconhecimento da existência de doença mental leva necessariamente a incapacidade plena, já que a doutrina engloba sobre a expressão genérica de doença mental, não só a anulação completa da capacidade de compreensão ou de autodeterminação, como a redução dessa mesma capacidade, ou seja, a hipótese de semi-responsabilidade penal, caracterizando, esta última, apenas uma etapa ou um grau mais reduzido de evolução daquela.

Ante o exposto, decido a divergência optando pela solução do acórdão paradigma. Conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o acórdão recorrido, cassar a decisão do Júri, determinando seja o réu submetido a novo julgamento.

É o voto.

REsp nº 29.239-0 — PR — Relator: Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo. Recte.: Ministério Público do Estado do Paraná. Recdo.: Roque Aparecido da Cruz. Advvs.: Cesar Augusto Silva e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, para cassar o acórdão recorrido e determinar que o réu seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri (em 03.05.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Jesus Costa Lima e José Dantas. Ausentes, justificadamente, os Srs. Mins. Edson Vidigal e Flaquer Scartezini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 29.271-6 — MG

(Registro nº 92.29029-9)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Organizações Montreal Ltda.*

Recorrido: *Ciro Isnard Godinho*

Advogados: *Carlos Roberto do Carmo Costa Oliveira e Adair Moreira da Silva e outros*

EMENTA: Direito Civil. Ação reivindicatória. Vício do título. 1. Não contrária ao art. 524 do CC decisão a julgar improcedente ação reivindicatória por vício do título de domínio.

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, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Nilson Naves.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Tra-

ta-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, onde se alega negativa de vigência ao art. 524 do Código Civil.

O recurso foi manifestado de acórdão da 4ª Câmara Cível do Eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais reformatório de sentença de procedência proferida em ação reivindicatória, sob o argumento de o título de domínio exibido pela autora, ora recorrente, achar-se eivado de vício, já que o ato de compra e venda a dar-lhe origem encontra-se desautorizado por ordem do MM. Juízo da 2ª Vara da Comarca de Conselheiro Lafaiete.

Sustenta a recorrente que, à época em que se realizou a venda, esta estava devidamente autorizada e, quando se deu a decisão de se recolher o Alvará, este já havia sido cumprido. Caberia, então, à Caixa

Econômica Federal buscar a via própria para anular a venda, mas ela não o fez, insurgindo-se apenas contra o cancelamento da hipoteca, o que não retira da recorrente a propriedade do imóvel. Estando, portanto, preenchidos os requisitos da reivindicatória.

O recurso foi admitido.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): A decisão do Eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais tem esta fundamentação:

“Quanto ao mérito, entendo, *data venia*, deva ser reformada a respeitável sentença hostilizada.

A ação reivindicatória, como sabido, constitui remédio processual próprio para que o proprietário possa reaver a coisa de quem a detém injustamente, devendo o pedido se adequar às circunstâncias fáticas descritas no art. 524 do Código Civil, devendo se encontrar caracterizada, de forma clara e indubitosa, a concorrência de dois requisitos essenciais: a comprovação do domínio sobre a coisa, pela parte autora e o exercício da posse injusta ou ilícita da parte ré.

No confronto dos elementos de convicção trazidos a exame, observa-se que, na espécie, está a faltar um dos requisitos para o acolhimento do pedido da parte reivindicante.

Constata-se que o título de domínio exibido pela autora-apelada se acha eivado de vício que o torna imprestável.

Relembre-se, com efeito, que a autora havia adquirido o domínio sobre o imóvel reivindicando da empresa Construtora Ourivio Thiebaut S.A., que se encontrava na situação de concordatária, perante o douto Juízo da 2ª Vara da Comarca de Conselheiro Lafaiete, tendo se realizado a operação da compra e venda em razão de haver referido bem sido excluído da concordata, com a autorização de sua venda, face à decisão emanada daquele juízo, com a expedição do alvará autorizativo.

Entretanto, em atendimento à reclamação da Caixa Econômica Federal, credora hipotecária da empresa concordatária, através do agravo de instrumento — fls. 94/104-TA —, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Conselheiro Lafaiete resolveu tornar sem efeito o despacho que autorizou a alienação do imóvel, determinando, inclusive, se recolhesse o respectivo alvará (fls. 79/80-TA).

Ora, tem-se, assim, que o ato de transcrição imobiliária, em referência à compra e venda operada entre a empresa Ourivio Thiebaut S.A. e a autora, deve ser cancelado com a desconstituição, por isso, do título de domínio outorgado à apelada, já que o originário de uma relação jurídica que se tornou sem efeito por decisão judicial.

Nem se diga que, mesmo já desautorizada a alienação do imóvel aqui versado, o título de domínio,

exibido na exordial deve ser respeitado, porque ainda não anulado.

Também não se diga que o posicionamento do apelane, consiste no enfrentamento da validade do título de domínio exibido pela apelada, deve ser discutido em ação própria, fora do sítio da presente reivindicatória.

Ora, seria de se remeter para outra via judicial a discussão sobre a validade do título de domínio exibido pela autora da reivindicatória, se se tratasse de invocação de matéria restrita aos interesses particulares dos litigantes, pelo envolvimento de um dos vícios do ato jurídico.

Originando-se o defeito do ato jurídico, entretanto, de um reconhecimento e de uma prévia decisão judicial, há o surgimento de uma questão de ordem pública, principalmente porque referente a um ato realizado através de registro imobiliário, impondo-se, por isso, que, *ex officio*, se conheça da matéria e se dê imediata execução ao que fora, antes, determinado judicialmente.

Entende-se, de conseguinte, ser imprestável o título de domínio exibido pela parte reivindicante, já que o ato de compra e venda que lhe deu origem se encontra desautorizado por ordem do MM. Juízo da 2ª Vara da Comarca de Conselheiro Lafaiete" (fls. 120/123).

Como se vê, não há na decisão contrariedade ao art. 524 do CC.

Ocorre, sim, o reconhecimento de um vício no título, cuja reapreciação acarretaria o surgimento de uma terceira instância revisora a nível desta Corte.

Ofensa ao dispositivo citado haveria se o Tribunal negasse ao proprietário o direito de reivindicar, o que, à toda evidência, não acontece no caso.

Diante do exposto, não vejo como conhecer do apelo extremo.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.271-6 — MG — (92.0029029-9) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cláudio Santos. Recte.: Organizações Montreal Ltda. Advogado: Carlos Roberto do Carmo Costa Oliveira. Recdo.: Ciro Isnard Godinho. Advogados: Adair Moreira da Silva e outros.

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

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 29.783-0 — RJ

(Registro nº 92.0030550-4)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Edson de Matos Bayma Filho*

Advogado: *Dr. Edson de Matos Bayma Filho*

Recorrida: *Caixa Econômica Federal*

Advogados: *Drs. Paulo Roberto Costa Bhering e outro*

EMENTA: Advogado. Retenção de autos. Perda do direito de vista fora do Cartório e multa. CPC, artigo 196. Aplicação. 1. No caso de retenção dos autos além do prazo legal, o advogado só perde o direito de deles ter vista fora do Cartório e incorre em multa se, após intimado, não os devolver dentro em vinte e quatro horas. 2. Ofensa ao art. 196 do CPC e dissídio quanto à sua interpretação configurados. 3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

Custas, como de lei.

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

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Decidiu o acórdão do Egrégio Tribunal *a quo*, integrado pelo proferido nos declaratórios interpostos, que (fls. 63):

“PROCESSUAL CIVIL. RETENÇÃO DE AUTOS. APLICAÇÃO DA PENALIDADE DO ART. 196 DO CPC.

— Tratando-se de advogado reincidente na retenção irregular de autos, por vários meses, justifica-se a aplicação da penalidade prevista no artigo 196 do CPC, independentemente de intimação específica.

— Embargos não providos.

Alega o vencido, em recurso especial, com fundamento nas letras a e c do permissivo constitucional, que, ao decidir como o fez, o aresto recorrido negou vigência ao art. 196 do CPC, e dissentiu, quanto à sua interpretação, de arestos que colaciona.

Contra-arrazoado (fls. 70-74), o recurso foi admitido (folhas 75), subindo os autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Este é o douto voto-condutor do acórdão recorrido, proferido nos declaratórios interpostos (fls. 60):

“Conforme se vê, o embargante se insurge contra o acórdão de fls. 47/52, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. RETENÇÃO DE AUTOS. APLICAÇÃO DA PENALIDADE DO ARTIGO 196 DO CPC.

— Comprovado que o advogado, mesmo intimado, não devolveu a cartório o processo que detém irregularmente, ensejando, inclusive, mandado de busca e apreensão, têm-se como legítimas a interdição de vista dos autos fora da secretaria e a aplicação de multa prevista no artigo 196 do CPC.

— Recurso não provido”.

Alega que no caso não houve prévia intimação para devolver os autos. Examinando os autos, realmente não encontrei a prova da intimação. Mas considerando que são vá-

rios os processos por ele retidos, por prazo muito superior ao permitido em lei, tendo sofrido idêntica apreensão, conforme se vê de fls. 12/17 e 20/25, dispensável se tornava, no caso vertente, intimação específica para devolver os autos.

Assim, embora inexistia, nestes autos, prova de prévia intimação para devolver o processo que reteve irregularmente por 7 meses, não vejo razão para alterar o julgado.

Por isso, rejeito os embargos de declaração com efeitos infringentes”.

Ao decidir como o fez, afigura-se-me que o aresto malsinado não só violou o art. 196 do CPC, quanto divergiu da interpretação que lhe foi dada por outros Tribunais nos arestos trazidos a confronto.

Com efeito, dispõe o referido dispositivo da Lei Adjetiva:

“Art. 196. É lícito a qualquer interessado cobrar os autos ao advogado que exceder o prazo legal. Se, intimado, não os devolver dentro em vinte e quatro (24) horas, perderá o direito à vista fora de cartório e incorrerá em multa, correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo.

Parágrafo único. Apurada a falta, o Juiz comunicará o fato à seção local da Ordem dos Advogados do Brasil, para o procedimento disciplinar e imposição da multa”.

Conforme se depreende, pressuposto para incidir a regra consubstanciada no transcrito preceito é que o advogado seja intimado a devolver os autos. E, no caso, é explícito o acórdão atacado ao afirmar que não houve a reclamada intimação.

Isto posto, em conclusão, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.783-0 — RJ — (92.0030550-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Edson de Matos Bayma Filho. Advogado: Edson de Matos Bayma Filho. Recda.: Caixa Econômica Federal-CEF. Advs.: Paulo Roberto Costa Bhering e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento (em 31.03.93 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 30.319-2 — PA (Registro nº 92.031993-9)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrentes: *João Batista Soares, Domingos Carlos da Silva e Paulo Sérgio Deodato*

Advogados: *Drs. Dirceu de Faria e outros*

Recorrente: *Carlos Roberto Martins de Alegria*

Advogada: *Dra. Maria Auxiliadora Dias*

Recorrido: *Ministério Público Federal*

EMENTA: Processual e Penal. Tráfico internacional de drogas e contrabando. Competência da Justiça Federal (Constituição, art. 109, incisos IV e V). Condenação também pelos arts. 12 e 14 da Lei de Tóxicos. Possibilidade de concurso material entre o crime de “tráfico” (art. 12) e o crime de “associação” (art. 14). Precedentes do STJ e do STF. Não revogação, pela lei de crimes hediondos, do art. 14 da Lei de Tóxicos. Primeiro recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional: improvido. Segundo recurso especial pelas alíneas a e c: improvido e não conhecido, respectivamente.

ACÓRDÃO

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no

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

julgamento, por maioria, negar provimento ao recurso, vencido o Sr.

Ministro Vicente Cernicchiaro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Pedro Acioli

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: JOÃO BATISTA SOARES, DOMINGOS CARLOS DA SILVA e PAULO SÉRGIO DEODATO, conjuntamente, e CARLOS ROBERTO MARTINS DE ALEGRIA interpuseram recurso especial contra acórdão do TRF — 1ª Região, que os condenou a doze anos de reclusão, por infração aos artigos 12, 13 e 14 da Lei nº 6.368/76. Os primeiros recorrentes fundamentaram seu recurso no art. 105, III, alínea c, da CF, o segundo, nas alíneas a e c.

2. A decisão recorrida, cuja Relatora foi a ilustre Juíza ELIANA CALMON, restou ementada no seguinte:

“PENAL. PROCESSO PENAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO INTERNACIONAL.

1. É competente a Justiça Federal para julgar o processo, quer em

razão da conexão do crime de tráfico internacional de entorpecentes como o delito de descaminho, quer em razão do lugar da infração que, embora em município sem sede da Justiça Federal, encontra-se localizado nas cercanias de Belém, onde se desenvolveu grande parte dos atos tipificados na Lei nº 6.368/76.

2. Em havendo conexão de delitos, prevalece, segundo a Lei de Tóxicos, o rito do crime apenado com maior gravidade (art. 28 da lei especial).

3. Robusta prova a sustentar a materialidade e autoria dos réus, incurso nas penas dos arts. 12, 13 e 14 da Lei nº 6.368/76.

4. Pena de perdimento autorizada pelo art. 34 da lei especial, quanto aos bens comprovadamente utilizados no crime.

5. Improvimento da primeira e da segunda apelação e parcial provimento do recurso de Carlos Roberto Martins de Alegria, para excluir da pena de perdimento, veículo de sua propriedade, por inexistência de prova de sua utilização no delito” (fls. 853).

3. Os primeiros recorrentes insurgem-se contra a admissão do concurso material do crime previsto no art. 12 (tráfico), majorado pela causa especial de aumento de pena prevista no art. 18, I (tráfico com o exterior), com o art. 14 (associação), todos da Lei nº 6.368/76. Em outras palavras, o v. acórdão recorrido admitiu que o crime de associação (art. 14) ocorre quando existe uma rede de traficantes, mesmo

que não haja o tráfico. “Se, contudo, além da associação criminosa, detectar-se o tráfico, incide o concurso material. Assim, o que servia de causa de aumento específico, passou a figurar como crime autônomo, quando identificado fica o *animus* associativo, o que não se confunde com a co-autoria, esta contemplada no art. 18, III, da Lei nº 6.368/76” (fls. 87).

Ocorre que para tipificação do crime de associação é indispensável a união dos agentes com vínculo anterior à prática do crime de tráfico. Não há menção na denúncia, na sentença ou no acórdão recorrido que os recorrentes se organizaram previamente em *societas sceleris*. O v. acórdão, portanto, negou vigência ao art. 14 da Lei nº 6.368/76. Traz para o confronto pretoriano a ACr 110.032-3/TJRJ e ACr 14.135-85/TJRJ.

4. O quarto recorrente diz que o v. acórdão guerreado violou os arts. 27 e 28, da Lei nº 6.368/76, além da divergência pretoriana. A violação ao art. 27 da Lei nº 6.368/76 decorre do fato de o flagrante ter ocorrido na Comarca de Ananindeua-PA e não na Capital, Belém-PA. A Justiça Federal, portanto, é manifestamente incompetente para o julgamento do feito. Já a violação ao art. 28 da referida lei se demonstra pelo fato de, havendo conexão de delitos, prevalecer o crime apenado com maior gravidade. *In casu*, há infringência aos artigos 12, 13 e 14 da Lei nº 6.368/76, atraindo a competência para a Justiça Estadual do Pará. O fato de o recorrente haver sido incurso no crime de descaminho (art.

334, § 1º, do CP) não atrai a competência para a Justiça Federal.

A divergência pretoriana apontada é no sentido de provar-se, para o reconhecimento do crime de associação, o ânimo associativo com vínculo anterior dirigido ao comércio de droga (ACr 110.032-3/TJRJ).

5. O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Senhor Presidente, como se viu do relatório, quatro são os recorrentes especiais. Os três primeiros, pela alínea *c* e o quarto, pelas alíneas *a* e *c*.

Começamos com o recurso do último recorrente (CARLOS ROBERTO MARTINS DE ALEGRIA), uma vez que ele diz respeito à incompetência da Justiça Federal.

Pondera o recorrente que os fatos se deram no Município de Ananindeua, que não é sede de vara federal. Ademais, o crime de contrabando é de apenação mais branda do que o crime de tráfico de drogas. Violados ficaram os arts. 27 e 28 da Lei nº 6.368/76.

Senhor Presidente, a jurisprudência de nossos pretórios é pacífica no sentido de que, em se tratando de crime internacional de tráfico de tóxicos ou havendo conexão

entre crimes da competência da Justiça Comum do Estado e da Justiça Federal, prevalece o dessa última.

Em primeiro lugar, por se tratar de crime internacional de tráfico de tóxicos, a competência é da Justiça Federal, ainda que o distrito da culpa não seja sede de vara federal. O crime de tráfico internacional de drogas é crime previsto em tratado internacional. Daí a competência, independentemente do distrito da culpa, da Justiça Federal. Tal competência advém de dispositivo constitucional:

“Art. 109. Aos Juízes federais compete processar e julgar:

.....
V — os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”.

A Súmula nº 522 do STF, por seu turno, reza:

“Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes”.

Alega mais o recorrente que nos termos do art. 28 da Lei nº 6.368/76, o crime mais severamente apenado é o de tóxico, que é da competência da Justiça Comum do Estado. O de contrabando, que é da competência da Justiça Federal, é

de apenação menos grave. Logo, a competência para julgar os dois crimes será da Justiça Estadual.

Data venia, o raciocínio do recorrente não tem como ser perfilhado. Como se sabe, o rito dos crimes de tóxicos é mais célere do que os crimes tipificados no CP. Logo, se se adotasse sua tese, o réu ficaria, no fundo, prejudicado e arranhado restaria o princípio da ampla defesa, de cunho constitucional.

VICENTE GRECO FILHO, ao comentar o art. 28 em epígrafe, diz:

“Deve, pois, o dispositivo ser entendido da seguinte forma:

Nos casos de conexão e continência entre os crimes definidos na lei e outras infrações penais, o processo será o previsto para a infração **que tiver o procedimento mais amplo**, ressalvados os casos de competência do júri e das jurisdições especiais.

“**Infração mais grave**, na lei, deve, pois, ser interpretada como **infração que enseje o procedimento mais amplo**, sob pena de ser inaplicável o dispositivo por inconstitucional, ofensivo da garantia da ampla defesa. O critério, *in casu*, deve ser a amplitude do rito e não, simplesmente, a qualidade das penas” (“Tóxicos”, Saraiva, 7ª ed., p. 164).

A jurisprudência, por outro lado, tem consagrado tal entendimento:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. JUSTIÇA E JUSTIÇA FEDERAL.

A Justiça Federal é competente para processar e julgar os crimes conexos de competência federal e estadual” (CC nº 2.752-0-RN, Rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO, DJU de 03/08/92).

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARTS. 12 E 14 DA LEI 6.368/76 C/C O ART. 334 DO CP. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

— Oferecida denúncia embasada nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76 c/c o art. 334 do Código Penal, embora não se possa precisar se houve o tráfico com o exterior, havendo, no entanto, o concurso com o art. 334 do Código Penal, pela prática de contrabando de armamento estrangeiro, defere-se à Justiça Federal a apreciação do feito.

— Conflito conhecido e declarado competente o suscitante” (CC nº 3.086-8-SP, Rel. Min. FLAQUER SCARTEZZINI, DJU de 24/08/92).

Com tais observações, Senhor Presidente, não acolho *in casu* a incompetência da Justiça Federal. Em consequência, nego provimento ao recurso do quarto recorrente pela alínea *a*. O acórdão hostilizado não contrariou ou negou vigência aos arts. 27 e 28 da Lei de Tóxicos.

Alega o recorrente, ainda, que houve dissídio jurisprudencial. Transcreveu o seguinte paradigma:

“TÓXICO. ASSOCIAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DO ANIMUS ASSOCIATIVO DIRIGIDO AO COMÉRCIO DE DROGA. SIMPLES CONCURSO DE AGENTES QUE NÃO CONFIGURA O DELITO DE ASSOCIAÇÃO”.

O recorrente se limitou a transcrever a ementa supra. Não mostrou onde está a divergência com o acórdão atacado. Não observou o disposto no § 2º do art. 255 do RISTJ. Ademais, o exame, se houve ou não simples associação fortuita, implicaria descer às provas, o que é defeso na via escolhida. Por tais motivos, também não conheço do recurso pela alínea *c*.

Passemos, agora, ao recurso dos três primeiros recorrentes. Sustentam que há divergência jurisprudencial.

Efetivamente, o segundo acórdão (o primeiro nada aproveita!) trazido à colação, do TJRJ, publicado na RT 634, p. 319, diz na parte que nos interessa:

“Crime de tráfico, crime de bando e a majorante da associação prevista na Lei 6.368/76. Inconciliabilidade entre estes crimes quando a pena do art. 12 pode ser exasperada pela majorante do nº III do art. 18, na hipótese de ocorrer associação entre os agentes. O crime de bando só é punível quando se tratar de crime autônomo”.

O acórdão recorrido tomou outro rumo. A ilustre Relatora, diz (fl. 848):

“A Lei de Tóxicos elegeu como delito autônomo, como um tipo novo, o crime de associação, dissociando-o do conhecido e clássico bando ou quadrilha”.

“Segundo a defesa, o tipo do art. 14 não enseja concurso material com o crime de tráfico em suas diversas modalidades”.

A seguir, o acórdão guerreado transcreve doutrina (GERALDO GOMES) e prossegue:

“O crime do artigo 14 pode ser o único a figurar como perpetrado, quando identifica, por exemplo, uma rede de traficantes, ligados em associação para a traficância, mesmo que não haja o tráfico.

Se, entretanto, além da associação criminosa, detecta-se o tráfico, incide concurso material. Assim, o que servia de causa de aumento específico, passou a figurar como crime autônomo, quando identificado para o *animus* associativo, o que não se confunde com a co-autoria, esta contemplada no art. 118, III, da Lei 6.368/76”.

Por último, a Relatora transcreveu ementas do antigo TFR, todas em abono de sua tese.

Senhor Presidente, por se achar demonstrado o dissídio, conheço do recurso.

Passemos, agora, ao exame do mérito.

O acórdão paradigma está inteiramente superado. Transcrevo, a propósito, acórdão (REsp nº 1.993-SP), assim ementado pelo eminente Ministro ASSIS TOLEDO:

“PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONCURSO MATERIAL ENTRE O DELITO DE ASSOCIAÇÃO (ART. 14 DA LEI DE TÓXICOS) E O DELITO DE TRÁFICO (ART. 12). POSSIBILIDADE, DESDE QUE A ASSOCIAÇÃO REVELE A EXISTÊNCIA DE AJUSTE PRÉ-

VIO E CONLUÍO DURADOURO, DISTINGUINDO-SE DA MERA REUNIÃO OCASIONAL DE AGENTES EM CONCURSO (CO-AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO).

— Caracterizado o crime de associação (art. 14), aplica-se-lhe o mesmo entendimento construído pela doutrina a respeito do concurso de delitos na quadrilha: se o bando comete os crimes programados responderão por estes em concurso material com o de associação criminosa”.

Como se vê, o acórdão hostilizado, ao seguir jurisprudência do antigo TFR, acabou também por trilhar caminho recentemente reencetado pelo STJ.

Por último, trago à colação aresto do STF, da lavra do eminente Ministro MOREIRA ALVES:

“*HABEAS CORPUS*. Não é o *habeas corpus* meio idôneo para o exame aprofundado da prova, o qual seria necessário, no caso, para a verificação da conexão, ou não, do tráfico de cocaína com o exterior e, portanto, da competência, ou não, da Justiça Federal.

A jurisprudência do STF já se firmou no sentido da possibilidade de concurso material dos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76.

Improcedência da alegação de vício na fixação da pena.

Habeas corpus indeferido (HC nº 68.996-5-RJ, DJU de 08/05/92, p. 6.266)”.

É importante, por último, lembrar que a Lei de Crimes Hediondos, que andou alterando dispositivos da Lei dos Tóxicos, faz menção, em seu art. 10, ao art. 14 a Lei nº 6.368/76. Isso significa, penso eu, que o art. 14, o qual contempla figura autônoma da “associação” para perpetuação dos crimes capitulados no art. 12 ou 13 continua em vigor.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso dos três primeiros recorrentes pela alínea c.

Sintetizando: nego provimento ao recurso dos três primeiros recorrentes pela alínea c; nego provimento ao recurso do último recorrente pela alínea a e não conheço pela alínea c.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.319-2 — PA — (92.031993-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Adhemar Maciel. Rectes.: João Batista Soares (réu preso). Domingos Carlos da Silva (réu preso). Paulo Sérgio Deodato (réu preso). Advogados: Dirceu de Faria e outros. Recte.: Carlos Roberto Martins de Alegria (réu preso). Advogada: Maria Auxiliadora Dias. Recdo.: Ministério Público Federal. Sustentaram, oralmente, o Dr. Dirceu de Farias pelos recorrentes João Batista Soares, Domingos Carlos da Silva e Paulo Sérgio Deodato, e o Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, Subprocurador-Geral da República.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso dos três primeiros recorrentes pela alínea c e negando provi-

mento ao recurso do último recorrente pela alínea a e não conhecendo pela alínea c do permissivo constitucinal, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Anselmo Santiago e José Cândido, pediu vista o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (em 23.03.93 — 6ª Turma).

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Inicialmente, analisa a argüição de incompetência, suscitada pelos apelantes Paulo Sérgio, Carlos Roberto, Vivian Overman e Domingos Carlos.

A denúncia, considerado o aditamento de fls. 347/348, acusa os réus de tráfico internacional.

Esse pormenor seria suficiente para atrair a competência da Justiça Federal, a teor do disposto no art. 109, III, da Constituição da República.

A imputação, início da relação processual, é fixadora da competência. Enquanto não ocorreu fato superveniente que o informe define o juízo do processo e do julgamento.

A r. sentença não evidenciou qualquer causa elisiva, havendo incluído na condenação o art. 18, I, da Lei nº 6.368/76.

As apelações, por seu turno, não trouxeram elementos que afrontassem, com êxito, a conclusão. Aliás,

o pormenor implica investigação da matéria de fato, incompatível nos limites do recurso especial. Cumpre registrar, a peça acusatória arrola também o crime de contrabando.

Os recorrentes Carlos Alberto e Jorge Batista (fls. 611/630) argüem a atipicidade da descrição da Procuradoria.

A denúncia (fls. 315) e aditamento (fls. 347/348) descrevem atos, em tese, adequados às infrações capituladas. Além disso, de modo a ensejar a defesa plena. Aliás, com abundância de argumentos as defesas repeliram as imputações, na linha, aliás, dos fatos apontados.

O cerceamento ao exercício da defesa, argüido por Carlos Roberto, Vivian Overmam e Domingos Carlos (fls. 677/683) também não ocorreu. Relacionava-se com o tema da incompetência, precisamente, a situação geográfica do Município de Ananindeua. Na espécie, o critério *ratione materiae* prefere ao *ratione loci*.

Todos os recorrentes (fls. 611/630, 634/638 e 677/683) insistem na falta de prova dos delitos.

Esse pormenor, no entanto, viu-se, refoge à extensão e à finalidade do recurso especial. O tópico resta soberanamente analisado nas jurisdições inferiores.

Carlos Alberto e João Batista insurgem-se ainda quanto à incidência do art. 18, I, da Lei nº 6.368/76.

Reconhecendo o tráfico com o exterior, aplicável se mostra a causa especial de aumento de pena.

Resta, agora, como reclamam João Batista, Domingos Carlos e Paulo Sérgio (recurso especial, fls. 855/869) examinar o crime definido no art. 14, da Lei nº 6.368/86.

O v. acórdão considerou admissível o concurso material da associação criminosa com os delitos dos artigos 12 e 13 (fls. 848/850).

Sem dúvida, a conclusão é irrepreensível. Ambos os delitos são autônomos. Cada qual com seus elementos constitutivos. Não se confundem. O elemento subjetivo do tipo do art. 14 evidencia distinção relativamente aos delitos dos artigos 12 e 13 da mesma lei. Resulta de condutas diversas, embora unidas pelo laço da finalidade. Poder-se-á dizer mesmo que o exaurimento do art. 14 foi definido pelos crimes dos arts. 12 e 13.

Infrações diversas, apesar de conexas, não dispensam, porém, os respectivos tipos legais de crime. Tipo objetivo e tipo subjetivo. No tocante ao art. 14, não olvidar o elemento subjetivo do tipo — para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13.

É lógico, a sentença deve descrever os elementos estruturais. Caso contrário, narrará fato atípico.

A longa e bem cuidada sentença (fls. 547/596) não evidenciou o elemento subjetivo do tipo.

O v. acórdão, por seu turno, restringiu-se a sufragar o concurso material entre o art. 14 e os arts. 12 e 13. Também não enfrentou o referido elemento subjetivo do tipo.

Em sendo assim, *data venia*, os recorrentes, no particular, combatem o bom Direito. A decisão judiciária precisa projetar, com precisão, os dados exaustivos da infração penal. Não o fazendo, como no caso *sub judice*, nenhuma consequência (lógica) penal poderá resultar.

Conheço do recurso especial. Dou-lhe provimento para excluir a condenação quanto ao art. 14 da Lei nº 6.368/76, estendendo o dispositivo também aos réus que não interuseram o presente recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.319-2 — PA —
(92.0031993-9) — Relator: Exmo.

Sr. Ministro Adhemar Maciel. Rectes.: João Batista Soares (réu preso), Domingos Carlos da Silva (réu preso). Paulo Sérgio Deodato (réu preso). Advogados: Dirceu de Faria e outros. Recte.: Carlos Roberto Martins de Alegria (réu preso). Advogado: Maria Auxiliadora Dias. Recdo.: Ministério Público Federal.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, que dava provimento em parte ao recurso, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (em 01.06.93 — 6ª Turma).

Os Srs. Ministros Anselmo Santiago, José Cândido e Pedro Acioli acompanharam o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.367-2 — DF

(Registro nº 92.0032133-0)

Relator Designado: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Relator Originário: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrentes: *Francisco Antônio Salazar da Veiga e outros*

Recorrido: *Companhia Imobiliária de Brasília — TERRACAP*

Advogados: *Drs. José Osvaldo Brandt e Elias Rodrigues de Sousa Filho e outros*

EMENTA: Processual Civil. Empresas públicas e os privilégios auferidos pela Fazenda Pública. Honorários advocatícios e a fixação de seu percentual sobre a condenação. 1. Os privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública devem ser interpretados restritivamente, inaplicando-se o critério exegetico da analogia. 2. As *empresas públicas* — pessoas jurídicas de direito privado — sujeitam-se às regras atinentes ao direito privado (artigo 170, § 2º da Constituição Federal) e equiparam-se, em linha de princípio, no âmbito do processo, às empresas particulares, não se lhes podendo atribuir qualquer prerrogativa processual inerente à Fazenda Pública, só auferindo dos privilégios que a lei especial lhes conceder. 3. Em princípio, parece impossível uma empresa ter, ao mesmo tempo, personalidade de direito privado e de direito público, nem uma empresa privada pode transmudar-se em pública somente pela natureza do interesse ou do serviço público que realiza. 4. A expressão “Fazenda Pública” consignada na Lei do Processo Civil (artigo 20, § 4º) abrange, tão-só, as entidades de direito público (incluídas as autarquias), não compreendendo as sociedades de economia mista e as empresas públicas. 5. Recurso provido, por maioria de votos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Re-

lator, 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 Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira. Ausentes, jus-

tificadamente, os Srs. Ministros Cesar Rocha e Garcia Vieira.

Custas, como de lei.

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

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator Designado.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: FRANCISCO ANTÔNIO SALAZAR DA VEIGA PESSOA e sua mulher DALVA BITTENCOURT SALAZAR DA VEIGA PESSOA e OUTROS, inconformados com o v. acórdão prolatado pela Colenda 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do DF, “na parte em que a verba honorária advocatícia foi reduzida para 5%”, apoiados na Constituição Federal, art. 105, III, *a*, interpõem recurso especial, aduzindo que o CPC, no art. 20, § 3º, determina que os honorários sejam fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% e que, vencida a Fazenda Pública, é inaplicável o disposto no § 4º do art. 20, posto que a Terracap criada pela Lei nº 5.861, de 12.12.72, é Empresa Pública de Direito Privado, com natureza nitidamente mercantil.

Pedem provimento para que se restabeçam os honorários fixados em 15%.

Contrariedade às fls. 409/416.

R. despacho de fls. 418/420 negou seguimento ao recurso, que subiu por força do provimento em agravo de instrumento (fls. 422).

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Nas causas em que a Fazenda Pública for vencida, “os honorários de advogado serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz, atendidas as normas das letras *a* a *c* do parágrafo anterior” (artigo 20, § 4º, do CPC). Assim, o julgador pode fixar os honorários de advogado, sem obedecer os limites de 10 e 20%, previstos pelo § 3º, mesmo tendo de obedecer os seus parâmetros contidos nas letras *a*, *b* e *c*.

A concessão deste privilégio se justifica porque a Fazenda Pública representa o interesse coletivo, presta serviço público e é o erário público que vai suportar a condenação. Ora, a empresa pública, mesmo com personalidade jurídica de direito privado, tem patrimônio exclusivamente público e quando presta serviço público, é o próprio Estado agindo e deve ser tratada como Fazenda Pública. Ela é definida pelo Decreto-lei nº 200/67, artigo 5º, item II, como:

“a entidade dotada da personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União criada por lei pa-

ra a exploração da atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.”

Hely Lopes Meirelles, no seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª edição atualizada pela Constituição Federal de 1988, define as empresas públicas como “pessoas jurídicas de direito privado criadas por lei específica, com capital exclusivamente público, para realizar atividades de interesse da Administração instituidora nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial” (pág. 319). Para ele,

“O que caracteriza a *empresa pública* é o seu capital exclusivamente público, de uma só ou de várias entidades, mas sempre capital público. Sua personalidade é de direito privado e suas atividades se regem pelos preceitos comerciais. É uma empresa, mas uma empresa estatal por excelência, constituída, organizada e controlada pelo Poder Público” (pág. 320).

Nela não é permitida a participação de capital particular. É ele sempre inteiramente público. Ela, segundo Hely Lopes Meirelles, “atrai a si diferentes formas de controle pelo Estado, administrativo, financeiro, jurisdicional, parlamentar. Esses controles têm como finalidade verificar se a empresa está sendo gerida convenientemente” (pág. 321).

Ela está sempre sujeita ao controle administrativo e político do Estado e seus fins são sempre de interesse público.

Entendemos que não se pode generalizar. Não é sempre que a empresa pública, para efeitos de condenação em honorários de advogado, pode ser considerada Fazenda Pública. Isto acontece apenas quando ela presta serviço público e não quando presta serviços próprios das empresas privadas e a estas se equiparam, porque o Estado através dela, pessoa descentralizada, pode, também, agir como empresa privada e, neste caso, evidentemente, não tem direito ao tratamento privilegiado. Mas, mesmo quando age desta forma, não deixa a empresa pública de possuir a essência pública e de continuar estritamente ligada ao Estado ao interesse público e não pode ser considerado como simples ente privado. O fato de ter sido, pela Constituição Federal vigente, submetida a regime jurídico próprio das empresas privadas (artigo 173, § 1º), não deixou ela de ser ente público. Celso Ribeiro Bastos, nos seus *Comentários à nossa Constituição atual*, ensina que:

“Mas essa submissão, que nada mais é do que um revestimento superficial de realidades mais profundas nas quais se situam as próprias finalidades, não pode esconder a sua realidade de ente estatal e consequentemente público.

Portanto, quando se afirma que estas empresas são pessoas de direito privado, essa afirmação deve ser

entendida com temperamentos. É útil para indicar o direito que as rege, mas não é prestante para desvendar-lhes a natureza íntima.

O próprio fato de impor-se-lhes um regime de direito privado está a indicar que sua essência não convoca necessariamente tal enquadramento normativo; pelo contrário, é necessário ressaltar que poderiam ser regidas pelo direito público, uma vez que públicas são no fundo.

Há, portanto, um substrato nessas empresas que refoge ao seu direito de relações com terceiros, e esta base é de natureza pública. A verdade segundo a qual se trata de entidades regidas pelo direito privado não deve obnubilar a igualmente verdadeira assertiva de que em muitos dos seus aspectos continuam a ser regidas pelo direito público” (pág. 85/86).

A conclusão inarredável é a de que à empresa pública só se aplica o regime próprio das empresas privadas e assim é tratada, quando explora atividades próprias destas e não no desempenho de serviço público típico. Celso Ribeiro Bastos, ob. cit., esclarece que o § 1º do citado artigo 173 da Constituição Federal, “impõe regime jurídico das empresas privadas somente a entidades que explorem atividade econômica” (pág. 86) e que “a prestação de serviço público para efeitos constitucionais não é atividade econômica” (pág. 86). Para ele, são muito poucas as empresas públicas que ficam vinculadas ao regime de direito privado, porque “na sua grande

maioria são concessionárias de serviço público, ou, se preferirmos, prestadoras deste mesmo serviço” (pág. 86).

É verdade que elas não gozam de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado (Constituição Federal, artigo 173, § 2º), mas, no caso, além de não se tratar de privilégio fiscal, este só lhes são negados quando agem como empresa privada e não quando prestam serviços públicos. É este o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, ob. cit., (págs. 88/89).

Na realidade, a empresa pública é instrumento do Estado e mesmo quando explora atividade econômica não se submete inteiramente a regime idêntico ao das empresas privadas. Quando presta serviço público é o próprio Estado agindo de forma descentralizada e como Fazenda Pública deve ser tratada porque está perseguindo a realização do interesse coletivo, do bem comum. Mais uma vez, valho-me dos magistras ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos, ob. cit., que, ao comentar o § 3º, do artigo 173 da Constituição Federal de 1988, afirma sobre a empresa pública:

“Seu capital é integralmente de estirpe administrativa, quer direta, quer indiretamente.

Parece claro, portanto, que o preceito constitucional quis sujeitar a empresa pública a um regime próprio, sobretudo naquelas hipóteses em que elas não sejam exploradoras da atividade econômica. Neste caso

estariam já colhidas pelos §§ 1º e 2º, deste artigo, que as vinculam a um regime jurídico idêntico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Afigura-se-nos que andou bem o constituinte. Parece perfeitamente aceitável que as empresas públicas, prestadoras de serviço público, possam e devam ter uma regulamentação específica que as situe juridicamente no universo econômico administrativo, de modo que sejam evitadas aquelas dúvidas que a anomia pode ensejar.

O que se constata é que a Constituição atual aproxima a empresa pública do Estado, mais do que fazia a Constituição anterior.

E não há por que não existir essa proximidade. A entidade é governamental, formada de dinheiros públicos e tendente à prestação de um serviço público. Todas as razões que militam no sentido de fazer com que o Estado sobre ela mantenha um adequado controle e um feixe de competências que a atrele constantemente aos fins para os quais foi criada. Ainda que continue a adotar o direito privado como técnica de sua gestão e atuação, esta adoção é fundada exclusivamente na conveniência desse regime jurídico, relativamente ao burocrático administrativo dominante, na Administração centralizada.

Esta qualidade de pessoa regida pelo direito privado não esconde a verdade fundamental de que, no mais das vezes, é tão-somente uma capa externa que reveste uma pes-

soa jurídica, cujos fins últimos e natureza íntima são mesmo públicos” (pág. 91).

No caso, a TERRACAP, instituída pela Lei nº 5.861, de 12 de dezembro de 1972, é uma empresa pública, com capital integralmente público (do Distrito Federal e da União), que está prestando serviço público, ao desapropriar uma gleba rural para criar reserva biológica e “preservar a beleza do lugar e o pleno equilíbrio ecológico do meio ambiente, com elevados objetivos científicos, educacionais e de recreação” (fls. 04). Ora, é inegável que a recorrente ao assim agir, está prestando serviço público e não agindo como empresa privada, porque é hoje postulado constitucional o direito de todos “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” (Constituição Federal, artigo 225, *caput*).

Se a recorrente é empresa pública e estava prestando serviço público, tem direito de, no caso, ser equiparada à Fazenda Pública para efeitos de condenação em honorários de advogado na forma prevista no § 4º do artigo 20 do CPC.

No julgamento do Recurso Especial nº 23.213-DF fiquei vencido nesta Egrégia Turma, mas não estou ainda convencido. Por isso, peço vênua para manter o meu entendimento.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.367-2 — DF — (92.0032133-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Rectes.: Francisco Antônio Salazar da Veiga Pessoa e outros. Adv.: José Osvaldo Brandt. Recdo.: Companhia Imobiliária de Brasília — TERRACAP. Advs.: Elias Rodrigues de Sousa Filho e outros.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Relator, Garcia Vieira, negando provimento ao recurso, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Rocha (em 10.02.93 — 1ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhores Ministros:

Pedi vista para um mais acurado exame da matéria e verifiquei, realmente, que é controvertida na doutrina, com reflexo na jurisprudência.

Trata-se de saber-se se, a empresa pública, tal como definida na Constituição Federal e leis regulamentadoras, goza do privilégio da Fazenda Pública, quando vencida, em demanda judicial, consoante o disposto no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, devendo os “honorários advocatícios ser fixados

consoante apreciação equitativa do Juiz, atendidas as normas contidas nas letras a a c, do § 3º do mesmo diploma legal.

A discussão não é nova e já foi objeto de desate nesta Turma, no Recurso Especial nº 23.213, ficando vencido o nobre Ministro Relator.

Sempre entendi que qualquer privilégio processual atribuído à Fazenda Pública deve ser entendido e interpretado **restritivamente**, inaplicando-se o critério exegético da **analogia**. Por igual razão, as entidades **paraestatais** — empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações — só podem auferir de qualquer prerrogativa processual atinente à Fazenda Pública — quando a lei especificamente lhes conceder.

Consoante o magistério de Álvaro Caminha Muniz, “por definição legal, a empresa pública tem a natureza jurídica de direito privado, uma vez que ela não pode ter ao mesmo tempo personalidade de direito privado e de direito público, pois, o direito brasileiro estabelece a distinção no artigo 13 do Código Civil, ao declarar que as pessoas jurídicas são de direito público e de direito privado. Não há meio termo ou personalidade dupla. Cita, ainda, o mesmo autor, o jurista José Carlos Barbosa Moreira, quanto à pessoa de direito público que, incorporando os bens à sociedade, perdeulhes o domínio e por conseguinte a possibilidade de mantê-los “julgidos às normas restritas que sobre eles

pesavam enquanto públicos” (Revisita dos Tribunais, volume 605, página 144). Na mesma linha de raciocínio, descrevendo sobre os privilégios processuais da Fazenda Pública, escreve o festejado professor e jurista Sérgio Porto:

“As sociedades de economia mista e as empresas públicas são solidamente pessoas jurídicas de direito privado. Criadas por lei para participação de atividade econômica, ou para prestação de serviço público, resultam do intervencionismo estatal na economia, que se verificou, na Europa, sobretudo ao após guerra, e nos países subdesenvolvidos, no preenchimento dos vazios necessários ao desenvolvimento econômico. Distinguem-se, fundamentalmente, pela participação, quer majoritária, quer integral, de capitais governamentais. Sujeitam-se ao Direito Privado (CF, artigo 170, § 2º). Equiparam-se, em linha de princípio, às empresas particulares. Não se lhes aplicam, por conseguinte, as prerrogativas e regalias da Fazenda Pública, salvo texto em contrário, uma vez que o Estado ao criá-los, despendo-se de suas prerrogativas, optou pelo direito comum. Equiparou-se aos particulares” (*Ajuris*, volume 18, página 171).

E, mais adiante, dissertando sobre as hipóteses em que o Estado delega a uma Empresa Pública — como na hipótese vertente — poder nitidamente imperial, declarando de utilidade pública, ou de interesse social, determinado bem, para fim

de desapropriação, autoriza a esse ente estatal (Empresa Pública) a promover a conseqüente ação expropriatória, assevera aquele eminente jurista:

“As entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais, serviços sociais autônomos e entes de cooperação em geral) não têm qualquer prerrogativa processual da Fazenda Pública, só auferindo os privilégios que a lei especial lhes conceder, nos limites da competência de cada ente estatal” (*Ajuris*, páginas 176 e 177). E, finalmente, arremata, com maestria: “Efetivamente, se o Estado (*lato sensu*) outorga a uma sociedade de economia mista ou empresa pública, poderes para promover a desapropriação está, automaticamente, despendo-se de suas prerrogativas especiais. Ademais, o poder expropriatório é o Estado. A entidade da administração indireta apenas promove, como autor, o respectivo processo” (página 184).

Forçoso é, pois, concluir que a expressão Fazenda Pública, consignada no texto legal (artigo 20, § 4º) abrange, tão-só, as entidades de direito público (incluídas as autarquias), não compreendendo as sociedades de economia mista e **empresas públicas**, pois têm natureza privada.

Aliás, este é o entendimento desta Corte, bastando citar o acórdão da lavra do Ministro AMÉRICO LUZ, na RTFR nº 103, página 207,

e do STF, que ao julgar o RE nº 82.215-SP, proclamou: “quanto aos honorários fixados, não se aplica às empresas de economia mista o § 4º do artigo 20 e sim o § 3º, como tem entendido o Excelso Pretório (DJU de 5.12.75, página 9.164).

A afirmação de que, no caso, a empresa pública estaria realizando um serviço de interesse coletivo, me parece desvaliosa. É que, seria impraticável o exame, em cada caso, para saber-se se a entidade paraestatal (empresa pública) estaria exercendo uma atividade pública com caráter público, para, assim, emprestar-lhe roupagem de ente de direito público. Como já se disse, alhures, impossível uma empresa ter, ao mesmo tempo, personalidade de direito privado e de direito público, nem uma empresa de natureza privada pode transmudar-se em caráter público, somente pela natureza do interesse ou do serviço público que realiza.

Como se trata de matéria essencialmente jurídica, pois se discute qual a disposição legal que é aplicável ao caso, se a do § 3º ou a do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, dou provimento ao Recurso Especial, nos termos do pedido, com a devida vênia do nobre Relator.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr.

Presidente, já tenho voto nesse sentido.

Acompanho o voto de V. Exa., pedindo vênia ao eminente Ministro-Relator. O meu voto é mais abrangente, dando integral conseqüência ao final do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, dizendo que se aplicam todas as regras de Direito Privado, inclusive aquelas relativas ao Direito do Trabalho e das Obrigações.

Acompanho o brilhante voto de V. Exa. e peço vênia para juntar cópia do meu.

ANEXO

RECURSO ESPECIAL

Nº 14.864-0 — SP

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): A questão já foi examinada por esta Turma, no julgamento do REsp nº 17.558-0-SP.

Naquele julgamento decidiu-se, *in verbis*:

“I — A prescrição de prazo curto, criada pelo Decreto nº 20.910/32, não beneficia empresa pública, sociedade de economia mista ou qualquer outra entidade estatal que explore atividade econômica (Súmula nº 39).

II — O art. 173, § 1º, da Constituição Federal submete ao Direito Privado, não apenas a forma de or-

ganização e funcionamento daquelas entidades, mas sua atividade empresarial. Esta, principalmente, não se pode afastar das normas civis, comerciais, tributárias e processuais aplicáveis às empresas privadas. Ao Estado não é lícito fazer concorrência desleal à iniciativa privada.

III — A remuneração pelo fornecimento de energia elétrica constitui preço público, não constituindo imposto, taxa ou contribuição”.

Reporto-me ao voto-vista que proferi naquele julgamento e que veio a ser acatado pela Turma.

Anexo a este, uma cópia daquele voto.

Dou provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, efetivamente, também acompanho esse entendimento, à vista da exegese que se pode e se deve fazer dos §§ 1º e 2º do art. 173, mesmo porque o § 4º do art. 20 é uma exceção. Por ser exceção não pode beneficiar a empresa pública que, nos parágrafos referidos pelas indicações, não está

afeita a ser beneficiária daquela exceção.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.367-2 — DF — (92.0032133-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Rectes.: Francisco Antônio Salazar da Veiga Pessoa e outros. Adv.: José Osvaldo Brandt. Recda.: Companhia Imobiliária de Brasília — TERRACAP. Advs.: Elias Rodrigues de Souza Filho e outros.

Decisão: Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Relator, deu provimento ao recurso (em 03.05.93 — 1ª Turma).

Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

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

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Cesar Rocha e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.636-3 — SC

(Registro nº 92.0032914-4)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Geraldo Aderbal Rodrigues*

Advogados: *Drs. Werner Backes e outros*

Recorrida: *Pé Quente Loterias Ltda.*

Advogados: *Drs. Fábio Augusto Ronchi e outro*

EMENTA: Direito comercial. Colidência de expressão (“pé quente”) utilizada como título de estabelecimento por empresas de mesma área de atuação (revenda de loterias). Registro anterior na junta comercial de Santa Catarina. Prevalência sobre registro de marca, posterior, no INPI. Novidade e originalidade como fatores determinantes. Arts. 59 e 64, da Lei 5.772/71. Recurso desacolhido. 1. Tanto o registro realizado nas juntas comerciais (denominação social ou nome de fantasia), quanto o levado a efeito junto ao INPI (marca), conferem à empresa que os tenha obtido o direito de utilizar, com exclusividade, em todo o território nacional, a expressão que lhes constitui o objeto como título de estabelecimento, como sinal externo capaz de distingui-la, perante a generalidade das pessoas, de outras que operam no mesmo ramo de atividade. 2. Havendo conflito entre referidos registros, prevalece o mais antigo, em respeito aos critérios da originalidade e novidade.

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 negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art.

1º da Emenda Regimental 3/93, e Fontes de Alencar. Ausente, justificadamente, o Ministro Athos Carneiro.

Custas, como de lei.

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

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

EXPOSIÇÃO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Cuida-se de ação de preceito cominatório, cumulada com perdas e danos, proposta por “Pé Quente Loterias Ltda.” contra Geraldo Aderbal Rodrigues, comerciante em nome individual.

A empresa autora, argumentando ter seu contrato social devidamente arquivado e registrado na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina desde 3.2.86, postulou fosse o réu condenado a abster-se de fazer uso da expressão “pé quente” como título de estabelecimento, bem como ao pagamento de indenização.

Contestando, o réu assinalou ter solicitado, junto ao INPI, em 28.7.86, o registro da “marca ou expressão de propaganda — pé quente”, que, afinal, restou deferido.

O Juiz sentenciante, após estabelecer distinção entre marca e nome comercial, concluindo que o registro deste último em qualquer Junta Comercial do País confere direito de exclusividade em todo território nacional, culminou por reconhecer:

“... assiste total razão à autora em querer ver protegido seu nome comercial, uma vez que o réu ao ver o sucesso que aquela possuía com a expressão “pé quente” imprimiu em sua loja o mesmo nome e desenho, isso em 16 de junho de 1986, ao passo que a autora ingressou com pedido na JUCESC em 2.1.1986 (fls. 10), mas no entanto já usava o nome em litígio, desde abril de 1984, conforme

declaração do 2º Tabelião de Notas desta Comarca” (fls. 81).

Somente no que respeita à pretensão reparatória o pedido restou inacolhido, à míngua de demonstração de efetivo prejuízo.

Interpostas apelações por ambas as partes, a eg. Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou provimento à do réu e proveu em parte a da autora para que a correção monetária sobre os honorários advocatícios incidisse a partir do ajuizamento da ação. O acórdão restou assim ementado:

“Apelação cível. Ação cominatória cumulada com perdas e danos. Nome comercial. Marca registrada.

Se a exclusividade sobre o nome comercial não está restrita ao ramo de atividade, pode o seu titular impedir que terceiros o utilizem como marca de qualquer ramo.

Entre as Juntas Comerciais e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial inexistem hierarquia, existe sim é a atribuição legal de incumbências distintas.

Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 11, do TJSC”.

Inconformado, o réu manifestou recurso especial, alegando infringência aos arts. 2º, b, 59, 61, III, e 64, da Lei 5.772/71, além de divergência jurisprudencial com julgados do

Supremo Tribunal Federal, desta Corte e do Tribunal de Justiça de São Paulo. Sustenta, em síntese, que o registro da marca no INPI tem eficácia em todo território nacional e prevalece sobre o registro de denominação na Junta Comercial do Estado, ainda que o registro, como *in casu*, seja anterior àquele.

Sem contra-razões, foi o apelo admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Trata-se de “colidência” entre registros efetuados sucessivamente na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina (pela recorrida) e no INPI (pelo recorrente), ambos visando a assegurar exclusividade na utilização da expressão “pé quente” como título de estabelecimento.

Cumpra assinalar, apenas a título de esclarecimento inicial, que por marca se concebe, como regra, “o sinal usado pelo comerciante para individualizar ou assinalar os produtos de seu fabrico ou as mercadorias de seu comércio” (De Plácido e Silva, *in* “Vocabulário Jurídico”, vols. III e IV, Forense, 1ª ed., Universidade, 1987, pág. 246).

As marcas são registradas invariavelmente no Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

Já nas juntas comerciais do país se procede, segundo previsão legal, ao registro dos nomes comerciais,

que “individualizam a pessoa, a empresa ou a sociedade comercial, isto é, designam a personalidade comercial identificando-a tal como o nome civil identifica a pessoa física” (*op. cit.*).

O nome comercial é gênero em que se incluem as seguintes espécies:

a) firma individual: “constituída sobre o patronímico do empresário que comercia isolado”. Ex.: “A Silva” ou “Alfredo Silva — Atacadista”;

b) firma ou razão social: constituída pelo patronímico de um, alguns ou todos os sócios, acompanhado ou não do aditamento por extenso ou abreviado — “& Companhia”. Ex.: “Paulo Silva, Jorge Antunes & João Santos” ou “Silva, Antunes & Santos”, ou, ainda, “Paulo Silva & Cia.”;

c) denominação social: sem vinculação necessária ao nome civil dos sócios, sendo formado, no mais das vezes, por um nome de fantasia — Ex.: “Casa Jardim, Artigos Agrícolas Ltda.”. É destinada às sociedades anônimas, podendo também ser usada pelas sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

No que diz respeito ao nome de fantasia, assim o conceitua o já citado autor:

“Assim, se diz de toda denominação ou designação, adotada pelo comerciante, para individualizar a sociedade que compuser, o estabelecimento de comércio ou suas mercadorias e produtos.

Diz-se de fantasia por ser um nome imaginado e diferente do nome civil das pessoas físicas.

Como nome comercial, destinado a personalizar a sociedade, o nome de fantasia somente se admite em certas espécies de sociedades: sociedades por cotas ou sociedades anônimas. Vulgarmente dizem-se denominações, para que se distingam dos nomes compostos pelos nomes dos sócios.

Em regra, para ser tomado como nome comercial, o nome de fantasia deve referir-se à natureza do comércio ou indústria a ser explorado pela sociedade, a fim de que não se apresente uma burla ou uma mistificação.

Quando, entanto, é escolhido como insígnia, para individualização do ponto ou do local, ou como nome do produto ou da mercadoria, o nome de fantasia não fica adstrito à realidade do comércio ou do produto" ("Vocabulário Jurídico", vols. III e IV, ed. Universitária, Forense, 1^a ed., 1987, pág. 247).

Assim, nada obsta, a nosso ver, que, por exemplo, mesmo uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que se haja constituída sob firma ou razão social, faça inserir no seu ato constitutivo também um nome de fantasia para funcionar como elemento caracterizador nessa última acepção, "como insígnia, para individualização do ponto ou do local...", isso em razão de inexistir órgão próprio incumbido do registro e proteção aos títulos de estabelecimento.

O que, em síntese, impende ficar assentado é a existência de evidente distinção entre marca, nome comercial e título de estabelecimento.

Neste sentido, ainda De Plácido e Silva, em arremate:

"Enquanto o nome comercial se refere à pessoa, que exerce uma atividade comercial, à marca entende-se o nome do produto ou da mercadoria e, o nome do estabelecimento, também dito de insígnia, assinala o local, em que o comerciante exerce a sua atividade.

Perfeita, pois, a distinção entre as três figuras, instituídas e admitidas legalmente para individualização de coisas diferentes: da personalidade, dos produtos ou mercadorias e do local do comércio" (*op. cit.*).

Fixada essa noção geral, passo ao exame específico do caso vertente.

A recorrida, de cuja denominação social consta a expressão "pé quente", registrou seu ato constitutivo na Junta Comercial de Santa Catarina em data anterior até mesmo ao requerimento formulado pelo recorrente, junto ao INPI, de registro da marca mista constante às fls. 96 e 112.

De acordo com o próprio recorrente, ele e "a empresa autora atuam no mesmo ramo de atividade (venda de loterias) e na mesma cidade (Criciúma)". Adotaram, porém, segundo fixado em 1^o e 2^o graus, semelhante título de estabelecimento para identificação perante o público consumidor, gerando confusão, que se fez sentir pelo próprio Juiz

da causa, consoante se verifica do seguinte excerto extraído da sentença:

“Na verdade, ambos os estabelecimentos são idênticos, pois são pintados com as mesmas cores e com o mesmo nome, tanto que este magistrado quando chegou nesta Comarca e deparou-se com os estabelecimentos, pensou ser os mesmos de um único dono, vindo a saber que não o é, através da presente demanda”.

Cumpra, portanto, definir a quem assiste o direito de continuar a utilizar na fachada, como característica individualizadora, a expressão “pé quente”.

No REsp 6.169-AM, Relator o Sr. Ministro Athos Carneiro, esta Quarta Turma fixou entendimento no sentido de “ser bastante o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio para conferir ao nome Comercial proteção nacional e internacional (art. 8º da Convenção de Paris/1883, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 75.572/75). Não mais se requer que, para proteção em todo o país, o interessado obtenha registro em todas as Juntas brasileiras”.

A mesma orientação foi adotada quando do julgamento do REsp 9.142-SP, por mim relatado, de cuja ementa se colhe:

“Não há confundir-se marca e nome comercial. A primeira, cujo registro é feito junto ao INPI, destina-se a identificar produtos, mercadorias e serviços. O nome comercial,

por seu turno, identifica a própria empresa, sendo bastante para legitimá-lo e protegê-lo, em âmbito nacional e internacional, o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio”.

Do voto que, como Relator, tive oportunidade de proferir naquela ocasião, consta crítica de **Rubens Requião** ao desmembramento que a legislação relativa à propriedade industrial provocou em nosso sistema. Salientou o ilustre Comercialista que “o nome comercial e o título de estabelecimento constituem matéria pertinente à codificação da propriedade industrial”, lamentando o que preceitua a Lei 5.772/71, em seu art. 119, *verbis*:

“O nome comercial ou de empresa e o título de estabelecimento continuarão a gozar de proteção através de legislação própria, não se lhes aplicando o disposto neste Código”.

Diante dessa lamentável posição desagregatória, ao Judiciário tem cabido dirimir os conflitos não raros existentes — e o caso vertente é um exemplo — entre marca, nome comercial e título de estabelecimento.

Este último, aliás, conforme já mencionado, ainda não possui sequer disciplina legislativa própria reguladora de sua forma de proteção.

Frente a esse vazio, doutrina e jurisprudência têm procurado estabelecer meios que permitam às empresas ou sociedades mercantis defender o uso exclusivo da expressão que elegem como título de estabelecimento.

José Carlos Tinoco Soares, também mencionado no referido REsp 9.142-SP, admite, não obstante o disposto no art. 65, § 5º, da Lei 5.772/71, que a proteção ao título de estabelecimento se faça, junto ao INPI, por intermédio do registro de “marca de serviço” (“Tratado de Propriedade Industrial”, vol. II, ed. Resenha Tributária, SP, 1988, nº 662, pág. 994).

Não encontro óbice a que a defesa do título de estabelecimento contra usurpações possa, de idêntico modo, ser assegurada pelo registro do contrato social na Junta Comercial, desde que dele conste como denominação ou nome de fantasia a expressão cujo uso exclusivo se pretenda resguardar.

A empresa que insere em sua denominação, ou como nome de fantasia, expressão peculiar, manifestando, assim, inequívoco desejo de que sirva a identificá-la perante a generalidade das pessoas, passa, a partir do registro respectivo, a ter legitimidade para adotar referida expressão como sinal externo distintivo e característico e impedir que outra empresa que atue no mesmo ramo de comércio como tal a utilize.

Importante frisar, no particular, que, não sendo caso de marca ou denominação notória (v.g. “coca-cola”), com direito à exclusividade em todas as classes, aplica-se o disposto no art. 59, *in fine*, da Lei 5.772/71 (princípio da especificidade), vale dizer, somente se as empresas detentoras de denominação e marca semelhantes desempenha-

rem atividades afins é que se mostra possível reconhecer a existência de colidência. Caso contrário, se os objetivos sociais forem distintos, de molde a não ensejar confusão, conflito não haverá e ambas as empresas, cada qual em seu ramo, poderão adotar nomes ou palavras similares como forma de identificação.

Essa a orientação que também restou assentada quando do julgamento do REsp 9.142-0-SP:

“... Marca e nome comercial...

II — Sobre eventual conflito entre uma e outra, tem incidência, por raciocínio integrativo, o princípio da especificidade, corolário do nosso direito marcário. Fundamental, assim, a determinação dos ramos de atividade das empresas litigantes” (DJ de 20.4.92).

In casu, ficou evidenciado tratar-se de empresas que se dedicam à venda de loterias, revistas e jornais.

Assim, a adoção pelo ora recorrente de título de estabelecimento que já vinha sendo utilizado pela recorrida, título que, segundo venho de enfatizar, gozava de proteção em face do registro do nome comercial (no caso, denominação) levado a efeito na Junta Comercial de Santa Catarina, consubstanciou imitação, passível de ser legitimamente impugnada por meio de ações como a de que se cuida.

Não fosse, na espécie, ter restado demonstrado ausência de má-fé e intuito de causar prejuízo, a conduta do recorrente seria passível até mesmo de repreensão de índole

penal, estando prevista no art. 176 do Decreto-lei nº 7.903/45 como conduta criminosa:

“Violar direito relativo ao nome comercial, ao título de estabelecimento e à insígnia;

I — usando indevidamente o nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios”.

O que impende ressaltar, em essência, é que, da mesma forma como nos conflitos entre marca e nome comercial, prevalece o princípio da especificidade (art. 59 da Lei nº 5.772/71), também na solução de tais conflitos possuem relevo as exigências de originalidade e novidade a que alude o art. 64 do mesmo diploma, *verbis*:

“São registráveis como marca os nomes, palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, figuras e quaisquer outros sinais distintivos **que não apresentem anterioridade ou colidência com registros já existentes...**”

Se, portanto, como no caso, a recorrida já havia, embora em Junta Comercial, registrado a expressão “pé quente”, objetivando utilizá-la em seu letreiro, como sinal externo distintivo, não poderia o recorrente, que exerce o mesmo ramo de atividade, ter obtido o registro daquela expressão junto ao INPI, com idêntico propósito de utilizá-la como título de estabelecimento.

O acórdão recorrido, pois, não incorreu em violação a qualquer dos dispositivos apontados como malfeitos ao entender que o registro na

Junta Comercial confere ao seu titular o direito de exclusividade sobre a expressão adotada como nome comercial, embora o tenha reconhecido apenas no Estado de Santa Catarina, em menor extensão que a devida.

Quanto ao alegado dissenso interpretativo, reputo-o configurado apenas em relação a dois dos julgados trazidos a confronto, publicados *in* RTJ 122/1.148 e RJTJESP 131/240, que dão respaldo à tese advogada pelo recorrente, entendendo preponderar o registro no INPI, mesmo se existente anterior registro similar ou idêntico em Junta Comercial.

O julgado desta Corte, extraído de RSTJ 26/473, bem como o outro emanado do Tribunal de Justiça de São Paulo, constante de RJTJESP 110/202, cuidaram de hipóteses em que houve registro precedente da marca e o seu proprietário se opôs à posterior utilização por terceiro da expressão que nela se continha como nome comercial. Hipóteses, portanto, diametralmente opostas à vertente e cuja solução conferida se coaduna, às inteiras, ao raciocínio ora desenvolvido, no sentido de que se impõe adotar uma sistemática uniforme para disciplina da inter-relação entre marcas, nomes comerciais e títulos de estabelecimento, por meio da qual prevaleça o registro, seja nas Juntas Comerciais, seja no INPI, daquele empresário que, por primeiro, de forma inovadora e original, tenha demonstrado a autoria da utilização da expressão ou palavra como forma de identificação na sua específica área de atuação.

Em face do exposto, embora conhecendo do recurso pela alínea c, nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.636-3 — SC — (92.0032914-4) — Relator: Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Geraldo Aderbal Rodrigues. Advs.: Werner Backes e outros. Recda.: Pé Quente Loterias Ltda. Advs.: Fábio Augusto Ronchi e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 14.09.93 — 4ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.020-2 — RS

(Registro nº 92.0033868-2)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrido: *Anibel Marzari*

Advogados: *Drs. Afonso de Araújo Campos e outros, e Luiz Fernando Palmeiro de Freitas e outros*

EMENTA: Transação. 1. Não há considerar o alegado de transação, se aos autos não chegou o instrumento do “acordo particular”, e nem sequer a petição que a ela se reporta contém a anuência da parte contrária à alegante. 2. Recurso especial não conhecido. 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 não co-

nhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro.

Custas, como de lei.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: A sentença julgou parcialmente procedentes os embargos opostos por Anibel Marzari, relativos a execução que lhe moveu o Banco do Brasil S/A condenando o exequente e executados em honorários advocatícios, face a sucumbência recíproca.

Posteriormente afirmou-se que as partes transacionaram.

O patrono do embargante, afirmando que não participara da transação, requereu ao Juiz que os autos da execução fossem ao contador a fim de ser feita a conta com relação aos honorários advocatícios a que tem direito em razão da condenação estipulada na sentença.

Houve agravo de instrumento, tendo a egrégia Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul negado provimento ao recurso, pelos seguintes fundamentos:

“... através de longa fundamentação, pretende o agravante que dito pagamento, ou encontro de créditos e débitos, abranja a verba honorária, estabelecida a favor do procurador do embargante.

Pretensão, deveras, *sui generis*, eis que, de um lado, não há uma

evidenciação do alcance do acordo; de outro, não referido no acordo sequer a concordância do procurador.

Como poderia o Banco do Brasil decidir, com seu devedor, um crédito de terceiro?

Ora, encontrando-se o processo ainda em andamento, era conduta ética esperável que se fizesse a composição com o procurador do devedor.

Nenhuma ressalva há com respeito à abrangência do acerto. E nem poderia o cliente decidir em relação a um crédito de seu advogado.

Se o Banco excluiu de seu crédito a parcela determinada na sentença, era indispensável que buscasse o consentimento do advogado. Aliás, não poderia o constituinte decidir por seu advogado. Seria uma situação inusitada” (fls. 74/75).

Inconformado, o Banco do Brasil S/A interpõe recurso especial, com respaldo no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, alegando violação dos arts. 20 e 471 do Código de Processo Civil; arts. 1.025 e 1.030, do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial. Sustenta que os honorários advocatícios são do vencedor e não do advogado. Além disso, a transação extingue o litígio, produzindo efeitos da coisa julgada (fls. 79/84).

Pelo despacho de fls. 89/92 foi o recurso admitido tão-somente pela alínea *c* do permissivo constitucional, subindo os autos a esta Corte.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Os embargos à execução foram parcialmente providos pela sentença, condenadas ambas as partes em honorários advocatícios, face à sucumbência recíproca.

Retomo do acórdão os seguintes tópicos:

“... Através de longa fundamentação, pretende o agravante que dito pagamento, ou encontro de créditos e débitos, abranja a verba honorária, estabelecida a favor do procurador do embargante.

Pretensão, deveras, *sui generis*, eis que, de um lado, não há uma evidenciação do alcance do acordo; de outro, não referido no acordo sequer a concordância do procurador.

.....

Nenhuma ressalva há com respeito à abrangência do acerto. E nem poderia o cliente decidir em relação a um crédito de seu advogado.

Se o Banco excluiu de seu crédito a parcela determinada na sentença, era indispensável que buscasse o consentimento do advogado. Aliás, não poderia o constituinte decidir por seu advogado. Seria uma situação inusitada” (fls. 74/75).

O Banco do Brasil S/A, na qualidade de exequente, não se conforma em ter de pagar os honorários advocatícios estabelecidos na sentença,

em face de transação que teria ocorrido entre os litigantes, sem que desta tenha participado o patrono do embargante.

Esta Turma ao julgar o REsp nº 1.144, de que foi Relator o eminente Magistrado Athos Carneiro, teve oportunidade de salientar que, em princípio, os honorários são da parte e não do advogado, prevalecendo a regra fundamental do art. 20 do Código de Processo Civil de que o titular do crédito da verba honorária é o litigante vencedor.

Também da doutrina extrai-se tal conclusão — Barbi, Comentários..., pág. 191, vol. I, Tomo I; Tornaghi, Comentários..., pág. 165, vol. I; e Pontes de Miranda, de quem transcrevo o seguinte escólio:

“O Código ... deixa ao Juiz fixar desde logo o quanto, não apenas condenar ao pagamento dos honorários. Se o quanto é superior ao que a parte pagou, ou tem de pagar ao advogado, ou se lhe é inferior, isso de modo nenhum aproveita ou desaproveita ao advogado, que não é parte no processo”.

Em sendo assim, nada obstava a que o executado transacionasse com o exequente, estabelecendo que os honorários seriam suportados pelos respectivos patronos.

Ocorre, porém, que nos autos não estão os termos da alegada transação. Por outro lado, a petição que a

ela se refere não está subscrita pelo embargante através de seu procurador (vj., fl. 60).

Isto posto, não se apresenta ao caso a divergência jurisprudencial argüida.

Também não encontro no acórdão recorrido ofensa de lei federal.

Em face do exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes colegas, diante das peculiares circunstâncias do caso concreto, também acompanho o eminente Relator.

Ressalvo, entretanto, que mantenho a posição anteriormente já manifestada, conforme inclusive consta do voto do Relator, no sentido de que a verba honorária, em princípio, pertence à parte para ressarcir-se das despesas efetuadas com a

contratação de seu advogado. Não pertence diretamente a este, embora seja ressalvado ao bacharel o direito de cobrança naqueles casos em que ainda não haja recebido do cliente os seus honorários.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.020-2 — RS — (92.0033868-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advs.: Afonso de Araújo Campos e outros. Recdo.: Anibel Marzari. Advs.: Luiz Fernando Palmeiro de Freitas e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 31.05.93 — 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 31.960-6 — SP

(Registro nº 93.0002819-7)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *CB Geradora de Informática S/A*

Recorridos: *ES Holding Administração e Participações S/A e outro*

Interessado: *Deurbi Desenvolvimentos Urbanos Integrados Ltda.*

Advogados: *Jaime Velez e outros, Samuel Prado de Mello e outros, e Mário Fernandes Assumpção e outros*

EMENTA: Processual Civil. Renúncia de advogado. Matéria de fato. Divergência jurisprudencial não comprovada. 1. A renúncia da causa pelo advogado não se caracteriza quando a matéria de fato objeto da conclusão do acórdão recorrido aponta que o causídico continuou a responder pela constituinte. 2. Divergência jurisprudencial não se manifesta quando a discrepância que se pretende comprovada não veio ao recurso, instruída por certidão, ou cópia autenticada ou ainda mediante citação do repositório de precedentes, sendo certo, ainda, que o apelo não se mostra hábil ao conhecimento quando os temas versados não influem no deslinde da causa. 3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto vista do Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Senhores Minis-

tros Cláudio Santos e Eduardo Ribeiro.

Ausente, ocasionalmente, o Senhor Ministro Dias Trindade.

Não participou do julgamento o Senhor Ministro Nilson Naves (§ 2º, art. 162, RISTJ).

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de junho de 1993 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WAL-DEMAR ZVEITER: CB Geradora de Informática S.A., nos autos de embargos à arrematação em que embargante, interpõe especial (fls. 255/256), onde, com fundamento nas letras *a* e *c*, sustenta que, no seu parecer, o acórdão de fls. 249/253 violou as normas dos arts. 234; 236; 247; 248 e 687, § 3º do CPC, bem como divergiu de precedente que apresenta.

O acórdão impugnado, ao decidir como o fez, arrimou-se em que a embargante (apelante), ora recorrente, poderia ter remido a dívida, eis que, por força da cessão de crédito a apelada tornou-se, como cessionária, credora (art. 587, II, CPC), ou, ainda, assistente qualificada (litisconsorte), pelo que cai por terra todo e qualquer argumento, vislumbrando afastar seu direito à arrematação. Também a renúncia do advogado não acarretou prejuízo, sendo certo que o substabelecimento sem reservas de poderes demonstra que os advogados da embargante permaneciam no processo.

No exame dos pressupostos (fls. 264/267), o apelo foi indeferido por ambos os fundamentos (*a* e *c*), atento a que as pretensas violações a dispositivos legais não foram objeto de discussão no aresto recorrido, nem para tal, prequestionados via declaratórios. A divergência também não se comprova, posto que o paradigma apontado não foi transcrito e nem junto aos autos, pelo que sua inexistência no processo

resulta em violação da regra do art. 255 do RISTJ.

Os autos subiram por força de provimento ao agravo de instrumento, para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WAL-DEMAR ZVEITER (Relator): Determinei a subida dos autos para melhor exame, porém, vejo que com razão o despacho indeferitório.

Os pontos objeto da insurgência são abordados pelo aresto recorrido, assim (fls. 250/251):

“Sem razão a apelante.

Conforme consta dos autos, também nos demais créditos habilitados a apelada tem privilégio.

Deve-se lembrar que, arrematando pelo valor de seus créditos, fê-lo por preço maior do que o próprio valor do imóvel. Assim, à apelante falta interesse para embargar.

E também lhe falta legitimidade, pois que quem poderia reclamar eventual prejuízo em razão da arrematação feita pela apelada, seriam terceiros credores.

Se não pretendia ver o bem arrematado pela apelada, devia a apelante ter remido a dívida. Assim, não poderia a apelada habilitar créditos.

Por força de cessão de crédito, a apelada tornou-se, como cessionária, no processo de execução, credora *ex vi* do art. 567, II, do CPC.

Demais disso, nos embargos do devedor, podia ingressar a apelada na qualidade de assistente litisconsorcial, como se denota da leitura dos arts. 42, § 3º, e 54, ambos do CPC.

Como assistente qualificado, adquiriu a apelada os mesmos direitos do litisconsorte. Daí porque cai por terra todo e qualquer argumento vislumbrando afastar o seu direito à arrematação por força do crédito exigido na Carta Precatória.”

O outro tópico versa sobre a renúncia do advogado e a falta de intimação. O julgado analisa e resolve a questão, nestes termos (fls. 252):

“No tangente à renúncia do advogado ALFREDO FRANKLIN RICCI WEINGRUBER, sobre ser matéria não invocada na inicial dos embargos, pelo que consta dos autos, tal advogado continua a responder pela sua constituinte, pois que não foi essa devidamente intimada. E se o foi, evidente que deveria nomear novos advogados dentro do prazo do art. 45 do CPC. O que não podia era o processo ficar paralisado, privilegiando o devedor desidioso.

Além do mais, o substabelecimento sem reservas de poderes de fl. 86 demonstra que os Drs. JAIME VELEZ e DINAURA FOLLA permaneciam como advogados da embargante.”

Do exame do exposto, resulta evidente que a conclusão do aresto impugnado apoiou-se na matéria de fato constante dos autos, atenta-

mente abordada pelo eminente Relator. Este, ainda em face de tais pontos, profere (fls. 252/253):

“Aliás, tais nulidades, se existissem, estariam sanadas pela própria inércia da apelante, que não as alegou na primeira oportunidade em que competia falar nos autos. Aqui teria ocorrido preclusão.

Convém salientar, ademais, que os últimos temas ora tratados foram objeto de recurso.

Em verdade, pelo que se pode deduzir da leitura dos autos, é o comportamento da embargante atentatório à dignidade da Justiça, opondo-se maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos, opondo resistência injustificada ao andamento do processo.”

Às fls. 255/257, a recorrente, em lacônico arrazoado, fundamentando-se nas letras *a* e *c* do permissivo, insiste em dizer que as referidas intimações são nulas, por isso que o aresto violou as regras dos arts. 234; 236; 247; 248 e 687, § 3º, do CPC. De outro modo, fazendo referência, tão-somente, ao número de apelação cível, no caso AC nº 37.660, oriunda do TFR, sustenta que esta divergiu do entendimento dado ao *decisum*, ora impugnado.

De logo, vê-se que, pela letra *c*, o apelo não prospera.

A razão está com o eminente Presidente do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, quando, no Despacho de fls. 267, pronuncia-se nestes termos:

“No atinente à letra c do permissivo constitucional, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a divergência indicada deverá ser comprovada por certidão, ou cópia autenticada, ou mediante citação do repositório de jurisprudência, oficial, autorizado ou credenciado, com a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

In casu, foi desatendido o requisito previsto no art. 255, § 2º, do Regimento Interno do Colendo Superior Tribunal de Justiça (redação da Emenda Regimental nº 1/91), com relação à Apelação 37.660 — TFR.”

Enfim, as pretendidas infringências aos textos legais indicados não se manifestam evidentes.

Como posto no despacho indeferitório (fls. 266/267):

“Quanto aos arts. 247, 248 e 687, § 3º, do Código de Processo Civil, necessário ressaltar não ter sido a matéria neles contida, objeto de debate no v. acórdão hostilizado, estando ausente da conclusão adotada. Não tendo sido opostos embargos declaratórios para suprir eventual omissão, incidentes as Súmulas 282 e 356 do Colendo Supremo Tribunal Federal, acolhidas pela Corte Superior no julgamento do Agravo de Instrumento 14.417-ES, Relator Ministro NILSON NAVES, *in* DJU de 25.9.91, pág. 13.209.”

Ainda que assim não fora, os temas que lhes pertinem, as intimações e suas nulidades, são desinfluentes para o deslinde da causa, já que a solução jurídica dada pelo acórdão recorrido é a que mais se adequa à situação concreta revelada nos autos.

Trata-se de matéria de prova e esta obstaculiza a via de acesso ao Especial (Súmula 7, do STJ).

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, impressionou-me, naturalmente, a alegação de falta de intimação do devedor, assunto que seria objeto de disciplina do art. 687, § 3º, do Código de Processo Civil.

Entretanto, o eminente Relator esclarece que a questão não foi ventilada no acórdão, nem objeto de embargos de declaração.

Por essa razão, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.960-6 — SP — (93.0002819-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recite.: CB Geradora de Informática S/A. Advs.: Jaime Velez e outros. Recdo.: ES Holding Administração e Participações S/A e outro. Advogados: Samuel Prado de Mello e outros. Interes.: Deurbi Desenvolvi-

mentos Urbanos Integrados Ltda. Advogados: Mário Fernandes Assumpção e outros. Sustentou oralmente o Dr. Jaime Velez, pela recorrente.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Cláudio Santos não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Aguarda o Sr. Ministro Dias Trindade (em 13.04.93 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Funda-se o recurso nas letras *a* e *c*. Quanto a esta última, entretanto, não se indicaram acórdãos divergentes, da forma exigível, o que, de logo, inviabiliza o conhecimento.

No que diz com a contrariedade da lei, foram apontados, como violados, os artigos 234, 236, 247, 248 e 687, § 3º, do CPC. Isso porque houve renúncia ao mandato outorgado ao advogado que defendia a ora recorrente e não teria sido ela regularmente cientificada, disso resultando que o processo de embargos correu a sua revelia.

Nenhuma a razão da recorrente. Como salientou o acórdão, se não

houve notificação da renúncia, o advogado constituído continuou a representá-la no processo. Ademais, ali também se consignou que outros advogados patrocinavam-lhe a defesa.

Acompanho o Relator, não conhecendo do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.960-6 — SP — (93.0002819-7) — Relator: Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter. Recte.: CB Geradora de Informática S/A. Advs.: Jaime Velez e outros. Recda.: ES Holding Administração e Participações S/A e outro. Advs.: Samuel Prado de Mello e outros. Interes.: Deurbi Desenvolvimentos Urbanos Integrados Ltda. Advs.: Mário Fernandes Assumpção e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 28.06.93 — 3ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Dias Trindade.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 32.064-5 — SP

(Registro nº 93.0003177-5)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Rocha*

Recorrente: *Companhia Energética de São Paulo*

Recorridos: *Iracema de Souza Lima Franco e outros*

Advogados: *Drs. Irineu Mendonça Filho e outros, e Argemiro de Castro Carvalho Júnior e outros*

EMENTA: Administrativo. Desapropriação. Juros compensatórios. Critério. Súmula 74, TFR. Atualização monetária. 1. O termo inicial da correção monetária, na ação de desapropriação, é a data da avaliação, cabendo a atualização, ainda que por mais de uma vez, independente do decurso de prazo superior a um ano (Súmula nº 67/STJ). 2. Em sede de ação desapropriatória, os juros compensatórios, que são de 12% a/a, contam-se a partir do dia da imissão na posse. 3. O cálculo deve processar-se em duas etapas: na primeira, até a data do laudo, sobre o valor simples da avaliação; na segunda, da data do laudo até o dia do cálculo, sobre o valor do laudo corrigido, do dia de sua elaboração até o dia do cálculo. 4. Sobre os juros apurados na primeira etapa incide correção monetária do dia da elaboração do laudo até o dia da realização do cálculo. 5. A base de cálculo dos honorários advocatícios em desapropriação é a diferença entre a oferta e a avaliação, ambas corrigidas monetariamente, mais os juros compensatórios e moratórios. 6. Precedentes da Corte. 7. Recurso parcialmente 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 parcial 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.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de junho de 1993
(data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Cuidam os autos de recurso especial interposto pela Companhia Energética de São Paulo, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra três pontos de decisão tomada em apelação que deu provimento parcial aos recursos lançados contra decisão monocrática tomada em ação de desapropriação.

Primeiramente, entende a recorrente que teria sido violado o dispositivo contido no § 2º do art. 26 do Decreto-lei nº 3.365/41, segundo o qual somente após decorrido o prazo de um ano, a partir da avaliação, é que deve incidir a correção monetária do valor da indenização, tendo o aresto objurgado condenado no pagamento da correção monetária da indenização a partir da data do laudo.

Por outro lado, a recorrente pretende que os juros compensatórios sejam calculados na forma estabelecida pelo verbete nº 74 da Súmula do extinto TFR, isto é, *“até a data do laudo sobre o valor simples da indenização e, desde então, sobre referido valor corrigido monetariamente”*, e o Tribunal *a quo* teria julgado de modo desatento a tanto.

Por fim, quer que a verba honorária seja calculada entre a diferença existente apenas entre a oferta e

a indenização, ambas corrigidas monetariamente, sem ser essa diferença acrescida dos juros compensatórios e moratórios.

Contra-razões tempestivas e o juízo primeiro de admissibilidade deu seguimento ao recurso.

Dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): A jurisprudência da Corte está consolidada no sentido de não dar aplicação ao § 2º do art. 26 do Decreto-lei nº 3.365, por ser absolutamente incompatível com a Lei nº 6.899/91, além do que — embora não seja tema a ser observado em recurso especial, mas não custa a referência — atenta contra o princípio constitucional da justa indenização.

Assim, o termo inicial da correção monetária, na ação de desapropriação, é da data da avaliação, cabendo a atualização, ainda que por mais de uma vez, independente do decurso de prazo superior a um ano, conforme, aliás, pontifica o Verbo nº 67 deste egrégio Tribunal.

Por outro lado, a colenda Primeira Seção tem pacífico entendimento de que os honorários advocatícios em desapropriação são computados pela diferença entre a oferta e a avaliação, devidamente corrigidas, acrescida dos juros moratórios e compensatórios.

Nesse sentido, o julgado nos EREsp nº 26.459-0-SP (Rel. em. Min. Garcia Vieira, decisão unânime, em 18.05.93).

Quanto ao aspecto que resta a ser apreciado — o referente aos juros compensatórios — a divergência encontra-se devidamente comprovada.

Em verdade, os juros compensatórios devem ser computados nos moldes anunciados pela Súmula nº 74 do extinto TFR e que foi adotada por esta Corte, conforme inúmeros precedentes (REsp nº 5.592-SP, Rel. em. Min. Hélio Mosimann).

Destarte, nas ações de desapropriação direta, os juros compensatórios, de 12% a/a, deverão ser computados desde a data da imissão na posse. O cálculo deve ser feito, até a data do laudo, sobre o valor simples da indenização e, após, sobre o valor corrigido.

Devo explicitar, para evitar maiores dúvidas, que a expressão "*valor simples da indenização*" significa o valor por quanto o bem foi avaliado, isto é, o valor do laudo.

Acrescente-se, ainda, que os juros compensatórios apurados na *primeira fase*, isto é, no período que mediu do dia da imissão ao dia do laudo, devem ser devidamente corrigidos desde o dia do laudo até o dia da elaboração do cálculo.

É que se assim não fosse, haveria, pelo decurso do tempo, uma perda enorme do valor real dos juros compensatórios a que o expropriado deveria receber.

Por tais razões, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, apenas para ordenar que os juros compensatórios sejam calculados aplicando-se o Verbete nº 74 da Súmula do extinto TFR, nos termos do que acima restou explicitado.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.064-5 — SP — (93.0003177-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cesar Rocha. Recte.: Companhia Energética de São Paulo-CESP. Advogados: Irineu Mendonça Filho e outros. Recdos.: Iracema de Souza Lima Franco e outros. Advogados: Argemiro de Castro Carvalho Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (em 02.06.93 — 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 32.228-9 — SP

(Registro nº 93.0003616-5)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Fernando Fernandes dos Santos*

Advogados: *Drs. Ivo Arnaldo Cunha de Oliveira Neto e outros*

Recorrido: *Instituto Nacional de Seguro Social — INSS*

Advogado: *Dr. Paulo Porchat de Assis Kannebley*

EMENTA: Previdenciário. Ação de benefício. 1. Rito e execução. Para efeito do rito sumaríssimo da ação e do imediatismo da liquidação da sentença, inaplicando-se-lhes, nesse particular, o disposto nos arts. 730 e 731 do CPC, o valor referido no art. 128 da Lei 8.213/91 não comporta outra compreensão que não a do valor da causa.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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 dar-lhe provimento, nos termos do voto do Min. Relator. Votaram com o Relator os Srs. Mins. Édson Vidigal e Assis Toledo. Ausentes, justificadamente, os Srs. Mins. Jesus Costa Lima e Flaquer Scartezzini.

Custas, como de lei.

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

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

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: A esse título, adoto o parecer do Ministério Público Federal, nesta instância, lavra do Subprocurador-Geral Edinaldo de Holanda, *verbis*:

“O recurso especial alega violação ao artigo 128 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social). A controvérsia residiria em saber se o valor previsto no dispositivo seria referente a valor da ação como quer o recorrente ou valor da condenação como entendeu o Tribunal *a quo*.

A decisão recorrida concluiu:

Provimento ao recurso para admitir a expedição de precatório, obedecido o limite estabelecido no art. 128 da Lei 8.213/91 para o valor executado.

Para o Tribunal recorrido. O valor a que se refere o art. 128 da Lei 8.213 não poderia ser outro senão o apurado na liquidação, talvez porque entende que de liquidação trata o dispositivo e não de valor de alçada, mas de execução em que importa o seu valor já tornado líquido e que na espécie dos autos foi superado o teto para liquidação imediata.

Não se discute nestes autos a necessidade ou não de expedição de precatório para pagamento, e sim simplesmente o alcance da norma do art. 128 da Lei 8.213/91.

Tal dispositivo assim é redigido:

As demandas judiciais que tiverem por objeto as questões reguladas nesta lei, de valor não superior a Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros) obedecerão ao rito sumarríssimo e serão isentas de pagamento de custas e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil.

Temos que a razão está com o recorrente. Refere-se ao artigo, claramente, o valor da ação, eis que se refere em primeiro lugar à fixação de rito e a custas da ação. Pretende-se evidentemente estabelecer alçada. Ao prever forma de liquidação, apenas complementa as particularidades do rito" (fls. 117/18).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, conforme assinalado no relatório, mais não se trata do que saber qual o valor-limite a que se refere o invocado art. 128 da Lei 8.213/91, ao estabelecer a regra da liquidação imediata nas ações previdenciárias de valor não superior a um milhão de cruzeiros, hoje, um mil cruzeiros reais.

Nesse ponto, penso correto afirmar-se que tal valor é mesmo o da ação, e não o que se apurar na liquidação. Isso porque, conforme anotado pelo parecer, a redação do examinado artigo de lei, referindo-se a um mesmo valor, começa por estabelecer a adoção do rito sumarríssimo para tais ações, gradua-se em isentá-las de custas e se encerra por mandar liquidá-las imediatamente; gradação essa que especifica toda a tramitação da ação, à base de um valor real, evidentemente conhecido desde o ajuizamento, e não um valor aleatório dependente da liquidação da sentença.

Saliento a especificidade da hipótese, que nada tem a ver com aquela tantas vezes julgada pela Turma, relativa ao efeito apenas devolutivo dos recursos do INSS, matéria regulada pelo art. 130 da mesma Lei 8.213 (Plano de Benefícios), norma essa, cuja vigência encontra-se suspensa pelo STF, na ADIn 675-4. Saliento a distinção, porquanto aqui me ponho em contrário à tese

defendida pela autarquia, da forma como a vem julgando a Eg. Sexta Turma, no tema da indagada interpretação do art. 128 da mesma lei (REsp 29.062, Rel. Min. José Cândido, *in* DJ de 31.05.93, e 29.611, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ de 29.03.93).

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.228-9 — SP — (93.0003616-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. José Dantas. Recte.: Fernando Fernandes dos Santos. Advoga-

gados: Ivo Arnaldo Cunha de Oliveira Neto e outros. Recdo.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogado: Paulo Porchat de Assis Kannebley.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Min. Relator (em 25.08.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Édson Vidigal e Assis Toledo. Ausentes, justificadamente, os Srs. Mins. Jesus Costa Lima e Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ASSIS TOLEDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 32.678-7 — SP
(Registro nº 93.05573-9)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Procuradores: *Drs. Luiz Alberto Americano e outros*

Recorrida: *Lucas Diesel do Brasil Ltda.*

Advogados: *Drs. Celso Botelho de Moraes e outros*

EMENTA: Tributário. IPI. Prazo. Lei nº 4.502, de 30-11-64, art. 26, com a redação do art. 1º do Decreto-lei nº 326, de 1967. Lei nº 7.450, de 1985, art. 66. Portaria MF nº 266, de 29-7-88. 1. Se o acórdão recorrido se limitou a explicitar o alcance do art. 66 da Lei nº 7.450, de 1985, sustentando que portaria não pode modificar disposições de lei (Lei nº 4.502, de 1964, art. 26, com a redação do art. 1º do Decreto-lei nº 326, de 1967), por ser norma de hierarquia inferior, não há divisar tenha ofendido o citado preceito legal. 2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

Custas, como de lei.

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

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de re-

curso especial, com fundamento na letra *a* do permissivo constitucional, interposto pela União Federal contra o acórdão do Egrégio Tribunal *a quo* que entendeu que o prazo para o recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) não podia ter sido alterado pela Portaria nº 266, de 1988, do Ministério da Fazenda, porquanto fixado através de lei (Lei nº 4.502, de 30-11-64, art. 26, com a redação do art. 1º do Decreto-lei nº 326, de 1967). Alega ofensa ao art. 66 da Lei nº 7.450, de 1985, que atribuiu competência ao Ministro da Fazenda para fixar prazos para pagamento de receitas federais compulsórias.

Contra-arrazoado (fls. 83-87), o recurso subiu a esta Corte, em razão do provimento do agravo de instrumento em apenso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): No voto que proferi, como Relator no REsp nº 31.852-3-SP, disse:

“O douto voto-condutor do acórdão recorrido está assim fundamentado (fls. 69/70):

“A lei instituidora do I.P.I., Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, previu no seu artigo 26, alterado pelo Decreto-lei nº 326/67, o prazo para o recolhimento do tributo e somente outra lei poderia modificá-la, em respeito ao princípio da legalidade.

O prazo para recolhimento do I.P.I. não poderia ser alterado pela Portaria nº 266/88 do Ministro da Fazenda. Portaria não cria ou altera direitos estabelecidos pela lei.

Se tal não fosse, se permitido à Administração, ainda que se utilizando de competência discricionária (mas, como o próprio nome diz, não arbitrária) alterar, a seu talante, quando, como e se quiser, situações constituídas, ou a se constituírem dentro do exercício financeiro, já regido por outras normas, grave lesão teríamos também ao princípio da boa-fé (como concebido por Jesus Gonzalez Peres).

Ademais, vulnerada também a “relação de administração”, como conceituada por Ruy Cirne Lima, ou seja, a “relação daquele que não é senhor, que não tem a propriedade, mas antes deve se jungir à lei”.

O administrado deve poder contar com a Administração séria, com a Administração que lhe permita conhecer suas expectativas econômicas por antecipação.

O fato de a lei ter conferido competência ao Ministro da Fazenda para fixar prazos de receitas federais, não pode absolutamente significar que a Portaria possa derogar a lei, preceito obrigatório de nível superior ao ato administrativo.

De fato, não poderia o artigo 66, da Lei 7.450/85, atribuir competência ao Ministro da Fazenda para fixar prazos de pagamento de tributos. A não ser dentro dos limites da própria lei.

A Constituição é clara no sentido de conferir privativamente ao presidente da República competência para expedir regulamentos “para fiel execução da lei (artigo 81, II, da Constituição Federal de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969). No mesmo sentido, a Constituição atual estabelece, em seu art. 84, inciso IV.

Destarte, como assinalado pelo d. representante do Ministério Público Federal, a Portaria é que efetivamente afronta a lei”.

Conforme se depreende, não há divisar ofensa ao art. 66 da Lei nº 7.450, de 1985, porquanto se limitou o acórdão recorrido a explicitar o seu alcance, sustentando que portaria não pode modificar disposições de lei, por ser norma de inferior hierarquia.”

À vista dos transcritos fundamentos, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.678-7 — SP — (93.05573-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Fazenda Nacional. Procs.: Luiz Alberto Americano e outros.

Recdo.: Lucas Diesel do Brasil Ltda.
Advs.: Celso Botelho de Moraes e
outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 31.03.93 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 32.870-0 — SP
(Registro nº 93.0006364-2)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Municipalidade de São Paulo*

Recorrido: *Sanhaco Agropastoril Ltda.*

Advogados: *João Baptista Campo e Renato Dias Baptista Machado*

EMENTA: Taxas de conservação de vias públicas e logradouros e de combate a sinistros. Fato gerador. Divisibilidade e especificidade dos serviços prestados. Sujeição ao pagamento das taxas. Precedente. Recurso especial provido. 1. Nos serviços públicos relativos à consecução de vias públicas e logradouros e de combate a sinistros, encontram-se presentes os requisitos de especificidade e da divisibilidade (artigos 77 e 79 do CTN). 2. As taxas de consumação desses serviços têm como fato gerador “o exercício do poder de polícia, a utilização efetiva ou potencial do serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”. 3. Na espécie, está a recorrida sujeita à cobrança das taxas de conservação de vias públicas e logradouros e de limpeza pública, bem como de combate a sinistros. Precedentes. 4. Recurso provido, por unanimidade.

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.

Custas, como de lei.

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

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO interpõe recurso especial, com fulcro nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão da 6ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, segundo o qual restou decidido que os valores lançados a título de taxas de consumação de vias e logradouros públicos, limpeza pública, bem como combate a sinistros, correspondem a serviços prestados em benefício da coletividade, inexistindo a especificidade e divisibilidade, legalmente previstas, para ensejar a sua cobrança (fls. 78/79).

Sustenta a recorrente que o v. aresto malferiu o disposto nos artigos 77 e 79 do Código Tributário Nacional, além de divergir de julgados de outros tribunais (fls. 91/97).

Ofertadas as contra-razões (fls. 105/107), o recurso foi inadmitido na origem (fls. 114/117), subindo os autos a esta instância superior, por força do provimento de agravo, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Não conheço

do recurso, pela letra *c* do admissivo constitucional, porquanto a recorrente, nas razões recursais deduzidas, limita-se a transcrever trechos esparsos de outros julgados, tidos como paradigmas, sem mencionar, contudo, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, inobservando assim os ditames do § 2º do artigo 255 do Regimento Interno desta Corte.

No que concerne à letra *a*, provi o agravo de instrumento, determinando a subida do recurso especial, por se me afigurar que a decisão de segunda instância ateu-se apenas ao mérito do litígio, abstendo-se de apontar qualquer óbice à admissibilidade do apelo nobre.

Por esse fundamento, admito o recurso e dou-lhe provimento, por se me afigurar com razão a recorrente, ao sustentar que a v. decisão guerreada vulnerou os artigos 77 e 79 do CTN.

De fato, depreende-se da simples leitura dos mencionados dispositivos legais: 1º) — que as taxas “tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição” (*caput* do artigo 77 do CTN); 2º) — os serviços públicos são considerados utilizados pelo contribuinte, efetivamente, “quando por ele usufruídos a qualquer título” e, potencialmente, “quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento” (artigo 79, inciso I, *a* e *b*); 3º) — para os fins do artigo 77 do CTN, são específicos os serviços

públicos “quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública” e divisíveis “quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários (artigo 79, II e III, do CTN).

Ora, à luz dos princípios estatuídos nestas disposições legais invocadas, não me parece tenha decidido com acerto o aresto objurgado, ao considerar que as taxas de conservação de vias e logradouros e de limpeza públicas, como também de combate a sinistros, não apresentam a divisibilidade e especificidade de que tratam os incisos II e III do artigo 79 do CTN.

Ao contrário, entendo que, na espécie, não se trata de serviços prestados *uti universi*, mas na utilização dos quais se encontram presentes os requisitos da especificidade e da divisibilidade, quer porque atendem, especificamente, determinada necessidade pública, implicando na limpeza do imóvel com a coleta do lixo, quer porque, de outra parte, são utilizados separadamente, por cada usuário, *uti singuli*.

Tem razão a recorrente, portanto, ao invocar abalizadas lições de consagrados especialistas no estudo da matéria, além de expressivos precedentes da jurisprudência, que merecem reproduzidos pela correta exegese que representam. Nesse sentido, assevera com propriedade:

“O Prof. Bernardo Ribeiro de Moraes, in “Doutrina e Prática das Taxas”, RT, 1976, pág. 140, ensina:

“... São serviços públicos específicos, também denominados individuais ou particulares, aqueles que proporcionam vantagem ao indivíduo ou a grupos de indivíduos, embora haja sempre um interesse público em jogo... São exemplos de serviços específicos: serviços de **limpeza pública** que atinja a frente dos imóveis ou lhes remova lixo; serviço de conservação de vias ou de conservação de estradas que, apesar de ter por objeto um fim público, não deixa de dar vantagem àquelas que utilizam necessariamente a via pública ou a estrada...” (grifamos).

O mesmo autor diz às págs. 147/148:

“...o serviço de limpeza pública tem por finalidade manter limpa a área do município, protegendo higienicamente a cidade, abrangendo diversas atividades, exercidas em conjunto ou isoladamente, das quais destacamos: coleta de lixo domiciliar (resíduos domiciliares, matérias de varredura domiciliar, etc.) ou de estabelecimentos comerciais; industriais ou de prestação de serviços, sua remoção e destinação final... Os serviços acima indicados constituem serviços públicos **específicos e divisíveis**, prestados ou postos à disposição do contribuinte, pessoa proprietária do bem imóvel que recebe o serviço, isto é, pessoa que tem a utilização efetiva ou potencial do mesmo...” (grifamos).

Na mesma diretriz, a lição do saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles (“Direito Municipal Brasileiro”, 5ª

edição, também à pág. 140) a seguir transcrita:

“... A **especificidade** e *divisibilidade* ocorrem, em regra, nos serviços de caráter domiciliar, como os de energia elétrica, água, esgotos, telefone, e **coleta de lixo**, que beneficiam individualmente o usuário e lhe são prestados na medida de suas necessidades, ensejando proporcionalmente a remuneração... Será remunerado por taxa todo serviço que for compulsório para o usuário, como a utilização da rede domiciliar, de água e esgoto sanitário, o de **coleta de lixo** e qualquer outro considerado essencial...” (grifamos).

2. De outra parte, o C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 89.876-RJ, in RTJ 98/230-281, em que examinou a possibilidade da remoção de lixo poder ser cobrada por decreto ou dever sê-lo por lei, por se constituir numa taxa de serviço público, assentou em sua ementa que:

“... Sendo **compulsória a utilização** do serviço público de remoção de lixo — o que resulta, inclusive, de sua disciplina como essencial à saúde pública... é, em verdade, taxa...”.

Em seu voto, o eminente Relator afirmou:

“... a contribuição que se exige, tradicionalmente, em matéria de **remoção de lixo** é uma taxa, que não apenas o abarca, mas também abrange as outras espécies de limpeza urbana, como o varrer das ruas, que se integram no controle sanitário, que é atribuição imposterável do Poder Público...”.

E, examinando também os requisitos de especificidade e divisibilidade desses serviços, rematou:

“... Remoção de lixo é, portanto, como integrante dos serviços de limpeza urbana, serviço público essencial, cuja contrapartida a ser exigida do particular, já que é **específico e divisível**, somente pode configurar-se taxa...” (grifamos)” (fls. 94/97).

Na mesma direção, mais recentemente, esta egrégia Turma, ao apreciar o REsp nº 10.142-0-SP, Relator o eminente Ministro GARCIA VIEIRA, decidiu, por unanimidade, conforme acórdão assim ementado:

“EXECUÇÃO FISCAL — TAXAS DE LIMPEZA — FATO GERADOR.

As taxas têm de fato gerador “o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”.

A recorrente está sujeita às taxas de conservação de ruas e logradouros públicos e de limpeza — coleta de lixo, porque ela usufrui dos serviços de conservação e limpeza, inclusive coleta de lixo.

Recurso provido” (DJ 08.03.93).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para restabelecer a doutra sentença de primeira instância.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.870-0 — SP — (93.0006364-2) — Relator: Exmo.

Sr. Min. Demócrito Reinaldo. Rec-
te.: Municipalidade de São Paulo.
Advogado: João Baptista Campo.
Recdo.: Sanhaco Agropastoril Ltda.
Advogado: Renato Dias Baptista
Machado.

Decisão: A Turma, por unanimi-
dade, deu provimento ao recurso,
nos termos do voto do Exmo. Sr.

Ministro-Relator (em 14.06.93 — 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 32.938-7 — SP

(Registro nº 93.0006500-9)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Relator Desig. p/ Acórdão: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Construtora Cowan S/A*

Recorridos: *Irtel Telefonía e Eletricidade Ltda. e outro*

Advogados: *Drs. Luiz Fernando Miorim e outro, e Ignácio Resende Na-
varro e outro*

EMENTA: Procedimento sumaríssimo. Testemunhas. Depósito do rol. Prazo. 1. No vigente Código não subsiste a distinção prevista no Código de 39, quanto ao prazo para apresentação do rol de testemunhas, e que se fundava na circunstância de ser ou não pedida a intimação. No sistema atual, a diversidade de tratamento vincula-se apenas ao procedimento. Tratando-se do ordinário, o prazo será de cinco dias; no sumaríssimo, 48 horas.

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 conhecer do recurso especial, e, por maioria, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves, em dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs.

Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Custas, como de lei.

Brasília, 4 de junho de 1993 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente e Relator Designado.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Julgada procedente ação de reparação de dano causado em acidente de veículos, apelou a Construtora Cowan S.A., ré, apontando, entre outras preliminares, a de cerceamento de defesa, nestes termos:

“A recorrente arrolou suas testemunhas e requereu os depoimentos pessoais dos representantes legais das AA, dentro do prazo de abrigo legal, assinado pelo procedimento sumaríssimo (cf. art. 278, § 2º, do CPC), com antecedência de cerca de 72 horas da audiência, designada para o dia 16.11.90, às 13:30 horas. Aberta a audiência, apregoadas as partes, após manifestação das recorridas quanto às matérias prejudiciais ao mérito, que adiante serão reiteradas, houve por bem o MM. Juiz *a quo* indeferir os depoimentos pessoais dos representantes legais das recorridas, presentes à audiência, bem como as oitivas das testemunhas também arroladas no mesmo prazo, sob o argumento de que a recorrente deveria ter depositado o rol cinco dias antes da data designada para a realização da audiência.

Com efeito, a recorrente depositou em Cartório o rol das testemunhas que pretendia fossem ouvidas em audiência, requerendo também os depoimentos pessoais dos representantes legais das AA, ora recorridas, dentro do prazo marcado no art. 278, § 2º, do CPC, já que a petição fora protocolizada no dia 13/11/90, às 13:42 horas. Entendendo que o pedido era extemporâneo, o MM. Juiz de primeiro grau indeferiu os depoimentos pessoais, bem como deixou de despachar a notificada petição que requeria as intimações, por mandato via Oficial de Justiça, das testemunhas arroladas, sob o argumento de que o requerimento deveria preceder à audiência em cinco dias.”

Ao negar provimento à apelação, o acórdão assim dispôs, no que tange à preliminar em causa:

“Inocorrente o cerceamento de defesa postulado dès que o prazo constante do § 2º do artigo 278 do CPC se refere apenas e tão-somente às testemunhas que comparecerem independentemente de intimação. Para aquelas que devem depor mediante regular intimação, como o caso dos autos, o prazo a ser obedecido é aquele constante do artigo 407 do CPC, ou seja, cinco dias antes da audiência. Dessarte, não ocorrendo o depósito com a antecedência de cinco dias, perde a parte o direito de ouvir as testemunhas. Referentemente aos depoimentos pessoais, melhor sorte não lhe abriga, já que descumprido o mandamento do § 1º do artigo 343 do Diploma Processual Civil...”

Na petição de recurso especial, a Construtora alega que o acórdão re-

corrido negou a vigência do art. 343, § 2º, deixou de aplicar o art. 278, § 2º, ambos do Código de Processo Civil, e divergiu de julgados de outros tribunais. Foi o recurso admitido pelo fundamento da alínea c, por despacho do Presidente Osvaldo Caron, nestes termos:

“2. O recurso não merece prosperar pela letra a.

Não ocorreu o cerceamento de defesa, porquanto o prazo constante do § 2º do art. 278 do Código de Processo Civil se refere às testemunhas que comparecerem independentemente de intimação; do contrário, o rol deve ser apresentado com antecedência mínima de 5 dias (cf. RT 474/77, RJTJESP 32/105 e JTA 43/199).

No mais, consigne-se que a co-autora Concórdia se encontrava regularmente representada nos autos, não tendo sido requerida como já se viu anteriormente, conforme mandamento legal, o seu depoimento pessoal.

3. Melhor sorte socorre à recorrente, sob o pálio da letra c.

Relativamente ao AI 305.925, é condição *sine qua non*, para efeito de comprovação do dissenso interpretativo, não serem os julgados arrolados oriundos do Tribunal prolator da decisão impugnada, e esse é o caso.

Nesse sentido, a própria redação do permissivo constitucional e a da Súmula 13 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

A Apelação Cível 618/76 cuidou de hipótese diversa da contemplada nos autos. Com efeito, em nenhum momento foi indeferida a oitiva de testemunhas no caso *sub lite*, em face da apresentação do rol 96 horas antes da audiência, quando o § 2º do art. 278 do Código de Processo Civil estabelece que basta a antecedência apenas de 48 horas.

No entanto, na Apelação 26.848 in RT 602/218, ficou claro que o rol deveria ser apresentado até 48 horas antes da audiência, conforme disposto no art. 278, § 2º, do Código de Processo Civil, norma esta que não distingue a hipótese em que a testemunha deve ser intimada, daquela em que a mesma comparecerá independentemente de intimação, afastando-se, por consequência, na espécie, a aplicação do art. 407 do estatuto processual civil.

4. Isto posto, defiro o recurso especial.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): A exemplo do despacho proferido pelo Presidente Osvaldo Caron, cujos fundamentos acolho, o recurso especial merece ser examinado quanto à questão ao redor do art. 278, § 2º, segundo o qual “se o réu pretender produzir prova testemunhal, depositará em cartório, 48 (quarenta e oito) horas antes da audiência, o rol respectivo”. Para Sálvio de Figueiredo Teixeira, em suas anotações, o

§ 2º “constitui, sem dúvida, uma das maiores falhas do Código, em vários aspectos divorciado da realidade” (4ª edição, Saraiva, pág. 173). A mim também me parece, colocando-me, então, ao lado daqueles que sustentam que, quando houver pretensão de intimação, compete ao réu depositar em cartório o rol de testemunhas no prazo de cinco (5) dias antes da audiência. Equivale a dizer, no caso de intimação (isto é, pretendendo o réu que as suas testemunhas sejam intimadas), aplica-se o art. 407 e não o art. 278, § 2º.

2. Aqui nestes autos de procedimento sumaríssimo, as testemunhas do réu não foram ouvidas, julgando o magistrado que não era caso de previamente intimá-las, pela falta do depósito do respectivo rol em cartório com a antecedência dos cinco dias. Decisão esta confirmada pelo acórdão, reportando-se ao art. 407. Porém, diversamente do preceituado no acórdão recorrido, já decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, conforme o julgado publicado na RT 602/218-9, *verbis*:

“*Data venia*, inexistente suporte legal para a decisão tomada em audiência, nos termos da qual exigiu o MM. Juiz que os réus apresentassem rol de testemunhas cinco dias antes da data da audiência.

A matéria se rege pelo § 2º do art. 278 do CPC e este prevê o prazo de 48 horas e não cinco dias.

c) A boa doutrina examinou o tema, e sem discrepância sustenta a ilegalidade de decisão que imponha

ao demandado o ônus de arrolar testemunhas com cinco dias de antecedência, quando devam ser intimadas. A lei não distingue e não há como o intérprete operar tal distinção.

Severino Muniz, em monografia dedicada ao procedimento sumaríssimo, esclarece: ‘Que o prazo de 48 horas é diminuto, não estamos aqui para dizer o contrário. Mas, é a lei e esta não distingue nenhum prazo para o caso de serem ou não intimadas as testemunhas do réu. Não há, na espécie, aplicação nem por analogia, do art. 407 do CPC’.

Referindo-se à combatida diferenciação, ou seja, um prazo para arrolar testemunhas que devam ser intimadas e outro quando esta intimação se dispensa, Severino Muniz alerta que tal distinção ‘atinge as raias da arbitrariedade’ (Procedimento Sumaríssimo, 2ª ed., LEUD, São Paulo, 1983, págs. 149 e 150).

No mesmo sentido, Adroaldo Furtado Fabrício, assevera: ‘Mas *Legem habemus* e nenhuma distinção se fez entre o caso em que as testemunhas devem ser intimadas e o da apresentação delas independentemente de intimação’. A seguir anota que não se justifica ‘que se viole o texto legal, para forçar aplicação do art. 407 ao procedimento sumaríssimo, sempre que o réu pretenda a intimação de suas testemunhas’ (Doutrina e Prática do Procedimento Sumaríssimo, 2ª ed., Aide, Rio, 1980, pág. 68 e nota 94).

Ainda nesta linha, Calmon de Passos condena a distinção aqui en-

focada. Necessária ou não a intimação da testemunha, o prazo é o mesmo porque a lei não distingue e é inadmissível aplicar-se o art. 407 do CPC (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 4ª ed., Rio, 1983, vol. III/173 e 174, n. 110.3).

d) Estou em que a matéria recebeu seguro tratamento pela doutrina. O prazo de 48 horas se previa para qualquer hipótese, porquanto a lei não distinguiu.

Destarte, é de se corrigir o equívoco do Magistrado com o provimento do agravo.”

Conheço, pois, do recurso, diante da comprovação do dissídio.

3. Em suas tão lembradas, registradas e citadas anotações, observou Theotônio Negrão, destacando ambas as posições em torno do assunto em pauta:

“Art. 278: 17. Este prazo somente é aplicável à testemunha que comparecer independentemente de intimação; do contrário, o rol deve ser apresentado com a antecedência mínima de 5 dias (arts. 407 e 412).

Neste sentido: RT 474/77, RJTJESP 32/105, 49/114, JTA 43/199, com dois fundamentos.

Contra: SIMP, concl. XX, em RT 482/271; RT 503/209, pouco explícito: JTA 96/124 (precatória para depoimento de testemunha). RJTAMG 21/265.”

Dos acórdãos citados por suas fontes de publicação, veja-se esse, do Segundo Tribunal de Alçada Ci-

vil de São Paulo, *in* JTA 43/199, nos seguintes trechos:

“Com efeito, tendo o réu apresentado o rol de suas testemunhas apenas na oportunidade em que contestou o feito, de rito sumaríssimo, em audiência, inobservou a regra do artigo 278, § 2º, do Código de Processo Civil, que determina o depósito em 48 horas antes da audiência do rol respectivo em cartório. Nem se pense, como pareceu ao réu, que a entrega antecipada do rol em cartório só se faz necessária quando deviam as testemunhas comparecer mediante intimação, e não quando apresentadas independentemente de chamado judicial. Destina-se o dispositivo em exame a possibilitar ao autor o conhecimento prévio do nome das testemunhas da parte contrária para preparar reperguntas e, antes, formular contradita pela pesquisa que possa fazer em torno de cada uma. Prepondera, inclusive, o entendimento de que mesmo em processo de rito sumaríssimo, se o réu pretender que suas testemunhas compareçam por intimação através de mandado, deverá depositar o rol em cartório não nas quarenta e oito horas da regra especial do artigo 278, § 2º, mas sim consoante norma genérica do artigo 407 do Código de Processo Civil, no prazo de cinco dias, único modo de se tornar viável, sem adiamento da audiência, a intimação das testemunhas a tempo de atenderem à convocação judicial, ante o disposto nos artigos 192 e 184, § 2º do Código de Processo Civil.”

Já, pela aplicação do § 2º, confi-
ra-se, entre as Conclusões do Sim-
pósito de Curitiba, a Conclusão de
nº XX, nesses termos:

“XX — O prazo de que trata o §
2º do art. 278 é aplicável ainda que
o comparecimento de testemunha
dependa de prévia intimação (por
maioria)” (RT 482/271).

4. De tudo, acho que, em termos
de boa utilidade, justifica-se o pra-
zo de quarenta e oito (48) horas
quando o comparecimento das tes-
temunhas não depende de intima-
ção. Adoto, pois, a orientação dos
que advogam a aplicação, também
no procedimento sumaríssimo, do
prazo de cinco (5) dias, quando hou-
ver necessidade de intimação teste-
munhal. No prazo de quarenta e oi-
to (48) horas, a intimação dificil-
mente seria feita. Há as dificulda-
des próprias do Judiciário, que bastam
a tornar quase irrealizável o
ato, em tão curto prazo. Depois, veja-
se o que dispõem os arts. 184, §
2º, e 192, citados no acórdão dos
JTA 43/199. Se não intimadas a
tempo e a hora as testemunhas, a
audiência não se realiza. Não seria
pior! Por isso, acho-me legitimado a
interpretar a questão tal qual a in-
terpretou o acórdão recorrido. Sou
pela aplicação do art. 407, que me-
lhor se ajusta à nossa realidade fo-
rense. Não foi sem préstimo que se
disse que o § 2º do art. 278 encon-
tra-se divorciado da realidade. Ade-
mais e afinal, devemos ser pragmá-
ticos.

O recurso foi conhecido pela di-
vergência jurisprudencial (item 2).

Nego-lhe, todavia, provimento, ado-
tando, assim, a orientação do acór-
dão recorrido.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO
RIBEIRO (Presidente): Srs. Minis-
tros, desde que editado o Código de
Processo Civil, sublinhou-se que não
fora ele particularmente feliz, ao re-
gular o procedimento sumaríssimo,
notadamente quanto ao questiona-
do dispositivo, pertinente ao depó-
sito do rol de testemunhas. Entre-
tanto, malgrado o inconveniente,
creio que o seu texto não permite a
interpretação que se lhe pretende
emprestar, *data venia* do eminente
Ministro Relator.

No sistema do Código de 1939 fa-
zia-se a distinção exatamente em
função de pretender-se ou não a in-
timação das testemunhas. Para que
essa se fizesse, depositar-se-ia o rol
com antecedência de cinco dias; se
dispensada a intimação pessoal, a
antecedência exigida era de dois
dias.

No vigente Código, a diversidade
de tratamento fundou-se em outro
critério. Distinguiu-se o procedimen-
to ordinário e o sumaríssimo. Em
um caso, sempre 48 horas, e, no ou-
tro, sempre cinco dias.

Não se pode deixar de reconhecer
que haverá séria dificuldade, para
que se aperfeiçoem as intimações
requeridas apenas 48h antes da au-
diência. Não se pode, entretanto, sa-
crificar o direito da parte que se va-
leu de uma permissão legal.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento, para anular o processo, a partir da audiência, inclusive, devendo produzir-se a prova oral.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, o Código regula inteiramente a questão do prazo para o depósito do rol no procedimento sumaríssimo, que é de quarenta e oito horas, sem distinção alguma.

Acompanho o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, *data venia* do eminente Ministro-Relator.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Ministro-Relator, para acompanhar Vossa Excelência, em face da clareza do texto legal em referência. Este estabelece o prazo de 48 horas

para oferta de rol de testemunhas em cartório.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.938-7 — SP — (93.0006500-9) — Relator: Exmo. Sr. Min. Nilson Naves. Recte.: Construtora Cowan S/A. Advogados: Luiz Fernando Miorim e outro. Recdos.: Irtel Telefonia e Eletricidade Ltda. e outro. Advogados: Ignácio Resende Navarro e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, e, por maioria, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves, deu-lhe provimento. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (em 01.06.93 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recte.: *Estado do Paraná*

Recdos.: *Ismael Tibiletti e outros*

Advs.: *Júlio César Ribas Boeng e outros, e Armando Strano e José Nunes Ferreira*

EMENTA: Administrativo. Funcionário público. Vantagem funcional. Restabelecimento. Atualização e pagamento de gratificação denominada percentagem fazendária. 1. Prescrição. Ocorrência, porquanto ajuizada a ação somente dezessete anos após o ato que suprimiu a gratificação postulada. 2. Recurso provido.

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 Hélio Mosimann, Peçanha Martins e José de Jesus. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de maio de 1993 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Recurso especial convertido

do extraordinário interposto impugnando acórdão que, afastando a preliminar de prescrição, deu pela procedência da ação na qual funcionários públicos pleiteiam o restabelecimento, atualização e pagamento de gratificação, denominada “percentagem fazendária”. O julgado recorrido ostenta a seguinte ementa, *verbis* (fls. 221):

“FUNCIONÁRIO PÚBLICO — PERCENTAGEM FAZENDÁRIA — DIREITO ADQUIRIDO — PRESCRIÇÃO DA AÇÃO.

Ante a garantia do princípio constitucional, estabelecido nos artigos 141, § 3º, e 153, § 3º, deve ser respeitado o direito adquirido por servidores públicos à percepção da “percentagem fazendária” instituída originariamente pela Lei nº 872, de 18 de agosto de 1952, e após pela Lei nº 4.613, de 05 de junho de 1962.

Nem mesmo a alegada absorção ou congelamento da referida vantagem por força do artigo 57 da Lei nº 5.978/69, ou ainda, a Emenda Constitucional nº 01/69, que proibiu a participação de servidores públicos no produto da arrecadação de tributos e multas (artigos 86 da EC, e 19 da CF), poderiam alcançar situações já consolidadas.

Nos termos da Súmula 443 do Supremo Tribunal Federal, tratando-se de direito a benefício, somente prescrevem as prestações periódicas anteriores aos cinco (05) anos da data da propositura da ação na forma do artigo 178, § 10, inciso VI do Código Civil, c/c os artigos 1º, 2º e 3º, do Decreto nº 20.910/32.”

Sustenta o recorrente negativa de vigência ao artigo 178, § 10, VI, do Código Civil, c/c os artigos 1º, 2º e 3º, do Decreto 20.910/32, e divergência jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Apreciei questão idêntica à aqui versada no REsp nº 16.152, também oriundo do Estado do Paraná. Na oportunidade, disse eu no voto que proferi:

“... O tema objeto do recurso diz respeito à ocorrência ou não da prescrição quinquenal do direito de ação para pleitear o restabelecimento da denominada “percentagem fazendária”.

Não se trata de mera discussão a respeito do *quantum* dos vencimentos e proventos de funcionários públicos, mas do direito à gratificação chamada de percentagem fazendária.

O objeto da ação proposta pelos recorrentes é o próprio direito à referida gratificação, e somente após o reconhecimento da existência desse direito é que surgiriam os efeitos patrimoniais periódicos, ensejando a prescrição periódica, correspondente ao pagamento mensal dos vencimentos e proventos acrescidos da vantagem pleiteada. Todavia, os funcionários públicos que obtiveram e percebiam o benefício — verba fazendária — tiveram-no incorporado aos aumentos de vencimentos ocorridos desde a edição da Lei nº 5.978/69, publicada em 04.08.69. Portanto, a partir daí, deixando de pagar a percentagem fazendária, a Administração negou aos funcionários, expressamente, o direito que agora, decorridos mais de vinte anos, eles vêm pleitear. Logo, houve, no presente caso, a **prescrição do direito** e não apenas das prestações vencidas.

A Corte Excelsa, acerca da matéria aqui versada, já decidiu que:

“Prescrição. Vantagens funcionais. Óbices regimentais ultrapassados.

Prescrição quinquenal a atingir o próprio fundo do direito. Se é certo que a prescrição quinquenal só abrange as parcelas anteriores a cinco anos quando o direito decorrente de uma lei não é implícita ou

explicitamente negado pela Administração, atinge ela, porém, o próprio fundo do direito quando o ato atacado é a própria lei que teria retirado o benefício pleiteado, tendo sido, em consequência, deixado ele de ser pago aos postulantes. É o que resulta do art. 1º do Decreto nº 20.910 e seu § 1º” (in DJU de 28.08.87, pág. 17.557).

Na ocasião trouxe ao conhecimento da Turma precedente de que fui Relator, relativo ao REsp nº 1.367-PR, assim ementado:

“ADMINISTRATIVO — VANTAGEM FUNCIONAL — RESTABELECIMENTO — ATUALIZAÇÃO E PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO DENOMINADA PERCENTAGEM FAZENDÁRIA.

Prescrição. Extinta tal gratificação em agosto de 1969, pela Lei Estadual nº 5.978, o que importa em negativa expressa do direito postulado, e ajuizada em ação em 1986, dezesseis anos após a prática desse ato positivo, tem-se por prescrita a ação (art. 1º do Decreto nº 20.910/32).

Recurso provido.”

Também no presente caso a ação encontra-se fulminada pela ocorrência da prescrição, conforme bem demonstram as razões de fls. 232/234, do recorrente, após ligeira alusão aos artigos 178 do Código Civil e 1º do Decreto nº 20.910/32, *verbis*:

“Considerando a clareza das disposições acima, a ação intentada pelos recorridos, à época em que efe-

tivamente o foi, já estava fulminada pela prescrição extintiva.

Isto porque, o ato que suprimiu a gratificação pleiteada pelos recorridos — a Lei Estadual nº 5.978 — foi praticado em junho de 1962, data essa em que se originou, em que nasceu a ação, ou o direito à ação.

Conseqüentemente, os recorridos deveriam ter entrado com ação até junho de 1967. Entretanto, só o fizeram depois de decorridos quase dezesseis anos da data da referida lei que lhes suprimiu a gratificação, isto é, em 14 de abril de 1986 (data constante do carimbo que certifica a distribuição da inicial (fls. 3-TJ), embora a data desta seja 20 de setembro de 1985).

A despeito disso, o v. acórdão recorrido julgou não estar prescrita a ação, e sim somente as prestações periódicas anteriores aos cinco anos da data da propositura dela.

Todavia, assim julgando, a r. decisão increpada negou vigência ao artigo 178, § 10, inc. VI, do Código Civil, e ao artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, por isso que tais dispositivos consideraram prescrito todo e qualquer direito ou ação, seja qual for a sua natureza, contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, uma vez decorridos cinco (5) anos da data do ato ou fato do qual se originarem.

Teria razão, sim, o v. aresto recorrido, se o direito dos recorridos houvesse sido reconhecido pela Administração. Mas o que se passa nos autos é coisa bem diferente. A Administração expressamente ne-

gou o suposto direito deles à percepção da PERCENTAGEM FAZEN-DÁRIA, através da edição do artigo 57 da Lei Estadual nº 5.978, de 4 de agosto de 1969.

Sendo assim, não só as parcelas, como o próprio direito de fundo, do qual decorrem elas, achava-se fulminado, à época em que os recorridos propuseram a ação.”

Do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, voto com o Relator e com muita tranqüilidade, até porque, inspirado no mesmo precedente, Recurso Especial nº 16.152, mencionado pelo nome Relator deste feito, julguei, logo depois, um outro recurso especial, também originário do Paraná, no mesmo sentido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, como assinalou o eminente Rela-

tor, a lei determinou a incorporação das vantagens aos vencimentos. Não as retirou. No caso, não houve prejuízo para os requerentes, como declarou o Sr. Ministro Relator, razão por que o acompanho.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.951-0 — PR — Relator: Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Estado do Paraná. Advs.: Júlio César Ribas Boeng e outros. Recdos.: Ismael Tibiletti e outros. Advs.: Armando Strano e José Nunes Ferreira. Sustentaram, oralmente, os Drs. Júlio César Ribas Boeng, pelo recorrente, e Eduardo Weaver de Vasconcellos Barros, Subprocurador-Geral da República.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 19.05.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.024-3 — SP

(Registro nº 93.0010029-7)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Recorrido: *Kodak Brasileira Comércio e Indústria Ltda.*

Advogados: *Luiz Alberto Americano e outros, e Francisco de Souza Calderaro e outros*

EMENTA: Tributário. Prazo de recolhimento. Alteração. Portaria nº 266/88, do Ministério da Fazenda. Aplicabilidade do princípio da legalidade. Improvimento do recurso. 1. O sistema tributário brasileiro tem como princípio basilar proeminente, decorrente de regra constitucional, o da legalidade: Só à lei cabe instituir impostos, definir o fato gerador e estabelecer prazos e condições de pagamento. 2. Em havendo lei que fixa o prazo do recolhimento do IPI, portaria ministerial não poderá alterar o marco temporal dizente ao pagamento do imposto, porquanto essa providência impõe ônus maior ao contribuinte, somente possível através de lei, formalmente elaborada. 3. O prazo de recolhimento do IPI, fixado pelo artigo 26 da Lei nº 4.502/64, com a redação dada pelo artigo 1º do Decreto-lei nº 326/67, não pode ser alterado pela Portaria nº 266/88, disposição normativa de hierarquia inferior e de natureza complementar. 4. Recurso improvido, por unanimidade.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relató-

rio 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.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de maio de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Cuida-se, na hipótese, de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, com fundamento na letra *a* do admissivo constitucional, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, confirmando segurança concedida em sentença de primeira instância, reconheceu que o prazo para o recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) não poderia ser alterado pela Portaria nº 266/88, do Ministério da Fazenda.

Sustenta a recorrente que o aresto impugnado vulnerou o artigo 66 da Lei nº 7.450/85, porquanto este dispositivo atribui competência ao Ministro da Fazenda para fixar prazos de pagamento de receitas federais compulsórias, entre os quais se inclui o IPI.

Foi o recurso inadmitido na origem, havendo subido a esta Corte através de agravo de instrumento que provi.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): O cerne da controvérsia que a União Federal submete à apreciação desta Cor-

te, através de recurso especial, consiste em saber se é possível, ou não, a Portaria nº 266, do Ministério da Fazenda, alterar o prazo de recolhimento do IPI, definido expressamente em lei.

A pendenga não é nova, nesta Turma, que tem proclamado, através de sua maioria, a impossibilidade dessa alteração (da lei, pela portaria).

Com efeito, o sistema tributário brasileiro tem como princípio basilar proeminente, já que decorre de regra da Constituição, o da **legalidade**. Inexiste tributação de qualquer natureza, sem lei anterior que a defina. Só à lei cabe instituir impostos, definir-lhe o fato gerador e estabelecer prazos e condições de pagamento. Em havendo, pois, lei fixando o prazo do recolhimento do IPI, a portaria ministerial não poderia alterar o marco temporal dizente ao pagamento, porquanto essa providência impõe ônus maior ao contribuinte, o que só a lei, formalmente elaborada, poderia fazê-lo.

É certo que, o artigo 66 da Lei nº 7.450/85 atribui, ao Ministro da Fazenda, a competência para “fixar prazos de pagamento de receitas federais compulsórias”. Todavia, as atribuições conferidas ao Ministério para a fixação de prazos de recolhimento de tributos hão de ser entendidas, em termos. Esse comando legal só é atendível nas hipóteses em que os prazos de pagamento não estejam definidos expressamente em lei. Do contrário, a Lei nº 7.450/85, citada, estaria delegando,

ao Ministério, competência para legislar, em matéria de tributos, o que é impossível no sistema jurídico-constitucional vigente.

O eminente Ministro CESAR ROCHA, ao relatar o Agravo Regimental de nº 27.408, escreveu com judiciosidade:

“O acórdão recorrido, afrontando a incidência de lei específica — 4.502/67, artigo 26, com a redação dada pelo artigo 1º do Decreto-lei nº 326/67, conclui ser impossível ato interno da Administração veicular matéria reservada à lei ... Portaria não é instrumento hábil para criar ou alterar deveres ou direitos estabelecidos em lei. Admitir a prevalência de ato administrativo sobre a letra da lei é subverter o ordenamento jurídico, vulnerando frontalmente o princípio hierárquico”.

De outra feita, o Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, preclaro componente desta Turma, ao julgar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 28.533, prelecionou:

“Ante a existência de lei expressa (Lei nº 4.502/64) o Decreto-lei nº 326/67, fixando prazo para o recolhimento do tributo, não pode este ser modificado por disposição de hierarquia inferior e meramente complementar (Portaria nº 266/88). Somente outra lei poderia modificá-la”.

Na explicitação de seu voto, enfatizou o nobre Ministro MILTON LUIZ PEREIRA:

“Contudo, diante dos princípios gerais, existindo lei expressa, não pode esta ser modificada por norma inferior, meramente complementar, disciplinadora ou explicativa. Conforme leciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “portaria é a fórmula pela qual autoridade de nível interior ao Chefe do Executivo, sejam de qualquer escalão de comando que forem, dirigem-se a seus subordinados transmitindo decisões de efeito interno, quer com relação ao andamento das atividades que lhe são afetas, quer com relação a vida funcional de servidores ou, até mesmo, por via delas, abram-se inquéritos, processos administrativos. Como se vê, trata-se de ato formal de conteúdo muito fluido e amplo. Ainda não poderia o artigo 66 atribuir competência ao Ministro da Fazenda para proceder à alteração de um prazo fixado por lei. Desta forma, a autorização jurídica disposta no artigo 66 da Lei nº 7.450/85 não pode se aplicar ao IPI, cujos prazos de recolhimento são previstos em normas legais específicas e prevaletentes sobre a geral”.

Como já se frisou, alhures, no regime inflacionário, o prazo de recolhimento do tributo tem influências manifestas e repercussão evidente na respectiva quantificação e, por isso, é tão essencial quanto à prefixação da alíquota e definição da base de cálculo. A sua modificação, como é de clareza solar, está a depender de previsão de lei, de acordo com o princípio da legalidade consignado no artigo 97 do CTN.

Em observância ao princípio da legalidade, portanto, somente outra lei poderia modificar o prazo para o recolhimento do IPI, por isso que esse prazo já se encontra previsto no artigo 26 da Lei nº 4.502, de 1964, alterado pelo Decreto-lei nº 326/67.

Nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.024-3 — SP —
(93.0010029-7) — Relator: Exmo.

Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.
Recte.: Fazenda Nacional. Procs.:
Luiz Alberto Americano e outros.
Recda.: Kodak Brasileira Comércio
e Indústria Ltda. Advs.: Francisco
de Souza Calderaro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 12.05.93 — 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.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.429-7 — SP

(Registro nº 93.0011319-4)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Rocha*

Recorrente: *Oscar Duarte Atanázio*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Samuel Monteiro, e Daniel Carajelescov e outros*

EMENTA: Tributário. Responsabilidade do sócio por dívida da sociedade limitada. Requisitos necessários. Precedentes. 1. O sócio-gerente de uma sociedade limitada é responsável, por substituição, pelas obrigações fiscais da empresa a que pertencera, desde que essas obrigações tributárias tenham fato gerador contemporâneo ao seu gerenciamento, pois que age com violação à lei o sócio-gerente que não recolhe os tributos devidos. 2. Precedentes da Corte. 3. 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, em ne-

gar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de junho de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Cuida o presente feito de recurso especial, fundado nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, agitado contra venerando acórdão que, reformando o *decisum* monocrático, deu pela improcedência dos “embargos à execução fiscal e à penhora” lançados pelo recorrente às fls. 57/66, em razão do que restou reconhecida a sua responsabilidade pelo pagamento do débito fiscal cogitado neste feito (ICM devido pela MARI-LÃ — INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES LTDA.), remontando tal débito ao mês de junho de 1981.

E assim foi decidido sob o escólio de que o recorrente fora sócio e administrador da devedora até 3 de fevereiro de 1982, data em que foi arquivada na Junta Comercial a alteração do contrato através do qual o recorrente se retirara da sociedade executada.

Explicita o aresto em exame, que o recorrente responderia pelas dívidas tributárias da empresa de que fora sócio-gerente, vez que, segundo o art. 135, III, do CTN, “*são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito*” (fls. 182/183).

“*Ora, o débito é do mês de junho de 1981, quando o embargante era sócio-gerente ... Houve infração da lei fiscal que constituiu em não pagar, omissão do tempo da gerência do embargante. Assim, ele tornou pessoalmente responsável pelo débito da data em que praticou a infração*” (fls. 183), arremata o *decisum* atacado.

Alegando contradição (fls. 186), omissão (fls. 188) e obscuridades (fls. 189), sob os subtítulos “*dissolução irregular*”, “*bens ausentes*”, “*fato do terceiro*”, “*decisão contrária às provas*”, “*falta de fundamentação*”, “*capital integralizado*”, e “*provas ausentes*”, o recorrente aparelhou os embargos declaratórios de fls. 186/192.

Nesse ensejo, alegou violação aos seguintes artigos de lei, além dos vários dispositivos constitucionais que indica, a saber:

- a) Código Civil: arts. 20 e 159;
- b) Código Tributário Nacional: arts. 123, 135 (*caput*) e 135, III;

c) Decreto nº 3.708/19 (Lei das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada): artigos 2º, 10 e 16;

d) Código de Processo Civil: artigos 126, 128, 165, 332, 222, I, 458, II.

Negou-se provimento aos embargos, conforme decisão de fls. 207.

Inconformado, o recorrente lançou o recurso especial ora relatado (fls. 209/226), alegando, em princípio, que teria prequestionado a matéria porque tendo “*sido vencedor em 1ª instância (fls. 156/168) e como a negativa de vigência de leis federais e a interpretação divergente, (sic) surgiram no próprio acórdão recorrido, o ora recorrente opôs os necessários embargos de declaração, em tempo hábil (fls. 186/192), onde de forma clara, direta e expressa, expôs as contradições, as omissões e as obscuridades em que incorreu o v. acórdão recorrido, bem como todas as negativas de vigência de leis federais, cumprindo assim, não apenas o exaurimento da instância ordinária ou local, mas, também, o prequestionamento dos temas que são invocados no presente REsp, como deixou bem claro o ilustre Ministro do STJ — ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, no jornal ‘O Estado de São Paulo’ de 11.07.1989, p. 7, coluna “Tribunais” (fls. 214/215).*”

Observa que, “*mesmo após o oferecimento dos E. Decl., o v. acórdão ora recorrido continuou incólume*” (fls. 215), tudo porque, conforme palavras do recorrente:

“a) nenhuma contradição básica foi removida, embora ela ti-

vesse sido abordada de forma clara, direta e expressa (fls. 186/188; fls. 207 e seu verso)”;

b) nenhuma omissão foi corrigida, muito embora ela tivesse sido apontada de forma clara e direta nos E. Decl. (fls. 188/189; fls. 207 e seu verso);

c) nenhuma das obscuridades apontadas claramente nos E. Decl., foi sanada (fls. 188/189; fls. 207 e seu verso).” (fls. 215).

Por isso, o aresto guerreado teria negado vigência aos seguintes dispositivos de lei, segundo indicação do recorrente (fls. 223):

a) Código Civil: arts. 20 e 159;

b) Código Tributário Nacional: arts. 123, 135 (*caput*) e 135, III;

c) Decreto nº 3.708/19 (Lei das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada): arts. 2º, 10, 14 e 16;

d) Código de Processo Civil: arts. 128, 165, 332, 333, I, 458, I, e 458, II.

Além disso, teria dado interpretação divergente aos arts. 10 do Decreto nº 3.708/19, e 135, *caput* e inciso III, do CTN, da que foi dada pelo colendo Pretório Excelso no RE nº 102.912-RJ, 1ª Turma, Rel. em. Min. José Néri da Silveira, in RTJ 121/657-659 (fls. 220/221).

O prazo de resposta decorreu *in albis* tendo-lhe sido negado seguimento pelo r. despacho de fls. 234/235, do que foi interposto agravo de instrumento.

Em aqui chegando, foi o feito à douta Subprocuradoria-Geral da República, tendo o eminente Subpro-

curador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos, opinado pelo seu não conhecimento em face da intempestividade com que fora lançado, bem como pela incidência de enunciado da Súmula nº 7 do STJ.

De início, acolhendo a referida manifestação, neguei provimento ao agravo.

Todavia, após o agravo regimental contra o meu despacho, verifiquei que o recurso era tempestivo e que, em verdade, merecia melhor exame. Por isso, reconsiderarei meu anterior despacho e, revendo minha posição, mandei-o subir para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): Querendo configurar a divergência, o recorrente afirma, às fls. 214, que as 13ª e 16ª Câmaras Cíveis do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teriam decidido questões idênticas à que se cuida, e chegado a conclusões diferentes a que aqui se deu.

No entanto, acredita o recorrente que *“este antagonismo, na inexistência processual do recurso de revista, interpretando de maneira totalmente diferente o mesmo direito federal, em causas iguais, placita o cabimento e a viabilidade do recurso especial, que visa dar interpre-*

tação uniforme ao direito federal, em todo Território Nacional”.

Poderia ser acolhida tal pretensão se o “antagonismo” de que fala o recorrente decorresse de Tribunais diversos pois que, como é de curial saber, o verbete nº 13 da Súmula desta colenda Corte, pontifica que *“a divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial”*.

Mas tenho por comprovado o dissídio com o v. aresto da lavra do em. Min. Néri da Silveira, trazido a confronto pelo recorrente.

Por outro lado, quando lançou os seus embargos declaratórios, o recorrente provocou o debate quanto aos seguintes dispositivos legais, a saber:

a) Código Civil: arts. 20 e 159;

b) Código Tributário Nacional: arts. 123, 135 (*caput*), e 135, III;

c) Decreto nº 3.708/19 (Lei das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada): arts. 2º, 10 e 16;

d) Código de Processo Civil: arts. 126, 128, 165, 332, 222, I, 458, II.

Quando do recurso especial, o recorrente trouxe, como novidade, os seguintes artigos para serem questionados:

c) Decreto nº 3.708/19 (Lei das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada): art. 14;

d) Código de Processo Civil: arts. 333, I e 458, I.

Aí já se vê que tais dispositivos não podem ser analisados à falta do necessário prequestionamento.

Mas isso não significa dizer que os demais tenham sido questionados. Em verdade, nem todos os demais o foram.

É que a exigência do prequestionamento só resta atendida quando o tema legal tenha sido tanto estimulado pelo recorrente, nas vias ordinárias, quando também que tenha sido efetivamente debatido naquelas instâncias.

Não vale o argumento de que, já que a matéria federal foi ofendida somente quando do julgamento da apelação, estaria dispensado o prequestionamento.

O eminente Ministro Carlos Mário Velloso, apreciando o Ag. de Instrumento nº 144.847-4-SP, orienta que *“se a questão constitucional surgir no julgamento do recurso, cumpre ao recorrente ventilá-la em embargos de declaração, tal como exigido na jurisprudência do Supremo Tribunal”* (DJ de 01/09/92, p. 13.739). É que deve ser obedecido o comando contido na Súmula 356.

Mutatis mutandis, é a situação ocorrente no feito que se cuida.

De nada adiantou, por outro lado, terem sido interpostos os embargos declaratórios com o fito de trazer à colação os artigos que queria prequestionados, se o acórdão neles prolatado, consoante admitiu o próprio recorrente ao final das fls. 215, não apreciou tais dispositivos.

Caberia a interposição de novos declaratórios ou a interposição de recurso especial com fundamento no

art. 535, I e II, do CPC, com expresse pedido de reforma daquele julgado, por omissão.

Todavia, não foi isso o que o recorrente quis visto que, mesmo tendo detectado tal vício no acórdão dos declaratórios, o seu pedido de reforma do julgado (itens 21/1º e 22 do recurso especial) não traz nenhuma referência a tanto.

Restou, assim, prequestionado, apenas o art. 135, III, do CTN (fls. 183), assim editado:

“Art. 135 — São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

.....
III — os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Ultrapassada a fase do conhecimento, resta agora a análise do mérito.

A questão está em saber da extensão da responsabilidade do sócio-gerente referentemente aos débitos da sociedade.

A jurisprudência predominante, senão harmoniosa, está em que o sócio-gerente é responsável, por substituição, pelos débitos tributários.

É evidente que age com violação à lei o sócio-gerente que não recolhe os tributos devidos. Aliás, nesse sentido manifestou-se o eminente

Ministro Gomes de Barros ao proferir seu voto no REsp nº 11.335-SP, de que foi Relator o eminente Ministro Garcia Vieira. Aliás, este último eminente Ministro citado observou no REsp nº 7.387-PR que esta responsabilidade de sócio-gerente é objetiva, a teor do disposto no art. 136 do CTN.

Recolho da jurisprudência desta eg. Corte, os seguintes precedentes, donde verifica-se absoluta identidade no entendimento das duas colendas Turmas da conspícua Primeira Seção:

“EXECUÇÃO FISCAL — PENHORA — BENS DE SÓCIO — RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS — SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

Os sócios-gerentes são responsáveis pela dívida tributária, resultante de atos praticados com infração à lei. Esta é uma das hipóteses de substituição tributária e de responsabilidade principal.

O sócio-gerente não se exclui da penhora por não constar seu nome na certidão da dívida ativa.

Recurso provido” (REsp nº 7.387-0-PR, Rel. em. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, unân., julgado em 18.11.92, DJ de 14.12.92).

“SOCIEDADE ANÔNIMA. DIS-SOLUÇÃO. NÃO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RESPONSABILIDADE DO DIRETOR PRESIDENTE.

I — *O sócio-gerente, os diretores ou representantes de pessoas jurídicas, definidos no contrato social, respondem ilimitadamente pelos créditos tributários, desde que praticados com excesso de poderes ou infração de lei, incluindo-se nesta, o não recolhimento das contribuições previdenciárias.*

II — *Recurso desprovido”* (REsp nº 7.303-0-RJ, Rel. em. Min. José de Jesus, 2ª Turma, unân., julgado em 17.06.92, DJ de 03.8.92).

Por tais razões, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.429-7 — SP — (93.0011319-4) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cesar Rocha. Recte.: Oscar Duarte Atanázio. Advogado: Samuel Monteiro. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Daniel Carajalescov e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (em 23.06.93 — 1ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.498-4 — RS

(Registro nº 93.0011520-0)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrida: *Recapasul Recapagens de Pneus Ltda.*

Advogados: *Drs. Izaias Batista de Araújo e outros, e Luciane Otto e outros*

EMENTA: Processual civil. Fraude à execução. Inexistência de ação capaz de tornar insolvente o devedor. Matéria de prova. 1. A jurisprudência do STJ acolheu entendimento no sentido de que a fraude à execução não se caracteriza quando, na alienação do bem, inexistir ação capaz de tornar insolvente o devedor, sendo certo ainda que o simples ajuizamento de ação, por si só, não gera fraude, pois esta somente se configurará se houver dano ou prejuízo decorrente da insolvência a que chegou o devedor com a alienação ou oneração de seus bens. 2. Matéria de prova não se reexamina em sede de especial (Súmula nº 7 — STJ). 3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Custas, como de lei.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente. Ministro WALDEMAR
ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Nos autos de Embargos de Terceiro, o Banco do Brasil S/A interpõe, contra o acórdão de fls. 146/151, especial (fls. 155/161), onde, com fundamento nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, pretende que o aresto teria violado as normas atinentes aos ar-

tigos 592, V, e 593, II, do CPC, bem como dissentido de precedentes que arrola (fls. 157/161).

O acórdão impugnado concluiu que, demonstrada a boa-fé do adquirente (ora embargante) e não provada a insolvência do alienante, inexistente fraude à execução, mormente quando da alienação o imóvel não estava penhorado, portanto, não registrada esta.

O apelo foi arrazoado e, submetido ao exame de admissibilidade (fls. 168/170), deferido, atendendo-se a que, pela letra c, a decisão publicada na RT 609/106 lavra dissídio com o acórdão impugnado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: O acórdão impugnado, ao afastar o ato construtivo pendente sobre o imóvel de que se cuida, arrimou-se no fato de não estar o bem penhorado (e com penhora inscrita), além de que se demonstrou a boa-fé do adquirente, aduzindo-se ainda que não se provou a insolvência do alienante.

O em. Relator desse julgado observa que todos os fatos e provas revelados nos autos são no sentido de não se caracterizar a fraude à execução, como pretende o Banco, ora recorrente.

Esses elementos concretos são apontados no contexto do acórdão recorrido, nestes termos (fls. 149/151):

“Na espécie em tela de julgamento, a boa-fé da adquirente/embargada é incontestável. Há prova, inclusive documental, da sua boa-fé. Pode-se até admitir não ter sido ela cautelosa o bastante, pois ao adquirir o imóvel padecia de penhora em favor do IAPAS, conforme dito na inicial. A execução corria no local da situação do imóvel. Fácil seria prever a possibilidade de alguma ação contra o vendedor na Justiça Comum. Todavia, como acentua Décio Erpen:

“Não há lei que compila eventual interessado a transitar pela Justiça Comum Estadual, pela Justiça do Trabalho, à cata de eventual ação real ou de ato construtivo, e que pode ter sido, inclusive, efetivado em outra comarca”.

Apaixonado sobre o tema e veemente na sustentação de sua brilhante tese, volta o renomado jurista, desembargador da mais alta Corte deste Estado, a defendê-lo no nº 54 da mesma revista, em trabalho ainda mais completo e fundamentado.

Ao discorrer sobre o registro da fraude, diz ele que, se tiver havido registro da citação ou de ato de constrição, não há maior dificuldade na solução. O adquirente não poderá alegar ignorância de sua existência, e a fraude se estampa na simples alienação. A fraude se realiza *in re ipsa*, consoante o art. 240 da LRP, sem que acarrete a nulidade da venda; ela é apenas ineficaz em relação ao credor, pois a constrição ou a litigiosidade da coisa não a

torna indisponível. A execução é in-fensa à alienação. Prossegue.

Ao revés, se tiver ocorrido omis-são do registro da demanda ou da constrição, o Juiz só poderá reco-nhecer a fraude diante de prova, em ação própria, porque possível a boa-fé do adquirente. A iniciativa da ação, segundo ele, deve ser do cre-dor, exigindo-se a integração do ad-quirente na lide, que poderá ter co-mo conseqüência, diante do dispo-sto no art. 216 da LRP, o cancela-mento do registro.

Provada, pois, a boa-fé do adqui-rente, não se pode proclamar a fraude, sendo idônea a iniciativa do adquirente, possibilitando a discus-são e solução da questão em sede de embargos de terceiro.

In casu, é de se ressaltar que, ao tempo da alienação nem mesmo pe-nhora havia. Assim, o detalhe do re-gistro é até irrelevante. Se, embora constritado, não se caracteriza a fraude se incorreu o registro, por mais razão se não havia a constri-ção.

Por fim, embora na impugnação o embargado haja alegado que a pe-nhora recaiu no único bem do execu-tado, não se comprovou que o execu-tado está insolvente, mister que, ao ver da Câmara, cabia ao credor/em-bargado.”

Corrige-se de tais dizeres o que concerne a existência de penhora em favor do IAPAS alegada na ini-cial eis que, como referido na sen-tença (fls. 107-verso) as tratativas foram sobrestadas quando de sua contestação somente se realizando

a compra e venda após sua respec-tiva baixa, resultando disso a asse-veração da inexistência de qualquer gravame sobre o bem e a mais abso-luta boa-fé da embargante.

“Por ocasião das tratativas a em-bargante verificou junto ao Cartório de Registro de Imóveis se havia duas penhoras incidentes sobre o imóvel, em benefício do IAPAS. A concretização do negócio foi sobres-tada até o cancelamento das referi-das penhoras. Não havia registro de quaisquer outras ações reais ou rei-persecutórias, nem havia também qualquer registro de outras penho-ras. Daí porque acabou a embargan-te por concretizar a aquisição do terreno. Ficou também evidenciado que por ocasião da venda, ainda não havia qualquer penhora sobre o imóvel. Não se trata, assim, da dis-cussão sobre os efeitos de penhora não registrada no Álbum Imobiliá-rio. Trata-se, ao contrário, de uma situação em que sequer penhora existia. Esgrime o embargado com a alegação de que deveria a embar-gante ter diligenciado junto à Jus-tiça local para verificar da existên-cia de penhoras sobre o imóvel em questão. Tal posicionamento do em-bargado não pode ser sustentado, uma vez que as penhoras podem ser feitas através de precatórias e nada garantiria ao interessado na aqui-sição do imóvel que, mesmo inexis-tindo ações de execução no Foro da situação do imóvel, inexistissem pe-nhoras efetivadas em outros proces-sos de execução, tramitando em ou-tras comarcas de qualquer lugar do País, cujas penhoras tivessem sido efetivadas via precatórias e depois

devolvidas aos Juízos deprecantes, sem qualquer registro no Foro da Situação do imóvel. Assim, sendo inexigível ao interessado na aquisição de um imóvel que percorra todas as comarcas do País, pedindo certidões da Justiça Comum, Federal e Trabalhista, é evidente que não significa má-fé ou ausência de boa-fé a não procura de certidões Judiciais negativas de execução. A forma de opor penhoras a eventuais terceiros interessados na aquisição de um imóvel, se dá através do Registro da Penhora no Álbum Imobiliário como expressamente prevê o art. 167, inciso I, nº 5, da Lei 6.015/73. O que se admite, eventualmente, é que mesmo inexistindo tal penhora ou o seu registro junto ao Álbum Imobiliário, é o reconhecimento de ineficácia de uma venda, quando celebrada em fraude à execução. Todavia, para que tal ocorra, é mister que se demonstre o estado de insolvência dos executados, ou a sua redução a tal estado através da alienação. No caso presente, porém, não ficou tal circunstância evidenciada, até mesmo porque é sabido que um dos executados, Thadeu Annoni Nedeff, era titular de uma das respeitáveis fortunas do Estado. Sendo assim, o espólio certamente dispõe de bens suficientes para garantir o pagamento do débito perante o ora embargado. Levadas às últimas conseqüências a tese do embargado, qualquer pessoa que tivesse contra si tramitando uma execução, não poderia dispor de quaisquer bens de seu patrimônio, diante de possível ineficácia sob a alegação de fraude à execução" (fls. 107-verso/108).

Aliás tais aspectos, ressaltados nas razões conclusivas do voto do em. Prolator, têm o endosso da jurisprudência da Terceira Turma e se mostram presentes em paradigmas de minha relatoria, como assim:

No precedente de nº 30.018-8-RJ (Agravo Regimental), sufragou-se a tese de que a fraude à execução não se caracteriza, quando, na alienação do bem, inexistir ação capaz de tornar insolvente o devedor.

O REsp nº 24.154-GO consigna, na ementa, que a simples propositura da ação, por si só, não gera a fraude, pois a mesma somente se configurará se houver dano, prejuízo, decorrente da insolvência a que chegou o devedor com alienação ou oneração de seus bens. Assim, tal ilícito processual não ocorre se a aquisição do bem ocorreu antes da constrição judicial e o executado até então era solvente.

Nesse modelo, asseverei que deve-se sobrelevar, também, como elementos ponderosos de aferição que inexistente qualquer relação de conhecimento ou negocial entre embargante e exequente; carece de comprovação o fato de ter o executado alienado o imóvel para tornar-se insolvente.

Daí que a propositura da ação não é causa, por si só, para se aferir eventual fraude.

Escólio de Alcides de Mendonça Lima completa essa afirmativa.

Diz o ilustre Processualista (Comentários ao Código de Processo Ci-

vil, vol. VI, t. II, das Execuções, Fôrense, página 507, tópico 1.128):

“A simples propositura da ação, por si só, não gera a fraude, pois a mesma somente se configurará se houver dano, prejuízo, decorrente da insolvência a que chegou o devedor com a alienação ou oneração de seus bens. Se o devedor aliena ou onera, mas fica com bens suficientes, não cabe ao credor insurgir-se, pois não lhe compete um bem determinado, como no caso do inciso I, *supra*. Verificando-se a insolvência, com vários ou sucessivos atos, deve ainda aplicar-se a lição de ALMEIDA DE SOUSA: “Se o devedor, quando acionado pela dívida, tinha bens superabundantes, mas os foi alienado por vezes ao mesmo terceiro, ou a diversos; quais deles deverão padecer a execução na forma da dita Ordenação? Resolutivamente, digo que só as últimas alienações até o equivalente da dívida; porque as primeiras alienações dos bens, aliás superabundantes, foram lícitas; e só nos bens ultimamente alienados pelo devedor recaiu a proibição da lei, e com ela o vício da alienação”.”

No caso dos autos, a boa-fé do adquirente (comprador do imóvel) resultou provada, sendo certo ainda que ficou afastada a insolvência do alienante e bem assim a existência de penhora, quando da alienação.

Apurados esses fatos, o reexame dessa matéria não cabe no especial (Súmula 07 — STJ).

Assim, a alegação de que foi violado o artigo 592, V, do CPC, não vinga, posto que, a fraude, no caso, foi tida por inexistente. O mesmo se verifica com relação ao artigo 593, II, do CPC.

Pela letra *c*, o recurso também não procede.

Os precedentes arrolados, todos versam sobre a existência da fraude à execução, quando presentes alguma das hipóteses já citadas. Todavia tais modelos colidem com os fatos e provas dos autos, no que afastam a caracterização da fraude, como mostrado no acórdão recorrido e que, agora, se pretende divergentes dos exemplos trazidos para confronto.

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.498-4 — RS — (93.0011520-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Leônidas Cabral Albuquerque e outros. Recda.: Recapasul Recapagens de Pneus Ltda. Advogados: Luciane Otto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 01.06.93 — 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 34.631-2 — SP

(Registro nº 93.0011902-8)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Cláudia Leme Ferreira Davis*

Recorrida: *Olímpia Comercial Imobiliária Ltda.*

Advogados: *Drs. Maria Teresa Banzato e outros, e José Aparício Marques da Cruz*

EMENTA: Processual e Civil. Fato novo. Limites da coisa julgada. Perdas e danos. Mútuo hipotecário e contrato de financiamento pelo SFH. Matéria de prova. 1. Não se tem como extrapolado dos limites da coisa julgada, o fato novo consistente em que o litigante, ajuizada a ação, antecipara prestações de um ou outro tipo de mútuo (hipotecário ou financiamento SFH), se tal deslocamento do título deveu-se a conduta própria. Também as perdas e danos resultam bem apuradas quando aferidas da análise comparativa entre os referidos mútuos. 2. Matéria de fato não se reexamina em sede de Especial (Súmulas 05 e 07 — STJ). 3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade. Ausente, ocasionalmente, o Senhor Ministro Nilson Neves.

Custas, como de lei.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Nos autos da ação ordinária de indenização, em fase de liquidação por Arbitramento, Cláudia Leme Ferreira Davis interpõe, contra o acórdão liquidando (fls. 603/604), embargado pelo de

fls. 617/619, integrante do anterior, Especial, fundamentando-o na letra a do permissivo constitucional (fls. 621/628).

No apelo, alega que o aresto, ao deduzir que a exequente antecipando o pagamento do financiamento, que optara e mais oneroso, tem direito à diferença (podendo ainda reclamá-la em ação própria), violou os limites da coisa julgada (arts. 467 e 468) e o art. 1.060 do Código Civil.

No exame dos pressupostos de admissibilidade (fls. 634/635), o processamento do recurso foi deferido, atento a que, relativamente à ofensa à coisa julgada, a matéria é controversa.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): No que se refere ao objeto da insurgência, o acórdão embargado e ora recorrido (Décima Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo), assim enfrenta o tema (fls. 603/604):

“Com referência à indenização pelo período de dezembro de 1998 a junho de 1989, a sentença proferida no processo de conhecimento, mantida pelo acórdão de fls. 366/375, foi clara ao estabelecer que as perdas e danos consistiriam no “valor do aluguel” referente a esse período. Ora, o valor do aluguel desse interregno corresponde exatamente àqui-

lo que foi proposto pelo assistente-técnico da apelada, por força da legislação do inquilinato vigente na oportunidade, que inadmitia reajustes com prazos inferiores a seis meses.

Outro modo de calcular o valor do aluguel ultrapassaria os limites do julgado, desde que não cuidou a embargante de recorrer desse tópico da sentença, em ordem a pleitear forma diversa de cálculo da indenização.

Também o segundo aspecto da controvérsia foi bem dirimido pela sentença recorrida, pois o acórdão não admitiu que os lucros cessantes fossem calculados com a extensão pretendida pela apelante, de forma a compreender, em sua integralidade, a diferença entre as duas modalidades de contrato, tendo em vista a quitação antecipadamente ocorrida.

Nessas condições, pareceu-me que a sentença resolveu acertadamente a execução, inclusive com relação à correção monetária, que não foi negada pelo decisório.”

Tal decisão é, ainda, complementada pelo acórdão dos declaratórios, como assim (fls. 618/619):

“O acórdão estabeleceu que não havia correção, pois a indenização relativa àquele período, em que a embargante não teve à sua disposição o imóvel, foi mensurada de acordo com a lei permitindo somente a correção semestral. E a comparação foi pertinente, pois se a embargante, naquele período, ocupava

imóvel alheio, a título de locatário, também não estaria sujeita à correção monetária. É inaceitável assim, que exija correção monetária mês a mês, se o acórdão estabeleceu de outra forma a correção, confirmando a sentença. Finalmente, a correção abrangerá o total do débito até o pagamento.

Quanto aos lucros cessantes, o título exequendo estabelecia que fosse pago à autora a diferença de financiamentos entre aquele que esperava receber, e outro que lhe foi imposto. Ocorre que a mesma embargante antecipou o pagamento do financiamento mais oneroso, e assim, deslocou-se parcialmente do âmbito do título exequendo, colocando-se diante de um fato novo — que até pode ter sido mais oneroso — isto é, o dano sofrido pelo pagamento antecipado. Não é admissível a manutenção do dispositivo do título exequendo, se ela própria retirou seu fundamento, tendo em vista que antecipou o pagamento do financiamento, impedindo o confronto entre os dois financiamentos, que só poderia ser feito abstratamente, o que não foi considerado pelo acórdão exequendo, que concedia a indenização se o financiamento oneroso fosse suportado por ela.

Porém, por este motivo, cumpre esclarecer o acórdão. Se a embargante antecipou o pagamento do financiamento oneroso pagou-o durante certo tempo, e neste período, tem direito à diferença no limite deste mesmo tempo, conforme o referido título exequendo, podendo, ainda reclamar perdas e danos com

relação à antecipação do pagamento, desde que assumo o ônus desta ação.”

Essa foi a solução encontrada para a lide.

Manifesta-se escorreita na medida em que se ateu aos elementos balizadores contidos no título exequendo.

Não há como se ter por violadas as regras que tratam da coisa julgada — arts. 467 e 468 do CPC. No caso, a *res judicata* restou incólume.

Se algum elemento extrapolou desses limites, deve-se ao fato, como explicitado no aresto, de o próprio exequente tê-lo deslocado do título, mediante conduta própria.

Esse aspecto merece repetido, como no *decisum*,

Diz o em. Relator:

“Ocorre que a mesma embargante antecipou o pagamento do financiamento mais oneroso...”, pelo que se ela própria retirou seu fundamento, tendo em vista que antecipou o pagamento do financiamento.”

Trata-se, como se vê, de fato novo e que foi considerado na decisão liquidanda, mas sem abalar os lindes da coisa julgada.

Também, no que concerne o art. 1.060 do Código Civil, essa norma não foi ferida, posto que tanto as perdas e danos, quanto lucros cessantes, resultaram bem apreciados e, ao contrário do que sustenta a recorrente, implicaram na análise

comparativa das perdas entre o mútuo hipotecário e o contrato de financiamento pelo SFH, se a este, e não àquele, as partes convenientes tivessem aderido. Em suma, foi da interpretação e da avaliação da execução de ambos que se valeu o julgador, ao decidir como decidiu.

Assim também ocorreu com o cômputo da correção monetária, sendo certo que o *decisum* a impôs, obedecendo à semestralidade do reajustamento dos alugueres, como regulada em texto legal.

Enfim, não há negar que, nas razões do julgado, procurou-se sedimentação nos fatos e na interpretação das avenças: mútuo hipotecário e contrato de empréstimo pelo SFH.

Para que se tenha presente o acerto da execução, no ponto em que se controverte, vale destacar trecho da sentença de liquidação por arbitramento, confirmada pelo acórdão recorrido:

“Resta dirimir o último ponto controvertido, versando os lucros cessantes derivados do mútuo hipotecário menos favorável à exequente se comparado à modalidade de financiamento prevista pelo contrato (SFH).

Insurge-se o assistente da devedora contra o laudo oficial, pretendendo demonstrar a inexistência de lucros cessantes a reparar, mas neste passo ofende a coisa julgada emergente do v. acórdão de fls., que reconheceu o dano, cabendo nesta fase processual tão-somente a apuração do *quantum debeatur*.

Destarte, existem lucros cessantes derivados das diferenças de financiamentos, os quais cumpre agora apurar, em cumprimento ao v. acórdão, que tem força de lei entre as partes.

Mas é evidente que o critério adotado pelo Perito Judicial está incorreto e conduziu a resultado excessivo, que não pode ser aceito, sob pena de se afastar da causa a lógica do razoável que informa o Direito.

Com efeito, se o financiamento hipotecário perdurou por apenas quatro meses, o dano sofrido pela exequente, em face de sua adesão a essa modalidade de empréstimo, cessou com o resgate da dívida. Se, como alega a credora a fls. 525, para o pagamento antecipado ela vendeu bens particulares, trata-se de questão não enfrentada na fase de conhecimento, pois o fato do resgate do débito não teve maior discussão das partes; desse modo, é bem de ver que o fato concernente ao eventual prejuízo sofrido pela credora ao vender bens para quitar antecipadamente a dívida ficou à margem do processo anterior de conhecimento e não pode agora servir de amparo para o aumento da verba devida a título de lucros cessantes. Estes consistirão, razoavelmente, naquilo que a credora gastou a mais, para pagar as quatro parcelas iniciais do financiamento hipotecário, em relação ao que desembolsaria para quitar igual número de prestação pelo Sistema Financeiro da Habitação.

Interpretação diversa, adotando-se a conclusão do Perito Judicial, importaria em reconhecer devida uma indenização, pelos lucros cessantes, de valor superior a Cr\$ 93.000.000,00 (noventa e três milhões de cruzeiros), ou seja, quase o equivalente ao valor do próprio imóvel comprado pela exequente, o que não é razoável.”

Trata-se, como se vê, de matéria de fato, a que apontou o direito cabível.

Daí que tais temas não podem ser resolvidos na via do Especial.

Inexistem, como já se disse, as alegadas violações legais.

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.631-2 — SP — (93.0011902-8) — Relator: Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter. Recte.: Cláudia Leme Ferreira Davis. Advogados: Maria Teresa Banzato e outros. Recda.: Olímpia Comercial Imobiliária Ltda. Advogado: José Aparício Marques da Cruz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 01.06.93 — 3ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.647-6 — SP
(Registro nº 93.0011946-0)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Municipalidade de São Paulo*

Recorridos: *Elair Antônio Padim e cônjuge*

Advogados: *Vera Lúcia Schimidt Tbsold e Maria L. de Andrade Pinheiro e outros*

EMENTA: Administrativo e processual civil. Desapropriação. Imóvel urbano. Imissão na posse. DL 1.075/70. Divergência jurisprudencial. Precedentes. 1. Tratando-se de desapropriação de imóvel urbano, a imissão na posse *initio litis* observará o disposto no Decreto-lei nº 1.075/70. 2. A divergência jurisprudencial trazida à colação é anterior ao diploma legal regulamentador e já está superada, à vista do entendimento harmônico desta Corte, pelo que se a tem como não comprovada. 3. Recurso não conhecido.

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 não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Américo Luz, José de Jesus e Hélio Mosimann. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de setembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: A Municipalidade de São Paulo manifestou recurso especial fundamentado no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão da 18ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo que, negando provimento ao agravo de instrumento interposto pela ora recorrente, nos autos da ação de desapropriação de imóvel residencial urbano movida contra Elair Antônio Padim e cônjuge, manteve a decisão agravada.

Insurge-se contra a decisão que condicionou a imissão provisória na posse do bem ao depósito do valor

encontrado na avaliação prévia determinada na sentença monocrática.

Alega violação aos arts. 15 e parágrafos do Decreto-lei nº 3.365/41, e 5º da Lei de Introdução do Código Civil. Invoca, ainda, dissídio jurisprudencial com julgados do STF (RREE nºs 70.144-GB e 91.611-PE, *in* RTJ 57/437 e 101/717).

Interposto, simultaneamente, recurso extraordinário para o STF.

Admitidos ambos os recursos por despacho de fls. 98/100.

Dispensei parecer da Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O v. acórdão recorrido, ao negar provimento ao agravo interposto pela Municipalidade de São Paulo fundamentou assim a decisão:

“

Trata-se de matéria conhecida e já pacificada na jurisprudência desta Colenda 2ª Seção Civil deste Egrégio Tribunal de Justiça.

A propósito é de se invocar v. acórdão da Egrégia 15ª Câmara desta Corte, no Agravo de Instrumento nº 196.312-2/8 de São Paulo, de que foi Relator o mesmo do presente agravo, em que é agravante o Município da Capital e agravados Confecções Yacima e outros.

A r. decisão agravada condicionou a imissão provisória na posse

ao depósito do valor encontrado na avaliação prévia e, contra ela insurgem-se o Município da Capital alegando que o caso é de urgência e diante do depósito da oferta, requereu a imediata posse provisória no imóvel mediante o depósito de Cr\$ 22.851.076,00 (vinte e dois milhões, oitocentos e cinqüenta e um mil e setenta e seis cruzeiros), correspondente ao valor proporcional da área parcialmente expropriada.

Apesar de não se subsumir o caso destes autos ao Decreto-lei nº 1.075/70, efetivou-se a avaliação provisória do imóvel, e requerida a imissão provisória, sobreveio a r. decisão agravada.

Não merece, contudo, acolhida a inconformação do Município da Capital.

Ora, o agravante pretende a imissão na posse do imóvel, rotulando-a como provisória, quando, na realidade, é definitiva diante do princípio da intangibilidade da obra pública, pelo que seu agravo não pode ser provido.

Impõe-se, contudo, o desacolhimento da inconformação do agravante, visto como não satisfaz, o mesmo, sequer os requisitos do artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, conhecido como Lei das Desapropriações.

Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo” (fls. 50/52).

Teria a Constituição revogado os arts. 3º e 4º do Decreto-lei nº 1.075, de 22.01.1970?

O Supremo Tribunal Federal, examinando recursos em que se argüia a inconstitucionalidade de leis anteriores à Constituição vigente, já declarou que de inconstitucionalidade não se trata, mas de não recepção, da lei ou de dispositivos que se não compatibilizam com nova Carta Magna.

O Decreto-lei nº 1.075 foi editado no período revolucionário, para prevenir e minorar os efeitos de grave crise social resultantes das milhares de desapropriações na zona residencial de São Paulo. Seriam constitucionais as regras dos artigos 3º e 4º em face da Constituição de 1967? É que o princípio da prévia indenização vige no País desde a Constituição de 1891 (arts. 72, § 18), inserindo-se, também, o do justo preço desde a Constituição de 1934 (art. 113, inciso 17).

E não obstante prévia e justa a indenização o Decreto-lei 3.365/41 previa a hipótese da imissão provisória, condicionando-a ao depósito da quantia arbitrada “de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil” (de 1939). Tratava-se de norma legal editada no período da ditadura.

Posteriormente, a Lei 2.786, de 21.05.56, revogou o parágrafo único acrescentado pelo Decreto-lei 4.152, de 06.03.42, cuja redação fora alterada pelo Decreto-lei 9.811, de 29.09.46, acrescentando três parágrafos, que dispunham de forma diversa da estabelecida no artigo, estabelecendo a possibilidade de imissão provisória na posse independentemente da citação do réu.

Ao longo da vigência do Decreto-lei 3.365, inclusive com a redação dada pela Lei 2.786, o instituto da imissão provisória na posse não mereceu definição de inconstitucionalidade. Ao contrário, a melhor doutrina e a jurisprudência consagraram a tese de que “não cabe ao Judiciário auferir da urgência, manifestada pelo expropriante, para o efeito de imissão na posse dos bens expropriados” (RDA 54/128, *apud*, “Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência”, 2ª ed., RT, de José Carlos de Moraes Salles).

Muito se discutiu, e discute, em torno da imissão provisória na posse nos termos do § 1º do art. 15 do Decreto-lei 3.365, e arts. 3º e 4º do Decreto-lei 1.075.

O saudoso Hely Lopes Meirelles classificou os depósitos provisórios, geralmente ínfimos em relação ao preço do mercado do bem, de atentatórios ao princípio da indenização prévia (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., pág. 515).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em acórdão exarado no Mandado de Segurança 224, decidiu: “Não é admissível, em face dos preceitos constitucionais, a execução antecipada da desapropriação sem previamente embolsar o proprietário do justo valor do imóvel expropriado” (RDA 19/88).

Trata-se, contudo, de decisão isolada, como assinala José Carlos de Moraes Salles. A maioria dos Tribunais do País considerou constitucional a norma, inclusive o de São Paulo, que proclamou a constitucio-

nalidade do dispositivo legal que autoriza a imissão provisória na posse da coisa expropriada, tendo decidido, em aresto:

“A imissão provisória não importa desapropriação. A desapropriação só se efetiva depois de fixado, por sentença, o preço da desapropriação e depois de efetuado o pagamento (art. 29)” (RDA 18/77) — (ob. cit., págs. 302/304).

Tal entendimento era o prevalente, em termos quase absolutos, na jurisprudência, vigentes as Constituições de 1946 e 1967, mormente sob o império da última.

Vigente a Constituição de 1988, o E. Tribunal de São Paulo, interpretando os dispositivos que disciplinam a imissão provisória — § 1º do art. 15 do Decreto-lei 3.365, e arts. 3º e 4º do Decreto-lei 1.075 — negalhes vigência, declarando-os derogados (Ac. da 12ª Câm. Civ. no Agravo de Instrumento 173.995-1/5, *in* REsp 17.717, fls. 96/99) e Ac. da 10ª Câm. Civ. no Agravo de Instrumento 166.552-2, *in* REsp 15.441, fls. 53/56).

Penso que, em se tratando de expropriação de imóvel residencial urbano, é indiscutível a aplicação do Decreto-lei 1.075/70. E nesta hipótese tenho por derogados os seus artigos 3º, 4º, e parágrafo único do art. 5º. É que se não compatibilizam com as regras constitucionais insitas nos artigos 5º, XXIV, e 182, § 3º, proclamadoras dos princípios do justo preço e pagamento prévio. Como admitir-se prévio e justo o pagamento de parte do preço arbitrado?

Dizer que a expropriação do bem só se concretiza a final da ação, após pagamento da indenização, não infirma a trágica realidade dos efeitos do desapossamento do bem onde estabelecida a residência do cidadão, num País que a protege, até dos credores (Lei 8.009/90). Admitir-se que a perda da posse não corresponde ao esvaziamento do direito de propriedade, significaria o mesmo que se proclamar em uso o contrato de enfiteuse nos dias que correm. Note-se que os critérios estabelecidos nos artigos 3º e 4º e parágrafo único do art. 5º não se coadunam com os “consideranda” do próprio Decreto-lei 1.075. Afinal, não cabe na cabeça de ninguém possa o expropriado adquirir bem semelhante ao de que foi desapossado por metade do preço legítimo e honradamente arbitrado. Embora continue prevalente o interesse público, tenho sempre em mente que a democracia se caracteriza pelo respeito ao interesse minoritário. E num país onde se cultive a liberdade, a moral cristã e a ética, não podem as leis ser interpretadas consoante a máxima de que os fins justificam os meios. O interesse coletivo, o bem público, só se justifica e se concretiza no benefício do cidadão empenhado no exercício da sua função social. E não é por outra razão que se não perenizam os regimes políticos fechados, herméticos, sejam quais forem as suas ideologias, como vimos na Alemanha de Hitler, na Itália fascista e presenciemos, agora, na derrocada do Império Soviético.

Ao Estado incumbe promover o bem público, a felicidade do povo, sem o aniquilamento do cidadão. Na desapropriação, o indivíduo cede, perde o seu direito de propriedade do bem, da residência da sua família, que geralmente custa anos de trabalho e sacrifícios e não raro toda a vida útil de trabalho. Não é justo que perca mais, compelido a viver na rua da amargura, para que, com a sua ruína, se concretize o interesse coletivo. A interpretação teleológica e sistemática da denominada Constituição cidadã, não pode permitir se concretize a burla aos princípios da justa e prévia indenização, como denunciava o ilustre Hely Lopes Meirelles.

Tratando-se de desapropriação de imóvel urbano, penso que se não pode aplicar o disposto no § 1º do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, e sim as regras do Decreto-lei nº 1.075/70 recepcionadas pela Carta Magna, valendo assinalar que a jurisprudência referida é anterior ao DL 1.075/70.

Não caracterizada a infringência aos dispositivos legais apontados e estando superada a divergência jurisprudencial colacionada, não conhecimento do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.647-6 — SP — (93.0011946-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins. Recte.: Municipalidade de São Paulo. Advogada: Vera Lúcia Schimidt Tbsold. Recdos.: Elair Antônio Padim e cônjuge. Advogados: Maria L. de Andrade Pinheiro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 08.09.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.780-8 — SP

(Registro nº 93.0012318-1)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Transgêmeos Transportadora Rodoviária Ltda.*

Recorrido: *Banco Nacional S.A.*

Interessados: *José Benedito Varella e cônjuge*

Advogados: *Drs. José Nassif Neto e outro, e Adalberto Fernandes e outros*

EMENTA: Execução com base em título executivo extrajudicial. Homologação de cálculo do contador. Recurso cabível. Contra o ato judicial que, em execução dessa espécie, homologa o cálculo do contador, cabe agravo de instrumento. Recurso especial conhecido pela alínea c mas improvido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Custas, como de lei.

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

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

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Em execução por quantia certa contra devedor solvente, movida pelo Banco Nacional S.A., o executado apelou deste ato judicial:

“Homologo o cálculo de liquidação de fls. 144/5, nos autos da execução por quantia certa que o Banco Nacional S/A move a Transgêmeos Transportes Rodoviários Ltda. e outros, já que não foi impugnado, fundamentadamente, sendo inconsistente a insurgência de fls. 157.

Após o trânsito em julgado desta sentença, será apreciada a manifestação de fls. 159 do perito judicial.”

Mas da apelação o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (1ª Câmara) não conheceu, segundo este acórdão:

“Trata-se de apelação interposta contra decisão que homologou cálculo elaborado pelo contador em execução por título extrajudicial (fl. 160).

Insurge-se o apelante contra a utilização do índice de 70,28% referente ao IPC de janeiro de 1989, reputando ilegal a incidência do referido percentual.

O recurso foi respondido (com preliminar de não conhecimento) e preparado.

É o relatório.

Já decidiu o Colendo Plenário deste Tribunal, em Uniformização de Jurisprudência na Ap. nº 291.637, de 19/8/82, Relator o Juiz Rangel Dinamarco, que o agravo de instrumento é o recurso cabível contra o ato judicial que, em execução por título extrajudicial, homologa o cálculo do contador (JTACSP, vol. 81/26, ed. Saraiva).

A respeito, foi editada a Súmula 10, do mesmo teor.

Como esclarece Theotônio Negroni, em nota de nº 5 ao art. 605 do seu ‘CPCLPV’, 17ª edição, ‘a razão é óbvia: não se trata de processo que termina com essa decisão mas que, ao contrário, deve prosseguir; e não pode também essa decisão se equiparar à sentença que se profere no processo de liquidação (e que é apelável), porque a execução por título extrajudicial só é cabível quando fundada em título líquido e certo, dispensando, portanto, liquidação.

Descabe, portanto, o conhecimento do recurso interposto, como apelação, uma vez que contra a decisão atacada, que homologou o cálculo em execução extrajudicial, só cabia a interposição de agravo de instrumento.

De outra parte, não é de se conhecer do recurso como agravo, embora tenha sido manifestado no prazo deste, uma vez que constitui erro inescusável interpor apelação em casos como o da espécie.

Do exposto, não conheceram do recurso, por votação unânime.”

Daí o recurso especial, que o Presidente Osvaldo Caron admitiu, face ao dissídio com o acórdão da RT 661/183, *in verbis*:

“Recurso especial interposto contra v. acórdão da Egrégia Primeira Câmara (fls. 204-6), cujo relatório se adota, no qual se alega afronta aos arts. 513, 520, inc. III, e 605, do Código de Processo Civil, bem como dissídio jurisprudencial com os julgados *in* RT 567/245, 535/735, 536/77, 545/167, 591/229, 592/161, 661/183, RTJ 105/1.275, 107/790, 127/1.168, RTFR 103/169, RJTJESP 60/145, 90/297, e DJU de 21.5.90, pág. 4.428.

Sustenta a recorrente que a decisão, a qual homologa cálculos do contador, é sentença e desafia apelação. Afirma a possibilidade de conhecimento da apelação, por acolhimento do princípio da fungibilidade e já que ela foi reconhecidamente interposta no prazo do agravo de instrumento.

Inviável a abertura da instância superior, com suporte na alínea *a*, do permissivo constitucional.

Com efeito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, em casos nos quais surja a ofensa com a prolação do próprio acórdão, impõe-se a oposição de embargos declaratórios, a fim de que seja suprido o requisito do questionamento.

Desatendida tal exigência, atuante se torna sobre a espécie a Súmula 356 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

No sentido do expendido os AAI 12.715-SP e 13.210-SP, *in* DJU's de 6.8.91 e 24.10.91, págs. 10.195 e 14.969, respectivamente.

Quanto à letra *c* do permissivo constitucional, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a divergência indicada deverá ser comprovada por certidão, ou cópia autenticada, ou mediante citação do repositório de jurisprudência, oficial, autorizado ou credenciado, com a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou arremelhem os casos confrontados.

In casu, foi desatendido o requisito previsto no art. 255, § 2º, do Regimento Interno do Colendo Superior Tribunal de Justiça (redação da Emenda Regimental nº 1/91), com relação aos julgados *in* RT 567/245, 535/735, 536/77, 545/167, 591/229, 592/161, RTJ 105/1.275, 107/790, 127/1.168, RTFR 103/169, RJTJESP 60/145, 90/297 e DJU de 21.5.90, pág. 4.428.

Todavia, no atinente ao julgado *in* RT 661/183, melhor sorte socorre a recorrente.

De fato, o paradigma trazido à colação decidiu pelo cabimento da apelação interposta contra decisão que homologa o cálculo lançado nos autos da execução de título extrajudicial. Já, no acórdão atacado, assentou-se ser cabível o agravo de instrumento contra a mencionada decisão.

Dessa forma, atendidos os requisitos previstos no art. 255 e parágrafos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (Emenda Regimental nº 1/91), aconselhável a manifestação da Corte Superior.

Isto posto, defiro o recurso especial pela letra *c*, do permissivo constitucional.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Quanto ao recurso cabível contra o ato judicial que, em execução por título extrajudicial, homologa o cálculo do contador, exato se apresenta o acórdão recorrido, ao proclamar o cabimento do agravo de instrumento. Leia-se o que, a propósito do tema em discussão, escrevi em voto proferido quando do julgamento dos EREsp 16.541 (Corte Especial, sessão de 12.11.92, DJ de 14.12.92):

“Pedi vista destes autos na sessão passada, após o voto do Sr. Ministro Costa Leite (Relator), conhe-

cendo e recebendo os embargos de divergência 'opostos pela Fazenda do Estado de São Paulo, subsistindo íntegro, portanto, o v. acórdão da Décima Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não tomou conhecimento da apelação interposta pelo ora embargado'.

Trata-se de execução fiscal, efetuado o cálculo logo após juntado ao processo o 'auto de penhora, avaliação e depósito'. Impugnado, pelo devedor, dito cálculo, e ouvidos o exequente e o contador, o Juiz acabou por homologá-lo e disse que o homologava por sentença. Interposto, após o recurso de apelação, dele o Tribunal de Justiça não tomou conhecimento:

'2. A liquidação, como disciplina da no art. 603 e seguintes, do Estatuto Processual Civil, configura atividade cognitiva que tem por escopo a declaração do *quantum debeatur* ainda por revelar-se, em face do contido na sentença de natureza condenatória. É, portanto, etapa posterior à decisão, mas anterior ao processo de execução, que tem por finalidade integrar a eficácia executiva do título judicial, como o expõe Cândido Dinamarco ('Execução Civil', pág. 296). Daí conceituá-la, Orlando de Souza, como o ato que tem por fim tornar líquido o objeto ilíquido da condenação ('Processo de Execução', pág. 105).

Desse modo, em relação aos títulos extrajudiciais há apenas conta de verificação, que causa, no momento do cálculo, a importância

atualizada da dívida e que pode repetir-se ao longo do processo. Seu objetivo, por conseguinte, é apenas tornar numericamente conhecidas e revistas as parcelas reclamadas e devidas, sem integrar-se ou complementar o instrumento executório.

Certo que o Magistrado, ao examinar as operações realizadas, irá solucionar questões incidentes, mas a solução desses problemas é feita mediante ato que tem clara natureza interlocutória, não via de sentença (cf. RT, 596/104).

Por isso, para sua revisão, deve valer-se o interessado de agravo e não de apelação (cf. Apelações Cíveis nº 54.084-2, Rel. Des. Hermes Pinotti; nº 54.332-2, Rel. Des. Oetterer Guedes; nºs 120.182-2 e 162.839-2, ambas tendo o mesmo Relator que este subscreve. Vejam-se, mais, os julgados insertos na RT, 486/109, 510/160, 577/122, 586/92, 602/144 e 603/114).

Nem há de cogitar-se de aplicação do princípio da fungibilidade, quando se cuida de erro grosseiro e já superado o quinquídio permissivo (art. 523 do diploma referido).

3. Diante do exposto, deixam de conhecer deste recurso.'

Neste Tribunal Superior, a 2ª Turma, por maioria de votos, conheceu e deu provimento ao recurso especial, em acórdão assim ementado:

'Processual Civil. Execução. Cálculo de liquidação. Homologação. Recurso cabível.

— Da sentença homologatória de conta de liquidação, bem como da

de atualização, o recurso cabível é apelação.

— Recurso provido’.

2. Fiquei com dúvida quanto ao conhecimento dos embargos de divergência. Por isso, pedi vista. Relativamente ao mérito, a mim me parece, *data venia* do entendimento contrário, que, quando se trata de execução com base em título executivo extrajudicial (e é o caso de que estamos cuidando), o ato que homologa ou atualiza cálculo, seja ele qual for, é decisão interlocutória, expondo-se à agravo de instrumento, e não a apelação. Foi a questão, nesses termos, examinada, na 4ª Turma, pelo Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, no REsp 14.732, que a ementou dessa forma: ‘O agravo é o recurso próprio contra as decisões que apreciam cálculos no curso do processo executivo’ (DJ de 16.12.91). Daí, se conhecidos os presentes embargos, disponho-me a recebê-los, a exemplo do voto do Sr. Ministro Costa Leite.

Se é certo que o caso tem alguma peculiaridade, a começar por ter dito o Juiz que homologava o cálculo por sentença (se sentença, então o recurso era o de apelação, tal como interposto), estou disposto a conhecer dos embargos, porque, à vista do confronto entre o acórdão embargado e os paradigmas, acho configurada a divergência, quanto à tese em si, isto é, o ato judicial que verifica conta (que homologa atualização, em cálculos posteriores) desafia agravo de instrumento e não apelação. Deles conhecendo, recebo-os, na medida do voto do Sr. Relator.”

Tudo indica que, no concernente a este ponto, há dissídio com o acórdão da RT 661/183, motivo da admissão do especial. Do recurso, portanto, conheço, no pormenor.

2. Relativamente à fungibilidade (conhecimento da apelação como agravo de instrumento), momento em que o acórdão recorrido disse constituir erro inescusável a interposição da apelação, a recorrente não comprovou a divergência conforme a recomendação regimental. Veja-se fl. 213. Neste ponto, correto o despacho de origem, ao salientar que “foi desatendido o requisito previsto no art. 255, § 2º, do Regimento Interno do Colendo Superior Tribunal de Justiça (redação da Emenda Regimental nº 1/91), com relação aos julgados *in* RT 567/245, 535/735, 536/77, 545/167, 591/229, 592/161, RTJ 105/1.275, 107/790, 127/1.168, RTFR 103/169, RJTJESP 60/145, 90/297, e DJU de 21.5.90, pág. 4.428”.

3. Ante o exposto, conheço do recurso especial, face ao dissídio com o julgado publicado na RT 661/183, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.780-8 — SP — (93.0012318-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Transgêneos Transportadora Rodoviária Ltda. Advogados: José Nassif Neto e outro. Recorrido: Banco Nacional S.A. Advogados: Adalberto Fernandes e outros. Interessados: José Benedito Varela e cônjuge.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 03.08.93 — 3ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.780-8 — SP — (93.0012318-1) — Relator: Exmo. Sr.

Ministro Nilson Naves. Recte.: Transgêneos Transportadora Rodoviária Ltda. Advogados: José Nassif Neto e outro. Recdo.: Banco Nacional S.A. Advogados: Adalberto Fernandes e outros. Interes.: José Benedito Varella e cônjuge.

Decisão: Tendo ocorrido equívoco quanto ao resultado do julgamento, proferido na sessão do dia 03 de agosto de 1993, retifica-se a decisão para: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, mas lhe negou provimento” (em 17.08.93 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.974-0 — SP (Registro nº 93.0013152-4)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Companhia Brasileira de Distribuição*

Advogados: *Drs. Luiza Beatriz de Mingo Badin e outro*

Recorrida: *S/A Indústrias Reunidas F. Matarazzo*

Advogada: *Dra. Teodorinha Setti de Abreu Tondin*

EMENTA: Locação. Retomada. Apelação. Efeito suspensivo. Lei 8.245/91 (arts. 58, V, e 76). 1. Processo em curso. Conquanto, por princípio, tenham aplicação imediata as normas processuais, tal não se dá quando a própria lei for expressa sobre excepcionar os processos então em curso no seu advento.

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 conhe-

cer do recurso e em dar-lhe provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau. Votaram com o Relator os Srs. Mins. Edson Vidigal e Assis Toledo. Ausentes, justificadamente, os Srs. Mins. Jesus Costa Lima e Flaquer Scartezzini.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Em grau de agravo de instrumento, por maioria de votos, a 3ª Câmara do TAC-SP deu efeito suspensivo à apelação da locadora sucumbente na ação de retomada por infração contratual, qual a do abandono do prédio comercial. Aplicou-se ao caso o art. 58, V, da Lei 8.245/91, ao fundamento de que, conquanto inaplicável essa Nova Lei do Inquilinato aos processos em curso (art. 76), tal não ocorreria no particular de seus dispositivos formais, segundo a sabença de que as normas de natureza processual têm aplicação imediata — fls. 86/87.

Daí o presente recurso especial, fulcrado na letra *a* do permissivo, invocando-se ofensa ao art. 76 da referida lei, expresso sobre não se aplicarem as suas disposições aos processos em curso.

Contra-razões a fls. 108, dando conta da fidelidade da decisão ata-

cada para com a reiterada jurisprudência de outras Câmaras do Tribunal *a quo*.

Incluído o feito em pauta, requereu a recorrida juntada aos autos do recibo que passou à recorrente relativo à entrega das chaves do imóvel, em cuja posse se deu por imitada — fls. 135.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, fundado em que as normas de caráter meramente processual têm aplicação imediata, convenha-se que o v. acórdão recorrido se recomendaria pela melhor doutrina, não fosse o caso da expressa ressalva da própria Lei 8.245, art. 76, ao estabelecer não se aplicarem suas disposições aos processos em curso.

Donde os comentadores acentuarem a força daquela exceção ao princípio da imediatidade, acentuada a exemplo de conclusões deste teor:

“Art. 76. Não se aplicam as disposições desta lei aos processos em curso.”

“Observa-se, aqui, o efeito diferido da lei anterior sobre a posterior, vale dizer, o prolongamento daquela no campo de vigência desta, de modo que aos processos iniciados antes da Lei 8.245/91 continua a ser aplicada a legislação anterior a esta.” — Prof. Marcus Cláudio Acqua-

viva, "Comentários à Nova Lei do Inquilinato", ed. Del Rey, pág. 114.

.....
"A regra é a aplicação imediata da lei nova aos processos pendentes (Lei de Introdução).

A exceção é a não-aplicação imediata, se resultar ofensa a direito adquirido (Constituição Federal).

Não havendo ofensa a direito adquirido, aplica-se imediatamente a lei nova aos processos em curso.

Mesmo não havendo ofensa a direito adquirido, a nova lei não se aplica aos processos pendentes, se assim ela própria o determinar, derogando a Lei de Introdução, tal como faz o art. 76 sob comentário.

Afastando as suas disposições dos processos em curso, a nova lei afastou, inclusive, o art. 90 com as revogações. Logo, em relação aos processos pendentes, sobrevivem a Lei 6.649/79, o Dec. 24.150/34, a Lei 6.239/75, etc., com os efeitos de seus recursos, com os prazos de desocupação, tramitando ou não nas férias e demais efeitos aplicáveis, embora de caráter processual apenas. Assim como o novo CPC manteve procedimentos do antigo Código de Processo, pode qualquer lei ressaltar a sua aplicação, contendo os seus efeitos" — Prof. Dilvanir José da Costa, "A Locação no Direito Brasileiro", ed. Del Rey, págs. 300/301.

Na linha dessas considerações, animo-me a dar razão à recorrente, pois que reputo indiscutível a alegada ofensa à vigência do invocado art. 76 da Lei 8.245/91, desde quando se deu efeito suspensivo à apelação em processo pendente no seu advento.

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para restabelecer a decisão de primeiro grau.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.974-0 — SP — (93.0013152-4) — Relator: Exmo. Sr. Min. José Dantas. Recte.: Companhia Brasileira de Distribuição. Advogados: Luiza Beatriz de Mingo Badin e outro. Recda.: S/A Indústrias Reunidas F. Matarazzo. Advogada: Teodorinha Setti de Abreu Tondin.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau (em 25.08.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Edson Vidigal e Assis Toledo. Ausentes, justificadamente, os Srs. Mins. Jesus Costa Lima e Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ASSIS TOLEDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.243-6 — SP
(Registro nº 93.0014061-2)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Avelino Ivo Sabara (réu preso)*

Advogada: *Dra. Sílvia Regina Mangueiro*

EMENTA: Penal. Estupro. Atentado violento ao pudor. 1. Concurso material. Sua configuração, em função da diversidade das espécies, o que afasta a proposição de mera continuidade delitiva, segundo os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

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 dar-lhe provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau, nos termos do voto do Min. Relator. Votaram com o Relator os Srs. Mins. Flaquer Scartezini, Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima.

Custas, como de lei.

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: A esse título, reporto-me ao

r. despacho de admissão do presente recurso especial, lavra do Sr. Des. Dagoberto Salles, concebido nestes elucidativos termos:

“O recorrido AVELINO IVO SABARA foi processado por infrações aos arts. 213 e 214, c.c. os arts. 69 e 225, § 1º, inc. I, do Código Penal e, procedente a pretensão punitiva do Estado, foi condenado ao cumprimento da pena de 12 anos de reclusão, em regime fechado, por infrações aos arts. 213 e 214, c.c. o art. 69, *caput*, do Código Penal. Recorreu. A E. Terceira Câmara Criminal de Férias, por v.u., deu parcial provimento à apelação para, reconhecendo a continuidade, reduzir a pena para 07 anos de reclusão.

Não se conformando, interpôs a Procuradoria-Geral de Justiça recurso especial com fundamento no art. 105, inc. III, letra c, da Constituição Federal, c.c. os arts. 26 e segs., da Lei nº 8.038, de 1990. Diz que a E. Câmara “... dissentiu de

assentada orientação traçada pelo Excelso Pretório que repele o cabimento da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor que, embora se integrem no mesmo gênero, são de espécie diversa ..." (folha 114).

Em contra-razões o recorrido AVELINO IVO SABARA defende a não reparação do v. acórdão, pois "... são delitos do mesmo gênero e espécie uma vez que ofendem a idêntico bem jurídico, qual seja, a liberdade sexual ..." (folha 123).

EM SÍNTESE AS RAZÕES E AS CONTRA-RAZÕES.

A Constituição Federal estabelece a competência das matérias sobre questões constitucionais e infraconstitucionais: I — Constitucionais: Competência do Supremo Tribunal Federal. II — Infraconstitucionais: Competência do Superior Tribunal de Justiça.

O recurso especial deve ser interposto no prazo de (quinze) 15 dias, com: I — Exposição do fato e do direito. II — Demonstração do cabimento (do recurso interposto). III — Razões do pedido de reforma da decisão recorrida. "Quando o recurso se fundar em dissídio entre a interpretação da lei federal adotada pelo julgado recorrido e a que lhe haja atribuído outro Tribunal, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, ou indicação do número e da página do jornal oficial, ou do repertório autorizado de jurisprudência, que o houver publicado" (art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.038, de 1990, c.c. art. 105,

inc. III, letra a, da Constituição Federal, e art. 255 do RISTJ).

Há nítido paralelismo entre a hipótese decidida pela E. Câmara com as dos julgados paradigmas trazidos para confronto. As situações referem-se a crimes de estupro e de atentado violento ao pudor contra ofendida única, mas com soluções diferentes: O v. acórdão admitiu a figura do crime continuado, ao passo que as decisões traçam diretriz de forma outra, deixando certo que, embora do mesmo gênero, os crimes não são da mesma espécie, circunstância que afasta a continuidade.

Encontram-se delineadas com boa técnica as razões de admissibilidade, posto que satisfeitos os pressupostos constitucionais e os requisitos legais (permissivo da letra c do art. 105, inc. III, da Constituição Federal, c.c. os arts. 26 e segs. da Lei nº 8.038, de 1990)." — fls. 128/30.

Nesta instância, opinou a Subprocuradora-Geral Railda Saraiva, na linha das seguintes considerações:

O recorrido, em data de 21 de fevereiro de 1992, constrangeu, mediante emprego de grave ameaça, Eliane Sampaio da Silva à prática de sexo oral e à conjunção carnal completa.

Induvidosa, pois, a configuração dos dois delitos autônomos atentado violento ao pudor e estupro, não cabendo *in casu* sequer se cogitar de que a prática sexual aberrante constituiria simples *praeludia coitus*, o que, aliás, é expressamente reconhecido pelo acórdão guerreado.

Todavia, após reconhecer o inteiro acerto da decisão quanto à indubitosa responsabilidade do acusado, ora recorrido, por ambos os crimes bem como em relação à pena-base imposta por cada um deles, acresceu-a de um sexto, pelo caráter continuado do delito, com os seguintes fundamentos:

“A condenação era de rigor.

A relação sexual oral ocorrida destaca-se do coito comum. Não se trata de mero prelúdio ou de ato decorrente da relação sexual comum. Por isso, dois foram os delitos. Não seria, nesse passo, à conta de impossibilidade física, de se esperar prova material do atentado violento ao pudor.

Só mesmo em casos singulares, especialíssimos, é que delito assim deixa vestígio. O que importa é que resultou absolutamente provado nos autos.

Os dois delitos foram praticados em continuidade.

Em que pese opinião em sentido adverso, tem-se que são crimes da mesma espécie, a teor de entendimento jurisprudencial que se adota (RJTJESP, 5/361, 19/449, 42/379, 57/350, 58/365, 61/324, 91/458, 93/411, etc.).

Esta mesma C. Câmara, mais recentemente, resolveu:

“Os crimes dos arts. 213 e 214 do Código Penal, inseridos no mesmo contexto fático e praticados contra uma única vítima comportam o reconhecimento da continuidade delitiva definida no art. 71 do citado

diploma legal e não do concurso material” (RT, 659/257).

A pena de seis anos, assim, a mínima, também imposta em primeiro grau, soma-se 1/6, pela continuidade. Tem-se para cumprimento sete anos de reclusão.

Dá-se provimento parcial ao apelo para, reconhecida a continuidade, reduzir-se a pena a sete anos de reclusão” (fls. 109/110).

Em assim decidindo, o Tribunal *a quo* efetivamente dissentiu de asentada jurisprudência do Pretório Excelso que inadmite o cabimento da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

É pacífico o entendimento da Suprema Corte, no sentido de considerar caracterizado concurso material nos crimes referidos, ainda que praticados contra mesma vítima, e não crime continuado, consoante se vê das seguintes ementas:

“*HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ASPECTO FORMAL DA REPRESENTAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA.*”

I — Nos crimes contra a liberdade sexual, a representação não depende de rigores formalísticos, bastando a inequívoca manifestação de vontade, perante a autoridade, de ser apurada a responsabilidade penal do acusado.

II — Inocorrência de *mutatio libeli* na instância revisional, por ter sido incluída agravante específica do concurso de pessoas.

III — Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que perpetrados contra a mesma vítima, caracterizam concurso material, não se podendo falar em continuidade delitiva.

Habeas corpus indeferido” (DJ, 21.02.92, pág. 1.694, Ement.: 1.650-2, pág. 209).

“EMENTA: Crime continuado. Os Crimes de estupro e atentado violento ao pudor não são delitos da mesma espécie, para autorizar a continuidade delitiva, ainda que perpetrados contra a mesma vítima. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido, para restabelecer a sentença” (RE nº 105.626, Ano: 85, UF: SP, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA).

“PENAL. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUIDADE DELITIVA. INOCORRÊNCIA.

Embora sejam considerados delitos da mesma natureza o estupro e o atentado violento ao pudor são crimes de espécies diversas, o que afasta o alcance da norma contida no art. 71 do Código Penal, que define os casos de continuidade delitiva.

Recurso especial conhecido e provido” (DJ de 29.04.91, pág. 5.280).

Aliás, também esse egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, no tema, repelindo em casos tais a continuidade delitiva.

“PENAL. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUIDADE DELITIVA. INOCORRÊNCIA.

Embora sejam considerados delitos da mesma natureza, o estupro e o atentado violento ao pudor são crimes de espécies diversas, o que afasta o alcance da norma contida no art. 71 do Código Penal, que define os casos de continuidade delitiva” (REsp 6.131-SP, 6ª T., Min. VICENTE CERNICCHIARO, DJU 81:5.280, 29.04.90).

Demonstrado, inequivocamente, o dissídio pretoriano, merece conhecido o recurso.

Não obstante hajam respeitáveis posições em contrário, entendo ser a mais correta, e que mais atende aos interesses sociais, a adotada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal repelindo a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda quando perpetrados contra a mesma vítima.

Face ao exposto, é o parecer pelo provimento do recurso” — fls. 135/38.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Sr. Presidente, volta à baila a discussão do concurso material dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados contra uma mesma vítima, isso em controvérsia com a figuração da simples continuidade delitiva.

Tantas vezes já apreciada pela Turma, convenha-se que a matéria se dispensa a novo debate, desne-

cessário reproduzir-se senão que por reportação aos pronunciamentos que então se deram a exemplo dos acórdãos nos REsp 17.587, 20.871 e 21.764, nos quais, vencido quanto ao tema o Sr. Min. Assis Toledo, assentou-se ser o caso de concurso material.

Portanto, referindo-me ao voto de vista que proferi naquele primeiro caso (REsp 17.587, em 17/6/92), do qual farei oportuna juntada por xerocópia, fico em acolher a irresignação do Ministério Público recorrente.

Pelo exposto, conheço do recurso e o provejo para restabelecer a sentença de primeiro grau.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL Nº 17.587 — SP

VOTO (VISTA)

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

Dispus-me, pois, ao exame dos precedentes-supremos, todos cingi-

dos à preocupação de distinguir entre si os crimes da mesma espécie dos crimes da mesma natureza, que na terminologia penal brasileira, a primeira continua regulando o chamado crime continuado, e a segunda estabelecia a configuração da chamada reincidência específica, figura, esta última, já agora proscrita do Cód. Penal.

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

ção por mais de dez páginas daquele número da RTJ, que, no caso de que se tratava, não havia conceber-se que roubo e extorsão são continuidade de uma mesma incriminação fragmentada em artigos diversos por motivos especiais do legislador.

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

“CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (COITO ANAL E *FELLATIO* OU *IRRUMINATIO IN ORE*) E TENTATIVA DE ESTUPRO.

QUANDO OS ATOS LIBIDINOSOS NÃO SÃO DAQUELES QUE PRECEDEM AO COITO NORMAL (*PRAELUDIA COITUS*), HÁ CONCURSO MATERIAL DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM TENTATIVA DE ESTUPRO, AINDA QUE PRATICADOS CONTRA A MESMA VÍTIMA, E ISSO PORQUE NÃO SÃO ELES CRIMES DA MESMA ESPÉCIE, REQUISITO ESSE INDISPENSÁVEL A CONFIGURAÇÃO DE CRIME CONTINUADO, QUE, POR ESSE MOTIVO, NÃO OCORRE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.”

Finalmente, em caso absolutamente igual ao dos autos, o Pretório Excelso voltou ao tema da

continuidade, em julgamento do Tribunal Pleno, em 30/04/87, reafirmando-o, consoante ementa seguinte:

“REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, PRATICADOS CONTRA A MESMA VÍTIMA.

COMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA JULGAR A REVISÃO CRIMINAL, UMA VEZ QUE O ACÓRDÃO OBJETO DELE É DE SUA LAVRA.

O ACÓRDÃO REVISANDO SE ADSTRINGIU A SEGUIR A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE QUE CONTINUA FIRME NO SENTIDO DE QUE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, PRATICADOS CONTRA A MESMA VÍTIMA, CARACTERIZAM CONCURSO MATERIAL.

INEXISTÊNCIA, PORTANTO, DE CONTRARIEDADE A TEXTO EXPRESSO DA LEI PENAL.

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

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

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

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

Impregnado da impressão de acerto que me ficou do aludido manuseio dos anais daquele exaustivo debate da matéria no Supremo Tribunal Federal, e “longe, muito longe” de pretender responder por conta própria a excelência dos argumentos a favor da **continuidade entre o estupro e o atentado violento ao pudor**, desenvolvidos mesmo em votos vencidos naquela Suprema Corte, e seguidos neste Tribunal pelos dois brilhantes votos já citados, a meu modesto entender, a caracterização da ficção penal de que se cuida encontra-se em déficit para com o requisito primeiro que se lhe deve indagar — a espécie típica.

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

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

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

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, a respeito da possibilidade ou não de continuidade delitiva entre crimes de estupro e atentado violento ao pudor, faço juntar cópia do voto que tenho proferido, a ele me reportando para aderir à conclusão do voto do Ministro-Relator.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL
Nº 20.871-7 — SP

VOTO

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

Passo ao exame do mérito.

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

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

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

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

Pensamos ser essa uma interpretação restritiva insustentável diante dos dispositivos do Código Penal em exame, já que, prevendo o art. 71, *caput*, a aplicação da pena mais grave quando os crimes sejam diversamente punidos (“aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, **ou a mais grave, se diversas**”...), é óbvio que o legislador penal brasileiro estendeu o crime continuado para condutas homogê-

neas, embora previstas, por diversificação de circunstância, em tipos incriminadores diversos (Nesse sentido, consultem-se: MIRABETE, Manual, vol. 1, 5ª ed., p. 315; FRAGOSO, Lições, PG, 7ª ed., p. 368).

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

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

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

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

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

O que foi dito até aqui põe à mostra um aspecto pouco explorado da continuidade delitiva: a sua dificuldade de conceituação e a consequente necessidade de exame do caso concreto para se saber se ocorre ou não uma verdadeira **unidade jurídica** nos vários delitos em série, para que recebam a qualificação de **crime continuado**, com as consequências penais daí derivadas.

NELSON HUNGRIA parece ter entrevisto essa questão quando, no tópico referido do recurso, afirma:

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

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

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

Não temos dúvida, porém, em afirmar que há enorme dificuldade em admitir-se a continuidade delitiva entre estupro e certas formas extremadas de atentado violento ao pudor, de que são exemplos o sexo anal e o sexo oral, pela brusca mudança no **modo de execução**, pelo maior sofrimento infligido à vítima e pela reorientação do dolo do agente para a prática de uma forma anormal de ato sexual, repugnante para a generalidade das pessoas.

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

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

Não obstante — e aqui desejo distanciar-me da linha do acórdão recorrido — o art. 71, *caput*, fala também na homogeneidade de tempo, lugar e **modo de execução**.

Admitamos, sem necessidade de maiores demonstrações, a presença, no caso, dos dois primeiros requisitos. Mas, o último, também estará presente?

Note-se que o recorrido, Valdir dos Santos, teve participação secundária no crime de estupro. Apenas ficou vigiando o namorado da vítima, enquanto o menor Jailson, por iniciativa própria e pelos próprios meios, praticava o estupro. No caso, Valdir não executou a conduta prevista no tipo do art. 213; apenas contribuiu, de algum modo, para o crime de Jailson. E, por essa contribuição para o crime de outrem, foi condenado, **como partícipe**.

Consumado aquele primeiro delito, Valdir passou à ação e constrangeu a infeliz vítima, desta vez com novas ameaças, partidas dele próprio, a suportar a prática de sexo oral. Não há, pois, sequer semelhança no **modo de execução** dos crimes e nas condutas concretas deste acusado.

Diante dessas circunstâncias, consideradas provadas pela sentença e pelo acórdão, chego à conclusão de que, apesar de presentes os requisitos da homogeneidade de crimes, em tese, e de identidade de tempo e de lugar, as condutas do acusado foram diferentes no **modo de execução**, não havendo coincidência entre a mera **participação** em um crime e a **autoria plena** em outro, razão pela qual, por este detalhe, aplicando o direito à espécie, acolho o recurso do Ministério Público.

Em conclusão, conheço do recurso, pela letra c, e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.243-6 — SP —
(93.0014061-2) — Relator: Exmo. Sr.
Min. José Dantas. Recte.: Ministério
Público do Estado de São Paulo.
Recdo.: Avelino Ivo Sabara (réu pre-
so). Advogada: Sílvia Regina Man-
gueiro.

Decisão: A Turma, por unanimi-
dade, conheceu do recurso e deu-lhe

provimento para restabelecer a sen-
tença de primeiro grau, nos termos
do voto do Min. Relator (em
18.08.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs.
Mins. Flaquer Scartezini, Assis To-
ledo, Edson Vidigal e Jesus Costa
Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.056-0 — MG (Registro nº 93.0016937-8)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Viação Rio Doce Ltda.*

Recorrida: *Francisca Luíz de Souza*

Advogados: *Humberto Theodoro Júnior e outros, e Dalton Pimenta e
outro*

EMENTA: Processo Civil. Denúnciação da lide. Direito de regres-
so. 1. Se o denunciante intenta eximir-se da responsabilidade pe-
lo evento danoso, atribuindo-a como exclusividade a terceiro, não
há como dizer-se situada a espécie na esfera de influência do art.
70, III, do CPC, de modo a admitir-se a denúnciação da lide por
isso que, em tal hipótese, não se divisa o direito de regresso, decor-
rente de lei ou do contrato. Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos es-
tes autos, acordam os Ministros da
Terceira Turma do Superior Tribu-
nal de Justiça, na conformidade dos
votos e notas taquigráficas constan-
tes dos autos, por unanimidade, em

conhecer do recurso e em lhe negar
provimento. Votaram com o Relator
os Srs. Ministros Nilson Naves,
Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Custas, como de lei.

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

Ministro WALDEMAR ZVEITER, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Viação Rio Doce Ltda. manifesta recurso especial, com espeque nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão da e. Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, cujo voto condutor apresenta-se lastreado nos seguintes fundamentos:

“Colhe-se da documentação trazida pelas partes que Francisca Luiz de Souza ajuizou contra Viação Rio Doce Ltda. ação de reparação de danos, tendo às fls. 45 o MM. Juiz indeferido o pedido de denunciação à lide, formulado pela ré em relação a Genival Gonçalves Barros, que dirigia o caminhão que, a seu sentir, foi o responsável pelo evento que levou o ônibus da empresa a atropelar o marido da autora.

A ré interpôs agravo de instrumento contra o indeferimento da denunciação, recurso que foi acolhido na retratação de fls. 79, determinando a citação do denunciado.

Data venia, não pode prevalecer a decisão proferida no juízo de retratação. Com efeito, diz o art. 70, nº III, do CPC, que:

‘Art. 70. A denunciação à lide é obrigatória:

III — àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda’.

No caso concreto, objeto da ação, o ônibus da empresa-ré atropelou o marido da autora. A ré, por sua vez, assevera que o fato se deu, porque o coletivo foi forçado a tanto pelo caminhão dirigido pelo denunciado. Este não está obrigado por lei ou por contrato a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Em caso de ser vencida a empresa suplicada, poderá, em ação autônoma, ressarcir-se de eventuais prejuízos. A afirmativa de que o dano à vítima foi ocasionado pelo ônibus, mas por culpa do denunciado, motivo único do pedido de denunciação, não é compatível com o instituto invocado, que só permite o regresso em virtude de lei ou contrato”.

Segundo alega o recorrente, essa decisão negou vigência ao art. 70, III, do CPC, e discrepou do entendimento estampado nos julgados de outros Tribunais que indica.

Positivo o juízo de admissibilidade, na origem, subiram os autos.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Irrepreensíveis os fundamentos que alicerçam o acórdão recorrido, porquanto pretende-se denunciar à lide a quem não está obrigado, por força de lei ou do contrato, a garantir o resultado da demanda, no caso de o denunciante sucumbir.

Tais as circunstâncias, porém, não há como situar a espécie na esfera de influência do art. 70, III, do CPC, de modo a admitir-se a denunciação da lide, por isso que não se divisa o direito de regresso.

“Este (o direito de regresso) pressupõe que alguém devia, mas, mesmo devendo, tinha o direito de se voltar contra outrem para reclamar, no todo ou em parte o que desembolsou”, segundo o escólio de Sydney Sanches, na substanciosa monografia “Denunciação da Lide no Direito Processual Civil” (Editora Revista dos Tribunais, 1984, pág. 116).

Como ensina Athos Gusmão Carneiro, “a denunciação da lide é prevista no vigente Código de Processo Civil como uma ação regressiva, *in simultaneous processus*, proponível tanto pelo autor como pelo réu, sendo citada como denunciada aquela pessoa contra quem o denunciante terá uma pretensão indenizatória, pretensão ‘de reembolso’, caso ele, denunciante, vier a sucumbir na ação principal” (Intervenção de Terceiros, Ed. Saraiva, 1981, pág. 63).

Na espécie vertente, como se colhe do pedido de denunciação, o recorrente, em verdade, intenta eximir-se da responsabilidade pelo evento danoso, atribuindo-a com exclusividade a terceiro.

É incontrastável, porém, o entendimento de que a denunciação da lide não implica exclusão da responsabilidade do denunciante perante a outra parte, pressupondo, aliás, esta responsabilidade, eis que se

funda na existência da pretensão regressiva. Aliás, o próprio subscritor do recurso, o ilustre processualista Humberto Theodoro Júnior, acentua isso, em sede doutrinária, neste relanço: “Num só ato judicial, duas condenações serão proferidas: uma contra o denunciante e em favor do outro demandante; e outra contra o denunciado, em favor do denunciante, desde que este tenha saído vencido na ação principal e que tenha ficado provada a responsabilidade do primeiro” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Ed. Forense, 2ª ed., pág. 141).

Destarte, conheço do recurso, porquanto caracterizado o dissídio jurisprudencial, mas nego-lhe provimento. É como voto, Senhor Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.056-0 — MG — (93.0016937-8) — Relator: Exmo. Sr. Min. Costa Leite. Recte.: Viação Rio Doce Ltda. Advogados: Humberto Theodoro Júnior e outros. Recda.: Francisca Luiz de Souza. Advogados: Dalton Pimenta e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, mas lhe negou provimento (em 31.08.93 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WALDEMAR ZVEITER.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.762-0 — RJ

(Registro nº 93.0019037-7)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Recorrente: *União dos Revendedores — Administradora de Consórcio Ltda.*

Recorrido: *Jailson Gonçalves dos Santos*

Advogados: *Drs. Affonso Alipio Pernet de Aguiar e outros, e Agostinho Gonçalves Filho e outro*

EMENTA: *Processual Civil. Julgamento extra petita. 1. Por força do efeito devolutivo, deve o tribunal de segunda instância conhecer da matéria impugnada na apelação e dar a solução conforme o direito. 2. O acórdão que, apesar da impugnação do apelante, confirma, por seus próprios fundamentos, decisão monocrática que julgou extra petita, padece da eiva de nulidade por afronta aos arts. 128 e 460 do CPC, que consagram o princípio da adstrição do Juiz ao pedido da parte. 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 seguir, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Senhores Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do artigo 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: A lide tem por objeto contrato coletivo de consórcio para a aquisição de automóveis, tendo o Juiz de primeiro grau reunido os processos e julgado simultaneamente ação cautelar e ação declaratória propostas por Jailson Gonçalves dos Santos, consorciado, e ação ordinária de cobrança intentada contra este por

União dos Revendedores — Administradora de Consórcio Limitada.

A sentença acolheu esta última demanda e condenou o réu a pagar à autora a quantia de NCz\$ 29.690,84 (vinte e nove mil, seiscentos e noventa cruzados novos e oitenta e quatro centavos), que deverá ser convertida para o padrão monetário vigente e corrigida monetariamente a partir de dezembro, além da multa contratual de 10%, juros de mora e verba honorária.

A União dos Revendedores opôs embargos declaratórios e apelou adesivamente, alegando julgamento *extra petita*, já que pedira a condenação do réu ao pagamento de 11,065 cotas consorciais pelo valor vigente à data do efetivo pagamento e não em quantia certa, como consta da sentença.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou a decisão monocrática e rejeitou os embargos declaratórios que opusera, com a mesma finalidade, a União dos Revendedores (fls. 176 e 183).

Daí o recurso especial, fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, em que se arguiu a violação dos arts. 128 e 460 do CPC.

Admitido o recurso, os autos subiram a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): A ora recorrente,

na ação ordinária proposta contra Jailson Gonçalves dos Santos, requereu que o réu fosse condenado a pagar-lhe “11,065 cotas consorciais vigentes à data do pagamento, juros de mora, multa contratual, despesas processuais e honorários de advogado”.

A sentença e o acórdão recorrido, entretanto, apesar dos embargos declaratórios opostos em ambas as instâncias, confirmaram a condenação em quantia certa, referida apenas como base para o valor da causa.

Trata-se, à evidência, de julgamento *extra petita*, com violação do princípio de adstrição do Juiz ao pedido da parte, consagrado nos arts. 128 e 460 do CPC, porquanto se condenou o réu em objeto diverso do que foi demandado, fora do pedido.

Malferidos como foram os citados artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, conhecimento do recurso e lhedo provimento para cassar o v. acórdão recorrido, a fim de que outro seja proferido, respeitados os limites do pedido formulado pelo ora recorrente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.762-0 — RJ — (93.0019037-7) — Relator: Exmo. Sr. Min. Torreão Braz. Recte.: União dos Revendedores — Administradora de Consórcio Ltda. Advogados: Affonso Alipio Pernet de Aguiar e outros. Recdo.: Jailson Gonçalves dos Santos. Advogados: Agostinho Gonçalves Filho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 27.09.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do artigo 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 36.954-1 — RJ

(Registro nº 93.0019986-2)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recte.: *Município do Rio de Janeiro*

Recda.: *Carvalho Hosken S/A - Eng. e Construções*

Advs.: *Cláudia Alves de Oliveira Alcântara e outros, e Amadeu Gonçalves e outros*

EMENTA: Processual Civil e Administrativo. Acórdão. Motivação. Desapropriação indireta. Justo preço. Juros compensatórios. Contagem. Termo inicial. Prescrição. Divergência jurisprudencial. 1. Acórdão que contém suficiente fundamentação, preenchendo os requisitos mínimos exigidos por lei, não pode ser pechado de nulo. 2. A inconformidade relativa ao justo preço, soberanamente fixado na instância ordinária com respaldo em laudo pericial, não rende ensejo a que se faça o pretendido reexame da questão no âmbito do especial. 3. Juros compensatórios. Incidência a partir da data do apossamento. 4. Prescrição. Inocorrência, porquanto inaplicável à hipótese o Decreto 20.910/32. Sendo tal ação de natureza real, a prescrição é vintenária. 5. Divergência. Não comprovada, órfão que está o pretenso dissídio do indispensável confronto analítico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Egrégio Superior

Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros José de

Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Ação ordinária ajuizada em 1986 por “Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções” contra a Municipalidade do Rio de Janeiro, objetivando recebimento da indenização em face de desapossamento de imóvel de sua propriedade, descrito na inicial, operado pela ré em 1976 para construção de logradouro público tido como indispensável ao Centro Internacional de Feiras e Exposições, conhecido como Rio-Centro, foi por sentença de fls. 189/195 julgada procedente, afastada a prejudicial de prescrição com a condenação daquela Municipalidade no pagamento do importe indenitário de NCz\$ 173.000,00, apurado pela perícia, devidamente corrigido a partir de maio de 1989, data do laudo acolhido, mais juros compensatórios e moratórios também a partir desse referido mês e ano, acrescido da honorária de 15%.

Ambas as partes com a decisão não se conformaram, pelo que via

dos recursos apresentados procuraram reformá-la. O Município reiterando a tese da prescrição da ação; a redução do valor indenizatório em consonância com o estimado pelo seu assistente-técnico ou com o do louvado do Juízo ou, ainda, a sua fixação em Cr\$ 80.000,00, quantia a que se chegaria com aplicação de critérios outros e, por fim, postulando a incidência dos juros moratórios a partir do trânsito em julgado e a redução do percentual dos honorários advocatícios. A autora adesivamente recorreu tão-somente para postular a retroação dos juros compensatórios à data da ocupação do imóvel.

O acórdão assim decidiu a questão (fls. 248):

“Conheço e dou parcial provimento ao 1º apelo e provimento integral ao adesivo.

Parcial ao 1º apelo para que a incidência dos juros moratórios flua a contar do trânsito em julgado do *decisum* apelado, e, não como consignado na sentença de 1º grau, na forma da melhor doutrina e iterativa jurisprudência, mantida a verba honorária e o valor estimado para a indenização, razoáveis, excluída, ainda a alegação de prescrição, porquanto, como, com razão, opina a douta Procuradoria-Geral da Justiça, deve a ordinária ou extraordinária prevalecer sobre a excepcional, de 20 anos, pois. E **integral** ao recurso adesivo para o efeito da contagem e incidência dos juros compensatórios desde a data do apossamento da *res*, em 13.09.76, confor-

me documento adunado às fls. 14 e 15 dos autos, com o que se atende ao princípio constitucional da justa indenização, consagrado no art. 5º, XXIV, e 182, § 3º, da Carta Magna de 1988”.

Daí o especial interposto pela Municipalidade com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando violação ao artigo 458, II, do CPC, ao art. 3º do Decreto 20.910/32, ou art. 177 do CCB, se considerada a ação como de natureza real; no que concerne ao dissídio, entende configurado no que tange ao termo inicial dos juros compensatórios, já que os paradigmas coligidos determinam, em casos que tais, a sua fluíção a partir da perícia.

Inadmitido pela decisão de fls. 299/300, o recurso logrou, em juízo de retratação, a seqüência almejada, tudo nos termos do despacho de fls. 302, subindo os autos juntamente com os do agravo manifestado contra a primeira decisão indeferitória do especial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): 1. Preliminarmente julgo prejudicado o agravo de instrumento apensado aos autos do recurso especial. É que, inadmitido este no primeiro juízo de admissibilidade exercitado pela Terceira Vice-Presidência do Tribunal *a quo*, nos termos da decisão de fls. 298/300, o

apelo nobre teve o processamento admitido pela retratação de fls. 302, tão-somente pela letra *c* do permissivo autorizador, o que não constitui em empeco ao seu conhecimento pelo outro fundamento, satisfeitos os requisitos pertinentes. É o que passo a analisar.

2. Alega o recorrente, em primeiro lugar, violação ao art. 458, inciso II, do Código de Processo Civil, porque o acórdão, cuja íntegra transcrevi no relatório, careceria de indispensável motivação.

De tal mácula penso não padecer o acórdão recorrido que, diante da singeleza da questão analisada, bem decidiu a espécie com suficiente fundamentação, preenchendo pois os requisitos mínimos exigidos por lei. Afasto, em conseqüência, a pretensa violação argüida, até porque a deficiente fundamentação, tal como assente na jurisprudência, não oferece ensanchas à anulação do acórdão.

3. A inconformidade relativa ao justo preço, soberanamente fixado na instância ordinária com respaldo no laudo pericial adotado, não pode ser reexaminada no âmbito do apelo nobre, diante do óbice da Súmula nº 07 desta Corte.

4. Inocorrente, por outro lado, a prescrição. A sentença e o acórdão afastaram-na com inteira razão, por entenderem inaplicável à hipótese a regra do art. 3º do Decreto 20.910/32. De fato. Tranqüila a jurisprudência no sentido de que a denominada ação desapropriatória indireta não é atingida pela prescri-

ção quinquenal. Sendo tal ação de natureza real, a prescrição é vintenária (REsp nº 7.188-0, DJ de 30.08.93).

5. Finalmente, quanto ao termo inicial dos juros compensatórios, fixado pelo acórdão a partir da data do apossamento, no que não discrepa do enunciado da Súmula nº 69 desta Corte, pretende o recorrente que estes incidam apenas a partir da perícia, em conformidade com os paradigmas trazidos a confronto. Entretanto, a divergência que, na hipótese, entende configurada o recorrente, não se encontra devidamente comprovada. Carece o pretense dissídio do indispensável confronto analítico. Não fez o recorrente, como exigidos pelos arts. 255 do Regimento Interno e 26 da Lei 8.038/90, a demonstração da similitude dos casos confrontados, consabido que a mera reprodução de ementa é insuficiente à caracterização da dissidência interpretativa.

Do exposto, inexistentes as violações apontadas, não conheço do recurso e julgo prejudicado o Agravo nº 40.742, autos apensados.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.954-1 — RJ — (93.0019986-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Recte.: Município do Rio de Janeiro. Advogados: Cláudia Alves de Oliveira Alcântara e outros. Recdo.: Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções. Advogados: Amadeu Gonçalves e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 15.09.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.011-6 — SP

(Registro nº 93.0020265-0)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrentes: *Everaldo Fossati e cônjuge*

Recorrido: *Banco Bradesco de Investimentos S/A*

Advogados: *Drs. Jesus Aparecido Ferreira Pessoa e outros, e Paulo Eduardo Dias de Carvalho e outros*

EMENTA: Processo Civil. Embargos de terceiro. Fraude de execução. Imóvel alienado pelo executado antes de sua citação. Art. 593, II, CPC. Nova alienação, posterior à penhora, aos embargantes. Constrição não levada a registro. Precedentes. Recurso acolhido. 1. Na linha dos precedentes da Corte, não se considera realizada em fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado-alienante. 2. Para que não se desconstitua penhora sobre imóvel alienado posteriormente à efetivação da medida constritiva, ao exequente que a não tenha levado a registro cumpre demonstrar que dela os adquirentes-embargantes tinham ciência, máxime quando a alienação a estes tenha sido realizada por terceiro, que não o executado.

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 Ministros Barros Monteiro, Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art.1º da Emenda Regimental 3/93, e Fontes de Alencar. Ausente, justificadamente, o Ministro Athos Carneiro.

Custas, como de lei.

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

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

EXPOSIÇÃO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Cuida-se de embargos de terceiro ajuizados por adquirentes de terreno visando a livrá-lo de penhora efetuada nos autos de execução promovida pelo Banco

Bradesco de Investimento contra Leonardo Kocinas.

Descrevem, na inicial, a seguinte seqüência de transmissão da propriedade sobre referido imóvel:

"a) Leonardo Kocinas e esposa (executados) por compromisso particular de 18 de março de 1986, alienaram a Jirair Kutchekian, pelo preço de NCz\$ 47,23;

b) Referida transação foi traduzida em uma escritura pública, datada de 16 de dezembro de 1986, registrada em 23 de dezembro de 1986 (R. 04, matrícula nº 15.901);

c) Jirair Kutchekian e esposa, por escritura de 16 de dezembro de 1986, venderam a Caio José Conci Júnior, registrada em 23 de dezembro de 1986 (R. 05, matrícula 15.901);

d) Finalmente, Caio José Conci Jr. vendeu aos embargantes, conforme título descrito no item nº 2, parte final, acima; como se verifica, os embargantes possuem o imóvel em questão, de forma absolutamente legal, por título hábil, devidamente registrado, o que lhes confere a condição de senhores e possuidores sobre o bem".

O Juiz sentenciante, entendendo caracterizada fraude de execução, julgou improcedentes os embargos. Da fundamentação respectiva, colhe-se:

"A execução em questão foi proposta em 11.11.86, cobrando-se débito vencido a partir de 17.08.86. Determinada a citação em 26.11.86, realizou-se ela em 09.01.87. A penhora efetivou-se em 03.02.87.

A primeira transferência de propriedade, realizada através da escritura de venda e compra de fls. 8/9, datada de 16.12.86, foi seguida de outra semelhante, na mesma data (fls. 10/11). Finalmente, em 21.03.88, os embargantes adquiriram a propriedade daquele lote de terreno.

Ora, é evidente que, pendente a execução desde 11.11.86, todas essas transferências se fizeram em fraude à execução. Entende este juízo que a simples distribuição da execução é suficiente para caracterizar a fraude, desnecessárias indagações a respeito da citação e da penhora.

Ou seja, foram feitas em fraude à execução todas as transferências de propriedade supra-referidas e são todas elas, em conseqüência, ineficazes relativamente ao exeqüente.

Caracterizada a intenção fraudulenta pela data das transferências, e não tendo cuidado os embargantes de comprovar que continuaram solventes depois da venda, está perfeitamente demonstrada a fraude à execução.

É irrelevante, para tal caracterização, que a penhora não tenha sido inscrita uma vez que, repita-se, basta a simples propositura da execução para caracterizar a fraude, pena de se tornar letra morta a legislação atinente à execução, em se tratando de devedores "inteligentes", que cuidariam de promover a transferência de seus patrimônios enquanto aguardavam citação e penhora".

Interposta apelação, a Primeira Câmara do Primeiro Tribunal de Alcada Civil de São Paulo negou-lhe provimento, adotando, em essência,

a mesma motivação expendida na decisão monocrática.

Rejeitados os declaratórios oferecidos, os embargantes manifestaram recurso especial, alegando negativa de vigência aos arts. 219, 263, 593, II, CPC e 167 da Lei 6.015/73, além de divergência jurisprudencial com julgados desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Sustentam:

a) que, “no caso presente, não existia lide pendente contra o devedor, pois o simples ajuizamento da ação de execução não traduz a existência da ação, exigindo a lei que o devedor tenha sido citado”;

b) que “a decisão recorrida, a par desta questão, proclamou que a penhora não necessita estar registrada junto ao cartório respectivo para sua validade perante terceiros”, contrariando o disposto na Lei dos Registros Públicos.

Contra-arrazoado, foi o apelo inadmitido na origem, subindo os autos por força de agravo a que dei provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): 1. Razão assiste aos recorrentes.

Com efeito, somente pode ser considerada realizada em fraude de execução a alienação ocorrida após a citação do executado-alienante. Antes disso, porque ainda não existe litispendência, possível em tese falar-se tão-somente em fraude contra credores.

Neste sentido, o seguintes julgados:

“Fraude à execução — Necessidade da citação. CPC, artigo 593, II. Para que a alienação de bens possa configurar a hipótese prevista no artigo 593, II, do CPC, necessário exista litispendência, o que só ocorre com a citação” (REsp 2.053-MS, Relator o Sr. Ministro Nilson Naves, DJ de 24.9.90).

“Fraude à execução. Não caracterização. Para que se configure a fraude de execução, não basta o ajuizamento da demanda, mas a citação válida. Recurso especial conhecido, mas improvido” (REsp 2.429-SP, Relator o Sr. Ministro Barros Monteiro, DJ de 6.8.90).

“Penhora. Embargos de terceiro. Alegação de fraude à execução.

I — Para que se considere a alienação em fraude de execução não é suficiente o ajuizamento da ação. Há, para tanto, necessidade da citação válida do executado para demanda com possibilidade de convertê-lo a insolvência.

II — Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

III — Recurso especial de que, à unanimidade, se conheceu, mas a que se não atendeu” (REsp 2.573-RS, Relator o Sr. Ministro Fontes de Alencar, DJ de 11.6.90).

“Processo civil. Embargos de terceiro. Fraude de execução. Alienação anterior à citação. Inocorrência. Art. 593, II, CPC. Recurso provido.

I — Não pode ser havida em fraude de execução doação que se aperfeiçoa antes da citação do executado-doador.

II — Se ao tempo da transferência do domínio ainda não existia litispendência, incabível pleitear-se o reconhecimento da fraude de execução” (REsp 16.823-SP, por mim relatado, DJ de 14.12.92).

Configurada, pois, a alegada violação ao art. 593, CPC, bem como caracterizado, até porque notório, o dissenso interpretativo entre o aresto impugnado e os julgados desta e da Suprema Corte trazidos a cotejo.

2. O segundo inconformismo deduzido pelos recorrentes, embora prejudicada sua análise pelo acolhimento do primeiro, está a merecer algumas considerações.

Entendeu o sentenciante, no que foi acompanhado pelo Colegiado de segundo grau, ser “irrelevante.... que a penhora não tenha sido inscrita...”. Assim não é, porém.

In casu, conforme assentado, a constrição sobre o bem que se constituiu em objeto dos embargos foi levada a cabo em 3.2.87. A alienação aos embargantes foi realizada, por pessoa distinta do executado, mais de um ano depois, em 21.3.88.

O registro no álbum imobiliário, em casos tais, possui relevância, na medida em que, sendo o ato pelo qual se dá a conhecer *erga omnes* o ônus que sobre o imóvel recai, sua ausência carrega ao exequente que pretenda alegar fraude de execução o encargo de demonstrar, por outros

meios, que o adquirente tinha ciência da existência de referido ônus.

Confira-se, a propósito, o REsp 26.866-RS, de que fui Relator, assim ementado:

“Processo Civil. Embargos de terceiro-adquirente. Fraude de execução. Ausência de registro da penhora. Prova da ciência. Ônus do credor-exequente. Orientação doutrinário-jurisprudencial em tema polêmico. Recurso provido.

Segundo entendimento que tem sido acolhido no Superior Tribunal de Justiça, com lastro em orientação doutrinária, para a caracterização da fraude de execução, ao exequente, que não providenciou o registro da penhora, cabe provar que o terceiro-adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem em constrição judicial” (DJ de 16.11.92).

Na espécie, ademais, tendo sido o terreno em causa vendido aos embargantes por pessoa distinta do executado, mesmo tivessem eles diligenciado junto aos cartórios judiciais não lograriam, fornecendo o nome do alienante, localizar a execução em cujo bojo foi efetivada a apreensão.

Essa a razão por que a Terceira Turma desta Corte, analisando hipóteses semelhantes à vertente, decidiu:

“Execução — Fraude — CPC 593, II.

Para que se tenha como presente a fraude de execução, necessário que já tenha ocorrido a citação.

Bem penhorado — Alienação — Registro da penhora.

Ainda se admita que ineficaz a alienação de bem penhorado, mesmo não registrada a penhora, o mesmo não sucede quando feita por terceiro, que não o executado. Necessidade de amparar aquele que, não tendo adquirido o bem do devedor, agiu de boa-fé” (REsp 2.653-MS, Relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 19.11.90).

“Execução. Alienação do bem penhorado. Não estando registrada a penhora. No caso da alienação do bem já por um terceiro, impõe-se resguardar a boa-fé, estando comprovada, do adquirente, por não ter adquirido o bem do devedor. Precedência dos embargos de terceiro. Agravo regimental improvido” (AgRg-Ag nº 9.500-SP, Relator o Sr. Ministro Nilson Naves, DJ de 17.6.91).

Em face do exposto e na linha dos precedentes, conheço do recurso por ambos os fundamentos e dou-

lhe provimento para, reformando o acórdão recorrido, julgar procedentes os embargos de terceiro, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.011-6 — SP — (93.0020265-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Rec-tes.: Everaldo Fossati e cônjuge. Advogados: Jesus Aparecido Ferreira Pessoa e outros. Recdo.: Banco Bradesco de Investimentos S/A. Advogados: Paulo Eduardo Dias de Carvalho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 14.09.93 — 4ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.015-9 — RJ
(Registro nº 93.0020269-3)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Companhia Paulista de Seguros*

Recorrida: *Fraspol Indústria e Comércio Ltda.*

Advogados: *Elizabeth Soares Bechtinger e outros, e Carlos Mário da Silva Velloso Filho e outros*

Sust. oral: *João Alberto Del Nero, pela recorrente, e Carlos Mário da Silva Velloso Filho, pela recorrida*

EMENTA: Civil. Processual Civil. Seguro ajustável. Prescrição. 1. O despacho judicial, determinando a intimação do protesto, anteriormente ao exaurimento do prazo, com a efetivação desta antes de terminado o do art. 219, § 2º, com a prorrogação do § 3º, solicitada pela requerente na própria inicial, interrompe o curso da prescrição. 2. A representação da empresa por quem o contrato social designa, afasta a argüição de ilegitimidade, feita pela seguradora, para sustentar a inexistência de efeito interruptivo da prescrição ao protesto. 3. No seguro ajustável cabe à segurada fornecer, periodicamente, as variações dos efeitos segurados à seguradora.

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.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de outubro de 1993
(data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Recorre a COMPANHIA PAULISTA DE SEGUROS, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, de acórdão

proferido pela Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que negou provimento à apelação interposta em ação de indenização movida contra a FRASPOL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Sustenta o recorrente ter o acórdão infringido os arts. 12, VI, 131, art. 219, e 4º, 471, do Código de Processo Civil; 178, § 6º, II, 1.433, 1.434, 1.435, do Código Civil, ao rejeitar a prescrição argüida, e determinar o pagamento do valor do seguro, e mantendo a verba honorária.

Processado o recurso vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Não procede a argüição de prescrição, como bem decidiram as instâncias ordinárias, posto que, antes de exaurido o prazo ânua, a segurada o interrompeu, mediante protesto, do qual foi a seguradora intimada em tempo hábil.

Assim é que, o prazo prescricional se encerraria em 21 de março de 1991, havendo o protesto sido apresentado à distribuição em 14 de março de 1991, com despacho do Juiz, determinando a citação (*sic*) em 19 desses mês e ano.

É de considerar que requerera a empresa, ante a premência do prazo, que fosse o mesmo prorrogado por 90 dias, segundo permite o § 3º do art. 219 do Código de Processo

Civil e a intimação, por carta precatória, se efetivou em 22 de maio de 1991, quando o prazo de noventa dias terminaria em 29 de junho.

Mas a seguradora se esforça por dizer que esse protesto não teria o efeito de interromper a prescrição, já que seria irregular a representação da empresa por um sócio apenas, o que assinara a procuração. E, ainda, que sobre o tema haveria preclusão, porque, na ação que se seguiu ao protesto, determinara o Juiz que se regularizasse a representação, nos termos do art. 13 do Código de Processo Civil, ante a argüição feita pela seguradora, em sua contestação.

Ocorre, no entanto, que a determinação não tem o conteúdo decisório que lhe quer emprestar a ora recorrente, até porque, comprovou a autora que o sócio, detentor da quase totalidade das quotas, é por disposição estatutária o gerente, com amplos poderes de representação da empresa, o que restou decidido na fase de saneamento e na sentença, posteriormente confirmada no acórdão recorrido.

Não há, por conseguinte, a contrariedade às normas processuais indicadas no recurso e mencionadas no relatório, a propósito da regular representação da empresa recorrida.

Passo ao exame do mérito.

Nas instâncias ordinárias, mediante interpretação do contrato e o exame das provas produzidas no processo, se reconheceu como incontroverso que se cuida de contrato de

seguro ajustável, ou seja, do tipo em que, tanto o valor segurado, quanto o prêmio se ajustam, segundo o valor do estoque de mercadorias existentes, no linguajar securitário, de acordo com as “existências” que se põem no seguro.

Definiu-se como provado que a empresa segurada cumpria sua parte na avença, fornecendo em formulários próprios da seguradora, dados que permitissem esses reajustamentos, na hipótese, quinzenalmente, segundo previsão tarifária oficial.

A segurada, como já fizera antes, com a mesma seguradora, pagou setenta por cento do prêmio, ficando o restante para ser pago ao fim do contrato, pela média das “existências” fornecidas periodicamente. De modo que, verificado o sinistro antes de terminado o prazo do seguro, não se poderia a seguradora furtar de honrar o contrato, em sua inteireza, para fazê-lo apenas em relação ao valor inicial dos estoques segurados.

Não importa que a seguradora tenha deixado de fazer os endossos subseqüentes, em relação a cada “existência” fornecida pela segurada, para dizer que tais alterações de estoques não estariam abrangidas pelo seguro, o que seria o mesmo que deixar à seguradora, unilateralmente, a fixação do valor segurado, sem relevo que o prêmio não houvesse sido satisfeito, a cada período informado, até porque o seria ao fim da avença, pela média das alterações comunicadas, sendo certo que esse

valor restante do prêmio se imputará na indenização do sinistro, evidentemente.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho o Ministro-Relator, acrescentando que a espécie reclama exame de matéria de fato e exame de cláusula contratual.

A meu sentir, o em. Relator, além de ter, com a segurança habitual, rejeitado as preliminares, adentrou o mérito do recurso mais para colocar solução definitiva à espécie, considerando que, em termos de objeções sumulares, o recurso não se mostrava apto ao sucesso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, de acordo com o Sr. Ministro-Relator, por entender que a espécie é caso típico de interpretação de cláusula contratual.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.015-9 — RJ — (93.0020269-3) — Relator: Exmo. Sr. Min. Dias Trindade (03/93). Recite.: Companhia Paulista de Seguros. Advogados: Elizabeth Soares Bechtlinger e outros. Recda.: Fraspol Indústria e Comércio Ltda. Advogados: Carlos Mário da Silva Velloso Filho e outros. Sustentaram, oral-

mente, os Drs. João Alberto Del Nero, pela recorrente, e Carlos Mário da Silva Velloso Filho, pela recorrida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 26.10.93 — 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.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.217-8 — SP

(Registro nº 93.0020896-9)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Luiz Gonzaga de Barros Mascarenhas*

Recorrida: *Nossa Caixa — Nosso Banco S/A*

Advogados: *Oswaldo Trevisan e outros, e Maria Alice de Oliveira e outros*

Sust. oral: *José Perdiz de Jesus, pelo recorrente*

EMENTA: Civil. Processual Civil. Responsabilidade. Prescrição. Preclusão. Reexame de provas. 1. Uma vez decidida, na fase de saneamento do processo, a questão prescricional, sem recurso da parte que a argüira, tem-se por preclusa a matéria, sem contrariar o art. 162 do Código Civil. 2. Determinados os fatos, mediante o exame soberano das provas, nas instâncias ordinárias, especificamente sobre a existência de prejuízos devidos à atuação do administrador da empresa e a culpabilidade deste, bem aplicados restaram os dispositivos legais que definem a responsabilidade civil e o correspondente dever indenizatório.

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 não conhecer do recurso. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Torreão Braz.

Custas, como de lei.

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: Com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, recorre LUIZ GONZAGA DE BARROS MASCARENHAS de acórdão proferido pela Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento à ação de indenização relativa a prejuízos por indevida liberação de financiamento.

Sustenta o recorrente ter o acórdão contrariado os arts. 158, I, 287, II, *a*, da Lei 6.404/76, 159 e 162, do Código Civil.

Recebido e processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A primeira indagação diz respeito à preclusão, que o acórdão entende tenha ocorrido, quanto à questão prescricional, por isso que decidida na fase de saneamento do processo, de modo exaustivo, sem que interposto recurso pela parte que a invoca.

Bate-se o recorrente porque possível a renovação do tema, em qual-

quer fase do processo e em qualquer instância, sustentando que, por ser matéria de ordem pública, não transita em julgado, estribado na regra do art. 162 do Código Civil, que tem, assim, por contrariada.

Estou, no entanto, que não tem razão o recorrente, posto que, efetivamente a prescrição foi rejeitada e com a decisão proferida se conformou a parte que a argüira, além de que dita decisão se acha bem lançada, sem que as razões expostas pela parte recorrente possam abalar a sólida fundamentação em que repousa (ler fls. 239 a 246).

CLÓVIS BEVILÁCQUA, nos seus comentários ao art. 162 do Código Civil, indica, com precisão, o fundamento do dispositivo, ao asseverar:

“A regra do artigo, admitindo a alegação da prescrição em qualquer estado da causa, funda-se na consideração de que se essa defesa não foi, desde o primeiro momento, invocada, foi, naturalmente, porque o prescribente confiava nos outros meios; mas esse modo de proceder não pode tirar à prescrição os seus efeitos” (Código Civil dos EEUU do Brasil Comentado — vol. I, págs. 462/3).

Assim o entendimento correto do art. 162 é aquele que o submete às decisões que, no curso do processo, aprecia a defesa, subordinado, portanto, aos efeitos da preclusão, o que se substancia no ensinamento de PONTES DE MIRANDA, a propósito do conteúdo do art. 162:

“A regra jurídica do art. 162 não significa poder ser alegada a prescrição se o réu falou na causa e não exerceu o seu direito de exceção. Na contestação há de ser alegada, se já existe a *exceptio*, porque então seria de ser exercida. Se não no foi, não mais pode ser, porque ou foi interrompida com a citação, ou se já existia a exceção, não foi exercida, *e.g.*, se não agravou no auto do processo, por ter o Juiz julgado a prescrição no despacho saneador, nem recorrido da sentença de primeira instância. Na instância do recurso extraordinário, não se conhece da arguição de prescrição se não foi exercida na instância inferior a exceção, salvo se só se operou depois da conclusão dos autos para a decisão recorrida” (Tratado de Direito Privado — vol. VI — págs. 249/50).

O Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, tem na sua Súmula o enunciado 424, deste teor:

“Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas explícita ou implicitamente para a sentença.”

É certo que os acórdãos referenciados na Súmula foram proferidos na vigência do Código de Processo Civil anterior, que hoje contempla o dispositivo do art. 267, § 3º, que se poderia dizer em sentido contrário ao do enunciado sumular. No entanto, mesmo aí, não falta quem sustente que, uma vez decididas as matérias a que se refere a regra, na fase de saneamento do processo, sem que interposto recurso, opera-se a

preclusão, ainda que se tenha convenionado dizer que tais decisões não transitam em julgado. Aqui, contudo, não rege o art. 267, mas o art. 269.

Assim, não há a alegada contrariedade ao art. 162 do Código Civil e, portanto, ininvocável violação do art. 287, II, da Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976, que cuida da prescrição da ação da sociedade contra seu administrador.

No que tange à contrariedade aos arts. 158, I, da Lei das Sociedades por Ações, e ao art. 159 do Código Civil, é certo que as instâncias ordinárias decidiram à luz do exame do conjunto probatório, expressamente no que toca à culpa — *latu sensu* — do réu, à existência de prejuízos e ao nexo da causalidade entre a atuação do mesmo réu e os danos, a inviabilizar a admissão do recurso especial, consoante o enunciado da Súmula 07 da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

A leitura de trechos da sentença, cujos fundamentos foram encampados pelo acórdão recorrido, servem a indicar que a base fática da responsabilidade civil do recorrente está assentada nas provas que se produziram, documental, pericial e oral, insusceptíveis de reexame em sede de recurso especial que, por haver passado ao âmbito de competência deste Tribunal, não perde o seu caráter de extraordinariedade, como pensa o recorrente, já que aqui não se cuida de fatos, senão do exame de correta aplicação da lei federal aos definidos nas instâncias ordinárias.

Não se constitui a jurisdição deste Tribunal, no que diz respeito ao julgamento do recurso especial, em “terceira instância”, como entende o recorrente, aproximando-se muito mais do conceito de “corte de casação”, não destinada a fazer justiça às partes, mas de bem aplicar a lei federal à situação de fato definida nas instâncias ordinárias, estas, sim, com jurisdição soberana a respeito do exame das provas.

Leio, na sentença (fls. 841/844):

De notar que, além de referir-se às provas a sentença analisou cláusula contratual, dando-lhe interpretação, para afirmar o desrespeito ao que da mesma consta, especificamente no que toca às exigências para a liberação de parcelas do contrato de financiamento.

E o acórdão, a propósito, ainda, da questão de fato, no reexame que fez das provas, confirmou a sentença apelada, dizendo (fls. 929/931):

Determinados, portanto, os fatos, segundo as provas, bem aplicados restaram os dispositivos legais definidores da responsabilidade civil e o correspondente dever indenizatório.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho os votos pelos fundamentos expostos pelo Sr. Ministro-Relator, não obstante as restrições que faço ao verbete 424

da súmula do Supremo Tribunal Federal, na linha de precedentes já apreciados nesta Turma.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro-Relator, inclusive na parte relativa à alegada preclusão. Penso que, se o Juiz de Direito, na fase de saneamento da causa, resolve sobre o direito disponível da parte, e esta não recorre, resulta, como consequência, a preclusão *pro iudicato*.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.217-8 — SP — (93.0020896-9) — Relator: Exmo. Sr. Min. Dias Trindade (ER 03/93). Recte.: Luiz Gonzaga de Barros Mascarenhas. Advogados: Oswaldo Trevisan e outros. Recda.: Nossa Caixa — Nosso Banco S/A. Advogados: Maria Alice de Oliveira e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. José Perdiz de Jesus, pelo recorrente.

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.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.275-5 — SP

(Registro nº 93.0021064-5)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Wady Mucare*

Recorrido: *Carlos Eduardo Mendonça Melluso*

Advogados: *Drs. Antônio Tito Costa e outro, e Eduardo Márcio Campos Furtado*

EMENTA: Ação popular. Prefeito. Despesas com viagem ao exterior. 1. Comprovada a lesividade, ilegalidade e imoralidade dos atos administrativos que autorizavam e determinavam o pagamento de despesas de viagem ao exterior de Prefeito e sua esposa, correta a condenação deste a ressarcir aos cofres públicos os danos causados à coletividade. 2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de setembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso especial interposto por Wady Mucare, com apoio na alínea *a* do permissivo constitucional, impugnando acórdão que julgou procedente em parte ação popular, para determinar a restituição aos cofres da Prefeitura de Barra Bonita, da importância de Cr\$ 59.334.200,00, acrescida de juros e correção monetária, correspondente a despesas indevidamente feitas pelo Prefeito em viagem à China.

Sustenta que o venerando acórdão recorrido ao não se referir a ato que pudesse ter sido lesivo ao patrimônio do Município, limitando-se a condenar o ex-prefeito a repor aos cofres públicos, transformou a ação

popular numa ação de caráter meramente reparatório, confundindo-a com a ação de responsabilidade civil e violando o artigo 1º da Lei nº 4.717/65.

Prossegue aduzindo que a essência da ação popular é a desconstituição de ato administrativo, sendo “acessório e complementar o aspecto condenatório, que só pode surgir desde que procedente a invalidação em virtude da mesma” (fls. 285/291).

Indeferido o processamento do recurso, subiram os autos a este Colendo Tribunal, face ao provimento de agravo de instrumento regularmente interposto.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): É apontado como violado o artigo 1º da Lei 4.717/65, versando sobre matéria devidamente prequestionada.

Conheço do recurso pela letra *a*.

O recurso é admissível mas não merece provimento.

A ação popular é remédio constitucional posto à disposição do cidadão para invalidar atos administrativos ilegais, lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII e art. 1º da Lei 4.717/65). É ela um meio adequado para defender o patrimônio público, os interesses da coletividade é uma barreira à corrupção. A ilegalidade, a lesividade e o atenta-

do à moralidade administrativa justificam o pedido de anulação do ato administrativo ou a este assemelhado. Ensina Lopes Meirelles, no seu Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e *Habeas Data*, 14ª ed. atualizada por Haroldo Wald que:

“A ação popular tem fins preventivos e repressivos da atividade administrativa ilegal e lesiva ao patrimônio público...” (pág. 91).

Para ele, ob. cit., sua finalidade é “a obtenção da correção dos atos administrativos...” (pág. 92) e objetivo é “o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público” (pág. 94).

Ora, no caso, não há a menor dúvida sobre a lesividade, ilegalidade e imoralidade dos atos administrativos que autorizavam e pagavam ao recorrente, as importâncias correspondentes às despesas de sua esposa, durante toda a viagem, inclusive à China porque ela não era convidada e não estava em viagem oficial e dele próprio, na parte da viagem aos Estados Unidos, Coreia e Xangai. Sua viagem oficial, às custas dos cofres públicos, foi apenas à China e não a outros países. Todos estes atos são lesivos ao patrimônio público, ilegais e imorais. O julgador singular arguiu, acertadamente, ao considerá-los lesivos, ilegais e imorais e julgar procedente de ação e condenar o recorrente a restituir aos cofres públicos o montante dos danos por ele causados à Municipalidade (fls. 232/236).

Com inteira razão o julgador singular, ao ter entendido que:

“O requerido, Prefeito Municipal da época e sua esposa, a exemplo de outros Chefes do Executivo, receberam convite da “Associação Chinesa para a Compreensão Internacional” para visitarem a República Popular da China, com despesas pagas, em território chinês, pela mencionada Associação.

Foi concedida licença pela Câmara Municipal (Decreto Legislativo 57/85, de 03.09.85), ficando expressamente consignado no art. 1º, que a viagem era em missão de representação do Município (fls. 62).

Se o Poder Legislativo concedeu a licença para viagem à República Popular da China, em missão de representação do Município, por consequência, o erário municipal, só podia arcar com despesas relativas aos gastos do Prefeito, incluindo tão-somente a parte aérea da viagem, já que as despesas no território chinês foram suportadas pela Associação que formulou o convite (fls. 68, 259, 163, etc. ...).

Acontece que o Prefeito foi acompanhado da esposa e as despesas desta também foram suportadas pelos cofres públicos, incluindo estadias em outros países. Apesar do convite extensivo à esposa, nenhum interesse ao Município poderia trazer a sua participação, ainda que dirigisse algum órgão público, como bem opinou o Dr. Promotor (fls. 228/230).

O documento de fls. 169 revela que se tratava de uma “visita oficial à China da delegação dos Prefeitos Peemedebistas do Brasil”. Ora, se a

finalidade era o estreitamento das relações entre a China e o Brasil, como salientado no convite (fls. 68, 159, 163, etc. ...), qualquer empreendimento desta natureza só poderia partir dos chefes do Executivo e não de suas respectivas esposas. Logo, nenhum interesse da comunidade houve na participação da esposa do Prefeito e por consequência ilegal e lesiva as despesas com a sua pessoa.

O requerido confirma ter estado também no Japão, Coréia do Sul, e nos Estados do Hawaí, Califórnia e Flórida, da América do Norte, ressaltando que as despesas na Cidade de Miami (Flórida — USA), foram por ele custeadas (fls. 187 e vº).

Não há nos autos qualquer convite dos demais países e a Câmara Municipal autorizou a viagem apenas para a República Popular da China, sendo, por consequência, ilegais e lesivas as demais despesas efetuadas no Japão, Coréia do Sul e Estados Unidos da América do Norte, incluindo também a totalidade da parte aérea da viagem da esposa.

Assim, consideram-se ilegais e lesivas as despesas da parte terrestre da viagem (observado que na China não houve desembolso, porque suportadas pela associação que formulou o convite), num total de Cr\$ 36.036.800,00 (trinta e seis milhões, trinta e seis mil e oitocentos cruzeiros) — (expressão monetária da época), mais a parte aérea gasta com a esposa ao valor de Cr\$ 23.297.400,00 (vinte e três milhões,

duzentos e noventa e sete mil e quatrocentos cruzeiros) — (expressão monetária da época), num total de Cr\$ 59.334.200,00 (cinquenta e nove milhões, trezentos e trinta e quatro mil e duzentos cruzeiros) — (expressão monetária da época), conforme se extrai do doc. de fls. 145, que por equívoca constou em “cruzados”, mas na verdade a expressão monetária da época era o cruzeiro, bastando verificar na nota de empenho (fls. 14/17). Só poderia ser suportada pelos cofres públicos as despesas do Prefeito com a parte aérea da viagem, pois a Associação suportaria os encargos com a parte terrestre no território chinês. O valor de uma passagem aérea até a China, na época, foi de Cr\$ 23.297.400,00 (fls. 145) e é sabido que não há vôo direto do Brasil para a China, sendo necessárias escalas nos Estados Unidos da América do Norte e Japão, normalmente. Apesar de ter ocorrido paradas em Honolulu (Hawai — USA) e Seul (Coréia), que normalmente não são necessárias, o que é público e notório, não há nos autos prova de que a rota seria diversa. Logo, impõe-se o reconhecimento de que o itinerário abrangia escalas em todos os países mencionados, e por consequência se tem por autorizado o pagamento da parte aérea da viagem gasta pelo Prefeito Wady Mucare.

De nada adianta a aprovação das contas da Prefeitura no ano de 1985, pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado, que é órgão Administrativo e nem a participação na via-

gem de outros Prefeitos do Interior Paulista, já que suas atitudes não estão e nem poderiam ser julgadas por este Juízo. Digno de observação, a título de suporte da fundamentação, o valor das despesas contraídas por alguns dos participantes e que constam dos autos, atingindo, no máximo, pouco mais da metade dos gastos do então Prefeito de Barra Bonita (fls. 42, 70 e 203/206) (fls. 234/236).

É claro que, o julgador singular considerou lesivos, ilegais e imorais todos estes atos e, por isso, condenou o recorrente a ressarcir aos cofres públicos pelos danos causados à coletividade.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.275-5 — SP — (93.0021064-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Wady Mucare. Advogados: Antônio Tito Costa e outro. Recdo.: Carlos Eduardo Mendonça Melluso. Advogado: Eduardo Márcio Campos Furtado.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 15.09.93 — 1ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.512-6 — PR

(Registro nº 93.0021715-1)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorridos: *José Francisco Batigalha e outro*

Advogados: *Drs. Afonso de Araújo Campos e outros, e Sandra Regina Smaniotto*

EMENTA: Crédito rural. Juros. 1. O crédito rural comporta a capitalização mensal dos juros pactuada pelas partes, com observância do determinado pelo Conselho Monetário Nacional. 2. Recurso especial atendido. 3. Unânime.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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 maioria, prosseguindo no julgamento, em dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de outubro de 1993
(data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Nos embargos à execução de Cédula de Crédito Rural promovida pelo BANCO DO BRASIL S/A contra JOSÉ FRANCISCO BATIGALHIA e outros, a egrégia 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná reformou parcialmente a sentença, para excluir a capitalização de juros, no seguintes termos:

.....
“A capitalização dos juros nos títulos de créditos rurais só é admitida semestralmente, a teor do art. 5º do Dec.-lei nº 167/67” (fls. 148/149).

Inconformado, o Banco-recorrente interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, alegando ofensa ao

art. 5º, do Decreto-lei nº 167/67, além de dissídio jurisprudencial (fls. 158/168).

Pelo despacho de fls. 210/212 foi o recurso admitido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Discute-se nos presentes autos a possibilidade de capitalização mensal de juros em crédito rural, capitalização prevista em cláusula de Cédula Rural Pignoratória.

Em recente julgado a 2ª Seção desta Corte, ao apreciar o REsp nº 13.098, relatado pelo Ministro CLÁUDIO SANTOS, fixou o entendimento no sentido de ser possível a capitalização mensal de juros, quando prevista em lei especial sua admissibilidade.

No caso, a lei especial, Decreto-lei nº 167/67, admite a capitalização mensal de juros em crédito rural.

Nessa diretriz, decidiu esta Turma no REsp nº 28.870, por mim relatado.

É certo, pois, que o crédito rural comporta a capitalização mensal dos juros pactuada pelas partes com observância do determinado pelo Conselho Monetário Nacional.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para

admitir a capitalização mensal de juros.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, peço vênha para não conhecer do recurso, reiterando o meu entendimento de que é necessário, quando o banco afirma que ocorre negativa de vigência no art. 5º do Decreto-lei nº 167/67, que haja a autorização do Conselho Monetário Nacional concernente à capitalização mensal dos juros, porquanto, inclusive, este é um dos requisitos exigidos pelo referido dispositivo legal.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.512-6 — PR — (93.0021715-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Fontes de Alencar. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Afonso de Araújo Campos e outros. Recdos.: José Francisco Batigalha e outro. Advogada: Sandra Regina Smaniotto.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Torreão Braz, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, e do Sr. Ministro Barros Monteiro, dele não conhecendo, pediu VISTA o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93 (em 27.09.93 — 4ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: No caso, cuida-se de dívidas, oriundas de cédulas rurais pignoratórias, cujos financiamentos foram feitos com recursos captados em cadernetas de poupança rural, constando autorização para a capitalização de juros nos mesmos termos da captação, prevista nas respectivas cédulas, autorização essa feita através da Circular do Banco Central, de nº 1.130, que faz pública resolução do Conselho Monetário Nacional que permitiu a aludida captação da chamada “poupança verde”, cujos recursos são destinados ao crédito rural.

Em face dessa constatação, adiro ao voto do Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.512-6 — PR — (93.0021715-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Fontes de Alencar. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Afonso de Araújo Campos e outros. Recdos.: José Francisco Batigaglia e outro. Advogada: Sandra Regina Smaniotto.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro (em 05.10.93 — 4ª Turma).

O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, acompanhou os votos proferidos pelos Srs. Ministros Relator e Torreão Braz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.580-0 — SP
(Registro nº 93.0021950-2)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Máquinas Excelsior Indústria e Comércio S/A*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Antônio Fernando Seabra e outro, e Jorge Alberto Pupin e outros*

EMENTA: ICM. Fato gerador. Saída física e jurídica. 1. Para caracterizar-se o fato gerador do ICM é preciso, além da saída física, a saída jurídica, isto é, a venda da mercadoria. Nenhuma delas, isoladamente, configura o fato gerador do tributo. 2. Irrelevante, no caso, tenha sido declarado o débito pela própria recorrente e se tratar de autolancamento. 3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de setembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Nos autos da execução fiscal que lhe move a Fazenda do Estado de São Paulo, para haver crédito de ICM e acessórios, declarado e não pago, a devedora Máquinas Excelsior Indústria e Comércio S/A opôs embargos à execução, alegando, em síntese, que induzida em erro pelo Decreto Estadual nº 5.410/74, declarou valor referente à arrecadação de ICM sobre vendas realizadas entre os meses de abril e maio de 1987, embora as mercadorias somente tenham saído de seu estabelecimento nos meses de maio e junho do mesmo ano.

Sustentou a impossibilidade de a Fazenda exigir o pagamento do tri-

buto antes da configuração final da hipótese de incidência do tributo, já que o aspecto temporal da referida hipótese, ou seja, a saída da mercadoria, deu-se em período posterior.

Julgados procedentes os embargos (fls. 170/176), foi a r. sentença monocrática reformada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, ao argumento de que (fls. 227/229):

“Servir-se o Estado de documento apresentado pelas empresas sujeitas ao regime de autolancamento apresentado é procedimento correto, conforme a legislação incidente, e não implica delegação de função pública. Assim sendo, se a embargante tivesse agido com acerto, nada teria acontecido de irregular (RJTJESP 118/159).

De qualquer modo, a dívida em apreço não foi inscrita com erro, e sim de acordo com a lei aplicável e o declarado pela própria contribuinte. Destarte, a certidão com que instruída a inicial tem as características de liquidez e certeza.

De notar que não se trata de venda futura, sim de mercadoria vendida e cuja entrega se fez, por razões não explicadas, com evidente atraso. Assim, o fato gerador é a própria emissão da nota fiscal, que deve acompanhar, necessariamente, a mercadoria. Vale, pois, a saída jurídica.

Diversos arestos consagram essa orientação de que o fato gerador dá-se com a operação relativa à circulação de mercadorias, não importando, para esse efeito, a data da saída física do bem produzido (cf. RJTJESP

114/142, Rel. Des. MOHAMED AMARO, mais 92/119 e 84/103)” (fls. 228/229).

Inconformada, a embargante interpôs o presente recurso especial, apontando como violados os artigos 1º do Decreto-lei nº 406/68, 202, 203 e 204, do CTN, e 618, do CPC, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que o artigo 140 do Decreto Estadual nº 5.410/74 — RICM, subverte todo o sistema de apuração do imposto realmente devido, ao determinar que os lançamentos sejam feitos pela data de emissão dos documentos e não pela data da saída das mercadorias, negando vigência ao artigo 1º do Decreto-lei nº 406/68.

Alega a nulidade da inscrição e, conseqüentemente, da execução, aduzindo que todos os créditos foram objeto de uma só inscrição, além de faltar à certidão requisitos imprescindíveis (fls. 231/238).

Indeferido o processamento do recurso (fls. 262), subiram os autos a este Colendo Tribunal, face ao provimento de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Aponta a recorrente como violado o artigo 1º do Decreto-lei nº 406/68, versando matéria evidentemente prequestionada.

Conheço do recurso pela letra *a*.

O recurso merece provimento.

Diz o artigo 1º, item I, do Decreto-lei nº 406/68, que o Imposto de Circulação de Mercadorias tem como fato gerador “a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor”.

É claro que o fato gerador do ICM não é apenas a saída física da mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor. Caso assim fosse, se as mercadorias fossem furtadas, roubadas ou levadas pela força dos ventos ou das águas da enchente, obrigariam ao comerciante, industrial ou produtor, seus proprietários, a recolher referido imposto. Mas isto repugna a qualquer consciência jurídica. Para caracterizar-se o fato gerador do ICM é preciso, além da saída física, a saída jurídica, isto é, a venda da mercadoria. Nenhuma delas, isoladamente, configura o fato gerador. Para que este ocorra é preciso a ocorrência de ambas. No caso, as mercadorias vendidas em abril só saíram do estabelecimento da recorrente em maio, e as vendidas em maio só saíram em junho de 1987. O fato gerador somente ocorreu nos meses de maio para a primeira venda e em junho para as alienadas em maio, quando além da saída jurídica, houve, também, a saída física das mercadorias (docs. de fls. 56/72). É irrelevante, no caso, tenha sido declarado o débito pela própria recorrente e se tratar de autolancamento. Se houve pagamento indevi-

do do imposto, não pode prosperar a execução.

Dou provimento ao recurso para declarar que o Imposto de Circulação de Mercadorias, no caso, só se tornaria devido quando da consumação das saídas jurídica e física da mercadoria do estabelecimento da recorrente, reformar o venerando aresto recorrido, julgar procedente os embargos, restabelecer a respeitável sentença de fls. 170/176 e inverter as penas da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.580-0 — SP — (93.0021950-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Máquinas Excelsior Indústria e Comércio S/A. Advogados: Antônio Fernando Seabra e outro. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Jorge Alberto Pupin e outros.

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 Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.648-3 — SP

(Registro nº 93.0022092-6)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Marcelo Bastos Ferraz*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. José Augusto Sundfeld Silva e outros, e Daniel Carajescov e outros*

EMENTA: ICMS. Mercadoria importada. Uso próprio. Aeronave. 1. Ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior. 2. O local da operação é o domicílio do adquirente, ainda que se trate de bem destinado a seu uso próprio. 3. 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, Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Rocha.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de mandado de segu-

rança impetrado por Marcelo Bastos Ferraz, contra ato do Diretor Executivo da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando livrar-se do pagamento do ICMS, relativo à importação de aeronave para uso próprio.

Sustentou que, com relação à importação de mercadorias e bens, o sistema anterior resultante da Emenda nº 23/83 está mantido na Constituição de 1988, razão pela qual o particular continua excluído do imposto estadual, pois não realiza operações relativas à circulação de mercadorias, nem presta serviços.

Entende que a pretendida tributação não pode atingir a importação de bem estrangeiro realizado por simples particular porque não se configura, em tal hipótese, entrada

de mercadoria no estabelecimento do importador.

Em primeira instância a segurança foi denegada (fls. 46/50), restando confirmada em grau de recurso pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 111/113).

Inconformado, o impetrante interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas *a*, *b* e *c*, do permissivo constitucional, alegando que o v. aresto hostilizado violou o Decreto-lei nº 406/68, julgou válida a Lei nº 6.374/89, contestada face à lei federal e deu à lei federal interpretação divergente da que lhe atribuiu outro Tribunal. Sustenta que o art. 6º e parágrafos do Decreto-lei nº 406/68 ao definir o contribuinte do ICM, não incluiu o particular que importa, acrescentando que a equiparação a contribuinte somente pode ocorrer com aqueles agentes que praticam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias.

Entende que a Lei nº 6.374/89 e o Convênio ICM 66/88 extrapolaram dos limites constitucionais e da lei federal, aduzindo, a final, que a autorização constitucional conferida aos Estados e Distrito Federal não se estende à revogação das normas gerais atinentes ao ICM (Decreto-lei nº 406/68).

Aponta como divergente acórdão desta C. Corte e requer o provimento do especial (fls. 156/167).

Indeferido o processamento do recurso (fls. 228), subiram os autos a este C. Tribunal, face ao provimento de agravo de instrumento regularmente interposto.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Aponta o recorrente como violado o artigo 6º do Decreto-lei nº 406/68, versando matéria evidentemente prequestionada.

Conheço do recurso com base na letra *a*.

O recurso é admissível, mas, a meu ver, não merece provimento.

Como no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição Federal vigente não foi editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de circulação de mercadorias e serviços, os Estados e o Distrito Federal firmaram o Convênio nº 66/88, fixando as normas para regular referido imposto e o Estado de São Paulo editou a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, dispondo sobre a mesma matéria. Referido convênio, com força de lei complementar, estabeleceu, em seu artigo 2º, que ocorre o fato gerador do ICMS

“na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior”.

Como se vê, ocorre o fato gerador do imposto no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem.

No artigo 21 define o contribuinte como:

“qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritas como fato gerador do imposto”.

O importador é contribuinte do ICMS (art. 21, parágrafo único) e o

local da operação para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, determina o artigo 27, item I, letra *d*, que é:

“do estabelecimento destinatário ou, na falta deste, o do domicílio do adquirente, quando importado do exterior, ainda que se trate de bens destinados a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento.”

Depreende-se que o importador de uma aeronave, pessoa física, ao recebê-la no Brasil, no seu domicílio, para uso próprio, está sujeito ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias.

A Lei Paulista 6.374/89, em seu artigo 2º, item V, deixa claro que ocorre o fato gerador do ICMS,

“no recebimento, pelo importador, de mercadoria ou bem importados do exterior.”

Para referida norma legal, artigo 23, item I, letra *d*, o local da operação para efeitos de cobrança do imposto, tratando-se de mercadorias, é

“o do estabelecimento destinatário ou, na falta deste, do domicílio do adquirente, quando importada do exterior, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento.”

Verifica-se que, também pela lei de São Paulo, citada, ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior, e o local da operação é o do-

mícilio do adquirente, ainda que se trate de bem destinado a seu consumo próprio.

Conclui-se que o Convênio e a Lei Estadual citados obrigam o recorrente a recolher o ICMS, por ter importado uma aeronave para seu uso e por tê-la recebido em seu domicílio.

O Convênio e a Lei Estadual citados não contrariam o artigo 6º do Decreto-lei 406/68 que definia como contribuinte do ICM o comerciante industrial ou produtor que importasse mercadoria do exterior ou as sociedades civis de fins econômicos, inclusive cooperativas que praticavam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias. Ora, a Constituição Federal de 88 não recepcionou totalmente o citado Decreto-lei 406/68, e revogou, parcialmente, o disposto no artigo 6º citado, ao estabelecer, em seu artigo 155, § 2º, IX, letra *a*, que o ICM incidirá

“sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.”

Determinou o Legislador Constitucional a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior para consumo, sem exigir que esta entrada seja em estabelecimento comercial, industrial ou produtor.

Não merece qualquer censura o venerando aresto hostilizado.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.648-3 — SP — (93.0022092-6) — Relator: Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Marcelo Bastos Ferraz. Advogados: José Augusto Sundfeld Silva e outros. Recda.: Fazenda do Estado de São

Paulo. Advogados: Daniel Carajescov e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 22.09.93 — 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 38.325-0 — PB

(Registro nº 93.0024472-8)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Agropastoril Angicos S/A*

Recorrido: *Banco Safra S/A*

Advogados: *Lúcio Gaião Torreão Braz e outros, e Elton Calixto e outros*

Sust. oral: *Lúcio Gaião Torreão Braz, pela recorrente, e Joaquim Jair Ximenes Aguiar, pelo recorrido*

EMENTA: Civil. Responsabilidade. Execução por dívida paga. Código Civil, art. 1.531. Súmula 159/STF. Revelia. Coisa julgada. 1. O efeito da revelia não induz procedência do pedido e nem afasta o exame de circunstâncias capazes de qualificar os fatos fictamente comprovados. 2. Não ofende a coisa julgada a apreciação do conteúdo de decisão proferida em execução, anteriormente aviada. 3. Reconhecida boa-fé da exequente, não se lhe aplicam as sanções do art. 1.531 do Código Civil.

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 co-

nhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro. Impedido o Sr. Ministro Torreão Braz.

Custas, como de lei.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Recorre AGROPASTORIL ANGICOS S/A, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba que deu provimento a apelação interposta em ação de indenização por ato ilícito promovida contra o BANCO SAFRA S/A.

Sustenta a recorrente ter o acórdão violado os arts. 319, 467, 468, 471, 472, 474, 512, do Código de Processo Civil, e os arts. 159 e 1.531 do Código Civil, ao entender não provada a má-fé e o dolo do banco, na cobrança de dívida já paga.

Recebido e processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Extinta execução promovida pelo recorrido,

BANCO SAFRA S/A, veio a empresa recorrente a propor esta ação visando a ser indenizada nos termos do art. 1.531 do Código Civil, fundamentando o pedido em dano por culpa, de vez que a instituição financeira lhe cobrara dívida já paga.

Revel o Banco, porque a sua contestação fora apresentada a destempero, foi a ação julgada procedente, contudo, em apelação, veio o acórdão a aplicar o princípio da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que não agira com dolo ou má-fé o recorrido.

Daí o presente recurso especial, por argüida contrariedade aos dispositivos legais mencionados no relatório e por dissídio jurisprudencial a respeito da interpretação do art. 319 do Código de Processo Civil, que examino:

Não tenho que se configure contrariedade ao art. 319 da lei processual, visto como, ainda que seja de ter por comprovado o fato principal, ou seja, o de que fora a autora executada por dívida já paga, o certo é que a decisão anterior não afirmara que dita execução se dera por má-fé ou dolo e nem a circunstância de haver a autora isto afirmado na inicial tem o condão de estabelecer esses qualificativos ao fato que se teria como reputado provado, como efeito da revelia.

Ora, é certo também que o efeito da revelia não importa em procedência da ação, cabendo ao julgador o exame das circunstâncias em torno dos fatos alegados e tidos por provados que possam embasar a pretensão. E, no caso, em última

análise, o acórdão recorrido, mediante o exame do conteúdo da decisão anterior, concluiu, soberanamente, pela inexistência de má-fé ou de dolo, daí porque fez incidir o enunciado da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, assim expreso:

“Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil.”

Quanto à alegação de coisa julgada, que teria sido ofendida pelo acórdão recorrido, cabe salientar que transita em julgado o dispositivo da sentença, não os seus fundamentos. E o *decisum* na sentença é no sentido de acolher os embargos “por ausência de certeza e liquidez da dívida cobrada e representada no título de crédito objeto da mesma”, de onde se vê que, ao fazer o acórdão recorrido menção à circunstância de que não restara provado o pagamento da dívida integral, não contrariou a coisa julgada, tanto mais quando, em realidade, aquela execução dizia respeito a letra de câmbio sacada pela instituição financeira e aceita por empresa ligada à mesma e que fora constituída procuradora da aceitante, para o fim, letra de câmbio essa que dizia respeito a acréscimos da dívida principal, esta representada por nota promissória que ainda se achava em poder da instituição credora, enquanto que aquela letra de câmbio já se achava em poder da devedora, a induzir pagamento.

Não é, pois, dizer que o acórdão tenha rejugado a causa anterior, senão examinado o conteúdo das de-

cisões nela proferidas, de sorte a concluir pela existência de boa-fé da credora, o que faz elidir a incidência das sanções perquiridas.

Não se acha comprovado o dissídio, segundo as exigências regimentais.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Também não conheço do recurso, nos exatos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, no tocante à sua interpretação quanto ao instituto da revelia, e no que diz respeito à coisa julgada, que, segundo o sistema atual, somente atinge a parte dispositiva da decisão, não a sua fundamentação.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro-Relator com os acréscimos trazidos agora pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.325-0 — PB — (93.0024472-8) — Relator: Exmo. Sr. Min. Dias Trindade (ER 03/93). Recte.: Agropastoril Angicos S/A. Advogado: Lúcio Gaião Torreão Braz e outros. Recdo.: Banco Safra S/A. Advogados: Elton Calixto e outros. Sustentaram, oralmente, os Drs.

Lúcio Gaião Torreão Braz, pela recorrente, e Joaquim Jair Ximenes Aguiar, pelo recorrido.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 11.10.93 — 4ª Turma).

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

Impedido o Sr. Ministro Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.668-3 — RJ

(Registro nº 93.0025397-2)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Editora Mandarinô Ltda.*

Recorridos: *Celso de Souza Pinto Filho e Otto Diesel Ltda.*

Advogados: *Drs. Lauro Mário Perdigão Schuch, e Carlos José Victor Del Guércio, e Sérgio Rodrigues do Nascimento*

EMENTA: Responsabilidade civil. Transporte de simples cortesia. 1. No transporte benévolo, de simples cortesia, a responsabilidade do transportador, por danos sofridos pelo transportado, condiciona-se à demonstração de que resultaram de dolo ou de culpa grave, a que aquele se equipara. 2. Hipótese em que se caracteriza contrato unilateral, incidindo o disposto no artigo 1.057 do Código Civil.

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 conhecer do recurso especial e em lhe dar provimento.

Afirmou suspeição o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Custas, como de lei.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de ação de reparação de danos, em razão de acidente de veículo, julgada improcedente, tendo em vista que, malgrado reconhecida a culpa do motorista do veículo da segunda ré, em que era gratuitamente transportado o autor, entendeu-se que a indenização somente seria devida se tivesse havido dolo.

A sentença foi reformada por acórdão assim ementado:

“Responsabilidade civil. Acidente de veículo. Transporte gratuito (carona).

Responsabilidade aquiliana. Necessidade de se comprovar a culpa do transportador ou de seu preposto. Comprovada a culpa, nasce o dever de indenizar.

Provimento do apelo” (fls. 28).

A ré, Editora Mandarinino Ltda., interpôs recurso especial. Sustenta vulneração ao art. 1.057 do Código Civil, ao argumento de que “somente responderia o transportador, no caso o preposto da recorrente, se provado que agiu ele com dolo, pois é certo que, a relação estabelecida, a ele não trazia qualquer vantagem” e acentuando que, por decisão transitada em julgado, proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Nilópolis, o preposto da recorrente foi absolvido da acusação

e, assim, havendo decisão judicial que declara inexistir culpa, não se pode ter como existente o dolo.

Aponta, ainda, ofensa dos arts. 348, 349 e 350, todos do Código de Processo Civil, alegando que “o depoimento do autor recorrido, dando conta de como os fatos se passaram e excluindo textual e expressamente a responsabilidade do condutor preposto da recorrente, é na verdade uma confissão.”

O recurso não foi admitido mas provi o agravo, para melhor exame, convolvando-o em especial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): A fundamentação do acórdão revela adesão ao entendimento doutrinário que considera inexistir vínculo contratual no transporte gratuito. Havendo danos, a responsabilidade se regerá pelas regras pertinentes à aquiliana. O tema é indiscutivelmente controvertido, aqui e além-mar.

Parece-me se deva fazer inicialmente, à semelhança do que ocorre no exame de outros ordenamentos, distinção entre o transporte simplesmente gratuito e o realmente desinteressado, qualificado como benévolo, de cortesia. Pode o transporte ser gratuito, mas ligado a algum interesse econômico. Assim, alguns estabelecimentos propiciam-no a seus clientes sem nada cobrar. Agem, entretanto, movidos pelo in-

teresse óbvio de captação de clientela. Coisa diversa é o que sucede quando alguém se dispõe a provê-lo por amizade ou simples cortesia.

No transporte gratuito, mas não desinteressado, mais facilmente se pode vislumbrar a natureza contratual. Parece-me, entretanto, também no outro caso existir esse caráter. E é o que importa, pois verificando na hipótese em julgamento.

Não pode haver dúvida de que há um acordo de vontades, em função do qual passam a reger-se as relações entre o transportado e o transportador. A circunstância de não resultar obrigação para o transportado nada significa, pois não se desconhece a existência de contratos unilaterais.

Negando-se a tese contratualista, equipara-se o transportado a um terceiro, que viesse a sofrer dano, em virtude de acidente com o veículo. Assim, um pedestre que fosse atropelado. Wilson Melo da Silva assinala tratar-se aí de ficção que só pode ser aceitável quando não destoe frontalmente da verdade dos fatos. Acrescenta:

“E na hipótese, nenhum simulacro de verdade, senão pura imaginação ou fantasia, poderia haver entre aquele que se acidenta como transportado e o terceiro, o pedestre que, como tal, é abalroado por um veículo.”

— Responsabilidade Civil Automobilística — Saraiva — 1974 — p. 129.

Admitindo, pois, como admito, haver um contrato unilateral, tratando-se de transporte de simples cortesia, incide o disposto no artigo 1.057 do Código Civil. Aquele a quem o contrato não aproveite só responde por dolo, a que se equipara a culpa grave.

A matéria já foi levada ao exame da Egrégia 4ª Turma deste Tribunal, no REsp 3.035, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo. Embora não se tenha conhecido do recurso, evidenciou-se adesão, em princípio, à tese que ora se sustenta. Destaco trecho da ementa:

“ — Segundo autorizada doutrina, o transportador somente responde perante o gratuitamente transportado se por dolo ou falta gravíssima houver dado origem ao dano.”

As instâncias ordinárias não reconheceram o dolo nem afirmaram culpa particularmente grave. O pleito não merecia prosperar.

Conheço do recurso, por violação do artigo 1.057 do Código Civil, e dou-lhe provimento para julgar improcedente a ação. Custas e honorários pelo autor, arbitrados estes em dez por cento sobre o valor da causa, somente exigíveis se sobrevier mudança em sua fortuna, pois litiga amparado pela gratuidade.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.668-3 — RJ — (93.0025397-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Editora Mandarinô Ltda. Advogado:

Lauro Mário Perdigão Schuch. Recdo.: Celso de Souza Pinto Filho. Advogado: Carlos José Victor Del Guércio. Recdo.: Otto Diesel Ltda. Advogado: Sérgio Rodrigues do Nascimento.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 25.10.93 — 3ª Turma).

Afirmou suspeição o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.