

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL Nº 252 — ES

(Registro nº 89.8546-8)

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

Recorrente: *Ministério Público*

Recorrido: *Paulo Sérgio Dias dos Santos*

Advogado: *Dr. José Djair Nogueira Campos*

EMENTA: Recurso especial. Art., 105, inciso III, alínea *a e c*, da Constituição Federal. Suposta contrariedade à lei federal: Art. 564, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal. Dissídio jurisprudencial.

1 — Não comprovado o prejuízo, por força da apontada violação à lei federal, prevalece o princípio de que o ato não será declarado nulo (art. 563 do CPP).

2 — Dissídio jurisprudencial não confirmado. Contrariedade à regra do parágrafo único do art. 255 do RISTJ.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, em 13 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O Promotor de Justiça junto à 3ª Vara Criminal de Linhares, Estado do Espírito Santo, recorreu da sentença que pronunciou Paulo Sérgio Dias dos Santos como incurso nas sanções previstas no art. 121, parág. 2º, incisos II e IV, do Código Penal, argüindo a nulidade do processo a partir do ato de fl. 79, ou seja, do depoimento da testemunha Dionísio Adão de Oliveira, tomado sem a presença do Ministério Público.

Sustentada a pronúncia pela decisão de fl. 121 v., fundamentou-a o juiz no disposto no art. 563, do Código de Processo Penal e, com parecer favorável ao recurso, da Procuradoria-Geral do Estado, foram os autos ao Eg. Tribunal de Justiça, que manteve a sentença recorrida, negando provimento, unanimemente, ao apelo ministerial.

O núcleo do acórdão está nesta passagem da ementa (fl. 133):

“Além disso, o depoimento da mencionada testemunha foi inócuo e vazio de informação para este processo-crime. A nulidade do ato processual só ocorre se resultar prejuízo para a acusação ou a defesa, ou se houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Estas as duas normas básicas pertinentes às nulidades, insculpidas nos artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal. Preliminar rejeitada e apelo improvido no mérito, confirmando-se, assim, a sentença de pronúncia”. (fl. 133).

A ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, insistindo na pretensão de ver anulado o processo a partir do assentado de fl. 79, interpôs recurso especial com amparo no art. 105, III, *a e c*, da Constituição, com argüição de relevância para o STF, alegando, no caso da letra *a*, ofensa ao art. 564, III, letra *d*, do CPP (fls. 139-147).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, acolhendo as razões da Procuradoria estadual, opinou pelo conhecimento e provimento.

É o relatório.

EMENTA: Recurso especial. Art. 105, inciso III, alínea *a e c*, da Constituição Federal. Suposta contrariedade à lei federal: art. 564, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal. Dissídio jurisprudencial.

1 — Não comprovado o prejuízo, por força da apontada violação à lei federal, prevalece o princípio de que o ato não será declarado nulo (art. 563 do CPP).

2 — Dissídio jurisprudencial não confirmado. Contrariedade à regra do parágrafo único do art. 255 do RISTJ.

Recurso não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O recurso especial está fundado nas alíneas *a* e *c*, inciso III, art. 105 da Constituição Federal. Teria ocorrido contrariedade à lei federal, inserida no art. 564, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal, desde que foi ouvida testemunha de acusação, em audiência para a qual não fora intimado o Promotor de Justiça.

A invocação da alínea *c*, do permissivo constitucional, se apóia no conflito jurisprudencial referido nas razões do recurso.

Este é o segundo caso ocorrido na Comarca de Linhares — ES, sobre o tema. No primeiro, julgado em 23-10-90, o Promotor fora intimado e deixou de comparecer ao Fórum (RE 2.401 — ES), tendo sido nomeado para substituí-lo, por ato do Juiz, um advogado. No presente processo, o representante do Ministério Público estava ausente da Comarca e por isso não foi intimado (fl. 77 v.), realizando-se normalmente a audiência, para tomada do depoimento da última testemunha da acusação.

Pretende-se seja cassado o acórdão recorrido, e declarado nulo o processo a partir de fl. 77.

Preliminarmente, não conheço do recurso pela alínea *c*, inciso III, art. 105 da Constituição, tendo em vista que ele se ressente das providências determinadas pelo parágrafo único, do art. 255, do RISTJ, no sentido de que a divergência jurisprudencial indicada deverá ser regularmente comprovada.

No exame de mérito, não conheço do recurso pela alínea *a*, uma vez que a matéria diz expressamente da nulidade do ato processual, aqui carente de qualquer prova do prejuízo que teria sido imposto ao Ministério Público.

A testemunha Dionisio Adão de Oliveira, inquirida à fl. 79, não presenciou o fato delituoso, e não conheceu a vítima nem conhece o criminoso. E mais não disse. Foi, como entendeu o acórdão recorrido, o seu depoimento “inócuo e vazio de informação para este processo-crime” (fl. 135).

Ora, não havendo sido demonstrado prejuízo para acusação, porque, na verdade, o depoimento da testemunha não é contrário a qualquer das partes, deve prevalecer a orientação da lei processual penal, inscrita nos arts. 563 e 566, este último, no sentido de que “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influido na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”

Faço juntar cópia do voto que proferi no Recurso Especial nº 2.401 — ES, da Comarca de Linhares, sobre o mesmo tema, onde firmei ponto-de-vista favorável à tese do Ministério Público, no que fui vencido por maioria.

Não tenho razão para insistir na pretensão do Promotor de Justiça, uma vez que dos autos se observa que ele, nos dois julgamentos, a rigor deu causa à discussão, certamente, com o objetivo de oferecer resistência ao Provimento nº 077/04/88, do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Já agora tenho que aderir ao princípio de que as nulidades só devem ser declaradas diante do manifesto prejuízo da parte. Isto não ocorreu neste processo, nem foi argüido.

Isto posto, não conheço do recurso, por ambas as alíneas *a* e *b*, inciso III, do art. 105 da Carta Magna.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 252 — ES — (Reg. nº 89.8546-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Paulo Sérgio Dias dos Santos. Advogado: Dr. José Djair Nogueira Campos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (6ª Turma — 13-11-90).

Os Exmos. Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite, Dias Trindade e William Patterson votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 322 — SP

(Registro nº 89.8785-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Crefileasing S/A Arrendamento Mercantil*

Recorrido: *Prefeitura Municipal de São Paulo*

Advogados: *Drs. Leo Krakowiak e outros, Carlos Oswaldo Teixeira do Amaral e outros*

EMENTA: Tributário. Imposto sobre serviços. Contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil. Não incidência do tributo.

O *leasing* ou arrendamento mercantil é contrato típico, de características próprias, embora adotando peculiaridades de outras avenças.

Não podendo ser incluído na categoria de contrato locatício de bens móveis, na operação de *leasing* não incide o imposto sobre serviços.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de ação declaratória, precedida de medida cautelar, proposta por Crefileasing S/A Arrendamento Mercantil contra a Prefeitura Municipal de São Paulo, com o objetivo de obter declaração de inexistência de relação jurídica entre autora e ré que a obrigue ao pagamento do ISS incidente sobre as operações de *leasing* que realiza, e que a sentença de 1º grau julgou procedente.

O acórdão de fls. 269/271, proferido pela Egrégia 1ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, decidiu o recurso de apelação interposto pelo Município de São Paulo, dando-lhe provimento, para julgar improcedentes a ação e a medida cautelar.

Irresignada, a Crefileasing S/A Arrendamento Mercantil, com fundamento no art. 119, letras *a* e *d* da Constituição de 1967, interpôs recurso extraordinário, com arguição de relevância (fls. 273/287), sustentando que o arrendamento mercantil, não está incluído no item 52 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68 e, sendo essa lista taxativa, inexistente previsão legal para a incidência do ISS, nesses serviços.

Admitido o recurso pela letra *a*, e observado, quanto à argüição de relevância, o disposto no artigo 328, parág. 1º, do RISTF (fls. 304/306), subiram os autos ao Excelso Pretório, tendo o Eminentíssimo Ministro Célio Borja determinado a conversão do recurso extraordinário em especial e conseqüente remessa a este Colendo Tribunal (fl. 336).

Nesta instância a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento do recurso (fls. 340/342), baseada na jurisprudência que mencionou.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Extrai-se dos autos que a douta Primeira Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, reformou a decisão de primeiro grau, no sentido de admitir a incidência do ISS nas operações relativas ao *leasing* ou arrendamento mercantil. São os seguintes os fundamentos:

“E, compondo-se o *leasing* dos elementos de locação de bens móveis e opção futura de compra dos bens locados pelo arrendatário, certo é o elemento factual do arrendamento e incerto o evento da aquisição. Sendo, portanto, preponderante aquela atividade prestada, subsume-se, assim, no item 52 da lista respectiva. É o *leasing*, pois, tributável pelo imposto sobre serviço, sem que se possa falar em integração analógica da norma de vez que lei existe e expressa, como advertiu a Douta Procuradoria da Justiça, havendo mera pesquisa de seu verdadeiro alcance naquele enquadramento”. No mesmo sentido decidiu a Egrégia 5ª Câmara deste Tribunal, na Apelação nº 333.319, também entre as mesmas partes, sendo relator do v. Acórdão o insigne Juiz Laerte Nordi. Esse entendimento, *data venia*, das respeitáveis opiniões contrárias, embora não negando o caráter taxativo da lista a que se refere o Decreto-lei nº 834/69, repele a afirmação de que há ampliação dessa listagem por analogia, pois o que se pretende é apenas verificar o real alcance da norma legal. Do mesmo modo, ao considerar que nos contratos de *leasing* a atividade preponderante é a locação de bens, afasta a possibilidade da existência de uma operação financeira, como reconheceu a r. decisão recorrida.

Os fundamentos desse julgado, que serviram de base para afastar pretensão idêntica a da ora apelada, são agora repetidos para acolher o recurso da Municipalidade de São Paulo, desne-

cessárias maiores considerações, para que se evite inútil repetição de matéria já fartamente conhecida.

Posto isto, respeitado o pensar diverso da ilustre prolatora da decisão de primeiro grau, dá-se provimento aos recursos, oficial e voluntário, para julgar improcedentes a ação e a medida cautelar, invertidos os ônus da sucumbência.

O cerne do recurso está na abrangência da lista de serviços do Decreto-lei nº 406/68. Pretende o recorrente que seja taxativa e, assim, não atingiria os contratos de *leasing*, os quais não se equiparam à mera locação de bens móveis. É que — argumenta ainda o recorrente — no contrato de *leasing* a empresa que arrenda o bem adquire-o especificamente para o arrendatário, ao contrário do que ocorre no contrato de locação de bens móveis, onde a locação é feita pela proprietária do bem.

Esta Egrégia Turma, na sessão do dia 30-08-89, apreciou o tema, havendo o eminente Relator, Ministro Carlos Velloso, adotado a tese do acórdão agora em discussão, retratada na seguinte ementa:

“Tributário. ISS. *Leasing*. Incidência do ISS. Lista de serviços, item 52.

I — O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis (*leasing*). Subsunção no item 52 da Lista de Serviços.

II — Recurso Especial conhecido e provido” (REsp nº 61 — SP, D.J. de 04-12-89).

A Colenda 1ª Turma desta Corte, também, assim entendeu, como se verifica dos julgados nos Recursos Especiais nº 804 — SP — Relator Ministro Pedro Acioli — D.J. 14-05-90; 249 — RS — Relator Ministro Garcia Vieira — D.J. 16-04-90 e 673 — SP — Relator Ministro Armando Rollemberg — D.J. 06-11-89.

A predominância, pois, da locação no contrato em apreço, coloca-o sob a incidência do ISS, nos termos do item 52 da Lista sobredita, segundo o entendimento acima exposto.

Ocorre que no julgamento do recurso especial nº 341, também procedente de São Paulo, considerou esta Turma, por maioria, o *leasing* ou arrendamento mercantil um contrato típico, não devendo incidir sobre ele o ISS.

Cabendo a mim, neste ensejo, manifestar-me a respeito da matéria, que comporta acentuada controvérsia na doutrina e na jurisprudência, inclino-me pela posição majoritária mais recente desta 2ª Turma.

O caso vertente é em tudo idêntico àquele antes referido (REsp nº 341 — SP), debatendo-se o mesmo tema, discutindo-se a mesma tese e, inclusive, entre as mesmas partes litigantes.

Revendo pensamento anteriormente esposado, o voto do eminente Ministro Américo Luz — que contou com a adesão dos ilustres Ministros Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro — realçou as diferenças existentes entre o arrendamento mercantil e a locação, para concluir, em síntese:

— O *leasing* é contrato típico, de características próprias, constituindo-se de elementos extraídos de outros contratos:

— Pela própria lei que o definiu (Lei nº 6.099/74), não pode ser incluído na categoria de locação de bens móveis;

— Não se aplica ao arrendamento mercantil o item 52 da lista de serviços anexa ao D.L. 406/68, não incidindo o ISS.

Pela importância da questão e pela pertinência das colocações feitas, transcreve-se a parte final do voto de autoria do Ministro Américo Luz (REsp nº 341):

“Não há dúvida de que o *leasing* hoje, e não só entre nós, é contrato típico, de características próprias, conceituação legal (ainda que deficiente e sumária), constituindo-se — como outros tantos se constituíram — de elementos retirados de outros contratos como a locação, a compra a prestações, o mútuo, mas assumindo contornos indisputáveis que o diferenciam de todos eles.

Tanto que a Lei nº 6.099/74 o definiu e lhe deu características e nome próprio — de arrendamento mercantil. Bastaria isso para, em face do texto expresso da lei, não pretender incluí-lo na categoria de locação de bens móveis, que se pretende, com a incidência do ISS (item 52 da lista).

19. Para nós, o traço fundamental do *leasing* é o financiamento, sem o qual não se completa e integra a operação financeira em que importa. Enquanto arrendador e arrendatário estão frente a frente, mas não opera o financiamento, não há falar em *leasing*. Pode haver locação de bens, compra e venda: só o financiamento leva ao *leasing*.

Não se trata, porém, de simples afirmação. A comprovação vem da própria Lei nº 6.099/74 que, ao dispor sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil, expressamente vinculou-o todo às instituições financeiras, sob o comando do Conselho Monetário Nacional e o Banco Central.

E à lei seguiram-se as Resoluções do Banco Central que a regularam miudamente.

Cria-se, pois, desde logo, situação estranha: instituto inteiramente regulado por lei federal, que a vincula a autoridades administrativas federais, sujeito à regulação que lhe devem: que teve regime tributário estabelecido (com a expressa indicação do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados), envolvendo, evidentemente, operação financeira, não pode subordinar-se ao ISS, cobrado pelos municípios, quando não lhe podem encontrar os pressupostos para sua incidência.

Que aliás, hoje se discute mesmo a respeito da locação de bens móveis, se a locação de bens móveis, se a locação de coisas não é *serviço*, etc.

E se o *leasing* não é necessariamente de bens móveis.

Com efeito, não há qualquer restrição ao *leasing* imobiliário na lei brasileira (nem em outras legislações), como acentuam os autores (*Fran Martins*, ob. cit., pág. 554; *Luiz Mélega*, ob. cit., pág. 50; *Arnold Wald*, RE 250/44; *Penalva Santos*, art. cit. RF 250/49; etc.). E a resolução 351, do Banco Central, expressamente o previu.

2. Essas observações — longas que foram — objetivaram demonstrar que não há, *data venia* do voto do eminente Relator, como aceitar que o *leasing* — arrendamento mercantil, pela lei brasileira — sofra a incidência do ISS, se a locação de bens não lhe é nem mesmo o traço mais forte, e até mesmo a compra a prestações — como se vê do art. 11, § 1º, da Lei nº 6.099/74 — melhor serviria de a ele assemelhar-se, e se o elemento que o configura é o *financiamento*.

O importante, contudo, *in casu*, é que não se lhe aplica o item 52 da lista anexa do Decreto-lei nº 406/68, referente à *locação de bens móveis*, com o que negada vigência ao art. 8º do Decreto-lei nº 406/68 e ao referido item, indebitamente aplicado; e, conseqüentemente, ao art. 24, II, da CF, se não definida, na lei complementar, a referida incidência.”

Destarte, após debruçar-me no exame das teses conflitantes, entendo, *data venia* do ínclito relator, e não obstante a orientação contrária da Suprema Corte, que não se aplica ao arrendamento mercantil, contrato típico que é, distinto da locação de bens móveis, o item 52 da lista de serviços anexa ao D.L. nº 406/68.”

Ainda a destacar sobre o discutido tema, como a evidenciar a divergência no próprio tribunal de origem, declaração de voto vencedor, em outro julgamento da Corte Paulista, do ilustre Professor, Desembargador Régis Fernandes de Oliveira. O pronunciamento, trazido a estes autos, com muita objetividade e erudição, empresta apoio aos argumentos aqui alinhados.

Em conclusão, conheço do recurso pelas letras *a* e *c*, do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 322 — SP — (Reg. nº 89.8785-1) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recorrente: Crefileasing S/A Arrendamento Mercantil. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo. Advogados: Drs. Leo Krakowiak e outros, Carlos Oswaldo Teixeira do Amaral e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 07-11-90 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 339 — PR

(Registro nº 89.0008881-5)

Relator Originário: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorridos: *Francisco Batista, Davi Rosa e outro*

Advogados: *Drs. Maria Helena Antunes Bilhão e outros, Dra. Vilma A. do Amaral Felizardo*

EMENTA: Criminal. Fixação da pena.

Unicidade da dosimetria. Na ausência de modificativos a adicionar ou subtrair, não há exigir-se a operação trifásica de aplicação da pena.

Prescrição. Restabelecida a sentença indevidamente anulada a título de vício formal, cabe declarar-se a extinção da punibilidade de um dos co-réus, em face da pena balizadora da prescrição retroativa.

Absolvição. Não cabe anular-se de ofício a sentença, à conta da informalidade do seu dispositivo absolutório de um co-réu, quanto ao qual transitara em julgado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau, em ordem a que a Egrégia Câmara Criminal *a quo* julgue as apelações dos réus pelo seu mérito; por igual *quorum* decretou a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pena em relação ao réu Ademar Rosa, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de maio de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Dois são irmãos, de pai e mãe. Davi Rosa, loiro, olhos azuis, tinha 22 anos de idade e uma cicatriz na testa. Ademar Rosa, 02 anos mais moço, olhos castanhos, era um pouco mais alto. O outro é Francisco Batista, 32 anos, bigode aparado, dentes postiços, cabelos pretos lisos.

Os três continuam na mira do Ministério Público do Paraná que deseja restabelecer a sentença em que foram condenados Davi Rosa a 02 (dois) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, em regime fechado; Ademar Rosa e Francisco Batista a 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, em regime semi-aberto.

Isto porque em 07 de agosto de 1983, em Londrina, Paraná, Davi Rosa arrombou o carro de José Aparecido Mota levando uma bolsa com jóias, um revólver e talões de cheques. No dia seguinte, ainda conforme a denúncia, Davi

entregou os objetos roubados a Ademar Rosa que vendeu as jóias a Rosa Araújo. Um dos talões de cheques foi passado a Francisco Batista.

Denunciado Davi por furto (Código Penal, Art. 155, § 4º, I) e os demais por receptação (Código Penal, Art. 180, *caput*, a sentença de primeiro grau excluiu Rosa Araújo, afirmando que a prova lhe foi favorável, “em abono de suas alegações de negativa de autoria e materialidade” (fl. 163).

O acórdão da 2ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na Apelação dos sentenciados, ora recorridos, diz que o MM. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara de Londrina “não se houve com acerto ao exarar a sentença condenatória”. Determinou que os réus fossem recolhidos à prisão e a sua ordem não foi cumprida. Pelo Código de Processo Penal, Art. 594, não poderiam, portanto, apelar e um deles, Francisco Batista, apelou. “Deveria o Dr. Juiz — anota ainda o acórdão — primeiramente determinar a pena base, para em seguida de acordo com as circunstâncias, fixá-la em definitivo. Não esclareceu também se condenava ou absolvía a ré Rosa Araújo”.

Anulado o processo a partir da sentença para que outra seja proferida, ocorreu o Ministério Público com embargos de declaração que resultaram rejeitados e depois disso o Recurso Extraordinário por negativa de vigência da lei federal e dissídio jurisprudencial.

Convertido em Recurso Especial, nesta instância a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou favoravelmente ao apelo do Ministério Público.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL : Sr. Presidente, o recurso é inadmissível à conta do alegado dissídio jurisprudencial, que não restou demonstrado. Não se configura também, por outro lado, a negativa de vigência do Código de Processo Penal, Art. 157.

Mas como “há ofensa à lei, não só quando a decisão nega sua vigência, como quando enquadra erroneamente o texto legal, à hipótese em julgamento” (RTJ 89/324), conheço do recurso pela negativa de vigência do Código Penal, Art. 59.

Ao se reportar aos co-réus Davi Rosa e Francisco Batista a sentença monocrática se reveste de relatório, motivação e conclusão. Não vendo nos autos agravantes, atenuantes ou circunstâncias especiais o MM. Dr. Juiz realizou uma única operação.

A negativa de vigência da lei federal foi perpetrada pelo Tribunal de Alçada do Estado do Paraná que exigiu operação trifásica na sentença (CP, Art. 68), incabível na hipótese destes autos.

Acolho a proposta do Ministério Público Federal para que se decrete a extinção da punibilidade, pela prescrição retroativa, de ofício, de Ademar Rosa, considerando-se que ele era menor de 21 anos de idade, à época do fato.

Condenado a 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, além de multa, sua pena, no caso, de que não houve recurso da acusação, fixa em princípio a prescrição em 04 (quatro) anos, a teor do Código Penal, Art. 109, V. Opera-se a redução pela metade, de acordo com o Código Penal, Art. 115. A denúncia foi recebida em 14-12-83, a sentença é de 25-08-85, publicada em 13-10-86.

Quanto à co-ré Rosa Araújo estou de acordo em que se mantenha a anulação da sentença, porquanto o MM. Dr. Juiz, ao prolatá-la, não se referiu à ela na conclusão. Estava com a idéia de absolvê-la, demonstrou no relatório essa motivação mas, ao concluir, omitiu o seu nome e nem condenou-a, tampouco absolveu-a.

É no que toca aos co-réus Davi Rosa e Francisco Batista deve ser deferida a pretensão do Ministério Público para que o Tribunal de Alçada julgue a apelação deles.

Portanto, em conclusão, na mesma linha de pensamento do Ministério Público Federal, às fls. 263/268, decreto a extinção da punibilidade, pela prescrição retroativa, de ofício, de Ademar Rosa; nego provimento ao recurso em relação à decretação da nulidade da sentença mantendo o Acórdão no tocante a Rosa de Araújo; e dou provimento ao recurso no que concerne aos demais réus. Davi Rosa e Francisco Batista, restabelecendo-se a sentença de primeiro grau.

É o voto.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Srs. Ministros, relembro tratar-se de recurso extraordinário com base na letra *a* e *d* do antigo permissivo, mandado subir para melhor exame da controvérsia, e daí convertido em recurso especial. Alega-se ofensa aos arts. 59 e 68 do CP, 157 e 617 do CPP (quanto ao acórdão ter anulado a sentença condenatória por falta da trílice operação dosimétrica estabelecida pelo diploma penal e por erro formal quanto à uma mera explicitação absolutória de uma co-ré); por sua vez, procura-se demonstrar o dissídio interpretativo, via de precedentes que dão como reexaminável extraordinariamente o *error in procedendo* acusado pelo acór-

dão recorrido, reexame esse admitido a título de questão de direito, e não de fato, qual a valorização da prova — REs 83.378 e 89.456, DJ de 18-08-76 e RTJ 98/1.130; tudo isso sob o enfoque de improceder a omissão procedimental atribuída à sentença pelo acórdão que a anulou de ofício.

Julgando o recurso na sessão anterior desta Turma, o Sr. Ministro Edson Vidigal, Relator, acolheu o parecer da nobre Subprocuradoria-Geral da República, assim conclusivo:

“Em síntese, o parecer é no sentido de que esse Colendo Tribunal: a-) em preliminar, decreta a extinção da punibilidade, pela prescrição retroativa de ofício, de Ademir Rosa; b-) negue provimento ao recurso com relação à decretação da nulidade da sentença no que concerne à situação jurídico-penal da co-ré Rosa de Araújo pois correto o acórdão, nesta parte; c-) dê provimento ao recurso do Ministério Público pois negada a vigência ao artigo 59 do Código Penal na medida em que o Colendo Tribunal de Alçada do Paraná exigiu a realização de uma operação não aplicável à hipótese (operação trifásica).” — fls. 267/68.

Da vista que tive dos autos, convenci-me de que, no quanto tenha exigido da sentença condenatória a operação trifásica da aplicação da pena, na verdade, o v. acórdão se houve em desavença com as normas de regência, segundo as quais oferece-se correto o quantitativo único da pena, inicialmente obtido em face das circunstâncias judiciais consideradas, e assim compreendido como definitivo na ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes; em desavença com as normas de regência, repita-se, porquanto o art. 59, c.c. o art. 68, do Cód. Penal, nos quais se autoconsiderou calcado o acórdão, antes que a vedem, deveras subentendem a operação única da fixação da pena, na ausência de contrapesos a adicionar ou subtrair.

Se assim se reputa o v. acórdão, relativamente às condenações da sentença que anulou, igualmente cabe reputá-lo quanto à absolvição da receptadora Rosa Araújo, vulgo “Rosinha”. Com efeito, por falho que se mostre o dispositivo sentencial silente da clássica expressão “absolvo”, veja-se que a sentença censurada, após exaustiva análise da prova, contém esta expressa conclusão:

“Assim, apesar das negativas dos réus masculinos, a denúncia ficou suficientemente provada em relação a eles. Já com relação à ré Rosa de Araújo, a prova justamente foi favorável à ré, em abono de suas alegações denegativa de autoria e materialidade.

Julgo, portanto, procedente em parte a denúncia para condenar ...”, etc. — fl. 163.

Tão sucinta motivação e heterodoxo dispositivo absolutório, ainda que não se recomendem às boas práticas forenses, revestiram-se, porém, de suficiente vigor substancial, em configuração do livre convencimento do juiz, preservado pelo invocado art. 157 do Cód. de Processo Penal. Acrescente-se mais que, por analogia com a regra do também invocado art. 617 do CPP (fl. 211), por mais aberrante que parecesse aos puristas da forma aquela míngua de motivação e de ortodoxia, jamais se poderia anular de ofício a sentença, contra a co-ré apelante nem apelada.

Em suma, desavindo o acórdão com as conferidas normas regentes, vem mesmo a calhar a colacionada asserção doutrinária de que a desarrazoada interpretação da lei equivale à negação de sua vigência.

Portanto, conheço do recurso pela letra *a*.

Entretanto, no provimento que lhe dou, discordo dos efeitos sugeridos no parecer, visto que o faça para cassar totalmente o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau, em ordem a que a Eg. Câmara Criminal *a quo* julgue as apelações dos réus pelo seu mérito, salvo a prejudicada apelação do réu Ademar Rosa, em face de cuja menoridade e do quantitativo da pena ora restabelecida, declaro extinta a punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva, tal como demonstrado pelo parecer.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 339 — PR — (Reg. nº 89.0008881-5) — Relator Originário: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Relator para Acórdão: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: Francisco Batista, Davi Rosa e outro. Advogados: Drs. Maria Helena Antunes Bilhão e outros; Dra. Vilma A. do Amaral Felizardo.

Decisão: Retomado o julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau, em ordem a que a Egrégia Câmara Criminal *a quo* julgue as apelações dos réus pelo seu mérito; por igual *quorum* decretou a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pena em relação ao réu Ademar Rosa (em 21-05-90, 5ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros José Dantas, Flaque Scartezzini, Costa Lima e Assis Toledo. Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Votou vencido, em parte, o Exmo. Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO ESPECIAL Nº 375 — SP

(Registro nº 8990208)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro William Patterson*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Marcos César Guimarães Barbosa*

Advogados: *Drs. Aldo Quirino Lourenço Gomes e outro.*

Ementa: Penal. Revisão Criminal. Cabimento. Evidência dos fatos.

A cláusula “sentença condenatória contrária a evidência dos autos” que permite o cabimento da revisão criminal não compreende a absolvição por insuficiência de provas.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, em 11 de setembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Adoto como relatório a parte expositiva do parecer emitido pelo Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, digno representante do Ministério Público Federal, *verbis*:

“Trata-se de recurso especial, originalmente dirigido ao Colendo Supremo Tribunal Federal, tendo por alvo o v. acórdão de fls. 45/49, proferido em ação revisional, pelo 3º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, com quatro manifestações dissidentes.

A ação revisional é promovida por Marcos César Guimarães Barbosa, visando a desconstituir sua condenação por roubo tentado, imposta a pena de 2 anos de reclusão e pagamento de multa de Cz\$ 208,44, beneficiado com *sursis*.

O pedido fundou-se no art. 621, I, do CPP — “quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos.

O v. acórdão especialmente recorrido reza em sua parte dispositiva: “Isto posto e mais que consta dos autos, conheceram do pedido e o deferiram para absolver o peticionário, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.”

Dessa decisão recorreu o douto Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, com dúplici fundamento — alíneas *a* e *c*, do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal.”

Apreciando o mérito, o ilustre Procurador da República opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O recurso especial funda-se nas alíneas *a* e *c*, do item III, do art. 105, da Constituição Federal, respectivamente, por violação a texto de lei federal e divergência jurisprudencial.

No tocante ao primeiro aspecto, alega-se que o v. aresto impugnado contrariou o art. 621, I, do Código de Processo Penal, segundo o qual:

“Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I — quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos.”

Na verdade, a revisão criminal foi deferida para absolver o acusado, com base no art. 386, VI, do CPP, ou seja, insuficiência de prova. O que se discute é sobre o cabimento do processo revisional, para tal hipótese, tendo em vista as limitações para a sua admissibilidade. Pergunta-se, então: pode-se conceber a insuficiência probatória como fundamento válido para a revisão?

A doutrina e a jurisprudência pretoriana recusam a possibilidade de considerar a cláusula que permite a absolvição — insuficiência de prova — como sustentáculo para o processo de revisão, por entendê-la desarticulada com o princípio permissivo — contrariedade à evidência dos autos.

Também não vejo como conciliar os preceitos. Com efeito, a revisão só é cabível quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos, o que significa dizer: existe substancial elenco probatório desconsiderado pelo julgador. Não é o caso da justificativa prevista no art. 386, VI, do CPP, que, ao inverso, privilegia, em favor do Réu, a sua escassez.

Para demonstrar a linha interpretativa adotada pelos especialistas, destaco esses lances da peça recursal:

“Segundo o magistério de Florêncio de Abreu, tal condição não possibilita o reexame de matéria anteriormente apreciada “como se fôra um recurso que visasse à nova apreciação do mérito para corrigir injustiça”, da mesma forma que “o pedido não pode ter por objeto insuficiência da prova, uma vez que essa circunstância não exclui a responsabilidade do condenado, nem demonstra a sua inocência”, como restou decidido pelas Câmaras Criminais reunidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal (“Comentários ao Código de Processo Penal”, 1945, Vol. V., p. 427).

Não diverge Magalhães Noronha, para quem,

“É contra a evidência dos autos a sentença que, ao arrepió da prova, contra a certeza da inocência do réu, demonstrada no processo, o condena.

Não assim a que não se apóie na versão predominante, o que está de acôrdó com o livre convencimento do julgador. É contra a evidência dos autos a sentença que se divorcia de todos os elementos probatórios” (“Curso de Direito Processual Penal”, 17ª ed. (atualizada), 1986, p. 385).

Borges da Rosa ensina que evidência dos autos é “a plena certeza com a qual a verdade aparece ao espírito e determina sua adesão ou convicção inabalável” (“Processo Penal Brasileiro”, 1943, vol. 4ª p. 65), enquanto que Bento de Faria esclarecia que “significa a clareza exclusiva de qualquer dúvida, por forma a demonstrar de modo incontestável a certeza do que emerge dos autos em favor do condenado. A decisão que a contrariar é, portanto, injusta por ser dissonante do que resultou provado” (“Código de Processo Penal”, 1942, vol. 2º, p. 215/216). Já Ary Franco, em perfeita síntese, doutrinava que só se apresenta contraditoriamente à evidência dos autos a decisão que não encontrar a menor base na prova pelos mesmos oferecida (“Código de Processo Penal”, 1943, vol. 2º, p. 299).

Damásio E. de Jesus lembra que, na revisão criminal devem figurar novos elementos que demonstrem a evidência da inocência do condenado, de vez que, na sede, inverte-se o ônus da prova, “cabendo ao requerente mostrar o desacerto da decisão, não lhe aproveitando o estado de dúvida que a nova prova consiga criar no espírito dos julgadores”.

Adverte que essa é a tradição de nosso Direito, vez que a Lei nº 221, de 1984, em seu artigo 74, § 1º, VII, permitia a revisão quando “depois da sentença condenatória se descobrissem novas e irrecusáveis provas da inocência do condenado”, e o Código de Processo, aludido a “novas provas da inocência do acusado”, não se satisfaz com a “prova causadora de dúvida”, mas prova que realmente — demonstre a inocência do acusado (“Decisões Anotadas do STF em Matéria Criminal”, 1978, p. 276).

A propósito, este último festejado processualista e penalista, traz à colação ensinamento ainda atual de João Martins de Oliveira no tema:

“A nova prova deve ser concludente e deixar evidente a inocência do réu.

Se somente trouxer elementos que procuram abalar os elementos existentes nos autos, ou melhor, se for apresentada com o intuito de causar dúvida, será insuficiente para fazer vingar a revisão. No magistério de Sotgiu, os novos elementos não bastam, se tendem a debilitar a prova de gerar dúvida. Desnecessário é alinhar argumentos, diante da clareza da lei — novas provas da inocência do acusado. Daí é possível inferir que novas provas, criadoras de dúvidas, sejam o mesmo que provas de inocência (“Revisão Criminal”, 1967, p. 181).”

No âmbito da orientação predominante nos Tribunais, o Recorrente relacionou uma série de acórdãos que se põem em perfeita divergência com a decisão recorrida, entre eles alguns do Pretório Excelso, onde extreme de qualquer dúvida a oposição ao aresto atacado. Vale explicitá-los:

“Revisão criminal. Alcance da expressão evidência dos autos.

Nova prova que trouxe estado de dúvida, inviabilidade de acolhimento do pedido revisional.

Violação ao art. 621, I e III, do CPP.

Recurso extraordinário a que se dá provimento” (Recr. 79966-SP — 1ª T. — Min. Djaci Falcão — DJU de 07.03.75, p. 1318).

“Revisão criminal. Não se pode dizer, face ao princípio do livre convencimento do julgador, que uma decisão, cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, contraria a evidência dos autos.

Somente há fundamento em nenhuma prova colhida no processo.

O recurso extraordinário interposto de acórdão denegatório de revisão fica adstrito às normas técnicas de conhecimento do apelo extraordinário”

REcr 87.004-SP — 2ª T. — Min. Cordeiro Guerra — RTJ 85/278.

“Revisão criminal.

Só há decisão contrária à evidência dos autos quando não se apoia em nenhuma prova existente no processo, não bastando, pois, para o deferimento da revisão criminal, que os julgadores desta considerem que o conjunto probatório não é convincente para a condenação (Precedentes do STF)” (RE 113.269-8-SP 1ª T. — Min. Moreira Alves. DJU 149:15440, 07.08.87).

Descabe deferimento da revisão criminal com esteio no nº VI do art. 386 do CPP (insuficiência de provas), exigindo-se para o acolhimento do pedido, violente a decisão revidenda a evidência probatória” (Rec. cr. nº 136.206 — São Paulo — Des. Azevedo Franceschini — RT 524/353).

A dúvida, para autorizar o deferimento de revisão, com base em ter sido a decisão condenatória proferida contra a evidência dos autos, há de ser concreta, palpável, indiscutível, razoável, solidamente escorada em elementos do processo” (Rev. nº 19.391-3 — São Paulo — 2º Gr. Cs. Des. Silva Leme — RT 582/318).

Ante o exposto, conheço do recurso especial, por ambos os fundamentos, e lhe dou provimento, para cassar o acórdão recorrido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 375 — SP — (Reg. nº 8990208) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro William Patterson. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Marcos César Guimarães Barbosa. Advogados: Drs. Aldo Quirino Lourenço Gomes e outro.

Decisão: A 6ª Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 11-09-90 — 6ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade.

Presidiu o julgamento, o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

RECURSO ESPECIAL Nº 444 — RJ

(Registro nº 89.0009188-3)

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

Recorrente: *Alberto Abulafia — Espólio*

Recorrido: *Linda Antongini de Freitas Bastos — Espólio*

Advogados: *Drs. Marcos Halfim; Martinho Garcez Neto*

EMENTA: Ato jurídico, por pública escritura, nominado como de “renúncia à doação”. Qualificação jurídica da manifestação de vontade, capaz de consubstanciar questão federal, suscetível de exame em recurso especial. Código Civil, artigo 1.165.

Embargos de terceiro ajuizados pelo espólio da beneficiária, contra a inclusão, no inventário procedido por morte também do “renunciante”, dos bens objeto da “renúncia”.

Renúncia à doação, equivalente a uma nova doação, e subordinada à condição suspensiva do falecimento do doador em decorrência de intervenção cirúrgica grave e iminente. Falecimento, todavia, ocorrido muito posteriormente.

Afastamento da possibilidade de tratar-se de uma doação *mortis causa*. Doutrina a respeito.

Afirmação de que se trata de doação entre vivos, que não pode prescindir de aceitação do donatário, a teor do artigo 1.165 do Código Civil. Tal aceitação deve ser manifestada em vida do doador, sob pena de caducidade da doação. Donatária que não praticou, antes da morte do doador, ato algum de aceitação da liberalidade.

Ofensa aos artigos 1.165, 145, IV, e 146, parágrafo único, do Código Civil.

Admissão, no caso dos autos, do prequestionamento decorrente do conjunto de explícitas alegações das partes, no alusivo ao artigo 1.165 do Código Civil.

Improcedência da ação de embargos de terceiro.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de agosto de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Apreciando os recursos extraordinários manifestados pelo espólio de Alberto Abulafia, o Desembargador José Cyríaco da Costa e Silva, eminente 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proferiu decisão do teor seguinte:

“D. Linda Antongini de Freitas Bastos, por escritura pública, doou a Alberto Abulafia 95% das ações que possuía na Livraria Freitas Bastos S.A., em 1972, e, em 1975, o donatário, por idêntico instrumento, e referindo-se ao precedente, renunciou expressamente à doação para reverter ditas ações e respectivas bonificações à doadora, caso sobreviesse seu falecimento.

Faleceram, sucessivamente, o donatário e a doadora, aquele em janeiro e esta em novembro de 1979.

Aberto o primeiro inventário, ditas ações foram arroladas, bem como letras imobiliárias. Ao depois, o segundo espólio ofereceu embargos de terceiro afirmando que os referidos bens lhe pertenciam e deveriam ser excluídos do espólio embargado.

A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, declarando pertencer ao espólio de Linda Antongini de Freitas Bastos as ações e as letras imobiliárias.

Apelou o embargado e a Egrégia 2ª Câmara Cível confirmou a sentença, embora vencido parcialmente o Exmo. Sr. Desembargador Vogal, que reconhecia apenas a posse dos títulos em favor do embargante, ficando a decisão assim ementada:

“EMENTA: Embargos de terceiro. Preliminar de litispendência prejudicada, por ter sido reconhecida conexão entre o presente feito e o indicado pelo argüente. Reversão de bens doados ao patrimônio da doadora, através de novo ato jurídico perfeito e acabado. Manifestação de vontade expressa. Inexistência

de vício ou defeito. Procurador que detinha posse de bens móveis. Sua restituição ao patrimônio de seu legítimo dono, após o falecimento daquele procurador, uma vez comprovada, de forma cabal, a propriedade. Apelação desprovida. Voto vencido.”

As partes ofereceram embargos de declaração, que foram rejeitados pelos acórdãos de fls. 576/82 e 583/9.

Houve embargos infringentes opostos pelo réu, dos quais o Colendo 1º Grupo de Câmaras Cíveis não conheceu, sintetizando o seu entendimento na seguinte ementa:

“EMENTA: Embargos infringentes. Caracterização da divergência. O desacordo está na conclusão do pronunciamento do votante e não nas razões invocadas para fundamentar o voto.”

Recorre extraordinariamente o Espólio de Alberto Abulafia, com fundamento na alínea *a*, contra os acórdãos da apelação e dos embargos infringentes, afirmando vulneração dos artigos 105 e 106 do Código de Processo Civil; 115, 116, 145, III, e IV c/c 146 e § único, 1.174 e 1.176, 1.632 a 1.634 do Código Civil pelo primeiro *decisum*, e negativa de vigência aos artigos 468 e 530 do Código de Processo Civil pelo segundo.

A violação dos artigos 105 e 106 do Código de Processo Civil estaria em não ter ocorrido um só julgamento, lavrando-se um só acórdão, para o presente feito e para a apelação nº 19.871. Para melhor entendimento, cumpre esclarecer que o ora recorrente, enquanto tramitavam os embargos de terceiro, tinha ajuizada uma ação de anulação e substituição de títulos ao portador, envolvendo as mesmas ações da Livraria Freitas Bastos S.A., entre as mesmas partes. Assim, a Egrégia 2ª Câmara Cível, pelo acórdão de fls. 535/6, determinara o sobrestamento do julgamento da apelação nestes autos, para aguardar a subida do recurso interposto na outra ação pelo Espólio ora recorrente, entendendo haver conexão. Foram, finalmente, julgadas ambas as apelações, na mesma sessão do dia 5 de outubro de 1982, não logrando o Espólio de Alberto Abulafia êxito nas duas demandas.

Embora prequestionados os aludidos dispositivos processuais relativos à litispêndência, o certo é que, como bem ponderou a douta Procuradoria de Justiça em seu parecer de fls. 701/8, a interpretação que lhes emprestou o venerando acórdão recorrido está dentro dos limites da razoabilidade, já que o julgamento dos recursos se deu simultaneamente (Súmula nº 400). E bem esclareceu a Egrégia Câmara no julgamento dos embargos declaratórios às fls. 588:

“Parece-me, assim, *data venia*, não ter havido desobediência nem ao ven. acórdão que dera pela conexão dos feitos, nem ao texto do art. 105 do CPC, que determina, uma vez reconhecida a conexão, sejam as ações “decididas simultaneamente”.

Ora, decididas simultaneamente, elas o foram. Se em uma delas a decisão foi unânime, e na outra não o foi, isso não gera, como pretende o embargante, uma “contradição interna” no acórdão embargado, e nem esta Câmara, pelas decisões proferidas estaria forçando a separação dos processos “pelos diferentes destinos dos procedimentos”.

Se os feitos daqui por diante vierem a tomar destinos diversos, tudo isso constitui consequência, e não cabe discutir em embargos de declaração os efeitos da decisão recorrida.”

As normas da lei civil não merecem o indispensável prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356), o que afasta a admissão do recurso.

No que toca ao segundo recurso, da mesma forma as normas processuais ali referidas não foram ventiladas no venerando acórdão recorrido e não se valeu o recorrente do prequestionamento pelos embargos declaratórios (Súmulas nºs 282 e 356). Mesmo se admitisse apreciação implícita, igualmente poder-se-ia dizer ter sido razoável a sua interpretação (Súmula nº 400).

Nego provimento aos recursos.”

Os recursos extraordinários foram mandados subir por despacho do relator no Pretório Excelso, e devidamente arrazoados.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se no sentido do não conhecimento de ambos os apelos derradeiros, valendo transcrever o trecho final do parecer:

“Ora, lembre-se que o discutido art. 105 do Código de Processo Civil dispõe:

“Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.”

Afigura-se correto entender que o V. Acórdão recorrido está ao abrigo da Súmula 400:

“Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra *a* do art. 105, III, da C.F.”

É que a *simultaneidade* a que alude o art. 105 do Código de Processo Civil certamente não importa em *unicidade* de decisão: na verdade, o sentido de *simultaneidade* repele o de *unicidade*, na medida em que uma coisa necessariamente é simultânea a outra, não podendo jamais ser simultânea em relação a si mesma.

No mais, quando inexistissem os obstáculos à admissibilidade das irrisignações extraordinárias, atrás apontados, de qualquer sorte mister seria o revolver da prova (Súmula 279), para se chegar a conclusões distintas daquelas esposadas pelo V. acórdão de fls. 526/527 e 551/559, porque o mesmo, para tanto, se arrimou no conjunto probatório, como mostra a ementa do julgado, que bem o espelha:

“Embargos de terceiro. Preliminar de litispendência prejudicada, por ter sido reconhecida conexão entre o presente feito e o indicado pelo argüente. Reversão de bens doados ao patrimônio da doadora, através de novo ato jurídico perfeito e acabado. Manifestação de vontade expressa. Inexistência de vício ou defeito. Procurador que detinha posse de bens móveis. Sua restituição ao patrimônio de seu legítimo dono, após o falecimento daquele procurador, uma vez comprovada, de forma cabal, a propriedade. Apelação desprovida. Voto vencido.”

O parecer é, por conseguinte, de que ambos os Recursos Extraordinários não comportam conhecimento.”

O eminente Ministro Relator do STF converteu os recursos extraordinários interpostos em recurso especial, remetendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): São complexas as várias questões de direito debatidas no recurso, como se verifica mesmo do relatório, mas procurarei apreciá-las de forma sucinta o quanto possível.

De início, impende bem conhecer os atos jurídicos que deram causa ao litígio. Assim, devo sublinhar a pública escritura de doação pela qual, aos

29-09-72, Linda Antongini de Freitas fez doação de ações a Alberto Abulafia, lendo-se no aludido ato jurídico:

“... que, como possua outros bens e rendimentos que lhe garantam plenamente a subsistência e não conte com existência de herdeiros necessários, em reconhecimento pela eficiente ajuda e dedicação com que sempre se houve em relação à pessoa dela, doadora, como com relação ao seu estimado companheiro falecido, Dr. Jacques Visnevski, decidiu doar-lhe, como doado tem, sem qualquer condição ou encargo, por esta e melhor forma de direito, 95% (noventa e cinco por cento) das ações que detém da Livraria Freitas Bastos S.A., com sede nesta cidade, estando compreendidos nesse total não só as ações que já possui, como também aquelas outras que haverá como herdeira universal do Espólio de Jacques Visnevski, cujo inventário se processa perante o Juízo da 3ª Vara de Órfãos e Sucessões, Cartório do 1º Ofício, ...”

Dita escritura vem assinada, pela doadora, pelo donatário e testemunhas.

Quase três anos após, no mesmo tabelionato foi lavrada nova escritura, nominada como de “renúncia à doação”, datada de 31-07-75, subscrita apenas pelo “renunciante” Alberto Abulafia e por duas testemunhas, nela lançada a seguinte manifestação de vontade:

“... Que, por escritura lavrada nas notas do 17º Ofício de Notas, Livro 3.215, folhas 86, em 29 de setembro de 1972, em virtude de constante afeto e incondicional apreço, que há longo tempo une o renunciante a pessoa de dona Linda Antongini de Freitas Bastos, doravante designada simplesmente renunciada, recebeu desta, em doação, 2.645.011,85 (dois milhões seiscentos e quarenta e cinco mil e onze e oitenta e cinco centésimos) ações ordinárias ao portador da Livraria Freitas Bastos S/A., com sede nesta cidade, empresa essa de cuja direção de há muito participa o renunciante; 2) Que agora, tendo em vista que se submeterá a delicada intervenção cirúrgica, cujo desfecho o deixa apreensivo, por imperativo de sua consciência, e movido pelos mesmos sentimentos de ordem afetiva que, sendo recíprocas, motivaram a doação acima aludida, sente-se no dever de à mesma renunciar, fazendo reverter o bem doado, assim como as bonificações dele resultantes, ao patrimônio da doadora, ora renunciada, para que dele disponha como melhor lhe aprouver, segundo o seu elevado critério; 3) Que, nesse ato, manifesta o seu profundo reconhecimento à renunciada pela elevada estima e constante consideração

sempre dispensada a ele renunciante, prometendo, por outro lado, continuar prestando à mesma renunciada a mais eficiente ajuda e dedicação de sempre, caso se restabeleça como confia que acontecerá; 4) Que, assim, de acordo com a sua constante preocupação com o bem estar pessoal e com a situação patrimonial da renunciada, pela presente escritura e melhor forma de direito caso sobrevenha o seu falecimento, reverterá então à renunciada toda posse, direito e ação concernentes aos bens renunciados que, por tal motivo, lhe serão automaticamente retransmitidos, independentemente de qualquer formalidade, para os regulares fins de direito.”

2. Aos 17-01-79, portanto três anos e meio após a nominada “renúncia à doação”, veio a falecer Alberto Abulafia, e seu espólio, por petição recebida em juízo aos 20-04-79, ajuizou perante a 4ª Vara Cível do Rio de Janeiro ação de “anulação e substituição de títulos ao portador”, isto é, das ações da Livraria Freitas Bastos, que teriam sido “extraviadas” da residência do extinto, com o pedido de que fossem tais ações declaradas caducas e outras emitidas, em substituição, pela Livraria Freitas Bastos S.A.

Posteriormente, aos 05-11-79, ocorre o decesso de Linda Antongini de Freitas Bastos, e um mês após seu espólio ajuizou ação de embargos de terceiro, perante a 2ª Vara de Orfãos e Sucessões da mesma comarca, alegando que haviam sido arroladas no inventário de Alberto Abulafia as 14.959.864 ações ao portador da aludida Livraria, além de letras imobiliárias ao portador, e que tais títulos em realidade pertencem ao Espólio embargante, salientando-se que “a reversão ao patrimônio da doadora, dos bens renunciados pelo donatário, não encontra reprovação em nosso direito”, nada outrossim impedindo fosse a renúncia, ato unilateral, subordinada a termo ou condição.

A ação de embargos de terceiro foi julgada procedente em 1º grau de jurisdição, sustentando o magistrado, no pertinente às ações da Livraria, que a escritura de fl. 33 não consubstancia nova doação, mas sim “renúncia pura e simples”, contrato unilateral, não devendo pois exigir-se “a presença ou assentimento da beneficiária”.

Em segunda instância, a egrégia 2ª Câmara Cível do TJRJ decidiu, inicialmente, em um primeiro aresto, sobrestar no julgamento da apelação interposta pelo Espólio de Alberto Abulafia, e isso em virtude da tramitação da ação, afirmada conexa, de anulação e substituição de títulos, “para que se julguem conjuntamente as duas apelações referidas” (da ementa, fl. 535). O julgamento numa mesma sessão ocorreu aos 05-10-82, quando a 2ª Câmara Cível manteve, por maioria de votos, a sentença, assim fundamentado o veredicto, no alusivo às ações da Livraria:

“Trata-se, assim, de ato jurídico perfeito e acabado, pelo qual ocorreria reversão dos bens doados ao patrimônio da doado-

ra, Linda Antongini de Freitas Bastos, ocorrido o falecimento de Alberto Abulafia. Este, com efeito, faleceu em 17 de janeiro de 1979, anteriormente àquela, falecida aos 05 de novembro do mesmo ano.

Tem-se, pois, como certo, que houve manifestação expressa de vontade daquele, no sentido de fazer reverter, por seu falecimento, as ações doadas, inclusive as bonificações correspondentes, ao patrimônio de Linda Antongini de Freitas Bastos.

Não importa o *nomem juris* que se queira atribuir ao ato jurídico em tela, não se lhe aponta vício ou defeito hábil a invalidá-lo.

Questiona-se a impossibilidade jurídica de haver renunciado à doação, de ser nulo o ato por ausência da beneficiada, de existir dúvida quanto à autenticidade formal do documento, e de não possuir o outorgante bens suficientes para garantir a própria subsistência.

Quanto a essas últimas assertivas não resultaram provadas nos autos, e quanto às duas primeiras é bem de ver que a ausência do beneficiado ao ato de doação não o invalida, segundo a doutrina e a jurisprudência, e a circunstância de ter sido o ato impropriamente denominado de renúncia à doação, não prevalece sobre a regra do art. 85 do Código Civil Brasileiro.

De resto, Linda Antongini de Freitas Bastos praticou, em vida, atos reveladores da aceitação da liberalidade, quer ao ingressar nos autos da ação conexa para sustentar a titularidade das ações, quer ao afirmar essa qualidade quando prestou depoimento no Juízo orfanológico, nos autos de inventário de bens por falecimento de Alberto Abulafia.”

Como se verifica, embora com o asserto de que pouco importa o *nomem juris* do ato jurídico, inclinou-se a Câmara em considerá-lo como uma doação, com a afirmativa de que “a ausência do beneficiado ao ato de doação não o invalida”. O voto parcialmente vencido também julgava procedente os embargos de terceiro, mas para atribuir ao embargante apenas a posse, sem entrar na questão da titularidade das ações.

Na mesma sessão a Câmara, à unanimidade, negou provimento à apelação do espólio de Alberto Abulafia na ação de anulação e substituição de títulos, dando pela carência da ação, eis que, segundo a ementa do acórdão, “não está legitimado a propô-la o sucessor, se o sucedido, em ato jurídico perfeito e acabado, transferiu a propriedade e a posse dos títulos, sob condição, que se verificou”.

Interpostos embargos infringentes, quanto ao aresto não unânime proferido na apelação dos embargos de terceiro, o 1º Grupo de Câmaras Cíveis dos

ditos embargos infringentes não conheceu, por considerar inócurre a divergência, que deveria estar “na conclusão do pronunciamento do votante, e não nas razões invocadas para fundamentar o voto” (ementa, fl. 633).

Daí a interposição de recursos extraordinários, em tempo hábil, quanto aos dois arestos, proferidos na apelação e nos embargos infringentes, em contradição que foi limitada, de logo saliente, à titularidade das ações da Livraria.

Não se apresentam óbices regimentais aos apelos, a teor do art. 325, IV, letra *c*, *in fine*, do Regimento Interno do STF, redação anterior à Emenda Regimental nº 2/85.

3. O recurso extraordinário contra o aresto proferido na apelação, com supedâneo na letra *a* do permissivo constitucional, invoca ofensa aos artigos 105 e 106 do Código de Processo Civil, eis que não teria sido processado *in simultaneus processus* o julgamento das apelações interpostas das sentenças em ambos os processos, o de embargos de terceiro e o da ação de anulação e substituição de títulos, processos que a Câmara entendera conexos. E realmente assim ocorreu: as apelações foram julgadas pela eg. Câmara numa mesma sessão, evitada pois a possibilidade de contradição, mas não no mesmo processo e em um só aresto.

Em primeiro lugar, cumpre aqui ressaltar a controvérsia existente sobre a discricionariedade ou não do juiz no determinar a reunião de ações conexas “propostas em separado”, inclusive ante a redação da norma legal, com o uso do verbo *poder* e não do verbo *dever*.

De qualquer forma, como assinalado no parecer da Procuradoria-Geral da Justiça do Rio de Janeiro, uma das causas, a relativa à ação de substituição de títulos, já encontrou solução final, encontrando-se o acórdão proferido na Apelação Cível 19.871 encoberto pela coisa julgada. Realmente, daquele decisório o Espólio de Alberto Abulafia interpôs apelo extremo, cujo seguimento foi indeferido; manifestado agravo de instrumento, sob nº 100.014 do STF, ao dito recurso foi negado provimento, *ut* informação de fl. 896. Cumpre aditar que agravo regimental foi igualmente desprovido pelo STF, com o entendimento de que a matéria não comportaria, face a óbice regimental, o apelo extremo — D.J. de 08-11-84, pág. 18.770.

Assim sendo, a questão atinente à reunião dos processos está realmente prejudicada, pois já ocorrente o julgamento final de um deles.

4. A douta Subprocuradoria-Geral da República, opinando perante o Pretório Excelso, sustentou a inócurre de prequestionamento quanto aos temas suscitados, quer por não reavivados em embargos declaratórios, quer porque teriam sido referidos pela vez primeira ao ensejo do recurso extraordinário de fl. 643, quer porque, mesmo se afastando tal obstáculo, “de qualquer

sorte mister seria o revolver da prova (Súmula 279), para se chegar a conclusões distintas daquelas esposadas pelo v. aresto de fls. 526/527 e 551/559, porque o mesmo, para tanto, se arrimou no conjunto probatório, como mostra a ementa do julgado ...”.

Devo, todavia, dissentir do douto parecer. Adotando o posicionamento que, modo geral, vem sendo prestigiado neste Superior Tribunal de Justiça, não levo a rígidos balisamentos o pressuposto, *que mantenho*, de a matéria haver sido questionada no decorrer do processo. Assim, em linha de princípios, admito o questionamento *implícito*, decorrente do conjunto das alegações formuladas pela parte. Ainda em linha de princípios, dispenso, nos casos de omissão do acórdão, deva ser a matéria reavivada em embargos declaratórios, quando se cuide de tema já claramente questionado no decorrer do contraditório; diga-se que outros são os objetivos processuais dos embargos de declaração, os quais podem suprir omissão nos fundamentos da sentença ou do acórdão quando tal omissão seja suscetível de prejudicar a execução do julgado ou de prejudicar a compreensão do conteúdo e extensão do *decisum*, hipóteses estas que refogem, vênha máxima, ao tema dos pressupostos constitucionais de admissibilidade do apelo extremo.

5. Noto, eminentes colegas, que as questões referentes à natureza jurídica do ato de “renúncia” efetuado pela escritura de fls. 33/34 v. vem sendo o objeto central da controvérsia, desde a contestação apresentada pelo espólio de Abulafia, onde se afirma que a “renúncia” à doação equivaleria, juridicamente, a uma nova doação, sendo então imprescindível à validade do ato o assentimento da donatária; além disso, a aludida “renúncia” configuraria um testamento, disposição de última vontade, sem o atendimento aos parâmetros dos artigos 1.632 a 1.637 do Código Civil, pois se cuidaria de testamento público (contestação, fls. 104 a 112). E tais alegações foram reiteradas em grau de apelação.

Temas fundamentais estes, de sobejo, e com longos e detidos argumentos, debatidos pelos litigantes.

6. Ainda afastando argumento do parecer do Ministério Público, impende ponderar que no apelo extremo as alegações fundamentais não dizem respeito ao “revolver da prova”. A Súmula 279 do Sumo Pretório, no sentido de que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, permanece, realmente, inteiramente aplicável quando do exame da admissibilidade do recurso especial, que recurso extraordinário é. Este enunciado decorre naturalmente da natureza mesma do apelo extremo.

Entretanto, no caso presente as conseqüências jurídicas da escritura, nominada como de “renúncia à doação”, em absoluto dependem do *simples* exame de provas, mas vinculam-se e decorrem da própria *qualificação jurídica*

atribuível ao aludido ato de manifestação de vontade: se constitui renúncia à doação anteriormente feita, se nova doação condicional, se nova doação sob termo suspensivo, se disposição de última vontade.

O Supremo Tribunal Federal, nos ERE nº 77.539 (RTJ, 74/144), apreciou caso em que o Tribunal local entendera que a hipótese, então em julgamento, não era de “mandato”; a colenda 2ª Turma do STF, todavia, deu provimento ao apelo extremo por ofensa ao art. 1.288 do CC, julgando que os documentos realmente constituíam “mandato”, e válido. Os embargos não foram conhecidos pelo plenário do Pretório Excelso, sob o argumento de que a decisão da Turma não procedera à mera reavaliação da prova, mas sim dera “nova qualificação jurídica ao ato controverso”. A ementa assim ficou redigida:

“Mandato. Questão de Direito. Se o acórdão reconheceu a existência evidente de um mandato, negado pela instância local, e atribuiu-lhe os efeitos da lei, decidiu então sobre a qualificação jurídica do ato, o que é questão de Direito, e não de fato.”

A tese deste v. aresto ajusta-se, à perfeição, ao caso ora em julgamento, permitindo-nos perquirir da natureza jurídica do ato controvertido, a fim de que possamos constatar a ocorrência, ou não, da invocada contrariedade à lei federal, acaso cometida no v. aresto recorrido. Ante tal propósito, inaplicável a Súmula 454 do STF.

7. Sustenta o Espólio de Linda Antongini que a renúncia de fls. 33/34v. é “ato unilateral simplesmente abdicativo, o que impede de equipará-la a uma doação”, não importando que resulte em vantagem para outrem, “por força da lei ou da vontade do renunciante”, desde que “a intenção liberal deste pertence ao campo indiferente dos motivos do ato”. Recordou, dentre outras, as lições de Pugliati e de Betti, no sentido de que a intenção do renunciante, “de favorecer determinada pessoa com vantagem produzida objetivamente pelo ato abdicativo, é irrelevante, por isso que está compreendida nos motivos do negócio”. Teríamos, pois, renúncia subordinada a uma “condição suspensiva”, a morte do renunciante, de forma que até esse evento as ações da Livraria continuavam no patrimônio do renunciante, e deveriam portanto ser declaradas como suas ao imposto de renda.

De outra parte, havia o Espólio de Abulafia afirmado que, tendo sido a doação das ações da Livraria (escritura de fls. 30/32) resultante do acordo de vontades da doadora Linda e do donatário Abulafia, transferindo-se para este a posse e propriedade das ações, somente por novo acordo de vontades poderiam os títulos retornar ao patrimônio de Linda. Todavia, ao ato jurídico de fls. 33/34v. a beneficiária não compareceu e a ele não assentiu.

8. Os argumentos trazidos pelo Espólio de Linda Antongini, doutrinariamente ponderáveis, não se aplicam, contudo, ao caso dos autos.

A escritura de fls. 33/34v., embora rotulada de “renúncia à doação”, em verdade revela o inequívoco e eloqüente propósito de Alberto Abulafia, como legítimo proprietário das ações da Livraria, de transferi-las em retorno à anterior proprietária, Linda Antongini, transferência a tornar-se efetiva “caso sobrevenha o seu falecimento”, momento em que os títulos seriam “automaticamente retransmitidos” à beneficiária. Alienação, pois, a título gratuito, subordinada a um termo suspensivo.

O resultado “favorecimento a uma determinada pessoa”, — aqui por considerações de ordem moral e afetiva — não aparece como simples “motivo” subjetivo do ato, motivo juridicamente irrelevante, mas sim aparece sendo como o próprio objeto do ato jurídico. Fosse o ato meramente abdicativo, sem a transferência do domínio como resultado da vontade manifestada pelo *dominus*, então os títulos restariam sem dono, como bens adéspotas, e sendo ao portador poderiam ser apropriados por qualquer pessoa. Como bem expõe mestre Miguel Maria de Serpa Lopes, “diferentemente da renúncia abdicativa, a translativa ou *in favorem* caracteriza-se quando da parte do renunciante há uma transferência dos seus direitos em favor de outra pessoa, podendo tomar o aspecto de uma compra e venda ou de uma doação, consoante as circunstâncias de cada caso. Por conseguinte, a verdadeira renúncia é a abdicativa” (“Curso de Direito Civil”, ed. Freitas Bastos S.A., v. VI, nº 373).

Não se cuida, portanto, a escritura de fls. 33/34v., de ato de renúncia, unilateral típico, em que o eventual favorecimento de alguém resulte de disposição de lei ou da particular posição jurídica desse alguém. No caso, como afirmei, o favorecimento da anterior proprietária era o próprio objeto da manifestação de vontade, tendente à uma segunda alienação das citadas ações.

9. Após esta conclusão, impende analisar qual a natureza jurídica deste ato de alienação, alienação protraída para o momento da morte do outorgante Abulafia.

Pela escritura de fls. 33/34v., o outorgante Abulafia, após afirmar que se sentia no dever de renunciar à doação que a ele fora feita por Linda, “fazendo reverter o bem doado” ao patrimônio da doadora, dispõe finalmente que, “caso sobrevenha o seu falecimento, reverterá então à renunciada toda posse, direito e ação concernentes aos bens renunciados, que, por tal motivo, lhe serão automaticamente retransmitidos”.

Tratar-se-á, na espécie, de doação *mortis causa*?

O assentimento da donatária terá sido outorgado em tempo hábil?

No magistério de Serpa Lopes, *inter vivos* são as doações feitas para efeito imediato, de caráter irrevogável; já a doação *causa mortis*, instituto originário do direito romano, tem por “traço predominante a plena revogabilidade, *ad nutum* do doador. Tal forma de doação, na opinião de nossos mais autorizados

juristas, não foi aceita pelo Código Civil. O que a caracteriza não é o simples fato da respectiva escritura declarar que se trata de uma doação *mortis causa* ou que determinado bem doado só será transmitido ao donatário após a morte do doador, senão consignar-se a sua revogabilidade ao puro arbítrio do doador, com reversão dos bens doados ao doador se sobreviver ao donatário” (“Curso de Direito Civil”, Freitas Bastos S.A., v. III, nº 262).

Acrescenta todavia o autor que “tal circunstância, porém, não obsta a que a morte figure na doação como um termo, posto que incerto, em relação ao tempo, porém certo, quanto ao fato” (*ibidem*).

M.I. Carvalho de Mendonça, reportando-se a conspícuos autores, sustenta que a doação *mortis causa* supõe a entrega da coisa ao donatário, porém com a transferência do domínio somente com a morte do doador. Explicita: “as verdadeiras doações *causa mortis* supõem que os bens doados foram entregues aos beneficiados e verificam-se nos dois casos seguintes: 1º, quando se impõe aos beneficiados a obrigação de restituir os bens doados se os doadores não falecerem em um lance previsto; 2º, quando se lhes impõe a condição de restituir se os doadores lhes sobreviverem” (“Contractos no Direito Civil Brasileiro”, Freitas Bastos, 2ª ed., 1938, t. 1, nº 22, págs. 103/104).

Mestre Carvalho Santos comunga da opinião de que a doação *causa mortis* não encontra guarida em nosso direito atual: “Realmente, no direito atual, inclusive no nosso, a doação *mortis causa* foi eliminada, não podendo haver outro título legítimo de cessão ou transferência gratuita de bens que não seja a doação e o legado” (“Código Civil Brasileiro Interpretado”, Freitas Bastos, v. XVI, ed. 1986, pág. 301/302).

Trazendo à balha parecer de Eduardo Espínola e lições de Carlos de Carvalho e do jurista lusitano D’Abranches Ferrão, põe como característica fundamental da verdadeira doação *causa mortis* a sua plena revocabilidade, *ad nutum* do doador. E sustenta, fundamentadamente, a possibilidade de o doador estabelecer, em doação *inter vivos*, que o donatário só entre na posse dos bens doados após a morte do doador, assim submetido o contrato a um termo inicial, no caso a um *dies certus an, incertus quando*, ficando até o momento da morte do doador suspenso o exercício do direito do donatário. Acresce:

“O que é indispensável, para que prevaleça a doação como verdadeira doação entre vivos, é que não tenha o doador a faculdade de revogá-la arbitrariamente, isto quer se trate da hipótese prevista no artigo 1.174 do Código, acima referido, quer se cogite de um termo incerto quanto ao tempo, como é a morte do doador”..... (*omissis*) “Todas as doações se consideram *inter vivos*, ainda que submetidas a termo inicial que se verifique pela morte do doador” (obra citada, pág. 306).

O ilustre Prof. Agostinho Alvim, em consagrada monografia, igualmente admite a doação sob termo inicial, “valendo a morte do doador como ponto de

partida para os efeitos da doação..... (*omissis*) O doador continuará com a coisa, que os seus herdeiros transferirão ao donatário, em cumprimento do contrato” (“Da Doação”, ed. RT, 1973, págs. 129/130).

10. Postas tais premissas doutrinárias, vê-se no caso dos autos a firme intenção do doador em “reverter o bem doado” (*sic*), com automática “retransmissão” (*sic*) de tais bens, “caso sobrevenha o seu falecimento”. Nenhuma previsão de revogação a critério do doador.

Cuida-se portanto, em princípio, de contrato de doação *entre vivos*, e como contrato “não prescinde da aceitação do donatário, porque só então as partes se vinculam uma à outra” (Agostinho Alvim, obra citada, pág. 40). Admite-se, contudo, a aceitação retardada (CC, art. 1.166), o que “empresta ao contrato de doação, nestes casos, a fisionomia de proposta de contrato, ou policitação (*idem, ibidem*).

Proclama, com ênfase, o Espólio de Linda Antongini, que terá ocorrido aceitação, embora não concomitante com o ato dito de “renúncia”. Tal aceitação teria sido manifestada de diversas maneiras, “logo que tomou conhecimento do ato benéfico e desde que verificada a condição suspensiva a que estava subordinada a produção dos seus efeitos”.

Já o Espólio ora recorrente, de Alberto Abulafia, sustentou desde a contestação tratar-se de escritura “absolutamente nula” (*sic*), pelo não comparecimento e assentimento da donatária da “reversão”, ou seja, da nova doação, fazendo assim incidir o artigo 1.165 do Código Civil, argüição esta reiterada na petição de recurso extraordinário, com o asserto de que o doador já era morto ao tempo dos atos de aceitação mencionados no acórdão impugnado; ocorrera, destarte, ao ver do espólio recorrente, a caducidade da doação, fulminando a escritura de “nova nulidade absoluta, por falta de formalidade essencial à perfeição do indigitado ato”.

11. A doação é contrato unilateral, simplesmente contratual (isto é, não requer, para seu aperfeiçoamento, a entrega da coisa ao donatário), e gratuito (Orlando Gomes, “Contratos”, Forense, 8ª ed., nº 164). Para a formação contratual, para surgir o vínculo entre as partes, necessárias são duas declarações coincidentes de vontade, emitidas pelo doador e pelo donatário. O doador transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o patrimônio de outrem, que os aceita (CC, art. 1.165). Poderá, é certo, a manifestação de vontade do donatário não ser simultânea com a do doador, já o afirmamos.

Será todavia válida a aceitação do donatário, expressa ou tácita, quando manifestada após a morte do doador, e isso tendo-se inclusive em vista que, por prevalente doutrina, é cabível o arrependimento do doador antes de consumado, pela aceitação, o acordo de vontades?

12. Mestre Clóvis Bevilacqua sustentou, em seus clássicos “Comentários ao Código Civil” (Liv. Francisco Alves, 1943, v. IV, pág. 329), que “se o

doador falecer antes da aceitação por parte do donatário, resolve-se a doação, porque o contrato não chegou a firmar-se. A solução contrária, não obstante a autoridade de Demolombe, do Código Civil argentino, art. 1.795, e de João Luiz Alves, parece dissonante dos princípios”.

A posição de Bevilacqua foi adotada por J.M. Carvalho Santos, considerada a “necessidade de aceitação por parte do donatário, para a existência da doação” (“Código Civil Brasileiro Interpretado”, v. XVI, ed., 1986, pág. 327). Igualmente M.I. Carvalho de Mendonça, para quem “a doutrina mais aceitável” é a de que caduca a doação não aceita em vida do doador (salvo tratando-se daquelas que não dependem de aceitação), com a proposição de que a regra é a de que “a doação não aceita pode ser livremente revogada” (obra citada, págs. 44/48).

Dentre os autores modernos, trago à colação M.M. de Serpa Lopes, quem, após referir que a aceitação pode ser expressa ou tácita, e manifestada concomitante ou posteriormente ao ato, assim expõe:

“Se o doador falecer antes dessa aceitação do donatário, a melhor doutrina é a que propende pela caducidade da doação, a menos que se trate da que prescinde de tal complemento, como igualmente a melhor orientação é a que considera caduca a doação se o donatário falecer antes de manifestar a sua aceitação. A regra é a de que a doação não aceita pode ser livremente revogada” (obra citada, nº 264).

Também assim Agostinho Alvim, com o magistério de que:

“É indispensável que a aceitação, ou seja, o aperfeiçoamento da doação, se tenha dado em vida do doador. Não vale a aceitação posterior à sua morte; e se for aceita depois, mas com data anterior, também não vale, porque terá havido simulação. Mediante termo suspensivo, *a doação pode ser feita e aceita em vida, para produzir efeitos após a morte do doador*, como expõe Manresa Y Navarro em seus “Comentários al Código de Derecho Civil Español”, Tomo V, pág. 208” (obra citada, pág. 130) (o grifo é nosso).

O texto de Manresa Y Navarro está, realmente, à pág. 82 do tomo V da edição de 1910, com a seguinte redação:

“Cuando el término que se fije para entrar en el disfrute de los bienes sea el de la muerte del donante, ó la condición suspensiva se relacione con ese hecho, la confusión es posible. Para evitar-la hay que distinguir entre la disposición y la ejecución de la donación. Producir la donación sus efectos en vida ó por muerte del donante, no quiere decir entrega de los bienes en vida

ó después de la muerte. Desde que el donante dispone gratuitamente de los bienes, y la disposición se acepta por el donatário, la donación existe perfecta irrevocable (arts. 618 y 623). Hasta que llegue el día ó se cumpla la condición, la donación no se ejecuta, pero produce efectos. Así, el que dona á término, aunque ese término sea el de su muerte, ha dispuesto ya de lo donado, y no puede ya revocar la donación, ni, por tanto, disponer de la cosa en favor de otro.” (O grifo é nosso).

13. O v. aresto recorrido mencionou os atos de aceitação praticados por dona Linda, todos posteriores ao falecimento do doador: o ingresso nos autos da ação de anulação e substituição dos títulos, proposta pelo Espólio de Abulafia, e depoimento no juízo orfanológico, nos autos do inventário do mesmo Abulafia.

Assim, a beneficiária Linda Antongini não foi presente ao ato jurídico nominado como de “renúncia à doação”; não foi convocada para declarar se aceitava ou não a liberalidade (CC, art. 1.166), e não praticou, em vida do doador, ato algum de aceitação de doação. O ato jurídico de fls. 33/34v., equivocadamente nominado como de “renúncia” ou de “reversão de doação”, permaneceu como ato unilateral, não se tendo jamais aperfeiçoado o acordo de vontades, capaz de fazer surgir o respectivo contrato.

A proposta de doação, portanto, manteve-se sempre revogável a critério do doador. Validá-la como doação, equivalerá à ressurreição da abolocida doação *mortis causa*, suprimida pelo Código Civil (Marco Aurélio S. Viana, “Teoria e Prática do Direito das Sucessões”, Saraiva, 1987, nº 41); J. M. Carvalho Santos, obra citada, pág. 301; e equiparável, então, a uma disposição de última vontade, a um legado, sujeito o ato jurídico às regras formais exigíveis aos testamentos (João Luiz Alves, “Código Civil Anotado”, 2ª ed., 1935, 2º vol., pág. 241).

Cairíamos na tese do artigo 1.457 do C. Civil Português: “As doações, que tiverem de produzir seus efeitos por morte do doador, têm a natureza de disposição de última vontade, ficam sujeitas às regras estabelecidas no título dos testamentos”. Teríamos, em tal caso, de entender violados os artigos 1.632 a 1.634 do Código Civil, relativos às formalidades testamentárias por instrumento público.

14. Em suma: a inexistência de aceitação, como bem expressa Orlando Gomes (“Contratos”, Forense, 8ª ed., nº 170), é um dos casos de invalidade da doação, invalidade que pode ser declarada no próprio processo dos embargos de terceiro independentemente de ação própria. Atribuindo eficácia ao ato jurídico de fls. 33/34v., o acórdão recorrido contrariou o artigo 145, IV, e 146 de parágrafo único do Código Civil, e outrossim negou acolhimento, como

prequestionado longamente no processo, à tese do artigo 1.165 do mesmo Código, que exige a aceitação para que se caracterize um contrato de doação. Ocorreu em tais termos a contrariedade à lei federal, como previsto no artigo 105, III, *a*, da Constituição da República, contrariedade surgente quando a tese do acórdão diverge inequivocamente da tese da lei, a cujo respeito as partes controvêtem.

15. Faço uma observação, *a latere*, no alusivo a um aspecto de que as partes não cuidaram. O ato jurídico de fls. 33/34v., se cabível a perquirição de seu texto no relevador da vontade do disponente, configura verdadeiramente uma doação condicional, subordinada a um evento futuro e incerto: o falecimento do disponente em consequência da “delicada intervenção cirúrgica, cujo desfecho o deixa apreensivo” (sic). Dispõe textualmente: “... caso sobrevenha o seu falecimento, reverterá então à renunciada toda a posse, direito e ação concernentes...”. O falecimento não foi posto, no texto, como um evento *certus an, incertus quando*, mas como um evento *incertus an*. A doação seria para a hipótese de falecimento do doador em consequência da temida intervenção cirúrgica. Este evento não ocorreu. Faleceu o disponente três anos e meio após. Portanto, ainda se posta de parte a questão da aceitação, a qualificação do ato jurídico como doação condicional, não realizada a condição suspensiva, levaria à não transferência das ações da Livraria para a beneficiária da condicionada liberalidade, e cujo espólio promove a ação de embargos de terceiro.

Por tais fundamentos, conheço do recurso especial, interposto como recurso extraordinário, de fls. 643/655 (acórdão da apelação), e ao aludido recurso especial dou provimento, para julgar improcedente a ação de embargos de terceiro ajuizada pelo Espólio recorrido, condenando o vencido nas custas do processo e em honorários de advogado de 15% sobre o valor atualizado da causa. Dou por prejudicado o recurso de fls. 669/677 — acórdão dos embargos infringentes.

É o voto.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, eminentes Colegas, este caso ensejou um brilhante voto do eminente Relator, Ministro Athos Carneiro. S. Exa. concluiu, no seu voto, conhecendo do recurso especial, quanto ao acórdão da apelação, dando por prejudicado o recurso referente aos embargos infringentes, para, finalmente, julgar improcedente a ação de embargos de terceiro ajuizado pelo espólio recorrido, condenando o vencido nas verbas da sucumbência. Deu S. Exa. por violados vários dispositivos do Código Civil, dentre os quais os arts. 145, IV, 146 e seu parágrafo único, e, ainda, o art. 1.165.

Rogo vênia ao meu eminente colega para externar posição que não se soma à que adotou, e assim porque entendo que, em se tratando de recurso especial, como o caso é, o requisito do prequestionamento se mostra imprescindível ao conhecimento do recurso especial, que extraordinário é, para usar uma expressão de que se utiliza o eminente Relator. Assim é que a questão federal posta no recurso especial, quando não ventilada na decisão do Tribunal *a quo*, é inapreciável pela via estreita do especial recurso.

Demais, o acórdão hostilizado não alude, uma vez sequer, salvo engano, aos arts. 145 e 146 e seu § único do Código Civil. E, mais, o próprio recorrente não aponta como vulnerado o art. 1.165 do Código Civil. Tenho, pois, que aplicável ao caso se mostra a Súmula 282 do Colendo Supremo Tribunal Federal, do teor seguinte: (lê)

“É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada na decisão recorrida a questão federal suscitada.”

E agrego a estas considerações a posição do Supremo Tribunal Federal, quanto à necessidade do prequestionamento, ainda que se trate de dispositivos da Constituição Federal.

Com efeito, já decidiu aquela Corte, em caso de que foi Relator o eminente Ministro Moreira Alves, ser indispensável que na petição de recurso extraordinário declarem-se expressamente os artigos de lei ou da Constituição que se reputam ofendidos.

Acrescento, também, o que decidiu aquela Corte em outro caso, Recurso Extraordinário nº 104.658 — RS, de cujo corpo do acórdão extraio o seguinte: (lê)

“Não sendo viável desconsiderar, no julgamento do recurso extraordinário, a satisfação dos pressupostos de sua admissibilidade, eis que não se cuida de apelo ordinário, com ampla devolução ao STF do conhecimento de toda a matéria, deduzida na instância de origem, — na espécie, tratando-se de recurso, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, bem de ver é a impossibilidade de seu conhecimento, quando, sequer, se apontam, explicitamente, os dispositivos violados pelo acórdão. Não é de entender-se, implicitamente, a norma que o recorrente tenha por violada. Da petição há de constar de forma clara, a fundamentação do apelo; de contrário, a deficiência de sua fundamentação levará ao não conhecimento do recurso, diante dos termos da Súmula 284, tal como sucede, *in casu*” — (RTJ 125/682).

Foi Relator S. Exa., o Sr. Ministro Néri da Silveira.

Assim, por falta de prequestionamento e de não indicação de um dos dispositivos que o eminente Relator teve por violado, art. 1.165 do Código Civil, não conheço do recurso, e assim voto, rogando vênias ao eminente Relator, a quem presto minhas homenagens costumeiras, inclusive pelo brilho do seu voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Solicitei vista dos autos em face da divergência ocorrida entre os dois votos precedentes, assinalando que somente trago o voto nesta oportunidade por duas razões: os autos me foram conclusos, com os respectivos votos já proferidos, somente no dia da véspera da viagem do em. Relator para participar, como convidado, de congresso internacional, sendo, por outro lado, de toda conveniência que S. Exa., na condição de Relator, estivesse presente quando do prosseguimento do julgamento, daí o motivo de ter despachado determinando que a colocação do feito em mesa viesse a ocorrer na primeira sessão a que estivesse presente o mesmo.

Para relembrar a espécie em tela, tão bem exposta nos dois pronunciamentos já produzidos, recorro de que se debate a propósito de apelo interposto em autos de embargos de terceiro ajuizados pelo espólio de Linda Antongini de Freitas contra espólio de Alberto Abulafia, julgados procedentes nas instâncias ordinárias, embargos esses aforados em face do arrolamento, no inventário do réu-recorrente, das 14.959.864 ações ao portador da Livraria Freitas Bastos S/A, além de letras imobiliárias ao portador.

Segundo consta dos autos, a referida senhora fez doação das ações (95% do total que detinha a livraria) ao Sr. Alberto Abulafia, em reconhecimento à sua ajuda e dedicação. Três anos após, no mesmo tabelionato esse senhor fez lavrar escritura, rotulada de “renúncia à doação”, sem a presença da beneficiária, quando anotou que, em face de delicada cirurgia a que iria submeter-se, caso viesse a falecer reverteria àquela (“renunciada”) os bens que lhe tinham anteriormente sido destinados.

O Sr. Abulafia não sucumbiu à cirurgia, mas faleceu três anos depois, no que foi seguido, alguns meses após, pela mencionada senhora.

Decidiu o eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que a impropriedade da denominação dada ao ato seria irrelevante em face do art. 85, CCB, e que a doação não se mostraria inválida pela ausência da beneficiária, uma vez ter esta praticado atos posteriores reveladores da aceitação da liberalidade.

Para o Ministro Relator, Athos Carneiro, o ato também se qualificaria (“qualificação jurídica” e não reexame de provas — RTJ 74/144) como doação, *inter vivos*, subordinada a um termo suspensivo, e não como “ato unilateral simplesmente abdicativo”, impeditivo de sua equiparação a uma doação, como sustentado pelo recorrido. Após recordar que o nosso direito não contempla a doação *causa mortis* e que a melhor doutrina (Clóvis, Agostinho Alvim, Carvalho dos Santos, Carvalho de Mendonça, Serpa Lopes, Orlando Gomes e Marco Aurélio S. Viana, dentre outros) entende imprescindível a aceitação do donatário em vida, sob pena de caducidade, invalidade do ato, conclui S. Exa. pela improcedência dos embargos de terceiro, com o conhecimento e provimento do recurso especial por contrariedade à lei federal (CC, arts. 145-IV, 146 e 1.165), externando o ponto-de-vista de que admissível o presquestionamento implícito e que este estaria presente na causa, haja vista que desde a contestação, com repercussões na apelação e no apelo extremo, vinha sendo salientado na causa, como objeto central da controvérsia, que a “renúncia” equivaleria a uma nova doação, pelo que imprescindível o assentimento da donatária.

Por seu turno, o Ministro Fontes de Alencar não conhece do recurso à minguada de prequestionamento, acentuando que o v. acórdão impugnado não teria aludido aos arts. 145 e 146 do Código Civil, e o próprio recorrente sequer apontou como vulnerado o art. 1.165 do mesmo diploma, trazendo à colação o teor do verbete 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e arestos desse Pretório segundo os quais (cfr. RTJ 125/682) seria indispensável que se declarasse expressamente na petição recursal os artigos de lei reputados ofendidos.

Tenho por igual entendido que, sobretudo na ordem constitucional vigente, que alterou substancialmente o sistema recursal até então adotado, não se há mais de exigir-se o prequestionamento explícito, característico do regime anterior, no qual se construiu, por motivos sobejamente conhecidos, um sistema hermético de conhecimento do recurso derradeiro, com óbices jurisprudenciais e regimentais que não mais podemos agasalhar. E assim tenho me manifestado em votos e decisões monocráticas, e até mesmo em sede doutrinária.

Dá não comungar do entendimento cristalizado no referido enunciado nº 282, segundo o qual seria inadmissível o recurso extremo “quando não ventilada na decisão recorrida a questão federal suscitada”. E muito menos do posicionamento que reclama a referência expressa aos dispositivos legais pretensamente ofendidos.

Em face do exposto, com a máxima vênua ao respeitável entendimento em contrário, tendo por prequestionada a matéria ao longo da causa e, inclusive no recurso de que se cuida, acompanho o Ministro Relator.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Restou prejudicada a questão concernente ao julgamento conjunto e único dos feitos, como propugnado pelo recorrente, em face do desfecho já agora definitivo da ação de anulação e substituição de títulos ao portador.

Assume relevo na espécie, como tema central em debate, a natureza da renúncia à doação formulada por Alberto Abulafia, conforme escritura pública constante de fls. 33/34 dos autos.

De anotar-se, por primeiro, que a matéria restou devidamente prequestionada nas razões de recurso extraordinário, ora convertido em recurso especial. O que importa — segundo ponderou o preclaro Ministro Costa Leite — “é que a questão federal emergja da decisão recorrida, ainda que implicitamente” (“Recurso Especial: admissibilidade e procedimento”, palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, no dia 3 de maio de 1989). Saliente-se, ainda, por oportuno, que, conquanto não indicado o preceito do art. 1.165 do Código Civil no primitivo rol que declinou o recorrente, ao depois, nas mesmas razões recursais, ele considerou-o como infringido e passível de incorreta aplicação pelo julgado recorrido (cfr. fl. 651).

Não há dúvida no direito brasileiro sobre a nota de contratualidade da doação, conceituada expressamente pelo art. 1.165 do Código Civil como um contrato em que uma pessoa transfere certos bens ou vantagens para o patrimônio de uma outra, que os aceita (cfr. Antunes Varela, “Da Doação — Requisitos” — in “Enciclopédia Saraiva de Direito”, vol. 29, págs. 168/169). Ora, formalizada legalmente a doação das ações da Livraria Freitas Bastos S/A feita por Linda Antongini de Freitas Bastos a Alberto Abulafia, tais bens integraram-se no patrimônio deste último. Assim, a renúncia a tal doação consubstanciada pela escritura de fls. 33/34 só podia caracterizar-se como uma nova doação, conforme, aliás, deixou entrevisto de passagem o Acórdão recorrido a fl. 554. Diante dos termos inequívocos da lei, essa renúncia só pode ser tida como negócio jurídico bilateral, pois dependente da aceitação da novel donatária, Linda Antongini de Freitas Bastos. “Como todos os contratos, a doação depende em primeiro lugar do consentimento livremente manifestado pelo doador e depois a aceitação do donatário, de cuja manifestação depende, em regra, a perfeição do contrato” (Miguel Maria de Serpa Lopes, “Curso de Direito Civil”, vol. III, pág. 339, ed. 1954). A renúncia ora submetida a exame importou numa doação *inter vivos*, mesmo porque a doação *mortis causa* não vem contemplada no direito pátrio, equivalendo em verdade mais a um legado desprovido das prescrições legais.

A simples renúncia manifestada por Alberto Abulafia, portanto, não teve como efeito o de transferir, desde logo e sem outro mais, as referidas ações ao

patrimônio de Linda Antongini de Freitas Bastos. Escreveu o Prof. Agostinho Alvim que “quanto às renúncias de direitos, na esfera patrimonial, constituem elas verdadeiras doações, se realizadas a título gratuito. Embora nem todos pensem assim, a hipótese se nos afigura livre de dúvida. Se alguém está no gozo de um usufruto, ou de uma servidão ativa, e abre mão de seus direitos, com ânimo de beneficiar, por que não haverá doação? Há transferência do bem ou vantagem, há intenção de beneficiar, e há enriquecimento e empobrecimento ligados por nexo causal. Que falta para a doação?” (“Da Doação”, pág. 15, ed. 1963).

Inocorrente a aceitação oportuna, indubioso é que a doação segunda (de Alberto Abulafia para Linda Antongini de Freitas Bastos) não se perfectibilizou e, nesses termos, certo é que o *decisum* objurgado contrariou o art. 1.165 do Código Civil, assim como os arts. 145, nº IV, e 146 e seu parágrafo único, do mesmo diploma legal. O comportamento da donatária Linda Antongini de Freitas Bastos, indicativo de aceitação da doação, operou-se após o falecimento de Alberto Abulafia, sem eficácia, pois, em face da caducidade da mesma doação consoante teve oportunidade de mostrar exaustivamente o ilustre Ministro Relator.

Penso, por sinal, que a qualificação precisa do ato jurídico em foco foi atribuída pelo eminente Ministro Relator no fecho de seu magnífico voto, a título de observação. A renúncia à doação configurou verdadeiramente uma doação condicional, subordinada a um evento futuro e incerto, qual seja, o falecimento do disponente em consequência de “delicada intervenção cirúrgica”, cujo resultado o deixava apreensivo. Conforme se pode notar, a doação em consequência daquela temida intervenção cirúrgica, evento este que não ocorreu, já que o doador somente veio a falecer três anos e meio depois. Não consumada a condição suspensiva, obstada estaria a transferência das ações para a beneficiária da liberalidade.

Acompanho, por conseguinte, o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, para julgar improcedentes os embargos de terceiro, prejudicado o recurso de fls. 669/677.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Eminentes Colegas, sem embargo das ponderáveis razões em que se fundamenta o d. voto do eminente Ministro Fontes de Alencar, no sentido de não conhecer do recurso, com a devida vênia, subscrevo as minuciosas e consistentes considerações expendidas pelo eminente Ministro Athos Carneiro, Relator, ouvidas atentamente, na sessão de 13-02-90, e que tive ocasião, ante os sucessivos pedidos de vista, de ler e confrontar com os valiosos memoriais trazidos pelas partes.

Aos firmes fundamentos que sustentam as conclusões adotadas por S. Exa. incorporo os oportunos acréscimos agora trazidos pelo Sr. Ministro Barros Monteiro.

Acrescento, por primeiro, o caráter condicional da doação, que tomou o nome de renúncia; e, em segundo lugar, o fato de que, como tal, não se aperfeiçoou, ante a aberta desconsideração do art. 1.165 do Código Civil, porquanto o contrato dependia do encontro de vontades e este em nenhum momento se configurou.

Assim, e de fato, a renúncia não se revelava ato jurídico propício para restituir ao patrimônio da donatária aquilo que dele se transferira para o do assim chamado renunciante; nem jamais constituiria título idôneo para o registro imobiliário conseqüente, que somente ele poderia consumir a discutida transmissão do domínio que se consolidou, na consonância da única doação que os autos verdadeiramente demonstram.

Eis porque, *venia concessa*, fico de acordo com os doutos votos que conhecem e dão provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 444 — RJ — (Reg. nº 89.0009188-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Alberto Abulafia — Espólio. Recorrida: Linda Antongini de Freitas Bastos — Espólio. Advogados: Drs. Marcos Halfim e Martinho Garcez Neto.

Em sessão de 13-02-90, após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Aguardaram os Exmos. Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza. Sustentou, oralmente, o Dr. César Augusto Garcez, pelo Recorrido. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

Em sessão de 03-04-90, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Aguardaram os Exmos. Srs. Ministros Barros Monteiro e Bueno de Souza que presidiu a sessão.

Em sessão do dia 05-06-90, após os votos dos Srs. Ministros Relator e Sálvio de Figueiredo conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, e do Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar, dele não conhecendo, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr.

Ministro Bueno de Souza. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, vencido o Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza acompanhou os votos dos Srs. Ministros Relator e Sálvio de Figueiredo. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo (4ª Turma — 07-08-90).



RECURSO ESPECIAL Nº 501 — SP
(Registro nº 8992650)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Antonio Virgínio Soares*

Advogado: *Dr. Waldemar Mendonça de Siqueira*

EMENTA: Penal. Tráfico de entorpecente. Pena. Regime aberto.

O crime de tráfico de entorpecente, pela sua natureza, de periculosidade reconhecida, torna inviável o cumprimento da pena aplicada em regime aberto, desde o início.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A matéria versada nestes autos pode ser bem compreendida com a leitura do despacho (fls. 203/204), prolatado pelo digno 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *verbis*:

“Processado como incurso no artigo 12 da Lei nº 6.368/76, foi Antônio Virgínio Soares condenado às penas de 3 anos de reclusão e 50 dias-multa, ficando expresso na sentença que a pena reclusiva será cumprida em regime aberto, decisão mantida por acórdão unânime da Egrégia 2ª Câmara Criminal deste Tribunal, que negou provimento a recursos da Justiça Pública — visava à revogação do benefício do regime aberto — e do réu — buscava a absolvição.

O Dr. Procurador-Geral de Justiça interpõe recurso especial: com fundamento no artigo 105, III, alínea *c*, da atual Constituição Federal, sustenta que o acórdão divergiu da jurisprudência do Pretório Excelso, ao fixar o regime aberto para o cumprimento de pena reclusiva (desde o início) imposta a traficante de tóxicos.

O recorrido não apresentou impugnação.

O recurso é mesmo o especial, tal como interposto, pois já instalado o Superior Tribunal de Justiça (artigo 27, § 1º, das Disposições Transitórias da Carta Magna em vigor).

O dissídio jurisprudencial veio bem demonstrado pelo ilustre recorrente, que trouxe decisões da Colenda Suprema Corte contrárias à orientação do acórdão hostilizado, no que diz respeito ao regime prisional inicial do traficante.

Defiro, pois, o processamento do recurso especial.”

Neste tribunal, a ilustre representante do Ministério Público Federal, Dra. Márcia Dometila Lima de Carvalho, opinou no sentido de ser provido o recurso (fls. 214/218).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Preliminarmente, conheço do recurso, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea *c*, da Constituição Federal, porquanto manifesta a divergência jurisprudencial.

A hipótese restringe-se à possibilidade ou não de se conceder o benefício do regime aberto, para condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecente.

A decisão monocrática foi prestigiada pelo acórdão recorrido, sob os seguintes fundamentos:

“Relativamente ao recurso ministerial, a jurisprudência tem se mostrado vacilante quanto a negar ou conceder o regime aberto ao condenado pelo tráfico de drogas. As soluções encontradas pela jurisprudência levam em conta não somente as circunstâncias que rodearam o fato, bem como a personalidade revelada pelo acusado através do apurado no processo. No caso em tela, o acusado é primário, não registra antecedentes de monta, possui profissão certa, família constituída, casado, pelo que bem justificado o favor de cumprir a pena em regime aberto.”

Em que pese a lúcida argumentação posta em destaque, entendo que a natureza do crime de tráfico de entorpecente, pelo seu caráter insidioso, além de constituir terrível mazela da sociedade, nos termos atuais, contém um grau de periculosidade máxima, não só pela destruição dos valores reais da juventude, como pelo enfrentamento ousado em relação aos poderes constituídos.

A doutrina especializada não dá tratamento mais ameno a esse tipo de delito. Por outro lado, a jurisprudência emanada do Pretório Excelso, atento a tais circunstâncias, vem proclamando não ser possível a concessão, de início, do regime aberto, em tais casos. Os arestos trazidos à colação, na peça recursal, são expressivos:

“Habeas Corpus. Tráfico de Entorpecentes.

(...)

No concernente à apelação em liberdade ou ao cumprimento da pena em regime aberto, esta Corte já firmou o entendimento de que o art. 35 da Lei nº 6.368/76 — que exige o recolhimento à prisão para apelar — é norma especial que vigora ao lado das disposições gerais relativas à possibilidade de apelar em liberdade; ademais, não é de admitir-se o cumprimento da pena em regime aberto aos condenados por delitos de tráfico de entorpecentes por serem presumidamente perigosos, sendo certo que, no caso, como acentua o acórdão, há periculosidade concreta” (RHC 66.359-1 — SP, 1ª T, Min. Moreira Alves — DJU 197/26384, 14-10-88).

“Habeas Corpus. Tráfico de Tóxico.

(...)

Esta Corte já afirmou o entendimento de que o condenado por crime de tráfico de tóxico não tem direito a cumprir a pena, desde o início, em regime aberto” (HC. 67.071-7 — RJ, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJU 71/5459, 14-4-89).”

“Tráfico de Droga.

O art. 35 da Lei nº 6.368/76, para além da sua finalidade procedimental, mostra claramente a presunção de periculosidade, em si, das figuras penais a que se refere para proibir a apelação em liberdade.

Recurso que se conhece pela letra *d*, para cassar o benefício inicial de regime aberto” (RECr. nº 118.348/9 — PR, 1ª T., Min. Octávio Galloti, DJU 80/6299, 28-04-89).

“Tráfico de Droga.

Recusa de execução inicial em regime aberto, adotada pelo acórdão recorrido, em consonância com a orientação do Supremo Tribunal Federal. Pedido indeferido” (HC. nº 67.456-9 — RS, 1ª T., Min. Octávio Galloti. DJU 98/8946, 26-5-89).”

Filho-me, conscientemente, a essa linha de entendimento, motivo pelo qual não vejo como prosperar a decisão recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para reforçar o v. aresto, na parte impugnada, de sorte a cassar o benefício da prisão aberta.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 501 — SP — (Reg. nº 8992650) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro William Patterson. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Antonio Virgínio Soares. Advogado: Dr. Waldemar Mendonça de Siqueira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos e condições do voto do Sr. Ministro Relator (Em 12-09-89 — 6ª Turma).

Votaram os Exmos. Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite, Dias Trindade e Anselmo Santiago (Juiz do TRF/1ª Região, convocado). Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

RECURSO ESPECIAL Nº 526 — SP

(Registro nº 89.0009532-3)

Relator: *O Exmo Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *O. S.*

Recorrida: *A. M. R.*

Advogados: *Drs. Rui de Barros Monteiro e outros e Antonio Augusto de Carvalho Neto e outros*

EMENTA: Filiação incestuosa. Direito à herança.

Com a vigência da Lei nº 6.515/77, que deu nova redação ao artigo 2º da Lei nº 883/49, o filho incestuoso passou a ter direito a suceder, em igualdade de condições com os legítimos.

Não lhe sendo dado, até a Constituição de 1988, pleitear o reconhecimento da paternidade, esta haveria de ser examinada e decidida *incidenter tantum*, como questão prejudicial, para o único fim de assegurar-se o direito à herança.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Gueiros Leite, que conhecia do recurso especial e lhe dava provimento, dele não conhecer, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 18 de setembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente — Por motivo de aposentadoria deixa de ser assinado o presente acórdão pelo Exmo. Sr. Min. Presidente — RI-STJ, art. 101, § 2º.

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Amélia Martinho Ramos ajuizou ação, pleiteando fosse reconhecido ser filha de Aniceto Manoel dos Santos, com o conseqüente direito de suceder-lhe, posto que falecido.

O MM Juiz teve como demonstrar a paternidade mas, tendo como certo, também, tratar-se de filiação incestuosa, julgou a autora carecedora da ação, na parte em que pleiteava o reconhecimento daquela, e procedente a demanda quanto à petição de herança.

A sentença foi confirmada em apelação, com voto vencido que dava provimento ao recurso da autora. Embargos rejeitados.

Apresentou recurso extraordinário Odete Santos. Sustentou, em substância, que o artigo 2º da Lei nº 883/49, com a redação que lhe foi dada pela Lei do Divórcio, abrangia apenas os filhos adulterinos e não os incestuosos. A decisão recorrida teria aplicado erroneamente aquele dispositivo e negado vigência aos artigos 358 e 405 do Código Civil, e 993, III, do Código de Processo Civil. Argüiu relevância da questão federal, que foi rejeitada.

O recurso foi inadmitido. Interposto agravo, o eminente Ministro Relator, no Supremo Tribunal Federal, determinou que subisse para melhor exame, sendo convolado em especial.

Nesta Corte, opina o Ministério Público que a superveniência da Constituição de 1988 prejudicou o recurso, em vista do disposto em seu artigo 227, § 6º.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Filiação incestuosa. Direito à herança.

Com a vigência da Lei nº 6.515/77, que deu nova redação ao artigo 2º da Lei nº 883/49, o filho incestuoso passou a ter direito a suceder, em igualdade de condições com os legítimos.

Não lhe sendo dado, até a Constituição de 1988, pleitear o reconhecimento da paternidade, esta haveria de ser examinada e decidida *incidenter tantum*, como questão prejudicial, para o único fim de assegurar-se o direito à herança.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Despido de conseqüências o fato de ter-se rejeitado a argüição de relevância, pois, dada a natureza da causa, o recurso a ela não se sujeitava.

O parecer do Ministério Público orientou-se no sentido de que estaria prejudicado o recurso, em virtude da superveniência da Constituição de 1988 (artigo 227 § 6º), bem como da Lei nº 7.841. Com a devida vênia, não me parece que a questão seja tão simples. Cumpriria verificar — e o tema não é fácil — se o filho incestuoso carecia apenas da possibilidade processual de demandar o reconhecimento da paternidade, daí decorrendo um obstáculo prático a que pudesse ser considerado titular de direitos hereditários, ou se não tinham direito a herdar, isto é, se lhe faltava capacidade para suceder. Na segunda hipótese, ter-se-ia que cogitar da incidência do artigo 1.577 do Código Civil.

De qualquer sorte, não se me afigura que, segundo a melhor técnica de julgamento, o recurso houvesse de ter-se como prejudicado. Poderia, eventualmente, não ser conhecido ou a ele negar-se provimento, em virtude do direito superveniente. Considero mais adequado que, em primeiro lugar, seja examinado tal como posto, verificando se o direito, vigente à época, foi aplicado com exatidão.

A questão fundamental está na interpretação do artigo 2º da Lei nº 883/49, com a redação dada pelo artigo 51 da Lei nº 6.515/77. Transcrevo o questionado dispositivo:

“Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”.

Sustenta a recorrente, em substância, que a norma não se aplica à filiação espúria em geral, mas apenas à adúlterina.

Parece certo que aquela lei objetivava possibilitar, em certas situações, o reconhecimento do filho adúlterino. O seu artigo 1º, em verdade, não deixa dúvida quanto a isso. Nele admitiu-se o reconhecimento do filho, havido fora do matrimônio, e a ação para que se declare a filiação, uma vez dissolvida a sociedade conjugal. É evidente que visava a afastar o empecilho, derivado da existência do casamento. Ao adúlterino, pois, era pertinente.

Ao filho reconhecido, nos termos da lei, garantiu-se o direito à metade da herança a que fizesse jus o legítimo ou legitimado. Inquestionável que também essa norma referia-se aos adúlterinos, e não aos incestuosos, pois apenas os primeiros poderiam ser reconhecidos, na forma da lei em que inserida. Estabeleceu-se tratamento análogo ao que o Código deferia aos filhos naturais, reconhecidos na constância do casamento (artigo 1.605 § 1º), em dispositivo que muitos consideravam revogado pela Constituição de 1937 (artigo 126) e que expressamente o foi pelo artigo 54 da Lei nº 6.515/77. Tratamento análogo, observa-se, e não idêntico, pois não lhe foi assegurada a qualidade de herdeiro, devendo receber o mencionado quinhão a título de amparo social.

A mesma lei modificou a norma, substituindo-a pela acima transcrita. Em relação aos adúlterinos, reconhecidos nos termos da Lei nº 883, dúvida não pode haver de que passaram a ter direitos iguais aos filhos legítimos. Ocorre, entretanto, que ao texto emprestou-se redação abrangente. Estabeleceu-se o direito à herança, em igualdade de condições, “qualquer que seja a natureza da filiação”. A amplitude do texto favorece o entendimento de que compreende todos filhos ilegítimos, não importando se naturais ou espúrios e, dentre esses, se incestuosos ou adúlterinos.

A lei em que encartado o preceito, entretanto, afirma-se, não cogita de incestuosos. Não se justificaria que nela fosse o assunto cuidado.

O argumento é relevante. Tanto que a doutrina inclina-se, em regra, por acolhê-lo. Mas não me parece decisivo. Nada impedia que se modificasse a redação primitiva do artigo 2º da Lei nº 883, sem necessidade de substituí-la por outra, radicalmente diversa. A adoção de fórmula tão claramente compreensiva — qualquer que seja a natureza da filiação — demandaria, a meu ver, razões mais fortes, para que se pudesse concluir fosse intenção da lei

manter a discriminação. Em nossa tradição legislativa, não chega a ser incomum encontrar-se dispositivo legal inteiramente estranho ao contexto em que situado. Perfeitamente razoável admitir-se que, pretendendo pôr fim ao tratamento prejudicial ao adúlterino, no mesmo texto se haja beneficiado a outra espécie de filhos espúrios.

Objeta-se que, pelo menos até a vigência da atual Constituição, continuariam em vigor as normas que vedam o reconhecimento voluntário, ou a demanda judicial da filiação incestuosa. Ora, o reconhecimento da paternidade é pressuposto lógico indispensável para, no caso, surgir o direito à herança. Na medida em que a lei vede uma coisa, estará afastando a possibilidade da outra.

O argumento se me afigura menos valioso. Não é estranho a nosso direito que o fato paternidade seja considerado para limitados efeitos. Já o Código Civil admitia-o em seu artigo 405, que se refere exatamente aos espúrios. E o artigo 4º da Lei nº 883 assegurou o direito de ser o pai acionado para o só efeito da prestação de alimentos. Julgada procedente, a paternidade — fato biológico — será declarada existente, tão-só para que o autor possa exigir alimentos. Para outros fins de direito, o fato é como se não existisse, salvo o disposto no parágrafo único do mesmo artigo.

Essa disciplina jurídica da questão importava solução de compromisso do legislador. Em homenagem ao preconceito, supostamente moralista, negava-se ao adúlterino ser considerado membro da família. Transigindo, entretanto, com a evidência de que não se lhe poderia negar o direito de viver, foi-lhe facultado pleitear alimentos. Como questão prejudicial, decidia-se quanto à existência da paternidade, pressuposto lógico indispensável para o reconhecimento da obrigação alimentar. Decisão tomada, entretanto, *incidenter tantum*, para aquele limitado efeito.

Com a modificação trazida ao artigo 2º da Lei nº 883, o mesmo tratamento foi dado, relativamente ao direito de suceder do incestuoso. Reconhecido que para tanto tem capacidade, não se modificaram os demais preceitos que vedavam — não vedam mais — fosse reconhecido. Obviamente que para a petição de herança será necessário ter-se como certa a paternidade, o que será investigado apenas como *prius* da decisão.

Alegou-se, notadamente no excelente memorial apresentado pela recorrente, que dois pedidos foram formulados, cumulando-se as demandas: o reconhecimento da paternidade e a petição de herança. A decisão quanto à primeira haveria de ser tomada com força de coisa julgada, já que objeto de uma das demandas reunidas. Não seria lícito transformar o pedido de reconhecimento da paternidade em causa de pedir.

Ainda aí não tem razão a recorrente. O acórdão reconheceu — e com acerto — que o reconhecimento da paternidade não poderia ser pleiteado em via principal, consoante o direito vigente à época. Nada impedia, entretanto, fosse apreciado como questão prejudicial.

Considero, em vista do exposto, que não foram contrariados os dispositivos legais invocados. E fundando-se o recurso apenas na violação da lei, dele não conheço.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, solicitei vista dos autos por ser a primeira vez que tive a oportunidade de verificar um pleito dessa natureza e, também, em homenagem ao nobre e talentoso Advogado que teve a honra de me entregar pessoalmente o memorial, para estudar a matéria. Não quero deixar S. Exa. — como faço sempre, em homenagem aos doutos patronos das partes — na expectativa, porque fundamentarei, ainda que em breves palavras, o meu voto, que será no sentido de acompanhar, *data venia* das judiciosas razões expostas no memorial e na causa, o eminente Ministro Eduardo Ribeiro. Faça-o porque já tive a oportunidade, neste Tribunal, de manifestar um entendimento que diria “dilargado” nessas questões que envolvem o direito de família. Foi quando do julgamento do Recurso Especial nº 269, no qual prevaleceu o ponto-de-vista que sustentava na interpretação do art. 263, do Código Civil, quando um neto buscava — através da ação declaratória — a certeza da existência da relação jurídica entre ele e seu alegado e suposto avô. Destaco, Sr. Presidente, trecho do voto que proferi:

“Não se põe dúvidas ser majoritário o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no sentido de que a ação de investigação de paternidade, assim como posta na redação do artigo 363 do Código Civil, é personalíssima.

Contudo, hoje, quando não mais se admite sequer a qualificação de ilegitimidade aos filhos; quando os havidos ou não da relação do casamento ou por adoção passaram a ter os mesmos direitos e qualificações, proibidas constitucionalmente quaisquer designações discriminatórias a elas referentes, há de se ler a redação dada ao artigo 363 do Código Civil não mais de forma restrita e na ótica adequada a seu tempo, propugnada pelo grande Clóvis Beviláqua.

Mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que com clarividência pôs o constituinte de modo o mais abrangente, no texto da nova Carta.

E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos postos na realização da Justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade.”

Neste caso; guardados os princípios legais que regem a espécie, outro não foi o entendimento do eminente Ministro-Relator, Eduardo Ribeiro, de cujo voto grifo os seguintes trechos:

“A questão fundamental está na interpretação do artigo 2º da Lei nº 883/49, com a redação dada pelo artigo 51 da Lei nº 6.515/77. Transcrevo o questionado dispositivo:

“Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições.”

Sustenta a recorrente, em substância, que a norma não se aplica à filiação espúria em geral, mas apenas à adúlterina.”

E aqui reafirme-se; trata-se de filho incestuoso. Adiante, ainda no seu voto, o eminente Relator afirma:

“Objeta-se que, pelo menos até a vigência da atual Constituição, continuariam em vigor as normas que vedam o reconhecimento voluntário, ou a demanda judicial da filiação incestuosa. Ora, o reconhecimento da paternidade é pressuposto lógico indispensável para, no caso, surgir o direito à herança. Na medida em que a lei vede uma coisa, estará afastando a possibilidade da outra.

O argumento se me afigura menos valioso. Não é estranho a nosso direito que o fato paternidade seja considerado para limitados efeitos. Já o Código Civil admitia-o em seu artigo 405, que se refere exatamente aos espúrios. E o artigo 4º da Lei nº 883 assegurou o direito de ser o pai acionado para o só efeito da prestação de alimentos. Julgada procedente, a paternidade — fato biológico — será declarada existente, tão-só para que o autor possa exigir alimentos. Para outros fins de direito, o fato é como se não existisse, salvo o disposto no parágrafo único do mesmo artigo.

Essa disciplina jurídica da questão importava solução de compromisso do legislador. Em homenagem ao preconceito, supostamente moralista, negava-se ao adúlterino ser considerado membro da família. Transigindo, entretanto, com a evidência de que não se lhe poderia negar o direito de viver, foi-lhe facultado pleitear alimentos.”

Aqui a aguda percepção do eminente Relator ao fato social, adequando-o à lei, para distribuir justiça, segundo entendo. Continua S.Exa.:

“Como questão prejudicial, decidia-se quanto à existência da paternidade, pressuposto lógico indispensável para o reconhecimento da obrigação alimentar. Decisão tomada, entretanto, *in-cidenter tantum*, para aquele limitado efeito.

Com a modificação trazida ao artigo 2º da Lei nº 883, o mesmo tratamento foi dado, relativamente ao direito de suceder do incestuoso. Reconhecido que para tanto tem capacidade, não se modificaram os demais preceitos que vedavam — não vedam mais — fosse reconhecido. Obviamente que para a petição de herança será necessário ter-se como certa a paternidade, o que será investigado apenas como um *prius* da decisão.”

Sr. Presidente, por manter aquele entendimento que defini como “dilargado” nestas questões, e, compreender que a posição brilhantemente sustentada pelo eminente Relator se afina com o meu ponto-de-vista, é que acompanho S. Exa. em toda a sua fundamentação, pedindo, mais uma vez, vênua ao nobre e culto Advogado que se esmerou em apresentar a questão, exclusivamente dentro dos estritos limites da interpretação que S. Exa. dá aos textos em vigor.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, após o brilhante voto do eminente Ministro Relator, Eduardo Ribeiro, secundado pelo douto Ministro Waldemar Zveiter, nada mais tenho a acrescentar, senão manifestar a minha total adesão à tese, ao lúcido entendimento do voto-condutor, rendendo antes de encerrar as minhas homenagens ao ilustre Advogado da recorrente pelo bem elaborado memorial apresentado.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Amélia obteve ganho de causa no tocante à herança, mas decaiu do pedido de investigação de paternidades, devido a ser filha incestuosa, situação que aliás desconhecia inteiramente.

O recurso de Amélia fulcra-se em que, se o juiz reconheceu a filiação para fins da petição de herança, não se justifica a improcedência da ação de investigação de paternidade. Amélia alega, também, violação dos arts. 358 e 405, do CC, 993, III, do CPC, e 2º, da Lei nº 6.515/77.

O recurso passou por três crivos: da digna presidência do Tribunal de origem, do Ministério Público e do Ministro Relator. A primeira e a última soluções coincidem, embora por caminhos de certo modo diferentes. A presidência de origem desconsiderou o art. 993, III, à minguia de prequestionamento, e, no mais, porque o acórdão não teria violado os arts. 358 e 405, CC, e 2º, da LRP.

No plano dos direitos sucessórios — menciona o voto condutor do acórdão — qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições, inclusive para os incestuosos. Mas, no plano de reconhecimento do filho incestuoso, persiste a proibição contida no art. 358 e que a Lei nº 883/49 somente teria aliviado, no seu art. 1º, em relação aos adúlteros.

Assim também pensa o Ministro Relator, que é vedado o pedido de reconhecimento da paternidade ao filho incestuoso em via principal, consoante o direito vigente à época, embora nada impedisse fosse o mesmo apreciado *incidenter tantum*.

Para mim o acórdão violou os textos pertinentes da Lei nº 883/49, com a redação do art. 51, da Lei nº 6.515/77.

Senão, vejamos.

A proibição de reconhecimento do filho incestuoso está no art. 358, *verbis*:

“Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.”

A Lei nº 883/49, art. 6º, dispõe que não se alteram os capítulos II, III e IV, Tit. V, Livro I, Parte Especial, do CC (arts. 337 e 367), salvo o art. 358. Como não há na legislação novas restrições ao reconhecimento do filho incestuoso, é injustificável a discriminação feita no acórdão.

Dir-se-á que o art. 2º, Lei nº 883/49, restringe à herança o direito do filho incestuoso. Mas, exatamente porque se refere esse texto ao direito de herdar, não interfere com o reconhecimento. Se do reconhecimento advier a herança, então não será possível negar o reconhecimento a quem herda. A ser assim, estaremos violando o espírito da lei e os postulados da lógica formal e jurídica.

Theotônio Negrão, em nota ao art. 6º, da LRP, diz que do modo como está redigida a sua parte, sem qualquer ressalva, parece revogar o art. 358.

O art. 6º, da LRP, dispõe:

“Art. 6º. O registro conterà o nome do pai ou da mãe, ainda que ilegítimos, quando qualquer deles for o declarante.”

Walter Ceneviva, comentado a LRP, diz que as “condições que impedem o registro de filhos, na conformidade daquela legislação (CC e Lei nº 883/49), são a incestuosa e a adúlterina da filiação, vigorando sempre a primeira e a segunda enquanto não dissolvida a sociedade conjugal do genitor adulto” (“LRP Comentada”, Saraiva, 1979, pág. 146).

Caio Mário da Silva Pereira, citado no voto vencido à fl. 434, afirma que a Lei nº 883/49 não cogitou da condição do filho incestuoso, ainda que haja “certa tendência à amenização dos rigores com que o direito o tem tratado”. O autor comenta a legislação anterior e admite que a legitimação dos incestuosos também já está amenizada em outros sistemas.

Se antes pensava-se em amenizar a situação dos filhos adúlterinos e incestuosos, atualmente a discriminação quanto ao reconhecimento foi riscada do Código Civil, de modo que o art. 358 é letra morta. No art. 227, § 6º, da Constituição, está dito, no *caput*, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com a absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda e qualquer forma de discriminação. Os filhos havidos ou não, da relação do casamento, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º).

Forte é a corrente dos que defendem a imutabilidade das situações nascidas ou criadas sob certas leis. Mas o princípio não é absoluto. A lei ordinária, embora anterior à lei fundamental, não pode impedir a aplicação imediata de suas disposições de índole imperativa e de ordem pública. Se existe incompatibilidade intrínseca entre a lei ordinária e a Constituição, esta prevalecerá. Afinal de contas, se a discriminação atua como uma pena, a lei nova aplica-se de acordo com o princípio *benigna amplianda, odiosa restringenda*. E por que não, se o crime não pode passar da pessoa do criminoso? Afinal de contas, desde que o elemento anímico desapareceu das nossas leis, não há confundir-se crime com pecado, nem o Código Civil com normas religiosas exortativas, pois está dito por Moisés, no Êxodo, que Deus visita a iniquidade dos pais nos filhos, e nos filhos dos filhos, mas somente até o limite da 4ª geração.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, *data venia* da posição assumida por V. Exa., acompanho o voto do Sr. Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 526 — SP — (Reg. nº 89.0009532-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recorrente: Odete Santos. Recorrida: Amélia Martinho Ramos. Advogados: Drs. Rui de Barros Monteiro e outros e Antonio Augusto de Carvalho Neto e outros.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, Relator, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Cláudio Santos, Gueiros Leite e Nilson Naves. Sustentaram oralmente os Drs. Rui de Barros Monteiro, pela recorrente, e o Dr. Nelson Parucker, Subprocurador-Geral da República (3ª Turma — em 28-08-90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Gueiros Leite e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter, e do voto do Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos, que não conheciam do recurso especial, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite. Aguarda o Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves (3ª Turma — em 04-09-90).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite, a Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite, que conhecia do recurso especial e lhe dava provimento, dele não conheceu, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (3ª Turma — 18-09-90).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 1153 — RJ

(Registro nº 8900110853)

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

Recorrente: *Light — Serviço de Eletricidade S/A*

Recorrido: *Joaquim Luiz Esteves*

Advogados: *Drs Marcelo José de S. B. de Mello e Paulo Roberto de Oliveira*

EMENTA: Recurso especial. Responsabilidade civil. Perda de filho menor.

Conhece-se do Recurso especial pela configuração do dissídio jurisprudencial e para acertamento das verbas indenizatórias.

Provimento parcial.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Joaquim Luiz Esteves propôs ação de indenização contra Light Serviços de Eletricidade S.A., objetivando reparação da morte de seu filho, vítima de eletrolessão, consequência de descarga elétrica sofrida na via pública.

O Dr. Juiz julgou improcedente a ação (fls. 91/94) e a sua sentença foi reformada pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (fls. 120/123).

Inconformada, a Light interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, letras *a* e *c*, da CF/88, alegando negativa de vigência da Lei nº 4090/62 e do Decreto nº 1881/62, bem como divergência do acórdão recorrido com a jurisprudência que aponta (fls. 141/147).

A Presidência do Tribunal de origem admitiu o recurso (fls. 184/186) e determinou a remessa dos autos a esta Egrégia Corte (fl. 204).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): A empresa vencida recorre da condenação nos seguintes pontos:

a) Valor da pensão por morte de filho menor, que deve ser fixada em 1/3 do salário mínimo vigente e não 2/3, como fez o acórdão.

b) Pensão limitada a certa idade da vítima, ou seja, até a data em que viesse a completar 25 anos e não pela sobrevivida presumida, conforme decidiu o acórdão.

c) Décimo-terceiro salário, que a decisão *a quo* incluiu, mas não cabe senão ao arrepio da legislação trabalhista (Lei nº 4090/62 e Dl. nº 1881/62), por tratar-se de verba restrita àqueles que mantêm vínculo empregatício.

d) Despesas de luto, funeral e jazigo, somente devidas se comprovadamente efetivadas.

O dissídio está configurado, tanto mais porque a matéria tem sido abundantemente examinada nos tribunais locais e pelo STF. Agora que, neste STJ, se inicia, esses julgamentos, impõe-se a fixação de parâmetros.

O valor da pensão por morte do filho menor deve corresponder a uma contribuição média, de dois terços do salário mínimo. Não pode ser um terço, ou o mínimo do mínimo, como pretende a recorrente, pois desfalcar-se-ia a indenização devida aos pais da vítima (RTJ 119/1221).

O limite da pensão a certa idade da vítima, ou seja, até a data em que viesse a completar vinte cinco anos, encontra apoio na maioria dos julgados, inclusive do STF (RTJ 119/1220). Presume-se que o filho contribuiria para a economia doméstica até essa idade, passando a constituir sua própria família (RTJ 83/642).

Na hipótese, o egrégio Tribunal *a quo* decidiu que a pensão devia ser paga pelo tempo de sobrevivida da vítima, posição a que também não é estranho o STF (RTJ 123/1065).

Os argumentos dessa corrente jurisprudencial mais longânime advêm, contudo, de precedentes formados ainda sob a vigência do art. 912, do antigo CPC, que falava em duração provável da vítima. Mas já pecava na origem e não se compadece com a linguagem do art. 602, § 1º, II, do CPC vigente. Esse texto dispõe sobre os gravames do capital constituído para renda, que é inalienável e impenhorável durante a vida da vítima (Cf. Súmula STF nº 493).

O Ministro Néri da Silveira lidera essa corrente e cita Mendonça Lima em seus Comentários ao CPC, vol. VI, Tomo II, página 565. Mas esse autor se refere (1) à sobrevivida da própria vítima e (2) quando a prestação alimentar é devida por lei aos dependentes da vítima, caso esta venha a falecer devido ao ato ilícito. Se bem que generosa essa posição e pertinente com a noção de alimentos, impõe-se seja feita distinção entre alimentos prestados à própria vítima, tanto mais se incapacitada, ou aos pais da vítima presumidamente válidos.

Sobre o 13º, o acórdão não merece censura. Trata-se de uma gratificação imposta por lei e definida como salário, devida ao trabalhador à base de 1/12 avos da remuneração de dezembro, por mês de serviço, cabendo também aos aposentados e pensionistas.

As despesas de luto, funeral e jazigo ou auxílio-funeral constituem benefício previdenciário. Podem ser pagos ao executor-dependente do segurado, de acordo com o maior valor previsto para esse benefício; ou, se forem pagos a terceiro — que suportar os ônus do sepultamento — será de acordo com o total das despesas comprovadamente feitas. Tratando-se de modalidade securitária, não deve ser pago duplamente, se ao beneficiário do segurado. É certo que o Código Civil o incluiu, no art. 1537, I, essa verba indenizatória por ato ilícito. Atualmente a matéria é regulada na legislação da previdência social.

Mas, isso é matéria de prova, conforme posta pela recorrente. E nesse ponto é soberano em seu exame o acórdão recorrido, ao reconhecer a necessidade do pagamento.

Ao tempo do TFR, quando julgava essas causas, votei sempre pelo quantitativo equivalente a 1/3 do salário mínimo, se se tratasse da morte de menor que ainda não contribuía para a economia doméstica (Cf. AC nº 32.379/RJ, 2ª Turma, DJ de 3-9-80). Mas depois, para compensar o limite dos cálculos da indenização aos 25 anos de idade da vítima, resolvi ampliar o valor da pensão para 2/3.

Conheço do recurso pelo dissídio. Dou parcial provimento para limitar os cálculos da indenização, nestes casos, até os prováveis 25 anos da vítima e não pela sua sobrevida.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 1153 — RJ — (Reg. nº 8900110853) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite. Recorrente: Light — Serviço de Eletricidade S/A. Recorrido: Joaquim Luiz Esteves. Advogados: Drs. Marcelo José de S. B. de Mello e Paulo Roberto de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (Julgado em 12-12-89 — 3ª Turma).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 1.207 — SP

(Registro nº 89.112619)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Indústria e Comércio de Correntes Regina Ltda*

Recorrido: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogadas: *Dras. Celia Marisa Santos e Rosali de Paula Lima*

EMENTA: Processo civil. Honorários de advogado. Fixação.

Descabe, na fase de liquidação, pretender-se alterar a fixação da verba honorária havida no processo de embargos, mormente quando tal fixação obedece a critério legal previsto no artigo 20, do Código de Processo Civil.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de embargos opostos por Indústria e Comércio de Correntes Regina Ltda., à execução fiscal que lhe move a Fazenda do Estado de São Paulo, com a finalidade de receber quantia referente a ICM não recolhido regularmente.

Julgados procedentes, em parte, os embargos (excluída a multa) e improvidos os recursos interpostos, foi homologado o cálculo de liquidação.

Inconformada, a embargante apelou (fls. 45/51).

A Décima Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, negou provimento ao recurso, considerando que os honorários foram arbitrados em percentual 10% (dez por cento) sobre o

valor da condenação, com observância implícita do art. 20, § 3º, do CPC. Se o principal sofreu correção, os honorários são corrigidos, também, por via de consequência.

Às fls. 85/88, a apelante após embargos de declaração, rejeitados por unanimidade.

Inconformada, interpõe recurso extraordinário, com fundamento no art. 119, III, *a* e *d* da Constituição anterior, argüindo a relevância da questão federal.

Alega que o acórdão violou o art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.899/81, ao fazer incidir a correção monetária sobre a verba honorária, a partir da vigência da lei. A atualização só poderia ser feita a partir da sentença, pois antes dessa não havia crédito.

Sustenta, também, que a decisão divergiu da jurisprudência de outros Tribunais, transcrevendo trechos de acórdãos sobre o tema.

Em despacho de fl. 101, o recurso foi inadmitido, por não versar “hipótese elencada nos ítems I a X do art. 325, do RI/STF...”.

Acolhida a argüição de relevância, subiram os autos à Corte Suprema.

O eminente Ministro Francisco Rezek, Relator, convertendo o recurso extraordinário em especial, determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, opinou pelo não conhecimento do recurso, e, se conhecido, pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Na realidade, a pretensão tem por objetivo reviver matéria já resolvida no julgamento dos embargos, o que atentaria até contra o princípio da coisa julgada.

A sentença fixou os honorários de advogado em 10% sobre o valor da condenação, esta, evidentemente, corrigida. A recorrente pretende que a correção dos honorários se dê somente a partir da sentença. Inoportuno insurgir-se agora contra a forma do cálculo.

Deu o acórdão recorrido correta aplicação à norma contida no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Se a sentença, confirmada, determinou a incidência da verba honorária sobre a condenação, evidente que a correção recaí sobre o valor da condenação

corrigido, não se processando essa correção apenas desde a data da sentença, embora devidos os honorários só depois de fixados na decisão.

De referência ao dissídio, os arestos trazidos a confronto não se prestam para caracterizá-lo, uma vez que não permitem estudo analítico para se saber se, naqueles casos, pretendia-se reformar sentença proferida na fase de execução.

Não conheço, pois, do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.207 — SP — (Reg. nº 89.112619) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recorrente: Ind/ e Com/ de Correntes Regina Ltda. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogadas: Dras. Celia Marisa Santos e Rosali de Paula Lima.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 07-11-90 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.299 — RJ

(Registro nº 89.0011463-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Manoel Lameiras Filho*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Advogado: *Dr. Rovane Tavares Guimarães*

EMENTA: Processual penal. Crime de supressão de documento (Art. 305 do Código Penal). Crime de sonegação de papel ou objeto de valor probatório (Art. 356 do Código Penal). Negativa de vigência de lei federal. Concurso aparente de normas.

Não constitui negativa de vigência a um certo dispositivo legal se, à vista das provas constantes dos autos, o juiz decide pela incidência de outra norma penal incriminadora, circuns-

tância comum de ocorrer no chamado concurso aparente de normas.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Em 15 de junho de 1985 Manoel Lameiras Filho, ora recorrente, advogado com militância profissional no forum do Rio de Janeiro, recebeu de Abílio Campos Ribeiro nota promissória no valor de Cr\$12.000.000,00 em razão do empréstimo que lhe fora feito pelo advogado, com data de emissão e vencimento em branco, bem como o nome do favorecido. O título ficou em poder de Manoel, em confiança, a quem Abílio entregou também dois cheques de emissão de Maria Emília Maia, mãe de Ruth, companheira de Abílio, para pagamento dos juros do empréstimo. O vencimento do empréstimo fora ajustado para 30 de setembro de 1985. Entretanto, abusando da confiança nele depositada, Manoel Lameiras Filho preencheu os claros do título, datando-o de 15 de junho de 1984, a favor de um terceiro, Geraldo Boechat, pessoa ingênua e simples, ameaçando-o de prisão caso não concordasse com seus objetivos de locupletar-se com a diferença entre o real valor da dívida e a importância corrigida em ORTNs, a partir da data falsa de emissão da promissória. O verdadeiro beneficiário da promissória era o recorrente conforme declarações reiteradas do devedor Abílio Campos Ribeiro, que requereu a abertura de inquérito policial por crime de estelionato. Assim agindo, o denunciado inseriu “em documento particular declaração diversa da que deveria ser escrita, com o fim de alterar, como alterou, fato juridicamente relevante” (fl. 13).

Em 06 de outubro de 1986 foi recebida a denúncia pela prática do crime de falsidade ideológica. Dias depois, em 17 de outubro do mesmo ano, o denunciado compareceu ao Cartório da 39ª Vara Criminal, examinou os autos e manifestou desejo de xerocopiar peças processuais. O Oficial de Justiça

Rufino Henrique Bandeira de Mello o acompanhou até o serviço de xerox, onde foram providenciadas as cópias. Restituídos os autos ao Escrivão Laércio Lino de Carvalho, este constatou ter sido suprimida a denúncia oferecida em 06 de outubro de 1986.

Concluída a instrução criminal com todas as cautelas de praxe, por fim chegou aos autos o laudo de exame da nota promissória em questão, com posterior manifestação do Ministério Público e da defesa.

Está às fls. 12/22 a sentença do MM. Juiz de Direito da 39ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro que condenou Manoel Lameiras Filho nas penas dos arts. 299 e 305 (falsidade ideológica e supressão de documentos) e art. 69 (concurso material) do Código Penal, somando 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no mínimo legal e determinando “que o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade será semi-aberto”.

O réu apelou pedindo absolvição.

Decidindo, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso, não acolhendo a alegação da defesa de que o segundo crime praticado pelo réu deveria ser capitulado no art. 356 do Código Penal (sonegação de papel ou objeto de valor probatório na qualidade de advogado) e não no art. 305 (supressão de documento), fundamentando que “no caso, cometeu ele o delito avultando a figura da parte, numa tentativa vã de forrar-se a *persecutio criminis*, não merecendo ter o mesmo tratamento que o advogado que atua meramente como procurador”. E, por haver necessidade de repressão penal mais severa é que foi mantida “a aplicação do citado art. 305, que se enquadra na moldura fática contida na denúncia” (fls. 172/74). Concluiu dizendo ter sido o réu adequadamente apenado, segundo as diretrizes do Código Penal, em seu art. 59, e “embora bacharel em direito possui péssimos antecedentes” daí o regime prisional inicial semi-aberto, imposição até mesmo branda, em hipótese que comportaria o fechado.

Pretendendo não apenas a nulidade do acórdão prolatado na Apelação Criminal, como da sentença condenatória do Juiz monocrático é que Manoel Lameiras Filho, ora recorrente, interpôs Recurso Extraordinário com argüição de relevância, pela letra *a* do inciso III, art. 119 da Constituição de 1969, contra acórdão que o condenou nas penas dos arts. 299 e 305 do Código Penal, não considerando tipificado o delito do art. 356 do mesmo Código. Alegou negativa de vigência dos dispositivos legais citados (arts. 299 e 305 Código Penal) e contrariedade ao art. 153, § 15 da antiga Carta Constitucional (fls. 26/28).

O recurso, interposto nos termos do art. 325 do RISTF, incisos I, III e XI, no dia 06 de julho de 1986, sofreu aditamento intempestivo em 17 de novembro de 1988, levantando novas questões e juntando documentos.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deferiu parcialmente o processamento do recurso, à vista da Súmula 528 do Supremo Tribunal Federal. Ressaltou que o art. 153, § 15 da Constituição de 1969 não foi prequestionado (súmulas 282 e 356 Supremo Tribunal Federal) mas, admitiu a abertura do recurso no que toca à aplicação do art. 356 do Código Penal, em lugar do art. 305 em que se deu a condenação do réu (fls. 29/31).

Em 23 de fevereiro de 1989 o recorrente junta novas razões (fls. 34/66) e em 05 de maio do mesmo ano pediu o desentranhamento dos autos, das alegações do Ministério Público, por intempestivas (fl. 149).

O Procurador-Geral da Justiça requereu, em 15-08-89 fosse o recurso convolado em Especial e remetidos os autos ao Superior Tribunal da Justiça, de acordo com a nova Constituição Federal, o que veio beneficiar o recorrente, uma vez que o incidente de relevância da questão federal restou sem objeto, tornando-se desnecessário em razão da nova ordem constitucional (fl. 01).

O pronunciamento da Procuradoria-Geral de Justiça Estadual encontra-se às fls. 177/178, pelo não conhecimento do recurso dizendo que o acórdão recorrido “interpretou razoavelmente a prova” e, “se superado o ponto, o seu não provimento”.

Os autos receberam parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República que endossou o pronunciamento do Procurador-Geral de Justiça Estadual (fls. 177/178), concluindo por dizer que “o acórdão de fls, deu razoável interpretação da lei federal invocada (Supremo Tribunal Federal Súmula 400)”.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: O recorrente, conforme resumido no relatório, foi condenado por falsidade ideológica por ter preenchido nota promissória que recebera assinada em branco, alterando nome do verdadeiro credor, a data da emissão e a quantia em ORTNs.

O Ministério Público Estadual, no parecer às fls. 2/4, chama a atenção para o fato de que a matéria submetida à apreciação deste Superior Tribunal de Justiça é a imputação feita ao recorrente do crime de supressão de documento (Código Penal, Art. 305), não se cogitando do crime de falsidade ideológica (Código Penal, Art. 299) de que resultou condenação com trânsito em julgado.

Ao admitir o Recurso apenas parcialmente o despacho de fls. 29/32 salienta que o Acórdão atacado interpretou razoavelmente a lei, apreciando soberanamente a prova produzida (Súmulas 279 e 400 do Supremo Tribunal Federal). Mas ressalva: “A condenação nas penas do artigo 305 do Código

Penal se deu com fundamento de que o recorrente agira na qualidade de parte e não de advogado (artigo 356). No entanto, está claro nos depoimentos referidos no acórdão, que o recorrente só teve acesso aos autos por ser advogado, embora em causa própria. A inutilização parcial de autos por quem os recebe como advogado é o fato típico do artigo 356. Nesta parte, cabe a abertura da via excepcional” (fl. 32).

O meu entendimento é contrário e aqui se irmana ao do Ministério Público Estadual e Federal. Não constitui negativa de vigência a um certo dispositivo penal o Acórdão que, consoante a prova dos autos, decide pela incidência de outra norma penal incriminadora, circunstância comum de ocorrer nos chamados concursos aparentes de normas. “Para a realização do tipo do art. 356 do Código Penal se faz necessário que o advogado tenha recebido o documento inutilizado, fato que não ocorreu na espécie. Parecer pelo não conhecimento do recurso, e se conhecido, pelo seu desprovimento” (fl. 02).

Assim, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 1.299 — RJ — (Reg. nº 89.0011463-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Manoel Lameiras Filho. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Advogado: Dr. Rovane Tavares Guimarães.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 19 de março de 1990 — 5ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator, os Exmos. Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Assis Toledo.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1335 — GO

(Registro nº 89.0011559-6)

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

Recorrente: *Gilberto Valentim Volpon*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Goiás*

Advogados: *Drs. João Neder e outro*

EMENTA: Criminal. Recurso especial e *habeas corpus*.
Concomitância. Competências distintas.

Prejudicialidade. Questões coetaneamente abordadas em ambos os processos resultam prejudicadas no Superior Tribunal de Justiça pelo antecipado julgamento do *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal. Dificuldade de harmonização de tal concurso de competências, com riscos de decisões conflitantes.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, julgar prejudicado o recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: O recorrente acima referenciado foi absolvido pelo Tribunal do Júri, pronunciado que fora como mandante do homicídio em causa. Contra a decisão absolutória recorreu o Ministério Público, na pessoa do mesmo Promotor que pedira ao Conselho de Sentença a absolvição do réu; apelou sob invocação do art. 593, III, *d*, do CPP, mas expressamente interessado em obter chancela para a alegada carência de prova da co-autoria, conforme análise a que se prestaram as suas razões assim conclusivas:

“Portanto, nenhuma censura merece a Decisão do Conselho de Sentença desta Comarca de Goianésia, ao reconhecer a tese da negativa de autoria, de forma unânime.” — fl. 312.

Daí que, provocado pelas contra-razões, o Eg. Tribunal de Justiça — GO, por sua 1ª Câmara Criminal, assim decidiu a preliminar de legitimidade de parte:

“A primeira questão a ser enfrentada diz respeito ao conhecimento do apelo, pois o Ministério Público interpôs recurso da sentença absolutória, pela qual pugnou perante o Tribunal do Júri.

Não havendo sucumbência, inexistente interesse na reforma da decisão e é por isso que o parágrafo único do art. 577 do Código de Processo Penal, não admite o recurso da parte que não sucumbiu.

No caso dos autos, todavia, o apelo ministerial foi aceito, tendo sido repellido aquele interposto pela representante da vítima, como assistente do Ministério Público. O inverso estaria juridicamente correto.

No entanto, se este recurso for rejeitado agora, sob o enfoque do susodito dispositivo legal, a conclusão a que se chegará, sem grande esforço, é que ele terá funcionado não como o meio próprio de proporcionar o reexame da decisão atacada, mas, como forma de frustrar a pretensão da representante da vítima, à indubitosa hesitação do órgão acusador, revelada após o oferecimento do libelo.

Em face disso, preliminarmente, conheço da apelação.” — fl. 335.

A apelação foi provida, a teor de fundamentos ementados deste modo:

“Júri. — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. — Sua ocorrência.

Versão isolada do mandante, admitida pelos Srs. Jurados, constitui solução contrária à prova dos autos, se os indícios que o apontam como autor intelectual do crime, não foram comprovadamente destruídos.” — fl. 333.

Tirou-se o presente recurso especial, pelas letras *a* e *d* do permissivo maior, insistindo-se em que malferiram-se os arts. 577 e seu parágrafo único, e 593, do CPP, e destoara-se da jurisprudência colacionada, esta posta em que, primeiro, carece de legítimo interesse para apelar o promotor que pediu a absolvição do réu (TJSP, RT 463/333 e 503/315), e segundo, que “é nula a decisão do Tribunal que acolher, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação” (Súmula 160-STF), tal qual fizera o acórdão atacado ao anular o julgamento e determinar que a outro seja o réu submetido — fls. 342/52.

Admitido e processado o recurso especial (fl. 357), aqui foi o mesmo distribuído ao Sr. Ministro Costa Lima. Advertiu-se, porém, S. Exa. da impetração anterior de um *habeas corpus* contra a mesma decisão, a mim distribuído (HC 88-GO), pelo que me vieram redistribuídos os presentes autos — fls. 369/70.

Oficiando nestes autos, a nobre Subprocuradoria-Geral da República pronunciou-se favoravelmente ao recorrente:

“1. A matéria versada no presente recurso especial é em tudo semelhante à que se discute no pedido de *Habeas Corpus* nº 88 — do Estado de Goiás, remetido ao exame do Colendo Supremo Tribunal Federal. Pedimos vênha, assim, ao eminente Sr. Ministro

Relator para anexar ao presente, o pronunciamento por nós emitido naquele feito, que é do seguinte teor:

2. Coerentes com o nosso anterior pronunciamento, somos pelo conhecimento e provimento do presente recurso especial, se não vier a ser julgado prejudicado pela decisão que vier a ser proferida pelo Excelso Pretório.

Brasília, 11 de dezembro de 1989.

A. G. Valim Teixeira.

Subprocurador-Geral da República” — fl. 372.

É que, de fato, despachara eu aquele *habeas corpus* desta forma:

“Vê-se tratar-se da competência do Supremo Tribunal Federal, conforme decidido na Recl. nº 317-5-DF. Remeta-se, pois, o pedido ao conhecimento daquele Colendo Tribunal, após as devidas anotações.” — in DJ de 05/12/89.

Diante disso, deliberei sobrestar os trâmites do recurso especial, até que o Pretório Excelso julgasse o *habeas corpus* chamado à sua competência, o que afinal se deu a 20 de fevereiro p.p., conforme acórdão que mandei juntar por cópia (HC 67.843-2, Rel. Min. Carlos Madeira — fl. 377).

Com nova vista, assim se manifestou a nobre Suprocuradoria-Geral da República:

“1. A matéria versada no presente recurso é em tudo semelhante à contida no pedido de *Habeas Corpus* nº 88 — Estado de Goiás, remetido ao exame do Excelso Pretório. Ora, tendo a Suprema Corte decidido que o Ministério Público tinha legitimidade para recorrer, embora tivesse pedido ao corpo de Jurados a absolvição do acusado, o presente recurso resulta sem objetivo, pois dirimida a questão nele debatida.

2. Opinamos, pelo exposto, no sentido de que seja o presente recurso especial julgado prejudicado.

Brasília, 12 de março de 1990.

A. G. Valim Teixeira

Subprocurador-Geral da República” — fl. 384.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Srs. Ministros, conforme o segundo parecer do Ministério Público, preliminarmente, cabe

decidir a prejudicialidade sofrida pelo presente recurso especial, resultada do julgamento do referido *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal.

Impende ter-se por certa a absoluta identidade da matéria questionada num e noutro dos remédios concomitantemente acionados contra o julgamento da apelação, isto é, a ilegitimidade do Ministério Público e a impossibilidade da anulação da decisão do júri por aquela via. A propósito, consulte-se o seguinte tópico do relatório lavrado pelo Min. Carlos Madeira:

“Da decisão manifestou recurso especial o acusado, impedindo, coetaneamente, este *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, no qual alega que “se o Promotor de Justiça pediu a absolvição do acusado, com tal pedido aquiesceu o juiz (no caso, o Conselho de Sentença), e a Procuradoria-Geral de Justiça ratificou a absolvição, não podia *concessa venia*, o Tribunal *a quo* conhecer da apelação e lhe dar provimento, para cassar a decisão apelada, anular o julgamento e determinar que outro seja o réu, ora paciente, submetido”. E afirma que “falta, evidentemente, justa causa para que o Tribunal *a quo* possa conhecer e prover a apelação, como já ficou amplamente demonstrado, face à falta de legítimo interesse do apelante”. (fl. 11)” — fls. 378/79.

Daí que ambos os questionamentos foram ali repelidos, consoante fundamentação específica, *verbis*:

“O SR. MINISTRO CARLOS MADEIRA (Relator): Prescreve o parágrafo único do art. 577 do Código de Processo Penal que não se admitirá recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

Em relação ao Ministério Público, observava Manzini, o requisito do interesse para recorrer deve considerar-se com maior amplitude do que em relação as outras partes, já que o Ministério Público, na esfera de sua função, tem sempre interesse em que se aplique exatamente a lei.

No caso dos autos, a decisão absolutória dos jurados foi vivamente criticada pelo Juiz de Direito da Comarca de Goianésia, que se dera por impedido para presidir o Júri, e fora substituído pelo Juiz da Comarca de Barro Alto. O Promotor de Justiça, que pedira a absolvição do réu, apelou da sentença, com base no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, não pretendendo expressamente a reforma da sentença em virtude da decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, mas sim que o Tribunal, após serena análise dos elementos dos autos, procedesse com Justiça. Toda a argumentação do apelo é no sentido de

que o Tribunal confirme não haver nos autos prova que conduza à condenação do réu. E a Procuradoria de Justiça ratifica tal procedimento, ao afirmar que “o elemento probatório, indicativo da participação do apelado no crime contra a vítima circunscreve-se ao âmbito policial, como vem destacado nas razões de apelação do Ministério Público da lavra do seu titular Dr. Frederico Galemberk. Não alcançou, o mesmo, confirmação na fase necessária da judicialização, segundo requisito do procedimento contraditório.”

A Câmara Julgadora, porém, acolheu o voto do Relator, que acentuou ter sido aceito o apelo do Ministério Público, e repellido o interposto pelo assistente da acusação, o que deixa suspeitar que aquele recurso não funcionaria como meio próprio para o reexame da decisão atacada, mas como forma de frustrar a pretensão do representante da vítima, que era a de demonstrar a clara hesitação do órgão da acusação revelada após o oferecimento do libelo.

Daí porque foi conhecida a apelação. O Relator afirma que “a prova dos autos mostra que os autores da morte de Maurício, submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, foram condenados pela prática de homicídio mediante paga. É que, nenhuma dúvida restou sobre essa circunstância qualificadora do crime”. E aduz: “Houve, pois, um mandante. E a prova dos autos, sob esse aspecto se volta inteira contra o apelado. Isto porque, na polícia e em juízo, os autores, em mais de uma oportunidade, não deixaram dúvidas de que a empreitada fôra feita por encomenda do Dr. Gilbertão, alcunha pela qual o apelado é popularmente conhecido na região, como facilmente se depreende do depoimento de inúmeras testemunhas.” (fl. 78). E conclui: “Diante da prova carregada para os autos, a presunção que ressoa é de que o júri ao deixar de aceitá-la, o fez, certamente, por não ter tido acesso a ela, eis que, o Ministério Público pediu a absolvição do apelado, movido, talvez, pela impossibilidade de preparar a acusação, como expressamente havia declarado na petição de fl. 286, onde, sem sucesso, pleiteou o adiamento do júri.”

Daí a conclusão de submeter o ora paciente a novo júri.

Não está nos autos deste *habeas corpus* cópia da apelação interposta pelo assistente da acusação. Certo é, porém, que a referência a esse recurso, no acórdão da Câmara Criminal, tornou plausível o conhecimento do recurso do Ministério Público, no

interesse da exata aplicação da lei penal. Evidenciadas as omissões ocorridas no julgamento, mais acertada é a submissão do ora paciente a novo júri, para que sejam apreciados os fatos à luz da prova existente nos autos.” — fls. 380/382.

Nesse quadro das questões simultaneamente debatidas em ambos os processos, e preferencialmente decididas no *habeas corpus*, resta dizer-se prejudicado o recurso remanescente, sob pena de decisões paralelas, com riscos de conflituarem-se entre si, à revelia do princípio da prejudicialidade inerente à litispendência.

Desde esse exemplo dos autos, vislumbram-se as dificuldades processuais conseqüentes do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em chamar a si — *data maxima venia*, com quebra da sistemática recursal instituída pela nova Constituição — a competência para os *habeas corpus*, tirados contra decisões especialmente recorríveis, ou pior, decisões especialmente recorridas, em tema infraconstitucional. Veja-se que no caso dos autos, tivemos a cautela de sobrestar o recurso especial; e se não a tivéssemos, ou se acaso ignorássemos a dualidade da mesma postulação, a que situação absurda não poderíamos chegar nessa injustificável concorrência competencial, num aberto conflito de interpretação (nova vênua) antevisto mesmo pelo *fumus boni juris* que nos parece acenado pelas teses do recurso!

Deveras, é pesaroso advertimo-nos de que dificuldades dessa ordem teremos de enfrentar constantemente, pela impossibilidade de um eficaz policiamento da dupla pendência, só fortuitamente ocorrido no presente caso (e acreditamos que naquelo outro indeferimento de *habeas corpus* no qual, porém, o Pretório Excelso teve que acrescer à ementa do seu acórdão uma cláusula administrativa:

“... ”

Recomendação à Presidência do Tribunal, apontado como coator, para que não dê seqüência ao recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça sobre a mesma questão, face à decisão do Supremo Tribunal Federal” — HC 67.155-1-RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, *in* DJ 02/03/90).

Nessas observações de fundo pessoal não vai, certamente, qualquer desapeço à Suprema Corte, ou rebeldia contra as suas decisões, senão que a esperança de uma futura revisão de tão controvertida definição de competência.

Pelo exposto, julgo prejudicado o recurso.

Havia eu anotado tais observações, ao tempo da determinação da inclusão do recurso em pauta, quando às vésperas deste julgamento fui informado, sem confirmação oficial da notícia, de que em sessão de ontem, uma das Egrégias Turmas do Supremo Tribunal Federal teria restringido a discutida competência.

cia, declinando da mesma para este Eg. Tribunal, em caso de concorrência do *habeas corpus* originário com o recurso especial.

A confirmar-se tal notícia, embora a restrição não resolva por completo as dificuldades do sobredito policiamento processual, de qualquer modo já sinaliza honrosa transigência com a lamentada orientação inicial que, *tout court*, pôs-se ao largo da influente potencialidade constitucional do concurso postulatório em causa, o qual urge impedir se exerça em instâncias distintas.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente e Srs. Ministros. Quando este Superior Tribunal de Justiça apreciava o *habeas corpus* nº 17, foi lembrada a possibilidade de julgamentos díspares: o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, num HC decidindo de uma forma, e este STJ em recurso especial de outra forma, sendo idêntica a pretensão.

No caso em julgamento, felizmente, o Sr. Ministro Presidente e Relator teve ciência da impetração do HC no STF com o mesmo fundamento do recurso especial e sobrestou o andamento deste.

O ilustre advogado, da Tribuna, acentuou que o HC pode ser renovado, enquanto que o recurso especial não, como a advertir que a decisão do *writ*, sendo denegatória, não faz coisa julgada material. No entanto, em seu voto o Ministro Relator demonstrou que, em caso semelhante, o STF mandou sustar o seguimento do recurso especial.

De modo que, preliminarmente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, tenho dificuldade para acompanhar o brilhante voto de V. Ex^a, por um questionamento de ordem doutrinária. A doutrina, e entre nós, encabeçada, se não me falha a memória, pelo grande Pontes de Miranda, admite que o *habeas corpus* denegatório não faça coisa julgada material. Isto foi destacado na Tribuna, pelo ilustre advogado. O *habeas corpus* é, portanto, reiterável, quando denegatório. No caso específico dos autos, esta minha dificuldade mais se agrava porque a Constituição da República, de 1988, não atribui ao Supremo Tribunal Federal competência para dirimir as divergências de interpretação sobre matéria infraconstitucional. Essa competência é desta Corte, razão de ser de sua existência. E a mim custa admitir que o guardião da Constituição utilizar-se-ia de seus poderes para não fazer cumpri-la.

Por isso, não posso interpretar a decisão do Supremo Tribunal Federal como sendo destinada a trancar a possibilidade de esta Corte Superior de Justiça exercer a sua competência jurisdicional, expressamente prevista no texto constitucional.

Restrinjo, pois, o âmbito da decisão do *habeas corpus* em matéria criminal. Aliás, no voto que proferi no *habeas corpus* nº 17, em certa passagem, salientei que uma das soluções possíveis para essa concorrência inesperada de competência, entre a Suprema Corte e o Superior Tribunal de Justiça — a prevalecer o entendimento do eminente Ministro Moreira Alves, na questão de ordem no HC 67.263 — seria a de valerem-nos dessa tese segundo a qual o *habeas corpus* não faz coisa julgada material, quando a decisão for denegatória.

Sendo assim, penso que conflito não poderá haver entre o *habeas corpus* referido e a decisão que vier a ser proferida neste recurso especial, pelo único Tribunal competente para dirimir a questão infraconstitucional posta em julgamento.

Ante o exposto, *data maxima venia*, não julgo prejudicado o recurso, antes, pelo contrário, dele conheço e, indo além, dou-lhe provimento, por razões que irei desenvolver, logo mais, se ultrapassada a preliminar.

É o voto.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Sr. Presidente, sem maiores considerações, até porque, concordando com o ponto de vista do Eminentíssimo Ministro Assis Toledo, nada tenho mais a acrescentar na discussão desta questão, estou, também, com V. Exas., na mesma esperança de que esta questão competencial seja, o quanto antes, esclarecida.

Neste caso, contudo, peço vênias a V. Exa. para acompanhar o voto do Sr. Ministro Assis Toledo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1335 — GO — (Reg. nº 89.0011559-6) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Gilberto Valentim Volpon. Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás. Advogados: Drs. João Neder e outro.

Decisão: A Turma, por maioria, decidiu julgar prejudicado o recurso.

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Flaquer Scartezini e Costa Lima. Ficaram vencidos os Exmos. Srs. Ministros Assis Toledo e Edson Vidigal.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.397 — RJ

(Registro nº 89117564)

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

Recorrente: *Nilton da Silva Ferreira*

Recorrido: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Advogados: *Drs. Dalvenio Torres Motta e outros e Ruth Abitibol*

EMENTA: Processual. Recurso especial. Interposição. Vigência do art. 27, § 1º das Disposições Constitucionais Transitórias. Previdenciário. Ação acidentária.

I — Se o recurso foi admitido no órgão *a quo*, e sobre tal *decisum* a parte adversa não agravou e foi, ademais, ventilada a arguição de relevância, impõe-se o conhecimento do Recurso.

II — “O que caracteriza a lesão acidentária que leva à concessão do auxílio suplementar é a perda anatômica ou redução da capacidade funcional, que embora não impedindo o desempenho da atividade, impõe, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho. Estes são os parâmetros a serem obedecidos na verificação da lesão acidentária. Negar indenização a quem comprovadamente sofreu redução de sua capacidade laborativa só porque não contemplado na relação do Anexo III do Decreto nº 79.037/76, seria negar reparação ao acidente do trabalho” o que não é admissível. A relação dos males incapacitantes inseridos na legislação referida é, apenas, exemplificativa, jamais exaustiva.

III — Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, preliminarmente, conhecer do recurso e, também, por unanimidade, no mérito, lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Nilton da Silva Pereira, operário, moveu ação acidentária visando receber do INPS sob o páio da Justiça Gratuita, indenização em virtude de incapacidade laboral.

Devidamente contestada a ação, e ouvida a perícia, sobreveio a r. sentença que julgou procedente a ação.

Irresignada, a Autarquia recorreu obtendo, no órgão *ad quem*, guarida à pretensão.

Inconformado, o sucumbente recorreu, com Argüição de Relevância, tendo sido admitido o recurso com fulcro na letra *a*, Inciso III, do art. 105 da Constituição Federal “porque, em princípio, poderia ter ocorrido negativa de vigência de lei federal e prequestionada a matéria”.

O recorrido não se manifestou para contra-arrazoar o recurso, apesar de lhe ter sido dado vista (fl. 76).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em o seu parecer, opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento do Recurso mas, caso ultrapassada as preliminares, lhe fosse dado provimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBPAAL (Relator): O recurso foi admitido e, de tal decisão não houve agravo de instrumento. Faço esta observação preambular em atenção ao parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República da lavra do culto Subprocurador-Geral Dr. Amir José Finocchiaro Sarti que, atento a decisões que alinha, observou que o Recurso Especial fora interposto quando ainda vigia o disposto no art. 27, § 1º, das Disposições Constitucionais Transitórias por isso que a competência, à época da interposição do recurso era do Pretório Excelso cabendo, *in casu*, o Recurso Extraordinário.

Certo que a jurisprudência desta colenda Corte, em decidindo agravos de instrumentos interpostos de decisões que inadmitiram, em casos que tais, a formação de Recurso, sempre o fez provocado pela parte, ao mostrar sua irresignação. No caso vertente, pondero, uma vez admitido o recurso, porque o juízo de admissibilidade assim, por bem, entendeu, não demonstrou a parte adversa irresignação. Demais disso, fora, também, ventilada a argüição de relevância, o que obstaculiza a preclusão.

Assim, conheço do recurso.

DESTACO.

VOTO MÉRITO

Superada a questão anteriormente posta, passo, de conseguinte, ao mérito da questão. Estou em que merece provido o recurso. Por várias razões que alinhio. Primeiro, o r. aresto recorrido, apesar de verificar o liame de causalidade entre o mal incapacitante e o evento danoso, houve por bem acolher a apelação da autarquia, aos seguintes fundamentos, *verbis*:

“Tem a Câmara notado a presença crescente de ações acidentárias por deficiência auditiva. E, também, tem percebido haver certa condescendência, generosidade ou facilidades nas perícias médicas, para a constatação da hipoacusia, *em grau mínimo*, ou seja, com redução auditiva de 31 a 50 decibéis, já que quase, todos os processos trazem esse resultado.

Diante disso, torna-se imperioso não mais se transigir na admissão de tal enfermidade para efeito da concessão do auxílio-suplementar, seguindo-se os exatos parâmetros legais (Anexo VII, Quadro 2 do Dec. nº 83.080/79).

Ora, consoante o bem lançado e judicioso parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, que adoto como razão de decidir, é de ser reconhecido o direito do recorrente,

“Porque de fato, a relação constante do Anexo III, do Decreto nº 79.037/76, indiscutivelmente, só pode ser considerada exemplificativamente; jamais, exaustiva. O que caracteriza a lesão acidentária que leva a concessão do auxílio suplementar é a perda anatômica ou redução da capacidade funcional, que embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, impõe, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho. Estes é que são, verdadeiramente, os parâmetros a serem obedecidos na verificação da lesão acidentária. Negar indenização a quem comprovadamente, sofreu redução de sua capacidade laborativa — só porque não contemplado na relação do mencionado Anexo III, seria negar reparação ao acidente do trabalho, o que não é possível admitir, pois tanto equivaleria a tolerar que a Administração, por mero regulamento, reduzisse as hipóteses de abrangência da norma legal.

Note-se que, na espécie, o acórdão recorrido não negou a ocorrência do fato da lesão, nem da redução da capacidade laborativa, nem da relação de causalidade com a atividade desempenhada pelo operário — tudo, de resto, atestado a partir de regular perícia judicial (fls. 24/25). A despeito de tais reconhecimentos,

achou melhor, porém, “não mais se transigir na admissão de tal enfermidade para efeito da concessão do auxílio-suplementar, seguindo-se os exatos parâmetros legais (Anexo VII, Quadro 2 do Dec. nº 83.080/79” (fls. 51/52), como que usando o caso do recorrente para coibir “certa condescendência, generosidade ou facilidade nas perícias médicas, para a constatação da hipoacusia, em grau mínimo” (*sic*). *Data maxima venia*, não é possível transigir com tamanha prepotência e tal injustiça. Que culpa tem o recorrente se as perícias judiciais, no Rio de Janeiro, são feitas sem a necessária seriedade? Não são os Juízes que nomeiam os peritos de sua confiança (art. 421, CPC)? Acaso pode o Judiciário castigar alguém pelos erros de outros?

Ao restringir o alcance do artigo 9º da Lei nº 6.367/76, o venerável acórdão recorrido, efetivamente, fez por negar-lhe vigência, já que, como ninguém ignora, “a incidência da lei federal pode ser afastada pelo deixar-se de aplicá-la no fato em que é aplicável, como também pode ser afastada pelo definir-se erroneamente o fato em que, definido com acerto, ela incidiria” (RTJ 87/222).”

(fls. 80/81).

Com estas considerações, dou provimento ao recurso.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, estou de acordo pelo seguinte: primeiro porque já estava vigente a Constituição, e, pelo princípio da fungibilidade dos recursos, se tivesse sido interposto o recurso extraordinário ele seria convertido, *ipso jure*, em recurso especial, e depois, não houve recurso da decisão que admitiu...

Então, não tenho dúvida em acompanhar o Eminentíssimo Ministro Geraldo Sobral.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.397 — RJ — (Reg. nº 89117564) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recorrente: Nilton da Silva Ferreira. Recorrido: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Advogados: Drs. Dalvenio Torres Motta e outros e Ruth Abitibol.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, conheceu do recurso e, também por unanimidade, no mérito, lhe deu provimento (Em 18-04-90 — 1ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.527 — SP
(Registro nº 89122037)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Ademário de Souza Mattos e outros*

Advogados: *Drs. Ana Maria Greco e outros e Roberto Gonçalves Favero e outro*

EMENTA: Processo Civil. Precatório. Liquidação. OTNs.

I — Conquanto a Constituição de 1988 autoriza a atualização dos precatórios pela equivalência dos OTNs, não pode a sentença fixar o valor da liquidação em outro valor que não a moeda existente. Precedentes.

II — Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso especial desdobrado do recurso extraordinário, que versa a questão da estipulação do pagamento do Precatório em ORTNs.

Diz o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo em seu recurso que: fl 315

“Indiscutivelmente que se trata de quantia líquida e certa devidamente apurada em processo judicial, caso contrário não seria possível saber qual o montante de dinheiro necessário a satisfação integral do débito.

É claro que a inclusão de um fator de correção monetária a incidir durante o período posterior a 1º de julho mas resgatável no próximo ano constitui-se em artifício que subverte o comando constitucional, acabando por implantar uma modalidade de condenação em verba ilíquida contrariamente ao que o texto constitucional procurou repelir.

Esse mesmo entendimento foi adotado pelo Douto Ministro Cordeiro Guerra no despacho proferido no Acórdão nº 278-8-MT (execução) do qual destacamos: “Indefiro o pedido formulado porque embora admitido pela jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, o precatório, no meu entender, deve traduzir uma importância líquida e certa a ser incluída nos orçamentos das entidades de direito público — § 1º do artigo 17 da Constituição e assim, não tenho como admissível um critério variável no futuro. Feito o pagamento, haverá, como já se tem admitido, atualização dos valores decorrentes da mora.”

Por outro lado, necessário se faz observar que, os Poderes Legislativo e Executivo, pelo menos até agora, não modificaram o critério de elaboração orçamentária anual no sentido de permitir o atendimento de requisitórios nos moldes preconizados.

Ademais, a orientação acolhida pelo V. Acórdão impugnado, também fere o artigo 61, § 1º, letra *b*, da Magna Carta, visto que é vedada a concessão de créditos ilimitados.”

Por isso, a recorrente afirmou que a norma infraconstitucional — Prov. 3/82; Prov. 13/82; Res. 6 e 7 — afronta a Constituição.

Houve contra-razões às fls. 318/320, onde os recorridos sustentam a firmeza da decisão recorrida para evitar a inconveniente repetição das execuções.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso e remessa ao S.T.J.

À fl. 330 o eminente Ministro Célio Borja, despachou o extraordinário convertendo-o em recurso especial, quanto a matéria legal e decretou a preclusão, quanto a matéria constitucional.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A decisão recorrida está posta nestes termos: (fl. 278)

“1. A expedição do precatório pelo valor correspondente convertido em ORTN, para além de não ter a sua legitimidade contestada, encontra-se conforme a orientação jurisprudencial assente.

Conquanto respeitável o entendimento sustentado pelo apelante, não tem ele prevalectimento neste Egrégio Tribunal.”

A matéria infraconstitucional colocada a cada exame se circunscreve ao art. 730, do CPC, o que, no meu entender está de acordo com essas normas a decisão recorrida em parte.

Em precedentes da Turma, a linha tem sido no sentido de que não se deve exigir o pagamento em OTNs, hoje BTNs, mas expresso e exigido em moeda corrente do País, podendo se fazer a simples referência do valor correspondente em OTNs, a exemplo do Resp 316 — SP, *in* DJ 06-11-89, Relator ministro Pedro Acioli, cuja ementa é a seguinte:

“EMENTA: Administrativo. Expropriatória. Indenização. Conversão do débito em OTN. Precatório.

I — O valor a ser expresso nos precatórios, para efeito de pagamento de indenização, não pode ser expresso em valores variáveis, como OTNs. Precedentes.

II — Recurso provido.”

Devo esclarecer, entretanto, que no caso a exigência do pagamento do precatório se deu em OTNs e não em quantia líquida e certa, pois já frisei que o valor do precatório pode ser convertido em OTNs, mas não exigido nessa convenção, e no caso em espécie — fl. 270 — a exigência do pagamento está expresso em OTNs, o que, *data venia*, não concordo.

Assim, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É como voto.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: *Data venia* do eminente Ministro-Relator, embora sejam as mais respeitáveis as razões de S. Exa., entendo que, a essa altura, não cabe dar provimento ao recurso, porque, embora se ressalve o entendimento do Supremo Tribunal Federal à época em que foi fixado, há de se ter em conta, atualmente, a circunstância de que o art. 100 da Constituição Federal estabeleceu, em seu § 1º:

“É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.”

De qualquer maneira, haverá sempre necessidade de fazer atualização e, assim, não há inconveniente em que a condenação venha expressa em medida adotada em relação à moeda.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.527 — SP — (Reg. nº 89122037) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo. Recorridos: Ademário de Souza Mattos e outros. Advogados: Drs. Ana Maria Greco e outros e Roberto Gonçalves Favero e outro.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg, deu provimento ao recurso (em 13-12-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus, Garcia Vieira e Armando Rollemberg. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.569 — RS

(Registro nº 89123432)

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

Recorrente: *Habitasul — Crédito Imobiliário S/A*

Recorrido: *José Augusto Kliemann*

Advogados: *Drs. Paulo Sérgio Viana Mallmann e outros e João Paulo Wagner e outros*

EMENTA: Mutuário. Casa própria. Débito. Quitação antecipada.

I — O mutuário tem direito a saldar o débito antecipadamente. O pagamento obedece ao que foi pactuado no momento do contrato, por isso que não pode ser alterado unilateralmente considerando-se, ademais, ser contrato de Direito Privado.

II — Precedentes.

III — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de Recurso Especial, convertido que foi de Extraordinário, fundado no art. 119, III, *a* e *d* da Constituição Federal pretérita, que subiu por força do acolhimento da Arguição de Relevância. O tema em debate diz com a quitação antecipada de débito para com o SFH, aquisição da casa própria.

Aduz o recorrente, a seu prol, basicamente, que o aresto recorrido negou vigência ao Decreto-lei nº 19/66, divergiu de paradigmas que refere e dissentiu, também, da jurisprudência dominante sobre ser impossível a discussão por meio de ação declaratória por se tratar de cláusulas e condições ajustadas em contrato.

Ouvida, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em judicioso parecer da lavra do culto Subprocurador-Geral, Dr. Amir José Finocchiaro Sarti, opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento do Recurso; se conhecido, pela anulação do processo porque a sentença foi proferida pela Justiça Estadual, ou, ainda, pelo desprovimento porquanto a r. sentença decidiu de forma escorreita.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Sr. Presidente, eminentes Ministros, o recurso, a meu sentir, não merece ser conhecido. Realmente, o tema não foi agitado no aresto recorrido e não cuidou o ora recorrente em sanar dita omissão tanto que não se socorreu de embargos declaratórios, incidindo, *in casu*, os verbetes das Súmulas nºs 282 e 356, do Pretório Excelso. Demais disso, não demonstrou o recorrente a alegada divergência, consoante preceitua o RI desta colenda Corte, em seu art. 255, parágrafo único, pois as cópias dos acórdãos trazidos não estão devidamente autenticadas nem houve a indicação a repositório oficial ou autorizado onde pudessem ser conferidos. No que concerne, agora, à alegação de que o aresto atacado dissentiu também os julgados sobre ser impossível a decisão de causas que tais através de declaratória, de igual carece tal assertiva da possibilidade de conhecimento porque os paradigmas, *in casu*, foram indicados tão-somente pela ementa, além do que não houve a demonstração analítica da divergência.

Com estas considerações, e adotando, como razão de decidir, as judiciosas razões do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, preliminarmente, não conheço do Recurso.

DESTACO.

Vencido que fui naquela preliminar, passo ao exame da questão de fundo, esclarecendo que não propendo à anulação do julgado *a quo*, porque tal questão não foi objeto da irresignação do recorrente, quer dizer, não foi objeto de prequestionamento, o que, a meu ver, não pode ser objeto de debate.

Passo, de conseguinte, ao mérito da causa. Não socorre razão ao recorrente. De feito, a jurisprudência desta egrégia Corte pacificou-se no sentido de que o mutuário tem direito a saldar o débito antecipadamente de acordo com o fixado na respectiva cláusula de contrato. Aliás, a egrégia 2ª Turma desta Corte, ao apreciar o Recurso Especial nº 1.409 — RS (89117823), decidiu matéria semelhante, tendo o aresto ficado assim ementado:

“Casa própria. Quitação antecipada do débito.

O mutuário tem direito a saldar o débito antecipadamente. O pagamento obedece à respectiva cláusula do contrato. Em se tratando de contrato de Direito Privado, não pode ser alterado unilateralmente, inclusive quanto ao critério para o pagamento antes do termo final”. (Relator o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, unânime, *in DJ* de 18-12-89).

Neste sentido, votei como relator do Recurso Especial nº 1.236 (89112937), em sessão de 14-03- do corrente ano, no que logrei a honrosa adesão dos eminentes Pares.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 1.569 — RS — (Reg. nº 89123432) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recorrente: Habitasul — Crédito Imobiliário S/A. Recorrido: José Augusto Kliemann. Advogados: Drs. Paulo Sérgio Viana Mallmann e outros e João Paulo Wagner e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (Em 18-04-90 — 1ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.608 — RJ

(Registro nº 89.124390)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Casas da Banha Comércio e Indústria S/A*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Luiz Antonio Alves Correa, José Alfredo Ferrari Sabino e Hélio Limoeiro Júnior*

EMENTA: Recurso especial. Tributário. ICM. Venda de produtos hortigranjeiros em supermercado. Matéria relativa a norma infraconstitucional. Prequestionamento necessário. Divergência jurisprudencial indemonstrada.

— Não se conhece do recurso especial quando carente de prequestionamento, mesmo de forma implícita, relativamente à matéria infraconstitucional nele versada e, também, se imprestável o acórdão trazido como divergente.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de embargos do devedor, opostos por Casas da Banha Comércio e Indústria S/A, à execução fiscal que lhe move o Estado do Rio de Janeiro, em razão de autuação por não ter atendido os requisitos legais para que pudesse creditar-se, em seus livros, pelos valores presumidos de ICM, atribuídos às operações com mercadorias isentas (hortigranjeiros), entradas em seus estabelecimentos, e que a sentença de 1º grau rejeitou.

O acórdão de fl. 181, proferido pela Egrégia 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade de votos, manteve a sentença apelada, com a seguinte ementa:

“ICM em operações realizadas por supermercados na venda de produtos hortigranjeiros.

Se a lei permitiu ao contribuinte a opção por um regime de crédito presumido, não pode ele valer-se do favor fiscal sem obedecer às regras do regime adotado.”

Irresignada, a Casas da Banha Comércio e Indústria S/A, com fundamento nas letras *a* e *d*, inciso III, do art. 119 da Constituição Federal anterior, interpôs recurso extraordinário, com argüição de relevância, alegando:

1 — ofensa aos seguintes dispositivos da Constituição Federal: art. 153 § 15 (consagra o princípio da ampla defesa); art. 8º inciso XVII, alínea *a* (estabelece a competência da União para legislar sobre produção e consumo); art. 19, inciso I e 153 § § 2º e 29º (estabelecem o princípio da reserva legal) e art. 153 — I (consolida o princípio da isonomia).

2 — negativa de vigência do art. 97 — I, do Código Tributário Nacional (dedicado ao princípio da legalidade): e

3 — dissídio jurisprudencial.

O recurso foi admitido no Tribunal recorrido e, na Suprema Corte, declarada a sua conversão em especial, quanto à matéria infraconstitucional.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso (fls. 264/265).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: No seu parecer, a douta Subprocuradoria-Geral da República, lembrando a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, incisos I, II e III do art. 24, do DL nº 5/75, redação da Lei 346/80, considerou-a, porém, imprestável ao conhecimento deste recurso em face do não prequestionamento da matéria federal.

Aduziu, também, o parecer que a declaração de inconstitucionalidade prestar-se-á ao provimento do recurso extraordinário que irá, ainda, ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decisão daquela Corte constante do despacho de fl. 258.

Com efeito, obsta o conhecimento deste recurso especial a falta de prequestionamento da matéria federal.

É que o acórdão de fl. 181 manteve a sentença apelada pelos seus próprios fundamentos. Esta, à sua vez, em nenhum lanço menciona sequer a legislação infraconstitucional dita violada.

Releva notar que a recorrente nem lançou mão, como poderia, dos embargos declaratórios, tendo em mira o prequestionamento ora reclamado.

Assim, na realidade, prestante que seja até para eventual provimento do recurso extraordinário, a declaração de inconstitucionalidade dos incisos I, II e III, do art. 24 do DL nº 5/75, redação da Lei nº 346/80, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso especial, porém há que se aquilatar o juízo de admissibilidade dele, sopesável à vista da norma infraconstitucional supostamente ofendida e seu verdadeiro prequestionamento no acórdão recorrido.

No caso, como já disse, a matéria não foi prequestionada na sentença, a cujos fundamentos reportou-se o acórdão recorrido.

O tema é reconhecidamente controvertido. Tem-se, em regra, como necessário o prequestionamento, muito embora sem posição intransigente que possa dificultar ou restringir a utilização do recurso afrontando o direito do recorrente. O prequestionamento vem sendo entendido, no dizer do Ministro Vicente Cernicchiaro, como prosseguir a apreciação da matéria posta em julgamento (DJU de 02-10-90, pág. 10.557, AI nº 5.632-RJ).

Para o Ministro Athon Carneiro (Palestra proferida em 07-12-89, no Auditório do STJ), “o prequestionamento decorre da própria natureza do recurso extraordinário/especial; destinando-se o recurso a corrigir violação da

lei (contrariá-la; negar-lhe vigência) cometida no acórdão recorrido” “... quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência...” “... creio necessário que o aresto, explicitamente ou implicitamente, tenha decidido da incidência ou da aplicação da norma legal mencionada no apelo extremo. Esta, até o momento, parece-me a inclinação predominante no STJ: admitir o prequestionamento tomado a termo em sentido o mais amplo e sem formalismos maiores, como preconizado pelo Min. Costa Leite”.

Da mesma forma prelecionada o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Palestra BH, em jan./90), ao afirmar que o prequestionamento não precisa ser explícito “sem embargo de sua necessidade”.

Vale dizer, o prequestionamento é indispensável, conforme, aliás, reiterada manifestação jurisprudencial (REsp nº 233-SP, Min. Geraldo Sobral, 13-12-89; REsp nº 294-SP, Min. José Delgado, em 29-11-89); Resp nº 2.056, Min. Barros Monteiro, em 10-04-90).

Na espécie, a questão envolvendo possível violação ao art. 97 do Código Tributário Nacional não foi posta em discussão e muito menos ventilada na decisão recorrida. O que se discutiu até então foi a inconstitucionalidade de dispositivos de lei estadual e se o contribuinte atendeu às exigências da lei para se valer do favor fiscal.

Por isso é que meu voto, *data venia*, não conhecia do recurso especial pela letra *a* e, também, pela letra *c* do atual permissivo constitucional, pois o acórdão dito divergente cuida de matéria diversa. Enquanto neste caso tratou-se de ICM em operações realizadas por supermercados na alienação de produtos hortigranjeiros e opção pelo regime de crédito presumido, com obediência às normas de regência, o acórdão apontado como divergente versou sobre contribuição de melhoria com atenção aos termos rígidos da norma, sob pena de anulação.

Sejam os autos devolvidos ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, para apreciação da matéria constitucional, em cumprimento ao despacho de fl. 258.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: A Recorrente, nos Embargos de Devedor, requereu a insubsistência da execução fiscal nº 2.130 (fl. 15), e como notícia o v. acórdão recorrido, “em razão da autuação, por não ter ela atendido os requisitos legais para que pudesse creditar-se, em seus livros, pelos valores presumidos de ICM, atribuídos às operações com mercadorias isentas (hortigranjeiros), entradas em seus estabelecimentos” (fl. 179).

No Recurso Extraordinário, convertido em Especial, dentre outras passagens, foi acentuado:

“De fato, em se examinando as peças que deram início ao procedimento impositivo, verifica-se, sem maiores indagações, a postergação do consubstanciado no art. 221, inciso III, do Decreto-Lei nº 5, de 15 de março de 1975, *verbis*:

“Art. 221 — O auto de infração e a nota de lançamento conterão:

III — A descrição circunstanciada do fato punível ou dos fatos concretos que justifiquem a exigência do tributo.” (fl. 187).

Prossegue:

“O cerceamento de defesa, por sua vez, é de uma evidência primária, pois a peça de autuação, apenas, estabeleceu um total do crédito indevido, não discriminando Notas Fiscais que acompanharam essas mercadorias. Convém explicar que a aquisição de mercadorias isentas por parte da Recorrente é muito maior que a estabelecida no aludido Auto de Infração. E até o momento a Recorrente não sabe quais as mercadorias cujo crédito foi glosado.” (fl. 189)

Em sendo assim, *data venia*, houve prequestionamento.

Tem-se entendido, no Superior Tribunal de Justiça, que essa exigência significa continuar o debate das questões decididas. Não se confunde com o aspecto formal de indicação explícita dos dispositivos aplicáveis ao caso.

No RMS nº 146 — SP, de que fui Relator, decidiu-se:

“Recurso em Mandado de Segurança. Prequestionamento.

Entende-se o prequestionamento como seqüência do debate das questões relevantes enfrentadas no julgamento anterior. Dispensável indicar, formalmente, a norma jurídica aplicável à espécie. Inadequado, porém, introduzir fatos novos, notadamente relativos ao *meritum causae*, quando o acórdão recorrido se ateve ao juízo de admissibilidade.” (DJ de 23-04-90)

Data venia, o referido pormenor não é óbice ao conhecimento do recurso.

VOTO VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Nos estabelecimentos comerciais do gênero dos supermercados, é quase impossível estabelecer-se uma separação entre as operações tributadas e as operações isentas do ICMS.

Atento a essa situação fática, o legislador estadual, procurando obviar a dificuldade, sem prejuízo para o contribuinte, estabeleceu um sistema de opção, permitindo-lhe, relativamente aos hortigranjeiros, efetuar um lança-

mento de crédito fiscal calculado sobre o valor das respectivas compras feitas ao produtor, acrescido de 15%, desde que, em contrapartida, se debite pelo tributo, indistintamente, sobre todas as mercadorias registradas em seus caixas. Desse modo, os lançamentos se anulam, assegurando a isenção.

Estendeu, igualmente, a mesma faculdade aos hortigranjeiros adquiridos de estabelecimentos comerciais, em certas circunstâncias devidamente especificadas.

Trata-se, como se viu, de sistema admitido como meio de obviar os inconvenientes apontados, ficando a critério do contribuinte adotá-lo, se de sua conveniência.

No caso destes autos, ao que se afirmou na r. sentença monocrática, que serviu de fundamento ao v. acórdão recorrido, a autuação fiscal se deveu ao fato de haver-se apropriado a Recorrente do crédito fictício, sem ter atendido aos requisitos legais, donde a rejeição de seus embargos.

O recurso, ora sob exame, apoda essa conclusão a que chegou o v. acórdão, de haver violado o princípio da reserva legal, que se acha também consagrado no art. 1º do CTN, ao entendimento de haver ele admitido a imposição de tributo não previsto em lei.

Trata-se, entretanto, de questão que não foi ventilada no v. acórdão impugnado, tendo-se limitado este a acolher os fundamentos da r. sentença, circunscritos à consideração de que, havendo a Recorrente optado pelo sistema acima apontado, que visa a facilitar a escrituração de sua conta relativa ao ICMS, haveria de sujeitar-se às obrigações que o regulamentam, o que, no entanto, não cumpriu, razão pela qual se deu a autuação fiscal.

Ante o exposto, à ausência de prequestionamento da questão enfocada, meu voto é, também, no sentido de não conhecer do recurso, com a devida vênia do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.608 — RJ — (Reg. nº 89.124390) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recorrente: Casas da Banha Com/ Ind. S/A. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Advogados: Drs. Luiz Antonio Alves Correa, José Alfredo Ferrari Sabino e Hélio Limoeiro Júnior.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso, no que foi acompanhado pelo Exmo. Sr. Ministro Américo Luz, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (01-10-90).

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, conhecendo do recurso, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão (em 10-10-90).

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, vencido o Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (em 15-10-90 — 2ª Turma).

Sustentou oralmente o Dr. Hélio Limoeiro Júnior, Procurador do Estado.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.653 — MG

(Registro nº 89.0012544-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Antonio Rezende de Brito*

Recorrido: *Álvaro Alves Pinto*

Advogados: *Drs. João Milton Henrique e Luiz Fernando de Mello de Lemos e outros*

EMENTA: Processo Civil. Ação pessoal. Responsabilidade civil. Reparação de dano. Prescrição vintenária, art. 177, do Código Civil. Art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal.

I — Todo ato ilícito gera para seu autor a obrigação de ressarcir o prejuízo causado a outrem.

II — A ação pessoal, a teor do art. 177, da Lei Civil Brasileira, prescreve, ordinariamente, em vinte anos.

III — Não configurada a alegada ofensa ao dispositivo de lei invocado, não se conhece do recurso especial.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro EVANDRO GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de ação ordinária de cobrança ajuizada por Álvaro Alves Pinto contra Antônio Resende de Brito e Lídio Xavier Gomes, objetivando o recebimento de indenização por 07 (sete) reses que lhe foram furtadas pelo primeiro réu e vendidas ao segundo, a preço vil.

Os réus contestaram a ação, argüindo a sua prescrição, na forma do art. 178, § 10, nº IX, do Código Civil (fls. 78/83).

O Dr. Juiz sentenciante acolheu-a e decretou a extinção do processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC (fls. 104/105).

Irresignado, apelou o autor, sustentando, em síntese, que a prescrição é vintenária (fls. 107/114). Ofereceu o réu contra-razões em abono à sentença (fls. 116/126).

Examinando o feito, a 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por unanimidade, deu provimento ao recurso para rejeitar a prescrição, determinando o prosseguimento regular do feito (fls. 141/148).

Inconformado, interpôs o primeiro apelado Recurso Extraordinário, com argüição de relevância da questão federal, com fulcro no art. 119, III, letras *a* e *d*, da Constituição anterior, alegando que o acórdão recorrido teria negado a vigência do art. 178, § 10, IX, do Código Civil, bem como, dissentido da jurisprudência de outros Tribunais (fls. 150/154), o qual após a impugnação (fls. 157/158), foi, pelo ilustre Vice-Presidente daquele Tribunal inadmitido (fls. 160/161).

Agravo de instrumento, do interessado (fls. 163/168), ao E.STF, e determinando, o eminente Ministro Néri da Silveira a subida dos autos para melhor exame (fl. 96 — apenso).

Apreciando o recurso, o ilustre Ministro Celso de Mello converteu o Extraordinário, *ipso jure*, em Recurso Especial, remetendo-o a esta Corte (fl. 207).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Trata-se de Extraordinário, convertido em Recurso Especial, fundado nas alíneas *a* e *d*, do permissivo constitucional precedente, hoje, *a* e *c*, da Carta Magna em vigor e, assim, o examino.

Em suas razões, sustenta o recorrente que o acórdão recorrido, ao decidir pela prescrição vintenária, teria negado a vigência do art. 178, § 10, nº IX, do Código Civil, bem como divergido da jurisprudência dos Tribunais.

Invocando doutrina e julgados, afirma ser, no caso, a prescrição quinquenária (fls. 105/154).

Contudo sem qualquer razão.

Isso porque da simples leitura da inicial, vê-se, não cuidar o autor de dano à coisa, como procura fazer crer o recorrente, caso em que se aplicaria a prescrição quinquenal, prevista no inciso IX, § 10 do art. 178 do Código Civil, mas, e tão só, de buscar a reparação, o ressarcimento, de dano, que atribui ao réu, decorrente de ato ilícito, que lhe causou prejuízos, como corretamente observou-se no acórdão.

Irrelevante, de sua vez, não tenha invocado, o recorrido, o dispositivo legal em que arrimou o pedido, ou o nome errado com que ajuizou a ação. A uma porque o texto do art. 282, nº III, do CPC, não afasta o aforisma *Da mihi factum, dabo tibi jus*; a outra, porque a equivocada denominação não subtrai da inicial os seus termos e objeto.

Assim, e por isso, tem-se que a pretensão do autor sustenta-se no dispositivo 159 do Código Civil, cumprindo a verificação da culpa e avaliação da responsabilidade, na forma como preceituam os arts. 1.537 e seguintes do mesmo diploma legal.

Proposta, pois, em tais termos a ação não há como confundir os preceitos que determinam a prescrição, quando se trata de ofensa ou danos causados ao direito de propriedade, com o decorrente de ato ilícito.

Assim, assentada a ação no princípio da culpa, sendo dela decorrente a obrigação de indenizar, aplicável à espécie é a regra geral do art. 177 do Código Civil.

Inexiste, pois, a alegada afronta ao dispositivo de lei invocada pelo recorrente, eis que inaplicável à espécie, tendo o acórdão recorrido apreciado a questão com absoluto acerto.

De igual, o dissenso jurisprudencial não restou demonstrado, eis que os dois acórdãos trazidos a confronto, não se assemelham à hipótese dos autos e, ao demais, quanto ao primeiro, limitou-se o recorrente tão-só a transcrever sua ementa; e quanto ao segundo, não se mencionou o repositório, oficial ou autorizado que o haja publicado, os quais não se prestam para a demonstração do dissídio.

Ausentes, pois, os requisitos das letras *a* e *d*, do permissivo constitucional anterior, hoje *a* e *c*, do item III, do art. 105, da Carta Magna vigente, não conheço do Recurso Especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.653 — MG — (Reg. nº 89.0012544-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recorrente: Antônio Rezende de Brito. Recorrido: Álvaro Alves Pinto. Advogados: Drs. João Milton Henrique, Luiz Fernando Melo de Lemos e outros.

Decisão: A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial (Em 06-03-90 — 3ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Gueiros Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro votaram de acordo com o Relator. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.753 — SP (Registro nº 89.0012837-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Sara D'Aquino da Silva*

Recorrido: *Cia — Brasileira de Trens Urbanos — STJ/SP*

Advogados: *Drs. Eliana C. A. Wiazowski e Salvador Alberto Celestino*

EMENTA: Responsabilidade civil. Indenização. Acidente ferroviário. Morte de menor. Culpa presumida. Art. 17, do Decreto nº 2.681/12.

I — Não tendo a estrada provado a culpa da vítima, nem assim ilidido sua responsabilidade, comprovando *caso fortuito* ou força maior, não se exonera da obrigação de indenizar pela morte do menor.

II — É dever do transportador preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino.

III — Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas

taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de ação ajuizada por Sara D'Aquino da Silva e outro contra Cia. Brasileira de Trens Urbanos — STJ/SP, objetivando indenização pela morte de seu filho decorrente de acidente ferroviário, a qual foi julgada procedente (fls. 144/150).

Inconformada, apelou a ré (fls. 152/165) e recorreram adesivamente os autores (fls. 167/168), tendo a Oitava Câmara do Egrégio 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, por maioria, dado provimento à apelação e julgado prejudicado o recurso adesivo (fls. 211/215).

Irresignados, os autores opuseram embargos divergentes, os quais, também, por decisão majoritária, foram rejeitados (fls. 240/243).

Não se conformando, interpuseram os autores Recurso Extraordinário, com arguição de relevância da questão federal, com fulcro no art. 119, III, *a* e *b*, do permissivo constitucional anterior, alegando que o aresto recorrido teria negado a vigência do Decreto nº 2.681/12; divergido da Súmula nº 187, do STF, bem como, da jurisprudência dos tribunais. Sustentam, em síntese, os recorrentes, inversão do ônus da prova e a responsabilidade objetiva da Companhia de Trens (fls. 245/253).

Houve impugnação (fls. 255/260).

O eminente Presidente daquele Tribunal, recebeu o recurso como Especial, nos termos do art. 105, III *a* e *c*, da Carta Magna vigente, julgou prejudicada a arguição de relevância (fl. 261) e o admitiu pelo pressuposto da alínea *a* (fls. 266/269).

As partes ofereceram, respectivamente, suas razões (fls. 274/280 e 282/287), subindo os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Trata-se de Recurso Especial recebido nos termos do art. 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal, no qual alegam os recorrentes que o acórdão recorrido teria

negado a vigência do Decreto nº 2.681/12, do art. 333, II, do CPC, bem como divergido da jurisprudência dos Tribunais.

Assim, examino o recurso.

Cuidam os autos de ação de indenização por morte de menor, decorrente de acidente ferroviário. Incontroverso que a queda do passageiro se deu pela porta, a qual se estivesse funcionando, estaria fechada evitando, assim, o fato.

A culpa da vítima deveria ser comprovada pela ora recorrida; e ao demais, cumpria-lhe elidir a sua responsabilidade provando caso fortuito ou força maior. Contudo, não o fez.

A responsabilidade civil, *in casu*, é regida por lei especial, o Decreto nº 2.681/12, que a atribui objetiva, das linhas de estrada de ferro.

Reza o art. 17, do citado Decreto, *verbis*:

“Art. 17. As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederam aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea.

A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:

1ª caso fortuito ou força maior;

2ª culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada”.

Ressalta Aguiar Dias, (*in Da responsabilidade Civil*, Tomo I, 4ª ed., Forense, págs. 254 e 255):

“O decreto legislativo nº 2.681, como vimos, estabelece a responsabilidade das estradas de ferro pelos desastres ocorridos em suas linhas em critério nitidamente objetivo. A estrada só se exonera da obrigação de reparar provando o caso fortuito ou de força maior ou a culpa do viajante, sem concorrência de culpa da estrada.”

Quando, no art. 17, a lei de 1912 estabelece a presunção de culpa contra o transportador, fá-lo “para melhor acentuar que lhe incumbe a prova de que não houve culpa sua..”, porque o condutor é “contratualmente obrigado a transportar com segurança o passageiro ou a coisa...”.

Cabe destacar o seguinte trecho do bem lançado fundamento da decisão de 1º grau (fl. 148):

“As duas testemunhas arroladas pela ré, não presenciaram os fatos narrados na inicial e afirmaram que de fato, nem sempre, as portas dos vagões funcionam corretamente. A vítima, por derradeiro, não estava dependurada no vagão, conforme salientou o Dr. Advogado da ré, tal afirmação não foi feita por qualquer das testemunhas inquiridas em juízo e a culpa, eventual da vítima, teria que ser provada pela ré, que não só não fez esta prova, como

também não ilidiu a sua responsabilidade, provando caso fortuito ou força maior.

Não há prova de eventual concorrência de culpa. Resumidamente a prova é de que a vítima era transportada por um vagão de propriedade da empresa ré, em qual estado de conservação e por isso, colocando em risco a vida de seus passageiros ou usuários. Pela falta do cuidado necessário na conservação do seu patrimônio, que transporta pessoas, o mais das vezes, de origem humilde, obriga a ré a indenizar os autores pela morte do filho destes.”

O eminente Desembargador Roberto Rubens, em voto vencido, como acerto, aduziu (fl. 215):

“Também, fator negligente do transportador, fica bem definido na ausência de conservação desse meio de transporte, que implica na existência de portas que não fecham ou aparelhamentos automáticos avariados.

É dever do transportador preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino. E não foi isso o que aconteceu no caso. Ainda que, desprezada fosse a sua culpa *in vigilando*, mesmo assim, ele seria responsável, uma vez que, em se cuidando de contrato de transporte, o dano que o passageiro sofra durante o percurso gera a responsabilidade de indenizar o transportador que responde pela culpa objetiva.”

É de ver, pois, não tendo a recorrida provado a culpa da vítima, nem assim ilidido a sua responsabilidade, comprovando caso fortuito ou força maior, decidiu o Dr. Juiz corretamente a controvérsia consoante à lei, doutrina e jurisprudência firmada nos tribunais.

Assim, admissível é o recurso quanto à letra *a*.

Quanto ao dissenso jurisprudencial não resultou comprovado, eis que inócurre a alegada divergência com a Súmula 187, do STF; e, ao demais, limitaram-se os recorrentes tão-só à transcrição das ementas dos arestos trazidos a confronto, o que não se presta para demonstrar o dissídio, por isso inadmito-o pela alínea *c*.

Ante o exposto, conheço do recurso pela letra *a* e lhe dou provimento, para reformar a decisão recorrida e restabelecer, na sua integralidade, a sentença de primeiro grau.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 1.753 — SP — (Reg. nº 89.00128370) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recorrentes: Sara D'Aquino da Silva e outro. Recorrida: Cia — Brasileira de Trens Urbanos — STJ/SP.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (Em 6-3-90 — 3ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro votaram com o Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.773 — RS (Registro nº 89.0012948-1)

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

Recorrente: *Castor Empreendimentos Imobiliários Ltda.*

Recorrido: *Mário Romera*

Advogados: *Drs. Luiz Carlos Levenzon e Laura Agrifoglio Vianna Zereu*

EMENTA: Prazo. Paralisação dos serviços cartorários.

I — A parada dos serviços cartoriais caracteriza-se como obstáculo ao curso regular do prazo recursal, que é de ser, em conseqüência, prorrogado para o primeiro dia útil, quando o seu vencimento recai no dia da paralisação.

II — Recurso especial conhecido e provido, *nemine discrepante*.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de março de 1990 (data do julgamento). Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente.

Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

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

“Atendendo o despacho de fl. 131, Castor Empreendimentos Imobiliários Ltda. interpõe recurso especial em adaptação à argüição de relevância.

II. Trata a causa de ação ordinária, ajuizada por Mário Romera contra Castor Empreendimentos Imobiliários Ltda., objetivando rescisão contratual relativa à aquisição de imóvel, julgada procedente em 1º grau de jurisdição.

A vencida apelou, tendo sido considerado intempestivo o recurso. Opostos embargos declaratórios, foi-lhes negado provimento.

Ainda inconformada, interpôs recurso especial Castor Empreendimentos Imobiliários Ltda., alegando violação aos arts. 183, § § 1º e 2º, e 184, § 1º, I, e § 2º, do CPC.

O recurso foi impugnado.

III. O presente recurso merece ser admitido, em face da alegação de infringência ao art. 183, do Código de Processo Civil.

Com efeito, na medida em que reconhecida a notoriedade do fato da paralisação dos servidores da Justiça, abarcando parte do prazo recursal, inclusive o termo final, razoável se evidencia a tese da recorrente, relativamente à tempestividade de inconformidade apresentada no dia imediato à retomada dos trabalhos forenses.

Conforme se infere das certidões de folhas 105 e 106, a greve importou no fechamento do cartório cível por onde corria o feito, durando de 14 a 16 de dezembro de 1987.

Cessada essa a 17, na mesma data protocolou a recorrente a sua apelação.

Tratando-se de justa causa, de rigor haveria o juiz de assinar prazo para a prática do ato (art. 183, § 2º, do CPC), providência que, no caso, se fez desnecessária justamente pela apresentação imediata do apelo pelo recorrente.

Intimada da sentença a 1º de dezembro de 1987, tempestiva, nas circunstâncias, *data venia*, parece a apelação.”

Com as razões de fls. 151 a 156 e contra-razões de fls. 158 a 160, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Da parte do acórdão transcrevo as seguintes considerações:

“A sentença foi publicada por nota de expediente em 01-12-87, terça-feira. A empresa, inconformada com a decisão, protocolou a sua apelação na mesma data em que datou a petição de interposição do recurso, 17-12-87, que era uma quinta-feira. O dia 17 era o 16º do prazo, o que implica intempestividade da apelação.”

Ora, entendeu o aresto que o prazo legal do recurso de apelação terminaria no dia 16-12-87 e que a sua protocolização em 17-12-87 implicara necessariamente em sua intempestividade.

Desassistiu razão ao acórdão, porquanto entre os dias 14 e 16 de dezembro de 1987 os serviços cartorários da justiça de primeiro grau estiveram sem atendimento, em virtude da paralisação dos servidores, retornando à sua normalidade no dia 17 de dezembro de 1987, consoante certidão fornecida pelo Cartório da Direção do Foro.

Não há dúvida que o obstáculo judicial prorroga o prazo do recurso até o primeiro dia útil.

Nessa diretriz é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consubstanciada no RE 109.160, relatado pelo eminente Ministro Célio Borja, e em cuja ementa se lê:

“Prazo. Cumprimento. Preclusão. Inteligência dos arts. 180 e 184 do CPC.

Se o obstáculo é criado por uma das partes, restitui-se o prazo a outra, por tempo igual ao faltante para sua complementação; se judicial a causa, prorroga-se para o primeiro dia útil. RE não conhecido” (*in* R.T. vol. 620/228).

Daí porque, findando o prazo recursal no dia 16, porém não funcionando a justiça neste dia, tempestiva é a apelação protocolada no dia 17, data em que terminou a greve dos funcionários da justiça.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para que, afastada a preliminar de intempestividade da apelação, o Tribunal julgue a causa como entender de direito.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.773 — RS — (Reg. nº 89.0012948-1) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recorrente: Castor Empreendimentos Imobiliários Ltda. Recorrido: Mário Romera. Advogados: Drs. Luiz Carlos Levenzon e Laura Agrifoglio Vianna Zereu.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (4ª Turma — 20-03-90).

Os Exmos. Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.818 — RJ

(Registro nº 89131575)

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

Recorrente: *Orlando Neves Pereira*

Recorrida: *Gislene Figueiredo da Costa e Souza*

Advogados: *Drs. Vera de Moura Galvão e outros e Henrique Czamarka e outros*

EMENTA: Recurso especial. Julgamento. I — O recurso extraordinário transformado em recurso especial depende da argüição de relevância quanto ao tema infraconstitucional, na hipótese não compreendida no art. 325, itens I a X, do RegSTF. II — Em caso de ação rescisória, o recurso há de ater-se aos pressupostos desta, de modo específico. Vale dizer, o fundamento do recurso há de estar conjugado com os arts. 485 a 495 do Cód. de Pr. Civil. III — Coisa julgada. Inocor-

rência da apontada ofensa. IV — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, em 27 de março de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Por acórdão de 31-08-88, publicado no DO local de 03-10, o Tribunal de origem julgou improcedente esta ação rescisória, intentada, com fundamento no art. 485, inciso IV (ofender a coisa julgada), do Cód. de Pr. Civil, por Orlando Neves Pereira contra sua ex-mulher Gislene Figueiredo da Costa e Souza. Inconformado, o autor, em 18-10-88, tirou recurso extraordinário, reportando-se aos arts. 101 (102...), inciso III, alínea *a*, e 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, ambos da Constituição de 1988, bem como ao art. 27, § 1º, do Ato Transitório. Deu por ofendidos os arts. 467, 468, 473, 474 e 301, § 3º todos do Cód. de Pr. Civil, e por contrariado o art. 5º, XXXVI, da Constituição, e apontou dissídio.

Foi o recurso admitido, pelo Presidente Pedro Américo Rios Gonçalves, nestes termos:

“5. Embora invocado o artigo 101, da Lei Maior supõe-se tenha o Recorrente desejado fazê-lo relativamente ao artigo 102, a teor do inciso e alínea mencionados e das razões do recurso.

6. Com efeito cinge-se o apelo extremo, basicamente, à ofensa à coisa julgada e ao desacordo entre o Acórdão, objeto deste e outros proferidos pela Corte Suprema, colacionados à fls. 116/120 e 124/139.

A matéria foi prequestionada consoante deflui da própria ementa de fl. 90, sendo certo que, *data venia* do entendimento

esposado pela douta Procuradoria, à fl. 148, *in fine*, no que pertine à divergência jurisprudencial, o mesmo embasa-se em acórdão de uma das Turmas do Egrégio Supremo Tribunal Federal, não sendo pacífica, naquela Corte, sua conclusão o dissídio parece ocorrente, em princípio, escabendo seu exame, contudo, em sede de juízo de admissibilidade.

7. Releva observar, ainda, que os fundamentos deste extraordinário entrelaçam-se, eis que ambos resumem-se à contrariedade à coisa julgada.

8. Por tais razões, admito o recurso.

Rio de Janeiro, 13 de março de 1989.”

No Supremo Tribunal Federal, despachou assim o Sr. Ministro Francisco Rezek:

“O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 26 de abril último, ante questão de ordem suscitada no Recurso Extraordinário 118. 451-5 — RJ, considerou a hipótese de recurso extraordinário admitido independentemente de arguição de relevância, onde se tenha suscitado ofensa ao texto da Carta da República, afronta à lei federal e dissídio de jurisprudência.

Ficou entendido que, em tal caso, tem-se o recurso extraordinário como desdobrado, *ipso jure*, em recurso extraordinário — quanto à matéria constitucional — e recurso especial — quanto à matéria infraconstitucional — sem necessidade de desdobramento material desses dois recursos.

Assemelhando o contexto, determino a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, para que julgue a parte que se converteu em recurso especial e, posteriormente, devolva os autos a esta Casa.”

Emitiu parecer o Dr. José Ribamar de Castro Viana, Subprocurador-Geral da República, *verbis*:

“7. Não há falar quer na ocorrência de coisa julgada, quer em sua ofensa.

8. A decisão, que se diz ofendida pelo acórdão rescindendo, foi prolatada nos autos do inventário de bens decorrente de separação judicial e tem por conteúdo a homologação de cálculos elaborados para o fim de pagamento de custas e tributos. Não é, pois, decisão de mérito, mas puramente administrativa ou interlocutória, pelo que não faz coisa julgada.

9. Coisa julgada houvera, o que se admite apenas para argumentar — não existiria conflito entre as duas decisões: a decisão que se diz ofendida homologou cálculos elaborados para o fim

de pagamento de custas e tributos e o acórdão rescindendo determinou se efetivasse o equilíbrio das respectivas meações. Coisas diversas, portanto.

10. Se não há coisa julgada, como demonstrado ficou, não há falar em violação dos preceitos constitucionais e legais invocados.

11. Quanto à discrepância jurisprudencial, também não ocorreu porque as hipóteses confrontadas são totalmente diversas. Os acórdãos referidos pelo recorrente entendem que a sentença prolatada em ação de liquidação por cálculos do contador é sentença de mérito e faz coisa julgada. Já a decisão apontada como violada não foi prolatada em ação de liquidação por cálculos do contador, mas em procedimento puramente administrativo, e tem por conteúdo a simples homologação de cálculos de natureza fiscal, como neles ficou anotado com as expressões: conta de custas, cálculo da taxa judiciária, cálculo do imposto (CF fls. 25 a 27).

12. Em suma, tem-se que não ocorreu nem a violação dos preceitos constitucionais e legais invocados nem a discrepância jurisprudencial apontada.

Em face do exposto, somos por que não se conheça do recurso especial e se determine a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário em sentido estrito.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Srs. Ministros, não conheço do recurso especial. Primeiro, pela falta da argüição de relevância. Sim, da argüição de relevância. Quando interposto, o recurso cabível era o recurso extraordinário, sujeito à disciplina do art. 325 do RegSTF, na redação da Emenda nº 2, que pressupõe, em caso como o destes autos, o reconhecimento da relevância da questão federal, no tocante à matéria infraconstitucional. Se o recurso sobe, como aqui subiu, talvez pela argüição de ofensa à Constituição, tal não exclui a providência ora reclamada, à vista do inciso XI. Em espécies que tais, não se aplicam os princípios das Súmulas 292/STF e 528/STF. É o que penso, *data venia*. Entretanto, desperto a atenção da Turma para o despacho de fl. 183, que releio (relê).

Segundo, por se tratar de acórdão proferido em ação rescisória, sem que o recorrente tenha invocado algum caso de rescindibilidade, especificamente. Quando se cuida de ação rescisória, o recurso excepcional deve ater-se aos pressupostos desta, somente. Vale dizer, o recurso há de vir por afronta, ou por dissídio, aos artigos desta espécie de ação. Ora, na hipótese presente, o recorrente não chamou à baila os arts. 485 a 495 do Cód. de Pr. Civil, mormente o primeiro, onde estão inscritos os casos de rescindibilidade.

Terceiro, acolhendo, como acolho, o parecer da Subprocuradoria-Geral da República. Pois creio que o acórdão recorrido, dando pela improcedência da ação rescisória, não contrariou a lei federal apontada nem entrou em dissídio com os padrões arrolados.

Resumi o acórdão, em sua parte inicial, o pedido do autor, ora recorrente, *verbis*:

“Alega, na inicial, que o aresto não levou em consideração a existência da *res judicata* em relação à sentença que se vê à fl. 13, homologatória de cálculos, exarada no processo de separação consensual de seu casal, contra a qual não foi interposto recurso, preferindo-se, ao invés, ingressar com simples petição em que se requeria novos cálculos, em face do aviltamento dos valores de avaliação; que este extemporâneo pedido foi indeferido no primeiro grau de jurisdição, mas acolhido no segundo, pela V. decisão rescindenda, a merecer desconstituição.”

Depois, respondeu:

“A decisão, por cópia à fl. 13, que se aponta como transitada em julgado, a impedir a solução dada ao Agravo de Instrumento cujo Acórdão, às fls. 40/2, pretendido rescindir, é de simples homologação de cálculos de natureza fiscal, como neles anotado com as expressões ‘conta de custas’, ‘cálculo da taxa judiciária’, ‘cálculo de imposto’ (fls. 25/7).”

.....

“As decisões de fls. 13 e 40/2 tiveram por objeto matéria diversa e pouco importa o fato de, após a primeira, terem sido expedidos os formais de partilha, pois, mesmo extraídos, verificou-se a existência de crédito da ex-mulher, por desiguais os valores dos quinhões, acertado que fora o direito de equilibrá-los, matéria sobre a qual houve desacordo.

Embora, repita-se, hábil a colocação do Autor, no sentido de que, amigável a partilha dos bens lançada no pedido de separação, a homologação do cálculo do imposto constituiria o fecho

do processo especial do inventário, a melhor tese é a sustentada pela Ré, da inoccorrência de preclusão. Em seu favor, ainda que não tenham influência decisiva na solução desta rescisória, trouxe ela dois elementos, a circunstância de não haver o ex-marido impugnado os novos cálculos relativos às diferenças reconhecidas no Acórdão (item 5 da contestação, fl. 58) e a de o doutor Juiz *a quo* haver, em despacho recente, rejeitado, na execução, a preliminar de coisa julgada (item 2, fl. 82).”

Correto o acórdão. O ato judicial de fl. 13 é diverso do de fls. 40/2. Um, homologando tema de ordem fiscal, e o outro, reconhecendo o crédito, pela diferença, *verbis*: “Agora antes de terminar este inventário, vem ela reclamar do ex-marido o complemento da diferença pertinente aos imóveis. E invoca a cláusula 5ª do pacto, que diz: ‘no caso de diferença, haverá mútua compensação’.”

Ante o exposto, como disse, Srs. Ministros, não conheço do recurso especial.

Oportunamente, determino a ida dos autos ao Colendo Supremo Tribunal Federal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro-Relator, aderindo sem reserva aos fundamentos em primeiro e terceiro lugares expostos. Quanto ao segundo, desejo refletir com maior vagar, embora não se ignore que conte com forte embasamento na doutrina e jurisprudência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 1.818 — RJ — (Reg. nº 89131575) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Orlando Neves Pereira. Recorrida: Gislene Figueiredo da Costa e Souza. Advogados: Drs. Vera de Moura Galvão e outros e Henrique Czamarka e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (3ª Turma, 27-03-90).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 1.857 — SP

(Registro nº 89.0013319-5)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *José Carlos Bezerra*

Advogado: *Dr. Orlando Galvielli*

EMENTA: Penal. Pena de multa imposta cumulativamente com pena privativa de liberdade. Prescrição. *Sursis*.

Constituindo-se o *sursis* em modalidade de cumprimento da pena, a prescrição não tem curso durante o período de prova.

O prazo prescricional de dois anos, relativo à pena de multa, só passa a fluir após o cumprimento da pena privativa de liberdade. Inteligência do art. 114, do Código Penal.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso em relação à alínea *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, e, por maioria, conhecer do recurso pela alínea *a*, do mesmo dispositivo, e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Com espeque nas alíneas *a* e *c*, do inciso III, do art. 105, da Constituição, o Ministério Público manifestou recurso especial contra acórdão da e. 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, sob a alegação de que, ao confirmar a decisão do MM. Juiz de Direito das Execuções Criminais que “julgou extinta a punibilidade quanto à pena pecuniária, em razão de ter reconhecido a prescrição da pretensão executória”, negou vigência ao art. 114 do Código Penal e discrepou de julgados de outros Tribunais.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório, Sr. Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Pela letra *c*, do permissivo constitucional, o recurso não merece prosperar. Estando em causa a fluência da prescrição da pretensão executória atinente à pena de multa, durante o período de prova do *sursis*, nenhum dos arestos colacionados refere-se especificamente à pena de multa.

Penso, porém, que assiste razão ao recorrente no que diz com a alegação de negativa de vigência ao art. 114, do Código Penal.

Constituindo-se o *sursis* em modalidade de cumprimento da pena, a prescrição não tem curso durante o período de prova. Trata-se, com efeito, de entendimento pacífico quanto à pena privativa de liberdade, havendo dissenso, todavia, seja em sede doutrinária, seja em sede jurisprudencial, com relação à pena pecuniária, em face do princípio da *actio nata*.

É expressivo, no particular, o acórdão da e. 5ª Turma deste Tribunal no Recurso Especial 1.740 — SP, da lavra do eminente Ministro Edson Vidigal, assim exteriorizado:

“Processual Penal. *Sursis*. Prescrição. Pena de multa. Início da contagem.

Conta-se a partir do momento inicial do poder-dever de punir que detém o Estado, ou seja, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Anote-se que se trata de decisão tomada por maioria de votos, ficando vencido o eminente Ministro Assis Toledo.

Mas, a despeito de a suspensão condicional da pena não se estender à multa, como deflui do art. 80, do Código Penal, que se torna exigível com o trânsito em julgado de sentença condenatória, na conformidade dos dispositivos pertinentes do Código Penal e da Lei de Execução Penal, estou em que não cabe cogitar da aplicação do princípio da *actio nata*, quando a pena de multa é aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade.

Isso porque a prescrição, em matéria penal, é inteiramente regulada no Título VIII, da Parte Geral do Código Penal, cuidando o art. 114, de modo expresso, da concernente à pena de multa, nestes termos:

“Art. 114. A prescrição opera-se em dois anos quando a pena de multa é a única cominada, foi a única aplicada *ou é a que ainda não foi cumprida*.” (grifei).

Segue-se que, uma vez imposta a multa cumulativamente com a pena privativa de liberdade, o prazo prescricional de dois anos só passa a fluir após o cumprimento desta, o que é lógico e guarda coerência com o sistema do Código, pois se as penas mais leves prescrevem com as mais graves, na dicção do art. 118, não é de admitir-se que se opere a prescrição da multa antes de cumprida a pena privativa de liberdade.

Na precisa observação de Raimundo Macedo (“Da Extinção de Punibilidade”, ed. Forense, pág. 143), “para que ocorra prescrição no caso de ser a multa imposta ao lado de outra pena, faz-se mister que esta outra tenha sido cumprida, pois que, do contrário, se dá a absorção do prazo prescricional da pena de multa pelo da prisão simples, detenção, ou reclusão, que se consideram mais graves, e a prescrição se verificará no prazo estabelecido para qualquer destas, conforme a hipótese (art. 118)”.

No mesmo diapasão, destaca-se o magistério de Antônio Rodrigues Porto (“Da Prescrição Penal”, ed. Forense, pág. 89), *verbis*:

“... a prescrição particular da multa, em dois anos, só tem curso depois de cumprida a pena detentiva (pela prisão, livramento condicional ou suspensão condicional). Assim, o fato de não ter sido providenciada a cobrança enquanto o condenado cumpria a pena privativa de liberdade (ou estava solto condicionalmente) não influi na prescrição.”

Do quanto exposto, Sr. Presidente, não conheço do recurso pela letra *c*, do permissivo constitucional. Dele conhecendo pela letra *a*, dou-lhe provimento, para cassar o r. acórdão hostilizado e afastar, em consequência, o reconhecimento da prescrição da pena pecuniária imposta ao recorrido.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, vou pedir vênua ao eminente Ministro Relator para dissentir de S. Exa., porque entendo que, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, nasce para o Estado a ação para cobrar a multa que foi aplicada, mesmo que ela tenha sido aplicada concomitantemente com outra pena. Porque então se vai deixar sem correr a prescrição, até que se cumpra a pena corporal, se para a cobrança da multa o *sursis* não se aplica? Como então vamos dizer que podendo o Estado executar imediatamente, deixando-o de fazer por mais de dois anos, essa pena não prescreveu.

Prefiro ficar com a decisão da 5ª Turma, não conhecendo do recurso especial.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Pedi vista dos autos para um exame mais profundo do tema em divergência. São ponderáveis, de parte a parte, os argumentos doutrinários de quantos se dão à tarefa de interpretar o texto do art. 114 do Código Penal.

No despacho agravado, o MM. Juiz decretou a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória da pena pecuniária atribuída ao sentenciado.

Inconformado, por adotar pensamento contrário, quanto à oportunidade da prescrição, o Ministério Público agravou do despacho tendo por base a lição de Damásio E. de Jesus, resumida nesta passagem de sua monografia “Prescrição Penal”, ed. 1987, Ed. Saraiva, pág. 96:

“Não corre o prazo prescricional da pretensão executória, no tocante à multa durante o período de *sursis* e do Livramento Condicional. Assim se o sujeito cumpre o período de prova de um ou de outro sem revogação e sem haver pago a multa, o biênio só tem início na data em que termina o prazo de vigência do benefício. É a interpretação que se extrai do § 2º, do art. 50 do Código Penal.”

Mais adiante, em apoio a esta tese, vem o ilustrado órgão da Procuradoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo sustentar:

“O douto magistrado, *data venia*, erroneamente, invocou o art. 112, I, CP, para declarar extinta a punibilidade do agravado. Olvidou-se, *data venia*, do teor imperativo da norma inscrita no artigo 114 do CP, que em sua última parte é no sentido de determinar a prescrição em dois anos, quando a pena de multa não foi ainda cumprida. Ora, no caso dos autos, o réu estava cumprindo a pena privativa de liberdade, embora suspensa condicionalmente esta. Assim, por força do r. dispositivo penal, somente após o cumprimento da pena privativa de liberdade, que se formaliza com o decreto da extinção da punibilidade pelo cumprimento do *sursis* é que começa o prazo prescricional de dois anos para o cumprimento da pena de multa. O dispositivo em questão é muito claro e, admira-me que possa haver opiniões em contrário.”

Já nas razões do Recurso Especial, o Ministério Público, refutando a posição contrária da egrégia 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, é explícito ao considerar:

“A decisão colegiada, indiscutivelmente, recusou vigência aos artigos 114 e 117, V, do Código Penal, distanciando-se,

ademais, de julgados proferidos pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo colendo Supremo Tribunal Federal.

2. Como se procurou demonstrar na petição do recurso, à luz dos escólios de respeitáveis penalista, enquanto não esgotado o período de prova do *sursis* não se inicia o prazo da prescrição da pretensão executória da sanção pecuniária aplicada juntamente com a pena carcerária. Esse o magistério de Antonio Rodrigues Porto, Aloysio de Carvalho Filho, Damásio E. de Jesus, Hugo Auler, Basileu Garcia e Sebastião Oscar Feltrin, invocados quando da interposição, de quem não divergem Raimundo Macedo (“Da Extinção da Punibilidade”, Forense, 1946, pág. 140), Chrysolito de Gusmão (“Da Suspensão Condicional da Pena”, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1926, pág. 195) e José Frederico Marques. Este último, em seu pareciado “Curso de Direito Penal”, orienta:

“Durante a prisão, não há que falar em curso da prescrição, pois o Estado se encontra exercendo sua atividade punitiva. O mesmo se diga do tempo de suspensão condicional, da execução da pena e do tempo de cumprimento do livramento condicional, em que, apesar de o fazer através de formas substitutivas, o Estado não deixa de estar exercendo sua função repressora e sancionadora” (“Curso de Direito Penal”, Saraiva, 1956, vol. III, pág. 422).

Mais recentemente, Júlio Fabbrini Mirabete externa idêntico ponto de vista, lembrando que, embora o Código Penal não contenha dispositivo expresse a respeito, “durante a suspensão condicional da pena não tem curso a prescrição da pretensão executória. Nesse período, está suspenso o poder de execução do Estado, que não pode, assim, ser atacado pela prescrição” (“Manual de Direito Penal” Atlas, 3ª Ed., 1989, Parte Geral, vol. I, pág. 410).

É que, sem qualquer dúvida, o *sursis* constitui forma de execução da pena.

Aliás, Miguel Reale Júnior, Rene Ariel Dotti, Ricardo Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo entendem que o *sursis* encerra autêntica pena restrita de direitos, não se tratando, assim, de mero benefício ou mesmo de um direito do réu. Grifam que a essência, claramente sancionatória, da suspensão condicional, como evidente restrição de direitos, vem indicada pela Lei de Execução Penal, que a retirou dos incidentes da execução e a

incluiu no Título concernente à execução das penas em espécie (“Penas e Medidas de Segurança no Novo Código”, Forense, 1985, pág. 211).

3. Por outro lado, o acórdão recorrido dissente, no tema, do entendimento fixado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado e pela Colenda Suprema-Corte. Além dos arestos indicados como paradigma na petição do recurso, recentissimamente decidiu o primeiro Pretório:

“Aplicadas cumulativamente sanções corporal e pecuniária, enquanto não cumprida aquela ou expirado o prazo de sua suspensão condicional, com a declaração de sua extinção, nos termos do art. 82 do CP, não há como cogitar de prescrição da pretensão executória da multa” (Agravo 67.117-3 — São Paulo — 3ª Câmara Criminal — Des. Cunha Camargo, RT 635:364).

“A prescrição da pena de multa aplicada cumulativamente com reprimenda corporal só tem curso depois de cumprida esta pela prisão, livramento condicional ou suspensão condicional. O fato de não ter sido providenciada a cobrança enquanto o condenado cumpria pena privativa de liberdade (ou estava solto condicionalmente) não influi na prescrição da multa” (Agravo 65.364-3 — São Paulo — 1ª Câmara Criminal — Des. Jarbas Mazzoni — j. 12-12-88 — RT 638:280).

O Estado Pretório, por seu turno, assentou que “... no período de duração do *sursis* ou naquele em que o benefício está prorrogando, não corre prazo para efeito de prescrição da pena...” (RHC 50.781 — SP — 1ª T. — Ministro Djaci Falcão — RTJ 70:648).”

Fixada a tese do recurso, à qual aderiu o Ministério Público Federal, transcrevo a decisão do egrégio Tribunal *a quo*, ao acolher as razões do despacho agravado:

“É a suspensão condicional da pena medida jurisdicional que determina o sobrestamento da pena, preenchidos sejam certos pressuposto legais e mediante determinadas condições impostas pelo juiz Manzini define-a como “uma decisão jurisdicional, com a qual o juiz, ao mesmo tempo que declara a culpabilidade e inflinge a pena (reconhecendo, assim, o poder de punir do Estado, no caso individual, concede ao condenado, de quem pode presumir a resipiscência, aquelas possibilidades jurídicas, com cujo êxito se atuará a renúncia do Estado, ao poder de realizar a própria pretensão punitiva, renúncia feita legislativa e preventivamente, mas subordinada a uma escolha limitada do juiz e à verificação

de determinadas condições exigidas pela lei ou oponíveis pelo Estado” (E. Magalhães Noronha, “Direito Penal”, 1º Vol., ed. Saraiva, 24ª Ed., págs. 269 e 270).

“A suspensão, por primeiro, somente é aplicável à pena privativa de liberdade, como deixa claro o artigo 80 do Código Penal” (obra citada, pág. 271). Na verdade, o mencionado dispositivo legal determina que “a suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa.”

Verifica-se, portanto, que concedido o *sursis*, fica suspensa apenas e tão-somente a pena privativa de liberdade, nos expressos termos do art. 77, c.c. o art. 80, ambos do Código Penal.

E, transitada em julgado a sentença condenatória, transforma-se esta em título executivo, tanto para a pena privativa de liberdade, como para a sanção pecuniária e, também, para as penas restritivas de direito. Suspensa a execução da pena privativa de liberdade, as demais podem ser executadas.

Dispõe o art. 50 do Código Penal que “a multa deve ser paga dentro de dez dias depois de transitada em julgado a sentença”, sendo que “a cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quanto” ... “concedida a suspensão condicional da pena” (letra c do § 1º do art. 50 do Código Penal), norma essa regulamentada pelo art. 168 da Lei de Execução Penal.

Ora, se a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado vale como título executivo judicial para a cobrança da multa (art. 164 da Lei de Execução Penal) e se a concessão do *sursis* não se estende à sanção pecuniária, é de entender-se que o prazo prescricional da pretensão executória multa começa a fluir a partir da mesma data. Não é admissível que a execução possa ser iniciada, suspendendo-se o prazo prescricional, visto que prescrição e execução se constituem no direito e avesso da mesma realidade (fixação de prazo para cumprimento da pena).

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.”

A decisão foi tomada por maioria da Câmara, restando vencido o ilustre Desembargador Geraldo Lucena, em cujo voto cassava “a prescrição da pretensão executória atinente a multa imposta ao recorrido”.

Antes de definir a minha posição, esclareço que o recorrido, José Carlos Bezerra, foi condenado a dois anos de reclusão e ao pagamento de dez dias-multa. Não houve recurso da sentença condenatória. Foi-lhe deferido o *sursis*, pelo prazo de dois (2) anos, cumprido regularmente.

Terminado o período de prova, recorde-se, o Juiz julgou extinta a pena de multa, pela prescrição da pretensão executória.

É exclusivamente sob esse ângulo, a apreciação que faço nesta oportunidade. Não envolverei os aspectos relativos à prescrição, antes de transitar em julgado a condenação, porque não interessa ao debate.

O art. 114, do Código Penal, envolve duas proposições: na primeira, a pena de multa é a única imposta; na segunda, ela é aplicada, cumulativamente, com a pena privativa de liberdade. A primeira hipótese não oferece dificuldade. A pena pecuniária tem o prazo prescricional de dois anos, que começa a correr do trânsito em julgado para a acusação. Evidente que se não houver recurso do Ministério Público, já o prazo começa a fluir, a despeito da apelação manifestada pelo réu, se for o caso.

A hipótese dos autos, portanto, constitui a segunda parte do dispositivo em exame, desde que o réu foi condenado nos dois tipos de punição, sem recurso das partes. Observe-se que, deferida a suspensão condicional da pena, estava interrompida a prescrição da pena carcerária e da multa. Na fase de execução não corre o prazo prescricional. Mas, nesse instante, embora suspensos ambos os castigos, o Ministério Público poderá, enquanto estiver sendo executada a pena carcerária, cobrar a multa “mediante desconto na remuneração do condenado”, é o que afirma o art. 170, *caput*, da Lei nº 7.210, de 11-07-84.

Evidente que os arts. 50, do Código Penal, e 164, da Lei nº 7.210, de 11-7-84, só têm aplicação à hipótese de ser a pena de multa a única aplicada (1ª parte do art. 114 do Código Penal).

Ao contrário do que aqui acontece, quando há cumulação do castigo, o certo é, a despeito da faculdade atrás considerada, a pena de multa só deve ser cobrada já concluída a execução da pena privativa de liberdade, esteja ela substituída pelo *sursis* ou pelo livramento condicional.

Fora de dúvida o prazo inicial da prescrição.

Essa é a conclusão a que se pode chegar, com a leitura dos dois parágrafos:

“ § 1º — Se o condenado cumprir a pena privativa de liberdade ou obtiver livramento condicional, sem haver resgatado a multa, far-se-á cobrança nos termos deste capítulo.

§ 2º — Aplicar-se-á o disposto no § anterior aos casos em que for concedido a suspensão condicional da pena.”

Observe-se que a hipótese dos autos é exatamente a descrita no § 2º, acima transcrito. Vê-se, à fl. 42, que o Ministério Público, depois de afirmar que aguardava o decurso do *sursis*, vencido este, requereu fosse o sentenciado

intimado para pagar a multa, voltando a insistir no pedido, à fl. 49, que foi indeferido pelo Juiz, com o decreto de prescrição da multa.

Diante da clareza no texto da lei específica (Lei nº 7.210, de 11-07-84), na vigência da qual correu o processo, não é possível perdurar a controvérsia, que tem por base dispositivos do Código Penal, agora submetidos à orientação da lei formal.

É verdade que em alguns casos a prescrição vai demorar ocorrer, em oposição à regra do art. 114, do Código Penal, que limitou a prescrição em 2 (dois) anos. Mas esse aspecto não chega a impressionar, uma vez que outros códigos dilatam esse prazo para 10 (dez) anos, como é o caso do Código Penal Italiano.

Com esses fundamentos, acolho a tese do recorrente, no sentido de que a prescrição da multa aplicada em conjunto com a pena carcerária, só começa a fluir após o cumprimento desta última, ou concluído o período de prova dos institutos da suspensão condicional do livramento condicional da pena. Chegando-se a este ponto, torna-se compreensível a expressão final do art. 114, *ou é a única que ainda não foi cumprida*. Isto porque, neste instante, o juiz decreta a extinção da pena privativa de liberdade pela sua execução, restando a pena pecuniária que não foi ainda cumprida, e que vai prescrever em dois anos. A data inicial deste prazo é a data de cumprimento da pena privativa de liberdade, em qualquer das formas indicadas no art. 170, e § 1º e 2º, da Lei nº 7.210, de 11-07-84.

Toda a jurisprudência constituída antes de 1984, contrária a esse entendimento, está vencida pela Lei de Execução Penal, não devendo mais ser trazida ao debate. De igual modo, a doutrina assinada pelos penalistas que examinaram o tema antes do aparecimento do nosso Código de Execução Penal.

Jurisprudência mais recente, afinada com a indicação da lei específica, pode ser transcrita.

“Constituindo o início do cumprimento da pena circunstância interruptiva da prescrição, e sendo o réu condenado cumulativamente, a pena carcerária e pecuniária o curso da prescrição da última, quanto ao réu que venha a cumprir pena reclusiva, só recomeça a correr quando a multa se torna a penalidade que resta por cumprir” (Tacrím — SP — HC — Jutacrím 35/124).

“Decorrido tempo superior a dois anos do cumprimento da pena corporal, a multa também imposta ao condenado não mais se executa por estar prescrita, *ex vi* do art. 114 do Código Penal” (Tacrím — SP — HC — RT 505/372).

Com estes fundamentos, conheço e dou provimento ao recurso pela alínea *a*, inc. III, art. 105, da Carta Magna, para cassar o acórdão recorrido, e eliminar a prescrição da pena pecuniária ali reconhecida.

Não conheço do recurso pela letra *c*.

Acompanho, assim, o eminente Relator.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.857 — SP — (Reg. nº 89.0013319-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: José Carlos Bezerra. Advogado: Dr. Orlando Calvielli.

Decisão: Prosseguindo-se o julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso em relação à alínea *c* do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal. Por maioria, conheceu do recurso pela alínea *a* do mesmo dispositivo, e lhe deu provimento. Vencido o Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade (6ª Turma — 06-11-90).

Votaram os Exmos. Srs. Ministros William Patterson e José Cândido. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.931 — RS

(Registro nº 90.0000204-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Citibank N.A.*

Recorrido: *Jandyr Schau de Araújo*

Advogados: *Drs. José Luiz de Lacerda e outros, André Frederico Noé e outro*

EMENTA: Processual Civil. Cálculo homologado. Aceitação da decisão. Desinteresse em recorrer.

I — Efetivação do depósito, sem ressalva, quando intimada da homologação do cálculo, caracteriza a aceitação tácita do resultado da decisão.

II — Implica na renúncia do direito de recorrer a atitude do executado que na fase preparatória da execução, vale di-

zer, na homologação do cálculo, deposita o valor da condenação.

III — Recurso não conhecido, por não caracterizada a violação do art. 503 do CPC e por não comprovado o dissídio jurisprudencial.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuida-se de recurso extraordinário interposto por Citibank N.A., fundamentado no art. 119, III, letras *a* e *d* da CF/69, contra acórdão publicado em 06-09-88, proferido em agravo de instrumento, de fls. 131/138, vol. 1, nos autos de execução de sentença promovida por Jandyr Schau de Araújo (ora recorrido) contra aquele Banco, relativamente à cobrança de honorários, por isso que, como afirmou o próprio Estabelecimento de Crédito, obedecendo à citação do então autor-exequente, quando da homologação do cálculo, depositara a quantia reclamada, interpondo, a seguir, apelação, pretendendo que a correção monetária incidisse a partir da sentença e não do ajuizamento da ação. Insurgindo-se contra esse entendimento, Jandyr Schau de Araújo, do despacho que acolheu a apelação, agravou de instrumento (fls. 131/137-vol. 1), sustentando que, efetivado o depósito, o Banco devedor já não teria mais interesse em recorrer, ao teor do disposto no art. 503 do CPC e é por esse motivo que, no entender do ora recorrente, o acórdão recorrido de fl. 131 (agravo de instrumento), embargado pelo de fls. 151/154 (publicado no DJ 03-11-88), violara o art. 503 *caput* do CPC; dissentira do aresto que aponta à fl. 166. Relativamente, ainda, ao mesmo, argüira a relevância da questão Federal.

Em obediência ao art. 328 do RISTF e por despacho de fl. 188 do Eminentíssimo Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mandou-se processar a relevância da questão federal, consoante os termos

das alíneas *a* e *d* de CF/69, bem como o inciso XI do art. 325 do referido RI e por despacho de fl. 190 do Eminentíssimo Primeiro Vice-Presidente em exercício do referido Tribunal de origem, entendendo prejudicada a relevância da questão federal com a instalação do STJ, para este encaminhou o recurso *ipso jure* convertido em Especial, na parte que remanesce em matéria infraconstitucional.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O recorrente Citibank N.A., ao insurgir-se no seu Especial contra o acórdão de fl. 131, o fez por entender que, quando intimado da homologação do cálculo com vistas à execução da sentença, o depósito efetivado não induz sua equiescência à condenação e, pois, desinteresse em recorrer como entendeu o aresto de que se cogita.

Todavia, evidenciam os autos que a razão está com o acórdão recorrido, eis que, homologado o cálculo e intimado para impugná-lo ou não, o que fez o recorrente? Ofereceu o valor da condenação. Este fato, por si só, confirma seu propósito de aceitar o valor do cálculo homologado, quando sabido que esta fase ainda é preparatória da execução.

Mas não só por tal fato se impõe concluir pela aceitação do *quantum*, senão porque este também não foi pelo recorrente impugnado, quando instado a se manifestar sobre o cálculo e, notadamente, ainda, porque teve o depósito caráter de pagamento, pois assim oferecido, expressamente (fl. 38, 1^a vol.), pelo devedor, sem qualquer ressalva, nesse ponto, como anotado pelo eminente relator do Acórdão — Des. Furtado Fabrício — ao sustentar ter ocorrido aquiescência tácita da parte, prevista no art. 503 § único do CPC decorrendo daí incompatibilidade com o propósito de apelar da decisão (fls. 134/137).

A melhor doutrina que, aliás, é a citada pelo próprio recorrente corrobora essa conclusão a que se chega. Tal é a que, neste aspecto, leciona Barbosa Moreira, quando diz que “Contempla o art. 503 duas modalidades de aceitação: a expressa e a tácita. Aquela há de manifestar-se, em regra, por escrito, podendo todavia exteriorizar-se verbalmente — v.g., na própria audiência de instrução e julgamento, logo após a prolação da sentença. Consiste a aceitação tácita na “prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer” (art. 503, parágrafo único): por exemplo, o pedido de prazo para cumprir a condenação, ou o cumprimento espontâneo de sentença ainda não exequível” (José Carlos Barbosa Moreira — O novo Processo Civil Brasileiro, Forense, Rio de Janeiro, 1983).

Face ao expendido e relativamente à letra *a* (negativa de vigência do art. 503 do CPC), o acórdão impugnado manifesta-se incensurável, pois bem aplicou o direito à espécie.

Com relação à divergência jurisprudencial, o recorrente aponta, à fl. 166, acórdão oriundo do Pretório Excelso, pretendendo que este discrepa do aresto recorrido, mas, na verdade, dele nada se pode aferir para a análise de que se cuida, pois o trecho transcrito está assim assentado: “O art. 503 do Código de Processo Civil dispõe que a parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. E seu parágrafo único considera aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de ato incompatível com a vontade de recorrer.

A aceitação ou aquiescência, quanto tácita, há de inferir de fatos inequívocos e inconciliáveis com a impugnação da decisão. É o que observa o Prof. J.C. Barbosa Moreira (Comentário ao Código de Processo Civil, Forense, V. 328). Na dúvida, registra Sergio Bermudes, lembrando lição de Chiovenda, deve-se entender que aquiescência não houve (Comentários ao Código de Processo Civil, Revista dos Tribunais, VII/84) (RTJ, 81/994)”.

Vê-se que os termos da transcrição consistem tão-somente em assinalar comentários ao art. 503 do CPC, do qual não discrepa, a aplicação que lhe deu o Acórdão recorrido.

Por tais fundamentos, não conheço do Especial, por não caracterizadas as hipóteses das letras *a* e *c* do art. 105, III, do permissivo constitucional.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, conheço a tese sumulada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, a respeito dos efeitos preclusivos da ausência de impugnação do cálculo, salientada pela Douta Subprocuradoria-Geral da República em sua intervenção. Entretanto, prefiro deixar o assunto para reexame em outra oportunidade.

No momento, estando comprovado o depósito para pagamento da quantia executada, sem ressalva quanto a condenação na verba honorária, de acordo com o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator, satisfaço-me com essa premissa e acompanhamento, integralmente, as conclusões de seu voto, também não conhecendo do recurso.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, como bem lembrado pelo Sr. Subprocurador-geral da República, o Tribunal Federal de

Recursos teve a Súmula nº 188, com essa redação: “Na liquidação por cálculo do contador, a apelação da sentença homologatória ressente-se do pressuposto de admissibilidade, quando o apelante não tenha oferecido oportuna impugnação”. Serve de referência ao verbete exatamente a norma em questão. Concluo, assim, por razoável, pelo menos, a interpretação do acórdão ora recorrido, embora a repete a melhor.

De acordo com o voto do Sr. Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.931 — RS — (Reg. nº 90.00002044) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recorrente: Citibank N.A. Recorrido: Jandyr Schau de Araújo.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial (Em 13-3-90 — 3ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro votaram com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.039 — RJ

(Registro nº 90.007445)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Recorrente: *Claudemir Gonçalves de Oliveira*

Recorrido: *Instituto Nacional de Previdência Social*

Advogados: *Dr. Wellington Berthoux e outro, Dra. Ruth Abitibol e outros*

EMENTA: Administrativo. Previdenciário. Acidente de trabalho. Auxílio-Suplementar. Lei nº 6.367, de 10-10-76, art. 9º.

Encontrando-se devidamente comprovado que do acidente resultou seqüela definitiva, a exigir maior esforço do acidentado, no desempenho de suas tarefas, faz ele jus ao auxílio-suplementar previsto no dispositivo legal acima mencionado, cuja aplicação não pode ser restringida pelo respectivo regulamento (Decreto nº 79.037/76, Anexo III, Quadro nº 2) que, no caso de surdez, estabeleceu gradação, em termos de decibéis.

O acórdão recorrido, ao acolher o regulamento, contrariou a lei, não podendo prevalecer.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de março de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Claudemir Gonçalves de Oliveira, invocando o art. 105, III, *a e c*, da CF/88, interpôs recurso especial contra acórdão do Egrégio Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, que, reformando a sentença, julgou improcedente ação acidentária por ele movida contra o INPS.

Disse haver a *v.* decisão negado vigência ao art. 9º, da Lei nº 6.367/76, quando entendeu descabido o auxílio-complementar postulado, em razão de a doença não se achar relacionada no anexo III do Decreto nº 79.037/76, relação essa que, a seu ver, é meramente exemplificativa, cabendo o benefício sempre que resultar demonstrada a redução da capacidade de trabalho, de molde a exigir maior esforço do acidentado, na realização das suas tarefas laborais, como ocorre no presente caso.

Aduziu haver o julgado colidido com jurisprudência assente de outros Tribunais, inclusive do S.T.F.

O órgão do Ministério Público opinou pelo desprovimento.

O recurso foi recebido tão-somente pela letra *a*, sem agravo.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Administrativo. Previdenciário. Acidente de trabalho. Auxílio-Suplementar. Lei nº 6.367, de 19-10-76, art. 9º.

Encontrando-se devidamente comprovado que do acidente resultou seqüela definitiva, a exigir maior esforço do acidentado, no desempenho de suas tarefas, faz ele jus ao auxílio-suplementar previsto no dispositivo legal acima mencionado, cuja aplicação não pode ser restringida pelo respectivo regulamento (Decreto nº 79.037/76, Anexo III, Quadro nº 2) que, no caso de surdez, estabeleceu gradação, em termos de decibéis.

O acórdão recorrido, ao acolher o regulamento, contrariou a lei, não podendo prevalecer.

Recurso provido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A sentença, para julgar procedente o pedido, acolheu o laudo do perito judicial que concluiu, fundamentalmente, pela existência de seqüela indenizável, frisando que o acidente provocou redução da capacidade auditiva do autor, exigindo-lhe, em conseqüência, maior esforço na execução do trabalho.

De sua parte, o acórdão não refutou o resultado do exame pericial, mas negou o auxílio-suplementar, à consideração única de que a hipoacusia bilateral, de que é portador o autor, não atinge nível acima de 50 decibéis, pelo que não é indenizável.

A Lei nº 6.367/76 declara, no art. 9º, que:

“O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como seqüelas definitivas, perdas anatômicas ou redução da capacidade funcional, constantes de relação previamente elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), as quais, embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, demandem, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal que corresponderá a 20% (vinte por cento) do valor de que trata o inciso II do art. 5º desta lei, observado o disposto no § 4º do mesmo artigo.

Parágrafo único — Esse benefício cessará com a aposentadoria do acidentado e seu valor não será incluído no cálculo de pensão.”

Com efeito, para fazer jus ao benefício em tela, o acidentado deve preencher três requisitos: *primo*, que a seqüela resulte na redução da capacidade funcional; *secundo*, que implique maior esforço na realização do trabalho; *tertio*, que, de regra, conste de relação previamente elaborada pelo MPAS. Diz-se de regra, porque, segundo entendimento do STF, esposado no RE nº

93.177 — RS, in RTJ 100/1.290, cabe sempre ao Poder Judiciário a caracterização do acidente indenizável, subsumível no conceito legal, mesmo não-catalogado em Regulamento, por não ter força exaustiva.

Pelo que se extrai das decisões das instâncias ordinárias, não há dúvida de que as duas primeiras condições o acidentado as preenche.

E quanto à terceira, a resposta é afirmativa, pois a situação do autor se encontra catalogada no Decreto nº 79.037/76, Anexo III, Quadro nº 2 (aparelho auditivo) onde porém, se exige que a redução auditiva seja pelo menos em grau médio, vale dizer, a que vai de 51 a 70 decibéis.

É fácil de ver, pelo exposto, que o acórdão negou vigência ao art. 9º da Lei nº 6.367/76, quando acatou exigência criada por decreto, que, a pretexto de regulamentar a lei, no particular, restringiu suas disposições, incidindo, pois, em ilegalidade.

Para reforçar esse entendimento, lembro o REsp nº 1.398 — RJ, da lavra do eminente Ministro Mário Veloso, que, em caso rigorosamente igual, assim decidiu:

“Administrativo. Previdenciário. Acidente de trabalho. Sequelas definitivas. Redução da capacidade funcional. Auxílio mensal. Lei nº 6.367, de 19-10-76, art. 9º. Decreto nº 79.037, de 24-12-76, Anexo VII, Quadro nº 2; Decreto nº 83.080, de 24-01-79, Anexo VII, Quadro nº 2.

I — Se a seqüela definitiva consta da relação regulamentar e se a prova médico-pericial é no sentido de que essa seqüela exige do acidentado maior esforço na realização do trabalho, tem-se a ocorrência do fato gerador do auxílio-mensal. Lei nº 6.367, de 1976, artigo 9º. Os limites, em termos de decibéis, constantes do regulamento, constituem um *plus*, ou um requisito a mais, a macular o ato normativo secundário, que não poderia ir além da lei, já que o regulamento, no sistema constitucional brasileiro, é sempre de execução (Constituição, art. 84, IV).

II — O acórdão recorrido, acolhendo os limites do regulamento, contrariou a lei, o art. 9º da Lei nº 6.367/76.

III — Recurso Especial conhecido e provido.”

No que tange à alínea *d*, o recorrente não logrou demonstrar a divergência jurisprudencial, nos termos do art. 255, parágrafo único, do Regimento Interno.

Destarte, conheço do recurso, pela letra *a*, e lhe dou provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, há vários argumentos, como bem demonstrou V. Exa. Ressalte-se que se se entendesse que a relação das seqüelas fosse exaustiva, criar-se-ia uma injustiça material. O progresso da ciência poderá caracterizar uma moléstia até então desconhecida. Além do mais, como a integridade física é um bem jurídico indisponível, ele há de ser indenizado.

Acompanho o eminente Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 2.039 — RJ — (Reg. nº 90.007445) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão. Recorrente: Claudemir Gonçalves de Oliveira. Recorrido: Instituto Nacional de Previdência Social. Advogados: Dr. Wellington Berthoux e outro e Dra. Ruth Abitibol e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (Em 28-03-90 — 2ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 2.049 — RJ

(Registro nº 90.804-2)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Dalvênio Torres Motta*

Advogados: *Drª Alcyone Vieira Pinto Barretto e outro*

EMENTA: Penal. Crime contra a honra. Ofensa irrogada por advogado, em juízo, contra promotor atuando como curador em processo cível.

Retratação. Inviabilidade na ação penal pública.

Imunidade judiciária. Não incide a norma do art. 142, I, do CP, quando a ofensa é endereçada a Promotor que atua no processo como *custos legis*, não como parte.

Recurso especial conhecido e provido para restabelecer sentença condenatória.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de junho de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O advogado Dalvênio Torres Motta foi denunciado por ofensa à honra da Curadora de Acidentes em exercício na 2ª Vara de Acidentes do Trabalho do Rio de Janeiro. Segundo a denúncia, em petição juntada aos autos, o acusado endereçou as seguintes expressões à referida Curadora:

“... não é a primeira vez que ela deixa de ser fiscal da lei para tornar-se, por motivos que desconhecemos, advogada do INPS (...)”

“... fazendo requerimentos extemporâneos, impertinentes a favor da autarquia (...)”

“... com o fim exclusivo (...) de procrastinar o feito e achar um meio de impedir o acidentado de receber o que lhe é devido (...)”

“... nunca a vimos levantar sua voz em defesa do acidentado, é sempre contra, sempre procura ou acha um meio de prejudicá-lo (...)”

“... denegrindo com isso o bom nome da Instituição a que serve.”

“... promoções tendenciosas e parciais com a de fl. 63 anverso.”

(Fl. 03).

Condenado em primeira instância, por difamação (art. 139 c/c 141, II, do CP), a 5 meses e 10 dias de detenção e multa (fl. 88), em 26-07-88, veio a ser absolvido, em grau de apelação, em 22-05-89, por acórdão do Tribunal de Alçada Criminal (fls. 142/145), que:

a) considerou válida e tempestiva a retratação feita pelo acusado “ antes da sentença definitiva”

b) considerou aplicável ao caso a imunidade penal do art. 142, I, do CP, equiparando o Curador a representante da parte, no processo, idêntica a do advogado (fl. 145).

Inconformado, ingressou o Ministério Público com recurso especial, pelas letras *a* e *c*, apontando como violados os arts. 142, I, 143 e 145, parágrafo único, c/c 102, todos do Código Penal, e indicando como divergentes julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo e do Supremo Tribunal.

Admitido o recurso (fls. 183/184), subiram os autos com as razões das partes.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, opina pelo conhecimento e provimento salientando:

“Em abono do meu ponto de vista, trago à colação, ainda, a anotação de Damásio E. de Jesus, no sentido de que:

‘Ação penal. A retratação só é cabível quando se trata de ação penal privada uma vez que o dispositivo fala em “querelado”, réu na ação penal privativa do ofendido. Nesse sentido: RT 590:449. Não cabe na condicionada à representação: RTJ, 108:586 e 87:584; RT, 523:419’ (Anotação ao art. 143 in Código Penal Anotado, pág. 386, Damásio E. de Jesus, Saraiva).

8. De outra parte, não se beneficia o recorrente da imunidade judiciária, eis que a ofensa foi irrogada contra Representante do Ministério Público, que atuava não como parte, mas como fiscal da lei:

‘Recurso de *Habeas Corpus* nº 65.308 — PR.

Relator: O Sr. Ministro Sydney Sanches.

Recorrente: Dirceu Frederico

Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Paraná.

Imunidade Judiciária (art. 142, I, do CP).

Não opera essa excludente de criminalidade, quando se trata de ofensa praticada por Advogado de uma das partes contra o Representante do Ministério Público, este atuando em processo cível como *custos legis*. Precedentes. Hipótese em que se alega, além dessa imunidade judiciária, inépcia da denúncia, atipicidade da conduta do denunciado, falta de justa causa para a ação penal (por ausente a intenção de ofender). Alegações repelidas no caso. *Habeas Corpus* indeferido' (RTJ, 122/1013).

O parecer, nestas condições é pelo total conhecimento e provimento do recurso, restabelecendo-se a condenação de 1º grau (fls. 85/9 dos autos).”

(Fls. 197/198).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Penal. Crime contra a honra. Ofensa irrogada por advogado, em juízo, contra promotor atuando como curador em processo cível.

Retratação. Inviabilidade na ação penal pública.

Imunidade judiciária. Não incide a norma do art. 142, I, do CP, quando a ofensa é endereçada a Promotor que atua no processo como *custos legis*, não como parte.

Recurso especial conhecido e provido para restabelecer sentença condenatória.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): São dois os fundamentos do acórdão (possibilidade de retratação em crime de ação pública e aplicação da imunidade penal quanto a ofensa endereçada a Curador em processo cível).

O recurso ataca esses dois fundamentos e traz à colação acórdãos de outros Tribunais frontalmente divergentes, a saber: HC 61.303, STF, RTJ 108/586, não admitindo, no voto do Relator (pág. 588), a retratação em ação penal pública; RHC 476.129-7, JTACrSP, LEX 93/334, não admitindo a imunidade quando a ofensa seja endereçada a Promotor atuando como *custos legis*.

Comprovada a divergência, conheço do recurso pela letra c.

Passando ao exame do mérito, penso que a razão está com o recorrente.

Conforme salientou o Ministro Rafael Mayer no acórdão trazido à colação:

“... razão mais abrangente para que não se tenha por viável a retratação é que a pretensão punitiva é veiculada mediante ação pública, e o é porque as ofensas atingem um agente público, ultrapassando a esfera privada para interessar à integridade dos órgãos estatais, no exercício de suas funções. Assim, o suposto do art. 143, do Código Penal é o de sua aplicabilidade restrita à querela privada, como bem destacado pelo venerável acórdão recorrido.”

(RTJ 108/588).

Por outro lado, certo é que, atuando como *custos legis* no processo civil, não pode o Promotor ser considerado parte, razão pela qual, nos termos de precedentes do STF (RHC 65.038, RTJ 122/1013), não incide na hipótese a imunidade prevista no art. 142, I, do CP.

Ante o exposto, acolhendo o parecer, conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a sentença de primeira instância.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.049 — RJ — (Reg. nº 90.804-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Dalvênio Torres Motta. Advogados: Dra. Alcyone Vieira Pinto Barretto e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau (Em 18-06-90 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Exmos. Srs. Ministros Edson Vidigal, José Dantas e Costa Lima. Ausente o Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 2.163 — SP

(Registro nº 90.0001287-2)

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

Recorrente: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Recorrido: *José Francisco Rocha*

Advogados: *Dr. João José D'Elia e outros Dr. Antônio Carlos Zacharias*

EMENTA: Previdenciário. Acidente de trabalho. Acórdão que, desprezando a data de alta médica concedida pela autarquia previdenciária, afastou a alegada prescrição, em face de perícia judicial comprobatória da incapacidade e do nexu causal. Recurso especial. Pretendida violação do art. 18, I, da Lei nº 6.367/76 e da Súmula nº 230, do STF.

Dispositivo legal inaplicável à espécie que, ao revés, se subsume à hipótese prevista no seu inciso II.

Prazo prescritivo que se conta, por isso, a partir do laudo judicial.

Dissídio indemonstrado.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de março de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O INPS, com fulcro no art. 105, III, letras *a* e *c*, da CF/88, interpôs recurso especial contra o v. acórdão do Egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, confirmatório de sentença que, afastando a preliminar de prescrição, julgou procedente ação acidentária movida por pensista, que sofreu acidente-tipo, com lesão do segundo dedo da mão esquerda.

Sustentou que a v. decisão, além de ter negado vigência ao art. 18, I, da Lei nº 6.367/76, contrariou o disposto na Súmula nº 230 do STF.

O recurso foi deferido.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Previdenciário. Acidente de Trabalho. Acórdão que, desprezando a data de alta médica concedida pela autarquia previdenciária, afastou a alegada prescrição, em face de perícia judicial comprobatória da incapacidade e donexo causal. Recurso especial. Pretendida violação do art. 18, I, da Lei nº 6.367/76 e da Súmula nº 230, do STF.

Dispositivo legal inaplicável à espécie que, ao revés, se subsume à hipótese prevista no seu inciso II.

Prazo prescritivo que se conta, por isso, a partir do laudo judicial.

Dissídio indemonstrado.

Récurso não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A sem-razão do Recorrente é manifesta.

Com efeito, se o inciso I, do art. 18, da Lei nº 6.367/76 — apontado como malferido — indica a perícia médica do INPS como termo inicial do prazo prescritivo das ações acidentárias, na hipótese de incapacidade, o inciso II, em seu final, empresta o mesmo efeito à perícia médica realizada em Juízo.

Assim, o v. acórdão recorrido, para afastar a preliminar de prescrição, não aplicou a primeira regra, mas a segunda, já que se estava diante de incapacidade comprovada por meio de laudo judicial.

A Súmula nº 230 do STF — também tida por ofendida — editada antes da mencionada lei, não constituía obstáculo à solução que foi dada ao caso, havendo, aliás, sido interpretada como alusiva tanto à perícia judicial quanto à realizada pelo INPS, no RE nº 82.025/75 (RTJ 76/947), que restou assim ementado:

“A Súmula nº 230 há de ser entendida de conformidade com o inciso *b* do art. 31 da Lei nº 5.316, que mandou, também, contar o prazo da prescrição a partir do afastamento do trabalho por motivo de doença do trabalho. A prescrição começa a correr da apuração do mal e do nexocausal através do exame médico, não importando tenha sido o mesmo realizado em juízo ou no INPS.”

Ante tais considerações, tenho por indemonstrados a alegada contrariedade à lei e o dissídio, razão pela qual não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.163 — SP — (Reg. nº 90.0001287-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão. Recorrente: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Recorrido: José Francisco Rocha. Advogados: Drs. João José D'Elia, outro e Antônio Carlos Zacharias.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (Em 28-03-90 — 2ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 2.190 — RJ

(Registro nº 90.0001421-2)

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

Recorrentes: *Votec — Serviços Aéreos Regionais S/A e outro*

Recorridos: *Antônio Moreira Filho, outros e União Federal*

Advogados: *Drs. Cláudio Penna Lacombe, outros, Rafael Eugênio de Azeredo Coutinho e outros.*

EMENTA: Civil. Responsabilidade do transportador. Transporte de passageiros.

A qualificação do evento pela decisão recorrida apoiou-se na análise da prova, com o que somente poderia ser afastada com adoção de procedimento semelhante, inaceitável em recurso especial. Qualificado o fato como “dolo eventual”, contudo, não seria possível aplicar-se à hipótese a norma contida no Código Brasileiro do Ar, relativa apenas ao dolo direto. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de setembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Antônio Moreira Filho e outros propuseram ação ordinária contra a União, Votec — Serviços Aéreos Regionais e Votec Amazônia — Táxi Aéreo, para vê-las condenadas a pagar-lhes indenização pela morte de cinco geógrafas do Projeto Radambrasil e dois pilotos da segunda ré, ocorrida em acidente aéreo.

Arrimaram a ação na assertiva de que dito acidente decorreria de negligência por parte de prepostos das rés.

Processada a ação a Dra. Juíza Federal da 1ª Vara do Rio de Janeiro julgou-a improcedente quanto à União, e procedente de referência aos demais réus, que, inconformados, interpuseram apelação que veio a ser provida em parte pela 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos para julgar a ação procedente também em relação à União, e desprovida, no mérito, ao fundamento de que a prova dos autos levava à conclusão de terem os prepostos das rés agido com dolo eventual.

O Relator, Ministro Costa Leite, em voto acolhido por unanimidade, afirmou:

“Quanto à segunda questão a ser enfrentada, ou seja, se houve dolo das empresas transportadoras, esta se encontra em íntima ligação com a terceira apresentada, no tocante à abrangência do dolo — como expresso no art. 106, do Código Brasileiro do Ar. Está dito no dispositivo legal:

“Art. 106 — Quando o dano resultar de dolo do transportador ou de seus prepostos, nenhum efeito terão os artigos deste Código, que excluam ou atenuam a responsabilidade.”

É meu entendimento que o dispositivo não se refere apenas ao dolo em sentido estrito. Constate-se que, anteriormente à modificação do Decreto-lei nº 32, de 15 de novembro de 1966 (Código Brasileiro do Ar, publicado no DO de 18 de novembro de 1966), pelo Decreto-lei nº 234, de 28 de fevereiro de 1967, dolo especificado no artigo 106, na sua redação original, era especificado como “dolo ainda que eventual”. Em consequência da alteração introduzida por este último diploma legal, a expressão atual é, simplesmente, “dolo”. Daí haver que se admitir este

em sentido genérico, abrangendo todas as modalidades em que se possa apresentar.

E não há porque se entender de outra forma, pois, por exemplo, não se poderia deixar de considerar a possibilidade de dolo eventual, ou seja, daquele em que o agente da ação ou da omissão assume o risco do evento danoso.

Assim, quando uma empresa aérea não realiza a contento um plano de manutenção de sua aeronave, contando que nada acontecerá, está assumindo um risco que pode e deve ser penalizado.

Daí poder afirmar que, muito embora o avião sinistrado estivesse fretado ao Projeto RADAM, ficando a seu serviço, é da empresa transportada a responsabilidade pela manutenção do aparelho e seus componentes, bem assim pela habilitação da tripulação, como acertadamente, a meu sentir, concluiu a ilustre sentenciante.”

Procedeu, a seguir, a minucioso exame da prova dos autos, e concluiu:

“A meu sentir, além do aspecto doloso da atitude do piloto em prosseguir uma viagem sem as melhores condições de segurança — o que lhe custou a própria vida — parece-me ter havido uma série injustificável de falhas por parte das pessoas encarregadas de todas as atividades concernentes à segurança do sinistrado aparelho até hoje não localizado.

Tenho, por isso, em resposta à última questão, que se aplicam ao caso vertente as disposições contidas no Código Civil, no que diz respeito à indenização a ser paga aos autores, haja vista que, como provado, houve dolo do piloto, ao assumir o risco da ocorrência do evento danoso, o que afasta a incidência do Código Brasileiro do Ar, no tocante à responsabilidade das empresas transportadoras, na forma do contido no artigo 106, deste último diploma legal.

Isto posto, estou em que se apresenta sem mácula a r. sentença recorrida no que diz com a procedência da ação quanto à VOTEC — Serviços Aéreos Regionais S/A e à VOTEC — Amazônia Táxi Aéreo S/A. Nem mesmo os recibos dados pelos autores elidem a responsabilidade da rés-apelantes, vez que a plena e rasa quitação se refere única e exclusivamente ao pagamento do seguro, não abrangendo a indenização como um todo.”

Publicado o acórdão, VOTEC — Serviços Aéreos Regionais S.A. e VOTEC — Amazônia Táxi Aéreo S.A. interpuseram recurso extraordinário, com fundamento nas alíneas *a* e *d*, do art. 119, III, da Constituição de 1967, então em vigor, alegando:

a) que os fatos, tal como apresentados no acórdão, não caracterizam a prática de dolo por seu preposto, com o que haviam sido qualificados indevidamente, procedimento atacável por via de recurso extremo, pois não se tratava de reexame de prova e sim de qualificação jurídica dos fatos;

b) que a 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo afirmou, em julgamento do qual citou trechos, que a limitação de responsabilidade do transportador somente é excluída pela prática de dolo direto, divergindo assim do julgado recorrido que o admitiu se caracterizado dolo eventual;

c) que a decisão recorrida negara vigência ao art. 106 do Código Brasileiro do Ar, que na vigência do Dec.-lei nº 32, de 1966, admitia a exclusão da limitação da responsabilidade do transportador quando o dano resultasse de “dolo, ainda que eventual”, sendo depois alterado, por proposta do então Ministro da Aeronáutica, Brigadeiro Eduardo Gomes, para restringir dita exclusão aos acidentes resultantes de dolo direto.

Processado, foi o recurso convertido em especial, e, por isso, remetido a esta Corte, onde, com vista dos autos, a Subprocuradoria opinou pelo seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): Não procede o recurso na parte em que pretende seja reexaminada a qualificação dada aos fatos pela decisão recorrida, quando neles viu caracterizado o dolo eventual.

Apoiou-se dita qualificação na análise da prova, e somente poderia ser afastada com adoção de procedimento semelhante por esta Turma, o que é inaceitável na apreciação do recurso especial.

Procede o recurso, contudo, quando alega negativa de vigência ao art. 106 do Código Brasileiro do Ar.

A Convenção de Varsóvia, no art. 25, dispôs que o transportador não teria direito a se prevalecer de disposições que excluíssem ou limitassem a sua responsabilidade, quando o dano resultasse do dolo ou de falta que a lei local considerasse a ele equivalente.

Em 1938, por via do Decreto-lei 438, foi instituído o Código Brasileiro do Ar, que, em seu art. nº 93, estabeleceu:

“Quando o dano resultar de dolo do transportador, ou de preposto seu, nenhum efeito terão os artigos deste Código que excluam ou limitem a responsabilidade.”

Somente se admitiu aí, vê-se, a responsabilidade do transportador quando o dano causado aos passageiros decorresse de dolo, afastando-se, no caso, de qualquer outra circunstância.

Em 1966, tal disposição foi alterada pelo Decreto-lei nº 32 que, em seu art. 106, dispôs:

“Quando o dano resultar de dolo ainda que eventual, do transportador ou de seus prepostos, nenhum efeito terão os artigos deste Código, que excluam ou atenuem a responsabilidade.”

Como se vê, enquanto na legislação anterior somente quando o fato decorresse de dolo do transportador ou de preposto seu, seriam afastadas as disposições do Código que excluam ou limitavam a sua responsabilidade, após a edição do Decreto-lei nº 32/66 tal se daria também quando o dano resultasse de dolo eventual.

Em fevereiro de 1967, pelo Decreto-lei nº 234, retornou-se à redação anterior, isto é, restringiu-se ao caso de dolo próprio ou de preposto a responsabilidade do transportador.

Tem-se, assim, que, qualificado como foi o fato como “dolo eventual”, não seria possível a aplicação de norma relativa apenas ao dolo direto.

Argumenta-se que na expressão “dolo” estaria abrangido também o dolo eventual, mas tal não é aceitável em face da diferença de redação das disposições referidas, e especialmente considerando que a alteração constante da última delas resultou de Exposição de Motivos do então Ministro da Aeronáutica, Brigadeiro Eduardo Gomes, trazida pelo recorrente por cópia, onde se afirmava que a sua redação, pela sua “elasticidade viria pôr abaixo a sistemática da limitação”.

Por assim considerar, dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 2.190 — RJ — (Reg. nº 90.0001421-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recorrentes: Votec — Serviços Aéreos Regionais S/A e outro. Recorridos: Antônio Moreira Filho, outros e União Federal. Advogados: Drs. Cláudio Penna Lacombe, outros, Rafael Eugênio de Azeredo Coutinho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. Sustentação oral: Dr. Antônio Carlos D. Ribeiro, pela recorrente (Em 26-09-90 — 1ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 2.191 — SP

(Registro nº 90.01422-0)

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

Recorrente: *União Federal*

Recorrida: *Cia. Nacional de Estamparia*

Advogados: *Dr. Ielbo Marcus Lobo de Souza e outros Dr. Elpídio Araújo Neris*

EMENTA: Tributário. Imposto de renda. Acórdão que considerou descaracterizada distribuição disfarçada de lucros, ante a ausência de prova do valor de mercado das ações vendidas pela empresa a seu sócio-diretor. Alegada violação da norma do artigo 72, I, da Lei nº 4.506/64.

Decisão que se mostra incensurável, à luz da norma indicada, que exige, para configuração da hipótese de incidência nela descrita, que a venda tenha sido feita “por valor notoriamente inferior ao de mercado”.

Igualmente legítima a recusa de presunção vazada no simples fato de haverem ditos bens sido revendidos, em tempo relativamente curto, por preço bem superior.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de março de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Apelou a União Federal, com fulcro no art. 119, III, *a*, da CF/67, de acórdão do extinto TFR, que, em ação anulatória de débito fiscal, considerou descaracterizada a distribuição disfarçada de lucros, na venda, feita pela empresa a acionista, de controle acionário de outra entidade, à falta do elemento tipificador da suposta infração, consubstanciado no “notório valor de mercado” dos aludidos bens.

Sustentou haver a *v.* decisão ofendido o art. 72, I, da Lei nº 4.506/64, reproduzido no artigo 251, *a*, do RIR/66, bem como o artigo 253 do mesmo diploma e o artigo 21, *b*, do Decreto-lei nº 401/68, que descrevem o fato em apreço como ensejador de tributação e não de mera penalidade, a exigir interpretação restritiva dos referidos textos legais.

O recurso, indeferido na origem, por efeito de agravo, subiu ao STF, onde o seu eminente Relator, Ministro Aldir Passarinho, houve por bem determinar a sua remessa para esta Corte, convertido em recurso especial.

O órgão do Ministério Público opinou pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. Imposto de renda. Acórdão que considerou descaracterizada distribuição disfarçada de lucros, ante a ausência de prova do valor de mercado das ações vendidas pela empresa a seu sócio-diretor. Alegada violação da norma do artigo 72, I, da Lei nº 4.506/64.

Decisão que se mostra incensurável, à luz da norma indicada, que exige, para configuração da hipótese de incidência nela descrita, que a venda tenha sido feita “por valor notoriamente inferior ao de mercado”.

Igualmente legítima a recusa de presunção vazada no simples fato de haverem ditos bens sido revendidos, em tempo relativamente curto, por preço bem superior.

Recurso não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A irresignação da Recorrente, como deflui do relatado, escora-se, a rigor, num só argumento, seja, o de que, contrariamente ao que fora entendido no acórdão, a norma tida

por violada pelo contribuinte, não possuindo caráter penal, não teria a sua aplicação restringida pelo princípio da tipicidade.

Uma leitura da mencionada decisão, todavia, na inteireza dos pronunciamentos que a integram, revela ter ela resultado, não do entendimento de que a norma aplicada pelo Fisco tem caráter penal, mas, sim, da ausência de prova do valor de mercado das ações vendidas pela empresa a seu acionista-diretor, elemento sem o qual era impossível concluir que o preço da venda se situou aquém do mencionado valor, legitimando o lançamento.

Considerou-se, com efeito, que o simples fato de os mencionados bens terem sido revendidos, em curto prazo, por preço muito superior, não gerava, por si só, a presunção da ocorrência da distribuição disfarçada de lucros, meio de prova não autorizado no dispositivo legal sob apreciação.

Assim sendo, não há que se falar em ofensa à lei, para os efeitos pretendidos neste recurso, razão pela qual dele não conheço.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.191 — SP — (Reg. nº 90.01422-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão. Recorrente: União Federal. Recorrida: Cia. Nacional de Estamparia. Advogados: Dr. Ielbo Marcus Lobo de Souza e outros e Dr. Elpídio Araújo Neris.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. Sustentaram oralmente pela Subprocuradoria-Geral da República o Dr. Sylvio Florencio e pela Recorrida o Dr. Elpídio Araújo Neris (Em 28-3-90 — 2ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 2.257 — RS

(Registro nº 90.16401)

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

Recorrente: *Pedro da Costa Guterrez*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Drs. Antonio Augusto Fernandes e outro*

EMENTA: Penal. Recurso especial. Reexame de prova. Impossibilidade.

— Fincado o recurso especial na negativa de vigência do art. 386, VI, do CPP (insuficiência de prova para a condenação), forçoso é reconhecer que a pretensão conduziria, necessariamente, ao reexame do elenco probatório, sobre o qual se debruçou o acórdão recorrido, o que não é possível por meio do recurso especial.

— Súmula nº 07 — STJ.

— Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, em 02 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Destaco, do r. despacho de fls. 115/117, que admitiu o presente recurso especial, os seguintes lances:

“Pedro da Costa Guterrez foi processado e condenado como incurso nas sanções do art. 279 do CP, à pena de multa arbitrada em 20 dias-multa, ao valor unitário de 1/10 do salário mínimo vigente em julho de 1988.

A denúncia teve origem no registro de ocorrência junto ao Decon feita por Marco Antônio Machado que alegou na polícia (fl. 8) que teria comprado no minimercado de propriedade do acusado 3 Kg de banha com prazo vencido e em juízo, fl. 53, mudou de versão, alegando que, na data do fato, pediu que seu avô adquirisse a banha porque a mesma estava com preço especial. Entretanto, esta pessoa não participou do processo.

A instrução criminal limitou-se:

a — ao interrogatório do réu, insistindo na negativa de que teria vendido banha vencida e estragada, seja para o acusador, seja para o pretendido avô ou qualquer outra pessoa (fl. 36);

b — declarações de Marco Antônio Machado (fl. 53) e das duas testemunhas (fls. 56 e v.), desmentindo as declarações do acusador.

Irresignado, o réu interpôs recurso especial, amparado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, alegando negativa de vigência ao art. 386, VI, do Código de Processo Penal.”

As razões do recorrente (fls. 120/121) mereceram a contradita de fls. 123/125, do Procurador-Geral de Justiça, que obteve, nesta instância, o aval do digno representante do Ministério Público Federal, que se manifestou no sentido do não conhecimento do recurso por versar matéria que demanda acurado exame de provas (fls. 129/131).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O recurso especial está fundamentado na letra *a*, III, do art. 105, da Constituição Federal, ao fundamento de negativa de vigência ao art. 386, VI, do Código de Processo Penal, que prevê a absolvição do réu quando não existir prova suficiente para a condenação.

Ora, isso já é o bastante para reconhecer a impropriedade do recurso especial, porquanto somente com o exame acurado da prova poder-se-ia chegar à conclusão de que ela era insuficiente para a condenação. Para tal finalidade não se presta o recurso especial.

A simples leitura do acórdão recorrido (fls. 97/101) conduz à convicção de que a sentença monocrática foi mantida em razão do convincente elenco probatório que instrui o processo. Com efeito, após analisar o laudo pericial e os demais elementos de provas, assim se pronunciou o digno Relator, Juiz Moacir Danilo Rodrigues:

“Neste contexto, resta tipificada a atitude do recorrente, na medida em que a prova se mostra uníssona, convergente na direção de sua culpabilidade. Há evidências de que a devolução de mercadoria com prazo vencido não consiste na melhor política junto ao fornecedor. O comerciante, no caso não logrou repassar o produto, em tempo hábil, ao consumidor final. Deveria arcar com sua inoperância. Não o fez. Agiu conforme a ética imperante. A sociedade parece acostumar-se a este tipo de conduta. É grande o número de testemunhas abonatórias, o que está a indicar a

primariedade social do recorrente, que parece gozar de bom conceito junto à comunidade em que atua, o que não o isenta de responsabilidade no caso concreto. Da análise da prova se infere que a mercadoria se encontrava, por vontade do proprietário, à disposição de quem quisesse adquiri-la. Sua exculpatória é inverossímil, pouco crível no contexto em que se insere, restando desamparada de indícios ou circunstâncias favoráveis, antagonizando-se com o restante do apelo para manter-se a bem lançada sentença.”

Como visto, a decisão, que se baseou essencialmente na prova produzida, só poderia merecer censura se fosse dada a oportunidade de reexaminar a questão, no que tange aos valores probatórios, de sorte a chegar-se à conclusão cogitada pelo réu. Isso, porém, é impossível no recurso especial.

Aliás, esse aspecto já é incontroverso no Colegiado, pois traduzido no verbete da Súmula nº 7, *verbis*:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.257 — RS — (Reg. nº 90.1640-1) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro William Patterson. Recorrente: Pedro da Costa Guterrez. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advogados: Drs. Antonio Augusto Fernandes e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 02-10-90 — 6ª Turma).

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

Presidiu o julgamento, o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.344 — SP

(Registro nº 90.0001965-6)

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

Recorrente: *Antônio Carlos Mourão Bonetti*

Recorrida: *Helena D'Andrada de Almeida*

Advogados: *Drs. Eliezer Guilherme Arouche de Toledo e outro e Celso Alves Feitosa e outros*

EMENTA: Locação residencial. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Apelação. *Tantum devolutum quantum appellatum.*

I — Impossibilitado fica o juízo de segunda instância de, em apelação, apreciar o mérito da causa, quando o Juiz de primeiro grau simplesmente extinguiu o processo sem o mérito haver julgado.

II — Provimento ao recurso especial à pluralidade de votos.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: O v. acórdão recorrido guarda o seguinte teor:

“Acordam, em 1ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas como de direito.

Retomada para uso de descendente julgada extinta, sem apreciação do mérito pela respeitável sentença de fls. 68/71, cujo relatório se adota, com apelo da locadora pedindo a reforma, com base em jurisprudência que coleciona, porque a Lei nº 6.649/79 não condiciona que a retomante do imóvel deva comprovar, no caso do inciso III, do artigo 52, que seu ascendente ou descendente não possua imóvel próprio até porque se trata de prova de fato negativo.

Contra-razões às fls. 81/82.

É o relatório.

A inicial foi bem instruída, vez que a Autora provou ser a titular do imóvel locado, cujo contrato se encontra prorrogado por prazo indeterminado, certo de que o beneficiário da retomada é seu descendente.

Não competia à mesma provar, por se tratar de fato negativo, que o descendente não possui imóvel próprio no município da locação. Ao réu, por seu turno, por ter alegado fato extintivo do direito da autora competia o ônus de tal prova, face ao enunciado no artigo 333, II do Código de Processo Civil.

Em conseqüência deveria carrear para os autos o resultado de sua pesquisa junto aos Cartórios de Registro de Imóveis do município da locação provando a ausência de necessidade do beneficiário da retomada, conforme farta jurisprudência deste Sodalício, inclusive alguns carreados pela Autora nas razões do recurso.

Como descuroou-se do ônus, o decreto de carência não pode prevalecer.

Isto posto, dá-se provimento ao apelo para decretar o despejo do imóvel com o prazo de 120 dias para a desocupação voluntária, invertidos os ônus da sucumbência.” (fls. 96/97)

Houve embargos de declaração, porém foram rejeitados (fls. 107 a 109).

O recorrente interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, alíneas *a e c* do inciso III, da Constituição Federal, alegando violação aos arts. 128, 458, I e II; 515, § 1º; 463 e 515, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial (fls. 111 a 123).

Pelo despacho de fls. 131 a 132, foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 137 a 150 e contra-razões de fl. 156, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A sentença de 1ª instância julgou extinta a ação de despejo, sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, em face do locador não ter comprovado o fato de que o suposto beneficiário pela retomada não é proprietário do imóvel.

Tal decisão veio a ser reformada, no mérito, pelo acórdão recorrido.

É princípio processual que a apelação devolve ao juízo *ad quem* o conhecimento da causa decidida em primeiro grau. No entanto, se a sentença de 1ª instância não julgou o mérito da causa, o Tribunal não poderá fazê-lo, sob pena de suprimir uma instância.

Sobre este aspecto anota Theotônio Negrão em seu “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”:

“ — se julgou extinto o processo, sem apreciação do mérito, o tribunal não poderá julgar este (RTJ 74/621, 79/1.002, 83/200, 95/804, 101/320, 105/243, 112/935, STF-JTA 87/191, RT 494/142, 505/222, RJTJESP 46/150. JTA 89/105, v.p. 109, 89/433, 96/226, RP 14/345), embora possa alterar a fundamentação da sentença (RT 570/175, RF 251/224) ou dar aos fatos diversa definição jurídica, contanto que não pronuncie julgamento de mérito.” (19ª ed., RT, pág. 275, São Paulo, 1989)

Realmente o entendimento dos tribunais sobre o tema sintoniza com a *communis opinio doctorum*. Com efeito, no mesmo diapasão de Barbosa Moreira e Pontes de Miranda, giza J. Frederico Marques a respeito da apelação contra sentença terminativa:

“... o provimento da apelação, se ocorrer, atinge apenas a admissibilidade da tutela jurisdicional, pois o julgamento do mérito, que não houve, não pode ser subtraído do duplo grau de jurisdição” (Manual de Direito Processual Civil”, vol. III, p. 146, Saraiva, São Paulo, 1975).

Destaco, finalmente, que assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no RE 103.588, relatado pelo eminente Ministro Rafael Mayer, em aresto assim ementado:

“Apelação Cível. *Tantum devolutum quantum appellatum*. Artigo 515 do CPC. Duplo grau de jurisdição.

Extinto o processo, sem julgamento do mérito, na instância inferior, com base no art. 267, IV, do CPC, não é possível ao juízo de segunda instância, em grau de apelação, apreciar o mérito, julgando procedente a ação, sob pena de comprometer o duplo grau de jurisdição.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RTJ 112/935)

Do corpo do acórdão de ementa supratranscrita, extraio o seguinte tópico:

“... A pretexto de aplicar o art. 515 do Código de Processo Civil, o venerando acórdão extrapolou dos seus lindes, pois é o

mesmo princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, aí inserido, que exige que o juízo de apelação se contenha nos limites da matéria impugnada, não sendo obviamente impugnável o que não se decidiu nem foi objeto de solução na sentença apelada. Extinto o processo sem julgamento do mérito, na instância inferior, não é possível ao juízo de segundo grau apreciar o mérito, comprometendo o princípio do duplo grau de jurisdição.” (RTJ-112/938)

Em face do exposto, conheço do recurso, e o faço por ambas as alíneas, e lhe dou provimento para anular o acórdão recorrido a fim de que outro se profira nos limites da extinção do processo, e, se entendida afastada a extinção, remetam-se os autos ao juízo de primeiro grau, a fim de decidir sobre o mérito.

É o meu voto.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Quanto às colocações de ordem científica, não tenho nenhuma objeção a opor ao voto do em. Relator, com ele comungando do mesmo entendimento quanto ao duplo grau de jurisdição. Não se pode, à evidência, suprimir-se um grau de jurisdição, proferindo-se em segundo grau pronunciamento de mérito quando na sentença não houve apreciação desse mérito.

Vou pedir vênia, no entanto, a S. Exa., o Ministro Fontes de Alencar, para dele divergir no caso em julgamento.

Quer-me parecer que este caso retrata, *mutatis mutandis*, a mesma situação ocorrida em outro feito, anteriormente apreciado, quando, na verdade também não se trata de julgamento sem apreciação do mérito em primeiro grau, não obstante a referência, no dispositivo da sentença, de que se proferia julgamento sem o exame do mérito.

Na realidade, a sentença proferiu decisão adentrando o mérito, na medida em que negou o despejo postulado pelo autor, ao argumento de que não teria o mesmo feito prova de propriedade do imóvel. Esse pronunciamento, *data venia*, caracteriza-se como o mérito e não como julgamento de carência, desde que se entenda a carência da ação, no aspecto da possibilidade jurídica, como a inexistência da providência que se pede no ordenamento jurídico ou a vedação dessa providência.

Nestas circunstâncias, coerente inclusive com o entendimento externado em ocasião anterior, vou renovar vênia ao em. Relator e não conhecer do recurso.

O pronunciamento do Tribunal, ao dar provimento ao recurso, ao entendimento de que se tratava de ônus da prova, que incumbia ao réu e não ao autor, estava conforme a doutrina (a respeito, trago à colação, dentre outros, o magistério de Sylvio Capanema de Souza, em trabalho publicado pela Editora Forense, sobre a vigente Lei do Inquilinato, em escólios ao seu art. 52).

A meu entender, o ônus seria do réu e não do autor, pois o fato, inclusive, é negativo. Nos termos exatamente da conclusão do acórdão é que me posiciono, rejeitando, inicialmente, o aspecto da nulidade do julgamento porque, a meu ver, o problema do ônus da prova é problema de mérito e não um problema de carência da ação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, penso que, no caso, houve o juízo de carência decretado pelo magistrado de Primeiro Grau, que concluiu não ter sido satisfeito o requisito para o exercício da ação de despejo. A meu ver, indevidamente, o Tribunal adentrou o mérito, examinando, inclusive, a questão do ônus da prova.

Então, realmente, como se trata de decisão terminativa do processo sem conhecimento do mérito, entendo, tal como o Sr. Ministro-Relator, que não era dado ao Tribunal *a quo* examinar o merecimento da demanda.

É o meu voto.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Também, eu, com a devida vênia do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, subscrevo o d. voto do eminente Ministro Relator. E por acréscimo às suas ponderações e ao que vem de resumir o eminente Ministro Barros Monteiro, observo que, na espécie, a situação se me afigura suficientemente clara. Leio do relatório, no ponto em que transcreve o teor do acórdão recorrido, que a sentença de primeiro grau julgou extinta a ação. Ora, se julgou extinta, não se pode qualificá-la como sentença de mérito, como sentença definitiva. Sentença definitiva é aquela que concede ou denega, no todo, ou em parte, o que o autor pediu. O que o autor pediu foi que se decretasse o despejo do réu. Nem a sentença decretou o despejo, nem estabeleceu que este despejo não possa ser decretado. Basta atentar para o fato de que, julgando extinta a ação, esta sentença, mesmo transitando em julgado, não constitui empecilho a que o autor, munido da prova

necessária (que porventura seja possível obter, se se tratar de uma pequena Comarca), obtenha em outro processo a decisão da mesma lide.

Esta, a meu ver, é demonstração cabal de que se trata de sentença meramente processual, em que o Juiz não adentrou na decisão do pedido, fosse para atendê-lo, fosse para denegá-lo, no todo ou em parte. E sendo assim, concluo, tanto quanto fez o eminente Ministro Relator e vem de fazer o Ministro Barros Monteiro, que não era permitido ao Tribunal da Apelação substituir-se ao primeiro grau, afastar o obstáculo processual em que se deteve o Juiz para, só então, originariamente, proferir decisão sobre o pedido de despejo, que, aliás, concedeu.

Ao assim proceder, tenho como inequívoca a ofensa perpetrada pelo acórdão ao art. 515 do Código de Processo Civil, aliás apontado na petição e nas razões de interposição do recurso especial. Perfilho, assim, o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, este é um dos casos em que se nota com muita nitidez a dificuldade em se fixar as lindes entre a chamada ‘carência de ação’ e o julgamento de mérito e, de certa forma, o artificialismo desta distinção, naquela engenhosa e didática concepção de Túlio Liebman, incorporada ao nosso direito positivo.

Tenho para mim que, na hipótese, *ultima ratio* o que está a se discutir é a quem cabia o ônus da prova, é um problema de ônus da prova. O art. 52 da Lei do Inquilinato, em seu inciso III, dispõe que o despejo será concedido nos casos de pedido para descendente que não dispuser de prédio residencial próprio. Se ele não dispuser, concede-se o despejo; se já dispuser, o despejo não será concedido.

Portanto, o problema aqui, parece-me, foi de decidir se a prova deste requisito para concessão do despejo, estava a ônus do autor ou cabia ao réu. O Juiz entendeu que esta prova caberia ao autor e, como o autor não a fez, negou-lhe o bem da vida postulado, negou-lhe a retomada do imóvel. Por quê?

Porque o demandante não fez a prova que lhe incumbia: a prova do fato de que o descendente não dispunha de outro imóvel.

Para mim, com a devida vênia, cuida-se de decisão de mérito, a do juiz. Já o Tribunal entendeu que o autor não precisava fazer essa prova, e quem tinha de fazer a prova contrária era o réu. E como o réu não provou, resultou

despejado. Para mim, sentença de mérito no Primeiro Grau, sentença de mérito no Segundo Grau.

Não vejo, portanto, a infringência, a contrariedade à Lei Federal. A concessão do despejo de acordo com as regras de distribuição do ônus da prova, implica em julgamento de mérito que, a meu sentir, faz coisa julgada material.

Rogo vênia, destarte, para acompanhar o voto do Eminentíssimo Ministro Sálvio de Figueiredo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 2.344 — SP — (Reg. nº 90.0001965-6) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recorrente: Antônio Carlos Mourão Bonetti. Recorrida: Helena D'Andrada de Almeida. Advogados: Drs. Eliezer Guilherme Arouche de Toledo e outro e Celso Alves Feitosa e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Athos Carneiro (4ª Turma: 03-04-90).

Os Exmos. Srs. Ministros Barros Monteiro e Bueno de Souza votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.370 — SP (Registro nº 9000020603)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite*

Recorrente: *Caixa Econômica do Estado de São Paulo S/A — CEESP*

Recorridos: *José Ricardo Auler e outro*

Advogados: *Drs. Rubens de Barros Brisolla, Francisco Antônio Zem Peralta e outro*

EMENTA: **Mútuo. Operação com instituição de crédito. Comissão de permanência.**

Avençada a comissão de permanência, como acréscimo correspondente à desvalorização da moeda, não pode ser cumulada à correção monetária para efeito de cobrança.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de agosto de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Recurso especial interposto pela Caixa Econômica do Estado de São Paulo S.A., de acórdão proferido pela 4ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, que manteve a comissão de permanência e excluiu a correção monetária na execução por título extrajudicial, ajuizada contra José Ricardo Auler e José Paulo Cabral de Vasconcelos, emitente e avalista, executado e embargante.

A decisão foi a seguinte:

“Esta Câmara tem entendido que, avençada a comissão de permanência (*omissis*) como fator de atualização da dívida, é inacumulável com correção monetária (*omissis*). Nesse conflito e para impedir o *bis in idem*, impõe-se afastar a correção monetária, mantendo a taxa livremente estipulada. O direito patrimonial é disponível. (*Omissis*)

Dá-se provimento parcial ao recurso para, mantida a comissão de permanência, afastar a correção monetária e reduzir a verba honorária a 10% sobre o débito, como base de cálculo.”

(fl. 86)

A Caixa interpôs recurso especial fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição, alegando ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Carta, e à Lei nº 6.899/81, por haver o acórdão excluído a correção monetária, quando na verdade a recorrente postulou a comissão de permanência somente a partir do vencimento do título até a data da propositura da ação e a correção monetária, da Lei nº 6.899/81, a partir do ajuizamento da ação.

O recurso foi admitido pela digna presidência do Tribunal de origem, que deu pela ofensa ao art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.899/81, tanto mais porque assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal; e mandou subsistem os autos a esta Corte, sem desdobrar os recursos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Decido de acordo com a maioria na Turma, pelo que peço vênia ao ministro Waldemar Zveiter, cuja respeitável orientação se alinha à do STF e tem como paradigma o voto do Ministro Rafael Mayer, na seguinte proposição: são cumuláveis a comissão de permanência e a correção monetária porque têm campos distintos de incidência.

O argumento que adoto, contrário à cumulação da comissão de permanência com a correção monetária, é aquele do Ministro Eduardo Ribeiro, a saber:

“Considero que a chamada comissão de permanência, instituída em época em que não havia, ainda, previsão legal de correção monetária, visa ao mesmo objetivo desta. Não é razoável, portanto, que se cumulem. (*Omissis*).”

(REsp. nº 2764/MG, 3ª. T., 26-6-90)

Completa esse voto, outro, não menos elucidativo, da lavra do Ministro Cláudio Santos, em crítica à comissão de permanência como remuneratória de serviços. A quem o Banco estaria prestando serviços, quando cobra o seu próprio crédito? Não seria ao devedor, responde, mas ele mesmo.

Essas duas opiniões divergem da idéia do Ministro Rafael Mayer, que tem balisado a matéria e servido de amparo aos recursos. Contudo, o consagrado jurista falhou, *data venia*, na tentativa de justificar a faculdade outorgada ao SFN, pela Lei nº 4595/64, e a natureza da comissão de permanência como remuneração de serviços. A outorga não tem mais razão de ser, devido à posterior previsão legal da correção monetária. E a pretensa remuneração de serviços, porque não remunera serviços mas sim o principal da dívida, a englobar juros e equivalência à desvalorização da moeda. Conforme resultou do voto do Ministro Cláudio Santos, é suficiente a referência das Resoluções do CMN às taxas pactuadas ou às do mercado do dia do pagamento. Em qualquer caso, a comissão será devida somente quando os títulos forem liquidados após o vencimento, ou seja, em caso de mora do devedor, sendo calculada sobre o período que medeia entre o vencimento e a liquidação efetiva. Por seu turno, o Ministro Eduardo Ribeiro conclui: “não me impressiona o argumento de que a lei teria delegado ao órgão administrativo a fixação dessas tarifas remuneratórias de seus serviços e de que a comissão de permanência estaria aí compreendida”.

Com o devido respeito ao posicionamento dos que votam em favor da cumulatividade, reparo na oportuna advertência do Ministro Nilson Naves, citando o saudoso Cunha Peixoto: preocupa o comportamento dos manuais,

portarias e resoluções, com os quais o Banco Central, consciente ou inconscientemente, chega até a se opor ao próprio texto constitucional (REsp. nº 2677).

A doutrina mais recente empresta à comissão de permanência a índole de acréscimo que corresponde à desvalorização da moeda e é contrária à sua cobrança cumulada com a correção monetária. No Simpósio sobre Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Econômica, realizado pelo Tribunal de Alçada do Paraná (Juruá Editora Ltda., 1988), Celso Araújo Guimarães sustentou que as instituições financeiras, ao pactuarem o mútuo e ao aplicarem determinada taxa sobre o capital mutuado, a qual determinará a importância a ser paga por ocasião do vencimento, têm em vista o período de tempo que medeia entre a concessão do mútuo e sua normal liquidação. A taxa aplicada traz ínsita a remuneração pelo mútuo, as despesas operacionais e tributárias e, naturalmente, a atualização de capital mutuado, em face da inflação que tem sido realidade no País. Se a liquidação não se dá no vencimento, ocorrerá forçosamente uma prorrogação da operação vencida e cujo tempo é imprevisível e não raro prolongado, ficando o mútuo destituído de remuneração e a instituição financeira desprovida de ressarcimento, pois a taxa pactuada originariamente o foi somente para o período que se situa entre a concessão do empréstimo até a data estipulada para sua liquidação (Comissão de Permanência, *Obr. Cit.*, pág. 72). A comissão de permanência é, pois, figura especial criada em favor das instituições financeiras, excepcionada das regras do direito civil que regem o mútuo e que não se insere em estatuto legal próprio e impositivo. A Lei nº 4.595/64 não a criou, nem lhe deu aplicação automática. Deu apenas atribuições ao CMN para limitar as taxas de juros e descontos. Em suma, inexistente lei que a imponha. Em consequência e porque as resoluções das autoridades monetárias não podem criar o que a lei não criou, a sua exigibilidade dependerá de prévia e expressa previsão contratual. Para o comentarista, é por isso que as duas verbas são inacumuláveis (pág. 74).

Francisco José Ferreira Muniz, em proposição também apresentada naquele mesmo Simpósio, acha que a comissão de permanência é forma de liquidação prévia do dano resultante da mora e instrumento de pressão do credor sobre o devedor. Tem ela as funções próprias de u'a cláusula penal moratória. A mesma estrutura detém a correção monetária, como relação que decorre da Lei nº 6.899/81 e cuja finalidade é atribuir ao devedor o risco da desvalorização da moeda no período da mora. Altera-se, assim, o regime do Código Civil (art. 1061), de limitação das perdas e danos aos juros de mora e às custas, para alcançar-se a reparação do dano superior ou excedente. Daí porque não poderá o credor pretender cumular a comissão de permanência e a correção monetária (Confronto de Comissão de Permanência e Correção Monetária, *obr. cit.*, págs. 75/79).

Ruy Cunha Sobrinho (Inadmissibilidade de Cobrança da Comissão de Permanência pela via Executiva, obr. cit., pág. 101) assevera que, não sendo de natureza cambial e por ter sido ajustada em pacto adjeto à cártula, a comissão de permanência não pode ser cobrada pela via executória, onde os acréscimos devem ser somente de juros legais e correção monetária pelos índices oficiais. A comissão de permanência é cabível a partir do vencimento da dívida até a data da sua consolidação para efeito de cobrança judicial. Após o ajuizamento da execução, a atualização deverá ser feita na forma da Lei nº 6.899/81, mas nunca as duas, simultaneamente.

Este recurso fundou-se apenas na alegada violação da Lei nº 6.899/81. Dele conheço, pois, pela alínea *a*, do permissivo constitucional, e lhe dou parcial provimento para, mantendo a tese do acórdão recorrido quanto à impossibilidade da acumulação dos encargos, excluir a comissão de permanência e manter a correção monetária, porque deflui da lei, formal e materialmente, como acentuou o Ministro Nilson Naves, que entre os dois atos sobreleva a lei, hierarquicamente, cumprindo privilegiá-la (REsp. nº 2369/SP).

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, estava aguardando o pronunciamento de V. Exa., porque tenho ficado vencido quanto a esta matéria na Turma. Agora que V. Exa. se pronuncia, ressalvo meu ponto de vista, mas adiro à posição adotada pela douta maioria.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 2370 — SP — (Reg. nº 9000020603) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite. Recorrentes: Caixa Econômica do Estado de São Paulo S/A — CEESP. Recorridos: José Ricardo Auler e outro. Advogados: Rubens de Barros Brisolla e Francisco Antônio Zem Peralta e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Julgado em 27-08-90 — 3ª Turma).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 2.431 — SP
(Registro nº 90.0002332-7)

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

Recorrente: *Banco Bradesco S/A*

Recorrido: *Silmar Com. de Tecidos Ltda.*

Advogados: *Dras. Sandra Lungvitz e outros e Arlinda Matsue Sueyoshi e outro*

EMENTA: Alienação fiduciária em garantia. Bens fungíveis e comerciáveis.

Os bens fungíveis que constituem mercadoria comerciável de empresa devedora, ou matéria-prima de seus produtos comerciáveis, não podem ser objeto de alienação fiduciária. Infringe à própria natureza do instituto a alienação em garantia de bens fungíveis destinados especificamente à venda imediata pelo devedor, ou destinados necessariamente a servir de insumo ou matéria-prima nos produtos de sua fabricação e comércio, no exercício normal do ramo de mercancia do devedor.

Recurso especial conhecido, mas ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso pela alínea *c* e negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: O Banco Brasileiro de Descontos S/A ajuizou ação de busca e apreensão contra Silmar Indústria e Comércio de Malhas Ltda, alegando que a ré, como garantia em contrato de financiamento, lhe alienara fiduciariamente “500 quilos de meia malha super

cardada; 500 quilos de lycra para confecção de sutiens; 400 quilos de fio tinto”, tendo, posteriormente, incorrido em mora no pagamento da dívida.

A eg. 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo relatou o feito nos termos seguintes:

“A sentença de fls. 62/63 julgou procedente ação de depósito, em que se converteu busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, condenando a ré a entregar os bens depositados ou seu equivalente em dinheiro, no valor de Cz\$ 304.330,71 acrescido de comissão de permanência desde o vencimento da obrigação, juros de 1% ao mês, custas e honorários, sob pena de prisão.

Apelou a ré, postulando reforma integral do julgado, com inversão do resultado.

Recorreu adesivamente o autor, buscando a inclusão, no “equivalente em dinheiro”, de correção monetária e multa contratual.” (fl. 111)

Mereceu acolhida a apelação na instância colegiada, sob o fundamento maior de que as coisas não apenas fungíveis, mas também consumíveis, não podem ser objeto de alienação fiduciária. A autora foi assim julgada carecedora da ação, prejudicado o recurso adesivo (fls. 110/114).

Interpõe o vencido o presente recurso especial, com arrimo às alíneas *a* e *c* do artigo 105, III, da Lei Maior, sustentando que o v. aresto negou vigência ao § 3º do artigo 66 da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo artigo 1º do Decreto-lei nº 911/69, pois, sendo possível a alienação dos bens fungíveis, não teria cabimento “subclassificar os bens fungíveis em não-consumíveis e consumíveis, não admitindo a alienação destes últimos” (fl. 124); no pertinente ao dissídio pretoriano, traz a confronto os julgados nos RREE nº 96.907, relator o eminente Ministro Alfredo Buzaid, RTJ 105/383; nº 93.176, relator o eminente Ministro Soares Muñoz, RTJ 99/1.348; nº 99.629, relator o eminente Ministro Moreira Alves, RTJ 106/883.

O eminente Desembargador Presidente do Tribunal de origem admitiu a inconformidade extrema apenas pela alínea *c*, entendendo, no alusivo ao permissivo da alínea *a*, que não houvera perquirição acerca do ônus da prova do proprietário fiduciário quanto à identificação, frente terceiros, das coisas alienadas em garantia, como prevê o § 3º da norma legal dita contrariada.

Arrazoado, o apelo vem Corte, com a informação de (fl. 150) de que a parte autora passou a denominar-se Banco Bradesco S/A.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): O recurso realmente não poderia ser conhecido pela alínea *a*, eis que inócurre, a todas as luzes, ofensa ao disposto no § 3º do artigo 66 da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 911/69.

O tema do ônus da prova da identificação, perante terceiros, dos bens alienados fiduciariamente, sequer foi cogitado no processo. Simplesmente a devedora, que está em processo concordatário, não pagou o débito e o meirinho certificou que os bens não mais estavam em poder da firma ré, pois teriam sido vendidos (fl. 15).

O que discute, isto sim, é relevante questão de direito, a de saber se bens fungíveis que constituem mercadoria comercializável da empresa, ou matéria-prima de seus produtos comercializáveis, podem ser objeto de alienação fiduciária.

Merecem transcritos os fundamentos do v. aresto recorrido:

“Merece acolhida o reclamo da ré, por um de seus fundamentos. E que na verdade, tendo-se em vista a natureza dos bens dados em garantia, incabível era a alienação fiduciária, razão pela qual, tendo-se por inexistente o depósito, o autor é carecedor da ação.

Não se nega, por certo, que as coisas fungíveis podem ser alienadas fiduciariamente. Nesse sentido já se firmou a jurisprudência de nossos tribunais, inclusive do Excelso Pretório (cf. Theotonio Negrão, CPCLPV, 19ª Ed., RT, nota 6 ao art. 1º do Dec.-lei nº 911, pág. 554).

No caso dos autos, os bens dados em garantia não são apenas fungíveis, mas constituíam a mercadoria comercializável da empresa que obteve o financiamento.

No julgamento dos Embargos Infringentes nº 314.139 (julg. 08-08-84, relator Juiz Barbosa Pereira, *in* “Julgados”, ed. RT, vol. 89/97), a Colenda 4ª Câmara deste Tribunal, apreciando hipótese semelhante, assim se manifestou:

“É incabível que bem que não tem outra destinação, senão a do consumo, seja gravado como garantia.

E obrigar um industrial a manter imobilizado estoque de mercadoria é inclusive tornar mais problemática a solução do crédito, desde que se espera normalmente que o crédito se pague com lucros e lucros se obtém com o exercício normal das atividades sem imobilizações antieconômicas.”

Mais adiante:

“A inépcia da garantia real decorre do fato de tratar-se de mercadoria destinada especificamente a comercialização, isto é, a venda a terceiros, o que era de plena ciência dos contratantes, que sabiam de antemão da impossibilidade de permanência da posse em forma do depósito em mãos do alienante.”

Concluindo:

“Assim, no caso de mercadorias — não de bens fungíveis em geral — no caso em que a alienação fiduciária recai sobre mercadorias destinadas a serem vendidas pelo devedor, entende-se incabível a alienação fiduciária.”

No caso dos autos, em tudo semelhante, foram dados em garantia fiduciária, no contrato de financiamento de capital de giro, 500 quilos de “meia malha super cardada”, 500 quilos de “lycra para sutien” e 400 quilos de “fio tinto”.

Evidente que tais mercadorias destinavam-se ao consumo no exercício normal das atividades da apelante, fazendo parte de seu estoque de matéria prima destinada a industrialização e comercialização. Dela não se poderia esperar que as mantivesse em estoque até o cumprimento integral da obrigação assumida perante o Banco, com o pagamento da dívida, nem que em estoque conservasse outras quantidades do mesmo produto para eventual substituição da primitiva garantia por outra da mesma espécie, ainda mais porque o mútuo foi contratado exatamente para financiar o capital de giro da empresa.

Em tais circunstâncias, incabível era a alienação fiduciária, que não se presta apenas a atribuir, ao credor, em operação normal de mútuo, a garantia do recebimento de seu crédito pela utilização da ameaça de prisão do devedor.

Isto posto, dão provimento ao recurso da ré para julgar a autora carecedora da ação e julgam prejudicado o recurso adesivo.

Arcará, a autora, com as custas processuais, corrigidas do desembolso, e com a verba advocatícia, arbitrada em 10% (dez por cento) do valor atribuído à ação de depósito, atualizado a partir do pedido de conversão (fls. 20/22).” (fls. 111/114)

Abstenho-me de discutir, no azo, a afirmativa de que bens fungíveis podem ser alienados fiduciariamente, como aliás está na jurisprudência do Pretório Excelso. Encontro, aliás, razões relevantes para colocar em largo debate tal posicionamento, rogando vênias máximas aos que o consideram tema já definido nos pretórios e na doutrina. A respeito, anoto interessante e profun-

do estudo doutrinário do Desembargador sul-rio-grandense Adroaldo Furtado Fabrício, processualista de nomeada, publicado na revista AJURIS/40, págs. 7/13; bem assim lembro a orientação adotada por Paulo Restiffe Neto, de que “é ineficaz a alienação fiduciária de coisas fungíveis” (*in* “Garantia Fiduciária”, RT, 2ª ed., nº 42); e por Luiz Augusto Beck da Silva, quem após detido estudo do tema conclui que “o regime da Lei nº 4.728/65 não se coaduna com a fungibilidade dos bens e muito menos quando estes forem consumíveis ou perecíveis, independentemente de serem comerciáveis ou não. Descaracteriza-se o instituto” (“Alienação Fiduciária em Garantia”, Forense, 2ª ed., nº 21).

Feita esta ponderação, coloco-me de inteiro acordo com o v. aresto recorrido, no alusivo à impossibilidade de os bens fungíveis e consumíveis e/ou comerciáveis serem objeto de alienação fiduciária, tornando assim ineficaz e inválida a garantia constituída. Trago à balha, acórdão de que fui relator na Apelação Cível 39.747, julgado em 1-6-82 pela 1ª Câmara Cível do TJRS (“Rev. Jurisp. do TJRS”, 94/376), em a qual, coincidentemente, figurou como apelado o então Banco Brasileiro de Descontos S/A. Esta a ementa do decisório:

“Alienação fiduciária em garantia. Bens fungíveis e consumíveis.

Bens fungíveis, componentes do estoque comercial de firma panificadora. Impossibilidade de tais bens serem dados em garantia fiduciária. Infringe a própria natureza do instituto a alienação fiduciária de bens fungíveis e destinados especificamente a venda imediata pelo devedor, ou destinados necessariamente a servir de insumo nos produtos de sua fabricação e comércio, no exercício normal de seu ramo de mercancia. Atenta igualmente contra tal natureza obrigar o devedor a manter permanentemente em estoque, sob pena de prisão, determinado volume de igual mercadoria, pois a propriedade do credor é resolúvel, mas não se transmite de objeto a objeto. 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.”

Especificamente a respeito da alienação fiduciária de coisa fungível e consumível, transcrevo por fim o magistério de Adroaldo Furtado Fabrício, no aludido estudo divulgado na revista AJURIS:

“Entretanto, quando se começa a cogitar de alienação fiduciária em garantia de coisas fungíveis e consumíveis, cuja destinação, senão a própria razão de existir, é a de circular constantemente ou a de transformar-se por obra da indústria, começa a ficar difícil compreender-se o dever de guarda inerente

à posição jurídica de quem detém o alheio e por isso deve manter-se em condições de restituir.

O automóvel, a máquina, a mobília, o equipamento de trabalho são bens a cujo respeito é perfeitamente pensável o dever de guarda e conservação, imposto ao possuidor ou detentor, até que se resolva, pela extinção do débito, a propriedade do credor. Mas o mesmo não se pode dizer ou sequer pensar dos bens fungíveis que constituem o próprio objeto habitual da mercancia do financiado, ou os insumos que o industrial vai empregar na produção de coisas mais elaboradas. Aí, a disponibilidade da coisa, para o possuidor, é inerente à sua própria razão de ser, ou no mínimo inseparável das circunstâncias em que ela existe em determinado tempo e lugar.

O estoque da loja; a matéria-prima do estabelecimento fabril; as peças do montador destinam-se necessariamente a uma permanência curtíssima em poder do comerciante ou industrial; nada mais do que o tempo necessário à sua venda, ou à sua transformação, ou à sua incorporação. Dá-los em alienação fiduciária, ou mesmo em garantia real a outro título, mas com dever de guarda, conservação e entrega, implica a sua imobilização e a conseqüente paralisação da atividade que constitui o escopo mesmo da empresa comercial ou industrial. O devedor já não as pode vender, ou especificar, ou transformar, ou aceder, porque deve mantê-las tais como são, *in natura*, à disposição do credor, íntegras e imutáveis.

Não melhora em nada essa visão contraditória e absurda do bem fungível e consumível dado em alienação fiduciária a idéia de que essas coisas podem ser continuamente substituídas por outras da mesma espécie, valor e quantidade. O giro do comércio e as cambiantes necessidades da produção industrial não se podem furtar a contingências sazonais e a variações esporádicas da oferta e da procura, algumas cíclicas e previsíveis, outras insuscetíveis de qualquer programação. Os panos de lã destinados à confecção de indumentária de inverno não serão repostos quando acabar a estação fria; o *best-seller* esgotado há de ser substituído na prateleira da livraria pelo livro novo e de maior sucesso, recentemente lançado. Só quem viver fora da realidade do dia-a-dia pode ignorar esse dado elementar.

Mas há mais, e mais grave. Admitir-se a alienação fiduciária de bens fungíveis significa aceitar-se a possibilidade jurídica de

sua busca e apreensão no rito do Decreto-lei nº 911/69, e portanto a possibilidade de conversão desse procedimento em ação de depósito, e conseqüentemente a eventualidade de prisão do devedor. Prisão de depositário? Não, porque se depósito há é depósito irregular, incompatível com a *actio depositi directa* até porque submetido prudentemente às regras do mútuo. A prisão, então, é mesmo por dívida, simplesmente, já que as praxes do comércio, os usos correntes, o bom-senso e as elementares necessidades do tráfico indicam não estar o devedor obrigado a guardar e conservar os bens. Muito ao contrário, tem de fazê-los circular, renová-los, substituí-los, para manter o giro normal do seu negócio, realizar o seu lucro e, inclusive, poder pagar os seus débitos.” (Ob. citada, v. 40/9-10)

Pelos fundamentos assim expostos, conheço do recurso pela alínea c, mas ao mesmo nego provimento.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, fazendo reservas quanto à posição exposta por V. Exa. no que toca à prisão do devedor, acompanho a conclusão do voto de V. Exa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, tenho ciência da acesa polêmica que existe na matéria, não só a nível jurisprudencial mas também a nível doutrinário, como bem focalizou V. Exa., inclusive trazendo à colação estudo do professor Furtado Fabrício, publicado no vol. 40 da Revista AJURIS.

A exemplo do Ministro Fontes de Alencar, rendo-me, no caso presente, às ponderações e à argumentação sólida e erudita de V. Exa., em cuja direção me sinto inclinado, pela simpatia com que a vejo. No entanto, em face da divergência existente na matéria, sobretudo quando se sabe que a Suprema Corte — antes da instalação deste Tribunal — vinha sufragando entendimento contrário, que acolhia não só a alienação fiduciária em bens fungíveis, mas até mesmo em bens fungíveis consumíveis, ao acompanhar V. Exa. no caso presente ressalvo o direito de maior reflexão em casos futuros.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.431 — SP — (Reg. nº 90.0002332-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Silmar

Com. de Tecidos Ltda. Advogados: Dras. Sandra Lungvitz e outros; Arlinda Matsue Sueyoshi e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pela alínea c e negou-lhe provimento (4ª Turma — 29-06-90).

Votaram os Exmos. Srs. Ministro Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.489 — SP
(Registro nº 90.0002484-6)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Simon Bochner*

Advogados: *Drs. Vera Lúcia Gonçalves Barbosa e outros e Nelson Koj-ranski e outros*

EMENTA: Plano Cruzado. Decreto-lei nº 2.284/86, art. 9º. Decreto nº 92.592/86.

O artigo 9º do Decreto-lei nº 2.284/86 previu o simples reajuste das obrigações com cláusula de correção monetária, não prefixada, não cogitando de aplicação de outros índices ou cálculo de valor médio. Ilegalidade do artigo 7º do Decreto 92.592/86, ao estabelecer coeficiente que implica conseqüências diversas do reajuste mencionado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Simon Bochner locou determinado imóvel ao Estado de São Paulo, sendo contratualmente estabelecida a prorrogação por igual período. Em curso esta, foi editado o Decreto-lei nº 2.284/86 e, para regulamentá-lo, publicou-se o Decreto nº 92.592/86. A propósito de sua aplicação divergiram as partes, ajuizando o devedor ação declaratória. Alegou que aquele não se limitou a dispor quanto à correção *pro rata*, como determinado no Decreto-lei, mas estabeleceu coeficientes de cuja aplicação resultaria a adoção de valores reais médios, tomados por base períodos anteriores a 28 de fevereiro de 1986. Em razão disso, a ré pretendeu ser exigível importância menor que a por ela reconhecida como devida. Sustenta o autor que as normas citadas não poderiam incidir sobre relações em curso, pena de atingir ato jurídico perfeito. Termina pedindo seja declarada a integral eficácia da cláusula terceira do contrato de locação, de tal sorte que os reajustes continuem sendo feitos anualmente, na mesma proporção em que se verificar a variação nominal do valor das OTN (Obrigações do Tesouro Nacional), ou de coeficientes oficiais outros que porventura vierem a ser adotados, em substituição do atuais.

A sentença julgou improcedente a ação, salientando que a lei nova “não modificou e nem extinguiu qualquer direito do locador, vez que, tão-só, adaptou à nova realidade econômica, resultante do Plano Cruzado, no caso dos contratos de locação de prédios urbanos não residenciais, os índices anteriormente convencionados para a correção monetária dos alugueres”.

À apelação do autor negou-se provimento, entendendo-se que não houve qualquer violência a ato jurídico perfeito, e que o Decreto-lei nº 2.284/86 não dispusera quanto aos critérios do reajustamento *pro rata*, fazendo-o, licitamente, o regulamento.

Como houvesse voto vencido, foram apresentados embargos infringentes, e, antes de seu julgamento, suscitado incidente de uniformização da jurisprudência. Neste decidiu-se que o Decreto-lei citado não incide de imediato em contratos de locação não residenciais, cujo prazo se encontre em curso, relativamente a reajustamento de aluguéis. Assim se entendeu por considerar-se que, a ser de modo diverso, seria atingido o disposto no artigo 153, § 3º, da Constituição de 1967. Os embargos infringentes foram recebidos para julgar procedente a ação, fazendo-se a declaração postulada na inicial.

Apresentou o vencido recurso especial. Sustentou que o acórdão negara aplicação do artigo 9º do Decreto-lei nº 2.284/86 à hipótese por ele abrangida. Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Plano Cruzado. Decreto-lei nº 2.284/86, art. 9º. Decreto nº 92.592/86.

O artigo 9º do Decreto-lei nº 2.284/86 previu o simples reajuste das obrigações com cláusula de correção monetária, não prefixada, não cogitando de aplicação de outros índices ou cálculos de valor médio. Ilegalidade do artigo 7º do Decreto nº 92.592/86, ao estabelecer coeficiente que implica conseqüências diversas do reajuste mencionado.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Ao considerar inaplicáveis as determinações do Dec.-lei nº 2.284, relativamente ao reajustamento de aluguéis, por haver contrato em curso, o acórdão distanciou-se da orientação que vem sendo seguida por este Tribunal. Em casos análogos, tem-se admitido a incidência imediata das normas que introduziram modificações na ordem econômica. Assim, no REsp 2.595 teve-se como legítima a aplicação de tabela, prevendo deflator de que cogita o artigo 13 do Decreto-lei nº 2.336/87 (DJ 01-10-90). No REsp 1.816, a propósito do Decreto-lei nº 2.284/86, admitiu-se também a aplicação imediata da lei nova (DJ de 23-04-90). Desta turma, pode-se citar o REsp 3.941, de que foi Relator o Ministro Waldemar Zveiter (DJ de 01-10-90).

Quanto ao Decreto-lei nº 2.336/87, assim me pronunciei no julgamento do REsp 2.658:

“Trata-se, no caso, de obrigação de pagar quantia certa, dentro de um certo prazo. Ocorre que, no curso desse, verificou-se intervenção governamental na economia, consistente, dentre outras medidas, em congelamento de preços. É evidente que os termos da equação foram sensivelmente alterados. Ao contratarem, as partes tinham em vista determinada conjuntura e, atentas a ela, estabeleceram quanto seria devido, ao final do prazo convencional. Claro que poderiam equivocar-se, acrescentando-se as vantagens de uma em detrimento da outra. São riscos normais do negócio. Não era previsível, entretanto, e não se pode ter como considerada pelos contratantes, a modificação introduzida. O que o dispositivo em exame visou foi resguardar a realidade do negócio efetuado, mantendo as partes na situação em que estariam, caso não tivessem sido tomadas as apontadas medidas interventivas.

Dentro desse quadro, não me parece tenha havido ilegítima retroatividade. O legislador estabeleceu, de logo, norma objetiva

para adequar os contratos à nova realidade, como o poderiam fazer os juízes com base na teoria da imprevisão.”

Considero, em vista do exposto, que o acórdão não adotou a tese jurídica correta. Cumpre, entretanto, prosseguir no julgamento da causa, para verificar como haveria de ser adequadamente composto o litígio.

A divergência entre as partes, na realidade, surgiu após o Decreto nº 92.592/86, que estabeleceu determinados coeficientes, a serem observados na correção *pro rata* e que importaram, no caso concreto, diminuição do aluguel que se vinha reconhecendo devido. A inicial salientou que, ao fazê-lo, o regulamento inovou, não se mantendo fiel à norma superior a que devia subordinação. Examina-se a alegação.

O Decreto-lei nº 2.284, ao cogitar da conversão das obrigações, não emprestou tratamento idêntico às diversas hipóteses. Assim é que, referindo-se às obrigações sem cláusula de correção monetária, ou em que esta fosse prefixada, previu fator de conversão calculado pela multiplicação da paridade inicial, de mil cruzeiros por cruzado, por 1.0045, cumulativamente, por dia decorrido. Regulando as obrigações consistentes em aluguéis residenciais, prestações de mensalidades escolares e pertinentes ao Sistema Financeiro da Habitação, determinou a observância dos valores reais médios, na forma do Anexo I. Para o cálculo de salários e remunerações, cuidou-se também de instituir tabela de atualização e de fator variável, a ser especificado em regulamento (conforme artigo 19 e anexos II e III).

Dispondo sobre as obrigações com cláusula de correção monetária, naturalmente que não prefixada, o artigo 9º do Decreto-lei em exame determinou fossem “reajustadas *pro rata*, nas bases pactuadas, e em seguida convertidas em cruzados na forma do § 1º do artigo 1º”.

Parece nítida a diferença no trato das várias espécies de obrigações. Nos casos em primeiro lugar enumerados estabeleceram-se tabelas e índices. No artigo 9º, limitou-se a lei a determinar o reajuste *pro rata* e a conversão de mil por um, sem referir-se a deflator ou busca do valor médio. É evidente que o regulamento não poderia fazer de modo diferente. Lícito que, por esse meio, se regulasse como obter, por exemplo, o valor real médio, que o Decreto-lei regulamentado previsse como aplicável. Não, entretanto, fazê-lo incidir quando se determinou a simples conversão *pro rata*.

Isto posto, tem-se o necessário à decisão. Aplica-se o artigo 9º do Decreto-lei nº 2.284/86. Não, porém, por ilegal, a regulamentação trazida, a propósito, pelo Decreto nº 92.592/86. A conversão faz-se *pro rata*, simplesmente, sem obediência aos critérios do Anexo III daquele decreto. Afirmando que se estabelecia procedimento para aquela conversão, elegeu-se critério que, em certos casos, implicava sensível diminuição do valor nominal da obrigação, o que, obviamente, não era “reajuste *pro rata*, nas bases pactuadas”.

Para efeito da declaração pedida na inicial, chega-se ao mesmo resultado por outro caminho. O acórdão contrariou a lei, na medida em que negou incidência a dispositivo que incidia. Mas o ponto controvertido é solucionado do mesmo modo; não se aplicam as normas questionadas do Decreto nº 92.592/86. E como a coisa julgada abrange o dispositivo e não a motivação, inexistente o que emendar, razão por que não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.489 — SP — (Reg. nº 90.0002484-6) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Simon Bochner. Advogados: Drs. Vera Lúcia Gonçalves Barbosa e outros e Nelson Kojranski e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (3ª Turma — em 30-10-90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.492 — RS (Registro nº 90.24870)

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

Recorrente: *Paulo Alaor Andreoli Pereira*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Dr. Ápio Cláudio de Lima Antunes e outros*

EMENTA: Penal e Processual Penal.

Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade, cuja admissibilidade no direito brasileiro já não pode ser negada.

Júri. Homicídio. Defesa alternativa baseada na alegação de não-exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade, em tese, desde que se apresentem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico.

Quesitos. Como devem ser formulados. Interpretação do art. 484, III, do CPP, à luz da Reforma Penal.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido para extirpar-se do acórdão a proibição de, em novo julgamento, questionar-se o Júri sobre a causa de exclusão da culpabilidade em foco.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de maio de 1990 (data do julgamento). Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Paulo Alaor Andreoli Pereira, com apreciável ficha criminal, registrando delitos de furto e receptação (fl. 281, 2º vol.), era oficial de justiça na Comarca de Pelotas. Nessa condição, de posse de mandado de prisão contra Osmar Meggiato Leal, foragido do presídio local, sabendo que o procurado se homiziara em certa residência, penetrou à noite nessa residência, sem observar as formalidades legais, e o matou com cinco tiros de revólver. A vítima também estava armada.

Denunciado por homicídio e abuso de autoridade, pronunciado e levado a julgamento pelo Júri, o oficial de justiça foi absolvido da imputação de homicídio, tendo o Conselho de Sentença, por 4 x 3, reconhecido a tese da inegibilidade de outra conduta, condenando-o, porém, por 6 x 1, pelo crime de abuso de autoridade, fixada a pena em 2 meses e 15 dias de detenção e decretada a extinção da punibilidade pela prescrição (fls. 861/2).

Dessa decisão recorreram o Ministério Público e a defesa, provendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, parcialmente, ambos os recursos nestes termos:

“1. Paulo Alaor Andreoli Pereira foi denunciado na comarca de Pelotas, por infração ao artigo 121, *caput*, do Código Penal e ao artigo 39, alínea *b*, da Lei nº 4.898/65. Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri da comarca de Pelotas, foi absolvido no primeiro delito e condenado pelo segundo a dois meses e quinze dias de detenção.

Inconformados, apelam o Ministério Público e o réu. Quer o Dr. Promotor de Justiça a submissão do agente a novo júri, arguindo como preliminares:

a) inviabilidade jurídico-legal da quesitação da tese da inexigibilidade de outra conduta;

b) deficiência de quesito formulado sobre a tese da inexigibilidade de outra conduta;

c) irregular decretação de prescrição da pretensão punitiva do Estado, quanto ao delito de abuso de autoridade.

Quanto ao mérito, entende que há inadequação da tese acolhida à prova constante dos autos. Postula seja cassado o *decisum* para submissão do réu a novo julgamento.

A defesa, a seu turno, manifesta sua inconformidade com o fato de ter o juiz singular, já absolvido o réu pelo homicídio simples, submetido aos jurados o crime conexo de abuso de autoridade. Entende que a competência passou a ser do juiz singular. Pleiteia:

a) declaração de nulidade, determinando que outro seja realizado, mas já pelo juiz singular;

b) desprezada a preliminar, cassação do veredicto, por manifestamente contra a prova dos autos, sujeitando-se o réu a novo julgamento pelo júri.

As partes contrariam os recursos e o feito subiu a esta instância, onde o Dr. Procurador é pela rejeição das preliminares, e no mérito pela sujeição do réu a novo júri.

2. Com a devida vênia do preclaro Dr. Juiz Presidente do Tribunal do Júri da comarca de Pelotas, ocorreu nulidade insanável no momento em que sua Excelência submeteu à apreciação dos jurados a tese alternativa da defesa, ou seja, da inexigibilidade de outra conduta. É que não podem eles ser questionados sobre tese que não está prevista na Lei Penal.

O artigo 484, III, do Código de Processo Penal, ao dispor sobre a formulação de quesitos, traça os limites legais, ou seja, o questionamento só poderá ser feito quanto às causas que por lei isente de pena, exclua o crime ou o desclassifique.

O nosso Código Penal não contempla a inexigibilidade de outra conduta, ou a coação moral da sociedade, como causas de isenção ou exclusão de culpabilidade. A primeira nada mais é do que um conceito jurídico, surgido no Direito Alemão, e que,

embora vários juristas brasileiros tenham se manifestado favoráveis à sua inclusão no Direito Pátrio, acabou rejeitada a pretensão, como explica Francisco de Assis Toledo, Coordenador da Comissão de Reforma Penal de 1984, ao afastar a inexigibilidade como causa de exclusão de culpabilidade:

“... é que, entre nós, a inclusão, no Código Penal, como causas legais do exercício regular de direito e do estrito cumprimento do dever legal, inexistentes no código alemão, fez com que tais causas legais operem como verdadeiro gênero das demais espécies de normas permissivas espalhadas pelo nosso ordenamento jurídico, abrangendo-as todas.”

(Princípios Básicos de Direito Penal, pág. 160).

Nossa mais alta Corte Estadual tem repellido, sistematicamente, as tentativas de incluir a tese em foco como matéria de defesa perante o Tribunal do Júri. Assim, na R.J.T.J.R.G.S., vol. 89/147, encontramos lapidar lição, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Paulo David Torres Barcellos:

“Não podem os jurados serem questionados sobre inexigibilidade de outra conduta como causa autônoma extralegal de exclusão de criminalidade depois de terem rejeitado as teses da legítima defesa própria e putativa. A inexigibilidade de outra conduta é uma válvula de escape surgida na Alemanha para resolver casos sumamente restritos e especiais, não amparados diretamente pela lei. Atende a um reclamo de justiça. Mas somente naqueles casos extremos redutíveis ao estado de necessidade. Sendo assim, inconcebível é que sejam os jurados questionados a respeito da inexigibilidade de outra conduta, excludente não amparada na lei, depois de terem negado as excludentes consignadas no Código. Nulidade conseqüente”.

Na Revista de Jurisprudência, vol. 70, II, pág. 508, em acórdão da lavra do ilustre Desembargador Alaor Wiltgen Terra, encontra-se o acórdão, cujo trecho vale transcrito, fulminando de nulidade decisão do júri, acolhendo a inexigibilidade:

“Ademais, tão descabida é a tese que subverte todo o sistema brasileiro, afirmando a legalidade da morte como sanção, pois a tanto corresponde afirmar a “inexigibilidade de conduta diversa”, vale dizer, nas circunstâncias só cabia matar! Isto é, não cabia apelar para o aparelhamento policial e judicial existente.”

À alegação eventual de que o Dr. Promotor concordara, como efetivamente concordou, com a formulação da tese, o que faria tardia sua inconformidade posterior, contrapõe-se a afirmação de que se trata de nulidade absoluta.

Logo, o julgamento não se deslindou segundo a lei, e não se trata de uma nulidade de quesitos. Aqui houve uma nulidade que atingiu o cerne do julgamento. E, diante disto, há uma alternativa, ou ele foi completo, segundo a lei, ou não ocorreu. Então, independente da invocação da parte, não prevalece a Súmula 160, e a nulidade deve ser decretada pela Câmara.

Observe-se, a propósito, que se não fosse por este fundamento, ainda haveria nulidade na formulação do quesito, eis que indagou dos jurados sobre matéria conceitual e não sobre matéria de fato.

Conseqüentemente, aceita a anulação pela primeira preliminar suscitada pelo Ministério Público, desnecessário o exame das demais, passando-se ao apelo da defesa.

O fundamento deste apelo é quanto à competência dos jurados em responderem, após absolvido o réu pelo delito de homicídio, pelo crime conexo de abuso de autoridade. A douta defesa entende que a competência passou a ser do juiz singular. E quer a declaração de nulidade para que o apelante seja submetido a julgamento pelo Juiz de Direito.

A Câmara não acolhe a pretensão. E o faz por entender que, absolvido por um delito, continuou a competência dos jurados para questionarem o comportamento do réu no delito conexo. Só em casos de desclassificação é que a competência passaria ao juiz singular.

Há, todavia, uma nulidade substancial na formulação do quesito 1º, da 2ª série. Efetivamente, com a devida vênio do ínclito Juiz Presidente do Tribunal do Júri, a nulidade decorre da deficiência inequívoca ali contida. Ao usar as expressões “sem permissão” e “invadiu”, Sua Excelência indagou sobre o crime e não sobre o fato que traduziu o crime.

Ademais, a jurisprudência é pacífica no sentido de que o júri é nulo quando se induz os jurados a responderem afirmativamente.

De outra parte, há uma profunda contradição entre a primeira e a segunda série de quesitos. Ora, se alguém está em quadro de inexigibilidade de outra conduta, não pode, por via de consequência, estar invadindo domicílio, praticando crime.

Dá-se, também, parcial provimento ao apelo da defesa para determinar a submissão do réu a novo julgamento, pelo Tribunal do Júri, no que diz respeito ao crime de abuso de autoridade.”

(Fls. 982/986).

Inconformada, recorreu extraordinariamente a defesa, pelas letras *a* e *d* do anterior texto constitucional. Aponta negativa de vigência aos arts. 464 e 484, III, do CPP, e indica como divergentes julgados do Supremo Tribunal Federal, adotando a tese de não se poder anular o julgamento por irregularidade na quesitação, se não houve oportuna impugnação dos quesitos (RTJ 118/93).

E mais:

“A orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto à formulação irregular de quesito, é no sentido de que o silêncio das partes, durante o julgamento pelo Tribunal do Júri, sana a irregularidade, a menos que ela, por sua gravidade, induza o Conselho de Sentença a erro ou perplexidade sobre o fato sujeito à decisão. (RTJ 118/92).”

(Fl. 996).

Negado seguimento ao recurso (fls. 1.006/8), subiu ele já convertido em recurso especial por força de provimento que dei ao agravo.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Penal e Processual Penal.

Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade, cuja admissibilidade no direito brasileiro já não pode ser negada.

Júri. Homicídio. Defesa alternativa baseada na alegação de não-exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade, em tese, desde que se apresentem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico.

Quesitos. Como devem ser formulados. Interpretação do art. 484, III, do CPP, à luz da Reforma Penal.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido para extirpar-se do acórdão a proibição de, em novo julgamento, questionar-se o Júri sobre a causa de exclusão da culpabilidade em foco.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): O acórdão recorrido, ao fundamentar a conclusão a que chegou, citou uma passagem de

meu livro “Princípios Básicos de Direito Penal” que, todavia, não se aplica à “inexigibilidade de outra conduta”, causa de exclusão da culpabilidade, porque foi escrita a propósito de outro tema — as causas de exclusão da ilicitude, coisa muito diversa.

Nesse mesmo livro, ao cuidarmos das “causas de exclusão da culpabilidade” (págs. 298 e seguintes “incluímos entre elas a “inexigibilidade”, nas circunstâncias, de outra conduta” (pág. 300). E, a respeito especificamente desta inequívoca causa de anulação da censurabilidade do fato cometido pelo agente, escrevemos o seguinte:

“264. Culpabilidade e responsabilidade são conceitos que não se confunde, conforme vimos. Expressam, contudo, aspectos distintos da mesma realidade, já que culpabilidade implica (acarreta) sempre responsabilidade. Quem é culpado é responsável e quem é responsável pode ser chamado a prestar contas pelo fato a que deu causa. Como, entretanto, em direito penal a responsabilidade é pessoal e intransferível (ninguém pode ser punido por um comportamento que não seja seu), torna-se indispensável, antes da aplicação da pena, fixar-se, de uma vez por todas, a quem pertence verdadeiramente a ação que se quer punir. E isso precisa ser feito não com um significado puramente processual (que também é importante, na determinação da autoria), mas em sentido penalístico, mais profundo, ou seja: há que se estabelecer se a ação que se quer punir pode ser atribuída à pessoa do acusado, como algo realmente seu, ou seja, derivado diretamente de uma ação (ou omissão) que poderia ter sido por ele de algum modo evitada. Essa possibilidade de evitar, no momento da ação ou da omissão, a conduta reputada criminosa é decisiva para a fixação da responsabilidade penal, pois, inexistindo tal possibilidade, será forçosa a conclusão de que o agente não agiu por conta própria, mas teve seus músculos acionados, ou paralisados, por forças não submetidas ao domínio de sua inteligência e/ou vontade. Há, pois, que se distinguir a mera causa física do comportamento humano “responsável”. Em outras palavras: o que é impossível de ser evitado só pode ser reconduzido ao mundo físico, puramente causal, não à pessoa humana, entendida esta como sujeito responsável. Isto é, dotado, no mundo das relações inter-humanas, da faculdade de dizer “sim” ou “não”, dentro de determinadas circunstâncias e, é claro, de certos limites.

Ora, essa fixação da responsabilidade pessoal pelo fato-crime, que antecede a aplicação da pena criminal e que não se

confunde com o anterior — e também necessário — “acertamento” da autoria, é feita no âmbito do juízo de culpabilidade, mediante a constatação de que o agente, no momento da ação ou da omissão, embora dotado de capacidade, comportou-se como se comportou, realizando um fato típico penal, quando dele seria exigível, nas circunstâncias, conduta diversa. A *contrario sensu*, chega-se à conclusão de que não age culpavelmente — nem deve ser portanto penalmente responsabilizado pelo fato — aquele que, no momento da ação ou da omissão, não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência, não lhe era exigível comportamento diverso. A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.

265. O princípio da não-exigibilidade, em exame, foi introduzido e desenvolvido na ciência penal, como um corolário da concepção normativa da culpabilidade, por Frank, J. Goldschmidt, Freudental e Mezger, para citar apenas os principais autores. Pressuposto desse princípio, segundo J. Goldschmidt, é a “motivação normal”. O que se quer dizer como isso é que a culpabilidade, para configurar-se, exige uma certa “normalidade das circunstâncias” que cercaram e poderiam ter influído sobre o desenvolvimento do ato volitivo do agente. Na medida em que essas circunstâncias apresentem-se significativamente *anormais* deve-se suspeitar da presença de anormalidade, também, no ato volitivo. Segundo raciocínio de Bettiol, “... quando se parte do pressuposto de que um comportamento só é culpável na medida em que um sujeito capaz haja *previsto e querido* o fato lesivo, deve-se necessariamente admitir que tal comportamento já não possa considerar-se culpável todas as vezes em que, por causa de uma circunstância fática, o processo psíquico de representação e de motivação se tenha formado de modo anormal”. Esse mesmo raciocínio pode, evidentemente, *mutatis mutandis*, ser estendido aos crimes culposos, já que também no comportamento negligente ou imprudente a anormalidade do processo psíquico, “por

causa de circunstâncias fáticas”, deve ser considerada em favor do agente.

Muito se tem discutido sobre a extensão da aplicação do princípio em foco, entendendo alguns autores que sua utilização deva ser restringida às hipóteses previstas pelo legislador para evitar-se mais uma alegação de defesa que poderia conduzir à excessiva impunidade dos crimes. Não vemos razão para esse temor, desde que se considere a “não-exigibilidade” em seus devidos termos, isto é, não como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas, ao contrário, como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, o qual, conforme já salientamos, compete ao juiz do processo e a mais ninguém. É o que nos diz Bettiol, nesta passagem, após referir-se ao “individualismo anárquico” que poderia significar a subjetivação do juízo de inexigibilidade: “Cabe ao juiz, que exprime o juízo de reprovação, avaliar a gravidade e a seriedade da situação histórica na qual o sujeito age, dentro do espírito do sistema penal, globalmente considerado: sistema que jamais pretende prescindir de um vínculo com a realidade histórica na qual o indivíduo age e de cuja influência sobre a exigibilidade da ação conforme ao direito, o único *juiz* deve ser o magistrado”.

(Princípios Básicos, cit., 3ª ed., págs. 315/317).

Como se vê, não apoiamos a tese do acórdão segundo a qual o nosso Código Penal “não contempla a inexigibilidade de outra conduta”. Há casos expressos de admissão dessa excludente, de que são exemplos o erro de proibição inevitável (art. 21), a inimputabilidade (art. 26) etc. Há casos implícitos, ou extralegais, dessa admissão, de que são exemplos certas descriminantes putativas, quando configurem erro de proibição, excludente da culpabilidade. (Princípios Básicos, cit., pág. 274).

Nem poderia ser de outra forma, pois, adotado pela Reforma Penal de 1984, sem restrições, o princípio da culpabilidade *nullum crimen sine culpa*, como consta da Exposição de Motivos do Ministro Abi-Ackel, item 18, seria enorme contra-senso admitir-se a aplicação da pena criminal em hipótese de inexigibilidade de outra conduta, isto é, quando o agente, segundo critérios objetivos do juiz, que avalia “a situação histórica na qual o sujeito age” (Bettiol), fez a única coisa que lhe era humanamente possível fazer.

É certo que, entre nós, como tive oportunidade de salientar no tópico anteriormente citado, alguns autores entendem que a utilização prática do princípio da inexigibilidade de conduta diversa deva restringir-se às hipóteses previstas em lei (inimputabilidade, erro de proibição, etc), para evitar-se a impunidade generalizada.

Não compartilhamos, porém, desse temor, como já ficou dito, simplesmente porque circunscrevemos a não-exigibilidade em seus limites próprios, ou seja, consideramo-la algo que se situa dentro do juízo de reprovação da culpabilidade, a ser emitido pelo Juiz ou Tribunal, não mera avaliação subjetiva do próprio agente do fato criminoso.

Colocados os pingos nos “ii”, ou feitas essas considerações doutrinárias, indispensáveis ao estabelecimento de premissas válidas ao exame das questões postas nestes autos, vejamos o mérito do recurso submetido a esta Corte.

Como se sabe, na técnica do Código Penal, as expressões “exclusão da ilicitude”, “exclusão de crime”, “não há crime”, referem-se às causas de justificação ou de exclusão da ilicitude, ao passo que a expressão “isento de pena” e suas semelhantes referem-se à exclusão da culpabilidade.

Assim, fora de dúvida é que o art. 484, III, ao obrigar o Juiz a formular quesitos sobre “qualquer *fato* ou *circunstância* que por lei isente de pena ou exclua o crime” (grifamos), está endereçado a qualquer fato ou circunstância que exclua a culpabilidade ou a ilicitude.

A expressão “por lei”, situada no Código de Processo Penal de 1941, não pode significar restrição à posterior Reforma Penal de 1984, que, como se viu, adotou o princípio da culpabilidade, sem restrições. Antes, deve a ela ajustar-se, tanto mais que saber se existe crime ou não, se está excluída ou não a culpabilidade, é questão exclusiva de direito penal material, não de direito processual.

Leio, pois, presentemente, o inciso III do art. 484 assim: “qualquer fato ou circunstância que, em nosso ordenamento jurídico-penal, exclua a culpabilidade ou a ilicitude”.

Nessa linha de entendimento, identifico negativa de vigência a esse preceito, por parte do acórdão, quando nega a possibilidade de formulação de quesitos em uma hipótese de isenção de pena ou de exclusão da culpabilidade, produzindo, como resultado, uma responsabilidade penal objetiva, abolida de nosso sistema penal pela Reforma de 1984.

Assim, segundo penso, não poderia o Tribunal mandar o réu a novo julgamento vedando questionar-se o Júri sobre uma das teses de defesa, como fez.

Isso implica em enorme antinomia com o sistema penal vigente, proibindo-se o Júri de absolver o réu, na ausência de culpabilidade, ou, o que não é melhor, proibindo-se a defesa de alegar talvez a única tese disponível, no caso, com alguma possibilidade de reconhecimento pelo Conselho de Sentença.

A primeira vedação infringe o princípio da culpabilidade; a segunda viola frontalmente o da ampla defesa, assegurado pelo inciso LV do art. 5º da Constituição vigente.

Todavia, afigura-se-me que, se nesse aspecto negou o acórdão vigência aos preceitos invocados, o que leva ao conhecimento do recurso, pela letra *a* do permissivo constitucional, não me parece que, no caso destes autos, o provimento possa ser integral, já que isso implicaria, por outro lado, em convalidar outro absurdo lógico, ou seja, o resultado contraditório, extremamente dubitativo, do julgamento, a que se chegou pelas respostas aos quesitos submetidos aos jurados.

Vejamos.

Não se indagam aos jurados, que se tem por leigos, teses ou conceitos jurídicos, mas fatos ou circunstâncias fáticas. Daí a expressão textual do art. 484, III, “fato ou circunstância”. Por isso é que, na quesitação da legítima defesa, não se indaga se o réu “agiu em legítima defesa”, mas se “repeliu agressão”, se a “agressão era injusta”, “atual” etc. Na quesitação da inimputabilidade, igualmente, não se indaga se o réu era inimputável, mas “se ao tempo da ação, em razão de doença mental, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato”. E assim por diante.

Sendo assim, com maior razão, não poderia o Juiz, como fez nestes autos, questionar os jurados sobre intrincada tese jurídica, nestes termos:

“18º Quesito. Ao réu Paulo Alaor Andreoli Pereira, nas mesmas circunstâncias do 1º quesito, poderia ser exigida outra conduta?” (O Júri respondeu “não”, por 4x3).

(Fl. 857).

Por outro lado, se o Júri já respondera, em quesitos anteriores, negativamente sobre a legítima defesa putativa, afastando em concreto a inexigibilidade por erro, fica incompreensível a aceitação final, em quesito genérico, da inexigibilidade, sem o reconhecimento de quaisquer outras circunstâncias fáticas, além da autoria (quesito 1º). O julgamento restou contraditório por ter o Júri respondido favoravelmente a uma tese jurídica, quando já havia negado fatos que poderiam justificar essa tese. Havia outros fatos ou circunstâncias a justificar a resposta ao 18º quesito? Não se sabe.

Em resumo, o julgamento ficou contraditório ou incompleto.

Ora, o recurso da acusação abordou essa questão ao alegar igualmente, como consta do acórdão transcrito no relatório, “deficiência de quesito formulado sobre a tese da inexigibilidade de outra conduta”. E neste ponto tem, a meu ver, inteira razão, a não ser que — repita-se — possa admitir-se, de agora em diante, quesitação de teses jurídicas a jurados leigos.

Assim, parece-me que, por este segundo fundamento do recurso, a conclusão do julgado merece mantida.

E a matéria foi apreciada pelo acórdão, nestes termos:

“Observe-se, a propósito, que se não fosse por este fundamento, ainda haveria nulidade na formulação do quesito, eis que indagou dos jurados sobre matéria conceitual e não sobre matéria de fato.”

(Fl. 985).

Ante o exposto, considerando que, *in casu*, a manutenção do acórdão em sua integralidade restringirá o direito de ampla defesa, com negativa de vigência do preceito legal invocado no recurso (art. 484, III), além de outros preceitos e princípios indicados; mas levando em conta que, extirpado o fundamento central do acórdão, será o réu levado a outro julgamento, sem aquelas restrições ilegítimas, mantendo-se o outro fundamento alternativo do recurso da acusação e do acórdão, conheço do recurso, pela letra *a*, e lhe dou parcial provimento apenas para excluir do julgado em exame qualquer obstáculo à quesitação, em o novo julgamento, sobre fatos ou circunstâncias caracterizadoras de inexigibilidade de outra conduta, sob qualquer de suas formas admitidas, mantida, portanto, a anulação do primeiro julgamento tão-só pela deficiência do 18º quesito. Durante o novo julgamento, se pretender a defesa reiterar as mesmas teses, deverá indicar os fatos e as circunstâncias outras que se ajustem à tese da não-exigibilidade, a fim de que possam ser objeto de quesitos objetivos e simples, cabendo ao Juiz inferir das respostas a esses quesitos se foi, afinal, reconhecida ou não pelos jurados essa excludente de culpabilidade.

No tocante ao dissídio, correto o indeferimento do recurso, já que o acórdão recorrido cuidou de hipóteses de nulidade absoluta ao passo que os paradigmas se referem a irregularidades ou nulidades sanáveis.

Esclareço, para concluir, que as peculiaridades do julgamento pelo Júri impediram-me, no caso, de acolher a conclusão do acórdão, sem antes extirpar-lhe um dos fundamentos, já que, conforme pretendi demonstrar, se isso não ocorresse, haveria manifesto prejuízo para a defesa no próximo julgamento.

É o meu voto.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Permitam-me os nobres colegas tecer algumas considerações sobre o brilhantíssimo voto do Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo, no quanto dissertou S. Exa. sobre a tese jurídica e doutrinária da “inexigibilidade de outra conduta” como causa excludente da responsabilidade penal e nunca da ilicitude, traçando, assim, a declaração de seu conhecido pensamento, editado em festejada obra.

Enquanto S. Exa. dissertava, com a erudição que lhe é peculiar, estive recatando-me em dúvidas sobre como, fora das cláusulas legais positivantes

da analisada teoria, poderá o Juiz absolver alguém. No entanto, desde o princípio maior da culpabilidade invocado — *nullum crimen sine culpa* — alegrou-me perceber que S. Exa. iria construir, com a inteligência que lhe é celebrada, a maneira correta dessa aplicação do princípio, independente de expressa cláusula legal. E, mais ainda, *a latere* do seu voto, preocupei-me em discordar, na falta de resposta de como seria possível e prático interrogar-se ao jurado leigo uma excludente de natureza tão essencialmente teórica; que fato ou fatos, ausentes da positiva assinalação legal como são os exemplificados arts. 21 e 26 do Cód. Penal, poderão constar da quesitação do júri.

S. Exa., diria eu no meu inveterado pragmatismo, num fecho mais brilhante do que o conteúdo da peroração doutrinária, didaticamente expôs — em lição aos Juízes desse imenso e diversificado País — como se há de indagar o júri a respeito da matéria. Fê-lo muito bem, ao exemplo de que a defesa exponha fatos que, na realidade, consubstanciem concreção da discutida excludente da responsabilidade penal, a de não se exigir de alguém uma conduta diferente daquela que compulsivamente o levou ao crime. Dificuldades dessa aplicação certamente se enfrentarão; mas, se é por enquanto, satisfaço-me em convencimento.

Parabenizo-me com a Turma (não tanto com S. Exa. que não é de vaidades) pelo precedente que ora é lançado às vistas das letras jurídicas do País, a propósito de tão discutido tema.

Com essas ligeiras considerações, mais emotivas do que jurídico-culturais, registro minha adesão ao voto do Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, o silêncio com que todos nós — Juízes deste Tribunal e a assistência — escutamos o brilhante voto que acaba de proferir o eminente Ministro Assis Toledo é, como disse V. Exa., motivo de alegria, não para o Colega, que todos nós estimamos e admiramos, mas para o próprio Tribunal e, de modo especial, para esta Turma. Registrando a minha adesão ao voto, eu me congratulo como antigo Juiz de Direito e Presidente do Tribunal do Júri pela lição, que será profundamente útil, quando da quesitação em casos semelhantes, para quantos ainda atuam junto ao Júri Popular.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.492 — RS — (Reg. nº 90.2487-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo. Recorrente: Paulo Alaor Andreoli Pereira. Recorrido:

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advogados: Dr. Ápio Cláudio de Lima Antunes e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento (Em 23-05-90 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Flaquer Scartezzini e Costa Lima.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 2.521 — GO

(Registro nº 90.2543-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrentes: *Laerte Fernandes Diniz e cônjuge*

Recorridos: *Lázaro Tomé Graciano e cônjuge*

Advogados: *Drs. Altamir Monteiro e outros, Lauro Emrich Campos e outro*

EMENTA: Direito Civil. Prescrição. Contrato. Ausência de consentimento. Usucapião. Prova.

O art. 178, § 9º, V. do Código Civil, refere-se aos contratos em que há vício de consentimento e não àqueles em que ocorre a sua ausência, como no caso da venda por procuração de quantidade de terras maior do que a autorizada.

A prescrição aquisitiva (usucapião) não conhecida por falta dos requisitos do art. 551 do Código Civil é matéria de fato, cujo conhecimento importa o reexame de prova, inadmissível na instância *de jure*, do recurso especial.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Lázaro Tomé Graciano e sua mulher, ora recorridos, propuseram contra Laerte Fernandes Diniz e sua mulher, aqui recorrentes, ação de divisão cumulada com nulidade parcial de escritura e de transcrição, julgada procedente na instância ordinária coletiva, de acordo com o acórdão de fls. 392/400.

Inconformados, apresentaram os vencidos embargos de declaração, a argüir omissão quanto à alegação de prescrição extintiva e contradição no concernente à prescrição aquisitiva.

O tribunal goiano supriu a omissão, ao declarar inaplicável o art. 178, § 9º, V, do Código Civil, por se cogitar de “vício de consentimento”, sendo o prazo prescricional o ordinário, e, quanto à contradição, rejeitou-a, ao confirmar o acórdão tocante à declaração de ausência de prova dos requisitos para a aquisição através de usucapião dos tratos de terras disputadas.

Mais uma vez irresignados, socorrem-se, agora, do recurso especial, com esteio na letra *a* da autorização constitucional, ao denunciar ofensa aos arts. 178, § 9º, V e 551, ambos do Código Civil.

O recurso foi recebido, e, regularmente, processado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Direito civil. Prescrição. Contrato. Ausência de consentimento. Usucapião. Prova.

O art. 178, § 9º, V do Código Civil, refere-se aos contratos em que há vício de consentimento e não àqueles em que ocorre a sua ausência, como no caso da venda por procuração de quantidade de terras maior do que a autorizada.

A prescrição aquisitiva (usucapião) não reconhecida por falta dos requisitos do art. 551 do Código Civil é matéria de fato, cujo conhecimento importa o reexame de prova, inadmissível na instância *de jure*, do recurso especial.

Recurso não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): A respeito da alegada prescrição da ação para a declaração de nulidade parcial, a questão não é de vício de consentimento, como a qualificou o acórdão recorrido, mas de ausência de consentimento.

Com efeito os vendedores outorgaram poderes para a venda de apenas vinte (20) alqueires e fração e não vinte e quatro (24), como acabou registrando a escritura. Quanto a esse excesso houve, pois, falta de consentimento.

Quer dizer, nenhuma das hipóteses previstas nas letras *a* e *c* do inciso V, do § 9º, do art. 178, do digesto civil, concretizou-se. Não houve coação, bem assim não ocorreu erro, dolo, simulação ou fraude, mais ainda, não se cuida de ato de incapaz.

Por isso, ausente o consentimento, a prescrição é geral, como acentua Washington de Barros Monteiro no trecho que ora reproduz: "... o prazo prescritivo em apreço só tem aplicação se no ato ocorreu algum dos citados defeitos, não se estendendo aos casos em que não houve consentimento, como no de falsificação, ou de "vis absoluta". Verificando-se nulidade de pleno direito, a prescrição é a ordinária."

Não é diferente a lição do grande civilista Orozimbo Nonato que se encontra no "Repertório de Jurisprudência do Código Civil", de V. Castro Garms, vol. II, São Paulo. Max Limonad, 1952, p. 833:

"2.231 — A ação foi proposta para anulação de escritura, em que se argüiu, não vício de consentimento, mas ausência desse consentimento. Ora, o art. 178, § 9º, n.V, letra *b*, do Cód. Civil, só cuida dos casos de erro, dolo, simulação ou fraude. Nesses casos é que se dá a prescrição *brevis temporis* de quatro anos. Isso se infere do seu próprio texto, que manda contar os quatro anos da data em que se firmou o contrato inquinado de erro, dolo, simulação ou fraude. Não se pode ampliar esse dispositivo a casos em que não existe vício, mas ausência de consentimento, e não se pode por dois motivos principais. Primeiro, porque à prescrição *brevis temporis* não se deve aplicar o argumento *a pari*, a interpretação analógica. Segundo, porque uma cousa é vício de consentimento, consentimento defeituoso, e aí, muito diferente, a ausência absoluta desse consentimento. Num caso o ato existe, ainda que imperfeito e, no outro caso, o ato não se constitui, não existe, não se forma, por faltar-lhe a própria *via agens*. Por conseguinte, o dispositivo do Cód. Civil, que apenas prevê o caso de erro, dolo, simulação ou fraude, não se pode aplicar ao caso em que ocorre a ausência mesma de consentimento. (Ac. p.m. vts. da 2ª Turma do S.T.F. de 25-06-46, no rec. ext. nº 9.941, rel. Min. Orozimbo Nonato, in "Justiça", vol. 30, pág. 59)."

Vê-se, diante das lições colhidas, não vislumbrar-se negativa de vigência do citado art. 178, § 9º, V, do Código Civil.

Relativamente à delatada violação do art. 551 do mesmo estatuto, também não têm razão os recorrentes, pois o acórdão recorrido negou aos postulantes

o direito à prescrição aquisitiva, isto é, ao usucapião das terras com base na falta de provas dos requisitos estabelecidos naquele artigo da lei civil, o que impede o reexame da matéria nesta instância *de jure*.

Em face das razões explanadas, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.521 — GO — (Reg. nº 90.2543-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrentes: Laerte Fernandes Diniz e cônjuge. Recorridos: Lázaro Tomé Graciano e cônjuge. Advogados: Dr. Altamir Monteiro e outros, Lauro Emrich Campos e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 13-08-90 — 3ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Gueiros Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter votaram com o Exmo. Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.585 — DF

(Registro nº 9028116)

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

Recorrente: *Túlio Irineu de Souza*

Recorrido: *Ministério Público do Distrito Federal*

Advogada: *Dra. Raimunda Ceará Serra Azul*

EMENTA: Penal/Processual. Revisão criminal. Competência. Tribunal com apenas uma turma criminal.

Compete ao Tribunal, em sua composição plenária, o processo e julgamento de revisões criminais, quando em sua composição há apenas uma Câmara ou Turma Criminal (art. 624 § 2º do CPP).

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento para cassar o acórdão

recorrido, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Túlio Irineu de Souza interpõe recurso especial com fundamento no art. 624, § 2º, do CPP, e art. 101, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, de acórdão da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, pois que em revisão criminal a competência é do Tribunal Pleno.

Examinado o agravo oferecido em face do despacho denegatório de seguimento do recurso, determinei a remessa dos autos a este Tribunal, onde o Ministério Público opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A norma federal, cuja vigência foi negada pelo acórdão recorrido é a do § 2º do art. 624 do Código de Processo Penal, a qual está assim redigida:

“Art. 624 — As revisões criminais serão processadas e julgadas:

.....

§ 2º — Nos Tribunais de Justiça ou de Alçada o julgamento será efetuado pelas Câmaras ou Turmas Criminais, reunidas em sessão conjunta, quando houver mais de uma, e, no caso contrário, pelo Tribunal Pleno.”

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal existe apenas uma Turma Criminal, embora conste de sua estrutura, também, uma Seção Criminal, que é integrada pela Turma e pelo Desembargador Vice-Presidente, que, embora com direito a voto, não funciona como Relator ou Revisor. E a essa Seção Criminal, assim ampliada, estatuiu o Regimento atribuir competência para julgar revisões criminais e embargos infringentes e de nulidade em matéria criminal.

É certo que, em relação aos embargos, o art. 609 do Código de Processo Penal deixa à organização judiciária a determinação da competência para o seu processo e julgamento, daí porque tem sido entendido como correta a orientação do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Mas, em relação às revisões criminais, prevalece a norma acima transcrita sobre a do referido Regimento, daí porque, tais processos se incluem na competência das Turmas ou Câmaras Criminais Reunidas, ou, quando exista apenas uma, do Tribunal Pleno.

A criação de novo órgão, sob inspiração da Lei Orgânica da Magistratura, com a denominação de Seção Criminal, ampliada a composição da Turma com a presença do Desembargador Vice-Presidente, não tem o condão de suprir a exigência de Turmas reunidas, para o julgamento das revisões criminais.

O recurso traz notícia de recente acórdão do Supremo Tribunal Federal, publicado no Diário da Justiça, edição de 05 de maio de 1989, julgamento realizado em 31 de março do mesmo ano, relatado pelo Sr. Ministro Moreira Alves, encimado pela seguinte ementa:

“*Habeas Corpus*. Revisão criminal. Competência do Plenário do Tribunal de Justiça para julgá-lo.

Continua em vigor a norma do artigo 624, § 2º, do Código de Processo Penal, por conciliar, no tocante à revisão criminal a que se refere, com os dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. *Habeas corpus* deferido, para anular o acórdão proferido pela Turma, e determinar que o julgamento se faça pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios” (HC 67.121-7-DF).

Leio o voto do Sr. Ministro Relator, que se acha reproduzido às fls. 104/105 destes autos: (lê).

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para cassar o acórdão recorrido, de sorte a que o feito seja julgado pelo plenário do Tribunal competente, nos termos da norma federal indicada.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.585 — DF — (Reg. nº 9028116) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recorrente: Túlio Irineu de Souza. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal. Advogada: Dra. Raimunda Ceará Serra Azul

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento para cassar o acórdão recorrido, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 23-10-90 — 6ª Turma).

Votaram os Exmos. Srs. Ministros William Patterson, José Cândido, Carlos Thibau e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 2599 — RS

(Registro nº 90.2846-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Banco Itau S.A.*

Recorrida: *Guanasul Empreendimentos Imobiliários Ltda*

Advogadas: *Dras. Lélia Luíza Mussói e outros e Maria Helena Janusz*

EMENTA: Alienação fiduciária. Bens fungíveis.

A legislação de regência não veda a alienação fiduciária em garantia de bem fungível. Situação em que a custódia tem a natureza do depósito irregular.

Precedentes do STF.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em preliminar e por unanimidade, conhecer do recurso especial, e no mérito, por maioria, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro que negavam-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de agosto de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Admitido foi o recurso na conformidade da decisão da Presidência do Tribunal de origem:

“I — Tendo em vista decisão do Supremo Tribunal Federal (fl. 58 dos autos em apenso), examino a admissibilidade do recurso especial, em que se converteu, *ipso jure*, o presente recurso extraordinário, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c* da Constituição Federal.

II — Irresignado, recorre Banco Itaú S.A. da v. decisão da Egrégia 6ª Câmara Cível deste Tribunal, em acórdão cuja ementa define:

“Alienação fiduciária. Não constituem objeto possível dela os bens fungíveis, e menos ainda os eminentemente perecíveis, como frutas *in natura*, e destinados à venda. Jurisprudência em contrário: equívoco manifesto de sua fundamentação.

Apelação não provida.” (fl. 77)

Alega o recorrente, com fundamento nas alíneas *a* e *c*, do inciso III, do art. 105 da Magna Carta negativa de vigência ao art. 66, § 3º da Lei nº 4.728/65, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 911/69 “e dos éditos emanados do Conselho Monetário Nacional, na forma da Lei nº 4.595 de 31-12-64”, além de divergência com julgados de outros Tribunais do País.

Decorreu *in albis* o prazo para impugnação (Certidão de fl. 164).

II — O recurso merece seguimento, tanto pela alínea *a* como pela alínea *c*.

Encontram-se ambas as Turmas do Excelso Pretório firmadas no sentido de que em face do § 3º, do art. 66 da Lei nº 4.728/65, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 911/69, as coisas fungíveis podem ser objeto de alienação fiduciária, decorrendo tal entendimento da “evidência de que a prova exigida ao proprietário fiduciário é feita em face do terceiro, adquirente dos bens, e não em face do devedor” (v.g. R.E 101.356, *in* RTJ 116, p. 1098).

Com relação ao dissídio jurisprudencial, o v. acórdão recorrido dissentiu das teses adotadas pelos paradigmas, os quais admitem alienação fiduciária de bens fungíveis.

III — Pelo exposto, admito o recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c*, do inciso III, do art. 105 da Magna Carta.” (fls. 165/166).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Alienação fiduciária. Bens fungíveis.

A legislação de regência não veda a alienação fiduciária em garantia de bem fungível. Situação em que a custódia tem a natureza do depósito irregular.

Precedentes do STF.

Recurso especial provido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Apoiado nos ensinamentos doutrinários de Moreira Alves e Pontes de Miranda tenho manifestado ponto de vista contrário ao respeitável posicionamento do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Assim votei no REsp 1.922 — RS.

Não tenho motivos para modificar meu entendimento, pois a legislação vigente não veda a alienação fiduciária em garantia de bem fungível.

É o que se deduz do disposto no art. 66, § 3º, da Lei nº 4.728/65: “Se a coisa alienada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros da identidade dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor”.

Por outro lado, a custódia dos bens fungíveis alienados tem a natureza do depósito irregular.

De harmonia com o exposto e com a jurisprudência da Suprema Corte, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: O devedor alienou em garantia ao credor mercadorias do seu negócio, identificadas pelas espécies, qualidade e quantidade, tais como caixas de pêssegos, morangos extra-inteiros e figos inteiros-especiais. E ficou na posse direta dos mesmos como fiel depositário.

Deixou ele de pagar o débito, sendo requerida a busca e apreensão da mercadoria, que não foi achada. A conversão do processo em ação de depósito foi negada e o magistrado julgou improcedente a ação, por achar que os bens, fungíveis e essencialmente perecíveis, não serviam ao propósito da alienação fiduciária.

O Tribunal confirmou a sentença, em acórdão assim ementado:

“Alienação fiduciária. Não constituem objeto possível dela os bens fungíveis e menos ainda os eminentes perecíveis, como

frutas *in natura* e destinadas à venda. Jurisprudência em contrário: equívoco manifesto de sua fundamentação.

Apelação não provida.”

(fl. 77)

O relator foi o Des. Adroaldo Furtado Fabrício, que acha absurdez lógica e jurídica a da corrente contrária à que lidera. Para ele a fungibilidade é naturalmente excludente da alienação fiduciária, pois a destinação das coisas fungíveis e perecíveis é circular ou transformar-se, ficando difícil compreender-se o dever de guarda inerente à posição jurídica de quem detém o alheio e por isso deve manter-se em condições de restituir.

É ponderável o seu receio das conseqüências do alargamento dessa especialíssima garantia a todo e qualquer empréstimo em dinheiro e, por essa via, de consagrar-se a prisão por dívida em afronta à vedação constitucional. A equiparação do alienante em fidúcia ao depositário violentaria o conceito jurídico do depósito, bem como o alargamento dela aos mútuos em geral.

Sem desmerecer de tais argumentos, resta ponderar, porém, que o julgador nada tem a ver com as demasias da lei, para arvorar-se em guardião da pureza do instituto, que o legislador, as autoridades financeiras e os interessados vulgarizam. Não podemos, a pretexto de interpretar os textos, nos colocar no extremo oposto ao da liberalização.

De qualquer modo — conforme acentuou, em outro caso, o Des. Cezar Schmitt, do mesmo Tribunal — a lei não fez restrições ao instituto, nem lhe delimitou o campo de incidência no contexto das operações financeiras. Assim, a alienação fiduciária em garantia insere-se no mesmo plano das demais garantias, como opção, e não visa apenas ao resguardo do crédito, mas também ao interesse do mutuário. O art. 66, da Lei nº 4728/65, com as modificações do Decreto-Lei nº 911/69, não restringe a alienação fiduciária ao chamado crédito direto ao consumidor, daí porque os tribunais alargaram-lhe a incidência às operações de crédito de todo o sistema financeiro e aos consórcios.

Essa é orientação do STF, mesmo admitindo alguns dos seus Ministros a ilogicidade da lei, isto é, que as coisas fungíveis possam ser objeto de alienação fiduciária. Mas, conforme ficou acentuado no julgamento do RE nº 99.629/MG (2ª Turma, RTJ 106/887), graças ao disposto no art. 66, § 3º, da Lei nº 4728/65, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 911/69, mesmo as coisas que não constituam *corpus certum* podem ser alienadas fiduciariamente.

Nesse julgamento acentuou-se, em face do art. 66, § 3º, a possibilidade da transferência em garantia, ou seja, a substituição das coisas vendidas pelo mutuário a terceiros, quando não se identifiquem por número, marca ou sinal. Para não ser violado o direito do mutuante, bastaria manter em estoque maior

quantidade de mercadoria, ainda que não seja a mesma alienada fiduciariamente.

O STF está sendo alvo de críticas injustas, porque teria apenas aderido, sem maior exame, ao doutrinamento do Ministro Moreira Alves. Mas é grande a série de julgados daquela Corte em que a matéria foi ponderada. Veja-se, por exemplo, a questão do depósito da coisa e o risco da prisão do devedor. No julgamento do HC nº 59.113/SP (RTJ 102/563), o Ministro Clovis Ramalhete disse que não estava desatento a respeito da norma constitucional que proíbe a prisão por dívida. O seu entendimento assentava em que a Constituição não define o que seja depósito e acolhe, subentendidamente, a sua conceituação civil. Daí porque, utilizando o Decreto-Lei nº 911/69, no seu art. 4º, a palavra depósito, fê-lo esvaziando-a de seu conteúdo jurídico e para legalizar a prisão por dívida. A relação do depositário com a coisa é a mera detenção. Mas tal não se dá na alienação fiduciária, onde o mutuário detém a posse direta do bem. Assim, não há depósito na espécie, mas posse.

Por esse caminho, talvez fosse possível coibir aquilo a que o Ministro Clovis Ramalhete chama de devaneio malicioso do legislador, que, bem analisado, poderá acercar-se da inconstitucionalidade. Se a lei, nessa parte, for reconhecidamente fraudulenta, há que por-lhe o devido cobro pelo vício maior. É certo que o Ministro Clovis Ramalhete não teve o apoio da corte, mas lançou a semente. Como essa matéria provavelmente subirá ao STF e a sua composição está modificada, pode ser que se retome o exame da matéria. Lembro que essa é a orientação do Tribunal de Alçada Civil, de São Paulo, que lemos na transcrição de voto do Ministro Carlos Madeira, mas não seguida pelo STF, a saber:

“Ora, embora a lei diga que o alienante fiduciário é equiparado a depositário, na verdade depositário ele não é, pois que inexistente contrato de depósito. E a Constituição quando permite a prisão do depositário infiel, evidentemente não autoriza a prisão de quem não é depositário. E a lei não pode transformar em depositário quem não é, para fins de prisão, porque se choca com o espírito da Constituição.

Assim, estamos frente a mera prisão por dívida, expressamente proibida pelo § 17 do art. 153 da Constituição.”

(RE nº 101.356/SP, RTJ 116/1098)

O recorrente menciona, a propósito das mercadorias alienadas fiduciariamente, que a egrégia Câmara julgadora ter-se-ia referido às mesmas como sendo frutas *in natura*, quando eram, na realidade, frutas enlatadas. Não fosse assim, cento e cinquenta caixas de pêssegos em fatia teriam perecido no mesmo dia em que fossem fatiadas. Nem seria possível terem participado da garantia

contratual, pelo risco de perecerem até mesmo antes da instrumentação do contrato. Tratava-se, é certo, de bens perecíveis, mas não *in natura* e sim industrializados.

Voto com o relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: De acordo com o voto que proferi no REsp nº 1.922, após pedido de vista, conheço do recurso pelo dissídio, mas nego-lhe provimento, *data venia*.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A questão pertinente à alienação fiduciária de bens fungíveis enseja divergência jurisprudencial, devendo-se assinalar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal tinha firmado sua orientação no sentido de que era possível. Na doutrina, encontra-se afirmação de que logicamente não o poderiam ser (Moreira Alves — Da Alienação Fiduciária em Garantia — Saraiva — 1973 — p 105). O bem há de ser coisa certa, individualizada (Orlando Gomes — Alienação Fiduciária em Garantia — Rev. Trib. — 2ª ed — p 55). Reconhecem, porém, esses próprios autores que a lei autorizou fossem tais bens objeto do negócio em exame. Fica realmente difícil negá-lo, em vista do que dispõe o § 3º do artigo 1º da Lei nº 4.728/65, redação do Decreto-lei nº 911/69.

Face ao direito vigente, por conseguinte, considero tenha-se que admitir como lícito sejam fiduciariamente, alienados, em garantia, bens fungíveis, ainda que nisso haja inconvenientes.

Cumpra ter-se em conta, porém, que não há confundir bens fungíveis com consumíveis. Frequentemente a coisa reúne as duas qualidades; não necessariamente, porém. Ora, parcelas significativas das objeções que se fazem à alienação fiduciária dos bens fungíveis diz respeito, em verdade, ao fato de serem consumíveis por determinação. Assim, as observações de Adroaldo Furtado Fabrício, transcritas no voto do Ministro Nilson Naves. São consumíveis os insumos que o industrial emprega na elaboração de outros produtos como o são os que constituem objeto de atividade mercantil, por isso mesmo que destinados a alienação (Código Civil artigo 51, parte final). Ora, se são consumíveis exatamente porque se destinam a serem usados pelo comerciante ou industrial, na atividade que lhe é específica, é evidente incoerência supor-se

que deva ele conservá-los, para entregá-los ao credor, em caso de não pagamento do débito. Ter-se-ia singular situação de alguém fazer um empréstimo e, ao mesmo tempo, assumir a obrigação de manter em estoque mercadorias de valor equivalentes, de que não poderia utilizar-se, posto que de sua utilização resulta o consumo.

Em relação a tais bens, é ilógico admitir-se alienação fiduciária e não há lei que obrigue a tolerá-la, ao contrário do que sucede com os fungíveis. Chocante seja dado em garantia um bem que se destina exatamente a ser consumido, não constituindo argumento bastante o de que pode ser repostado. Essa possibilidade nem sempre se apresenta concretamente o que faz a ameaça de prisão a verdadeira garantia do credor, devendo ser obstados contratos que conduzam a burla do texto constitucional.

Concluindo. Se o bem for simplesmente fungível, poderá ser fiduciariamente alienado, pois neste sentido dispõe a lei específica. Não assim, entretanto, se consumível, por destinar-se à indústria ou comércio de seu proprietário.

No caso, trata-se de bens destinados a comercialização. Consumíveis, por conseguinte.

Conheço do recurso, em virtude do dissídio, mas nego-lhe provimento.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de alienação fiduciária, com relação a bens fungíveis ou consumíveis. Assim como o eminente Ministro Cláudio Santos, tenho que a legislação pertinente não veda a alienação fiduciária em garantia de bem fungível, subsumindo-se neste os consumíveis, cuja custódia tem o caráter de depósito irregular.

Demais disso, se os pactuantes assim celebraram o negócio jurídico, o fizeram por atender a interesses recíprocos como forma de agilizarem o empréstimo com tal garantia.

Não impressiona, igualmente, a ameaça de prisão decorrente do texto legal pela eventual inexistência do bem em depósito, pois que não se o há de admiti-la quando, como sabido, se contrapõe ao princípio constitucional de impossibilidade de prisão por dívida.

Assim tenho como bem posta a questão do voto do Ministro Cláudio Santos que traz como supedâneo a esse entendimento a doutrina de Moreira Alves e Pontes de Miranda.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2599 — RS — (Reg. nº 902846-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Banco Itaú S.A. Recorrido: Guanasul Empreendimentos Imobiliários Ltda. Advogados: Dras. Lélia Luísa Missói e outros e Maria Helena Janusz.

Decisão: A Turma, em preliminar e por unanimidade, conheceu do recurso especial, e no mérito, por maioria, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro, que negavam-lhe provimento (em 27-08-90 — 3ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Gueiros Leite e Waldemar Zveiter votaram com o Exmo. Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.667 — ES (Registro nº 90.3084-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Formulários Contínuos S/A*

Recorrida: *Telecomunicações do Espírito Santo S.A. — TELEST*

Advogados: *Drs. Rodrigo Loureiro Martins e outros e Ilias F. Cardoso dos Santos*

EMENTA: Processual civil. Civil. Aplicação do princípio *jura novit curia*. Compra e venda. Cláusula de garantia de qualidade. Decadência ou prescrição. Inocorrência.

Aos fatos narrados na inicial o juízo ordinário, com aplicação do princípio *jura novit curia*, fez incidir, acertadamente, o direito escrito relativo à indenização face ao ilícito contratual.

Garantindo o contrato de compra e venda a qualidade do material fornecido, não se cogita de ação redibitória ou de ação *quantum minoris*. Inocorrência de decadência ou prescrição do direito à denúncia do contrato ou do direito de ação.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, devendo-se alterar a distribuição e autuação, para inverterem-se as posições em que figuram, como recorrente, Formulários Contínuos S.A. e, como recorrida, Telecomunicações do Espírito Santos S.A. — TELEST, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 04 de setembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, 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, alíneas *a* e *c* da Constituição, a conter alegação de contrariedade aos arts. 128, do CPC, 178, § 2º, do CC, e 211, do C. Com., bem assim dissídio jurisprudencial, em face do acórdão recorrido assim ementado:

“Ação de perdas e danos. Preliminar rejeitada. Compra e venda. Material não correspondente às especificações técnicas exigidas. Indenização devida. Sentença confirmada.

Não se tratando de reclamação contra defeitos ou vícios ocultos e, sim, de modalidade de “venda a contento”, pois a ação foi proposta em razão da diferença de qualidade e não em face de vício de qualidade da mercadoria, não caberia o depósito em juízo dos formulários recusados no prazo de 10 (dez) dias, para a propositura da ação, por não se aplicar ao caso o artigo 211 do Código Comercial.

Por outro lado, afastada a figura da venda pura e simples ou de que a recusa tenha resultado da existência de vícios ou defeitos ocultos, afastada está, também, a decadência ou prescrição, veiculada no artigo 178, § 2º do Código Civil.

No mérito, comprovado especialmente pelo parecer técnico do perito do Juízo que os formulários fabricados e fornecidos pela apelante não correspondem, na íntegra, às especificações técnicas constantes da “ordem de compra” da apelada, tal fato gera a

rescisão do contrato, com a conseqüente indenização, como estabelecida na sentença.” (fl. 190)

A Presidência do Tribunal *a quo* considerou desatendidas as exigências regimentais quanto ao dissenso interpretativo, mas admitiu o recurso pela alínea *a* do permissivo constitucional.

Apresentadas novas razões pelas partes, os autos foram enviados a esta Superior Instância.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual civil. Civil. Aplicação do princípio *jura novit curia*. Compra e venda. Cláusula de garantia de qualidade. Decadência ou prescrição. Inocorrência.

Aos fatos narrados na inicial, o juízo ordinários, com aplicação do princípio *jura novit curia*, fez incidir, acertadamente, o direito escrito relativo à indenização face ao ilícito contratual.

Garantindo o contrato de compra e venda a qualidade do material fornecido, não se cogita de ação redibitória ou de ação *quantum minoris*. Inocorrência de decadência ou prescrição do direito à denúncia do contrato ou do direito de ação.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Sustenta a recorrente que o julgador singular, em sentença mantida pelo E. Tribunal do Espírito Santo, decidiu a lide fora dos limites em que foi proposta, ofendendo, assim, o art. 128 do ordenamento processual regente.

Alega a recorrente que, na inicial da ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos, a autora, ora recorrida, expôs sua pretensão com base nos vícios ou defeitos do material fornecido, formulários para conta telefônica, entretanto, a ação foi julgada procedente porque se curava de modalidade de “venda a contento”, e a mercadoria fora fornecida em desacordo com as especificações, não obstante a cláusula de “garantia de qualidade”.

Com isso, o julgado recorrido afastou a incidência do art. 211 do Código Comercial, que dispõe sobre a reclamação de defeito na qualidade da mercadoria em dez (10) dias, a contar de seu recebimento, ou a aplicação do art. 178, § 2º do CC, que diz prescrever em quinze (15) dias a ação “para haver abatimento do preço da coisa móvel, recebida com vício redibitório, ou para rescindir o contrato e reaver o preço pago, mais perdas e danos”.

Não entendo que a razão esteja com a recorrente.

Na petição inicial o que se alega é haver a recorrida procedido a uma licitação para adquirir certa quantidade de formulários, vencida pela recorrente. Por ocasião da entrega da partida, verificou a recorrida que o material estava em desacordo com as especificações do pedido de compra. Não há naquela peça processual nenhuma alegação de vícios ou defeitos, mas desconformidade com as menções. Tais são, em apertada síntese, os fatos alegados.

Quanto ao direito, invocados foram os arts. 159 e 1.092 do Código Civil a disciplinar o direito à indenização pelo ilícito contratual e à rescisão do contrato com perdas e danos.

O juízo ordinário, aplicando o princípio *jura novit curia*, declarou inaplicável o art. 211 do Código Comercial, por se cuidar de modalidade de “venda a contento”, desacolhendo as preliminares levantadas e, diante das provas técnica e testemunhal, declarou rescindido o contrato de fornecimento e indenizáveis os prejuízos sofridos pela Telecomunicações do Espírito Santo S.A. — TELEST.

Não ocorreu, pois, a alegada ofensa ao art. 128 do CPC.

Em face do direito aplicável, igualmente, nenhuma afronta causou a decisão recorrida aos arts. 211 da lei comercial e 178, § 2º, do Código Civil, eis que não se cogita de venda mercantil pura e simples ou de venda de coisa móvel recebida com vício redibitório.

Daí, não ter havido a decadência ou a prescrição do direito de desfazer o negócio ou de agir judicialmente, através da ação redibitória ou da ação *quantum minoris*.

Na verdade, o prazo prescricional, no caso, seria, como salientado na sentença, vintenário.

Diante do exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.667 — ES — (Reg. nº 90.3084-6) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Formulários Contínuos S/A. Recorrida: Telecomunicações do Espírito Santo S/A — TELEST. Advogados: Drs. Rodrigo Loureiro Martins e outros, Ilias F. Cardoso dos Santos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator, devendo-se alterar a distribuição e autuação, para inverterem-se as posições em que figuram, como recorrente, Formulários Contínuos S/A. e, como recorrida, Telecomunicações do Espírito Santo S/A — TELEST (Em 04-09-90 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Gueiros Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.759 — RJ

(Registro nº 90.0003426-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima*

Recorrentes: *Alcir Molina da Costa e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Antônio Favaro de Moura*

Advogados: *Drs. Humberto Telles Machado de Souza e Sylla Ribeiro*

EMENTA: Recurso especial. Delito de trânsito nas vias urbanas. Dever de cautela do motorista.

1. É normal e constante a presença de pedestres nas vias urbanas comuns nas grandes cidades. Trata-se de fato previsível a exigir de motorista de coletivo, com visão privilegiada, a necessária cautela (CNT, art. 83, XI).

Se a vítima — menor de 15 anos de idade — começara a atravessar a pista sinalizada por semáforo e estando o veículo parado aguardando a sua vez, age imprudentemente o motorista que movimenta a máquina antes que a pedestre concluísse a travessia, provocando-lhe a morte.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma, por unanimidade, não conhecer do primeiro recurso e conhecer do segundo, para restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado, objetivando a reforma do r. acórdão de fls. 102/107, proferido em grau de recurso pela 4ª Câmara Criminal do Estado do Rio de Janeiro para absolver Antônio Favaro de Moura, condenado pelo Juízo *a quo* a um ano de detenção, suspensa a pena por dois anos, por infringência do § 3º do art. 121 do Código Penal.

O v. acórdão recorrido se assenta em dois fundamentos, a saber: a) nas vias urbanas de intenso tráfego a *obligatio ad diligentiam* se transfere ao pedestre; e b) não ficou provado que o motorista concorreu para o evento.

O recorrente alega dissenso jurisprudencial, argumentando, fundamentalmente:

“Como se verifica, em todas as decisões apontadas, *o dever de cautela é do motorista do veículo*, mesmo quando e se, o que não é o caso dos autos, a vítima possa ter agido sem o cuidado necessário na dinâmica do evento.” (*ut. fl.* 113)

Opina o ilustrado Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

Relatei.

VOTO

EMENTA: Recurso especial. Delito de trânsito nas vias urbanas. Dever de cautela do motorista.

1. É normal e constante a presença de pedestres nas vias urbanas comuns nas grandes cidades. Trata-se de fato previsível a exigir de motorista de coletivo, com visão privilegiada, a necessária cautela (CNT, art. 83, XI).

Se a vítima — menor de 15 anos de idade — começara a atravessar a pista sinalizada por semáforo e estando o veículo parado aguardando a sua vez, age imprudentemente o motorista que movimenta a máquina antes que a pedestre concluísse a travessia, provocando-lhe a morte.

2. Recurso especial conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): O acórdão recorrido está precedido da seguinte ementa:

“Acidente de trânsito. Conceito jurídico da teoria da previsibilidade. Delito não caracterizado. Prova insuficiente para informar o juízo de reprovação.

Nas vias urbanas de intenso tráfego, transfere-se ao pedestre a *obligatio ad diligentiam*, a quem cabe exclusivamente tomar as necessárias cautelas para a travessia, mormente quando lhe são desfavoráveis as condições de tráfego.

Em tema de delito culposo, no respeitante ao trânsito, a previsibilidade há de ser temperada pelo princípio da recíproca confiança que deve estar presente diante das necessárias regras e cautelas que de todos são exigidas.

Não provado suficientemente que o motorista concorreu para o evento com qualquer modalidade de culpa, incabível, por injusta, a solução condenatória.

Provimento para absolver.” (fl. 102)

O dissenso pretoriano está positivado, tal como anotou o Dr. Petrônio Maranhão Gomes de Sá em seu parecer:

“Os cinco acórdãos apontados como paradigmas pelo recorrente, todos são unânimes em apontar como do motorista essa responsabilidade, e não do pedestre. Assim, como exemplo, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que se acha reproduzido à fl. 112, *verbis*:

“Acidente de trânsito. Atropelamento. Imprudência. Condenação mantida.

Nas vias urbanas é fato previsível, por ser rotineiro, a presença de pedestres atravessando as mesmas e, por isso, a carga do motorista fica a obrigação de cautela. Quem em tais condições vem a atropelar alguém só se exime de responsabilidade se anormal for a conduta da vítima.”

Não importa aqui, por se tratar de recurso especial, as circunstâncias do evento, nem as provas coligidas no curso da instrução. Importa tão-só a tese ora em dissenso.

E no entender do signatário razão assiste ao recorrente. A responsabilidade pela cautela, no tocante aos acidentes em vias públicas urbanas, é de ordinário do motorista, só devendo ser excluída em caso de anormal imprudência do pedestre.

Se se tratasse de uma via expressa, rodoviária, aí não, a situação seria outra.” (fl. 157)

Além deste, os demais precedentes nas fls. 115/119 ratificam a assertiva, daí porque conheço do recurso especial.

O laudo técnico esclarece:

“O campo visual do condutor do coletivo, dava-lhe uma visibilidade excelente do local pois, mesmo que a vítima tentasse atravessar a rua com o sinal luminoso desfavorável (fechado para ela), e o veículo trafegasse no sentido de convergir à esquerda para ingressar na rua Professor Gabizo, o mesmo teria que trafegar em velocidade moderada, e se tal fato tivesse ocorrido, o mesmo teria tempo suficiente para evitar o atropelamento, haja vista, que a vítima já havia iniciado a travessia, partindo da esquerda do condutor (do passeio público), quando foi atingida primeiramente pela lataria do veículo, e em seguida pelas suas rodas. O fato dos signatários admitirem a possibilidade do condutor ter evitado o atropelamento mesmo que a vítima tivesse tentado atravessar a rua com o sinal desfavorável, é que a mesma já havia percorrido mais da metade da travessia, não havendo a possibilidade do fator surpresa por parte do condutor, pois, se tal ocorresse, a distância entre o passeio público de onde partira a vítima, até o local onde jazia, não seria de 3,40 m, e sim muito menor; 8) Ainda com relação ao campo visual do condutor, na hipótese do mesmo encontrar-se parado aguardando a abertura do sinal para o momento oportuno de sua partida, caso a vítima tivesse iniciado a travessia e o sinal fechasse para ela, o condutor do veículo teria por obrigação dar preferência de passagem.” (fls. 42/43)

As fotografias do local mostram que a estudante estava a concluir a passagem da rua e já perto do meio-fio, quando foi atingida pelas rodas traseiras do ônibus.

As testemunhas não discrepam. Confirma-se os depoimentos de fls. 69/70. A prova, assim, não é conflitante.

O Código Nacional do Trânsito impõe como dever de todo motorista dirigir com atenção e os cuidados indispensáveis à segurança do trânsito. Especificante:

“Art. 83 — É dever de todo condutor de veículos:

.....
XI — Dar preferência de passagem aos pedestres que estiverem atravessando a via transversal na qual vai entrar, aos que ainda não hajam concluído a travessia, quando houver mudança de sinal, e aos que se encontrem nas faixas a eles destinadas, onde não houver sinalização;”

De conseqüência, nas vias urbanas comuns e nas grandes cidades, é constante e normal a presença de pedestres, fato previsível a exigir de motorista de coletivo habituado a passar pelo local sinalizado em diferentes horários, e com visão privilegiada, redobrada prudência e cautela especial, de modo a evitar acidentes. Fica isento de culpa, se comprovado que a vítima age abruptamente correndo à frente do veículo. Não quando, ela quase concluía a travessia da rua, e o motorista, que estava com o coletivo parado no semáforo, o movimentava logo que o sinal verde lhe indica a passagem, porém antes que a vítima menor chegasse ao meio-fio, atropelando-a, com perda fatal.

De conseqüência, conheço do recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado, com apoio na alínea c, do item III, do art. 105 da Constituição, dando-lhe provimento para restabelecer a sentença.

É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, estou de pleno acordo com o voto do eminente Ministro Relator.

Nas regiões urbanas de intenso tráfego de pessoas, o dever de prudência do motorista não cessa com a simples abertura do sinal verde. Se fosse assim, o sinal verde não seria apenas uma autorização para trafegar, mas também uma autorização para matar. No caso dos autos, ainda que o sinal fosse verde, o ato de imprudência não estaria ausente no excesso de velocidade e no atropelamento feito nas condições relatadas.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.759 — RJ — (Reg. nº 90.0003426-4) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima. Recorrente: Alcir Molina da Costa e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Antônio Favaro de Moura. Advogados: Drs. Humberto Telles Machado de Souza e Sylla Ribeiro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do primeiro recurso e conheceu do segundo, para restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau (Em 18-06-90 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Exmos. Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal e José Dantas. Ausente o Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO ESPECIAL Nº 3.234 — RJ

(Registro nº 90.4817-6)

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

Recorrente: *Márcio Pinheiro Mello*

Recorrido: *Condomínio do Edifício Pereira da Silva*

Advogados: *Drs. Humberto Pires Ferreira Filho e outros e Ércio de Andrade Braga e outros*

EMENTA: Condomínio. Alteração de coisa comum. *Quorum* necessário para a deliberação.

Não se cuidando de modificação que importe em transformação da substância ou destino da coisa, prescindível é o consenso unânime dos condôminos. Inteligência do art. 628 do Código Civil.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de setembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação de procedimento sumaríssimo proposta por Márcio Pinheiro Mello contra o Condomínio do Edifício Pereira da Silva, objetivando o autor — proprietário do apto. nº 930 — obstar a construção de uma quadra polivalente de esportes para futebol, volei e basquete. Alegou o demandante que a obra foi aprovada em assembléia por um grupo de 10 condôminos de um total de 160, a qual será erigida em área de uso comum, onde funciona o *play-ground* para crianças de até 4 anos. Sustentou que a benfeitoria é voluptuária, exigindo a aprovação unânime dos condôminos, nos termos do art. 628 do Código Civil e da Convenção condominial e, mesmo que se a entenda como benfeitoria útil, há a

necessidade da aprovação da maioria qualificada de 2/3 (cláusula 18ª, parágrafo único, *a*, da Convenção do Condomínio). Pediu a decretação da nulidade de deliberação da assembléia que aprovou a proposta da construção da quadra de esportes, condenando-se o réu a repor o *play-ground* em seu estado original e, ainda, a compor as perdas e danos.

Em sua contestação, o Condomínio aduziu que mais de 2/3 dos condôminos estão de acordo com a obra, que se constitui na mudança de uma quadra de esportes já existente, situada em via de acesso do edifício, e que a transferência visa a melhorar as condições de entrada do Condomínio, evitando acidentes com moradores ou visitantes.

Em apenso, acha-se medida cautelar inominada, através da qual o mesmo requerente pleiteou a paralisação liminar das obras já iniciadas.

O MM. Juiz de Direito julgou improcedente a ação cautelar e a ação principal, qualificando a obra como necessária.

Manifestou o autor, irresignado, o recurso de apelação, a que a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento, por maioria de votos, em Acórdão encimado pela seguinte ementa:

“EMENTA: Condomínio. Mudança de destino de coisa comum. Omissa a convenção, impõe-se o consenso unânime dos condôminos para modificar a destinação da coisa, por isso que a mudança importa alterar o exercício do direito do condômino sobre a coisa comum” (fl. 120).

O réu, de seu turno, ofereceu embargos infringentes, buscando a extinção do feito diante da alienação pelo autor de sua unidade habitacional. No mérito, postulou a prevalência do voto vencido, lavrado pelo Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves, vazado nestes termos:

“*Data venia* da ilustre maioria, negava provimento ao recurso para confirmar a respeitável sentença de fls. 82/88, que julgou improcedente a ação.

A assembléia dos condôminos, pela maioria dos presentes, deliberou mudar de local o *play-ground* para crianças de até quatro anos de idade.

A cláusula 18ª da convenção, citada pelo autor no item 9 da inicial (fl. 4), está assim redigida:

‘Cláusula décima oitava — Nas assembléias gerais extraordinárias, os resultados das votações serão computados por maioria de votos calculados sobre o número dos presentes à vista do ‘livro de presença’ por todos assinado, salvo o disposto no parágrafo único deste artigo, e no § 1º da cláusula décima segunda.

‘Parágrafo único — Será exigida maioria qualificada ou unanimidade nos seguintes casos:...

c) Será exigida unanimidade para aprovar modificações na estrutura ou no aspecto arquitetônico do edifício, bem como a realização de benfeitorias meramente voluptuárias’.

Pretende o autor a nulidade da decisão tomada na Assembleia Geral Extraordinária de 12-02-1987 (doc. de fls. 26/28), presentes 18 (dezoito) condôminos (total de 160 (cento e sessenta unidades), tendo 12 (doze) votado a favor, 4 (quatro) contra e 2 (dois) se abstiveram. O autor, como está na ata e reponta a sentença, ‘considera a obra supérflua, e sua execução violadora da convenção’.

A obra não é supérflua, mas necessária para o bem da comunidade integrada no condomínio. É correta, data venia, a observação da sentença:

‘Uma coisa logo chama a atenção nas diversas assembleias que precederam àquela inquinada de nulidade: É que vários condôminos sempre fazem referência ao risco de vida que correm as crianças que freqüentam o *play-ground*, em conseqüência de atos de vandalismo, e lançamento de objetos das janelas dos apartamentos virados para aquele local (fls. 12, 26), e referência não contestada, de que uma criança já fraturou o crânio naquele local. E o autor não contestou nenhum destes fatos: Apenas fundamenta seu pedido em irregularidades que teriam havido, por falta de *quorum* na votação. Como se tudo não passasse de um capricho, de uma vontade desconsiderada.’

O condomínio é uma relação de igualdade, equilíbrio e disposição, incumbindo a sua administração aos condôminos, conforme deliberar o voto da maioria.

É importante distinguir com Nicola Stolfi (Dirito Civile, vol. II, parte 1ª, nº 508), citado por Carlos Maximiliano os atos de administração dos atos de disposição. Os primeiros referem-se ao aproveitamento e à conservação do objeto da co-propriedade e são de efeitos transitórios; não extinguem, modificam ou transmitem uma relação jurídica que afete a essência da coisa comum; visam melhor uso e gozo da mesma e lhe aumentam a utilidade; os segundos, isto é, os atos de disposição atingem diretamente um direito ou relação jurídica, extinguindo-os, modificando-os, transmitindo-os. E concluindo: ‘Autoriza os atos de administração a maioria dos compartes; para os de disposição é indispensá-

vel a unanimidade' (*In Condomínio* — Ed. Freitas Bastos, 1.944, nº 29).

Assim, a deliberação da maioria sobre os atos de administração refletem-se em relação à minoria, impõe-se como se fora mandamento legal.

Na mudança do *play-ground* não há lesão, mas benefício para a comunhão, sem contrariar o destino da coisa. E esse ato é de simples administração, não devendo o Judiciário intervir, por não existir vício na deliberação, que prevalece na integridade de sua soberania, mesmo que daí pudesse resultar incômodo ou sacrifício para algum condômino, o que parece não existir em relação ao autor.

A matéria é regulada pela Lei nº 4.591/64, não desrespeitada no fim social a que busca proteger, impondo normas de convivência aos condôminos.

O perigo a que ficam expostas as crianças retira da obra o seu caráter de voluptuária, sendo na realidade necessária. E o próprio autor fez parte da comissão encarregada de estudar alternativas para a mudança do *play-ground* (fl. 15), deixando evidente o seu propósito caprichoso ao intentar, sozinho, a presente ação.

A inovação, corretamente, foi tomada pela maioria, não contraria o destino da coisa e nenhum prejuízo acarreta ao autor.

O condomínio-réu fez juntar aos autos abaixo assinado com assinaturas que representam 109 (cento e nove) unidades, todos manifestando a sua concordância com a obra, e realçando o perigo a que ficam expostas as crianças com a atual situação (fls. 74/77).

Aqui não há alteração ou substituição do destino da coisa, por isso *não é exigido o consentimento unânime dos condôminos*. O destino decorre da essência e da natureza do objeto, que continuará sendo o *play-ground* para as crianças. E não há em tudo o que se deliberou em assembléia a mínima arbitrariedade, mas uma adequada colocação social, ditada pelo interesse geral no uso da coisa comum. Aí está estritamente o poder de administrar.

Por tais fundamentos, negava provimento ao recurso" (fls. 122/126).

À unanimidade, o 3º Grupo de Câmaras Cíveis recebeu os embargos para julgar improcedente o pedido inicial. A ementa do julgado consignou:

“Procedimento sumaríssimo de condômino perante o condomínio, contra pretensão da maioria de construir uma quadra polivalente de esportes em área de uso comum. Sentença de improcedência, com acórdão por maioria a reformando, para acolher o pedido inicial, contrário à mudança na destinação de coisa comum que, silente a lei e a convenção a respeito, recomenda a unanimidade. Provimento dos embargos, nos termos do voto vencido” (fl. 145).

O autor opôs embargos declaratórios, afirmando que o Acórdão não enfrentou a questão concernente à aplicabilidade do art. 628 do Código Civil. Tais embargos foram repelidos mediante decisório assim ementado:

“O art. 628 do Código Civil, relativo ao condomínio clássico, tem sua amplitude regulamentar atenuada no condomínio especial ou por unidades autônomas e se a este aplicável, está implícito no acórdão embargado. Desprovimento dos embargos” (fl. 152).

Ainda inconformado, o acionante manejou recurso extraordinário, com arguição de relevância, alegando negativa de vigência do art. 628 do Código Civil. Asseverou o recorrente que tal preceito é aplicável ao condomínio especial da Lei nº 4.591/64, tendo sido ele contrariado ao ser autorizada a modificação do estado da coisa comum por maioria.

Considerado o recurso como convertido em especial, o Presidente do Tribunal *a quo* inadmitiu-o. O autor tirou agravo de instrumento, que foi provido para melhor exame. Com as razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Os fatos sobre os quais versa a lide são certos: através da deliberação havida em assembléia, a maioria dos condôminos presentes aprovou a construção de uma quadra esportiva polivalente no local onde funcionava o *play-ground*, cujos equipamentos foram transferidos, em sua quase totalidade, para uma área “verde” no mesmo condomínio.

O ponto fulcral do presente apelo extremo diz com a necessidade ou não do consenso unânime dos condôminos para a modificação operada, ou seja, a implantação da quadra de esportes e a remoção do *play-ground* para outro local.

Comentando a invocada norma do art. 628 do Código Civil. Clóvis Bevilacqua registrou que o “conceito de alteração não é determinado pelo Código. Mas, de um modo geral, deve entender-se que a alteração proibida é a que muda o destino da coisa, ou lhe transforma o modo de ser, como quando de um terreno de cultura se faz um campo de pastagem, ou se adapta uma casa de habitação individual a forma de habitação coletiva. As benfeitorias e melhoramentos, que aumentam as utilidades da coisa sem modificar-lhe o uso adotado, não são alterações” (Código Civil Comentado, vol. III, pág. 173, 5^a ed.).

Não é de outro sentir o magistério de Carlos Maximiliano, para quem “para alterar ou substituir o destino da coisa comum, ou agir em contrário ao mesmo, necessita, um co-proprietário, do assentimento de todos os outros” (Condomínio — Terras, apartamentos e andares perante o Direito, pág. 48, 2^a ed.). Mais adiante, o insigne jurista prelecionou que “não se consideram inovações ou alterações no sentido jurídico os atos de gestão ordinária, que tendem a conservar a coisa comum, melhorá-la ou lhe aumentar os réditos; nem, tampouco os atos de gestão extraordinária” (pág. 49).

No caso sob exame, a alteração não atinge a substância ou a destinação da coisa comum. Permanece o local como área de lazer, só que dirigida ao uso de adolescentes e seus pais. O *play-ground* foi deslocado para área de maior segurança, longe do risco que corriam as crianças de tenra idade em face da eventual queda ou lançamento de objetos das janelas dos apartamentos. Cuida-se aí de ato de mera gestão ordinária, que por isso mesmo não reclamava o consenso unânime dos co-proprietários. Não há que se falar, por conseguinte, em contrariedade ao disposto no art. 628 do Código Civil. Foi nesses termos que assentou a decisão recorrida, amparada no douto voto vencido da apelação que considerou no simples fato da mudança do *play-ground* a inexistência de lesão e sim “o benefício para a comunhão sem contrariar o destino da coisa” (fl. 125).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

· É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: É necessário ponderar que o art. 628 do Código Civil realmente é pertinente, na sua inteireza, ao condomínio clássico, único que existia nos tempos idos. Posteriormente, as modificações urbanísticas, de estilo de vida e de habitação trouxeram reflexos legislativos com a criação do condomínio vertical, com unidades habitacionais autônomas de propriedade exclusiva e com áreas de uso comum e, mais

modernamente, do próprio condomínio horizontal com áreas exclusivas e com áreas de uso comum. A administração e a regulamentação destes condomínios regem-se pelas normas da legislação posterior ao Código Civil.

Acompanho o Eminent Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.234 — RJ — (Reg. nº 90.4817-6) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Márcio Pinheiro Mello. Recorrido: Condomínio do Edifício Pereira da Silva. Advogados: Drs. Humberto Pires Ferreira Filho e Outros e Ércio de Andrade Braga e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (Em 25-9-90, 4ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.253 — RS

(Registro nº 90.0004866-4)

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

Recorrente: *Rossi e Cia/Ltda*

Recorrido: *Cia/Siderúrgica Belgo-Mineira*

Advogados: *Drs. Maria Luiza Costa Sitya e outro e João Glashester*

EMENTA: Direito comercial. Duplicatas não devolvidas. Triplicatas. Extração. Licitude. Lei nº 5.474/68, art. 23. Dissídio. Recurso conhecido mas desprovido.

I — Não veda a lei a extração de triplicata em face de retenção da duplicata pela sacada.

II — Inteligência do art. 23 da Lei nº 5.474/68.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas

taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1990 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Fundou-se o recurso, convertido em especial por força da relevância então argüida, em negativa de vigência ao art. 23 da Lei nº 5.474/68 e dissenso jurisprudencial, tendo sido admitido na origem apenas sob o último enfoque, ao argumento de que razoável a exegese dada no v. acórdão impugnado.

Em ação de anulação de triplicatas, c/c. cautelar de sustação de protesto, a r. sentença agasalhou ambas as pretensões, tendo sido desprovida a apelação da ré, por maioria, o que ensejou embargos infringentes, providos parcialmente com a seguinte ementa:

“Triplicatas. Ação anulatória e sustação de protesto. Interpretação dos arts. 23 e 13, § § 1º e 2º, da Lei nº 5.474/68.

Anulatória e cautelar acolhidas em primeiro grau; e, por maioria, em segundo, sob o fundamento de vedação da emissão de triplicatas depois de vencidas as duplicatas, e fora das hipóteses de extravio ou perda.

Embargos infringentes parcialmente acolhidos.

Duplicatas inaceitas e retidas pela empresa sacada, que, já em mora, efetuou pagamentos por conta, instrumentalizados em recibo avulso. Emissão de triplicatas, com vistas ao necessário protesto, para cobrança executiva do saldo. Licitude, por inexistente vedação expressa de sua criação nessas circunstâncias, e porque se há de equiparar dita retenção como perda das duplicatas.

Ação anulatória julgada improcedente; e procedente a cautelar, por abusivo o protesto das triplicatas, sem que nelas tenha sido ressalvada a quantia recebida por conta do principal e acessórios, — circunstância que inviabilizaria a emenda simples da mora; mediante o pagamento em cartório”.

Trazendo à colação arestos de outros tribunais, argumenta a autora-recorrente que o v. acórdão viola a norma do referido art 23, destoando da jurisprudência, uma vez que a extração de triplicatas somente se justificaria em casos de perda ou extravio de duplicatas.

A credora-recorrida, por seu turno, salientando a licitude da extração dos títulos, acrescentou:

“É de se registrar, em derradeiro, não ser exata a afirmativa da recorrente na introdução das suas razões finais, de que as duplicatas estavam inteiramente pagas! Não é verdade. Todo o debate da causa assentou nas circunstâncias plenamente provadas: a) de haver a devedora relapsa retido indevidamente as duplicatas que lhe foram entregues para os devidos aceites; b) haver a recorrente solicitado prorrogação dos vencimentos das cédulas (fl. 25 do 1º vol.); c) haver se obrigado, por escrito, a suportar “os ônus da demora” (fl. idem); d) haver feito pagamento por conta (fl. 99 do apenso). A recorrente, por conseguinte, não tem e nunca teve quitação dos títulos.”

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Afirmou a r. sentença que

“A possibilidade de extração de triplicata por perda ou extravio do título originário encontra seu enunciado normativo no art. 23 da Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, desde que aquela tenha os mesmos requisitos da duplicata, por serem iguais os efeitos de uma e de outra.

Se a triplicata visa substituir a duplicata, salta à vista que não pode extrapolar o conteúdo do título substituído, sob pena de não ter o mesmo efeito.

A triplicata é o espelho da realidade jurídica representada pela duplicata, da qual é a fiel reprodução.

Por força deste raciocínio, o valor contido na triplicata não pode reproduzir importância diferente daquele existente no título originário.”

E o v. acórdão proferido em grau de apelação, acentuando que a discussão se resumia em saber se o saque das triplicatas seria ou não legítimo, em face dos aspectos formais da Lei nº 5.474/68, concluiu pela negativa, admitindo-o

apenas nos casos de perda ou extravio das duplicatas, ou mesmo no caso de retenção, sem relevante razão de direito, circunstância que teria incorrido na espécie, aduzindo que a devolução das duplicatas tinha solução na própria Lei (art. 13, § 1º), com a extração do protesto e posterior execução, podendo ainda a credora, em via adequada, cobrar os ônus decorrentes da mora.

Diversamente, o Segundo Grupo Cível do eg. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul acolheu parcialmente os embargos para admitir a extração das triplicatas correspondentes às duplicatas inaceitas e retidas pela autora-sacada.

Conheço do recurso pelo dissídio mas o desprovejo.

Sem embargo da redação do art. 23 da Lei nº 5.474/68, que somente se refere às hipóteses de perda ou extravio, assim como da jurisprudência coligida pela autora-recorrente (RT 453/115-apel. 217.191, TJSP; Jur. Brasileira 45/78 — RE 90.577/4; RT 365/253), reputo mais razoável e acertado o entendimento a que chegou o v. acórdão recorrido, sendo também com ele afinado aresto do Supremo Tribunal Federal (RTJ 101/328), em cuja ementa se lê:

“Triplicata. Interpretação do art. 23 da Lei nº 5.474/68. É de considerar-se razoável, ainda possa não ser a melhor (Súmula 400), a interpretação do acórdão recorrido segundo a qual, “quando estão se defrontando na duplicata somente o sacador tomador e o sacado, como ocorre nas ocasiões em que o título continua a ser de propriedade daquele, com a plenitude de seus direitos de crédito, mas em poder deste, que o reteve ao lhe ser apresentado para aceitá-lo, a rigidez do mencionado art. 23 da Lei nº 5.474/68 deve ser abandonada. Aí, então, não se reclama exclusivamente perda ou extravio da duplicata para que o sacador crie a triplicata. Aquela continua a lhe pertencer, e não mais é permitida a sua negociação, porque, para tanto, é necessário o próprio título, a fim de lhe ser aposto o endosso. Nenhum risco, pois, correrá o sacado relativamente à dualidade de credores e, de sua parte, o tomado terá o ensejo de obter um novo instrumento de crédito e operá-lo”. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 95.983-1-SP, de 09-03-82, relator Ministro Soares Muñoz, RT 560/251 — não conferindo a citação de fl. 158, mas sim a de fl. 101 dos autos).

A propósito, o em. Relator do julgado guerreado, que fecunda seu pronunciamento com precedentes do mesmo Tribunal após registrar que

“a solução sugerida pelos julgados hostilizados, de pleitear em ação própria a correção monetária pendente, reverteria em prejuízo patrimonial de monta, uma vez que nessa hipótese, o termo *a quo* para a incidência da mesma seria o do ajuizamento

da ação e não do vencimento do título, conforme previsto no Decreto nº 6.899. Ademais, o objeto perseguido nesta ação é tão-somente o de ver reconhecida a legitimidade da emissão das triplicatas e possibilitar seu protesto para promover a execução (art. 15 da Lei das duplicatas), onde a embargada poderá se defender”,

salienta que

“em se tratando de título que não circulou, ou cujo endosso se tenha extinguido pelo reembolso ou baixa no estabelecimento cobrador, depois de permanecer retido em mãos do sacado, repugnaria ao bom senso, repita-se, não pudesse o sacador expedir dele uma triplicata, para apresentá-la a protesto por falta de pagamento! Por isso, a impossibilidade ou vedação da emissão de triplicata, que não tenha por causa o extravio ou a perda da respectiva duplicata, ou da emissão daquela depois do vencimento e com vistas à apresentação a protesto, — haveria de decorrer de texto expresso de lei.

Mas tal dispositivo inexistente. Nem se podem inferir tais restrições do disposto no artigo 23, da Lei nº 5.474/68”

“Dito preceito”, acrescenta,

“esgota-se na imposição desse ônus de emissão da triplicata, ao sacador da duplicata perdida ou extraviada, que a pretenda fazer circular, cobrar ou protestar. Não contém, entretanto, nenhuma vedação a que o sacador despojado da duplicata não quitada, por retenção dela em mãos do sacado, emita uma triplicata, e a apresente a protesto, em vez de, munido de uma outra cópia qualquer dela, comparecer perante o registrador e verbalmente fornecer-lhe os elementos respectivos para “protesto por indicação”.”

Fran Martins, versando o tema do protesto por indicação (“Títulos de Crédito”, Forense, 1980, 1ª ed. vol. II, nº 138, p. 207/208), ensina:

“A indicação já era conhecida da Lei nº 2.044, cujo art. 31 declara que, recusada a entrega da letra por aquele que a recebeu para firmar o aceite ou para efetuar o pagamento, o protesto poderá ser tirado ou por exemplar do título (no caso da lei das duplicatas por uma triplicata) ou, na falta, pelas indicações do protestante. Nestas condições, o protesto, na falta de devolução da duplicata, será feito mediante indicação do protestante, caso esse não tenha extraído triplicata para servir de documento à base do qual o oficial de protesto irá praticar os atos de sua competência.”

Como se vê, não obstante os termos da lei, doutrina e jurisprudência, esta inclusive com respaldo de julgado do Supremo Tribunal Federal, proferido na vigência do sistema constitucional anterior, que lhe dava a missão de guardião do direito federal, admitem a extradição de triplicatas por falta de devolução de duplicatas, pelo que desprovejo o recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.253 — RS — (Reg. nº 90.0004866-4) — Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. Recorrente: Rossi e Cia/Ltda. Recorrido: Cia/Siderúrgica Belgo-Mineira. Advogados: Drs. Maria Luiza Costa Sitya e outro e João Glashester.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento (4ª Turma — 23-10-90).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro e Athos Carneiro.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Bueno de Souza e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.330 — RJ

(Registro nº 90.0004991-1)

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

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

Recorrente: *Banco Itaú S/A*

Recorridos: *Bento Benigno Pinto de Oliveira e outros*

Advogados: *Drs. Maximiano José Gomes de Paiva e outros e*

Luiz Alfredo Giordani e outros

EMENTA: Despesas processuais. Sucumbência. Ação renovatória. Havendo os réus se limitado a impugnar o valor dos aluguéis, não se opondo à renovação, e tendo sido estes fixados em importância várias vezes superior à oferta, ficou reconhecido que justa sua resistência. Não é possível que do processo resulte danos para os réus que tinham razão. Arcará o autor com custas e honorários.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 09 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Por motivo de aposentadoria deixa o presente acórdão de ser assinado pelo Exmo. Sr. Ministro Presidente-RI-STJ-Art. 101 § 2º.

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Em ação renovatória de contrato de locação comercial (Decreto nº 24.150/34), mas sem oposição dos réus ao pedido renovatório, restando, assim, o conflito adstrito ao valor do aluguel mensal, concluiu a sentença:

“*Ex positis* e mais o que dos autos consta, por sentença, para que produza seus devidos e legais efeitos, julgo procedente, em parte, a presente ação, para, em consequência, renovar, em todas as suas cláusulas, por mais cinco anos, o contrato de comercial, correspondente ao fundo de comércio do autor, a contar de 01 de junho de 1987, e fixar o preço mensal do aluguel, no valor de Cz\$ 61.300,00 (sessenta e um mil e trezentos cruzados), determinando a expedição do competente mandado de averbação.

Custas *ex legi* e honorários do perito, *pro rata*, e honorários advocatícios, compensados.”

Apelaram os réus, inconformados com o valor do aluguel, o rateio das despesas e a compensação dos honorários advocatícios, e tiveram êxito nestes termos:

“... por unanimidade de votos, em dar provimento ao apelo, para elevar o aluguel mensal a Cz\$ 78.875,00, a partir do contrato renovado e, por maioria, condenou-se o apelado nos ônus sucumbenciais fixados em 10% sobre o valor da causa, vencido o Juiz Revisor que mantinha os ônus sucumbenciais e os repartia entre os litigantes.”

Quanto à parte em que não houve unanimidade, foram os embargos infringentes rejeitados, ainda por maioria, *in verbis*:

“Versa a hipótese Ação Renovatória, cingindo-se a controvérsia, exclusivamente, ao valor locativo, eis que os locadores não se opuseram à pretensão do autor.

Na inicial foi ofertado o aluguel de Cz\$ 17.606,77 (dezesete mil, seiscentos e seis cruzados e setenta e sete centavos), pleiteando os réus, em contestação, fosse o mesmo estabelecido em quantia não inferior a Cz\$ 60.000,00 (sessenta mil cruzados).

A sentença, fundada na prova técnica, fixou o aluguel em Cz\$ 61.300,00 (sessenta e um mil e trezentos cruzados), que foi elevado, pela Egrégia 2ª Câmara deste Tribunal, para Cz\$ 78.875,00 (setenta e oito mil, oitocentos e setenta e cinco cruzados).

É evidente que o locatário ficou totalmente vencido, devendo, por isso, arcar com os ônus da sucumbência, conforme previsto no artigo 20, do Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, não há como acolher-se os embargos, haja vista que, na divergência, quanto à condenação nas custas e verba honorária, *data venia*, correto foi o entendimento da douta maioria.”

Interposto o recurso extraordinário, com argüição de relevância, pelas anteriores alíneas *a* (ofensa aos arts. 20 e 21, do Cód, de Pr. Civil) e *d* (dissídio com o acórdão de fls. 184/6), veio ele a ser, antes, convertido em recurso especial, depois, inadmitido.

Provi o agravo de instrumento, em apenso, e determinei a subida dos autos principais, para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Trata-se de definir a responsabilidade por honorários advocatícios, em ação renovatória, com a controvérsia limitada ao valor do aluguel, posto que o locador não se opôs à renovação. De certo modo, o assunto não é pacífico, como informa, por exemplo, a “Ação Renovatória...”, da autoria de J. Nascimento Franco e Niske Gondo:

“...Há grande divergência no tocante à responsabilidade por esses encargos nas ações renovatórias. Alguns entendem que eles devem ser repartidos entre os postulantes, na proporção do que sucumbirem, apurando-se essa proporção pelo confronto entre o pretendido e o que tiver sido concedido pela sentença a título de

aluguel, indenização, multa, prazo da prorrogação, etc. Outros consideram que, na ação renovatória, nenhum dos litigantes sucumbe totalmente, dadas suas características negociais, admitindo proposta e contraproposta que o juiz, a final, acolhe ou rejeita. Segundo esse entendimento, a renovatória é processo de simples acertamento, cabendo a cada uma das partes pagar os honorários de seu advogado, notadamente quando a sentença fixa aluguel diverso tanto do pretendido pelo locatário, como do reclamado pelo locador” (RT, 6ª ed., págs. 256/7).

Quando propôs a ação, o autor pleiteou a renovação por mais cinco anos, com proposta de novo aluguel, que arbitrou (Cz\$ 17.606,77), e o réu, respondendo, não se opôs ao pedido renovatório, mas impugnou o valor oferecido, pleiteando, no entanto, aluguel superior, que declinou (Cz\$ 60.000,00), ou valor outro, conforme perícia.

Não obstante o conflito maior ter-se instalado quanto ao valor do aluguel, ponto em que dele saíram vencedores os réus, até em grau de apelação, o certo é que, julgada procedente, em parte, a ação, o autor não deixou de dela sair-se vencedor, quanto ao direito à renovação.

Creio, assim, que a espécie é daquelas que se adaptam ao art. 21, em que cada litigante torna-se em parte vencedor e vencido, qual decidiu a sentença, e não ao art. 20, com o sucumbimento total de um dos litigantes qual afirmou o acórdão. A respeito do assunto, e de modo específico, escreveu Alfredo Buzaid: “Em ação renovatória, quando o locador não se opõe ao pedido, reclamando apenas aluguéis maiores, a controvérsia se cinge à fixação de valores e, assim, não há falar de sucumbimento” (“Ação Renovatória”, vol. II, pág. 601).

Entendendo ofendido o art. 21, do Cód. de Pr. Civil, conheço do recurso especial pela alínea *a*. Esclareço que dele não conheço pela alínea *c*, porquanto o acórdão padrão é um pouco diferente do caso dos autos, afora não ter sido citado nos moldes regimentais. Conhecendo, pois, pela alínea *a*, dou-lhe provimento, para, no pormenor, restabelecer a sentença.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Está a questão em saber como se haverão de distribuir os encargos, pertinentes a despesas processuais, se julgada procedente ação renovatória, quando a discordância entre as partes cingiu-se ao valor dos aluguéis.

O eminente Relator considerou que, julgada procedente a ação, o autor não deixou de sair-se vencedor, quanto ao direito à renovação, embora o dissenso maior se referisse ao arbitramento dos aluguéis.

Entendo que, para exame da matéria, vale breve referência ao tema, pertinente ao fundamento da condenação em custas, o mesmo que, em nosso direito, justifica impor pagamento de honorários.

Superada a doutrina do ressarcimento, na medida em que se maculava de caráter civilista, a exigir demonstração de culpa, veio a encontrar grande aceitação a que vinculou a obrigação de pagar custas ao fato objetivo da sucumbência. O vencido paga porque vencido. Entretanto, essa afirmação, por si só, não se revela inteiramente satisfatória, e atentou Chiovenda para a necessidade de se justificar porque haveria de ser desse modo; o que legitimaria a regra de que o vencido haverá de arcar com as custas. A explicação não requereu maiores elocubrações. Salientou o mestre a evidência de que, visando o processo a atuação da lei, esta não haverá de representar diminuição patrimonial para a parte em cujo favor atuou. O processo não acarretará dano a quem tenha razão (“Instituciones de Derecho Procesal Civil” — Madrid — 1957 — V III — p. 355).

Não é estranho a esse entendimento o fundamento que se vem mais modernamente apresentando, ligado ao princípio da causalidade e adotado pelo Código de Processo Civil de Portugal em seus artigos 446 e seguintes. A responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais será carregado, segundo esse princípio, a quem, com seu comportamento antijurídico, deu causa ao processo. Antijuridicidade objetivamente considerada, em face do resultado daquele.

Volta-se ao exame do caso concreto. O autor formulou a demanda, pleiteando a renovação do contrato, pelo prazo de cinco anos, com o aluguel mensal de Cz\$ 17.606,77, a ser reajustado anualmente. Contestando, deixaram afirmado os réus que não se opunham, em princípio, à renovação. Não aceitavam, entretanto, o valor estabelecido na inicial, afirmando que aquele haveria de ser igual ou superior a Cz\$ 60.000,00. A isso restringiu-se a contestação. Em outras palavras, os réus resistiam à pretensão de renovar naqueles termos; não em outros.

O valor dos aluguéis foi, finalmente, fixado em Cr\$ 78.875,00, ou seja, quase quatro vezes e meia mais do que o pretendido pelo autor. Reconheceu-se, por conseguinte, que os réus tinham inteira razão.

Assim posta a questão, forçoso é convir que os réus não se podem reputar vencidos. Nem seria correto afirmar que tenham dado causa, agindo injuridicamente, a que se tornasse necessária a instauração do processo para atuação da lei. Invocando-se as citadas justificativas de Chiovenda, para fazer com que o vencido arque com as despesas, não será possível que do processo resulte danos para os réus que, segundo reconhecido, tinham razão.

Em vista do exposto, considero não ter havido contrariedade à lei, no julgamento recorrido. E, como o eminente Relator, entendo também inexistir

divergência com o paradigma indicado, em que o valor dos aluguéis não se distanciou tanto dos valores pleiteados pelas partes, havendo nítida sucumbência recíproca.

Peço vênia para não conhecer do recurso.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Ação renovatória na qual o locador não se opôs à renovação. Inconformou-se, tão-só, com o valor do aluguel ofertado de Cz\$ 17.606,77, afirmando que este haveria de ser igual ou superior a Cz\$ 60.000,00. O valor dos aluguéis foi, a final, fixado em Cz\$ 78.875,00. A sentença determinou as custas *ex lege* e os honorários do perito e do advogado, compensados.

Já o Acórdão recorrido, em grau de Embargos Infringentes, por haver a controvérsia cingindo-se ao *quantum* locativo, e tendo sido determinado em quantia superior àquela desejada pelo locador, entendeu haver o locatário sucumbido por ter ficado totalmente vencido.

O Professor Alfredo Buzaid citando Pontes de Miranda, conceituando o art. 20 do CPC, em análise e evolução por que passou o instituto no direito brasileiro até o advento do Código de 73, concluiu que este artigo fundindo as regras emanadas da legislação anterior, acertadamente estatuiu que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que este antecipou e os honorários advocatícios (“Da Ação Renovatória” — Saraiva, 3ª Ed., 1988, Vol. II, pág. 600/601).

Em tal sentido, aliás, se punham, antes mesmo de assim estabelecer o Código, J. Nascimento Franco e Niske Gondo, quando gritante a oferta do locatário com o valor finalmente fixado, afirmando: “Sucumbente no ponto contestado pelo senhorio, cabe ao inquilino, em tal hipótese, arcar com todas as despesas processuais, inclusive honorários de advogado do locador, o que poderia ter evitado se sua proposta fosse aceitável e se ajustasse, ou pelo menos se aproximasse das condições afinal reconhecidas como razoáveis pela sentença” (“Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel” — Sugestões Literárias — 1ª Vol., 1968, pág. 283).

E, no caso, indubiosamente restou vencido o locatário que ofereceu valor irrisório ante ao que veio a ser fixado, superiormente àquele resistido e manifestado pelo proprietário na contestação.

Tenho, pois, como correto o Acórdão recorrido e, por isso, com a devida vênia do eminente Sr. Ministro Relator, não vejo configurado o pressuposto da letra *a* do permissivo constitucional.

Igualmente não se afigura comprovada a divergência, eis que o padrão não guarda similitude com o aresto recorrido.

Assim e por tais fundamentos acompanho o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, não conhecendo do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, recordando agora o caso, após o voto-vista do eminente Ministro Waldemar Zveiter, entendendo que na realidade houve sucumbência, aplicando o acórdão corretamente o art. 20 do Código de Processo Civil.

Por isso, pedindo vênia ao eminente Ministro Nilson Naves, acompanho o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Lamento divergir do eminente relator em questão aparentemente tão simples, mas a minha divergência se deve ao fato de que, enquanto o locador ficava de acordo com a renovação, o locatário lhe fazia oferta irrisória, levando-o a impugná-la e conseguir, à base de prova pericial, valor bem mais elevado.

Acho que Alfredo Buzaid peca por generalizar, quando diz que em ação renovatória, quando o locador não se opõe ao pedido, reclamando apenas aluguéis maiores, a controvérsia se cinge à fixação de valores e, assim, não há falar de sucumbimento (“Ação Renovatória”, vol. II, pág. 601).

Nas desapropriações, restrita como é a discussão em torno do ato expropriatório, a controvérsia também se cinge à fixação do quanto indenizável. E nem por isso fica o expropriado sem direito aos honorários advocatícios, que recaem exatamente sobre a diferença entre o valor ofertado e o que for apurado pericialmente.

Veja-se que o locatário ofertou dezessete mil cruzados novos (moeda da época). A sentença, fundada em prova técnica, aumentou para sessenta e um mil. E o acórdão em quase oitenta mil. É evidente, como se disse no acórdão recorrido, que o locatário ficou, nessa parte, totalmente vencido.

Não conheço, *data venia*.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.330 — RJ — (Reg. nº 90.0004991-1) — Relator Originário: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Relator Designado: O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorridos: Bento Benigno

Pinto de Oliveira e outros. Advogados: Drs. Maximiano José Gomes de Paiva e outros e Luiz Alfredo Giordani e outros.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves, Relator, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Gueiros Leite (3ª Turma — 28-06-90).

Prosseguindo no julgamento, após o voto do Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves, Relator, que conhecia do recurso e lhe dava provimento, e do voto do Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, que dele não conhecia, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Cláudio Santos e Gueiros Leite (3ª Turma — 04-09-90).

Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Exmos. Srs. Ministros Nilson Naves, Relator, conhecendo do recurso e lhe dando provimento, e dos Exmos. Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos, que dele não conheciam, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite (3ª Turma — 24-09-90).

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso especial, nos termos dos votos dos Exmos. Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Gueiros Leite, vencido o Exmo. Sr. Ministro Relator. Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (3ª Turma — 09-10-90).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.383 — CE

(Registro nº 90.5097-9)

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

Recorrente: *Banco Coml. Bancesa S/A*

Recorrida: *Maria de Fátima Carvalho Castelo*

Advogados: *Drs. Washington Luis Bezerra de Araújo e outros e José Airton Batista Lima e outro*

EMENTA: Arrematação. Lanço oferecido pelo credor.

O exequente-arrematante acha-se desobrigado de exibir o preço da arrematação tão-somente na hipótese de ser a execução promovida no seu exclusivo interesse.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília DF, 02 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente.

Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Na execução que o Banco Comercial Bancesa S/A moveu contra a Imobiliária Regina Ltda. e outro, penhorou-se o imóvel sito na comarca de Canindé, matriculado sob nº 1.441 do Registro de Imóveis local. Levado à praça o bem, o exequente arrematou-o pelo preço de Cz\$ 260.000,00, quantia que deixou de exibir por ser o seu crédito superior ao valor do lanço. Já na execução que Maria de Fátima Carvalho Castelo promove contra os mesmos devedores, a penhora sobre o citado imóvel ocorrera com antecedência de cerca de três anos, motivo por que, a requerimento da referida credora, o MM. Juiz de Direito ordenou a intimação do Banco Comercial Bancesa S/A para depositar, em 24 horas, o valor correspondente à arrematação por ele realizada.

Contra esta decisão o Banco Comercial Bancesa S/A, na qualidade de terceiro prejudicado, interpôs agravo de instrumento, sob a alegação de que a arrematação se tornou perfeita e acabada, havendo ademais decisão trânsita em julgado que lhe facultou a não exibição do numerário.

Em sua resposta, a agravada Maria de Fátima Carvalho Castelo aduziu que não chegou a ser argüida a invalidade da arrematação, mas tão-só a ausência de depósito pelo arrematante em face da preferência por ela ostentada.

Mantido o despacho, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua 2ª Câmara Cível, negou provimento ao recurso, ao argumento de que “na verdade”, não se aperfeiçoou a arrematação, pois havendo pluralidade de credores, com preferência de outrem, no caso, a agravada, obrigatória é a exibição do preço.” (fl. 51).

Inconformado, o Banco manifestou recurso especial com arrimo no art. 105, III, letras *a* e *c*, da CF, alegando negativa de vigência do art. 694 do CPC e dissídio jurisprudencial, transcrevendo ementas de julgados oriundos dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal, de Minas Gerais e da Guanabara. Insistiu na assertiva de que não pode ser obrigado a exibir o preço correspondente ao lance, porque, além da arrematação já se achar perfeita e acabada, existe decisão definitiva que o libera do depósito exigido.

Admitido o apelo extremo, subiram os autos com as razões e contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A decisão atacada no agravo de instrumento deixou intacta, incólume, a arrematação efetivada pelo Banco-agravante. Cingiu-se ela, em verdade, a determinar a intimação do estabelecimento bancário para depositar, em 24 horas, o valor correspondente à arrematação. Nada mais.

A controvérsia fulcra-se, pois, na obrigatoriedade ou não, da instituição bancária, de depositar o preço da arrematação, o que deixou de fazer no momento próprio sob a alegação de que o seu crédito superava o montante do mencionado lance.

De acordo com o disposto no art. 690, § 2º, do CPC, em princípio, o credor que arrematar os bens, não está obrigado a exibir o preço. Isto em princípio, como dito, porquanto, se houver prelação de estranhos sobre o valor dos bens arrematados, tal não ocorrerá. A dispensa da exibição do numerário só se dará quando a execução se fizer no interesse exclusivo do credor (Humberto Theodoro Júnior, “Processo de Execução”, pág. 304, 13ª ed.) “Daí ser impossível — preleciona o mestre José Carlos Barbosa Moreira — autorizar-se, pura e simplesmente, o levantamento, por um só credor, da importância depositada, até o limite do seu crédito. Faz-se necessária a verificação prévia da situação de cada qual, a fim de serem respeitadas as preferências: primeiro, as fundadas em título legal; depois, sucessivamente, as decorrentes das penhoras, consoante a respectiva ordem. Se não houver título legal de preferência, receberá antes o credor que tiver promovido a primeira penhora, e em seguida os demais,

observando-se sempre “a anterioridade de cada penhora” (art. 711).” (“O Novo Processo Civil Brasileiro”, pág. 341, 9ª ed.).

No caso dos autos, o exequente-arrematante, na ocasião da hasta pública, faltou à verdade ao arrogar-se a qualidade de credor hipotecário e ao afirmar a inexistência de concorrentes (fl. 16). Ao certo, havia um outro credor hipotecário (Banco do Estado do Ceará S/A) e uma credora quirografária com penhora já realizada, precisamente a ora agravada. É o que consta dos editais de praça (cfr. fls. 14/15).

Assim, não era lícito ao recorrente invocar a condição de desobrigado na exibição do preço, matéria sobre a qual, resalte-se, não houve decisão específica no processo por ele movido. Incumbia-lhe, então, depositar a importância relativa ao lance e promover lealmente a instauração do concurso de preferências. “A pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem conduz ao concurso de preferências”, é o que ensina Ernane Fidelis dos Santos (“R. Bras. Dir. Processual”, Uberaba, 1977, pág. 58). Mário Aguiar Moura, bem a propósito anota que “nessa sorte, em interpretação lógica a preferência de natureza processual que prevalece é da anterioridade da penhora. Se o exequente que praxeou ou leiloou o bem, objeto de várias penhoras, é um dos que penhorou depois, na sua execução se manterá o concurso particular de preferência, para o fim de ser deferido o pagamento primeiro ao que obteve penhora anterior a dele.” (Preferência pela primeira penhora, *in Rev. Tribs.* 506, pág. 299).

Não é diversa a orientação oriunda da jurisprudência: “Havendo pluralidade de credores, com penhoras efetivadas sobre os mesmos bens do devedor, não poderá aquele que os arrematar deixar de exibir o preço acerca do qual se abrirá o concurso de preferência estabelecido pelo sistema processual vigente”). (Rev. dos Tribs. 586/106). No mesmo sentido: RT 544/135; JTASP 43/56.

Achava-se adstrito, portanto, o Banco recorrente a exibir o preço da arrematação, pelo que não se pode censurar o despacho agravado, o qual buscou dar resguardo ao credor que efetuou a primeira penhora e que, assim, ostentava o direito de exercer a prelação.

Vale transcrever a observação feita pelo Magistrado José Antônio de Castro, consoante o qual “pelo exposto, vê-se que, embora a Exposição de Motivos fale em direito real, o corpo do Código trouxe apenas direito de prelação ou preferência entre credores por título judicial ou extrajudicial, na execução por quantia certa contra devedor solvente. Adotou o Código de Processo Civil o princípio de preferência legal pela prioridade temporal, e dessa sorte é possível e lícita a intercorrência de nova penhora, quando se trata de credores, de igual nível, isto é, quando, pela natureza do crédito não existe ordem hierárquica. Obviamente, o credor, pela penhora, mesmo registrada, não adquire direitos de preferência sobre os bens penhorados e, sim, sobre o produto da arrematação desses mesmos bens.” (“Execução no CPC”, pág. 118, ed. 1978).

É exatamente isto o que pretende a agravada, ou seja, que o exequente-arrematante deposite o preço da arrematação, a fim de que sobre o produto recaia o concurso de preferências.

O recorrente, de maneira hábil, intentou deslocar o cerne da questão e, de certa forma, logrou alcançar o seu desígnio, já que o Acórdão recorrido acabou asseverando que a arrematação não se aperfeiçoou à falta da exibição do preço. Todavia, bem é de ver que o julgado em tela nada decidiu sobre o desfazimento da arrematação, uma vez que tal matéria não chegou a ser devolvida ao seu conhecimento. O tema circunscrevia-se, conforme já salientado, à obrigatoriedade ou não do depósito do produto da arrematação. Aludindo ao não aperfeiçoamento da arrematação, o Acórdão hostilizado não o fez a título de decisão, mas sim incidentalmente, a propósito de sua fundamentação.

Entendido o *decisum* nestes termos, claro está que, embora se reconheça nele o excesso havido, na hipótese *sub judice* incorreu violação do direito federal, vale dizer, afronta ao indigitado artigo 694 do CPC. O ponto nodal dos debates atinente à inteligência do art. 690, § 2º, da mesma lei processual, não foi trazido à baila pelo recorrente.

Por derradeiro, o conflito pretoriano não é passível de configurar-se, seja porque o apelo extremo se limitou à transcrição de ementas, sem proceder à demonstração analítica da divergência, seja porque não tratou de indicar os arestos paradigmas constantes de repositórios oficiais ou autorizados.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, estou de inteiro acordo com o voto do eminente Relator. Evidentemente, havendo outros credores com penhora sobre o mesmo bem, o Banco, ora recorrente, tinha a obrigação legal de fazer o depósito do preço, para sobre ele se exercer o concurso de preferências, obedecidas primeiro as preferências legais, e, depois, o princípio do *prior in tempore, potior in jure*. E ressalto, mais, a fim de que dúvidas não fiquem, que se o pagamento do preço é feito somente agora, com grande retardamento, para que esse pagamento seja real e não apenas simbólico, tal preço de duzentos e sessenta mil deverá ser depositado, atualmente, com a devida correção monetária; do contrário, este concurso de preferências vai ser exercido sobre um valor ínfimo, que não representará o efetivo valor do bem quando da sua alienação.

Acompanho, com este adendo, o eminente Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Também estou de inteiro acordo com o Ministro Relator. No sistema processual vigente, em termos de execução, há duas modalidades de concurso: o concurso universal, decorrente do instituto da insolvência, que se rege pelo princípio *par condicio creditorum*, e o concurso particular, que se rege pelo princípio *prior tempore potior jure*.

No caso concreto, em se tratando de concurso particular, aplicar-se-ia o princípio da anterioridade da penhora, evidentemente que ressalvadas as preferências e os privilégios de ordem legal. Em tais circunstâncias, cumpria ao exeqüente exibir o depósito do valor correspondente, para poder concorrer com eventuais terceiros que pudessem ter o seu direito de prelação. Assim não se verificando, não assiste razão ao recorrente pela alínea *a*.

Acompanho, outrossim, o Ministro Relator no que tange à alínea *c*, à falta de demonstração do dissídio, assim como o Ministro Athos Carneiro quanto à correção monetária do valor.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.383 — CE — (Reg. nº 90.5097-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Banco Coml. Bancesa S/A. Recorrida: Maria de Fátima Carvalho Castelo. Advogados: Drs. Washington Luís Bezerra de Araújo e outros e José Airton Batista Lima e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (Em 02-10-90 — 4ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 3.508 — RJ (Registro nº 90.5369-2)

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

Recorrente: *Wrobel Construtora S/A*

Recorridos: *Roberto Ricardo Schoch e Condomínio do Edifício Nicolo Paganini*

Advogados: *Drs. Luiz Zveiter e outros, José Oswaldo Correa e outros, Luiz Carlos Guimarães Castro e outro.*

EMENTA: Denúnciação da lide. Citação do litisdenunciado.

A consequência prevista no art. 72, § 2º, do CPC, somente há de impor-se em caso de culpa ou dolo imputável ao denunciante. Ausência, ademais, de prejuízo para a denunciada.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de setembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de ação de procedimento sumaríssimo intentada contra o Condomínio do Edifício Nicolo Paganini, visando ao ressarcimento dos danos ocasionados no automóvel do autor em razão da queda de uma janela. Na audiência de instrução e julgamento, foi requerida e deferida a denúnciação da lide à empresa Wrotel Construtora S/A. Esta, comparecendo a Juízo, suscitou, em preliminar, o descabimento da denúnciação frente à intempestividade de sua citação (art. 72, § § 1º e 2º, do CPC). Indeferida a pretensão, manifestou agravo retido. A sentença julgou procedente a ação; daí as apelações do denunciante e da denunciada, postulando esta o exame do agravo retido. Confirmada a sentença no mérito, divergiram os Desembargadores da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quanto à pretendida exclusão da denunciada, matéria objeto do agravo retido, entendendo o douto voto vencido dever a demanda prosseguir apenas em relação à denunciante, em face da extemporaneidade da citação feita à denunciada.

Rejeitados os embargos declaratórios, a litisdenunciada manejou recurso especial com arrimo nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência dos arts. 72, § 2º e 219, § 4º, ambos do CPC, e divergência com o aresto estampado na revista "Jurisprudência Brasileira" 37/250. Susten-

tou, em síntese, a recorrente que a citação há de proceder-se no prazo assinado e, se não o fizer no denunciante, a denunciação é como se não tivesse sido formulada.

Admitido o apelo extremo, subiu a esta Corte arrazoado e contra-arrazoado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Deferida a denunciação da lide, em audiência, no dia 9 de fevereiro de 1988, a 25 daquele mês foi expedido o mandado (fl. 52), tendo o oficial de justiça efetuado a citação da denunciada em 3 de março do mesmo ano (fl. 54).

Não se vislumbra nos autos nenhum vestígio sequer de comportamento desidioso ou procrastinatório do litisdenunciante. Procedeu ele de conformidade com o que se encontrava a seu alcance, sendo certo mais que a delonga havida na expedição do mandado citatório não lhe pode ser imputada e, sim, ao mecanismo próprio da máquina judiciária.

Analisando a norma do art. 72, § 2º, da lei processual civil, o eminente Ministro Sydney Sanches anota que “essa consequência só se dará se o litisdenunciante agir maliciosa, imperita, imprudente ou negligentemente, pois não se há de exigir o impossível, como, por exemplo, superar motivo de força maior ou caso fortuito” (“Denunciação da Lide no Direito Processual Civil Brasileiro”, pág. 177, ed. 1984). Acentua, ainda, a seguir, o insigne Magistrado que “não se pode conceber que a parte haja de sofrer consequências tão drásticas porque a citação do denunciado não se consumou nos prazos legais sem culpa sua”. (ob. citada, página 178).

Portanto, o feito prosseguirá com as partes originárias, excluído o litisdenunciado, se a citação deste não se operar no prazo legal, por culpa ou dolo atribuível ao denunciante.

Compartilha dessa opinião J.J. Calmon de Passos para quem “em segundo lugar, cumpre advertir que a citação não é ato da parte. A ela só cabe requerê-la. A diligência para sua efetivação é do oficial de justiça, subordinado ao magistrado, com poderes correicionais sobre ele. Como frisado por Arruda Alvim, a atitude dos denunciantes deve demonstrar diligência, nada mais que isso, desde que o restante ficará a cargo do oficial de justiça. Se houver malícia daquele que deva ser sujeito passivo da denunciação da lide, tal fato será suficiente para evitar qualquer perda do direito por parte do denunciante; todavia, precisa este provar que tomou todas as providências cabíveis”. (in “Enciclopédia Saraiva do Direito”, vol. 23, pág. 323).

Não se discrepa a orientação pretoriana. Em julgado que se acha inserto na Rev. dos Tribs. 597/80-82 teve oportunidade de decidir o Tribunal de Justiça de São Paulo: “A circunstância de não ter se consumado a citação no prazo indicado não pode prejudicar a denunciante, pois esta a requereu tempestivamente e tempestivamente tomou as providências que deveria tomar” (pág. 81).

No caso em tela, não há como descortinar-se qualquer procedimento malicioso ou negligente do denunciante. Aliás, a citação da denunciada efetivou-se com tempo suficiente para que ela comparecesse à nova audiência designada (15 de março de 1988), onde lhe foi permitido oferecer a sua defesa sem gravame.

Nestes termos, inexistente na espécie presente afronta aos preceitos de lei federal apontados pela recorrente.

Por derradeiro, a dissidência jurisprudencial não é suscetível de caracterizar-se na hipótese *sub judice*, uma vez que o Acórdão publicado na revista “Jurisprudência Brasileira” vol. 37, pág. 250, é oriundo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (AC nº 13.427, de Tubarão, Relator o Desembargador, hoje Ministro desta Casa, Hélio Mosimann) e não de São Paulo, dizendo ele respeito à denunciação da lide, mas enfocando tema distinto do que é versado neste apelo especial.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes colegas, tive oportunidade, em sede doutrinária, de discorrer a respeito do tema, dos prazos para a citação do denunciado, ocasião em que escrevi o seguinte:

“Tal citação cumpre seja feita em 10 dias, quando residente na mesma comarca onde foi ajuizada a demanda, ou em 30 dias, quando residente em outra comarca, ou em lugar incerto (art. 72, § 1º). Se tais prazos não forem observados por culpa ou desídia do denunciante, o pedido de denunciação perde sua eficácia, e o denunciante irá arcar com as conseqüências decorrentes da não-denunciação (perda do próprio direito regressivo, nos casos de evicção; ou perda das vantagens processuais da denunciação, nos demais casos).

Pode entretanto ocorrer, e freqüentemente ocorre, que a demora na citação resulte não da conduta do denunciante, mas sim de deficiência dos próprios serviços judiciários (oficial de justiça, v.g., omissivo no cumprimento do mandado, ou com acú-

mulo de serviço), ou decorra de força maior (greve dos transportes, inundações etc), ou seja consequência das próprias circunstâncias da causa, que impossibilitem ou dificultem extremamente a observância dos limitados prazos de lei (v.g., casos de denunciado residente no estrangeiro, ou em viagem, ou paciente de doença grave ou morador em local distante com problemas no cumprimento da precatória citatória).” (“Intervenção de Terceiros”, Saraiva, 4ª ed., 1989, pág. 83/84).

E, a seguir, são feitas ponderações a respeito das soluções mais adequadas às várias hipóteses, tudo sempre com observância da missão do magistrado de velar pela rápida solução do litígio, nos termos do Código de Processo Civil, art. 125, inciso II.

Com essas observações, acompanho inteiramente o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.508 — RJ — (Reg. nº 90.5369-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Wrobel Construtora S/A. Recorridos: Roberto Ricardo Schoch e Condomínio do Edifício Nicolo Paganini. Advogados: Drs. Luiz Zveiter e outros, José Oswaldo Correa e outros, Luiz Carlos Guimarães Castro e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (Em 18-09-90, 4ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo, votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.591 — RJ

(Registro nº 90.0005534-2)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Jorcilei Ferreira*

Advogado: *Dr. José Guilherme Brinckmann*

EMENTA: Penal. Extorsão. Consumação.

A teor do disposto no art. 158, do Código Penal, não se exige, para a inteira realização do tipo, a obtenção da vantagem econômica indevida, que, na verdade, configura o exaurimento da ação delituosa, bastando a intenção. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso por ambas as alíneas do dispositivo constitucional e dar provimento para cassar o v. acórdão recorrido e, em consequência, restabelecer a sentença de Primeiro Grau, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: O parecer do Ministério Público Federal assim resumiu a questão:

“À espécie, cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e que tem como fundamento as alíneas *a* e *c*, inciso III, do artigo 105, insertos na Carta Federal vigente.

O tema, sintetizado é claro, gira em torno da irrisignação e discordância do Ministério Público Carioca, sobre a conclusão alcançada pela Corte de Justiça daquele Estado — acórdão e voto de fls. 105/109 — entendedora da circunstância de que, no delito de extorsão, embora formal, ‘... é admissível a tentativa porque o processo de execução comporta desdobramento, exigindo-se, no entanto, a idoneidade dos meios empregados’.

Dessa inteligência, restou o parcial provimento do tempestivo apelo interposto pela ora recorrida Jorcilei Ferreira — vide fls. 88/89 — já que a resposta penal, de grau colegiado, reduziu-lhe da metade a sanção outrora imposta no juízo singular, restando portanto, à condenada, cumprir 02 (dois) anos de reclusão,

com *sursis* de 03 (três) anos, nos precisos termos do artigo 77 e 78, 2, alíneas *b* e *c*, todos da Lei Penal Substantiva.

Daí porque, forte na tese de que o delito de extorsão simples independe do provento injusto e da obtenção patrimonial pretendida, sendo certo que esta somente constitui o exaurimento delitual, recorre o Ministério Público sob a assertiva de que, ao entender em sentido contrário, a Corte de Justiça estadual negou vigência ao disposto no artigo 158 do Código Penal.

À dissensão jurisprudencial, fundamento secundário da peça recursal, o recorrente sustenta que o v. acórdão, em abraçando tal posicionamento, encontra-se em absoluta rota de colisão com o entendimento da Corte Suprema, trazendo à colação ementa da Lavra do Em. Ministro Cordeiro Guerra, à época relatou no RE. 103.680-6, *litteris*:

‘O crime de extorsão é, efetivamente, formal ou de consumação antecipada, integrando-se com a ação, tolerância ou omissão imposta coativamente à vítima.

Não se exige, pois, que o agente tenha conseguido o provento que pretendia. Basta a intenção de obter a indevida vantagem econômica.’ (Vide fls. 116 e 117).”

Opinando, o parecer, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, João Batista Clayton Rossi, é pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Na esteira do pensamento da maioria dos nossos tratadistas e da orientação jurisprudencial predominante, o v. acórdão recorrido entendeu que o delito de extorsão é formal, admitindo, em passo seguinte, a modalidade tentada, que, em tese, é perfeitamente possível. “Apesar de se tratar de crime formal, a extorsão admite tentativa, pois não se perfaz *unico actu*, apresentando-se um *iter* a ser percorrido”, na precisa lição de Hungria (“Comentários ao Código Penal”, Forense, 2ª ed., vol. VII, pág. 77).

O fundamento, porém, em que se estabeleceu o reconhecimento da tentativa, no caso concreto, ou seja, não ter sido auferida, em face da ação policial, a vantagem econômica indevida, revela-se inconsistente.

Com efeito, a teor do disposto no art. 158, do Código Penal, inspirado na antiga redação do art. 253 do Código Penal alemão, não se exige, para a inteira

realização do tipo, o efetivo proveito patrimonial, bastando a intenção de obtê-lo, mediante o constrangimento da vítima.

A propósito, não se faz necessário avançar mais do que o magistério de Heleno Fragoso (“Lições de Direito Penal-Parte Especial”, 10ª ed. Vol. I, pág. 362), *verbis*:

“Não nos parece que a redação de nossa lei possa dar lugar a dúvidas, que somente surgem quando são invocados autores estrangeiros, cuja elaboração doutrinária é feita com referência a disposições diversas, que não se aplicam ao direito pátrio. A ação incriminada pelo vigente CP brasileiro é a de constranger alguém a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, com o intuito de obter vantagem econômica. É evidente que o crime se consuma com o efeito da ação que a lei incrimina, o qual será, em regra, uma disposição patrimonial (versando sobre bens móveis ou imóveis).

Não se exige, para a consumação, que o agente tenha conseguido o proveito que pretendia. O crime se consuma com o resultado do constrangimento, isto é, com a ação ou omissão que a vítima é constrangida a fazer, omitir ou tolerar que se faça, e por isso pode-se dizer que, em relação ao patrimônio, este é crime de perigo.” (grifos no original).

Trata-se de entendimento confortado pela firme jurisprudência do colendo Supremo Tribunal, como filtra, além do precedente trazido a confronto pelo recorrente, do acórdão proferido no HC 63.126 — SP (RTJ 122/31).

Na verdade, a obtenção da vantagem econômica indevida configura apenas o exaurimento da ação delituosa.

Destarte, estando, de um lado, cabalmente demonstrado o dissídio jurisprudencial e, de outro, patenteada a contrariedade ao art. 158, do Código Penal, não sendo o caso de invocar-se a Súmula 400, do STF, tal como fez o r. despacho de fl. 120, conheço do recurso, por ambas as alíneas, e lhe dou provimento, para cassar o v. acórdão recorrido e restabelecer a autoridade da sentença de primeiro grau. É como voto, Senhor Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3591 — RJ — (Reg. nº 90.0005534-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Jorcilei Ferreira. Advogado: Dr. José Guilherme Brinckmann.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso por ambas as alíneas do dispositivo constitucional e deu provimento para cassar o v. acórdão recorrido e, em consequência, restabelecer a sentença de Primeiro Grau, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (6ª Turma — 06-11-90).

Votaram os Exmos. Srs. Ministros Dias Trindade, William Patterson, José Cândido e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.683 — SP
(Registro nº 90.0005754-0)

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

Recorrente: *Banco Itaú S/A — Banco Coml. de Investimento, de Crédito ao Consumidor e de Crédito Imobiliário*

Recorrido: *Orlando Geraldo Santos*

Advogadas: *Dras. Rudyane Mancini Rahal e outros; Adriana Aparecida Paone e outro*

EMENTA: Plano Bresser. Decreto-lei nº 2.335/87, e decretos-leis subseqüentes. Tabela de deflação, prevista no art. 13 dos aludidos diplomas legais. Contratos em RDBs.

Constitucionalidade dos decretos-leis, que dispuseram sobre “finanças públicas”, no editarem normas com a intenção de obter a estabilização econômica no país. Normas de ordem pública, que implicam na derrogação de cláusulas de contratos em curso.

Legitimidade da incidência da *tablita*, expurgando correção monetária prefixada e preservando a comutatividade contratual.

Improcedência da pretensão de cobrança, manifestada pelo investidor.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas

taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento, além do signatário, os Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de setembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente, em exercício, e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ação de cobrança aforada por Orlando Geraldo Santos contra o Banco Itaú S/A, visando receber a diferença de capital e rendimentos de dois contratos de prazo fixo, com renda prefixada, avençado pelas partes, respectivamente, em 15-04-87 e 15-05-87. O juízo monocrático julgou antecipadamente a lide e condenou o réu a pagar ao autor a importância de Cz\$ 282.506, 92 (duzentos e oitenta e dois mil, quinhentos e seis cruzados e noventa e dois centavos), acrescida de correção monetária, e ônus de sucumbência.

Citado, o Banco respondeu que aplicara a “Tablita”, nos termos do Decreto-lei nº 2.335/87, e Resolução nº 1.342/87, do BACEN.

Apreciando a apelação do réu, a egrégia 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, negou provimento ao recurso, sob o pálio do ético princípio expresso no adágio *pacta sunt servanda* (fls. 137/138 e verso). Em embargos declaratórios alegou o réu de que a decisão exarada no acórdão teria deixado de examinar “a legislação econômica interventiva”, relegando ao oblivio a “tablita” e a inaplicação do art. 13 do Decreto-lei nº 2.335/87. Foram rejeitados (fls. 146/147) tais embargos.

Manejou o réu recurso especial, invocando o artigo 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 5º, inciso XXXVI da Carta Magna, e negativa de vigência ao art. 13 do Decreto-lei nº 2.335/87 e à Resolução nº 1.342/87 do BACEN, além do dissídio com aresto da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que acostou aos autos. Alega, em síntese, o recorrente, em sede doutrinária, a preponderância das leis de ordem pública em obrigações contratuais pecuniárias. Assim, o Decreto-lei nº 2.335/87 teria aplicação imediata e modificaria as obrigações anteriormente avençadas; a manutenção dos juros prefixados geraria insustentável desequilíbrio, com enriquecimento sem causa do investidor, vez que o pagamento das RDBs sem o devido deflacionamento significaria “remunerar os aplicadores com taxas acima das praticadas no mercado no momento do vencimento das operações”. Por fim, não se trata de direito adquirido, afastado diante de norma de interesse social com evidente prevalência sobre os interesses individuais (fls. 150/166).

Em contradição, o recorrido reitera o acerto de decisão hostilizada, lembrando que a eficácia e a inalterabilidade dos contratos privados refere-se ao tempo de sua assinatura, e que a incidência da lei se destina ao futuro. Além disso, os princípios de “finanças públicas e normas tributárias” não seriam aplicáveis aos empréstimos particulares, com previsão de “ganho de capital”, em evidente desrespeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido (fls. 217/220).

O eminente 3º Vice-Presidente do Tribunal *a quo* conheceu do recurso especial, pelas letras *a* e *c* do permissivo constitucional (fls. 223/224).

Em razões e contra-razões, as partes reiteraram as respectivas teses, fls. 244/259 e 261/263.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): O v. aresto recorrido negou aplicação ao Decreto-lei nº 2.335/87, e à decorrente Resolução nº 1.342 do Banco Central, sob o argumento de serem posteriores ao contrato celebrado pelo recorrido com o Banco Itaú, considerada irrelevante a alegação de ser a lei nova de ordem pública. Cita, como fundamento, a decisão do Pretório Excelso, por sua 2ª Turma, no RE 96.037 (*in* RTJ 106/314), no sentido de que “não impressiona o argumento de que se cuida de lei de ordem pública, face ao princípio inserido no art. 153, § 3º, da Constituição em vigor”. Este julgado do STF é de 05-10-82, e alusivo a contrato de locação com reajustamentos previstos em salários-mínimos, avençado anteriormente às Leis nº 6.205/75 e 6.423/77, cogentes no sentido dos reajustes apenas pela aplicação dos índices das antigas ORTNs. O decisório manteve, então, por respeito ao direito adquirido, o reajuste do pacto de locação em salários-mínimos.

Todavia, a mesma colenda 2ª Turma do STF, em acórdão de 31-05-85, no RE 105.137 (RTJ, 115/379), cuidando de pacto de previdência privada, dispôs que os benefícios contratados com indexação ao salário-mínimo deveriam ser convertidos para indexação em ORTNs, face às supervenientes leis de ordem pública. Vale referir trecho do voto do relator, eminente Ministro Cordeiro Guerra:

“Ocorre, porém, que lei nova, imperativa, de direito público, substituiu esse critério. Não há como negar-lhe a incidência sobre as situações jurídicas em curso. Trata-se de lei que mudou o padrão monetário móvel, dentro da fluidez da inflação; que “des-caracterizou o salário mínimo como fator de correção monetária”, segundo reza a ementa da Lei nº 6.205. Não há como negar-lhe

aplicação imediata. Não afeta ela direito adquirido, pela simples razão, como acentua Roubier, de que inexistente direito adquirido a padrão monetário, a estatuto legal da moeda, matéria da competência exclusiva do Estado. Se, acaso, esse poder não se exerceu durante determinado período, no qual houve liberdade de convenção determinada indexação, isso não significa que, manifestado o poder regulamentar nessa área, possam manter-se as convenções anteriores, *contra legem*, simplesmente toleradas em face de lacuna legislativa, mas abolidas quando o Estado preencheu o vazio legal (RTJ 115/388).

E, adiante, é trazido à colação o ensinamento de Ripert:

“Como disse Ripert, com absoluta propriedade, “a nova lei, que estabelece uma regra de ordem pública, pode tolerar que algumas convenções antigas continuem a aplicar-se, ainda que contrárias à regra, mas pode julgar, pelo contrário, que toda a derrogação à ordem estabelecida é suscetível de comprometê-la, e torna-se então necessário anular cláusulas cuja regularidade era incontestável na época em que foram aceitas pelas partes”. “Quando a anulação é motivada pelo estabelecimento legal de um novo regime econômico, trata-se de uma nova aplicação da idéia de ordem pública” (“O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno”, trad. bras., 1937, pág. 312) — RTJ, 115/389.

O tema da constitucionalidade dos Decretos-leis do chamado “Plano Bresser”, e da *tablita* deflacionária do art. 13, foi aliás com excelência versado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, no REsp nº 2.595, acórdão de 28-08-90, em voto à unanimidade acolhido por esta 4ª Turma. Rejeitando a declaração *incidenter* de inconstitucionalidade de regra deflacionária das “obrigações contratuais pecuniárias” e dos “títulos de crédito, cambiários ou cambiariformes”, assim disse o ilustre relator, com argumentos que rogo vênha para transcrever e adotar:

“A uma, porque a matéria versada em ambos os diplomas encontra-se albergada na conceituação de finanças públicas, na qual o controle do sistema econômico se agasalha por elastério. Nesse sentido merece referência a seguinte lição de Alberto Deodato:

“Na verdade, depois das duas grandes guerras, o conteúdo da Ciência das Finanças sofreu uma transformação profunda. Era estudada como disciplina que ensinava, apenas, os meios pelos quais o Estado procurava e utilizava os recursos necessários à cobertura das despesas públicas: pela repartição, entre os indivíduos, dos encargos que dela resultavam. A Ciência das Finanças,

hoje, ensina a procura desses meios, mas, também, os utiliza com o fim intervencionista em matéria econômica, social e política. Os tributos são empregados com finalidades extrafiscais. Os empréstimos estão servindo para bombardear parte dos bilhetes em circulação, a fim de evitar a desvalorização da moeda. O orçamento não é, apenas, uma exposição financeira, mas um quadro orgânico da economia nacional” (“Manual da Ciência das Finanças, 20ª ed., Saraiva, 1984, pág. 11).

A duas, porque as normas de direito econômico se aplicam imediatamente, alcançando os contratos em curso, notadamente os de execução diferida ou de trato sucessivo, mercê do caráter de norma de ordem pública de que desfrutam.

Orlando Gomes, em obra dedicada ao Direito Econômico, analisando os aspectos jurídicos do dirigismo econômico nos dias atuais, após assinalar que a sanção pela transgressão de norma de ordem pública é a nulidade, afirma:

“Outro princípio que sofre alteração frente à ordem pública dirigista é o da intangibilidade dos contratos. Sempre que uma nova lei é editada nesse domínio, o conteúdo dos contratos que atinge tem de se adaptar às suas inovações. Semelhante adaptação verifica-se por força de aplicação imediata das leis desse teor, sustentada como prática necessária à funcionalidade da legislação econômica dirigista.

Derroga-se com o princípio da aplicação imediata a regra clássica do direito intertemporal que resguarda os contratos de qualquer intervenção legislativa decorrente de lei posterior à sua conclusão” (“Direito Econômico”, Saraiva, 1977, pág. 59).

Atento à essa qualidade das normas de direito econômico, que se revestem do atributo de ordem pública, esta Corte vem prestigiando a aplicação imediata de tais normas, atingindo contratos em curso. Confirmam-se, dentre outros, os Recursos Especiais 03, 29, 557, 602, 667, 692, 701, 815, 819, nos quais a tese jurídica central é a da aplicação imediata de normas de direito econômico cujo caráter de ordem pública afasta a alegação de direito adquirido. Por igual modo se entendeu aplicável o Decreto-lei nº 2.336/87, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 83, relator o Ministro Garcia Vieira, em virtude do que a sua constitucionalidade foi reconhecida naquele aresto.

Esta Corte, em contexto assemelhado, decidiu no sentido da legalidade da aplicação da “tablita”, consoante se vê da ementa do acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 955, relator o Ministro Cláudio Santos, cuja ementa foi assim lançada (DJ de 05-11-89):

“Títulos de Crédito — Correção Monetária Prefixada. Deflator.

Decreto-lei nº 2.335/87, art. 13 (redação dada pelo Decreto-lei nº 2.342/87).

Calcula-se a deflação pela aplicação do fator a que se refere o § 2º do mesmo artigo (“tablita”), sobre o valor total do título (CDB), inclusive rendimento.

Especial Provido.”

Do voto condutor do acórdão, transcrevo, por pertinente, o seguinte trecho que alude exatamente à “tablita”, onde, a final, se conclui pela sua aplicação:

“Na verdade, o que nela está escrito é o comando para serem deflacionados as obrigações contratuais e os títulos de crédito, ou, em outras palavras, seus valores, no dia do vencimento, segunda a fórmula adotada no ordenamento legal. Quer dizer, aqueles ativos financeiros passaram a ter outra expressão monetária mercê da alteração da própria moeda, que, se não chegou a ser transformada em uma moeda nova, passou a ter os atributos de moeda forte e estável, durante os noventa dias iniciais do Plano. Medida de caráter tipicamente monetário, para reestabilizar o cruzado, que, infelizmente, não passou de mais uma tentativa mal sucedida.

A medida teve natureza geral, ainda que algumas obrigações, como as tributárias e as mensalidades escolares, de clubes e associações ou sociedades sem fins lucrativos e outras tenham sido ressalvadas, mas disso não pode ter culpa o recorrente, pois, como disse o relator do acórdão paradigma, na apelação número 399.659.2, de Bauru (fls. 200/201): se “prejuízo houve ao Autor, em relação da medida governamental, que delirava a respeito da inflação zero, contra o Governo é que o Autor deve orientar os seus reclamos, posto que a instituição financeira, como outros, apenas cumpriu a lei inerente à espécie”.

Não será demasia trazer igualmente à balha o criterioso parecer do Dr. Cid Heráclito de Queiroz, Procurador-Geral da Fazenda Nacional (D.O.U. de 21-07-87, págs. 11.510 e ss.), em prol da constitucionalidade dos Decretos-leis nº 2.335 e dos que o complementaram, por tratarem de finanças públicas: “Logo, dispor, em decreto-lei, sobre a estabilidade da moeda nacional, congelando preços e deflacionando valores, é, como de cristalina evidência, dispor sobre finanças ou, mais precisamente, sobre finanças públicas” (verbetes 27 a 31 do parecer). A respeito da *tablita*, após dissertar sobre a teoria da imprevisão, nascida da antiga cláusula *rebus sic stantibus*, alude o parecerista ao “fato

do príncipe”, que subverteu a relação monetária estabelecida entre as partes, concluindo:

“Assim, com a *tablita*, na essência, os pactos devem ser conservados *pacta sunt servanda*, mas se a expressão monetária, com que foram celebrados, é modificada mediante ato do Governo, rompendo-se, em conseqüência, o equilíbrio econômico do contrato, revela-se da maior legitimidade o preceito de lei que, regulando os efeitos da inovação monetária, faz com que assim permaneçam as coisas *rebus sic stantibus*, isto é, tal como, em termos de expressão monetária, foram pactuadas.

O escopo do Decreto-lei nº 2.335, de 12-06-87, no questionado art. 13, alterado pelo Decreto-lei nº 2.337, de 18-06-87, não foi, evidentemente, o de modificar a substância de relações privadas. Nem poderia ser. O fim colimado pelo Decreto-lei foi, como de cristalina evidência, estabilizar, transitoriamente, a moeda e regular os efeitos dessa modificação monetária, de modo a não alterar o denominador de valor das relações pactuadas entre os particulares.

Alterando força e a expressão do cruzado, embora por noventa dias, no máximo, o legislador, no próprio interesse público, regulou os efeitos da inovação monetária, inclusive e sobretudo, para evitar o locuplemento de uns, em prejuízo de outros.

Observa Hely Lopes Meirelles, “*a revisão do contrato e de seus preços, pela aplicação da teoria da imprevisão, pode ser determinada por norma legal para todos os contratos de uma certa época...*” (in “Direito Administrativo Brasileiro”, 10ª ed., os grifos não são do original).

“*Em derecho privado — doutrina Gaston Jéze — sise corre el riesgo de comprometer la paz social por la aplicación rígida de los principios, corresponderá al Parlamento determinar se conviene introducir, a título excepcional, algunas atenuaciones*” (in “Principios del Derecho Administrativo”, vol. VI, B. Ayres. 1950; Trad. Julio Almagro).

Ao prescrever a estabilização transitória da moeda, o Decreto-lei tornou inócua, nas obrigações antes assumidas, a correção monetária incorrente a *posteriori*, como pactuada. Assim e até por razões isonômicas, deveria tratar, como tratou, com propriedade, legitimidade e juridicidade, de preceituar efeito semelhante para os que contrariam obrigações com a correção implícita, prefixada ou embutida, com base na expectativa inflacionária”.

Afirmada, portanto, a constitucionalidade do art. 13 do Decreto-lei nº 2.335/87, de 12-06-87, com redação parcialmente modificada pelos Decretos-leis nºs 2.336, de 15-06-87; 2.337, de 18 do mesmo mês e, finalmente, 2.342,

de 10 de julho de 1987, segue-se a contrariedade do v. aresto à citada norma de lei federal.

Merece a irrisignação ser conhecida também pelo dissídio pretoriano, ante a solar divergência do aresto impugnado com o acórdão proferido pela egrégia 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, decisório onde se declara “inquestionável” a constitucionalidade daqueles diplomas, pois a expressão “finanças públicas” abrange as regras relativas “à estabilização monetária” (fls. 167/171).

Pelo exposto, conheço do recurso especial e ao mesmo dou provimento, reformando o acórdão para julgar improcedente a demanda, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.683 — SP — (Reg. nº 90.0005754-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Banco Itaú S/A — Banco Coml. de Investimento, de Crédito ao Consumidor e de Crédito Imobiliário. Recorrido: Orlando Geraldo Santos. Advogados: Dras. Rudyane Mancini Rahal e outros e Adriana Aparecida Paone e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 11-09-90).

Votaram os Exmos. Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, por motivo justificado, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.769 — RJ

(Registro nº 90.0005978-0)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *ECODIL — Empresa Comercial de Matérias Primas Ltda.*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Luiz Gonzaga Modesto de Paula e José Alfredo Ferrari Sabino e outros.*

EMENTA: Processual. Tributário. Intempestividade do Recurso. Decadência do lançamento e prescrição da ação.

O Recurso é tempestivo. No período de 11-11-87 a 03-12-87 os servidores da Justiça do Estado do Rio de Janeiro estavam em greve. Afasta-se a decadência e a prescrição, conseqüentemente, a violação aos artigos 174 do Código Tributário Nacional e 219 do Código de Processo Civil. Débito de ICM referente ao período de 1973 a 1976 teve exigência efetivada, pelo auto de infração, lavrado e, 1976, que constituiu o crédito tributário, tornando-se definitivo em 1981.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Ecodil — Empresa Comercial de Matérias Primas Ltda. — ME (fls. 142/147) interpõe Recurso Extraordinário com Arguição de Relevância apoiada na Constituição Federal anterior, art. 119, inciso III, letra *a* e *d*. Aponta os artigos 174 do CTN e 219 do Cód. Proc. Civil de malferidos e divergência com os acórdãos publicados na RT 466/148 e RT 479/134.

O Estado do Rio de Janeiro na qualidade de recorrido apresenta impugnação ao recurso às fls. 150/152. Argúi de preliminar a intempestividade, posto ter os acórdãos sido publicados na 3ª feira, dia 03 de novembro de 1987, sendo o último dia do prazo recursal seria 4ª Feira, dia 18, mas o recurso só foi interposto no dia 20.

O Recurso Especial foi admitido pela alínea *c* do item III do art. 105 da Constituição Federal e determinada “vista às partes para razões”.

O Estado do Rio de Janeiro compareceu às fls. 186/189.

A Subprocuradoria-Geral da República lançou parecer de fls. 197/198, pelo não conhecimento e se conhecido pelo improvimento.

Cuida-se de Embargos à Execução onde se argüi a preliminar de prescrição da ação, na qual se exige tributos dos exercícios de 1973 a janeiro de 1976.

A decisão do Juízo singular (fls. 103/106), afasta a argüição de prescrição e julga improcedente os embargos. O v. acórdão de fls. 136/138 mantém a sentença de primeira instância.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: O recurso é tempestivo. Os servidores da Justiça estavam em greve, no período de 11-11-87 a 03-12-87, conforme esclareceu a Desembargadora 3ª Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (fl. 180).

Não ocorreu decadência nem prescrição. Os arts. 174 do CTN e 219 do CPC não foram violados.

O débito é de ICM, referente ao período de 1973 a 1976 e o auto de infração foi lavrado em 1976. A Fazenda tem o prazo de cinco anos, contados “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, do CTN), para constituir o crédito tributário, que é constituído pelo auto de infração ou notificação de lançamento (art. 143 do CTN e Súmula nº 153 do TFR). Este primeiro prazo é de decadência.

No caso *sub judice* não houve a decadência porque o débito é de 73 a 76 e o auto de infração foi lavrado em 1976.

O prazo prescricional de cinco anos conta-se da constituição definitiva do crédito tributário (art. 174 do CTN).

Embora a constituição do crédito se efetive pelo lançamento e, a partir de então, tem início a exigência dele, o prazo prescricional só começa a fluir quando ocorrer a constituição definitiva. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo, pode ser alterado por impugnação deste, por recurso de ofício ou por iniciativa da própria autoridade administrativa (art. 149 do CTN). Esta revisão pode ser procedida enquanto não extinto o direito da Fazenda (art. 149, parágrafo único).

A constituição só é definitiva quando dela não cabe recurso ou quando há o transcurso do prazo, sem a sua interposição (art. 42 do Decreto nº 70.236/72). É evidente que, enquanto estiver correndo prazo e couber recurso, a decisão não será definitiva e não terá ainda a Fazenda o direito de ajuizar a ação de cobrança. No caso, houve o processo administrativo, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário (art. 151 — III do CTN) que só voltou a ser exigível com a sua constituição definitiva, nascendo a ação para cobrança do crédito tributário (art. 174 do CTN). Contando-se o prazo prescricional da

constituição definitiva. Em nenhuma das hipóteses decorreram os cinco anos, porque após o lançamento (art. 142 do CTN), houve a suspensão de sua exigibilidade (art. 151, III do CTN), até que fossem decididos os recursos administrativos (Súmula nº 163 do TFR) e houvesse a constituição definitiva. Como a dívida foi regularmente inscrita no dia 01-10-81 e dado o despacho determinando a citação em 25-12-82 e oferecidos os embargos no dia 27-10-83, não se consumou a prescrição.

No extinto TFR era tranqüilo o entendimento de que:

“Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos” (Súmula 153).

Nossa Corte Maior, no RE nº 91019 — SP, Relator Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, RTJ 94/382, entendeu que:

“Com a lavratura do auto de infração consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 242 do CTN). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência do prazo de prescrição; decorrido o prazo para a interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o art. 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do Fisco.”

No mesmo sentido foram os acórdãos nos REs. nºs. 92.473 — MG (RTJ 97/863); 90.926, DJ de 30-05-80; 91.812, DJ de 02-02-80; 95.365 — MG, DJ de 03-12-81 e no AI nº 113.044 (Ag. Reg.) — RJ, RTJ 121/399. Consta da ementa desta última decisão o seguinte:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, no intervalo entre a lavratura do auto de infração e a decisão definitiva do recurso administrativo que tenha sido interposto pelo contribuinte, não corre prazo decadencial ou prescricional.”

O Colendo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 95.365, DJ de 04-12-81, distinguiu claramente, as três fases estabelecidas pelo CTN sobre decadência e prescrição, em acórdão com a seguinte ementa:

“Tributário. Crédito Tributário. Extinção. Decadência e Prescrição.

O Código Tributário Nacional estabelece três fases inconfundíveis: a que vai até a notificação do lançamento ao sujeito passivo, em que corre prazo de decadência (art. 173, I e II); a que se estende da notificação do lançamento até a solução de processo administrativo, em que não correm nem prazo de decadência, nem de prescrição, por estar suspensa a exibibilidade do crédito (art. 151, III); a que começa na data da solução final do processo administrativo, quando corre prazo de prescrição da ação judicial da Fazenda (art. 174).”

Como se vê, não houve violação a nenhum dos dispositivos legais apontados (art. 174 do CTN e 219 do CPC).

Houve a divergência com a AC nº 213.007 (fl. 145).

Conheço do recurso pela divergência e nego-lhe provimento porque o v. aresto hostilizado não merece nenhuma censura.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 3.769 — RJ — (Reg. nº 90.0005978-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recorrente: Ecodil — Empresa Comercial de Matérias Primas Ltda. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Advogados: Drs. Luiz Gonzaga Modesto de Paula e José Alfredo Ferrari Sabino e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe negou provimento (1ª Turma — 7-11-90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg, Pedro Acioli e José de Jesus.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.217 — PR

(Registro nº 90.7184-4)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *João Maria de Souza*

Advogado: *Dr. Rolandi Horácio Dornelles Filho*

EMENTA: Recurso especial. Negativa de vigência do art. 33, *Caput*, e o seu parágrafo 2º, Letra *b*, do código penal. Reincidência.

Se o condenado, mesmo com pena inferior a quatro anos de reclusão, é reincidente, como reconhecido pela sentença de primeiro grau, não faz jus ao regime semi-aberto para início da execução da pena.

Recurso especial a que se deu provimento para restabelecer a sentença.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida e, em consequência restabelecer sentença de primeiro grau, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, em 23 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: João Maria de Souza, o ora recorrente, foi denunciado e condenado como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inciso III, e art. 155, *caput*, conjugados com o art. 71, agravados pelo art. 61, item I, todos do Código Penal (sentença, fl. 78). Diz, ainda, a sentença, não ser primário o condenado e registrar maus antecedentes, “relevando má conduta social e personalidade voltada ao cometimento de ilícitos”. A pena foi fixada., em definitivo, em 2 anos e seis meses de reclusão e 34 dias — multa, devendo ser cumprida, a privativa de liberdade, em regime fechado.

A Eg. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Paraná, por votação unânime, deu provimento parcial à apelação para modificar o regime de cumprimento da pena, de fechado para semi-aberto (fls. 116-120). Os Embargos de Declaração, interpostos pelo Ministério Público, foram rejeitados (fls. 129-131).

Inconformada, a ilustrada Procuradoria-Geral da Justiça ingressou com o presente Recurso Especial (fls. 133-137), com fundamento na letra *a*, do inciso III, do art. 105, da Constituição, por contrariedade ao disposto nos arts. 33, *caput*, 33, § 2º, letra *b*, do Código Penal, e 112, da Lei nº 7.210/84.

Traz em apoio ao recurso, opinião de J. F. Mirabete, no seu Manual de Direito Penal.

Admitido, vieram os autos a esta Corte, opinando a douta Subprocuradoria-Geral da República, em Parecer da lavra do Dr. Roberto Casali, pelo conhecimento e provimento, por infringência da alínea *b*, § 2º, do art. 33, e descabimento do regime semi-aberto.

É o relatório.

EMENTA: Recurso especial. Negativa de vigência do art. 33, *caput*, e o seu § 2º, letra *b*, do código penal. Reincidência.

Se o condenado, mesmo com pena inferior a quatro anos de reclusão, é reincidente, como reconhecido pela sentença de primeiro grau, não faz jus ao regime semi-aberto para início da execução da pena. Recurso especial a que se deu provimento para restabelecer a sentença.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Com base no art. 105, inciso III, letra *a*, da Constituição Federal, a Procuradoria da Justiça do Paraná manifestou recurso especial contra a decisão da 1ª Câmara Criminal do Estado, que deu provimento parcial à apelação nº 608/89, apenas para modificar o regime prisional imposto pela sentença, concedendo ao apelante o regime semi-aberto. Na decisão de primeiro grau, o MM. Juiz entendendo tratar-se de condenado reincidente impôs-lhe regime fechado.

O egrégio Tribunal *a quo*, ao deferir a vantagem não apresentou qualquer justificativa, dizendo tão-só que o apelante fazia “jus ao regime semi-aberto, de conformidade com a melhor interpretação do artigo 33 do Código Penal, diante da espécie versada nos autos”. (fl. 119).

Inconformado, o Ministério Público quer a reforma do julgado, considerando ter havido negativa de vigência dos artigos 33, *caput* e § 2º, letra *b* e 12 da LEP.

A razão está com o recorrente.

João Maria de Souza é, de fato, reincidente, tal como reconhecido na sentença.

Pela certidão de fl. 62, vê-se que o réu foi condenado por crime de homicídio simples (art. 121, *caput*, do Código Penal), pelo Júri, em 06-06-77, sendo recolhido à Cadeia Pública no mesmo dia, devendo vencer-se a pena aplicada de 6 (seis) anos, em 06-06-83, sendo transferido para 26-09-83, devido à fuga do Presídio. Foi o réu favorecido com o livramento condicional em 03-07-81.

Acontece que a inicial do presente processo, embora recebida em 14-04-89, alude a fatos ocorridos “há dois anos aproximadamente...” (fl. 2), comprovados no inquérito e na ação penal com trânsito em julgado nesta parte. Disto resulta, que entre a data do cumprimento da pena (a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo do livramento condicional) e a prática do novo delito, o descrito nestes autos, não decorreu o prazo de cinco (5) anos, necessários à eliminação da reincidência. É exatamente a lição do artigo 64, inciso I, do Código Penal.

Ora, o artigo 33, *caput*, e o seu § 2º, *b*, deixam explícito que o regime semi-aberto é reservado ao “condenado não reincidente”, aquele contra o qual se reconhece a reincidência, não tem direito ao favor. De igual forma, a letra *c* só assegura o regime semi-aberto, nas condições ali definidas, também ao “condenado não reincidente”.

O acórdão recorrido concedendo o regime semi-aberto ao condenado, no caso dos autos, incidiu na censura legal. Negou vigência à lei federal indicada.

Com estes fundamentos, conheço do recurso, e lhe dou provimento para reformar a decisão *a quo*, e restabelecer a sentença.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.217 — PR — (Reg. nº 90.7184-4) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: João Maria de Souza. Advogado: Dr. Rolandi Horácio Dornelles Filho.

Decisão: A 6ª Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida e, em consequência restabelecer sentença de Primeiro Grau, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (23-10-90).

Os Exmos. Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite, Dias Trindade e William Patterson votaram de acordo com o Exmo. Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

RECURSO ESPECIAL Nº 4.264 — SP

(Registro nº 90.0007286-7)

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

Recorrentes: *Norton Weffort Thimoteo e outros*

Recorrido: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Walter Delgallo, outros e Amilcar Aquino Navarro*

EMENTA: Constitucional. Funcionário público estadual. Pagamento de abono previsto no Decreto-lei nº 2.284/86.

A regra do art. 19, parágrafo único, do referido Decreto-lei, não era aplicável aos funcionários públicos estaduais, pois a Constituição de 1967, vigente à época de sua edição, atribuía aos Estados, no inciso V do seu art. 13, o poder de baixar normas relativas à organização de seu funcionalismo e à fixação dos vencimentos respectivos. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de setembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Agentes Fiscais de Rendas do Estado de São Paulo propuseram ação para vê-lo condenado a pagar-lhes o abono de 8%, previsto no Decreto-lei nº 2.284/86.

A ação foi julgada improcedente por sentença que veio a ser confirmada pela 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do mesmo estado, ao fundamento de que o art. 13 da Constituição de 1967, em vigor ao ser baixado o citado decreto-lei, assegurava aos Estados a competência exclusiva para a organização de seu funcionalismo e a fixação dos vencimentos.

Dessa decisão interpuseram os interessados recurso especial alegando negativa de vigência, pela mesma, aos arts. 18 e 19 do citado Decreto-lei nº 2.284/86.

Admitido, foi o recurso processado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator):
Rezam os arts. 18 e 19 do Dec.-lei nº 2.284/86:

“Art. 18 — São convertidos em cruzados, em 1º de março de 1986, pela forma do art. 19 e seu parágrafo único, os vencimentos, soldos e demais remunerações dos servidores públicos, bem assim os proventos de aposentadorias e as pensões.

Art. 19 — Todos os salários e remunerações serão convertidos em cruzados em 1º de março de 1986, pelo valor médio da remuneração real dos últimos 6 (seis) meses segundo a fórmula do Anexo II, utilizando-se a tabela do Anexo III (Fatores de atualização).

Parágrafo único. Sobre a remuneração real resultante em cruzados será concedido abono de 8% (oito por cento).”

A determinação da conversão em cruzados dos valores das remunerações dos servidores públicos previstas nas disposições lidas, aplicam-se sem dúvida nenhuma aos funcionários estaduais, porque da competência privativa da União legislar sobre normas gerais do direito financeiro (art. 8º, XVII, letra c da Constituição de 1967).

Já de relação à execução dos serviços, e, portanto, do estabelecimento das condições dos respectivos executores, inclusive vencimentos, a sua competência restringia-se, como disposto no mesmo art. 8º, inciso XVII, letra a, aos serviços federais.

Por isso mesmo, foi estabelecido no art. 13, inciso V, da mesma Carta, caber aos Estados baixar normas relativas aos funcionários públicos.

A regra do art. 19, parágrafo único, da Lei nº 2.284/86, assim, como entendeu a decisão atacada, não era aplicável aos recorrentes.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.264 — SP — (Reg. nº 90.0007286-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recorrentes: Norton Weffort Thimoteo e outros. Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Drs. Walter Delgallo, outros e Amilcar Aquino Navarro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (Em 26-09-90 — 1ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 4.496 — MG
(Registro nº 90.0007787-7)

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

Recorrentes: *José Lúcio Nogueira e Cônjuge*

Recorrida: *Credireal Leasing S/A — Arrendamento Mercantil*

Advogados: *Drs. Romualdo Wilson Cançado e outros e José Ornelas de Melo.*

EMENTA: Embargos à execução. Prazo. Precatória.

I — O prazo para os embargos, sendo vários os executados, principia, para cada um deles, do momento da respectiva intimação da penhora.

II — O prazo para os embargos inicia-se da intimação da penhora, mesmo no caso de precatória.

III — Recurso especial de que se não conheceu. Unânime.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de setembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de embargos à execução opostos por José Lúcio Nogueira e sua mulher contra Crédito Leasing S/A, que foram julgados intempestivos pela sentença de fl. 93, nos seguintes termos:

“Os embargantes foram intimados para embargos em 08 de dezembro de 1987, conforme se vê a fl. 38 dos autos da Execução. Os embargos deram entrada em 29 de janeiro de 1988, conforme carimbo de protocolo na respectiva inicial (fl. 2).

Segundo conclusão cível do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada,

“O prazo para oferecimento dos embargos corre da intimação da penhora, mesmo nos casos de precatória.” (cf. Rev. de Julg. do TAMG 15/36).

Vê-se portanto que os embargos foram apresentados a des- tempo, pelo que os rejeito liminarmente.” (fl. 93)

A Egrégia 1ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negou provimento à apelação, mantendo decisório de primeiro grau.

Da parte objeto da impugnação transcrevo os seguintes tópicos do acórdão:

“Alegam os Apelantes que os embargos por eles opostos foram ajuizados precocemente, “mais de quatro meses antes que se iniciasse o prazo para sua interposição”, eis que o *dies a quo* para tal interposição se conta a partir da juntada de carta precatória dos autos. A matéria versada não é pacífica. Entretanto, a melhor doutrina, adotada pelos Tribunais pátrios é no sentido do entendimento constante da decisão recorrida, passando a fluir o mencionado prazo a partir da intimação da penhora.

A Execução, como é sabido, rege-se por normas específicas, supletivamente aplicam-se as normas do processo de cognição. Tratando-se de instrumento processual que objetiva, pela liquidez dos fatos em que se consubstancia, a expropriar os bens do devedor para restabelecer a ordem social, é compreensível o intuito do legislador de torná-lo o mais célere possível. Nestas condições, o aguardo do retorno da precatória para, com sua juntada, abrir-se o prazo de embargos, é descabido.

Neste sentido é o entendimento jurisprudencial a que nos filiamos.

“A regra geral do art. 241 do CPC de que se conta o prazo da data da juntada de carta precatória o prazo para defesa, não prevalece contra a especial, do art. 738, I, do mesmo diploma, que determina a oferta dos embargos de devedor em dez dias, contados da intimação. O objetivo do legislador foi o de dar célere andamento à execução forçada, tanto assim que eliminou a fase de cognição (RT 5473196).”

“É clara a redação do art. 738, I, do CPC concessiva de prazo de 10 dias para os embargos, contados da intimação da penhora — em que não se justifica a pretensão, antes admitida em alguns julgados, de se iniciar a contagem da juntada do mandado. O próprio dispositivo remete o intérprete para a regra inserida no art. 669 do Código de intimação da penhora para efeito de embargos do devedor no prazo de 10 dias, a contar dela evidentemente” (Ac. Unân. da 7ª Câmara, do 1º TACiv SP de 04-09-84, *in* Adcoas 1985).

Assim, a douda sentença hostilizada não merece censura.

A segunda preliminar suscitada refere-se ao fato de que os demais executados não foram intimados da penhora, entendendo os Apelantes que, por tal motivo, não se iniciou a contagem do prazo destinado à oposição dos Embargos.

Tal entendimento, *data venia*, é equivocado. Tendo os Apelantes sido intimados da penhora, a partir daí começou a fluir o prazo para interposição dos embargos.

O exame de tal preliminar confunde-se com o mérito recursal, eis que a questão *sub judice* cinge-se na correta exegese do disposto no artigo 738 do CPC.

A falta de intimação da penhora aos demais Executados é irrelevante, quanto ao argumento do Apelante, uma vez que a Execução não se aplica a regra do art. 241 do CPC. Cada devedor, separadamente, assim que intimado da penhora, ajuizará, se quiser, seus embargos, independentemente, da posição dos demais.

Assim, “O prazo para embargos, na execução, começa a correr da data da intimação da penhora feita a cada um dos co-executados. Cada um tem seu prazo contado da data em que foi intimado da penhora, independentemente do fato de não terem sido completadas todas as intimações, dado o caráter autônomo dos embargos de cada executado” (RT 576/146).

“Sendo vários os executados, cada qual tem prazo autônomo para embargar, contado da respectiva intimação da penhora” (RTJ 107/943, JTA 102/67).” (fls. 120/122)

Inconformados, os recorrentes interpuseram recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, do permissivo constitucional, alegando ofensa ao art. 738 do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial (fls. 124 e 131).

Pelo despacho de fls. 147 a 148, foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 150 a 151 e contra-razões de fls. 153 a 155, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator):

O v. acórdão bem decidiu a questão ao entender que havendo vários executados, o prazo para oposição dos embargos começa a correr para cada um no momento da intimação da penhora, e não, a partir da intimação de todos os executados.

O prazo para interposição dos embargos é pessoal e conta-se singularmente da intimação da penhora.

O eminente Ministro e processualista Alfredo Buzaid, discorrendo sobre a autonomia dos embargos à execução assim preleciona no voto proferido no RE 96.361:

“A natureza jurídica dos embargos é, pois, a de uma ação do devedor, que se insere por conexão no processo executivo, instaurando um juízo de conhecimento. O contraditório só surge entre credor e devedor, se este o provoca. Doutra modo, prossegue a execução seus ulteriores termos até a satisfação da pretensão do credor. Esta é a lição dos autores (Cf. Liebman, *Processo de Execução*, 4ª ed., Saraiva, 1980, p. 216; José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, vol. II, pág. 152; Amílcar de Castro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rev. Trib., Vol. VIII, nº 523; Celso Neves, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., vol. VII, pág. 239; Moacir Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3ª ed., vol. III, pág. 380; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, pág. 3 e segs.; Antonio C. Mariz de Oliveira, *Embargos do devedor*, 1977, Ed. Buschasky, pág. 51 e seguintes; *José de Moura Rocha, Sistemática do novo processo de execução*, Rev. Trib., São Paulo, 1978, pág. 469).” (RTJ-102, 857/858)

E, prossegue:

“O prazo para embargar é sempre de dez dias para cada devedor; se houver mais de um devedor com diferentes procuradores, não se altera o princípio enunciado no art. 783, I do Código de Processo Civil, porque cada qual tem posição autônoma para oferecer os seus embargos. Pouco importa, pois, a existência de litisconsortes com diferentes procuradores, porque eles não são réus senão autores nos embargos à execução.” (Cf. cit. pág. 858)

Especificamente sobre a matéria o eminente Ministro Francisco Rezek no RE 100.487, *in* RTJ 107/903, assim expôs:

“São diversos os precedentes (RR.EE. n.ºs. 96.361, 97.138, 94.153, 97.255), no sentido de que o prazo para embargar é de dez dias, pouco importando a existência de outros devedores. Cada um deles tem qualidade autônoma para oferecer embargos. Assim, após a intimação da penhora, começa a contagem singular de cada prazo.”

De igual entendimento são as lições do também eminente Ministro e processualista Sálvio de Figueiredo, no “Código de Processo Civil Anotado”:

“A maioria tem também entendido que havendo mais de um executado o prazo se conta para cada um da data que tiver sido intimado da penhora do bem que lhe pertença (Forense, pág. 324).”

Quanto ao segundo tema, irrepreensível é o acórdão, ao decidir que o prazo para oferecimento dos embargos corre da intimação da penhora, mesmo no caso de precatória.

Nesta diretriz é o pensamento desta Corte consoante se constata da ementa do REsp nº 1.720, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo:

“Processo civil. Embargos à execução. Penhora por precatória. Prazo. Fluência a partir da intimação (CPC, art. 738, I). Inaplicabilidade do art. 241, IV, CPC.

— Em se tratando de embargos à execução por quantia certa, com penhora efetuada por precatória, conta-se o prazo de 10 (dez) dias a partir do primeiro dia útil após a intimação da penhora e não da juntada da precatória aos autos. Em outras palavras, o prazo para oferecimento dos embargos corre da intimação da penhora, mesmo nos casos de precatória.”

Também em consonância com essa posição é o REsp nº 2.969, relatado pelo eminente Ministro Nilson Naves.

De igual entendimento é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consubstanciada em vários julgados (RTJs 92/320, 95/288, 95/876).

No caso concreto, além de não se vislumbrar ofensa à lei federal, o dissídio jurisprudencial não atende aos requisitos da Súmula nº 291, c/c o art. 255, parágrafo único, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

E mesmo que dissídio houvesse, este estaria superado, pois a decisão recorrida se orientou na mesma linha de ambas as Turmas desta Corte.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, gostaria de deixar registrada também minha simpatia pela tese em sentido contrário, com a qual comungo de *lege ferenda*, até porque no início da vigência do Código de Processo Civil tive oportunidade de manifestar-me a respeito, defendendo esse ponto de vista, em trabalho publicado pela Saraiva. No entanto, em face da caudalosa jurisprudência e da doutrina que se formaram a respeito na interpretação do art. 738, e do disposto no art. 598 do Código de Processo Civil, segundo o qual somente se aplicam subsidiariamente à execução as normas do processo de conhecimento quando não houver norma expressa contemplada no livro dois, que trata do processo de execução, passei também a adotar a posição majoritária, hoje praticamente unânime nos Pretórios deste País.

Gostaria apenas de deixar o registro por comungar, *lege ferenda*, do entendimento de V. Exa., porque essa posição atende mais aos fins do processo. Não me parece conveniente, porém, mudança da orientação neste momento, quando inclusive temos precedente nosso a propósito.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Devo acompanhar os eminentes colegas, face aos precedentes apontados e pela circunstância de que incorre contrariedade à lei federal na interpretação de que o decêndio para os embargos conta-se da intimação da penhora; ao inverso, esta é a exegese literal do texto legal.

O que não me parece, como já tive oportunidade de manifestar várias vezes em sede doutrinária e, tempos atrás, em acórdãos proferidos no Tribunal do Rio Grande do Sul, é que esta exegese seja a mais consentânea com o sistema geral do Código e com o próprio interesse das partes. Creio que a

orientação inicial dos tribunais, no sentido de que o prazo somente correria a partir da data da juntada aos autos do mandado de penhora e intimação devidamente cumprido, traduzia interpretação muito mais adequada.

Mas, de qualquer forma, pela letra *a* o recurso não pode ser conhecido e, igualmente, também pelo dissídio pretoriano, conforme sublinhou o eminente Relator, a quem, portanto, com estas ressalvas, devo acompanhar.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.496 — MG — (Reg. nº 90.0007787-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recorrentes: José Lúcio Nogueira e Cônjuge. Recorrida: Credireal Leasing S/A — Arrendamento Mercantil. Advogados: Drs. Romualdo Wilson Cançado e Outros e José Ornelas de Melo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 18-09-90).

Os Exmos. Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.594 — PR

(Registro nº 9079926)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorridos: *Erol Lúcio de Almeida; Emiliano Costa (réu preso)*

Advogado: *Dr. Sadi Meine*

EMENTA: Penal. Processual. Nulidades proclamadas no acórdão. Livre apreciação da prova. Sanação inexistente. Exame de dependência. Divergência de Interpretação. Situações fáticas não coincidentes.

I — O recurso especial não se presta a reexame de provas (Súmula 7/Superior Tribunal de Justiça).

II — Situações fáticas não coincidentes não servem a aperfeiçoar divergência de interpretação de norma federal.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Interpôs o Ministério Público do Estado do Paraná, com fundamento no art. 105, inciso III, *a e c*, da Constituição Federal, recurso especial de acórdão do Tribunal de Justiça daquele estado que, segundo o recorrente, teria negado vigência a dispositivos de leis federais e contrariado jurisprudência de outros tribunais.

Processado o recurso vieram os autos a este Tribunal.

Parecer do Ministério Público pelo conhecimento e provimento do recurso interposto com relação ao disposto no art. 105, III *c*, e pelo improvimento com relação à alínea *a* do mesmo artigo da Constituição Federal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A despeito de admitido o recurso apenas pelo fundamento da divergência de interpretação, desprezado o de negativa de vigência de normas federais, tem-se que o simples despacho de delibação não acarreta preclusão, posto que todos os motivos do recurso, quando admitido por um deles, são devolvidos ao exame deste Tribunal, no exercício da sua jurisdição em sede de recurso especial.

Assim resume o recorrente o seu recurso:

“Conseqüentemente, em flagrante inobservância concreta do princípio da persuasão racional (arts. 157 do Código de Processo Penal *c/c* o art. 93 IX, 2ª parte, da Constituição), os acórdãos ora reprochados — refere-se ao acórdão da apelação e ao de embargos declaratórios com o fim de prequestionar dispositivos legais ofendidos pelo primeiro contrariaram os arts. 583 (*pas de*

nullitè sans grief), 566 (a omissão da parte não pode beneficiá-la em termos de contraditório no que é pertinente a qualquer forma de prova), 571 e incisos e 572 e incisos (preclusão acerca de eventual cerceamento que, diga-se, a própria defesa constituída não reconhecera *in opportuno tempore*) e 564, inciso III, letra e) e IV (dada a inexistência real de nulidade, todos do Código de Processo Penal).

Vemos, deste modo, que o recurso, que tem assento em flagrante inobservância concreta do princípio da persuasão racional, contido no art. 157 do Código de Processo Penal, tem iniludível objetivo de reexame da prova, de sorte a produzir uma alteração dos fundamentos fáticos da decisão, o que se apresenta impossível em recurso especial (Súmula 7/ Superior Tribunal de Justiça).

Diga-se, no entanto, que as nulidades acolhidas seriam daquelas de natureza absoluta, envolvendo o cerceamento efetivo da defesa.

A primeira diz com a falta de oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, embora depois da sentença feita a juntada de carta-precatória cumprida.

Ocorre, no entanto, que a carta foi expedida sem a determinação de prazo para o seu cumprimento e devolução, como manda o art. 222 do Código de Processo Penal, nem mesmo de maneira implícita, posto que, como destacado no acórdão recorrido, embora conste da carta a data da audiência de instrução e julgamento, a mesma somente foi recebida no juízo deprecado depois dessa mesma data.

Não poderia, por conseguinte, o juiz realizar a audiência e proferir julgamento antes que devolvida a carta-precatória, sobretudo porque, em face do desencontro de datas, sequer compareceu à oitiva das testemunhas de defesa o defensor constituído.

Não é, deste modo, de dizer desinfluyente a prova requerida, até porque a mesma não se produziu regularmente. E nem se teria por sanada a nulidade, com a só juntada da carta, após o julgamento, dado que bem poderia ser argüido defeito na produção, a recomendar eventual renovação dessa prova, em favor da defesa.

De relação ao exame de dependência, que se não fez, tem-se que é obrigatória apenas a indagação da eventualidade da dependência, por ocasião do interrogatório, ficando ao juiz aferir, segundo as circunstâncias do caso, da necessidade de se submeter o réu ao respectivo exame — art. 23, § 1º, da Lei nº 6.368/76.

Esse exame de dependência, no entanto, tem dupla finalidade: a) possibilitar eventual desclassificação do delito para o de uso de substância que causa dependência; b) possibilitar a excludente de criminalidade ou a redução da pena.

Ora, no caso em exame, ao contrário daquele a que se refere o acórdão trazido a confronto, o juiz, na sentença, deu fundamentação para a desnecessidade do exame, para efeito de classificação do delito, tendo em vista a quantidade da droga apreendida, mas deixou de fazê-lo em relação aos fins do art. 29 da Lei de Tóxicos, ou seja, para excluir o crime ou, mesmo, para reduzir a pena.

É certo que a determinação do exame de dependência supõe a dúvida sobre a integridade mental do acusado, a que se refere o art. 149 do Código de Processo Penal, de sorte que teria de constar da sentença a razão pela qual o juiz afasta a dúvida para dispensar o exame.

O desencontro das situações fáticas dos casos em confronto indica a impossibilidade de aceitá-lo para fundamentar divergência de interpretação.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso por qualquer dos fundamentos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.594 — PR — (Reg. nº 9079926) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: Erol Lúcio de Almeida; Emiliano Costa (réu preso). Advogado: Dr. Sadi Meine.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (Em 23-10-90 — 6ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros William Patterson, José Cândido, Carlos Thi-bau e Costa Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.790 — RJ

(Registro nº 90.0008416-4)

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

Recorrente: *Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Valdair de Castro Moraes*

Advogados: *Drs. Eduardo Wilson Neto e Paulo William Muller e outro*

EMENTA: Recurso especial. Mandado de segurança. Ato administrativo. Mérito. O mérito do ato administrativo refoge à crítica judicial. Ressalvem-se os respectivos fundamentos, ou seja, se a apreciação de oportunidade e conveniência apóia-se em fato legítimo.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade e preliminarmente, rejeitar a argüição de decadência levantada pelo recorrente; no mérito, ainda pelo mesmo *quorum*, a Turma, conheceu do recurso e lhe deu provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 01 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso Especial interposto pelo Estado do Rio de Janeiro nos autos do Mandado de Segurança em que contende com Valdir de Castro Moraes.

O Recorrente, com base no disposto no art. 105, III, da Constituição da República, argüi contrariedade de lei federal.

O Recorrente alega ter sido violado o artigo 18 da Lei nº 1.533/51 que limita em cento e vinte dias o prazo para requerer mandado de segurança. Esclarece que “A reprovação do impetrante no exame físico foi publicada em 10-04-87 (fl. 35) sendo certo que o presente *mandamus* foi proposto em 19-10-87.” (fls. 96/98).

Acórdão recorrido (fls. 89/91), por maioria, concedeu a segurança. Entende ino correr a decadência, face o estabelecido pelo próprio Estatuto dos Policiais Militares, de só permitir o recurso ao judiciário após esgotados os recursos administrativos.

O r. despacho do ilustre Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial com fundamento na alínea *a* (fls. 103/104).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Sr. Presidente, examino, em primeiro lugar, o instituto da decadência.

O mandado de segurança é ação constitucional. Visa a garantir, através de processo especial, qualquer pessoa contra ilegalidade ou abuso de poder, como explicita a Lei nº 1.533/51.

Em sendo assim, nenhuma restrição pode ser oposta por legislação ordinária.

Tenho como de duvidosa constitucionalidade a legislação militar que condiciona o ingresso em juízo ao exaurimento da instância administrativa. Caso contrário, afetar-se-á outro princípio constitucional de nenhuma lesão de direito ser afastada de apreciação do judiciário. Acrescento, a intervenção judicial, outrossim, deve ser a mais rápida possível e eficaz.

Aguardar a decisão administrativa é confronto a essas garantias.

Ocorre, no entanto, ponderável entendimento jurisprudencial sufraga tese diferente. Nessa linha, julgados do extinto Tribunal Federal de Recursos. O Superior Tribunal de Justiça continua adotando essa orientação, inclusive acórdãos da Egrégia Seção de Direito Público.

Em considerando esse pormenor, o v. acórdão recorrido merece prosperar, nesse particular.

Todavia, no tocante ao *meritum causae* do mandado de segurança, ousou discordar.

A propósito, a respectiva fundamentação do v. acórdão é a seguinte:

“No mérito, o impetrante não poderia ter sido eliminado no exame físico. É que “este exame”, segundo as próprias Instruções do Comando, se realizaria com observância dos critérios que presidem aos T.A.F., isto é, testes de avaliação física; assim: a) — Físico — para candidatos aprovados no Exame médico; será realizado de acordo com o T.A.F. (Teste de Avaliação Física) previsto para corporação.” (fl. 90).

As exigências do concurso, no âmbito da legalidade, sujeitam-se à oportunidade e conveniência.

O mérito do ato administrativo refoge à crítica judiciária, salvo, é lógico, quanto aos respectivos fundamentos.

O Impetrante, ora Recorrido, afirmou no item 4 da impetração:

“4 — Que o Impetrante não concorda com a sua desclassificação pelo teste físico, tendo em vista que não sofre qualquer enfermidade de ordem física ou mental, razão pela qual continua nos serviços ativos da Corporação, exercendo a função policial

nas ruas, na qualidade de soldado, e assim sendo, não justifica a incapacitação para as atividades no curso de Sargentos, uma vez que, estando ele preparado para enfrentar as adversidades no serviço de patrulhamento, estaria da mesma forma capacitado a exercer no futuro as atividades inerentes da condição daquela patente, pois pela sua própria condição profissional, os encargos da função de Sargento são menos exaustivos do que as tarefas atribuídas aos praças não graduados.” (fl. 03).

As informações, por seu turno, acrescentaram:

“6 — A reprovação em concurso, na parte física, não significa que o impetrante não possa servir em policiamento: pode ele trabalhar, normalmente, mas ser, como o foi, reprovado em exame específico para fazer curso, e não para trabalhar.” (fl. 23).

Em mandado de segurança a prova deve ser preconstituída.

Data venia, o Impetrante limita-se a impugnar a conclusão do teste. Não há nenhuma contundente afirmação que abale a legalidade.

O v. acórdão fundamentou:

“No mérito, o impetrante não poderia ter sido eliminado no exame físico. É que “este exame”, segundo as próprias Instruções do Comando, se realizaria com observância dos critérios que presidem aos T.A.F., isto é, testes de avaliação física; assim: a) — Físico — para candidatos aprovados no Exame médico; será realizado de acordo com o T.A.F. (Teste de Avaliação Física) previsto para corporação.”

Os testes de avaliação física (T.A.F.) organizam-se em testes que prevêem períodos de recondicionamento físico, para habilitar o examinando a ser ainda aprovado, pelo que não se justifica a eliminação do candidato na 1ª fase dos T.A.F. Caracterizada encontra-se a ilegalidade.”

(fl. 90).

Na segurança, *data venia*, não foram abaladas as presunções de legalidade e veracidade.

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.790 — RJ — (Reg. nº 90.0008416-4) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Valdair de Castro Moraes. Advogados: Drs. Eduardo Wilson Neto e Paulo William Muller e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, rejeitou a argüição de decadência levantada pelo recorrente; no mérito, ainda pelo mesmo *quorum*, a Turma, conheceu do recurso e lhe deu provimento (2ª Turma — 01-10-90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Hélio Mosimann e Américo Luz.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.129 — DF

(Registro nº 90.9286-8)

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

Recorrente: *Sebastião José de Souza (réu preso)*

Recorrido: *Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios*

Advogada: *Dra. Yeda Maria Morales Sanchez*

EMENTA: Penal/Processual. Recurso especial. Júri. Libelo. Quesitação em séries distintas; Concurso formal de delitos.

1. Atendo-se o libelo aos termos da sentença de pronúncia e à indicação de circunstância agravante prevista na lei penal, não distoa do art. 417 do Código de Processo Penal.

2. A quesitação em séries distintas, uma para cada delito, segundo a acusação que expressamente alude à existência de concurso formal de crimes, não induz a que mais de uma ação tenha sido praticada e nem determina respostas contraditórias do júri.

3. Admitida a formulação de quesito sobre erro acidental, contido na tese de defesa, não há ofensa a direito do réu que da formulação haja referência a desvio de trajetória da carga desfechada com o tiro, negado pelo júri.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na

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

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Recorre Sebastião José de Souza com base no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, da decisão proferida pela Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que, segundo o recorrente, negou vigência aos arts. 417, inciso II, 484, inciso V, e 489 do Código de Processo Penal.

Processado o recurso vieram os autos a este Tribunal, onde o Ministério Público opina pelo provimento do mesmo.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A sentença de pronúncia diz respeito à prática de dois crimes mediante uma só ação, concluindo por admitir a acusação perante o júri, pelos crimes de homicídio por motivo fútil e de tentativa de homicídio, tendo como vítimas filho e esposa do réu, respectivamente, reconhecida a ocorrência de concurso formal de delitos, com a seguinte capitulação; art. 121, § 2º, II, e art. 121 c/c art. 14 e art. 70, todos do Código Penal.

O libelo não se afastou da sentença de pronúncia, havendo apenas indicado, com expressa menção ao art. 70 do Código Penal, duas séries de acusações, uma em relação a cada uma das vítimas, fazendo acrescentar apenas a circunstância agravante do art. 61, II, *e*, do mesmo Código, já que o delito de homicídio foi cometido contra descendente.

A alegação do recorrente de que o libelo se tenha afastado da pronúncia e, mesmo da denúncia, por indicar a duplicidade de ações delituosas, não é correta, por conseguinte, dado que a expressa referência ao art. 70 do Código Penal induz à certeza da existência de uma só ação, reveladora do concurso formal dos delitos.

Não há, portanto, a alegada ofensa ao art. 417, III, do Código de Processo Penal, porquanto bem delineados os fatos e circunstâncias dos crimes e expressamente indicada circunstância agravante, prevista na lei penal.

A quesitação, formulada em duas séries, por sinal já indicadas no libelo, está de acordo com os pontos da acusação, em relação a cada um dos delitos, a começar da tentativa de homicídio, na primeira série, e, depois, a do homicídio, na segunda série, seguindo-se os quesitos sobre as circunstâncias agravante e atenuante e tese de erro, sustentada pela defesa.

Ainda aqui não se vislumbra ofensa ao art. 484, V, do Código de Processo Penal, porquanto, ao contrário do sustentado pelo recorrente, a formulação dos quesitos, em séries distintas, se deve a pontos distintos da acusação, como expressamente determinado pela parte final do mencionado dispositivo, dito violado.

Não se apresentam contraditórios os quesitos, formulados em séries distintas, uma para a tentativa de homicídio contra a esposa, e outra pelo homicídio contra o filho de pouco mais de um ano que se encontrava no colo da mãe.

A formulação de quesito sobre matéria sustentada pela defesa sobre a existência de erro, por desvio da trajetória da carga desferida com o tiro, não ofende a direito algum do recorrente e nem a mesma induz resposta negativa. Basta a sua transcrição para mostrar a clareza de sua propositura, por sinal entendida pela maioria dos jurados:

“O projétil, desviando-se da direção desejada, atingiu a vítima Claudinei Gomes de Souza, produzindo-lhe as lesões descritas no laudo de fls. 105/107.”

A resposta negativa, por cinco votos a dois, demonstra que não houve o alegado desvio, mas um só tiro de espingarda, com carga múltipla, acarretou as lesões descritas em ambas as vítimas, sem desvio de trajetória.

E, como sabido, quando são atingidas duas ou mais vítimas, tem-se por caracterizado o concurso formal de delitos.

Não se verifica, portanto, qualquer ofensa a norma federal, pelo que tenho que deva prevalecer o acórdão recorrido.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.129 — DF — (Reg. nº 90.9286-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recorrente: Sebastião José de Souza (réu preso). Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Advogada: Dra. Yeda Maria Morales Sanchez.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (Em 23-10-90 — 6ª Turma).

Votaram os Exmos. Srs. Ministros William Patterson, José Cândido, Carlos Thibau e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

RECURSO ESPECIAL Nº 5.489 — SP

(Registro nº 90.10219-7)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Interessado: *José Inácio de Castro*

Advogados: *Drs. Valdelice Izaura dos Santos e Marigildo de Camargo Braga e outros*

EMENTA: Processual civil. Ação acidentária. Desistência.

Se não decorrido o prazo para a resposta, pode o autor, independentemente do consentimento do réu, ainda que antecipada a prova pericial, desistir da ação. Precedentes.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório de notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 31 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Acórdão proferido pela 2ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil, por maioria, em sede de embargos infringentes, decidiu que nas ações acidentárias, antecipada a prova pericial, não pode o autor desistir da ação, independentemente do consentimento do réu, antes do momento da contestação, pelo que, reformada a decisão singular, determinou que outra fosse proferida com julgamento de mérito.

Daí o recurso especial interposto pelo Ministério Público, admitido na origem, sob a alegação de que o v. acórdão negou vigência aos artigos 14, II e III, 267, VIII, e § 4º, e 278 do Código de Processo Civil.

Com as contra-razões, subiram os autos.

Sem parecer. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Para decidir a espécie, fico com a fundamentação constante do acórdão embargado, aliás em conformidade com o entendimento da Turma sobre a questão, conforme se vê dos julgados relativos aos Recursos Especiais nºs 1.288, 1.893 e 2.932, todos de São Paulo, relatados respectivamente pelos eminentes Ministros Hélio Mosimann, Vicente Cernicchiaro e Carlos Mário Velloso.

Ei-la:

“A possibilidade, ou não, de obreiro desistir da ação após apresentação do laudo da perícia médica, e antes de formulada a contestação, voltou a ser tema de discussão nesta corte, apesar de entendimento anteriormente sumulado (Súmula nº 12) no sentido de negá-la. Contudo, ao menos nesta Câmara, com sua atual composição, a matéria deixou de ser pacífica, qualquer que seja a Turma Julgadora, decidindo-se ora em um sentido, ora em sentido contrário, conforme seja formada a Turma.

De igual forma, conforme sejam os representantes do Ministério Público em seus dois graus, discordam por vezes Curadores e Procuradores, tanto em um sentido como noutro.

Entende esta Turma Julgadora, por maioria de votos, que se deva negar provimento ao apelo, tendo por conforto o parecer da douta Procuradoria da Justiça, em substanciosa manifestação da lavra do Dr. José Fernando da Silva Lopes.

Como já registrado em outros V. Acórdãos, seja por voto vencedor ou vencido, entende-se que “a participação na perícia, por exigência do princípio do contraditório, não pode ser encarada como “defesa do réu”, quer científica, quer pragmaticamente falando”, até porque “a prova é elemento para fundamentar a defesa, mas não é a defesa em si mesma” (cf. voto vencido na Ap. Sum. 227.002-3, em que se transcreve trechos do parecer da Curadoria de Acidentes).

Ademais disso, como também consignado naquele voto, nada impede que o obreiro promova uma antecipação de prova, cautelarmente (Artigo 846 a 851 do C.P.C.) e posteriormente sequer promova a ação principal; o resultado seria o mesmo, sem vinculá-lo à uma futura e eventual concordância do réu para essa inércia.

E mais. Antecipada que seja a prova pericial com resultado positivo em termos de garantir um benefício (seja auxílio suple-

mentar, auxílio-acidente ou mesmo aposentadoria acidentária), estaria o instituto segurador inibido de produzir qualquer defesa, pelo só fato dessa prova ser-lhe desfavorável. Evidentemente que não. E se, apesar desse resultado positivo, houvesse o obreiro por bem desistir da ação antes de contestado o pedido, necessitaria da concordância do réu? Incurrendo essa concordância com o conseqüente prosseguimento da ação, ensejando um altamente provável desfecho em desfavor da autarquia, não se estaria frente a um verdadeiro contra-senso resultante daquela contrariedade?

O que se apresenta mais razoável e juridicamente acolhível é que, ante a peculiaridade das ações acidentárias em que normalmente se antecipa a prova pericial, inexistente impedimento legal para a desistência da ação independentemente da concordância do réu, posto que ainda inexistente a contrariedade normalmente formulada na audiência de instrução e julgamento, face ao rito sumaríssimo que lhe é peculiar. Parece ser esta a adequada exegese para o — 4º do artigo 267 do CPC, no que pertine às ações de rito sumaríssimo.

Destaca-se, do parecer do nobre Procurador da Justiça, o trecho que segue em apoio da tese aqui reafirmada:

“Nem mesmo o argumento da moralidade, tão caro ao sistema de administração da justiça, tem maior ressonância no caso em exame. Com amparo na moralidade é dever das partes proceder com lealdade e boa-fé (Código de Processo Civil, art. 14 — III) não formulando pretensões cientes de que destituídas de fundamento (art. 14 — III). Assim, admitir que o autor possa ser compelido a prosseguir na ação, insistindo numa pretensão que descobre ser infundada, implica em forçá-lo a atuar na contramão da lealdade e em compeli-lo a afrontar a moralidade. E isto, ao arrepio do sistema processual, sem que exista qualquer previsão de lei a exigir-lhe tal comportamento, o que configura, como já se destacou, ofensa direta e frontal ao princípio da legalidade firmado e garantido pela Constituição.”

Do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.489 — SP — (Reg. nº 90.10219-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. Interessado:

José Inácio de Castro. Advogados: Drs. Valdelice Izaura dos Santos e Mari-gildo de Camargo Braga e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento (2ª Turma — 31-10-90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Ilmar Galvão, Vicente Cernicchiaro e Hélio Mosimann.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.