

RECURSO ESPECIAL, EMBARGOS E AGRAVO REGIMENTAL

RECURSO ESPECIAL Nº 242 — SP
(Registro nº 8985271)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Linigráfica Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Breno Tonon e Luís A. S. Duarte e outros*

EMENTA: Processo Civil. Recurso Especial. RI/STF, Art. 325.

I — Ante a ausência do atendimento dos pressupostos a que se refere o artigo 325-RI/STF, impossível conhecer-se do recurso.

II — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Cuida-se de Recurso Especial, por transformação, remetido a este Tribunal por força do despacho de fls.

O Extraordinário fora admitido no S.T.F. por força do acolhimento de argüição de relevância, conforme verifica-se dos autos.

O despacho que torna os autos ao S.T.J. deixa a este Tribunal, tão-somente, a matéria infraconstitucional.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O extraordinário fora admitido tão-somente por força da decisão proferida na argüição de relevância, não existindo a oportunidade de apreciar-se a satisfação das regras restritivas impostas pelo art. 325/RI/STF.

Como em outras oportunidades já afirmei, a constituição vigente vem de adotar o recurso especial (art. 105, III, *a*, *b* e *c*), diverso do existente na constituição extinta. Os pressupostos de ambos se divergem pela base, o que orienta-me a adotar posição idêntica à corrente jurisprudencial que entende que o recurso rege-se pelas normas vigentes ao tempo da consumação do ato recorrível. Tal entendimento reafirmei em inúmeros julgados, obtendo a adesão desta egrégia Turma.

Lei nova, que vem a alterar as regras de admissibilidade do recurso (sua interposição), certamente afeta direitos, posto que a decisão fora proferida sob império de outra legislação.

É fato cristalizado que as restrições do art. 325 RISTF quanto à admissibilidade do R.E., mantêm-se ainda com plena eficácia em relação às decisões proferidas ao tempo de vigor da CF de 1967.

O acolhimento da relevância, que propiciou a admissão do R.E. não dispensa a exigência do preenchimento das exigências para o cabimento do mesmo.

Assim, como não atendidos os pressupostos, pelo recorrente, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DE MINUTA

REsp nº 242 — SP — (8985271) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Linigráfica Ltda. Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Drs. Breno Tonon e Luís A. S. Duarte e outros.

Decisão: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli não conheceu do recurso (em 30.08.89 — 1ª Turma).

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg.

VOTO-VISTA VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A Constituição em vigor até 4.10.88 estabelecia no art. 119, inciso III, que competia ao Supremo Tribunal Federal:

“III — Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

§ 1º — As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no

regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.”

Em atenção à última disposição lida, o Supremo Tribunal Federal, em seu regimento, depois de enumerar diversas hipóteses em que teria cabimento o recurso extraordinário, estabeleceu ser tal recurso cabível “em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal.”

Tem-se que, uma vez admitida a relevância da questão federal discutida nos autos, o recurso referido é cabível como nas demais hipóteses previstas na disposição regimental.

Ora, no caso dos autos, argüida a relevância, foi esta reconhecida pela Corte Maior que determinou o processamento do recurso (fls. 203/204), com o que não tem lugar neste instante apreciar-se dito cabimento, e sim verificar se estão presentes as hipóteses das letras *a* e *d*, do texto constitucional anterior, que correspondem às letras *a* e *c* do art. 105, III, da atual Constituição, cuja apreciação já não pode ser objeto de recurso extraordinário, e sim de recurso especial, cujo julgamento compete a esta Corte.

Por assim considerar passo a examinar a presença, no caso sob apreciação, dos requisitos do recurso especial.

Neste sentido:

“Argüição de relevância que subiu a esta Corte em instrumento próprio, e que, com a entrada em vigor, da atual Constituição, ficou prejudicada, sem preclusão, porém, das questões legais nela deduzidas.

Tendo em vista que, em casos como o presente, o recurso extraordinário se converteu, *ipso jure*, em recurso especial, determino a restituição deste instrumento ao Tribunal de origem, para que, apensado aos autos originais, seja examinada a admissibilidade do recurso especial, nos exatos limites da matéria legal objeto da argüição de relevância.

(ARv 12.129-8 — MG — Rel. Min. Moreira Alves).

“O recurso extraordinário, no qual se deduziu a argüição de relevância, funda-se em alegações de contrariedade a preceitos legais, bem como de dissídio jurisprudencial concernente à mesma matéria.

Face à instalação do Superior Tribunal de Justiça ficou prejudicada a argüição de relevância, mas, nos seus limites, a matéria alegada no extraordinário servirá de base ao recurso

especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição vigente.

Para esse fim, atento à diretriz fixada pelo Plenário na ARv. 13.103-9, os autos devem retornar à origem.

(ARv. nº 13.449-7-RS — Rel. Min. Carlos Madeira-2.8.89).

No caso dos autos o recurso foi interposto de decisão que, tomada por maioria, considerou ilegal a conversão da dívida em ORTNs, para o efeito de pagamento pela Fazenda Pública, e, embora haja sido alegada ofensa à lei federal, nada se demonstrou nesse sentido.

Trouxe a recorrente aos autos, contudo, decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil, também de São Paulo, assim enunciada na ementa do acórdão:

“Execução fiscal contra a Fazenda Pública — Precatório em ORTN’s — Legalidade — Agravo não provido. Admitida a correção monetária, cumpre à devedora adaptar-se para pagá-la e não para procrastiná-la, obrigando a vítima do ato ilícito, e ora credor da indenização, a requerer diversos ofícios, quando tudo pode ser resolvido num ato só, ou seja, o principal e acessórios com correção monetária, não é credor de duas importâncias sucessivas, isto é, do principal e, posteriormente, da correção monetária.

Sendo um valor único, não há que se falar em desobediência à lei orçamentária anual nem infringência da ordem de representação, pois desde o primeiro momento da liquidação a agravante já sabia que devia em ORTN’s.

(1º TA Civil — 3ª Câmara, AI nº 335.793-SP — Rel. Juiz José Osório, J. 26.02.85, v.u.)”

Acórdão publicado na íntegra no Boletim da AASP nº 1.396 de 18.09.85, p. 230.”

Manifesta foi, sem dúvida, a divergência entre a decisão recorrida e a apresentada a confronto, razão pela qual, com a vênia do Sr. Ministro Relator, conheço do recurso (letra *c* do art. 105 da Constituição).

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: — Sr. Presidente, acompanhei V. Exa. na preliminar de conhecimento. O Ministro Pedro Acioli não conheceu. V. Exa. conheceu e deu provimento, não foi assim?

O SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG. V. Exa., em seu voto, não conheceu, argumentando que, com a extinção da relevância, já não tinha sentido conhecer-se do recurso processado em razão da arguição da mesma relevância.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Acompanhei o Ministro-Relator, na ocasião, e agora gostaria de retificar meu voto.

Sr. Presidente. Pedi vista de alguns processos, um dos quais V. Exa. é o Relator, para manifestar-me sobre o problema da admissibilidade dos recursos. Sem dúvida, quero retificar meu voto, antecipando meu pensamento que está em fase final de elaboração, para que esse julgamento se complete.

V. Exa. disse, com muita propriedade, que uma vez admitido o recurso pela relevância, não há mais que discutir seu cabimento ou não. Estou realmente acorde com V. Exa., nos termos do inciso XI do art. 325 do Regimento do Supremo; e o art. 327 do Regimento, em seu § 1º, define o que se entende por relevância: “Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

Tenho para mim, Sr. Presidente, que, uma vez admitido o recurso extraordinário pela relevância, é ele cabível.

Por essa razão quero retificar meu voto, quando acompanhei o Sr. Ministro Pedro Acioli que, em preliminar, não conheceu, por entender que a relevância não teria nenhum significado para nós.

Por isso, peço vênica para acompanhar o entendimento de V. Exa., neste particular.

O SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Além de considerar cabível, em razão da relevância, conheci do recurso. V. Exa. não entra neste aspecto?

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Acompanho V. Exa. também no conhecimento do mérito.

EXTRATO DE MINUTA

REsp nº 242 — SP — (8985271) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Linográfica Ltda. Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Drs. Breno Tonon e Luís A. S. Duarte e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg e José de Jesus, não conheceu do recurso (em 13.09.89 — 1ª Turma).

O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus retificou o voto dado anteriormente. 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.



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

Nº 335 — MA

(Registro nº 9030412)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Embargante: *Estado do Maranhão*

Embargados: *Cristiano César Araújo de Azevedo e outros*

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

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I — O acórdão tido como divergente limitou-se a apreciar o recurso em seus aspectos extrínsecos, não adentrando ao mérito, restando, assim, não conhecido o recurso.

II — A apontada divergência não chega a se firmar, porquanto em um se aprecia o “meritum causae”, enquanto no outro acórdão não se conhece do recurso.

III — Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: O Estado do Maranhão, inconformado com decisão da eg. 2^a Turma que não conheceu do Recurso Especial interposto, opôs Embargos de Divergência, alegando para tanto que:

“2.0.0. Deu-se que a Egrégia PRIMEIRA TURMA deste Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, sendo Relator o eminente Ministro ARMANDO ROLLEMBERG (Acórdão. fls. 286/294) ao julgamento do *Recurso em Mandado de Segurança* nº 52-MA (Reg. 89.0009654-0), em que são recorrentes EDSON DE ARAUJO LIMA e outros, sendo recorrido o ESTADO DO MARANHÃO, caso persimílmo, senão igual, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe negou provimento, para confirmar decisão do Egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, no qual fora declarada a nulidade de concurso feito por autoridade *incompetente, verbis*:

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

A administração pública pode, por acto próprio, declarar nulo concurso por ela realizado, e, conseqüentemente, as nomeações dele decorrente, sem necessidade de serem ouvidos, no processo administrativo, os aprovados que já se encontravam em estágio probatório. Recurso conhecido como ordinário, nos termos do art. 105, inciso II, letra *b*, da Constituição de 1988, porém desprovido, ressalvado aos impetrantes o uso das vias ordinárias para comprovarem ter sido o concurso regular” (Acórdão. fls. 286).

Aí, pois, a *divergência* entre as decisões das Egrégias PRIMEIRA e SEGUNDA TURMAS desse Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA” (fl. 309).

Aberta a vista para a douta SGR, esta manifestou-se às fls. 320/330.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O lúcido e jurídico parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. Osvaldo Degrazia, aponta a exata solução para o presente.

Transcrevo, pois, no essencial, dito parecer:

“PRELIMINARMENTE, os embargos não devem ser conhecidos. É que o ac. tido como divergente não conheceu do recurso especial por não se haver configurado nem lesão ao art. 535, II, do CPC, nem o dissídio com as Súmulas 346 e 473 do STF.

O ven. ac. embargado por divergência, como não poderia deixar de fazê-lo, apenas examinou circunstancialmente a questão jurídica em debate, qual seja, a nulidade do concurso, para chegar à conclusão de que não houve negativa de vigência de lei federal nem dissídio com as Súmulas referidas.

3. É de ver-se que, nos embargos de declaração apostos ao ve. ac. do Tribunal de Justiça do Maranhão, a fls. 181, o Embargante fez, *data venia*, verdadeira ginástica jurídica para prequestionar o dispositivo constitucional que diz ter sido atingido pelo citado aresto.

4. Para isso, irrogou ao ven. ac. a pecha de agressão ao art. 6^o, da Constituição Federal anterior, porque, no seu entender, tanto o Decreto 9.981/85, ratificado pelo Dec. 10.316/86, do Governador, que determinou a realização do concurso público por órgão que não a Comissão Central, prevista no art. 13, da Lei Estadual n^o 4.558, de 19/12/83, usurpou função legislativa a que não estava autorizado, como também o ac., ao reconhecer a legalidade da Comissão realizadora do concurso, tendo como esteio, para tal, o disposto no art. 22 da Lei Delegada n^o 161, de 4/7/84, invadiu competência do Poder Legislativo, porque

não interpretou apenas a *mens legis*, mas sim corrigiu a lei (fls. 182/183).

5. É de notar-se que o ac. que apreciou os Embargos de Declaração esgotou a controvérsia travada, puramente, no âmbito da legislação estadual, e não viu no seu acórdão embargado qualquer agressão ao art. 6º e seu parágrafo único da EC nº 1/69, por isto, deixou de a ele se referir, vez que, em seqüência lógica, apenas interpretara legislação estadual, sem encontrar, tanto no ato do Governador, como no ac. embargado, a usurpação legislativa invocada.

É de ler-se, a fls. 203, a parte final do ac. produzido nos embargos de declaração. Concluiu o insigne Desembargador Antônio Guerreiro:

“O Estado se firma na omissão, art. 535, II, para “modificar o Acórdão embargado pela denegação do *Writ*”.

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

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

7. Como se pode apreciar, tanto o ac. primitivo como o declaratório esgotaram a controvérsia envolvendo exclusivamente legislação estadual, e este último não feriu o art. 535, II, do CPC, porque como entenderam os Ministros Carlos Mário Velloso, a fls. 276, Américo Luz, a fls. 283, e Ilmar Galvão, a fls. 303, o Tribunal *a quo* julgou os embargos de declaração e rejeitou-os, tendo sido assim atendido o disposto no art. 535, II, do CPC, sem que houvesse ocorrido ferimento ao direito processual do Embargante de obter do Tribunal manifestação sobre ponto que considerava omissos.

Pelas razões invocadas, vê-se que não houve negativa de lei federal.

8. No que concerne ao dissídio com as Súmulas 346 e 473 do STF, também não merecem melhor sorte os Embargos de Divergência, é que o ven. acórdão objeto do recurso especial tomou como base para decidir pela concessão da segurança o princípio fixado em sua ementa de fls. 166, segundo o qual:

“EMENTA: Quando o servidor se encontra em estágio probatório, somente mediante processo administrativo as-

segurada ampla defesa pode o concurso público estadual ser anulado”.

Princípio este retirado de inúmeros acórdãos da Suprema Corte que censuram a anulação de concurso sem que se dê ao funcionário a mais ampla defesa mediante processo administrativo, ou, como salientou o Ministro Velloso em seu voto a fls. 275, sem que se obedeça ao “due process of law”.

9. Apoiou-se o acórdão, entre outros julgados, no RE 71.962-RS, publicado na RTJ 67/142, em que foi relator o insigne Ministro Xavier de Albuquerque, de cuja ementa lê-se a fls. 173:

“Anulação de concurso, de nomeação e de posse de funcionário em exercício, sem processo administrativo regular. Ilegitimidade reconhecida com base nos princípios constantes das Súmulas 20 e 21. Recurso Extraordinário não conhecido”. RTJ. 67/142.

10. Rejeitando a hipótese da existência de dissídio com as Súmulas referidas, disse o ilustre e douto Ministro Miguel Ferrante a fls. 295/296:

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

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

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

SÚMULA N^o 20: “É necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso”.

SÚMULA N^o 21: “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais da apuração de sua capacidade”.

Deveras, nas circunstâncias dos autos, cuidando-se de funcionários já empossados e em pleno exercício de suas

funções, fazia-se mister a instauração do procedimento administrativo para a concretização de seu desligamento do serviço público. A anulação do concurso como ocorreu, sem essa providência, a meu ver importou indiretamente, em última análise, na demissão dos servidores, sem prévio processo administrativo, em que lhes fosse assegurada ampla defesa”.

11. Também o ilustre Ministro Carlos Mário Velloso, rejeitando a ocorrência de dissídio sumular, acentuou a fls. 276:

“Alega-se dissídio com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Súmulas nºs 346 e 473). Todavia, as circunstâncias fáticas e jurídicas que embasam o caso ora sob julgamento desautorizam afirmar enquadrar-se a questão nos verbetes indicados”.

12. Neste passo, o ilustrado Ministro Ilmar Galvão também não reconheceu a divergência porque, como acentuou em seu voto, a fls. 303:

“O ato que declarou nulo o concurso teve efeito reflexo de demissão para os servidores que, aprovados no aludido certame, já haviam tomado posse e se achavam no exercício de seus cargos. Admitir a validade desse ato seria fazer tábula rasa do direito que têm os servidores públicos de não serem demitidos, ainda que em estágio probatório, sem serem previamente ouvidos, como consagrados na Constituição Federal vigente.

Portanto, igualmente, não conheço.”

13. Ora, tanto o acórdão proferido na impetração decidiu na esteira das Súmulas 20 e 21 do STF, veja-se, a propósito, a ementa do RE 71.962-RS já transcrita, como também assim procedeu o ven. acórdão proferido no embargos de declaração, sendo que neste o acórdão esteiou-se no parecer emitido pelo douto Subprocurador-Geral da República, Moacir Antônio Machado da Silva, na Suspensão de Segurança 208-2-MA publicada no D.J. 16/12/87. Neste respeitável parecer, ali transcrito, a fls. 202, há expressa referência à jurisprudência do Excelso Pretório que embasou a Súmula 20.

14. Daí se conclui que, tendo o ven. ac. *a quo* decidido na esteira das Súmulas 20 e 21, não poderia, pela lógica, contrariar as Súmulas 346 e 437. Primeiramente porque não se pode admitir antinomia entre Súmulas da Suprema Corte, e se-

gundo porque as questões abordadas nestas últimas dizem respeito a matéria de direito público envolvendo tão-só a própria administração, enquanto que aquelas se afeioam ao direito subjetivo do particular face à administração pública” (fls. 321/326).

Acolho pois a preliminar levantada pela douta SGR e rejeito os embargos.

É como voto.

VOTO — VENCIDO

O EXM^o SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, conheço dos embargos, porquanto evidente o conflito de entendimento no caso concreto. Peço vênia, no mérito, para acolhê-los. Em Direito Administrativo é evidente a distinção entre nulidade e revogação. De acordo com a Lei nº 4.717, constitui requisito de existência e validade do ato administrativo a competência do agente. No caso concreto, ficou incontornavelmente demonstrado que o Concurso Público não foi elaborado pelo órgão especificamente constituído para fazê-lo. A nomeação dos servidores contrariou, portanto, o requisito de concurso público de provas e títulos, elaborado por órgão competente.

A origem inicial não confere a incidência das normas específicas de estágio probatório. Em estágio probatório está o funcionário público, que, legalmente, ingressou no serviço público e se encontra naquele período de prova.

Em face disso, peço vênia para entender a inaplicabilidade das Súmulas nºs 20 e 21 do Supremo Tribunal Federal, que dizem, respectivamente:

“Súmula 20: É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.”

Também não é caso de demissão, que é sanção administrativa. No caso concreto, nenhuma demissão ocorreu. A saída dos servidores constituiu a consequência lógica e necessária da proclamação de vício do ato administrativo, amparada na Lei nº 4.717 e com o conforto da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios, que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em

todos os casos, a apreciação judicial. Trata-se de anulação e não de revogação. Conseqüentemente, não houve demissão e nem mesmo a característica do estágio probatório. Diz a Súmula nº 21:

“O funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.”

Observou-se, não é caso de demissão nem de exoneração. Na exoneração há o desligamento, a desconstituição do vínculo administrativo, por oportunidade e conveniência do administrativo. Aqui, era compulsório que o Governador, em atenção à legalidade e à moralidade administrativa, declarasse nulos, conseqüentemente inexistentes, os atos anteriormente praticados com vício radical.

O EXMº SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (APARTE): Eminentemente Ministro, se houve alguma irregularidade, o certo é que o servidor não participou, não concorreu, não cometeu nenhuma ilegalidade. Eles fizeram concurso, foram aprovados, tomaram posse, entraram em exercício, estavam em estágio probatório e não podem ser demitidos sem um processo legal. Isso é ir contra o princípio do processo legal que faz parte de nosso ordenamento jurídico.

O EXMº SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Ministro, se fosse caso de demissão, estaria de acordo com V. Exa., mas não é hipótese de demissão. É hipótese de desconstituição da relação jurídica. E não é possível que funcionário público, aqui a moralidade administrativa mais uma vez vai ser afetada, admitido com vício radical, insista na sua permanência.

O EXMº SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Qual é esse vício?

O EXMº SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: A inexistência de agente competente, no caso o órgão específico.

O EXMº SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Que nunca existiu.

O EXMº SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Exato.

O EXMº SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Essa comissão nunca foi instalada.

O EXMº SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Ministro, fico confortado com o argumento de V. Exa. Há, nos autos, a declaração formal de que aquele concurso não poderia ter sido realizado.

O EXMº SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: E quem instalou a segunda que fez o concurso?

O EXMº SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Foi o Governador que estabeleceu comissão específica, talvez *ad delphini*.

Daí, *data venia*, entendo que houve nulidade radical insanável. Dela não decorre nenhum efeito jurídico. Não há direito adquirido. Não há estágio probatório. Não é caso de demissão. Não é caso de exoneração. É caso, sim, de cessação dos efeitos do ato ilegal.

Data venia, acolho os embargos, a fim de fazer prevalecer a decisão de que foi Relator o eminente Ministro Armando Rollemberg.

EXTRATO DE MINUTA

EREsp nº 335 — MA — (9030412) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Embargante: Estado do Maranhão. Embargados: Cristiano César Araújo de Azevedo e outros. Advogados: Drs. Firmino Ferreira Paz e outro e Otávio dos Anjos Ribeiro e outro.

Decisão: “A Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, rejeitou os embargos” (em 28.08.90 — 1ª Seção).

Os Exmos. Srs. Ministros Américo Luz, Geraldo Sobral, Ilmar Galvão, José de Jesus, Garcia Vieira e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg.



RECURSO ESPECIAL Nº 840 — PR

(Registro nº 890010249-4)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Francisco Tavares da Silva*

Advogado: *Dr. Miguel Haddad*

EMENTA: PENAL. CRIME CONTINUADO. ESTUPRO. OCORRÊNCIA. O pai que mantém relação com sua própria filha, menor, em atos sucessivos, durante certo tempo, comete o crime de estupro em continuidade delitiva.

Recurso Especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso pelos dois fundamentos e lhe dar provimento para cassar a decisão recorrida e, em consequência, restabelecer a 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 21 de agosto de 1990 (data do julgamento).
Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: — Trata-se de recurso especial manifestado pelo Ministério Público Estadual do Estado do Paraná contra acórdão da Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, daquela Unidade Federativa, cuja decisão está refletida no sumário que compõe a respectiva ementa, assim redigida:

“Estupro. Delito praticado pelo pai contra sua própria filha. Declarações da vítima plenamente confirmadas no processo. Inocorrência de delito continuado. Apelação provida, parcialmente.”

O Recorrente, ao discordar do *decisum*, argúi a negativa de vigência aos arts. 213 e 71, do Código Penal, por conceber configurada a continuidade delitiva, eis que não se cuida de hipótese de um único estupro, mas de inúmeros no decorrer do período. Como se não bastasse, demonstra que o julgado divergiu de orientação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Neste Tribunal, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso, de sorte a ser restaurada a condenação de primeiro grau (fls. 155/158).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: — A questão sob exame está restrita em saber se o estupro, nos moldes da prática noticiada

nestes autos, configura ou não crime continuado. O Tribunal *a quo*, ao julgar a apelação, recusou a possibilidade da sua ocorrência, motivo pelo qual deu parcial provimento ao apelo, para o fim de ser excluído da condenação o acréscimo de um sexto, aplicado por força do disposto no art. 51, § 2º, do Código Penal.

O citado dispositivo estabelece o seguinte;

“Art. 51, § 2º — Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, impõe-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”

A seu turno, assim dispõe a Lei Repressiva, ao definir o crime de estupro:

“Art. 213 — Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.”

Diante desse quadro jurídico é possível admitir-se a continuidade delitiva? O assunto é polêmico. Todavia, vem pontificando, na melhor doutrina e jurisprudência, tese positiva, no particular. Na esteira da primeira não se pode esquecer o magistério de Magalhães Noronha, lembrado na petição do presente recurso especial (fls. 119), nestes termos:

“Presta-se o estupro à figura do crime continuado, não obstante a impugnação, uma vez ou outra, de nossos tribunais. Comete-o, por exemplo, quem resolve abusar por certo tempo de menor, a favor da qual a violência é presumida, mantendo com ela inúmeras relações carnavais; como também o comete quem, animado da mesma resolução, ataca, por mais de uma vez, mulher, forçando-a em todas a cópula carnal.”

No âmbito da segunda, o parecer do MPF indica julgados do Pretório Excelso, na mesma linha conceptiva (RE 95.343-SP, Relator Ministro Soares Muñoz, *in* DJ de 04.12.81; RE 90.835-PR, Relator Min. Moreira Alves, *in* RTJ 96/279). Também o paradigma oferecido para comprovar a divergência é exemplo desse entendimento. Com efeito, decidiu a Primeira Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 121.140, Relator Desembargador Alves Braga), *verbis*:

“ESTUPRO — DELITO CONTINUADO, dada a reiteração do ato sexual com a vítima — Menoridade desta — Violência ficta — Hipótese configurada — condenação mantida — Inteli-

gência dos arts. 213, 224, *a*, e 51, § 2º do Código Penal. (RT 462/344).”

Ora, como se sabe o estupro é a prática de atentado à liberdade sexual da mulher, não importando as condições de honestidade ou de virgindade, pois na violência que decorre da conjunção carnal, sem consentimento da mulher, configura o delito. É certo que se há de exigir prova séria dessa reação, sob pena de ficar descaracterizada a conduta típica.

In casu, porém, sequer essa condicionante pode ser questionada, já que se trata de menor, onde a violência e a grave ameaça são elementos sempre presumidos. A propósito vale lembrar o seguinte acórdão da Colenda Suprema Corte:

“RECr 108.267-4 — PR

Rel. Ministro Sidney Sanches. Recte.: Ministério Público Estadual. Recdo.: Celso Teixeira (Adv.: Marisa Ferreira Colaço Proença).

Decisão: Recurso conhecido e provido em parte nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime. 1ª Turma, 21.03.89.

EMENTA — ESTUPRO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, por ser a vítima menor de 14 anos de idade (artigos 213 e 224, *a*, do C. Penal).

O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização de estupro (artigos 213 e 224, *a*, do C. Penal).

RE conhecido e provido, em parte, para que, afastada a tese em contrário do acórdão recorrido, prossiga o Tribunal na apreciação das demais questões da apelação, incluída aquela relativa “ao erro quanto à idade da vítima.”

A posição exegética acolhida no aresto impugnado resultou da consideração da prática de um único estupro, na convicção de ocorrência de um único desígnio durante certo tempo. Tal concepção não está correta, sequer na base de sustentação, conforme bem demonstrou a Dra. Maria Alzira de Almeida Martins, digna representante do MPF, no seu parecer de fls. 155/158:

7. “Ora, se os abusos sexuais (estupros) foram praticados durante certo tempo não há negar a ocorrência de mais de um estupro, porque a “admissão de um único estupro” durante certo tempo” (no mínimo dias) é algo fora de cogitação, como bem acentua o recorrente.

8. Vê-se, pois, que o caso é de continuidade delitiva, ainda que tenha havido unidade de desígnio, pois tal circunstância mais reforça a caracterização do crime continuado. A propósito vale destacar aresto dessa Egrégia Corte Superior, *verbis*:

“Direito Penal. Crime Continuado. Caracterização. Exigência de unidade de desígnio ou dolo total. Situação atual perante a doutrina e a nova parte geral. Insuficiência da teoria mista que conjuga elementos objetivos com o elemento subjetivo do agente.

Para a caracterização do crime continuado torna-se necessário que os atos criminosos isolados apresentem-se enlaçados. Os subseqüentes ligados aos antecedentes (art. 71 do CP: “devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro”), ou porque fazem parte do mesmo projeto criminoso, ou porque resultam de ensejo ainda que fortuito, proporcionado ou facilitado pela execução desse projeto (aproveitamento da mesma oportunidade)”

(REsp 507-SP Rel. Sr. Min. Assis Toledo, 5ª Turma, DJ 18/12/89, pág. 18.479)”

Não resta a menor dúvida de que o acusado cometeu crimes da mesma espécie, em ações sucessivas, porquanto toda vez que submeteu sua própria filha ao constrangimento de relação sexual praticou o delito de estupro, motivo pelo qual os subseqüentes ao primeiro devem ser havidos como continuação.

Ante o exposto, conheço do recurso pelos dois fundamentos e lhe dou provimento para cassar a decisão recorrida e, em consequência, restabelecer a sentença de primeiro grau.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 840 — PR — (890010249-4) — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Francisco Tavares da Silva. Adv.: Dr. Miguel Haddad.

Decisão: A 6ª Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pelos dois fundamentos e lhe deu provimento para cassar a decisão recorrida e, em consequência, restabelecer a sentença de primeiro grau, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.052 — RS

(Registro nº 89.0010801-8)

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

Recorrente: *Bibiano Lascombe*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Dr. Henrique Fonseca de Araújo e outro*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL — JURADO — INCOMUNICABILIDADE — A incomunicabilidade não é isolamento do jurado. Vedado comentar o fato em julgamento. Simples telefonema, por si só, não é vedado. Notadamente quando dado antes dos debates. Além disso, só acarreta nulidade demonstrado o prejuízo.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator):
Recurso Especial interposto por Bibiano Lascombe nos autos da Ação

Penal em que contende com o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

O Recorrente, com base no art. 105, III, c, da Constituição Federal, argúi divergência jurisprudencial (fls. 394/402).

Pretende a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, para que outro se realize, mantendo-se o réu em liberdade até decisão final (fls. 401/402).

Alega ter havido quebra da incomunicabilidade dos jurados, que realizaram ligações telefônicas sem a presença fiscalizadora do Juiz, sendo a ata omissa a este respeito. Diz que a decisão da 3ª Câmara Criminal do TJRS deu ao caso “interpretação não-coerente e harmônica àquelas dadas por outros Tribunais”, vulnerando, assim, o disposto nos arts. 564, III, j, *in fine*, 458, § 1º, 476, parágrafo único e 495; todos do Código de Processo Penal.

A sentença, acolhendo decisão do Tribunal do Júri, julgou procedente a denúncia e condenou o réu, ora Recorrente, à pena de seis anos e seis meses de reclusão, como incurso nas sanções do art. 121, *caput* c/c art. 61, II, e e art. 65, III, d, todos do Código Penal.

O v. acórdão (fls. 377/384) decidiu negar provimento à apelação. Entendeu que: “Não se trata realmente de quebra de incomunicabilidade sobre o objeto do processo. Trata-se apenas de uma possibilidade de que viesse a ser quebrada, mas uma possibilidade inclusive muito remota, porque a defesa nem sequer tinha debatido o processo. Depois que retornaram, é que houve a defesa, a réplica e depois a tréplica.” (fls. 381)

O Recorrente sustenta quanto à alínea c que: “Enquanto o *decisum* hostilizado entende que telefonemas sem fiscalização não ofendem o princípio da incomunicabilidade, o ora oferecido em cotejo prima por entendimento fundamentalmente contrário.

E razão, *data venia*, assiste ao TRIBUNAL DE SÃO PAULO, pois não se deve distinguir onde a lei não distingue, e o fato de os jurados deverem estar sempre acompanhados (leia-se vigiados) resulta da clara intenção de se evitar que eles se comuniquem com terceiros.” (fls. 397). Reproduz arestos do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT 581/299, RT 421/357) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (RT 538/416).

Parecer da Dra. Delza Curvello Rocha, Subprocuradora-Geral da República, opinando pelo conhecimento em parte do recurso e, na parte em que for conhecido, pelo não provimento (fls. 429/432).

O r. despacho do ilustre Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial com fundamento na alínea c (fls. 407/410).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O Recorrente averba o v. acórdão de nulo porque afrontados o art. 458, § 1º, 476, parágrafo único e art. 495 c/c o art. 564, III, *j*, *in fine* do Código de Processo Penal. Isso porque, durante o intervalo para o jantar, alguns jurados realizaram ligações telefônicas sem a presença do juiz.

A incomunicabilidade dos juízes de fato visa a impedir serem influenciados em sua convicção, ou, o que é pior, coagidos para decidir.

No caso dos autos, é indiscutível, ocorreu o fato.

O Direito moderno é eminentemente teleológico. No âmbito da finalidade, o julgamento rápido, sem atropelar as garantias da defesa inscritas até na Declaração dos Direitos Humanos, deve ser preocupação do juiz moderno. Não mais se toleram atrasos injustificáveis.

Nessa linha, atual se faz a observação da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de que não se deve espolhar nulidades.

De outro lado, a incomunicabilidade não pode ser entendida como isolamento do jurado. Ao contrário, preservação de julgamento resultado da interpretação dos fatos, resultantes dos debates, do conjunto da prova e da experiência social de cada julgador. Vedado é discutir a matéria com terceiros. Assim, telefonar por telefonar nada significa de irregular ou ilegal. Durante as refeições, é claro, porque humano, há troca de idéias. Apenas é proibido comentário sobre o processo em andamento. Toda restrição cumpre ser interpretada restritivamente. No caso, a ilegalidade começa quando o sigilo que deva ser guardado começa a ser ameaçado. Até então, é exercício regular do direito, constitucionalmente garantido. Fundamental é a comunicação não se referir ao objeto do processo.

O v. acórdão recorrido realça pormenor significativo.

Os telefonemas se deram antes dos debates orais. Assim votou o eminente Desembargador Gilberto Corrêa, Relator, seguido à unanimidade:

“Não vejo como isso possa ser considerado como quebra de incomunicabilidade. Não se trata realmente de quebra de incomunicabilidade sobre o objeto do processo. Trata-se apenas de uma possibilidade de que viesse a ser quebrada, mas uma possibilidade inclusive muito remota, porque a defesa nem sequer

tinha debatido o processo. Depois que retornaram é que houve a defesa, a réplica e depois tréplica.

Estou em rejeitar também essa nulidade”. (fls. 381)

De outro lado, assinale-se, nas longas razões de fls. 394/402, o Recorrente indica como prejuízo “a presença de donzelas em plenário aplaudindo o MP, o resultado da votação (4X3) bem demonstra o quanto de prejudicial à defesa foi tal fato somado aos telefonemas realizados, não por um, mas por 2 (dois) jurados” (fls. 398/399). Não diz uma só palavra quanto ao conteúdo da comunicação. Este o ponto central. Como se viu, não se afirmou que o tema fora o julgamento.

Não comungo, como se vê, do entendimento de acórdãos trazidos como paradigmas de que qualquer assunto é objeto da vedação, sem a fiscalização do juiz.

De outro lado, acrescente-se, essa fiscalização não é o constante acompanhamento físico do magistrado, mas o policiamento discreto, suficiente para impedir o desvirtuamento da lei.

O douto parecer do Ministério Público, subscrito pela ilustre Sub-procuradora-Geral da República, Dr^a Delza Curvello Rocha, é preciso:

“Quanto à alardeada circunstância de terem, dois jurados, durante o recesso da sessão de julgamento, realizado contatos, por telefonema, com seus familiares, para avisá-los que iriam permanecer à disposição da Justiça por mais algum tempo — entende o Ministério Público Federal ser fato irrelevante, não atingindo a categoria de nulidade absoluta ou mesmo relativa, que estaria, inclusive, sanada pela preclusão.

Observe-se ainda que o recorrente apenas aponta tal fato, argumentando em torno do formalismo, sem apoiar-se, novamente, em qualquer indicação de que esses contatos dos jurados com seus familiares houvessem acarretado prejuízo para a defesa, ou maculado a apuração da verdade substancial e mesmo influenciado negativamente na decisão da causa. (c.f. HC nº 58.970-SP 1^a Turma do S.T.F. — RTJ. 99/1.107)”. (fls. 431)

Conheço do recurso. Nego-lhe, porém, provimento.

VOTO (Vogal)

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Srs. Ministros, também entendo que o fato noticiado nos autos não pode constituir vício que leve à nulidade do processo.

Acompanho o Eminentíssimo Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.052 — RS — (89.0010801-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Bibiano Lascombe. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advogados: Dr. Henrique Fonseca de Araújo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, mas negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (6ª Turma — 16.04.91)

Votaram os Srs. Ministros William Patterson, Carlos Thibau e Costa Leite. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro William Patterson.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.102 — SP (Registro nº 89109138)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Municipalidade de São Paulo*

Recorridos: *Yasuyuki Zushi e cônjuge*

Advogados: *Drs. Edgard de Novaes Franca Neto e Arlindo Alberto de Paula Rodrigues*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. OTNs. CÁLCULOS. OFENSA A DISPOSITIVO LEGAL.

I — O simples fato de constar no cálculo o valor equivalente a OTNs, ao lado da importância a ser paga, definida em cruzados novos, não constitui ofensa a dispositivo de lei. Precedentes.

II — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de outubro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Através do r. Despacho do ilustre Ministro Célio Borja, do Colendo Supremo Tribunal Federal, Relator do RE 119.210-1-SP, sendo Recorrente Prefeitura Municipal de São Paulo e Recorridos Yasuyuki Zushi e sua mulher, acolheu argüição de relevância, de acordo com orientação do Plenário desta Corte ao apreciar questão de ordem no RE 114.089-5-SP, em sessão de 16.04.89 (DJ de 05.05.89), convertido o recurso extraordinário em especial, nos limites do tema tido como relevante, determinou a remessa dos autos a este Tribunal.

Houve recurso extraordinário da Municipalidade de São Paulo, esteiado no art. 119, inciso III, letra *a*, da Constituição Federal, combinado com o disposto na Emenda nº 2, de 04.12.85, art. 325, incisos I a XI, do RISTF, com simultânea argüição de relevância de questão federal, sustentando tese diferente da que decidiu a 7ª Câmara Cível do TJSP, que a conversão do valor final em OTNs, tem, inclusive, sido admitida pelo próprio Excelso Pretório, o qual não reconhece na providência qualquer ilegalidade advinda de ofensa constitucional, conforme se depreende do acórdão 278-8, do Colendo Supremo Tribunal Federal; que dado o alcance de norma constitucional federal, bem como norma de estatuto processual civil, não há a menor dúvida de que se afigurava perfeitamente viável o presente recurso extraordinário pela letra *a* da CF anterior (fls. 218/222).

Foi indeferido o processamento do recurso extraordinário interposto, sem prejuízo da argüição de relevância de questão federal (fls. 228).

Em Sessão do Conselho do STF, foi acolhida a presente Argüição de Relevância (fls. 35), circunstância que levou ao processamento do RE.

A recorrente apresentou suas razões (fls. 218/222), sustentando o afastamento da possibilidade de correção automática por conversão de

pagamento da indenização em OTNs, enquanto os recorridos advogam seus os cálculos elaborados em juízo expresso em cruzados e OTNs (fls. 31).

Não havendo agravo da recorrente, do indeferimento do Recurso Extraordinário, subiu o recurso por força do acolhimento de relevância.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Elaborada a conta de liquidação (fl. 232), o ilustre Juiz a homologou no valor de Cz\$ 15.791.178,82, equivalente a 6.601,49779 OTNs e determinou a expedição de ofício requisitório (fls. 237).

A Municipalidade de São Paulo apelou da sentença, advogando não ser determinada a conversão da quantia em OTNs, bem assim que a indenização fosse reduzida, de acordo com o laudo do seu assistente-técnico.

A décima sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negou provimento a todos os recursos (fls. 210).

Houve recurso extraordinário da Prefeitura Municipal de São Paulo, com fundamento no art. 119, inciso III, letra *a*, da CF, *c/c* o disposto na Emenda nº 2, de 04.12.85, art. 325, incisos I e XI, do RISTF, com simultânea argüição de relevância de questão federal, sustentando que a conversão em OTNs feriu o art. 117 da Constituição passada.

O processamento do RE foi indeferido, ressalvada a questão da argüição de relevância, sem que a recorrente interpusesse agravo de instrumento, o que ensejou preclusa a questão constitucional.

O recurso extraordinário subiu tão-somente pelo acolhimento da argüição de relevância, cujo recurso foi convertido em Recurso Especial, para o fim de ser apreciada a matéria infraconstitucional.

Já me pronunciei várias vezes sobre a matéria, bem assim, os ilustres Ministros desta Primeira Turma, que o acolhimento da argüição de relevância não dispensa, no Recurso Extraordinário, o atendimento dos seus pressupostos.

Nesse sentido, temos os RREE nºs 561-SP (8997083) e 572-SF (8997636), em que foram Relatores, respectivamente, Ministros Garcia Vieira e Armando Rollemberg.

Do lúcido voto do douto Ministro Garcia Vieira, transcrevo esses tópicos:

“É pacífico, na doutrina e em nossa Excelsa Corte, o entendimento de que o acolhimento da arguição de relevância não dispensa o Recurso Extraordinário do atendimento dos seus pressupostos. Neste sentido Samuel Monteiro, no seu Recurso Extraordinário e Arguição de Relevância, 1ª ed. 1987, Raul Armando Mendes, ed. Saraiva 1984, Arruda Alvim, em Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário, editora Revista dos Tribunais, ed. 1988 e as decisões da nossa Corte Maior nos REs nºs 109.654-DF, Relator Eminentíssimo Ministro Célio Borja, RTJ 124/325, 104.685-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Rafael Mayer, RTJ 114/863, RE 101.232-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Rafael Mayer, RTJ 110/388, RE 102.137-RJ, RTJ 109/1.283, com o mesmo Relator, RE 112.516-1, Relator Eminentíssimo Ministro Djaci Falcão, DJ de 05/06/87, RE 110.259-4, DJ de 31/10/86, Relator Eminentíssimo Ministro Aldir Passarinho e RE nº 110.759-A, DJ de 19/08/89, Relator Eminentíssimo Ministro Néri da Silveira. Assim, deve ser examinado se o Recurso Especial atende ou não aos seus pressupostos. Como o RE foi interposto na vigência da Constituição Federal anterior (fls. 343), deve o mesmo ser examinado sob a égide do ordenamento constitucional anterior. A questão constitucional restou preclusa, cabe apenas examinar se foi negada vigência aos Decretos-Leis nºs 2.284 e 2.290, ambos de 1986, e se houve a divergência.

Não vejo como possa haver violação às normas legais citadas, pelo simples fato de constar do cálculo, ao lado da importância a ser paga em cruzados novos, o respectivo valor em OTNs. Não houve, em momento algum, determinação para ser expedido o precatório, somente em número de OTNs. Com a edição do Decreto-Lei 2.290/86, foi restabelecida a incidência da correção monetária nos débitos resultantes de condenação judicial (art. 6º) e a atualização da OTN foi determinada pelo Decreto-Lei número 2.311/86. Hoje é pacífica a incidência de correção monetária sobre estes débitos. A expedição do precatório em cruzados novos com o respectivo valor, ao lado, em OTNs, como consta dos cálculos homologados, não constitui nenhuma violação a qualquer norma infraconstitucional.

A divergência não foi comprovada por nenhum documento e não foi citado nenhum acórdão de nenhum tribunal, decidindo ser ilegal constar da conta ou do precatório, ao lado do valor em cruzados novos, o respectivo valor em OTNs, sem a determinação expressa de que o pagamento deva ser feito em OTNs e não em cruzados.”

Com essas considerações, não conheço do recurso.
É como voto.

EXTRATO DE MINUTA

REsp nº 1.102 — SP — (89109138) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Municipalidade de São Paulo. Recorridos: Yasuyuki Zushi e cônjuge. Advogados: Drs. Edgard de Novaes Franca Neto e Arlindo Alberto de Paula Rodrigues.

Decisão: A Egrégia Primeira Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 18.10.89 — 1ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.388 — RJ (Registro nº 89117297)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

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

Recorrido: *Paulo Roberto do Nascimento*

Advogado: *Dr. Euler Ismael Branco*

EMENTA: PENAL. FURTO QUALIFICADO.

Se o objeto do furto foi o rádio toca-fitas do automóvel e o obstáculo rompido para a subtração da coisa foi o vidro quebra-vento de uma das portas dianteiras do veículo, incide a qualificadora do § 4º, I, do art. 155 do Código Penal.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, em consequência, decide, ainda, determinar a expedição de alvará de soltura, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: O Doutor Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro junto à E. 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro interpôs recurso especial contra acórdão daquele colegiado que, por maioria, deu provimento à apelação de Paulo Roberto do Nascimento, para excluir da condenação que lhe foi imposta, pela prática de tentativa de furto qualificado, a qualificadora de rompimento de obstáculo prevista no art. 155, § 4º, I, do CP (fls. 97/103).

Com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição, sustenta o recorrente que o acórdão violou o art. 155, § 4º, I, do CP, e divergiu da jurisprudência do E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, ao considerar que o arrombamento do quebra-vento de um veículo, para subtração de um rádio no seu interior, não configuraria o rompimento de obstáculo caracterizador do furto qualificado.

O recurso foi impugnado pelo recorrido (fls. 105/106) e admitido na Corte de origem (fl. 108).

Contra-razões à fl. 118.

Parecer da douta SGR, às fls. 122/123, pelo provimento do apelo, porque o quebra-vento foi rompido, não para subtração do carro, mas para subtração de rádio-toca-fitas instalado em seu interior.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Na sentença de primeira instância a qualificadora foi considerada porque o réu,

para entrar no automóvel da vítima e subtrair o rádio toca-fitas, teve de romper o quebra-vento de uma das portas dianteiras do veículo (fls. 61/63).

Sua apelação foi provida, tendo sido reduzida a pena imposta, de 4 anos e 6 meses de reclusão e 45 dias multa, no valor de um trigésimo do salário-mínimo vigente à época do fato, para 11 meses e 10 dias de reclusão e 6 dias de multa. O regime inicial fechado foi modificado para regime semi-aberto porque o apelante estaria a três meses do término da pena, já feita a redução respectiva.

No acórdão recorrido consideraram os doutos votos vencedores que inexistiria a qualificadora porque o quebra-vento da porta do automóvel seria uma peça inerente à existência do veículo em sua própria concepção e não um dispositivo de segurança instalado para a proteção da coisa. Além disso, a pena foi também reduzida porque o MM. Juiz sentenciante, embora reconhecendo a existência de mera tentativa, não reduzira em 1/3 a reprimenda. Por tudo isso e também por não haver nos autos certidão sobre a reincidência do réu, em segunda instância a pena-base corporal foi fixada em 2 anos de reclusão e a pecuniária em 15 dias-multa. Tais penas foram, então, reduzidas a 1 ano e seis meses de reclusão e a 12 DM face à confissão espontânea, sendo, a seguir, diminuídas de 1/3 pela simples tentativa.

O recurso especial prende-se, apenas, ao crime qualificado pelo rompimento de obstáculo impeditivo à subtração de *res furtiva*.

O recorrente trouxe à colação acórdãos do E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, todos no sentido de que se aperfeiçoaria o furto qualificado pelo rompimento de uma das janelas defletoras ou quebra-ventos do veículo (A. Criminais 317.345 e 442.609). Os arestos não foram apresentados na íntegra por cópia, havendo apenas transcrição de trechos de votos ou de ementas, que não esclarecem se os furtos ali examinados seriam de objetos existentes dentro dos veículos ou se os delitos teriam por objeto os próprios veículos.

A distinção é importante, até mesmo para a caracterização da existência, ou não, da qualificadora. NELSON HUNGRIA, por exemplo, leciona que

“Não é obstáculo, no sentido legal, a resistência inerente à coisa em si mesma. Assim, não é furto qualificado a subtração da árvore serrada pelo próprio agente ou da porção de pano por ele cortada à respectiva peça, ou do pedaço de chumbo que violentamente destaca de um encanamento. É indeclinável que haja violência exercida contra um obstáculo exterior à coisa.”

("Comentários ao Código Penal", Volume VII, página 41, Forense, 1980, 4ª edição).

No caso que ora se examina a diferença está em que o objeto furtado não foi o automóvel, mas o rádio toca-fitas que dentro dele se encontrava e que foi subtraído depois do rompimento do obstáculo externo que o protegia.

Tanto que não comprovada a similitude de situações, tenho como não existente a divergência e não conheço do recurso pela letra *c* do art. 105, III, da Constituição. Mas dele conheço pela letra *a*, porque entendo violado o art. 155, § 4º, I, do Código Penal, na medida em que o acórdão recorrido desclassificou a tentativa de furto qualificado para tentativa de furto simples ao considerar que o quebra-vento rompido seria inerente à própria *res furtiva*. Ora, o que foi furtado foi o rádio toca-fitas e não o automóvel, como nos exemplos mencionados por NELSON HUNGRIA, com cuja tese, aliás, não tenho compromisso.

Por isso é que, conhecendo do recurso especial apenas pela letra *a*, dou-lhe provimento para cassar, em parte, o acórdão recorrido, e restabelecer, no particular, a sentença de primeiro grau.

Como a parte reformada no acórdão diz respeito apenas à classificação do furto simples para qualificado, na forma tentada, há que se recompor a fixação da pena observando-se, quanto ao mais, os mesmos critérios adotados pelo E. Tribunal de Alçada.

Assim, como ali, face às circunstâncias judiciais (CP art. 59), a pena-base foi fixada em 2 anos de reclusão e 15 DM, isto é, quanto à pena privativa de liberdade, na metade dentre aquelas cominadas para o furto simples, no que diz respeito ao furto qualificado deve ser observado o mesmo critério, pelo que a pena-base será de 4 anos de reclusão e, na mesma proporção, 30 DM.

Passando às circunstâncias legais, deliberou a douta 2ª Câmara do TACRIM-RJ que, em virtude do reconhecimento da confissão espontânea do crime pelo réu, incidiria a atenuante prevista no art. 65, III, *d*, pelo que reduziu a pena-base de 1/4, ficando, então, a reprimenda fixada em 1 ano e 6 meses de reclusão e 12 DM. Por isso, deve a pena-base de 4 anos de reclusão e 30 DM ser reduzida de 1/4, o que dará 3 anos de reclusão e 22 DM.

No que diz respeito às causas especiais de aumento ou diminuição da pena, considerou a douta Câmara presente a tentativa, e, então, aplicando o parágrafo único do art. 14 do Código Penal, reduziu de 1/3 a pena até então fixada. Cabe, então, fazer-se o mesmo, pelo que, a pena definitiva do recorrido será de 2 anos de reclusão e 7 DM.

Como, no entanto, o réu foi preso em flagrante em 16.08.88, já expirou o tempo da pena privativa de liberdade, pelo que, determino

que se expeça em seu favor alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.388 — RJ — (89117297) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Paulo Roberto do Nascimento. Adv.: Dr. Euler Ismael Branco.

Decisão: A Turma, à unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, em consequência, decidiu-se, ainda, determinar a expedição de alvará de soltura (05.03.91).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite, Vicente Cernicchiaro, William Patterson e José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.625 — RJ (Registro nº 89124951)

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

Recorrente: *Município do Rio de Janeiro*

Recorrida: *Ribemboim Engenharia Ltda.*

Advogados: *Drs. Eleusa de Magalhães Garcia e outro e Célio Salles Barbieri*

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO.

I — Comprovado que a parte promovia as construções em terrenos de sua propriedade pelo sistema de incorporação, na qualidade de proprietária-incorporadora, não há falar-se em prestação de serviço pois impossível o contribuinte prestar a si próprio o serviço, desvanecendo, destarde, o fato imponible do ISS.

II — Precedentes.

III — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de março de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de Recurso Especial proposto pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO contra o v. acórdão da egrégia 2ª Turma do colendo Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro que, julgando apelação da ora recorrente, manteve a r. sentença monocrática.

O v. aresto recorrido restou assim ementado:

“IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS — REPETIÇÃO DE INDEBITO TRIBUTÁRIO — CORREÇÃO MONETÁRIA.

Não incide o imposto sobre serviços na construção de edifício pela própria empresa Construtora pelo sistema de incorporação.

A correção monetária na repetição do indébito tributário conta-se a partir do recolhimento indevido.

Sentença confirmada.” (Fls. 720).

Aduz a recorrente, com espedeque no art. 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal, que o v. aresto em testilha vulnerou a Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, modificadora do Decreto-lei 406, de 31 de dezembro de 1968, precisamente o item 32, que assim dispôs:

“Execução, por administração, empreitada, ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de

mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM)." (Fls. 728).

Impugnando o recurso, profligou o recorrido os argumentos expendidos, dizendo-o não merecer conhecimento posto que o v. acórdão recorrido não contrariou dispositivo de lei federal, concluindo assim:

"Por outro lado, o Recorrente fundamenta o seu Recurso no item 32 da Lista de Serviços a que se refere o artigo 8º do Decreto-Lei nº 406/68, na redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, na tentativa de subverter a ordem dos acontecimentos e distorcer o objeto da ação. Não houve, como quer o Recorrente, construção de prédios "sob regime de empreitada." O que resta sobejamente demonstrado nos autos é que a Recorrida promovia as construções em terrenos de sua propriedade pelo sistema de incorporação, na qualidade de proprietária/incorporadora, atividade, portanto, não sujeita a incidência do ISS." (Fls. 734).

Nesta instância, parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O eminente relator do aresto recorrido, em exaustiva análise dos autos pôde asseverar, *verbis*:

"No mérito, a sentença de 1º grau deve ser mantida, por seus próprios fundamentos. De fato, o imposto cuja repetição se busca nesta ação, pago, segundo se alega sem contestação, por imposição das autoridades Municipais, era indevido. O que ficou convincentemente demonstrado nos autos é que a autora promovia as construções listadas na sua inicial em terrenos de sua propriedade pelo sistema de incorporação, na qualidade de proprietária-incorporadora. É o que positivou a perícia e se constata da extensa documentação anexada aos autos pela postulante. E nem seria curial que sendo proprietária dos terrenos em que erguia essas edificações fosse a A. promover os empreendimentos imobiliários por empreitada. Os "memoriais de incorporação" juntos ao processo demonstram a natureza jurídica

dos empreendimentos. A comercialização de algumas das unidades, na modalidade de venda de coisa futura, não desnatura a configuração do negócio de incorporação. A alegação do Município de que esses contratos configuram empreitada e apenas mascaram incorporação é feita sem maior exame do conteúdo desses documentos juntados pela autora e de cotejo deles com as disposições da Lei 4.591/64. Por outro lado, o próprio Município não contesta que no negócio da incorporação não incida o I.S.S., uma vez que ele não consta da lista de serviços, taxativa, que acompanha o D.L. 406/68. E nem seria mesmo concebível ao legislador tipificar o negócio de incorporação como fato gerador do ISS porque a incorporação não se constitui de prestação de serviço mas negócio imobiliário. Não resta, portanto, dúvida de que a autora pagou indevidamente o tributo, cuja repetição ora pretende. E a realidade desse pagamento foi levantada pela Perícia no exame procedido nos livros contábeis próprios da autora, escriturados, segundo o Perito, dentro de boa técnica e forma.” (Fls. 721).

Como visto, não há falar-se em prestação de serviço, *in casu*, pela simples razão de que não pode o contribuinte prestar a si próprio o serviço desvanecendo, destarte, o fato imponível do tributo cobrado. A esse respeito, a douta Subprocuradoria-Geral da República trouxe, em seu parecer, farta jurisprudência do Pretório Excelso a dilucidar a peleja. Transcrevo-a:

“Tributário. Imposto sobre serviço...

Propende a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pelo caráter taxativo da lista (citações no RE 87.931, acórdão de 10/09/79).” (RE 91.737-MG/81, STF, 2ª Turma, Rel. Min. DÉCIO MIRANDA, publ. no DJU de 27/03/81, pág. 2.535 e RTJ vol. 97/1, pág. 357).

“Direito Tributário. ISS. Para a incidência do tributo torna-se necessário o exercício de uma atividade que represente “serviço” constante da lista anexa à lei, devendo a prestação emanar de empresa ou profissional autônomo...” (RE 100.178-PE/84, 2ª Turma, STF, Rel. Min. DJACI FALCÃO, publ. no DJU 31/08/84, pág. 13.938 e na RTJ 110/3, pág. 1.152).

“Tributário. Imposto sobre serviços. A lista que acompanha o Decreto-lei 406/68, com a redação do Decreto-lei 834/69, define os serviços tributáveis, em caráter taxativo, não se compreendendo a simples indicação facultativa. Serviços não definidos na lista não podem ser tributados.

Recurso conhecido e provido.” (RE 107.715-8-PE, 2ª Turma, STF, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, publ. no DJU 23/05/86, pág. 8.785).

“Tributário. Imposto sobre serviços. A lista que acompanha o Decreto-lei 406/68, com a redação do Decreto-Lei 834/69, define os serviços tributáveis, em caráter taxativo, não se compreendendo a simples indicação facultativa. Serviços não definidos na lista não podem ser tributados.” (RE. nº 105.797-1-PE, 2ª Turma, STF, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, publ. no DJU 09/05/86, pág. 7.629). (Fls. 750/751).

Com estas considerações, e por não vislumbrar que o v. aresto recorrido negou vigência à Lei Federal indicada, pois inaplicável à hipótese o seu comando, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente. Entendo que o caso é de negar provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.625 — RJ — (89124951) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Município do Rio de Janeiro. Recda.: Ribemboim Engenharia Ltda. Advs.: Drs. Eleusa de Magalhães Garcia e outro e Célio Salles Barbieri.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 06.03.91 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros José de Jesus, Garcia Vieira e Pedro Acioli participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



AGRAVO REGIMENTAL NO RESP Nº 1.725 — MG (Registro nº 89127829)

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

Agravante: Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais — CBPM

Agravado: O R. Despacho de fl. 171

Partes: Caixa Beneficente da Polícia Militar de Minas Gerais — CBPM e Rádio Inconfidência Ltda.

Advogados: Drs. Arildo Ricardo e Osmany Moreira e outros

EMENTA: Sentença que decreta o despejo. Apelação. Mandado de segurança. Segurança concedida. Recurso especial. Perda de objeto. 1. Julgada, e até provida, a apelação interposta contra sentença que decretava o despejo, perde o seu objeto o recurso especial interposto da decisão que concedeu a segurança, “para suspender a desocupação do imóvel, até o julgamento da apelação...”. 2. Cabe ao relator decidir o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto. 3. Recomendações. 4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, com as recomendações constantes do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 25 de fevereiro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Em autos de mandado de segurança impetrado pela Rádio Inconfidência Ltda., o Desembargador José Fernandes Filho admitiu o recurso especial da litisconsorte passiva (Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais), por este despacho:

“Decisão de primeiro grau de jurisdição decretou o despejo de empresa pública estadual, por falta de pagamento.

Da decisão apelou ela, impetrando, a seguir, o presente Mandado de Segurança, buscando a concessão da ordem para atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto.

Por maioria de votos, Câmara Cível deste Tribunal, em Turma, concedeu a segurança 'para suspender a desocupação do imóvel até o julgamento da apelação interposta pela impetrante'.

Publicado o acórdão em três de fevereiro, numa 6ª feira, a litisconsorte passiva (autarquia estadual, autora da ação de despejo) deduziu embargos de declaração em 17 seguinte, igualmente sexta-feira e véspera do período de Carnaval.

Rejeitados os declaratórios, foi o respectivo acórdão publicado em trinta e um de março, ainda numa sexta-feira, seguido do Recurso Especial de fls. 132, interposto em vinte e um de abril.

Invocando o art. 105, III, 'a', da Constituição, a recorrente diz que o acórdão 'contraria e ofende direta e literalmente os arts. 19, II e 42 da Lei 6.649, de 16 de maio de 1979'.

Alegando que 'a ação se encontra prevista no inciso XI, do art. 325, do RISTF', a douta Procuradoria é pela inadmissão do recurso.

Ao contrário do que sustenta a recorrida, tempestivo é o apelo, porque a inconformidade é de autarquia estadual, que dispõe de prazo em dobro, conforme pacífico e manso hoje.

O art. 19, II, da Lei Federal nº 6.649, de 1979, imputa ao locatário a obrigação de pagar pontualmente o aluguel.

Tal matéria é estranha ao *writ*, tendo pertinência com o mérito da apelação interposta.

Outras disposições legais, mencionadas no corpo do recurso, também não foram apreciadas no acórdão recorrido, limitado pela pretensão colocada na ação mandamental. Assim, de nenhuma valia, para fins de recurso, a remissão ao art. 19, II, 36 e 52 daquela lei, a cuidarem de hipóteses de purgação da mora e de despejo, temas que refogem à ação de segurança.

Remanesce, assim, apenas a alegação de ofensa ao art. 42, a dizer que 'será recebida, somente no efeito devolutivo, a apelação interposta contra sentença que decretar o despejo por infração ao disposto nos inciso II do art. 19' (falta de pagamento).

Registre-se, de início, que, a rigor, o acórdão não atribuiu efeito suspensivo à apelação. Disse-o, com clareza, o autor do voto vencedor: 'Visível a impossibilidade de dar-se efeito suspensivo à apelação interposta, porque previsto apenas o devolutivo'.

E, à conclusão de que 'inegável a boa aparência do direito alegado', concedeu a segurança, em termos.

À situação da Impetrante — empresa oficial de radiodifusão — a Turma Julgadora entendeu prudente suspender o despejo até o julgamento da apelação interposta.

No exercício do poder-dever, conferido a qualquer magistrado, o Judiciário deve acudir, a tempo e modo, ao clamor de injustiça, nascida de ilegalidade ou abuso de poder. Somente assim será fiel ao compromisso de restabelecer a ordem jurídica violada. No exercício, porém, de tal faculdade, o Juiz é contingenciado pelo direito positivo, que a todos vincula e limita.

In casu, expressa a lei: a apelação não terá efeito suspensivo.

Ora, a suspensão do despejo equivale, na prática, à atribuição daquele efeito.

A despeito de já estar no Tribunal a apelação interposta (80.953-3), prevendo-se para breve seu julgamento, subsiste a tese, eminentemente jurídica, posta nos autos, a nível de recurso.

Ao entendimento de que razoável a convicção da recorrente, e à conveniência de a matéria receber o esclarecido tratamento do Superior Tribunal de Justiça, admito o recurso."

2. Recebi, por distribuição, os autos, em 4.12.89. No dia seguinte, abri vista para a Subprocuradoria-Geral da República, dela recebendo os autos em 30.10.90, com esta preliminar:

"3. Tendo em conta ser objeto específico do mandado de segurança impetrado e conduzido nestes autos a obtenção de efeito suspensivo para apelação interposta pela ora recorrida, de r. sentença prolatada em ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis, movida pela ora recorrente à impetrante do *writ*, e mais, considerando a notícia veiculada no r. despacho de fls. 150/151 de que já estava na Egrégia Corte *a quo* a dita apelação, nº 80.953-3, em 1º de setembro de 1989, data do citado r. despacho, onde se lê — 'prevendo-se para breve seu julgamento', — cumpre alvitrar a conversão do julgamento em

diligência, visando a obter da Egrégia Corte *a quo* informe a respeito do eventual julgamento da referida apelação.

4. Caso seja recebida resposta positiva, o presente recurso terá restado órfão do seu objeto, ensejando a aplicação do estabelecido no art. 38, primeira parte, da Lei nº 8.038, de 28.05.90.”

3. No dia seguinte (31.10), despachei assim:

“Fls. 164/5, item 3: defiro o pedido de diligência. Em consequência, solicitem-se informações sobre a Apelação nº 80.953-3, interposta pela Rádio Inconfidência Ltda., nos autos da ação proposta pela Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.”

4. Em 4.12, recebi a resposta, *verbis*:

“Em resposta ao ofício nº 2.422, tenho a informar a V. Ex^a que a Apelação Cível nº 80.953-3 interposta pela Rádio Inconfidência Ltda., sendo apelada a Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais — CBPM, foi julgada na sessão de 08.11.90, cuja decisão foi a seguinte: ‘Deram provimento ao primeiro agravo e deram como prejudicado o segundo agravo. Rejeitaram as preliminares de nulidades e, quanto ao mérito, deram provimento ao recurso’.

No entanto, a súmula ainda não foi publicada.”

5. Em 1º.2.91, após narrar a espécie, despachei:

“Em sendo assim, acolho o parecer do Sr. Subprocurador-Geral da República: julgo prejudicado o recurso especial, pela perda de objeto, *ut* art. 38 da Lei nº 8.038/90.”

6. Irresignada, a Caixa, hoje Instituto de Previdência, veio com agravo regimental, aduzindo, em resumo:

“1. A ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis e encargos, berço da presente controvérsia, foi julgada procedente, pela básica, óbvia e só razão de que a locatária, ora recorrida, nada pagou a título de aluguéis e encargos da locação (até hoje!!!). Não obstante, impetrou mandado de segurança com o fito de evitar o despejo. Foi assim que o TJMG concedeu a liminar e deferiu a segurança, erro que o então Vice-Presidente do Tribunal de Justiça mineiro, Des. José Fernandes Filho, hoje MD Presidente, bem salientou:...”

.....
“2. Processo e questão de tão fácil desate, em razão mesmo da ofuscante claridade do texto legal, patentes a ilegalidade e

o abuso de poder, entretanto engançou-se no STJ até este momento, no aguardo de decisão 'de baixo'. Inexplicável inversão da ordem hierárquica, demonstrativa (tal inversão) de que as decisões desta Excelsa Corte ficam adstritas às decisões tomadas nas províncias. Acompanhariam os Tribunais Superiores, em especial o STJ, nos seus passos, as pegadas dos TJ dos estados? Se assim não for — e certamente não é — não se justifica o 'não-julgamento', que caracteriza o presente caso. A conversão do julgamento em diligência expressa, evidencia isso.

3. Ora, a 'não-decisão' por significativo lapso temporal (este REsp ainda é de nº 1.725), mesmo diante de questão tão profundamente notória e incontrovérsia (v. fls. 115 *ut initio* e confissão no item 4 de fls. 158 deste processo) representa, sem dúvida, atitude pilatiana, objetivamente, censurável e inaceitável, no moderno contexto de direito e justiça, sobretudo se, na real verdade, o efeito direto e imediato desse 'não-fazer' é o prejuízo moral e econômico-financeiro dos 'donos' do imóvel locado, ié., as viúvas e órfãos dos policiais-militares mineiros, os quais continuarão sem o imóvel e sem a renda respectiva (aluguéis) necessária ao provimento parcial, porém expressivo, das suas cotas pensionais previdenciárias, com que subsistem."

.....

"5. Por fim, se o '*decisum*', por desdém à lei, é injusto, não pode o REsp estar/ser prejudicado, quanto mais porque calcado *in globo* na questão relevante mencionada. Com certeza, o seu objeto não se perdeu. A questão maior, credora de acurado exame, é verificar se no confronto dos prejuízos irreparáveis de ambas as partes — recorrente (previdência social) e recorrida (radio-difusão comercial) prevaleceria mesmo o interesse da última.

6. De resto, para quem está há cerca de 4 (quatro) anos sem receber aluguéis de locação e tem a seu favor o texto claro da lei, segundo a qual a apelação cível nas ações de despejo por falta de pagamento não pode ter efeito suspensivo, a decisão de fls. realmente agrava e justifica o presente recurso, de sorte que essa Egr. T. deverá se pronunciar tal como previsto no referido art. 258 do RISTJ, evidentemente para reformá-la, como se espera, por homenagem ao Direito e à..."

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): O despacho ora impugnado (relatório, item 5) aplicou o disposto no art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.5.90:

“Art. 38 — O relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou ainda que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo tribunal.”

Atenção: “... decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto,...”.

2. Acha-se, ou não, prejudicado o recurso especial tirado pela Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais? Sim, sem dúvida nenhuma, ao que penso. Por quê? Porque o recurso especial perdeu o seu objeto. Na espécie, o que aconteceu? Foi o pedido de segurança deferido, “para suspender a desocupação do imóvel, até o julgamento da apelação interposta pela impetrante, mantendo a liminar”, fl. 112. Recordo que a impetrante era a locatária, que tivera o seu despejo decretado por sentença, apelando então, em seguida. Ora, se julgada a apelação, e até provida (relatório, item 4), não mais subsiste, evidentemente, no caso, a questão jurídica levantada em grau de recurso especial, a não ser tese... Aliás, em caso semelhante, envolvendo agravo de instrumento e mandado de segurança, requerido este para conferir-se efeito suspensivo àquele, já decidimos, no RMS-133, Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, conforme essa ementa: “Mandado de segurança — Ato judicial. Julgado o agravo de instrumento, interposto contra o ato judicial, também atacado pelo pedido de segurança, fica este último prejudicado”.

3. Quanto a conferir-se efeito suspensivo a recurso que sabidamente não o tem, trata-se, em hipóteses excepcionais, de expediente não censurável. Usa-se, para tanto, do mandado de segurança, ao lado do recurso que não possui o aludido efeito. Talvez a destes autos seja uma dessas hipóteses, tanto que, repito, a apelação acabou sendo provida a final. Se provida o foi, é porque o pedido de segurança reunia em torno de si aqueles pressupostos que justificam o seu cabimento contra ato judicial.

4. Só que não é tão certo assim que o fundamento do acórdão local tenha sido o de dar efeito suspensivo à apelação da locatária. Veja-se, a propósito, a segunda parte do parecer do Dr. José Antonio Leal Chaves, Subprocurador-Geral da República:

“5. Subsistente, porventura, o objeto do presente inconformismo, cumpre examiná-lo, para aferir de sua cognoscibilidade e, se cabível, do seu deslinde.

6. O r. aresto recorrido concedeu o mandado de segurança requerido com amparo em dois fundamentos distintos, explicitados nos dd. votos do DD. Relator e do DD. Primeiro Vogal, quais sejam:

I. invencível prejuízo da impetrante, se viesse a ser despejada do imóvel que ocupa, antes de decidida a apelação que interpôs na ação de despejo;

II. existência de matéria de fato na contestação formulada na ação de despejo, cuja prova a ré, aqui impetrante, não foi autorizada a produzir (fls. 111, quinto parágrafo), traduzindo esse cerceio abuso de poder (fls. 114, terceiro parágrafo).

7. A inconformada, em suas razões de fls. 134/138, a despeito da cerrada argumentação que aduziu, não enfrentou, especificamente, nenhum dos fundamentos suficientes do r. acórdão hostilizado, tendo dito apenas que ‘... o argumento de ... graves e irreparáveis danos ou prejuízos, não pode prosperar.’ (fls. 137, sexta, sétima e oitava linhas), e só.

8. A recorrente exhibe a tônica de acusar o r. julgado invecivado de haver perpetrado uma injustiça, qual se lê, em diferentes passagens, às fls. 136 e 137, mas, o recurso especial, a teor da Constituição da República, não cabe pela só alegação de injustiça da decisão impugnada, vez que subjetivíssimo, é natural, o sentir-se a parte vencida em pleito judicial vítima, o mais das vezes, de grandiosa injustiça.

9. A espécie apresenta o exato suporte para a incidência da diretriz cristalizada na Súmula 283, do Excelso Pretório, a sugerir sua aplicação *in casu*.

10. Isto posto, o parecer é pelo não conhecimento do recurso.”

5. Pelo que deixei dito nos itens 1 e 2, acima, com o reforço dos itens 3 e 4, improcede, e de todo, o agravo regimental.

6. Pelo relatório, nota-se que, no gabinete do Relator, os autos foram recebidos no dia 4.12.89 e despachados no dia 5.12.89, item 2, depois, recebidos no dia 30.10.90 e despachados no dia 31.10.90, itens 2 e 3, depois, finalmente conclusos no dia 5.12.90 e despachados no dia 1º.2.91. No período de 6.12.89 a 30.10.89 os autos estiveram com vista, para parecer.

7. Verifico, no entanto, que a petição do agravo esqueceu-se de boa linguagem. Com seu inconformismo, atingiu este Tribunal, ou o Relator do processo. À vista do disposto no art. 15 do Cód. de Pr. Civil, determino à Secretaria que risque, nas fls. 174 e 175, as expressões a partir de “enganchou-se” até “dos estados?”, e na fl. 175, a partir de “Ora,” até “inaceitável.”

8. Nego, pois, provimento ao agravo regimental, com a recomendação do item 7, acima.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, percebo que o agravante quis apenas veicular o seu inconformismo e atingir este Tribunal. Não existia mais o objeto. Ele ganhou a ação: a apelação foi provida.

Sugeriria que, além dessas providências adotadas por V. Exa., fosse mandado tirar cópias dessas peças do processo e encaminhar à Ordem dos Advogados da Seção, onde está inscrito o Advogado.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, estou de acordo com V. Exa. e também com a ponderação do Ministro DIAS TRINDADE. Faço essa concordância com absoluta tranquilidade de consciência, pois advoguei quase um quarto de século e jamais precisei usar de expressões desrespeitosas para com os Magistrados e para com os Tribunais, sem que isso representasse qualquer sujeição ou submissão. Penso que o Advogado pode ser enérgico na defesa do seu ponto de vista, mas nunca desrespeitoso, porque o bom trato e a educação que deve presidir os atos entre os seres humanos, mais se acentua, ainda, quando dotados da especialização que temos, todos nós, os integrantes do Poder Judiciário. Aprendemos a lidar com os instrumentos legais na perseguição que a todos nos anima para a realização do bem comum, elevando sempre o princípio da distribuição da boa Justiça. Penso que esse Nobre Advogado excedeu-se e deve merecer dos seus próprios pares, do Colegiado, a censura cabível.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, também nego provimento ao agravo e estou de pleno acordo com as reco-

mendações contidas no voto de V. Ex^a, bem assim, também manifesto minha concordância com a sugestão do Eminentíssimo Ministro Dias Trindade, porquanto o advogado subscritor do recurso foi, no mínimo, descortês com o Tribunal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Em complemento ao meu voto, adiro à recomendação constante do voto do Sr. Ministro Dias Trindade.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no REsp nº 1.725 — MG — (Reg.: 89127829) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Agravante: Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais — CBPM. Agravado: O R. Despacho de fl. 171. Partes: Caixa Beneficente da Polícia Militar de Minas Gerais — CBPM e Rádio Inconfidência Ltda. Advogados: Drs. Arildo Ricardo e Osmany Moreira e outros

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, com as recomendações constantes do voto do Sr. Ministro Relator (3ª Turma, 25.02.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.097 — PR (Registro nº 900000974-0)

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

Recorrentes: *Gil Luiz Caldas e outros*

Recorrido: *Adolpho Justo Bezerra de Menezes*

Advogados: *Drs. Floriano Galeb e outros e Waterloo Marchesini Júnior e outros*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL — DESERÇÃO — CAUSA PATROCINADA POR VÁRIOS ADVOGADOS.

I — A Turma, em questão de ordem, já decidiu aplicar no Especial as normas dos artigos do CPC que regem o Extraordinário, nos quais resulta como imperativa a do art. 545 que impõe a deserção quando, como no caso, não preparado o recurso no decêndio legal.

II — Incabível aplicar-se à espécie, para revelar a pena de deserção, os princípios insertos no § 1º do art. 183 do CPC, eis que, constituídos vários advogados, concomitantemente, a eventual impossibilidade de um deles não implicaria, necessariamente, na de todos para a prática do ato.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, preliminarmente, considerar deserto o 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, 03 de abril de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Gil Luiz Caldas e outros ofereceram o presente recurso extraordinário pelas letras *a* e *d*, III, do art. 119 da CF/69 ao acórdão de fls. 273/275, que admitiu a ação Pauliana proposta por Adolpho Justo Bezerra de Menezes, tendo-os em seu pólo passivo.

A ação foi proposta porque, havendo Adolpho Justo Bezerra de Menezes celebrado negócio jurídico com Gil Luiz Caldas, o autor e ora recorrido, na condição de credor de dívida líquida, certa e exigível no

equivalente US \$100.000 (cem mil dólares), moveu a execução de título extrajudicial, por quantia certa contra devedor solvente, tendo recaído penhora sobre o único bem imóvel do devedor, este foi excluído da constrição judicial, por acolhidos embargos de terceiro, apesar de haver vários indícios de *consilium fraudis* (fls. 04).

Vindo a incidir, posteriormente, a penhora sobre um veículo Mercedes Benz (fls. 208), esta foi, também, embargada por terceiro em virtude de ter sido transacionado o veículo.

Os recorrentes, nas instâncias ordinárias, sustentaram que não ocorreu a indigitada fraude e que não lhes foi dada oportunidade de defesa com as provas pertinentes, pois que o Dr. Juiz *a quo* julgou antecipadamente a lide (fls. 291).

O recorrido também insiste em que o *consilium fraudis* está sobejamente manifestado, eis que presentes fatos que por si só o caracterizam. Mas, ainda que assim não fosse, não poderiam os recorrentes afastarem de si aqueles bens, por isso que se tornaram insolventes, tanto assim que não foi pago o débito e nem foi possível tornar subsistente qualquer medida de constrição judicial com vistas à efetiva execução.

O Extraordinário (fls. 284 a 307) foi proposto porque irresignados com o deslinde da ação pauliana que foi julgada procedente na instância *a quo* e confirmada, à unanimidade de sufrágios, pelo Juízo *ad quem*. Entenderam violados os artigos 330, I; 333, I; 323; 398; 462 e 794, I do CPC e o artigo 178, § 9º, V, b, do Código Civil.

Pelo despacho de fls. 320, do eminente Presidente do Tribunal de Justiça, foi deferido o processamento da argüição de relevância e às fls. 322 convertido o recurso no Especial do art. 105, III *a* e *c* da CF/87, atento à orientação do STF. Determinado seu prosseguimento (fls. 388) houve decreto de deserção, reconsiderado com devolução de prazo para preparo, por atestado de doença do patrono subscritor do pedido de reconsideração, com inconformismo e Agravo retido (fls. 344) do recorrido, desconhecido.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Preliminarmente há de dirimir-se a controvérsia quanto à deserção relevada.

O patrono dos recorrentes, às fls. 334/337, justificou com atestado médico sua omissão em preparar o recurso e pediu lhe fosse relevada a falta.

O ilustre Vice-Presidente do Tribunal de origem deferiu seu pedido, devolvendo-lhe o prazo acolhendo o impedimento medicamente justificado.

Evidenciam, contudo, os autos (fls. 139/41), que os instrumentos de mandato conferem poderes a grupos de causídicos para em conjunto, ou separadamente, sem obediência à ordem de colocação de seus nomes, defenderem os direitos dos outorgantes recorrentes.

Em questão de ordem já decidiu a Turma aplicar ao Especial as normas dos artigos do CPC que regem o Extraordinário, nos quais resulta, como imperativa, a do art. 545, que impõe a deserção quando, como no caso, não preparado o recurso no decêndio legal.

É certo, por outro lado, que, mesmo se quisesse, por interpretação liberal, aplicar-se à espécie, para relevar a pena de deserção, os princípios insertos no § 1º do art. 183 do CPC, razão estaria com o recorrido, eis que, constituídos vários e ilustres advogados que funcionam neste feito, concomitantemente, a eventual impossibilidade de um deles, como atestado, não implicaria, necessariamente, na impossibilidade de todos, nada menos que cinco, para a prática do ato.

Inexistente, assim, justa causa, não haveria como relevar a deserção decretada.

Tais os fundamentos pelos quais, preliminarmente, não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, peço vênias ao Sr. Ministro-Relator para discordar, por entender que, uma vez admitido o recurso especial, comportam exame apenas os requisitos gerais de cabimento deste recurso, e os próprios e previstos na Constituição Federal, e não mais questão relativa à deserção, decidida na instância *a quo*.

Ressalto não exigir este Tribunal custas, de acordo com o Regimento.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Pedi vista dos autos, com a vênias devida ao eminente relator, para também examinar se haveria justa causa capaz de relevar a deserção do recurso.

Verifiquei, porém, que o motivo alegado pelo patrono dos recorrentes, ou seja, a sua enfermidade, não justificaria por si só a falta de preparo do recurso, pois outros colegas compunham com ele o instrumento procuratório, com poderes para agir em conjunto ou separadamente.

Acompanho o relator, tanto mais porque cabe à Corte reexaminar a deserção que a presidência do Tribunal de origem relevou.

É como voto.

EXTRATO DE MINUTA

REsp nº 2.097 — PR — (Reg. 90.0000974-0) — Relator: Min. Waldemar Zveiter. Rectes.: Gil Luiz Caldas e outros. Recdo.: Adolpho Justo Bezerra de Menezes. Advs.: Drs. Floriano Galeb e outros e Waterloo Marchesini Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Gueiros Leite, vencido o Sr. Ministro Cláudio Santos, preliminarmente, considerou deserto o recurso especial (em 03.04.90 — Terceira Turma).

Os Senhores Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Gueiros Leite, votaram com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gueiros Leite.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.188 — RJ

(Registro nº 90.0001378-0)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Álvaro Gonçalves da Silva Rodrigues Neto e cônjuge*

Recorrido: *Walter Demambro e cônjuge, Henrique Fernandes Ribeiro e cônjuge*

Advogados: *Drs. Milton Flaks, Luis Eduardo Côrrea e Sylvio Capanema de Souza*

EMENTA: DIREITO CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ARRAS CONFIRMATÓRIAS. INE-

XISTENTE A ALEGADA VULNERAÇÃO AO ART. 924 DO C. CIVIL.

I — Na promessa de compra e venda o valor da garantia que se dá ao compromissário-vendedor para tornar firme a vontade de pactuar a avença se constitui nas chamadas arras confirmatórias. Caso não se concretize a resolução de contratar ou não se cumpra o prometido deve o valor das arras ser devolvido à parte prejudicada a título de indenização, encartando-se no sinal (arras) os valores consecutórios em observância ao princípio *accessorium sequitur suum principale*.

II — Recurso não conhecido, por não configurada a alegada vulneração ao art. 924 do C. Civil.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira 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, 10 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro, WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: — A hipótese dos autos, em abreviado, está relatada às fls. 173, nestes Termos: Henrique Fernandes Ribeiro e cônjuge, mediante recibo de sinal e princípio de pagamento, propõem ação ordinária para cumprimento de obrigação de fazer, objetivando a que se lhes outorguem escritura de compromisso de compra e venda de imóvel que Walter Demambro e cônjuge prometeram vender-lhes. Contra estes, Álvaro Gonçalves Neto e cônjuge, exibindo escritura de compromisso de compra e venda, postulam ação

ordinária, onde alegam melhor título. Pedem, pois, a adjudicação compulsória de imóvel, a reintegração de posse ou a devolução do sinal e perdas e danos.

O acórdão de fls. 355/359, com ementa (fls. 355) assentada nestes termos:

“Arras. Constituem um pacto acessório ao contrato principal. Se aquele que recebe arras der causa ao rompimento do pacto, aplica-se o princípio geral do art. 1.056 do Código Civil.

A escritura pública de promessa de compra e venda, assinada posteriormente à ruptura das arras e antes da propositura de qualquer providência judicial, é de ser respeitada, cabendo a adjudicação compulsória e a devida reintegração na posse do promitente-comprador, além da imposição da multa pela não entrega do imóvel na época própria”.

Conclui que “em conseqüência, a primeira apelação (Álvaro Gonçalves da Silva Neto e cônjuge) é de ser provida parcialmente para acolher o pedido também em face de Henrique e sua mulher, invertendo-se o ônus da sucumbência, bem como Walter e sua mulher no pagamento de multa diária de 05 (cinco) OTN's, ou o índice oficial para a substituir, aos apelantes, com aplicação do art. 924 do Código Civil, da data do trânsito em julgado desta decisão até a efetiva entrega do imóvel; negar provimento à segunda apelação para condenar Walter e sua mulher no pagamento de perdas e danos à Henrique e sua mulher, como consta da parte expositiva da r. sentença recorrida (fls. 259), limitadas, porém, à devolução, em dobro do valor do sinal...”.

Impugnado o aresto, promovem o Especial com fulcro no art. 105, III, letras *a* e *c* do permissivo constitucional:

Henrique Fernandes Ribeiro e cônjuge (fls. 380/390), entendendo violados os artigos 1.094 e 1.056 do Código Civil e 639 do CPC e ter divergido com aresto do STF do qual transcreve a ementa às fls. 388;

Álvaro Gonçalves da Silva Rodrigues Neto e cônjuge (fls. 400/407), sustentando terem sido vulnerados os artigos 82 e 924 do Código Civil e ter dissentido de julgado do Pretório Excelso (fls. 405) e

Walter Demambro e cônjuge alegando (fls. 411/429) que foram infringidos os artigos 15, 16 e 22 do Decreto-Lei 58/37; 21; 890 e segs. do CPC e 972 e segs. do C. Civil, bem como discrepou do aresto que cita às fls. 421.

A eminente Terceira Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, após exame percuciente, admitiu o Especial de Álvaro Gonçal-

ves da Silva Rodrigues Neto e cônjuge com fundamento na letra *a*, III, do art. 105, restrito à violação do art. 924 do Código Civil; e inadmitiu os dois outros recursos (fls. 462). Posteriormente, Walter Demambro e cônjuge impugnaram o despacho denegatório de seu Especial, via Agravo de Instrumento nº 2.435, o qual, subindo em apenso aos autos do Especial, foi denegado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator):
A vexata questio está colocada assim:

Álvaro Gonçalves da Silva Neto e cônjuge alegam que o acórdão de fls. 355 teria negado vigência ao artigo 924 do Código Civil porque, conforme dito em seus embargos declaratórios (fls. 361):

a uma, “a correção monetária e juros creditados pelo BANERJ, em razão do depósito... *omissis*... pertencem aos embargantes...;

a duas, manifestaram sua pretensão de que a multa diária deveria ser paga desde 31.08.85, e até a efetiva entrega do imóvel.

Os embargos (fls. 364) foram rejeitados sob fundamento de que os “embargantes pretendem alterar a decisão adotada, à unanimidade, recolhendo os juros e correção monetária, separando-os do valor principal devido à parte adversa, deste modo, abalando o princípio *accessorium sequitur suum principale*.”

Trata-se de arras confirmatórias e o aresto de que se cogita, citando Caio Mário da Silva Pereira, consigna que “Dadas as arras, o negócio está concluído. Não é mais possível o arrependimento. A parte que, depois de sua transferência, arrepende e recusa, não usa de um direito, mas infringe um contrato (cfr. “Instituições de Direito Civil”, vol. 3, Forense, 1963, p. 67).

Por igual, Orlando Gomes: “A distinção entre arras confirmatórias e arras penitenciais tem importância pela diversidade dos efeitos que suscitam. Nas arras confirmatórias, não há que falar em pena. Constituinte, como constituem, uma garantia, tornam o contrato obrigatório. Mas se o contratante que pagou o sinal der causa à impontualidade da prestação, ou à resolução do contrato, perdê-lo-á em benefício do outro. Trata-se de uma espécie de indenização...” (Contratos, Forense, 12ª ed. p. 108).

Relativamente à pena convencional, não há de alegar o credor prejuízo para que possa exigi-la, nem o devedor repeli-la a pretexto de ser

excessiva, todavia o juiz poderá reduzi-la proporcionalmente, no caso de a pena ser estipulada em virtude de mora, ou de inadimplemento, como diz o art. 924 do Código Civil, assim como feito no aresto recorrido.

Ademais, o julgado discutiu, exaustivamente, com base na prova, a espécie, aplicando-lhe corretamente o direito.

Por outro lado, evidenciam os autos pretenderem os recorrentes re-discutir matéria de fato, descabendo, porém, fazê-lo na via estreita do Especial.

Tais os fundamentos, pelos quais não conheço do recurso, fundado na letra *a* do processo constitucional.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.188 — RJ — (Reg. 90.0001378-0) — Rel.: O Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Rectes.: Álvaro Gonçalves da Silva Rodrigues Neto e cônjuge. Recdos.: Walter Demambro e cônjuge e Henrique Fernandes Ribeiro e cônjuge. Advs.: Milton Flaks e Luiz Eduardo Correa e Sílvio Capanema de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade de votos, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. (Julgado em 10.04.90 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gueiros Leite.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.368 — PR (Registro nº 90.2058-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Banco do Estado do Paraná S/A*

Recorridos: *Elcy Maria Venclaw Kovalski e outros*

Advogados: *Drs. Doris Maria Baptistella Werka e Hugo Mosca e outros*

EMENTA: PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS CALCULADA EM FUNÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO. ADVENTO DO D.L. Nº 2.351, DE 07.08.87.

A substituição do salário mínimo, base de cálculo determinada na decisão exequenda, deve operar-se pelo “ piso nacional de salários”, por representarem ambos a contraprestação mínima devida ao trabalhador.

Recurso especial conhecido pelo dissídio pretoriano, mas improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de março de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: — Julgada procedente a ação de reparação de danos e condenado o réu ao pagamento de u'a pensão mensal, os autores, mãe e filhos da vítima falecida, pleitearam através do recurso de agravo de instrumento a reforma da decisão de fls. 78, de conformidade com a qual a expressão “salário mínimo”, com o advento do D.L. nº 2.351/87, passou a ser “salário mínimo de referência” e não “piso nacional de salários”.

O Tribunal de Justiça do Paraná deu provimento ao mencionado agravo, a fim de que a pensão devida seja calculada de acordo com o “piso nacional de salários”, em Acórdão que porta a seguinte ementa:

“SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE PENSÃO. SENTENÇA PROFERIDA ANTES DO DECRETO-LEI 2.351/07.08.87.

PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO PELO SALÁRIO MÍNIMO DE REFERÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO PISO NACIONAL DE SALÁRIOS. RECURSO PROVIDO.

Tendo a decisão exequenda se baseado no salário mínimo, para fixar a pensão, que na época correspondia à contraprestação mínima devida ao trabalhador, com o posterior advento do Decreto-lei 2.351/07.08.87 o valor passou a ser o equivalente ao piso nacional de salários.

Substituir-se esse valor pelo do salário mínimo de referência, caracterizaria alteração do julgado, diminuindo a condenação.” (fls. 101).

Inconformado, o réu manifestou recurso especial calcado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, dando como vulnerado o D.L. nº 2.351/87, art. 2º, § 1º, e apontando como discrepante o julgado oriundo do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, inserto na Rev. dos Tribs. 635/234.

Admitido o apelo extremo pela letra *c*, subiram os autos com as razões e contra-razões. O parecer da Subprocuradoria-Geral da República é pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): — Com o advento do D.L. nº 2.351, de 11 de agosto de 1987, o devedor da prestação alimentícia passou a depositá-la com base no “salário mínimo de referência”, donde a irresignação dos autores-exequentes, que sustentaram dever a expressão “salário mínimo” corresponder ao “piso nacional de salários”.

Tenho como configurado o dissídio pretoriano, eis que o aresto trazido como modelo pelo recorrente entendeu diversamente do Acórdão recorrido, no sentido de que a pensão de igual natureza é de ser solvida de acordo com o “salário mínimo de referência” e não com o “piso nacional de salários” (Rev. dos Tribs. 635/234). A existência de voto vencido no paradigma indicado não representa óbice à caracterização da divergência, já que a decisão foi tomada em agravo de instrumento, tratando-se, assim, de uma decisão final.

Conhecendo do recurso, nego-lhe, porém, provimento, por adotar os fundamentos deduzidos no julgado recorrido, inteiramente subsistentes.

A decisão exequenda utilizou a locução “salário mínimo” como base de cálculo da pensão fixada. O salário mínimo, na época da condenação, era conceituado como a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador (art. 76 da CLT). Esta contraprestação mínima, após o D.L. nº 2.351/87, passou a ser o “piso nacional de salários”, definido no art. 1º do mesmo estatuto como “contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador, como tal definido na Consolidação das Leis do Trabalho, a todo trabalhador, por dia normal de serviço”.

Substituir-se o salário mínimo pelo “salário mínimo de referência” constituiria, na verdade, em violação ao julgado exequendo, atribuindo-se aos autores exequentes uma pensão de montante inferior àquela contraprestação mínima prevista em lei. Se vivo fosse o marido e pai dos ora recorridos, estaria ele certamente recebendo à época em consonância com o “piso nacional de salários”. O entendimento defendido pelo banco-réu choca-se, portanto, com o princípio de que a reparação do dano deve ser a mais completa possível.

Evidente, pois, que o disposto no art. 2º, § 1º, do D.L. nº 2.351, de 1987, não diz respeito às pensões determinadas através de decisões judiciais, sob pena inclusive de afronta à coisa julgada. Aliás, pela simples dicção do aludido inciso legal se verifica que há ali menção a pensões e proventos de aposentadoria, que não se confundem, claro está, com a pensão de natureza alimentar, da qual se cogita neste caso.

Daí se conclui que, na espécie ora em exame, a expressão “salário mínimo” contemplada na sentença exequenda não pode ser empregada como singelo fator de atualização de obrigação legal ou contratual e, sim, como contraprestação mínima devida e paga ao trabalhador, porquanto assim foi erigida na condenação imposta.

Colhe aqui observação formulada pelo eminente Ministro Francisco Rezek, quando do julgamento do RE nº 100.297-RJ, segundo a qual:

“Em ações como a presente busca-se a reparação de lucros cessantes representativos, por definição, dos ganhos que a vítima auferia antes do ato ilícito e que por este foram total ou parcialmente suprimidos (...) Parece-me correto, por isso, continuar-se a adotar salário mínimo como base para o cálculo da pensão e para sua atualização periódica, pois não seria concebível que a vítima, se permanecesse viva e operosa, passasse a perceber a remuneração do seu trabalho em função do questionado valor de referência.” (*in* RTJ 110/345).

Irrepreensíveis, por conseguinte, as razões que levaram o Tribunal *a quo* a acolher a pretensão dos exequentes, que, aliás, se acham em plena afinidade com o voto proferido pelo Juiz Marcondes Machado,

vencido no precedente lembrado pelos recorrentes, de que extraio este significativo excerto, *in verbis*:

“Embora inexista relação de emprego entre as partes, olvidar não se pode que a indenização foi fixada em função das atividades exercidas pelo autor da ação, ora agravado.

Tem ele direito de ver supridas suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte (art. 1º do Decreto-lei 2.162, de 1º de maio de 1940), que vêm a ser a contraprestação mínima de que trata o art. 1º do Decreto-lei 2.351, de 7 de agosto de 1987.

Por outro lado, nos termos do próprio Decreto-lei 2.351/87, a expressão salário mínimo, constante da legislação em vigor, entende-se como substituída por piso nacional de salários, quando utilizada na forma do *caput* do artigo 1º do mesmo diploma, e a fixação da indenização, conforme pode ser visto do v. acórdão, teve em mira a contraprestação pelos serviços prestados pelo agravado antes do acidente que o impossibilitou de exercer as suas atividades.

A indenização deve, quando for possível, observar o princípio da *restitutio in integrum*, motivo pelo qual, não podendo o agravado receber menos do que o piso nacional de salários, não faria sentido que tal princípio fosse ignorado.” (Rev. dos Tribs. 635/236).

Ante o exposto, conheço do recurso pela dissidência pretoriana, mas a ele nego provimento.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Estou de inteiro acordo com o voto do Eminentíssimo Relator, ressaltando, aliás, que atualmente já se encontram extintos tanto o ‘salário mínimo de referência’ como o ‘piso nacional de salário’, voltando-se à unidade conceitual do salário mínimo.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Acompanho o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator, com as observações do Sr. Ministro Athos Carneiro.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.368 — PR — (90.2058-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro. Recte.: Banco do Estado do Paraná S/A. Recdos.: Elcy Maria Venclaw Kovalski e outros. Advs.: Drs. Doris Maria Baptistella Werka e Hugo Mosca e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento. (4ª Turma — 26.03.91).

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Mins. Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Min. Bueno de Souza. Presidiu o Sr. Ministro Athos Carneiro.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.595 — SP (Registro nº 90.0002842-6)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Banco do Estado de São Paulo S/A*

Recorrido: *Sábado Lourival Pecoraro*

Advogados: *Drs. Carmen Sílvia Nogueira de Araújo e outros e Aldeni Martins e outros*

EMENTA: Direito econômico. Plano Bresser. Tablita. Legalidade. Aplicação. Incidência imediata de normas. Inocorrência de direito adquirido. Recurso provido.

— Em se tratando de normas de direito econômico, de ordem pública, sua incidência é imediata, consoante orientação assentada no Tribunal, não sendo de invocar-se pretensão direito adquirido.

— Por sua legalidade, é admissível a incidência da “tablita”, imposta pelo “plano Bresser”, calculando-se a deflação, nos termos previstos na respectiva legislação, sobre o total do título, ressalvada a impossibilidade do investidor receber quantia menor que o capital aplicado, sob pena de enriquecimento indevido da entidade financeira.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: — Ao fundamento de que havia celebrado com o Banco-recorrente um depósito a prazo fixo, com rendimentos prefixados, e que, por ocasião do vencimento da obrigação, foi aplicada a “tablita” com suporte no Decreto-Lei nº 2.336/87, art. 13, correspondente a um “deflator”, cuja incidência reduziu seu valor em cerca de Cz\$ 121.820,48, argüindo a inconstitucionalidade do referido decreto-lei, que teria violado seu direito adquirido, o recorrido ajuizou ação declaratória de inconstitucionalidade cumulada com cobrança, postulando o recebimento daquela diferença, acrescida de juros, correção monetária e ônus da sucumbência.

O pedido foi julgado procedente, desafiando a interposição da apelação, havendo o Tribunal de Justiça de São Paulo declinado de sua competência para o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que, a final, desproveu o recurso.

Rejeitados os embargos declaratórios, o réu recorreu a este Tribunal, alegando vulneração do artigo 13 do Decreto-Lei nº 2.336/87 e do art. 9º da Lei nº 4.595/64, bem como dissídio pretoriano com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do mesmo Estado. Paralelamente, interpôs recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, alegando ofensa à Constituição.

O em. Presidente do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo admitiu o processamento de ambos os apelos.

Somente com as razões do recurso subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): — Recorre-se, na espécie, de decisão que, nas instâncias ordinárias, considerou inconstitucional uma medida do chamado “plano Bresser”, que objetivava, infelizmente sem sucesso, estabilizar a economia e controlar a inflação.

A exemplo do plano anterior, que deu origem à série, conhecido como “plano cruzado”, a tentativa em 1987, para controle do processo inflacionário, conjugava duas ordens de providências: ao lado do congelamento de preços e salários, buscou-se expurgar das obrigações, com execução diferida, a parcela concernente à prefixação da inflação futura, embutida no valor a ser pago.

O mecanismo não constituía novidade, porquanto no início do ano anterior fora aplicado, com sucesso inicial, no referido “plano cruzado”, consistindo basicamente no seguinte: antevendo a escalada da inflação, as pessoas buscam resguardar-se dos efeitos da desvalorização da moeda, acrescentando nos valores a serem pagos em parcelas sucessivas (ou dentro de certo tempo), um índice que corresponda, o mais aproximadamente possível, à inflação que certamente ocorrerá naquele lapso de tempo. Destarte, uma obrigação de pagar 100 (cem) em quatro parcelas sucessivas implicará no pagamento de parcelas que contenham, além dos 25 (vinte e cinco) correspondentes ao principal, outros valores relativos, não só aos juros e ao lucro, mas também à expectativa da possível inflação do período, elevando cada parcela para valores tão mais elevados quanto seja a expectativa de inflação, cuja tendência se intui no momento da celebração do acordo. Ocorre que, quando se empreende um plano de estabilização econômica, cuja previsão inicial é de eliminação da inflação (ou sua redução a níveis próximos de zero), a expectativa de ocorrência de inflação (que determinou fosse embutido no valor da obrigação aquele *plus*), precisa ser eliminada sob pena de enriquecimento indevido do credor. Essa a justificativa econômica para a instituição do “deflator”, que nada mais é que um índice de queda da inflação, previamente preparado para eliminar, de obrigações contratadas em períodos inflacionários, aquela parcela correspondente à salvaguarda que o credor introduziu no valor da obrigação, idôneo a evitar o ataque dos efeitos inflacionários sobre o valor nominal do montante devido.

Essa tabela de índice de diminuição da inflação ficou conhecida como “tablita”, porque confeccionada sob a forma de pequena tabela de índices.

Na espécie dos autos, o recorrido celebrou um depósito com prazo fixo junto ao recorrente, mediante o qual, com a entrega de uma quantia certa (setecentos mil cruzados), em 15 de maio de 1987, seria possí-

vel resgatar, em 14.7.87, a importância prefixada de Cz\$ 996.041,90. Óbvio que, em regime inflacionário, o banco credor havia embutido, naquele resgate futuro, a parcela de inflação que, certamente, ocorreria no período.

Todavia, dois dias antes de vencida a obrigação, foi editado o Decreto-Lei 2.336/87, que reintroduziu o congelamento de preços e salários e o sistema progressivo de deflação, conhecido como “tablita”, em virtude do que o devedor, ora recorrente, quando do vencimento da obrigação, aplicou o deflator correspondente, na conformidade do art. 13 daquele diploma legal.

Não se conformando, o credor, recorrido, postulou e obteve, nas instâncias ordinárias, a declaração de inconstitucionalidade daquela norma sob os seguintes fundamentos:

1º — a matéria versada no decreto-lei não se insere no permissivo do art. 55, inciso II da Constituição pretérita, porquanto não se trata de finanças, mas de tributo, que não prescinde do princípio da anualidade;

2º — o decreto-lei não é lei, e como tal sua obrigatoriedade não decorre do § 2º do art. 153 da Carta Política anterior;

3º — o contrato de depósito fora celebrado e se convalidara como ato jurídico perfeito, tornando-se ineficaz à lei posterior, que não o poderia prejudicar (Constituição antecedente, art. 153, § 3º).

Em linhas gerais, o pedido foi julgado procedente com lastro na violação de ato jurídico perfeito e na não adequação da matéria nos estreitos limites de competência do Presidente da República para editar decreto-lei, declarando-se *incidenter tantum* da inconstitucionalidade do Decreto-Lei 2.336/87.

Na esteira de idêntico raciocínio, o eg. Primeiro Tribunal de Alçada Civil confirmou o *decisum*.

Afigura-se-me inadequada a solução da lide, razão pela qual conheço do recurso pela alínea *a* do permissivo constitucional e o provejo. Mas parcialmente.

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 edição, 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 (a propósito, REsp 1.816 — SP, de 6.3.90, de que fui relator — DJ de 23.4.90).

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 a essa qualidade das normas de direito econômico, que se revestem do atributo de normas 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 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 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 5.11.89):

“Títulos de Crédito — Correção Monetária Prefixada. Deflator.

Decreto Lei nº 2.335/87, art. 13 (redação dada pelo Decreto-lei 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 deflacionadas as obrigações contratuais e os títulos de crédito, ou, em outras palavras, seus valores, no dia do vencimento, segundo 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”.

Acolho também essa orientação, mas ressalvando a impossibilidade do investidor receber valor menor que o capital aplicado. Se o capital, com ou sem inflação, seria sempre o mesmo, variando tão-somente os

rendimentos, à evidência que, em caso de deflação, a dedução não deve ir aquém do valor do capital aplicado.

Em face do exposto, com tal ressalva, conhecendo do recurso pela alínea *a* do art. 105, III da Constituição, provejo-o para reformar o v. acórdão, tendo por improcedente o pedido ajuizado, com inversão dos ônus da sucumbência.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Tocante ao tema principal — constitucionalidade do art. 13 do Dec.-Lei nº 2.335, de 1987, com a redação dada pelo Dec.-Lei nº 2.342, de 10 de julho de 1987 — acompanho o voto do eminente Ministro Relator, cuja orientação se harmoniza com os precedentes desta Corte ali invocados, aos quais acrescento mais um, o Recurso Especial nº 1.816 — SP, de que S. Exa. também foi Relator.

Registrou-se, na assentada anterior, u'a controvérsia acerca da importância básica sobre a qual incidiria o fator deflacionário determinado pela lei. Penso que, nesse particular, o critério a ser empregado para tornar efetiva a aplicação da tabela de deflação se encontra na própria lei:

“Art. 13. As obrigações contratuais pecuniárias e os títulos de crédito, cambiários ou cambiariformes, inclusive faturas ou duplicatas, que tenham sido constituídas ou emitidos em cruzados no período de 1º de janeiro a 15 de junho de 1987, sem cláusula de reajuste ou de correção monetária, ou com cláusula de correção monetária prefixada, serão deflacionados, no dia do vencimento, dividindo-se o montante expresso em cruzados pelo fator de deflação a que se refere o § 2º deste artigo” (com a redação dada pelo Dec.-Lei nº 2.342/87).

Nessas condições, tem-se que a base a ser deflacionada é representada pelo numerário que seria restituído ao mutuante no dia do vencimento, composta do capital mutuado mais os rendimentos. É o que reza, aliás, a parte final do citado dispositivo legal: “serão deflacionados, no dia do vencimento, dividindo-se o montante expresso em cruzados pelo fator de deflação a que se refere o § 2º deste artigo”.

A tabela de deflação, portanto, não deve recair tão-só sobre os rendimentos. Daí a orientação esposada pelo precedente da Eg. Terceira Turma deste Tribunal no sentido de que se calcula “a deflação pela aplica-

ção do fator a que se refere o § 2º do mesmo artigo ('tablita') sobre o valor total do título (CDB), inclusive rendimento" (Recurso Especial nº 955 — RS, Relator Ministro Cláudio Santos).

Esta foi, por sinal, a diretriz adotada pelo recorrente que, em suas razões de recurso especial, esclareceu haver aplicado o deflator sobre o resultado final do depósito, ou seja, por ocasião do resgate (fls. 89).

Com estas observações, acompanho, como dito, o voto do preclaro Ministro Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.595 — SP — (90.0002842-6) — Rel.: Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Banco do Estado de São Paulo S/A. Recdo.: Sábado Lourival Pecoraro. Advs.: Drs. Carmen Silvia Nogueira de Araújo e outros e Adenei Martins e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. (4ª Turma — 28.08.90)

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

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Athos Carneiro.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.604 — AM (Registro nº 90.0002851-5)

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

Rectes.: *Francisco Plínio Valério Tomaz e outro*

Recda.: *Hotel Ana Cássia Ltda.*

Advogados: *Drs. Oldeney Sá Valente e outro e Álvaro Cesar de Carvalho e outro*

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

I — Delira da via declaratória a decisão que nos embargos de esclarecimento rejulga a causa.

II — Recurso especial de que se conhece, dando-se-lhe provimento para cassar o acórdão resultante dos embargos de declaração.

III — Unânime.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de embargos à execução que foram julgados improcedentes pela sentença de 1ª instância, porém veio a ser modificada pela decisão proferida na apelação, cujo aresto acha-se assim ementado:

“NOTA PROMISSÓRIA. EMBARGOS DO DEVEDOR. VINCULAÇÃO A CONTRATO. DISCUSSÃO ENTRE OS PARTICIPANTES DO NEGÓCIO CAMBIÁRIO. VIABILIDADE. DATA DA EMISSÃO. FALTA DE UM DOS REQUISITOS ESSENCIAIS PREVISTOS NO ART. 75, DA LEI UNIFORME. VALOR EM ORTN’s. INADMISSIBILIDADE.

A nota promissória, quando vinculada a contrato, perde sua autonomia, tornando-se causal.

É facultada às partes do negócio que deu origem à nota promissória a perquirição sobre a causa geradora da obrigação cambial.

O título cambial é um documento formal. Não pode ser considerado título executivo a nota promissória que desatende as exigências do art. 75, da Lei Uniforme.

A cambial não pode trazer seu valor em ORTN's.
SENTENÇA REFORMADA.” (Fl. 171).

Houve embargos declaratórios que foram recebidos para reformar totalmente a decisão embargada, restaurando-se a sentença de primeiro grau.

Dos fundamentos do acórdão recorrido transcrevo as seguintes considerações:

“O v. acórdão realça, de princípio, que os títulos cobrados executoriamente, porque vinculados ao negócio subjacente realizado entre as partes, desfiguram-se “em sua força para correr a sorte desse contrato”.

E prossegue: Indiscutivelmente, as notas promissórias executadas têm sua causa subjacente no contrato particular de compra e venda de capital da empresa industrial — Editora Ana Cássia que foi celebrado a Apelada (sic) e os apelantes, em 15 de janeiro de 1985.

Por outro lado, inexiste dúvida, à luz do contrato firmado, que a satisfação da obrigação que ficou a cargo da apelada constante da cláusula primeira, deveria e deve proceder à obrigação dos apelantes de pagarem o preço convencionado” (ac. fls. 17).

A lição é correta como base de entendimento; mas não se ajusta às características da espécie *sub judice*.

O contrato de compra e venda de cotas de capital da empresa industrial EDITORA ANA CÁSSIA LTDA., tendo como vendedor o Hotel Ana Cássia e compradores os embargados Francisco Plínio Valério Tomaz e Francisco das Chagas Valério Tomaz, ocupa o espaço das fls. 69 e seguintes dos autos. Compulso e confiro os termos deles e verifico que a venda e transferência das cotas mencionadas não estão subordinadas à condição do pagamento dos títulos cambiais, mas, e, ao contrário, impõe a avença que eles, os compradores, “não poderão alienar as quotas de capital ora adquiridas, enquanto não efetivarem, integralmente, o pagamento do preço convencionado.” (fls. 61, grifei) (contrato primitivo).

Daí a razão por que o embargante, em discordando da fundamentação do acórdão, dogmatiza “que inexiste qualquer cláusula que imunize o devedor de fazer o pagamento em face de imposição condicional, recebendo, como recebeu, as cotas no valor declarado. Incabe, pois, aplicado o Código Civil em seu art. 1.092, ou o art. 582 do Código de Processo Civil, ou, ainda,

o 191, parte final, do Código Comercial Brasileiro. (emb. fls. 181).

Por outro lado o acórdão equivocou-se ao proclamar a descharacterização dos títulos (NP) por ausência de data da emissão deles. Óbvio que os embargados poderiam datá-la, se o quisessem. Entretanto, subentende-se, a teor da cláusula 2ª do contrato (fls. 70) que guardam eles a mesma data da assinatura do contrato, i.é., 15 de janeiro de 1985.

No RE nº 66.501-MT, do STF, em que foi relator o emérito Ministro Djaci Falcão, colhe-se de seu voto esse entendimento:

“Alegou a recorrente que o título, não contendo a data da sua emissão, nem tampouco o lugar onde foi passada, não podia ser cobrado mediante ação executiva, segundo o disposto nos artigos 75 e 76 do D. nº 57.663, de 24.6, aos quais negara vigência a decisão recorrida. Apesar do aresto impugnado afirmar que não se aplica a denominada Lei Uniforme sobre cambiais aos negócios entre particulares e no âmbito interno do País, a decisão não importou em negativa das regras dos artigos 75 e 76 antes citados. É que tanto em face do D. nº 2.044, de 1908 (art. 54, § 1º), como da Lei Uniforme, a falta de indicação do lugar em que o título foi passado, como a data da sua emissão, não o descharacterizam. Assim, com relação ao lugar, considera-se como sendo o lugar do pagamento e, ao mesmo tempo, o lugar do domicílio do subscritor, enquanto no que toca à data da emissão, presume-se ter o portador mandato para inseri-la.” (RTJ 62/72).

“Em face, apenas, do Decreto 2.044, de 1908, MARGARINO TORRES (Nota Promissória, 3ª ed. pág. 181, Saraiva & Cia. Editores, São Paulo, 1908) sustentava:

“Censurável é a propriedade da nossa lei, art. 54, § 1º, denominando requisitos a data e o lugar da emissão, como se fossem indicações necessárias e substanciais, quando entretanto o portador pode, mas não é obrigado nem precisa preencher tais indicações para exigir o pagamento do título.” JURISCÍVEL DO STF, 52, pág. 214.

Lê-se, ainda, no final da ementa do acórdão impugnado (fl. 171):

“— A cambial não pode trazer seu valor em ORTN's.”

Também insubsiste a tese, porque contrária aos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários.

Em ATUALIDADES NACIONAIS — Questões sobre a emissão de câmbio em OTN (REVISTA DE PROCESSO, pág. 52), Francisco de Paula Xavier Neto escreve:

“A jurisprudência, inclusive do STF, consolidou o entendimento segundo o qual a expressão do valor de nota promissória em OTN não o vicia, nem lhe retira a liquidez e certeza.

A conversão das OTN's, no dia do vencimento, pelo equivalente em cruzados, estabelece o *quantum* da cambial, razão pela qual não há que se falar em vício de forma, a pretexto de desnaturação do título. Temos, assim, que se trata de mero cálculo, em nada dificultando a questão referente à liquidez. Não há, da mesma forma, infringência às regras contidas os arts. 1º, nº 2 e 75, nº 2, da Lei Uniforme, que estabelecem, com condição essencial à nota promissória e à letra de câmbio, a fixação de um valor determinado, a pagar.

Por esta razão o STF, como afirmado, já se pronunciou, no julgamento do RE nº 113.268-0-SP, em 08.05.87, sendo relator o Min. Djaci Falcão, que “não se configura negativa de vigência ao art. 54, II, do Dec. nº 2.044/08, e art. 75, nº 2, da Lei Uniforme de Genebra, a emissão do título em ORTN”. *In casu*, uma das partes era instituição financeira, e o título estava vinculado a contrato.

Vê-se, pois, que nada impede que as instituições financeiras, como também as pessoas jurídicas e naturais, se utilizem de tal prática.

A E. 2ª Câmara, em acórdão do qual fui Relator, asse-ntou:

“Embargos do devedor. Nota promissória emitida com valor em ORTN. Preenchimento pelo credor. Admissibilidade. Recurso improvido.

A expressão do valor da nota promissória em ORTN não vicia o título, nem lhe retira a liquidez e certeza. Traduzido o débito em cruzeiros, por ocasião do vencimento, a partir de então será corrigido com base na Lei nº 6.899/81 e normalmente executado.” (AC nº 22.398).

O E. Tribunal de Justiça do Estado, a seu turno, igualmente decidiu:

“Inexiste vício de forma na cambial que fixa seus valores em ORTN, por ser tal fórmula meio de manter atualizados tais valores, frente à constante variação da moeda”. (AC nº 32.049).

O Recurso Extraordinário nº 110.993.9-SP (Segunda Turma) (DJ 21.10.1988), em que foi relator o Sr. Ministro ALDIR PASSARINHO, recorrente: FRANCISCO CARLOS SERRANO e recorrida: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL — CEESP, tem a seguinte ementa:

“EMENTA. Nota promissória.

Não descaracteriza a nota promissória se, a par de encontrar-se ela expressa em quantia certa, igualmente menciona o número de OTN's a qual tal quantia corresponde.”

Colhe-se no voto do insigne relator:

“A respeito, esta 2ª Turma, no julgamento do Ag nº 112.124 (AgRg), sessão de 12.08.86, de que foi relator o ilustre Ministro Djaci Falcão, decidiu na conformidade do espedido na respectiva ementa, assim mencionada:

“Notas promissórias expressas em OTNs e sujeitas a correção monetária, mediante consenso das partes. Obrigação de pagar em cruzeiros.

Recurso extraordinário inadmitido. Não se caracteriza, na espécie, negativa de vigência à lei nem dissenso interpretativo. Agravo regimental improvido.”

No precedente invocado, acolheu a Turma a fundamentação do acórdão então posto em exame e do qual destaque esses tópicos:

“O excessivo formalismo cambiário, em que se apega o embargante, é de ser rechaçado. A ORTN não é moeda e, muito menos, moeda estrangeira, sendo, apenas, uma forma de exprimir um valor sempre conversível em cruzeiros, escoimado da deterioração causada pela inflação. O art. 41 da Lei Uniforme, igualmente invocado em recurso, nenhuma aplicação tem à espécie. Aliás, se devesse ser seguido, há que convir, que estatui o pagamento em moeda do país, no caso, em cruzeiros, que é exatamente o que os embargados pleiteiam (fls. 75 a 77).” (JSTF — págs. 124-125-126-LEX 124)

Ainda sobre o assunto: RE nº 108.781-Minas Gerais, STF 2ª Turma — D.J. 29.04.1988; e RE nº 113.268-0-S. Paulo — STF — D.J. 29.05.1987.

De resto, ao escólio da matéria lançada e argüida, dúvida se não há de afastar que o aresto impugnado não guarda coerência com os postulados jurídicos, porque flagrantes os erros materiais e de caráter interpretativo, devendo o acórdão ser alterado substancialmente.” (fls. 189/194).

Os recorrentes interpuseram recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, do permissivo constitucional, alegando ofensa aos arts. 128, 463, 535, 582 e 743, IV, do Código de Processo Civil; art. 1.092 do Código Civil; arts. 75 e 76 da Lei Uniforme; art. 1º do Decreto-lei nº 857/69; além de dissídio jurisprudencial (fls. 197/209).

Pelo despacho de fls. 237/238 foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 239/241, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O Supremo Tribunal Federal em casos excepcionais admite a anulação através de embargos declaratórios de acórdão proferido com evidente erro, conforme exemplifica THEOTONIO NEGRÃO, em “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”:

— se o recurso foi julgado sem inclusão em pauta, quando necessária;

— se foi julgado por Turma incompetente;

— se o recurso foi julgado, apesar de existir pedido de desistência do recurso; e,

— se foi por equívoco considerado fora de prazo (Op. cit. pág. 1.038).

Os embargos declaratórios têm como suporte aclarar obscuridade, dúvida, contradição ou omissão que devam ser sanadas.

Nos limites estreitos dos referidos embargos não se pode rediscutir novamente a matéria, sob pena de desvirtuar tal recurso dando-lhe caráter infringente.

Por sua vez, o eminente Ministro Rafael Mayer ao relatar os EDcl nº 98.551, perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, assim se pronunciou nos termos da seguinte ementa:

“Não compete ao recurso de embargos de declaração intentar a correção do suposto erro jurídico do acórdão embargado em juízo de reconsideração.” (27.02.85).

De igual modo é o posicionamento do ilustre Prof. FREDERICO MARQUES, ao assim aduzir:

“Decididos os embargos de declaração com o seu acolhimento pela turma julgadora, há um *plus* no acórdão assim proferido, em relação ao acórdão embargado. Desde que se completou este, no que tinha de omisso, ou se lhe imprimiu conteúdo adequado, desfazendo a obscuridade, dúvida ou contradição, claro que algo foi inovado quanto ao anterior julgamento. O que, porém, não se admite, é que se inove além dos limites da simples declaração, para, indevidamente, se corrigir *errores in iudicando* ou *in procedendo*, como se o recurso fosse de embargos infringentes.” (MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 3º Vol., Ed. Saraiva, Vol. III, págs. 161/162).

Sobre tal tema com grande precisão preleciona PONTES DE MIRANDA:

“Se há obscuridade, quer-se esclarecimento suficiente.

Se há contradição, declara-se o que é verdadeiramente o conteúdo do julgado. Quanto à omissão, o que se entende é que não consta do julgado tudo o que se julgou. O que se muda não é o julgamento, é o que consta do acórdão falho. Não se pense que, com os embargos de declaração, se obriga o tribunal a julgar o que não julgou. O recurso seria outro. Declarar com julgamento *ex novo* seria absurdo.

Quem declara torna claro.” (In Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. VII, Forense, pag. 405).

E arremata o ilustre processualista ora referido:

“... o juiz ou tribunal que, a pretexto de declarar o julgado, o modifica, infringe a lei.” (Op. cit. pag. 399).

Vemos que o acórdão recorrido reformou a decisão proferida na apelação sob o fundamento de que a nota promissória não se descaracteriza pela ausência da data de sua emissão, respaldando-se, para tanto, na doutrina de Margarino Torres e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Reformou, ainda, o acórdão embargado, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o valor da cambial expresso em ORTN's não tira a liquidez da nota promissória.

Ora, sendo os embargos declaratórios um recurso de natureza estrita, é defeso renovar discussão sobre as questões julgadas em seu mérito, para alterar os seus fundamentos.

O acórdão recorrido foi nitidamente infringente, descaracterizando, pois, a natureza dos embargos declaratórios.

Os argumentos expendidos pelo acórdão de que a hipótese é de erro material e de interpretação, não encontra respaldo, pois, diversamente, o que se viu foi a rediscussão da matéria anteriormente decidida.

O erro de interpretação do direito não autoriza embargos declaratórios, pois estes infringentes não são.

Sobre o que seja erro material assim professa PONTES DE MIRANDA:

“... o *error materialis* compreende distrações, *lapsus linguae*, *lapsus calami* etc., e erro de cálculo (art. 463, I, que permite o requerimento de correção (o juiz tem o dever de corrigir).” (Op. cit. pág. 409).

O acórdão recorrido embora rotulado de declaratórios não teve por objetivo sanar omissão, dúvida, contradição, obscuridade ou mesmo corrigir erro material, mas sim, modificar a decisão embargada na sua parte dispositiva, alterando-lhe a conclusão, infringindo, pois, o julgado.

Caracterizada está a violação do art. 535 do Código de Processo Civil.

Quanto ao dissídio jurisprudencial, este não atende aos requisitos da Súmula nº 291 do Supremo Tribunal Federal.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar o acórdão proferido nos embargos declaratórios, restaurando aquele proferido na apelação.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Senhor Presidente, nestes embargos ditos de declaração, o Tribunal de Justiça de origem simplesmente desdisse tudo o que havia dito. Ocorreu, portanto, um absoluto desvirtuamento da própria natureza dos embargos declaratórios, aos quais o Tribunal *a quo* deu uma inadmissível e impossível amplitude. Tal acórdão, portanto, incide em frontal infringência ao art. 535 do Código de Processo Civil.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.604 — AM — (90.0002851) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Rectes.: Francisco Plínio Valério Tomaz e outro. Recda.: Hotel Ana Cássia Ltda. Advs.: Drs. Oldeney Sá Valente e outro e Álvaro Cesar de Carvalho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (4ª Turma: 07.08.90).

Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUE-NO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.777 — PA (Registro nº 90.0003499-0)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito*

Recorrido: *Alberto Gonçalves*

Advogados: *Drs. Reynaldo Andrade da Silveira e outros e Amarildo Guerra*

EMENTA: Processo civil. Execução. Penhora. Requisição ao Imposto de Renda. Admissibilidade. Recurso conhecido e provido.

— Em face do interesse da Justiça na realização da penhora, ato que dá início à expropriação forçada, admite-se a requisição à repartição competente do imposto de renda para fins da localização de bens do devedor, quando frustrados os esforços desenvolvidos nesse sentido.

— Cada vez mais se toma consciência do caráter público do processo, que, como cediço, é instrumento da jurisdição.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: — No curso de execução ajuizada pelo recorrente, este solicitou ao MM. Juiz a expedição de ofício à Delegacia Regional do Ministério da Fazenda para que fosse fornecida cópia da última declaração de bens relativa ao Imposto sobre a Renda do executado, ora recorrido.

Em face do indeferimento do pedido, o exeqüente interpôs agravo de instrumento, que foi desprovido pelo eg. Tribunal de Justiça do Pará, em acórdão assim ementado:

“Agravo de Instrumento — Preliminar de intempestividade — Não é de se apenar o agravante pelo descumprimento do estatuído no § único do artigo 523 do Código de Processo Civil. Preliminar rejeitada à unanimidade de votos. Mérito. Há de distinguir-se o interesse da justiça do interesse do credor. Recurso improvido — Decisão unânime.”

Rejeitados os embargos declaratórios, o exeqüente ascendeu à instância extraordinária com a interposição de recurso especial, com fulcro na alínea c do autorizativo constitucional, embora alegando vulneração aos artigos 399-I, 600-IV, do Código de Processo Civil, e 675 do Decreto 85.450/80, além do dissídio jurisprudencial.

O em. Presidente do Tribunal de origem admitiu o apelo extremo por vulneração ao art. 600-IV, CPC, a despeito da interposição do recurso se lastrear no dissenso interpretativo.

Sem as contra-razões do recurso, subiram os autos para exame.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Cuida-se de agravo de instrumento tirado de decisão que indeferiu a expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal para obter informações quanto à declaração de bens do executado.

Polêmica afigura-se a questão em sede jurisprudencial, porquanto ponderável corrente se inclina no sentido de distinguir, como o fez o v. acórdão recorrido, entre interesse da Justiça e interesse da parte, a quem competia diligenciar elementos e informações cadastrais sobre o executado.

Todavia, comungo do mesmo pensamento perfilhado pela jurisprudência paulista (RT 488/139, 489/151 e 152, 494/124), assim como copiosa orientação da jurisprudência paranaense (RT 494/209, 498/168 e 206), que culminou na edição da Súmula nº 3 do Tribunal de Alçada do Paraná, *verbis*:

“É legítima a pretensão do credor em obter, para efeito de penhora em processo de execução, mediante requisição judicial, esclarecimentos sobre a existência de bens declarados pelo devedor perante a Receita Federal” (DJ PR nº 1.757, de 9.8.84, p. 9).

Quando integrante, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, da sua Terceira Câmara Civil, tive ensejo de decidir questão semelhante, oportunidade em que, acompanhando a jurisprudência ali dominante e com arrimo no § 35 do art. 153 da Constituição anterior, arts. 198, parágrafo único, e 199 do Código Tributário Nacional, e no Decreto 76.186/75, art. 482, que incorporou o art. 54 da Lei 3.470/58, observei:

“Cada vez mais se toma consciência do caráter público do processo, cada vez mais se vislumbra o predomínio do interesse público sobre o interesse privado em termos de processo, que, como é cediço, é instrumento da jurisdição.

Mais do que no processo de conhecimento, esse predomínio se faz sentir no processo de execução, onde não se busca uma prestação de accertamento, mas a realização daquilo que está no título, que se presume líquido, certo e exigível. Caracteriza-se a execução pelos atos materiais de coerção na busca da satisfação do crédito contido no título. Daí a oportuna lição de Liebman:

“Quem põe as mãos sobre os bens do devedor é o Estado, por intermédio de seu órgão competente: ele e só ele tem os poderes para tanto.

O erro das doutrinas privativas é de querer construir com materiais tirados exclusivamente do direito privado uma série de atividades e relações em que a autoridade soberana do poder intervém necessariamente, em exercício de poderes que lhe pertencem em caráter privativo para cumprir sua missão de guardião e defensor do direito. A sanção não é elemento da relação jurídica privada. Titular do poder sancionatório é o Estado, como elemento soberano de sua soberania. Só ignorando deliberadamente a participação do órgão estatal e o papel que lhe cabe no processo de execução, papel de todos os pontos de vista decisivo e insubstituível, é que se pode pretender localizar no direito do credor o poder de invadir a esfera jurídica do devedor, querer construir a teoria do processo sem levar em conta a existência do juiz!" ("Processo de Execução", Saraiva, 3ª ed., 1968, p. 31, nº 14).

A penhora é um ato da execução, de inegável interesse para a satisfação do crédito. É ato de constrição legal que dá início à expropriação forçada dos bens do devedor. Tal é o interesse da Justiça na realização da penhora que o legislador erigiu à categoria de "ato atentatório à dignidade da Justiça" a omissão do devedor em não indicar ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução (CPC, art. 600, IV)" (Agravo de Instrumento nº 18.127, Comarca da Capital, 4ª Vara da Fazenda Pública, julgado em 28.III.85)".

Ainda penso nesse sentido, em sintonia com a maciça maioria da jurisprudência, consoante aponta **Theotônio Negrão** em nota nº 4 ao art. 399 ("Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", RT, 1990), posicionamento que vinha sendo prestigiado pelo Supremo Tribunal Federal, como se vê, dentre outros, dos seguintes julgados daquela Corte:

— RE 92.377-SP, relator Ministro Moreira Alves, RTJ 110/184:

"Penhora. Pedido de requisição, pela Justiça, de informação à Repartição competente do Imposto de Renda sobre declaração de bens do executado, frustrados que foram todos os esforços para a localização de bens para a Penhora.

— Essa requisição, ao contrário do que sustenta o acórdão recorrido, se faz no interesse da Justiça, pois a penhora é ato preliminar para a execução do patrimônio do devedor, e o titular desse poder de executar é o Estado, que o tem como instru-

mento necessário para desincumbir-se de seu dever de prestar jurisdição. Daí, o preceito contido no artigo 600, IV, do Código de Processo Civil, o qual considera atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”;

— RE 94.608-SP, relator Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 110/195:

“É legítima a requisição de informações, pelo magistrado, ao imposto de renda, no interesse da justiça.

Nada justifica a proteção ao inadimplente em detrimento da boa-fé no mundo dos negócios e do prestígio da justiça.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.”;

— Embargos na Carta Rogatória nº 3.553 — Estados Unidos da América, relator Ministro Moreira Alves, RTJ 114/500:

“Carta Rogatória.

— A chancela consular na origem confere autenticidade aos documentos que instruem a carta rogatória, apesar de a versão para o vernáculo ter sido feita no país estrangeiro.

— Improcedência das alegações do cunho executório da inquirição e da incompetência da Justiça alienígena. No caso, não ocorre hipótese de competência exclusiva da Justiça Brasileira.

— Mesmo no Brasil, só se admite a requisição de informação à repartição do imposto de renda para a apuração da existência de bens susceptíveis de penhora com base no disposto no inciso IV do artigo 600 do CPC, o qual implica se haja constituído relação jurídica processual válida, que, no caso, inexistente. A regra do sigilo da Fazenda não é apenas de ordem pública de direito interno, mas também de direito internacional.

Embargos conhecidos e recebidos em parte.”

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para deferir a expedição de ofício solicitando à Delegacia Regional da Receita Federal o envio de cópia da declaração de bens do recorrido.

VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, reservando-me, porém, para maior e mais detalhado estudo do tema oportunamente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.777 — PA — (90.0003499-0) — Rel.: Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito. Recdo.: Alberto Gonçalves. Advs.: Drs. Reynaldo Andrade da Silveira e outros e Amarildo Guerra.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 21.08.90).

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

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Athos Carneiro.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.082 — PR

(Registro nº 9044618)

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

Relator p/ Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Haraldo Huth*

Advogado: *Dr. Marco Antonio Vieira*

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL.

Homicídio ao mesmo tempo privilegiado e qualificado. Compatibilidade das duas modalidades: a) “o réu cometeu o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima” (CP, art. 121, § 1º), e b) “o crime foi praticado de maneira a tornar difícil ou impossível a reação da vítima” (CP, art. 121, § 2º, IV).

Irrelevância da ordem de colocação dos respectivos quesitos, para serem respondidos pelo Conselho de Sentença.

Negativa de vigência aos arts. 121, §§ 1º, e 2º, IV, do Código Penal e 564, III, k e parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso especial pelos dois fundamentos e lhe dar provimento, para cassar a decisão recorrida, vencidos os Srs. Ministros Relator e William Patterson, que não conheciam pela letra *a*, inciso III, art. 105 da Constituição Federal, mas conheciam pela letra *c*, do mesmo dispositivo e lhe negava provimento, 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 fevereiro de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator p/acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: — O recorrente, HARALDO HUTH, foi denunciado ao Juiz da Vara Criminal de Curitiba, Estado do Paraná, em fevereiro de 1983, nos seguintes termos (fl. 304):

“Na data de 22 de dezembro de 1982, por volta de uma hora, Haraldo Huth (denunciado) e Eliane da Silva Quadros (vítima), que viviam amasiados há seis anos aproximadamente, encontravam-se deitados, repousando, na cama de casal existente no quarto por eles alugado no apto. de nº 01, do prédio sito à rua Visconde de Guarapuava nº 2.542, nesta cidade.

Em dado momento, Haraldo empolgou uma faca (auto de apreensão de fls. 12) e, valendo-se da desatenção de sua companheira que repousava, surpreendeu-a com violento ataque, o que tornou impossível qualquer gesto de defesa, desferindo contra a mesma vários golpes, que lhe provocaram os ferimentos descritos no laudo de exame de necropsia de fls. 20-21. Estes ferimentos, por sua natureza e sede, foram a causa eficiente da morte de Eliane.

Após a consumação do fato acima descrito, o denunciado autogolpeou-se com a mesma faca, tomando porém o cuidado de, após, lavar a arma branca.

O crime foi motivado pela ruína do relacionamento do casal, que vinha se desentendendo, inclusive com agressões seguidas de Haraldo contra sua companheira, já há algum tempo.

De ressaltar-se ainda que, a princípio, procurou Haraldo confundir as autoridades policiais, afirmando que o casal fora vítima de um crime de roubo, sendo ambos feridos pelos autores do 'assalto'.

Em assim agindo, incorreu o denunciado nas sanções previstas pelo art. 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal..."

Libelo acusatório à fl. 178.

Submetido ao Tribunal de Júri foi o réu condenado a oito anos de reclusão, conforme sentença a fls. 435-437, que passo a ler:

"Submetido a julgamento, os senhores jurados, após confirmarem a autoria e a materialidade do delito, entenderam que o réu não praticou os fatos em defesa própria. Reconheceram ainda que o homicídio é qualificado. Finalmente, reconheceram os senhores jurados que concorre em favor do réu circunstância atenuante."

A fixação da pena foi, assim, fundamentada:

"Atendendo aos antecedentes do réu, à sua personalidade, aos motivos e circunstâncias que nortearam a ação do mesmo, bem como as conseqüências e a intensidade do dolo, fixo a pena-base na mínima, ou seja, em doze (12) anos de reclusão.

Tendo os senhores jurados reconhecido que o réu praticou os fatos sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, nos termos do parágrafo 1º do artigo 121, diminuo a pena-base de um terço que computada, perfaz uma pena final de oito (8) anos de reclusão, que será cumprida em regime fechado na Penitenciária Central."

Apelou o réu, oferecendo as razões de fls. 457-461, nas quais, embora afirmando o erro do Juiz na redação dos quesitos, ao formular o da defesa (o réu cometeu o crime sob o domínio de violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima ?) depois do quesito relativo à qualificadora — o qual resultaria prejudicado se colocado em seguida àquele, da defesa, reconhecido por unanimidade pelos jurados — preferiu pleitear no recurso não a anulação do Júri, mas redução da pena, "dela escoimando-se o acréscimo decorrente da qualificadora incompatível com o privilégio defendido..."

Contra-razões do Ministério Público às fls. 446-449.

Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça às fls. 471-476.

A Eg. Primeira Turma do Tribunal de Justiça, por unanimidade, declarou, *ex officio*, a nulidade do julgamento, mandando submeter o apelante a novo júri, por considerar inegável “a contradição entre homicídio privilegiado (violenta emoção em seguida à injusta provocação da vítima) e a qualificadora do recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima — surpresa, dado que uma exclui a outra. Nulidade absoluta, bem por isso, passível de decretação, de ofício” (Ementa, fl. 483).

Manifestou-se a defesa sem interesse em qualquer recurso contra a decisão do Tribunal (fl. 488), que foi, no entanto, embargada, sem êxito, pela Procuradoria-Geral da Justiça (fls. 490-492 e 496-498).

Recurso especial, do mesmo ilustre Procurador de Justiça, Dr. Rui Pinto, às fls. 500-515, versando “sobre a possibilidade de ser admitido o denominado homicídio qualificado — privilegiado, quando, em particular, o Conselho de Sentença tenha reconhecido a qualificadora do “recurso que impossibilitou a defesa da vítima”, e fundamentado no inciso III, letras *a* e *c*, do art. 105, da Constituição. Teriam sido contrariados os arts. 121, parágrafos 1º e 2º, Inciso IV, do Código Penal e 564, inciso III, letra *k* e parágrafo único do Código de Processo Penal, explicitamente prequestionados nos embargos.

Quanto à divergência jurisprudencial, trouxe aos autos, o Ministério Público recorrente, acórdãos dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal, deste último, relatado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho e publicado na RTJ, vol. 110, pág. 623.

Admitido pelo despacho às fls. 528-529, em face da comprovada dissonância jurisprudencial, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): — Na hipótese em julgamento, o réu HARALDO HUTH foi condenado, pelo TRIBUNAL DO JÚRI DA COMARCA DE CURITIBA, a uma pena de 12 anos de reclusão, pela prática de homicídio qualificado.

Em grau de apelação, a PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ reformou a decisão do Conselho de Sentença e mandou o réu a novo julgamento.

Assim, o recorrido responde por crime definido no art. 121, parágrafo 2º, inc. IV, do Código Penal. Condenado a 12 anos de reclusão, teve, logo a seguir, a sua pena diminuída pelo privilégio do parágrafo primeiro do mesmo artigo, para oito (8) anos de reclusão. A ata, de fls. 455 e v., registra as teses do defensor do acusado na legítima defesa própria e no homicídio privilegiado.

Sendo certo que a Súmula 162, do STF, consagrou o entendimento de que é absolutamente nulo o julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem as qualificadoras, não há dúvida de que o tema cresce de importância, considerando que há tese em sentido contrário, na linha da decisão do júri, conduzida pelo juiz presidente, onde podem conviver, no mesmo caso, a forma privilegiada com uma qualificadora do homicídio.

A tese adotada pelo Tribunal *a quo* repele a possibilidade da coexistência, ao afirmar, explicitamente:

“Inquestionável que a decisão do Conselho de Sentença encerra um despropósito: quem mata sob domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, não pode, logicamente, fazê-lo de surpresa ao revidar contra o autor da injusta provocação, precisamente por envolver circunstância que reclama a reação sem intervalo do agente e dado apoiado na preparação da ação delituosa (surpresa, como forma de proceder hábil a impossibilitar ou dificultar a defesa da vítima). Bem por isso, a doutrina prevalente inclina-se pela incompatibilidade entre essa modalidade do homicídio privilegiado e qualificado pela surpresa.

Face a isso, temos que se trata de circunstâncias que não podem coexistir. Uma exclui a outra. Em assim sendo, restou contraditório o julgamento, impondo-se, em consequência, se anule o *verdictum* atacado. E, como da leitura da ata (fls. 455 e v.) constata-se que a Defesa suscitou como teses a excludente de ilicitude (legítima defesa própria) e o homicídio privilegiado, deveriam os quesitos da defesa preceder a indagação sobre a qualificadora. Caso os Senhores Jurados reconheçam a minorante, prejudicada restará a perquirição do quesito da majorante.

Demonstrada a visível contradição na própria ordem na elaboração dos quesitos, é inatendível o protesto de mitigação

da reprimenda, pela forma como a pretende o Apelante” (fls. 486-7).

Adotando ponto de vista contrário, o Ministério Público sustenta que não se pode falar em nulidade de julgamento, desde que,

“Hodiernamente, a coexistência de circunstâncias objetivas com subjetivas, aquelas qualificadoras e estas minorantes, construindo a figura típica do homicídio qualificado-privilegiado, se nos afigura pacificado na doutrina (e na jurisprudência também, como será adiante demonstrado). Neste sentido, aliás, é a lição de mestres como **H. C. FRAGOSO** (in “Jur. Criminal”, 2ª ed., ps. 278/280) e **Damásio E. de Jesus** (in “Direito Penal”, vol. 2, p. 70). Este último, queremos crer que esclarece a polêmica, senão vejamos:

“O Conflito ocorre entre circunstâncias legais especiais. As circunstâncias legais contidas na figura típica do homicídio privilegiado são de natureza subjetiva. Na do homicídio qualificado, algumas são objetivas (parágrafo 2º, III e IV, salvo a crueldade), outras, subjetivas (ns. I, II e IV). De acordo com nossa posição, o privilégio não pode concorrer com as qualificadoras de natureza subjetiva. Não se compreende homicídio cometido por motivo fútil e, ao mesmo tempo, de relevante valor moral. Os motivos subjetivos determinantes são antagônicos. O privilégio, porém, pode coexistir com as qualificadoras objetivas. Admite-se homicídio eutanásico cometido mediante veneno. A circunstância do relevante valor moral (subjetiva) não repele o elemento exasperador objetivo. O mesmo se diga do fato de alguém matar de emboscada e impelido por esse motivo” (fls. 507-8).

Em decorrência disso, interpôs recurso especial, com base nas letras “a” e “c”, do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal. Alega contrariedade em relação aos artigos 121, parágrafos 1º e 2º, inciso IV do Código Penal e 584, inciso III, letra *k* e parágrafo único do Código de Processo Penal. Fundamentando o dissídio jurisprudencial, arrola decisões contrárias ao acórdão recorrido” uma da egrégia 2ª Câmara Municipal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação 19.389, Relator Desembargador NAURO COLLAÇO, e outra do Pretório Excelso (Tribunal Pleno), no HC 61.074-PR, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO.

A controvérsia tem provocado estudo detalhado das razões que motivam as duas posições. Os que defendem a figura típica do homicídio

qualificado-privilegiado procedem com base no argumento de que isso é possível, desde que as circunstâncias que envolvem o delito não sejam da mesma natureza, sendo tolerável, somente essa unificação, quando na hipótese ocorre qualificadora *objetiva*, que pode concorrer com a circunstância de natureza *subjativa* do homicídio privilegiado. É exatamente o caso dos autos, onde o inciso IV, parágrafo 2º, artigo 121, do Código Penal figura como qualificadora *objetiva*.

Estamos diante de um dissídio real entre as duas normas. Se fosse ele apenas um conflito aparente, poderia ser vencido pelo princípio da especialidade. Prevaleceria a norma especial. A solução da *quaestio juris* tem que ser encontrada por outro caminho. O saudoso BASILEU GARCIA (Insts. de DP — Max Limonad Ed. Ltda. — Vol. I, T. II, ps. 583-4) enfrentou o problema, formulando uma hipótese em que conflitavam o artigo 121, parágrafo 2º, inc. III (asfixia), e artigo 121, parágrafo 1º, ambos do Código Penal. Reconheceu o eminente professor que “Os Tribunais têm decidido que prevalece a forma qualificada. Assim entendeu a 1ª Conferência de Desembargadores (Anais, pág. 258)” (p. 584), embora proclame que a orientação da lei penal é outra, com base na regra do artigo 49 do Código Penal (hoje, 67), considerando que “o estado emocional em que figura o homicídio privilegiado é eminentemente subjetivo” (p. 584).

Em tese que escrevi para Concurso de Professor assistente de Direito Penal, da Universidade Federal da Bahia, sob o título “Concurso Aparente de Normas Penais”, em 1975, na mesma linha de pensamento, deixei dito, ao analisar o art. 5º do Projeto NELSON HUNGRIA, para o Código Penal de 1969, o seguinte:

“Não poderíamos exigir que a letra *a*, do art. 5º, em estudo, pretendesse resolver questões dessa ordem, sobretudo, quando colocada em termos gerais de aplicação da lei. Mas torna-se compreensível que a sua redação imponha a especialidade da norma, devendo-se atender a que, ao ferir-se ao tema da competição de leis específicas, há de triunfar a de maior preponderância. No caso em exame, a norma tutelar é a subjetiva (motivo de irrelevante valor moral). Veja-se o art. 49 do Cód. Penal.” (pág. 49).

A decisão da Suprema Corte trazida aos autos pelo recorrente, embora não seja exatamente igual ao caso em discussão, porque ali não houve formulação de quesito sobre o crime privilegiado, o que acontece, expressamente, nestes autos, pode-se utilizar do paradigma, para exame, tão-só, porque resultou o julgamento a formulação inicial sobre “disparos de surpresa nas costas da vítima”, com resposta afirmativa, para,

em seguida, indagar-se sobre se havia “circunstâncias atenuantes a favor do réu?”, com expressa indagação sobre se “o fato foi cometido por motivo de relevante valor social ou moral?”, com resposta também afirmativa. O que levou o ilustre Relator do HC nº 61.074 — RJ do STF, concluir, indeferindo a ordem:

“Ora, no caso, não vejo incompatibilidade de quesitos, pois não se incompatibiliza o aspecto objetivo, com relação à maneira como teria sido praticado o crime, com aqueles elementos de caráter subjetivo referentes às razões que teriam motivado o mesmo crime” (fl. 519).

A tese, adotada pelo egrégio Tribunal *a quo*, a rigor não conflita com o paradigma, como deixei acima esclarecido. Mas divergindo em parte, na sua realidade fática, as duas teses se atritam, merecendo, por isso, uma decisão desta Corte de Justiça. Não há dúvida quanto ao conflito com a decisão proferida na AC — 19.389-SC (fls. 520-1).

Quando há quesito de negativa de autoria rejeitado, mas, logo seguido da causa de diminuição da pena figurada no parágrafo 1º, do art. 121, do Código Penal, e também quesitos pelas qualificativas do crime, agora formulados pelo Ministério Público, obviamente, por se tratar de pergunta que envolve aspecto subjetivo, e também por determinação da Súmula 162, deve esse último quesito ser colocado em primeiro lugar. Há necessidade de se guardar a seqüência da quesitação. Se o Júri responde, positivamente, sobre a existência dessa causa privilegiada, desenganadamente estará firmada e reconhecida a tese da defesa, não se podendo mais indagar sobre a circunstância qualificadora, mesmo de natureza objetiva, entre as que integram o artigo 121, parágrafo 2º, da lei punitiva. Se, ao contrário, inexistente a tese do privilégio, formulado pela defesa, e o Conselho reconhece a qualificadora, não há voltar a indagar do cometimento “impelido por motivo de relevante valor social ou moral”, senão quando aventado, mas agora com base no artigo 65, inc. III, letra *a*, como circunstância atenuante, com o seu efeito próprio, e nunca como causa de diminuição da pena (art. 121, parágrafo 1º) que é tese de comportamento de réu que caracteriza o homicídio a que responde.

Por força disso é que no meu trabalho, já citado, deixei firmada a minha convicção de que esse tipo de divergência “é sempre resolvido pela soberania do Júri. Ao entender que uma forma está presente, a outra não será mais motivo de indagação” (ob. cit., p. 48).

Cito, em favor do meu ponto de vista, a opinião do saudoso professor OLAVO OLIVEIRA, manifestada em seu livro “O DELITO DE MATAR”, Saraiva, 1962, p. 33, quando abordando o tema, afirma:

“O homicídio doloso qualificado admite a incidência grupal ou fracionada das atenuantes gerais do art. 48 do Código Penal,

menos a do cometimento do crime por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob a influência de violenta emoção por ato injusto da vítima, cuja presença ocasiona a figura especial do homicídio privilegiado.” (art. 48, atual, 65).

Essa é uma decorrência lógica, de uma verdade irrefutável do Código, a impossibilidade de convivência de normas jurídicas em conflito. Não resolvido com as teorias conhecidas atualmente, e que deveriam constar da Parte Geral do Código Penal, como entendeu Nelson Hungria, há de resolver-se pela adoção da circunstância preponderante, no caso a de natureza subjetiva, como orienta o art. 67, da lei repressiva.

Há uma razão de ordem jurídica a justificar a exclusão do conflito pela ordem dos quesitos da defesa, sobre a hipótese do denominado homicídio qualificado-privilegiado (argüido no recurso), e acolhido pelo Supremo, no HC 61.074-RJ, com base em circunstâncias superpostas: qualificadora e privilegiada. É que a conceituação de circunstâncias de natureza objetiva e subjetiva trafega em terreno escorregadio. Nem sempre diante dos casos concretos será possível afirmar-se que uma circunstância agravante é *subjetiva* ou *objetiva*, por mais esforço que faça a doutrina para conceituá-las distintamente. A esse respeito, vale transcrever a lição de conceituado penalista argentino, DAVID BAIGÚN, em sua monografia “Naturaleza de las Circunstancias agravantes”, Ed. Penedille, B. Aires, 1971, p. 23, ao afirmar:

“d) La denominación de subjetivas y objetivas resulta, por conseqüente, inadecuada. Existen aspectos objetivos y subjetivos de las agravantes, pero su naturaleza no puede ser definida de ese modo. Repetimos que es la relación, con sus características ya analizadas, la que se objetiva em la norma positiva. Em términos geométricos, podríamos afirmar que no es posible efectuar un corte horizontal para separar los dos aspectos; sólo el corte vertical permite el examen correcto de su naturaleza”.

No caso dos autos, reafirme-se, a decisão foi a seguinte: O réu foi condenado a 12 anos de reclusão pelo crime de homicídio qualificado (art. 121, parágrafo 2º, inc. IV do CP). Em seguida, porque os jurados admitiram que ele agiu “sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima” (art. 21, parágrafo 1º do CP), o juiz reduziu a pena em um terço, restando 8 (oito) anos de reclusão como pena concreta e definitiva.

O Tribunal *a quo* rejeitou a tese da sentença e declarou, *ex officio*, a nulidade do julgamento, por incompatibilidade dos dois parágrafos, e mandou o apelante a novo júri.

Ora, se o réu incluiu no seu plano de defesa, como alega na apelação (fl. 457), o quesito do privilégio teria que ser formulado logo após o da legítima defesa (recusada), o que excluiria a qualificadora.

Com estes fundamentos, não vejo contrariedade aos arts. 121, parágrafos 1º e 2º, e inc. IV do Código Penal, nem ao art. 564, inc. III, letra *k* e parágrafo único do CPP, como entendeu o inc. III, art. 105, da Constituição. Dele conheço, entretanto, pela letra *c* do permissivo constitucional, nego-lhe provimento, para manter a decisão do Tribunal *a quo*.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Lamento discordar do eminente Ministro Relator, mas prefiro até repensar o assunto com mais cuidado, ficar com a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal, no sentido de aceitar a compatibilidade das duas circunstâncias, porque se trata, quanto à qualificadora, de uma circunstância objetiva. O réu surpreendeu a vítima de tal maneira que ela ficou impossibilitada de se defender. Como, para essa tese, não é relevante a colocação dos quesitos, tanto faz que a quesitação relativa ao homicídio privilegiado venha, ou não, na frente da quesitação relativa ao homicídio qualificado.

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: A inversão da ordem do questionário é feita para favorecer a defesa e não para prejudicá-la.

Respondido afirmativamente que o réu agiu por violenta emoção ou logo após a injusta provocação da vítima, qualquer outra qualificadora ou circunstância agravante com ela incompatível não poderá ser indagada. Mas, se não houver incompatibilidade, não há necessidade de se fazer a inversão.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Considero compatível e, portanto, irrelevante essa inversão que V. Exa. tão bem identificou. É, realmente, uma questão muito discutida na jurisprudência, mas, até um novo reexame, prefiro acompanhar a orientação predominante do Supremo Tribunal Federal.

Conheço do recurso e lhe dou provimento pelos dois dispositivos, para manter a decisão.

É o meu voto.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, o erudito voto do Eminentíssimo Relator trouxe ao conhecimento da Turma a divergência não só doutrinária como jurisprudencial em torno da matéria, qual seja, da compatibilidade da norma do § 1º e do § 2º do art. 121.

É certo, até hoje, não houve voz pacífica para responder a indagação. Todavia, sempre entendi que a divergência resulta mais de interpretação meramente literal do que lógica do Código Penal. Tanto assim, não se encontra sistemática no texto quanto à matéria. Por isso, no art. 155, que trata do furto, contempla também causa especial da diminuição de pena. Em seguida, estabelece o rol das qualificadoras dessa infração penal, ou seja, o chamado furto de pequeno valor com a qualificadora. Se houvesse uma sistemática, uma linha, para orientar o Código, evidentemente teria que haver razão de ordem substancial em relação ao homicídio e ao furto. A doutrina não tem encontrado essa distinção. Aliás, na elaboração do projeto de reforma da parte especial do Código Penal, a comissão, buscando dirimir essa divergência, por questão meramente prática, invertia a ordem dos dispositivos. A causa especial vinha após a qualificadora. O argumento fundamental dos que sustentam a incompatibilidade é mera razão de ordem topográfica. Quer dizer, se o Legislador quisesse tornar compatível, teria colocado o § 2º no § 1º e antecedido o que é qualificadora no § 1º. O que me parece, *data venia*, fundamental, é a substância das circunstâncias.

Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas. Assim, nada impede que haja conduta, à traição, à emboscada, não obstante estar o agente impelido por motivo de relevante valor social ou moral. O “logo após” não significa ato contínuo. Por isso, também comungo da possibilidade.

Em razão dessas considerações, a decisão do Tribunal do Júri é absolutamente legal porque, se não havia incompatibilidade, poderia, como foi, indagado o Conselho, independentemente da ordem de sua formulação. E acredito que o questionário fez anteceder a causa especial, obedecendo exclusivamente à ordem que o Código estabelece dessas circunstâncias. Não houve, portanto, nenhum ato que maculasse o julgamento de nulidade.

Em razão do que, pedindo respeitosa vênua ao Eminentíssimo Relator, acompanho as conclusões do Eminentíssimo Ministro Carlos Thibau.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: — Entendo que a questão, embora doutrinariamente polêmica, merece, no caso dos autos, seguir a linha do entendimento proclamado no voto do Sr. Ministro-Relator.

Embora possa haver compatibilidade na aplicação do § 1º, com as cláusulas relacionadas no § 2º do art. 121, a hipótese sob exame evidencia o contrário.

Com efeito, trata-se de crime praticado sob o domínio de violenta emoção. A forma aventada não pode, a meu juízo, conciliar-se com o disposto no inciso IV, do § 2º, do mesmo dispositivo, porquanto a traição, resultante da surpresa, não se compatibiliza com a violenta emoção seguida de injusta provocação da vítima.

Lembro que o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro referiu-se a exemplo onde a compatibilidade é possível, ou seja, o homicídio praticado por motivo de relevante valor social e moral, perfeitamente conciliável com a traição. Neste caso, sim, mas a violenta emoção não me parece compatível com a surpresa.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal já definiu a ordem dos quesitos, como o intuito de favorecer a própria defesa, parece-me correta a orientação preconizada pelo eminente Ministro-Relator, motivo pelo qual o acompanho.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.082 — PR — (9044618) — Relator originário: O Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Relator p/acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Haraldo Huth. Adv.: Dr. Marco Antonio Vieira.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso especial pelos dois fundamentos e lhe deu provimento, para cassar a decisão recorrida, vencidos os Srs. Ministros Relator e William Patterson, que não conheciam pela letra *a*, inciso III, art. 105 da Constituição Federal, mas conheciam pela letra *c*, do mesmo dispositivo e lhe negava provimento (25.02.91).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Vicente Cernicchiaro votaram com o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.

RECURSO ESPECIAL Nº 3.230 — DF

(Registro nº 90.0004793-5)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Confederação Nacional dos Direitos Lojistas*

Recorrido: *Serviço de Proteção ao Crédito de Brasília Ltda.*

Advogados: *Drs. Ruy Carlos de Barros Monteiro e outros e Diana de Almeida Ramos e outro*

EMENTA: Marca. Proteção jurídica. Objetivo. Serviços. Associação civil. Sigla. Vias de invalidação. Recurso provido.

— No estágio atual da evolução social, a proteção da marca não se limita apenas a assegurar direitos e interesses meramente individuais, mas a própria comunidade, por proteger o grande público, o consumidor, o tomador de serviços, o usuário, o povo em geral, que melhores elementos terá na aferição da origem do produto e do serviço prestado.

— A proteção legal à marca (Lei 5.772/77, art. 59), que busca reprimir a concorrência desleal, evitar a possibilidade de confusão ou dúvida, o locupletamento com o esforço e o labor alheios, não se restringe às sociedades mercantis, alcançando também associações civis.

— Não veda a lei que a marca seja registrada através de sigla com letras do alfabeto (*verbi gratia*, “SPC”) que possa distingui-la de congêneres).

— Uma vez registrada a marca, a sua invalidade somente se dá nos termos da lei, através de revisão administrativa ou procedimento judicial.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos 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 ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: — Cuida-se de ação de obrigação de não fazer, ajuizada pelo recorrente, objetivando impedir a recorrida de utilizar-se da sigla “SPC” em sua denominação ou em materiais administrativos e publicitários, ao fundamento de que seria titular do registro de marca junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

O pedido foi julgado improcedente na r. sentença, ao entendimento de que:

1. a autora-recorrente, por ser sociedade civil, sem fins lucrativos, não exercendo atividade no Distrito Federal e não inscrita na Junta Comercial, não estaria albergada na proteção da marca, e, portanto, insuscetível de usurpação pela recorrida;
2. a ré teria depositado sua insígnia e o dístico “SPC” (objeto central da controvérsia), faltando-lhe apenas o registro, que tem mero caráter declaratório;
3. o registro exibido pela autora consigna apenas as letras SPC, isoladamente, o que não configura distinção digna de proteção.

Apelou a autora, sem lograr sucesso, em face do desprovimento da apelação, lançando-se no acórdão a seguinte ementa:

“Nome comercial. Disputa de uso exclusivo.

Apesar das incertezas que a matéria provoca, é de se dar prevalência ao nome comercial da entendida que, no Distrito Federal, presta iguais serviços de proteção ao crédito mediante informações, há cerca de vinte e um anos, com registro na Junta Comercial e depósito de sua insígnia no Departamento Nacional de Propriedade Industrial desde 1964, que se tornou de todos conhecida, em competição com o nome de organização congênere, cuja marca tem constituição duvidosa”. (sic)

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados, oportunidade em que a autora ingressou na instância extraordinária com a interposição

do recurso extraordinário, em 27.3.89, com argüição de relevância, alegando vulneração ao art. 59 da Lei 5.772, de 21.12.71 (Código de Propriedade Industrial), além de dissenso interpretativo com arestos do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio de Janeiro (RJ, 24/106), do Tribunal de Justiça de São Paulo (RJTJESP) e do Supremo Tribunal Federal (RTJ 122/1.148).

A então Presidente do eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em. Desembargadora **Maria Thereza Braga**, apreciando o recurso após a instalação desta Corte, seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, determinou o desdobramento do apelo em extraordinário e especial. Após o desdobramento, o ilustre Presidente em exercício indeferiu o processamento do recurso.

Interposto agravo de instrumento, dei-lhe provimento para que fosse processado o apelo, pelo dissenso pretoriano.

Com as razões e contra-razões, vêm os autos a exame.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): É certo que o dissídio pretoriano se dá pelo confronto das teses jurídicas. Mas não menos certo também é que esse confronto somente enseja o conhecimento do recurso extremo quando demonstradas as circunstâncias que identificam ou assemelham o acórdão impugnado e os arestos paradigmas colacionados pela parte impugnante.

In casu, após exame mais detido da espécie, agora com acesso a todas as peças dos autos, tenho por inócua a identidade, ou semelhança, dos julgados em tela, na medida em que há circunstâncias relativas ao caso submetido à apreciação e julgamento que não descortino nos acórdãos trazidos como padrão, especialmente os atinentes à natureza jurídica da autora e à sigla em debate, sintetizada em três letras, aspectos que mereceram enfoque especial da ré-recorrida.

Não conheço do recurso, via de consequência, pela alínea *c* do art. 105, III da Constituição.

Dele conheço, no entanto, pela alínea *a*, provendo-o.

Em primeiro lugar, é de salientar-se que não se confundem, no plano teórico, nome comercial, nome de estabelecimento (ou nome de fantasia) e marca.

Nome comercial, segundo o magistério de **João Eunápio Borges** (“Curso”, n. 169/170), mestre móvel pela autoridade e pela clareza de exposição, é o gênero de que são espécies a firma (ou razão social) e a denominação, sendo esta o nome da sociedade, enquanto aquela é nome e assinatura.

Diverso, porém, é o conceito de marca, a merecer especial proteção do legislador, que atinge um raio de ação mais amplo, dado que o resguardo da marca interessa mais de perto à própria comunidade, por proteger o grande público, o consumidor, o tomador de serviços, o usuário, o povo em geral, que melhores elementos terá na aferição da origem do produto e do serviço prestado.

O que importa ressaltar é que, no estágio atual da evolução social, a proteção do nome comercial e da marca não se limita apenas a assegurar direitos e interesses meramente individuais.

Daí a adoção de órgãos como o INPI e de leis como o Código de Propriedade Industrial (Lei n. 5.772/77).

Colocadas tais premissas, tenho que o apelo está a merecer acolhida.

Com efeito, não se justifica, *data venia*, a conclusão de que a autora não faria jus à proteção legal apenas pela circunstância de ser associação civil e não sociedade mercantil, quando se sabe que os direitos e garantias, com nobreza constitucional, reclamam exegese não-restritiva. Daí a perfeita sintonia entre o art. 59 do Código de Propriedade Industrial com os textos constitucionais de ontem e de hoje.

O que se busca, com a proteção legal, é evitar o locupletamento com o esforço e o labor alheios, a possibilidade de confusão ou dúvida, é reprimir a concorrência desleal. Essa, a teleologia do sistema, refletida na própria lei (art. 65).

No caso concreto, a marca de serviço “SPC” foi requerida em 29.12.1964 (fl. 36), no INPI, pelo “Clube dos Diretores Lojistas de Belo Horizonte”, que posteriormente, em maio de 1984, veio a ser transferida à autora, “Confederação Nacional dos Diretores Lojistas”, quando já registrada, destinando-se a marca à exploração de “serviços auxiliares ou correlatos das atividades financeiras”, para sua utilização “com o objetivo fim de permitir aos seus associados e usuários, em cadeia nacional, o acesso à situação dos cadastrados e seus respectivos créditos”.

Expressa o art. 59 do Código de Propriedade Industrial que

“Será garantida no território nacional a propriedade da marca e o uso exclusivo àquele que obtiver o registro de acordo com o presente código, para distinguir seus produ-

tos, mercadorias ou serviços, de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade”.

Com suporte nessa previsão legal, procedeu-se ao registro da marca do serviço, em procedimento administrativo regular, perante o órgão competente, não constando que o mesmo tenha sido alvo de posterior procedimento de revisão e muito menos de decisão judicial anulatória.

Destarte, se apresenta de todo irregular a alteração que a ré promoveu em seu nome comercial, em 5.5.84, fazendo nele anteceder, como acréscimo, a sigla “SPC”, uma vez que essa sigla já estava registrada em favor da antecessora da recorrente, que desenvolve atividades semelhantes, em mesmo campo de prestação de serviços, de proteção ao crédito mediante informações.

Por outro lado, não veda a lei que a marca seja registrada através de sigla com letras do alfabeto que a distingam das congêneres, tanto assim que o órgão competente deferiu, sem qualquer objeção ou suscitação de dúvida, o seu registro, não havendo, repita-se, qualquer procedimento administrativo ou judicial, posterior ao registro, pela sua invalidade. A interpretação dada a esse aspecto, a meu juízo, se mostra meramente literal, em atrito com os objetivos buscados pela lei.

Em face do exposto, conhecendo do recurso pela negativa de vigência ao direito federal, dou-lhe provimento para julgar procedente a pretensão cominatória ajuizada, invertendo os ônus da sucumbência, com incidência da correção monetária desde o ajuizamento da causa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.230 — DF — (90.0004793-5) — Rel.: Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Confederação Nacional dos Diretores Lojistas. Recdo.: Serviço de Proteção ao Crédito de Brasília Ltda. Advs.: Drs. Ruy Carlos de Barros Monteiro e outros e Diana de Almeida Ramos e outro. Sustentou, oralmente, o Dr. Ruy Carlos de Barros Monteiro, pelo Recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 04.09.90).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Impedido o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Athos Carneiro.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.727 — RJ
(Registro nº 9059356)

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

Recorrente: *Estado do Rio de Janeiro*

Recorrida: *Cenira Procópio Pacheco*

Advogados: *Drs. Aline Reis de Souza Jathay e Macario de Lemos Pincaco*

EMENTA: PROCESSUAL. RECURSO. ÓBICES. SÚMULAS 282 E 356/STF E 07/STJ.

I — Sendo certo que cumpria à parte opor embargos de declaração sobre o tema contra o qual se insurge e, não o fazendo, tornou preclusa a questão, por isso que, incidentes os enunciados das Súmulas 282 e 356 do Pretório Excelso, impõe-se o não conhecimento do recurso. Ademais, verificar-se se o Registro do Diploma de conclusão do curso fora ou não decorrente da burocracia do Conselho Estadual de Educação, refoge, é certo, aos limites cognitivos do recurso especial, à luz do enunciado da Súmula nº 07/STJ.

II — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira 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, 04 de fevereiro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Recurso especial ofertado pelo Estado do Rio de Janeiro, por inconformado restar com o v. aresto do colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em decisão unânime, por sua egrégia Terceira Câmara Cível, assim proclamou:

“Concurso para a contratação de professores pelo Estado do Rio de Janeiro, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Candidata aprovada que teve recusada a assinatura do contrato, sob o fundamento de que o diploma não estava registrado.

Dificuldade para registrar o diploma resultante de omissão do Estado na fiscalização do Ensino Médio, que não pode redundar em prejuízo do aluno.

Apelação improvida, para confirmar a sentença que ordenou a contratação.” (fls. 63).

Aduz o recorrente que o v. aresto em testilha negou vigência aos arts. 16 e 34, da Lei 5.691/71 (Lei de Diretrizes de Bases da Educação Nacional) bem como divergiu do enunciado da Súmula nº 343, do Pretório Excelso.

Nesta instância, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do ínclito Subprocurador-Geral Dr. OSVALDO FLÁVIO DEGRAZIA, pelo não conhecimento do recurso ou, acaso conhecido, se lhe negue provimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Compulsando os autos tem-se que o ora recorrente, quando da contestação, aludiu a infringência à Lei 5.691/71, sem, contudo, fazer menção à Súmula 343, da Excelsa Corte. Porém, a r. sentença monocrática julgou procedente a ação por outro motivo, qual seja, *litterim*:

“Concessa maxima venia, os argumentos do Estado, conquanto brilhantes, como sempre o são os conceitos emitidos pelos nossos respeitáveis Procuradores, se nos afiguram profundamente injustos em relação à autora.

Vejam os que a Administração pretende fazer com uma professora que após anos a fio, certamente enfrentando as dificuldades de todos nós conhecidas, mormente os que nos originamos do interior, concluiu no Colégio Estadual “Tobias Tostes Machado”, Conceição de Macabu, o seu curso, com os graus de aprovação em todas as disciplinas do Curso de Formação de Professores, isto no ano de 1979.

Submete-se ao concurso e rompe a barreira inicial da inscrição, afigurando-se nos perfeitamente normal a documentação exibida, eis que do edital mencionado pelo nobre representante do Estado, no art. 4º, se estabelece que deveria possuir, o candidato, documento comprobatório da habilitação para o Magistério da atividade a que concorria, de acordo com as especificações do art. 8º, reproduzido a fls. 20.

Pois bem. Em meio a uma prova desafiadora, certamente disputando com um sem número de candidatos, é aprovada e convocada, conforme consta do edital de fls. 12/13, para comparecer no período e horários descritos ali, com o fim de assinatura do contrato de trabalho, constando do Edital, em relação a Conceição de Macabu, no 29º lugar, a autora, professora Cenira Procópio Pacheco — fls. 13.

Comparece à convocação mas não pode apresentar o diploma devidamente registrado.

E por quê?

Em primeiro lugar em razão de, e aqui afirmo com o meu mais profundo respeito ao Conselho Estadual de Educação, eis que conheço inclusive alguns de seus integrantes, da mais elevada honra, cidadãos do mais alto conceito moral e cultural, haver o Conselho, quando estudando a regularização da vida escolar da autora, levado um ano para decidir, e o fez de forma favorável, conclusão a que chegamos porque, meses depois, o seu diploma foi regularizado.

Seria justo que a autora, por uma demora do Conselho de Educação, fosse prejudicada na sua contratação? Isto é, o próprio Estado que causou com o retardamento, e através de um dos seus órgãos, embora, repito, dos mais respeitáveis, a regularização da vida de uma professora vai, agora, negar-lhe o

sagrado direito de contratação, beneficiando-se da sua própria inércia?

Entendo que não. E sei que o próprio Estado não almeja esse tipo de justiça.

Em segundo lugar, a questão de não ser o Colégio Estadual “Tobias Tostes Machado” estabelecimento de ensino autorizado a ministrar o curso em questão.

Mas, *data venia*, um estabelecimento de ensino funciona vários anos, sem que o Poder Público tome as medidas adequadas a impedir que ele forneça à sociedade, a sua comunidade, professores que embora diplomados, não ostentam habilitação para o exercício do Magistério?

Não existe uma inspeção? Não existe organismo para, com os instrumentos adequados, impedir que tal aconteça?

De boa-fé, crendo estar se preparando para servir à causa do ensino e através dela, reconhecemos, garantir a sua sobrevivência, vê-se a autora, após aprovação em concurso, prejudicada na sua contratação, por uma aparente inércia do Poder Público.

Sobre isto, o Egrégio Tribunal Federal de Recursos tem se manifestado e dentre várias decisões, a prolatada na Remessa *Ex Officio* nº 119.296, Bahia, de 13.11.87, quando assim a 3ª Turma entendeu, sendo relator o Min. ASSIS TOLEDO:

“Irregularidades administrativas existentes em estabelecimento de ensino devem ser sanadas pela atuação do Poder Público. Sua omissão não deve causar prejuízos aos direitos e interesses dos estudantes”.

Também na Ap. em Mandado de Segurança no qual foi relator o eminente Ministro COSTA LIMA, nº 118.533, D.J. de 26.11.87, pág. 26.627, em julgamento de 22.09.87, entendeu:

“Indemonstrada qualquer espécie de fraude na obtenção do Certificado de conclusão do 2º grau, mas mera irregularidade no funcionamento do educandário para a qual não concorreu o estudante, não há como negar-se-lhe o direito à colação de grau em curso superior... A atribuição de fiscalizar o funcionamento de entidades de ensino é das autoridades competentes, jamais do estudante”.

É certo que tais decisões se referem à matrícula em ensino superior. Porém, *mutatis mutandis*, aplicam-se perfeitamente ao caso *sub judice*.

A demora se deu, e peço vênia mais uma vez ao Estado, não tanto por culpa do MEC. Mas sim, repito, por delongas do próprio Conselho Estadual de Educação.” (fls. 34/37).

O que fez o ora recorrente? Quedou silente. Não opôs embargos de declaração sobre o tema que, só após o aresto do colendo Tribunal de Justiça, tentou reavivá-lo através, agora, de embargos de declaração, esbarrando nas Súmulas 282 e 356/STF. Assim, tenho certo, deixou por culpa sua ocorrer a preclusão, tentando oportunizar o recurso especial. E nem se diga que houve prequestionamento implícito porque não é o caso dos autos. Ademais, sobre a divergência com a Súmula, não houve prequestionamento, porque só abordado nas razões do recurso especial.

Mas, não é só, insistem os recorrentes em ilidir os argumentos da parte adversa, argumentos esses secundados pela sentença monocrática e aresto atacado, sobre questão de prova, a saber, se o Registro do diploma de conclusão do curso fora, ou não, retardado por culpa da burocracia do Conselho Estadual de Educação, o que, por certo, refoge aos limites cognitivos do recurso especial.

Isto posto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.727 — RJ — (REG. 90.59356) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Estado do Rio de Janeiro. Recda.: Cenira Procópio Pacheco. Advs.: Drs. Aline Reis de Souza Jathay e Macario de Lemos Pincaco.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 04.02.91 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros José de Jesus, Armando Rollemberg e Pedro Acíoli participaram do julgamento. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.829 — RJ
(Registro nº 90.0006195)

Relator originário: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Relator p/acórdão: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Newton Araújo de Oliveira e Cruz*

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

Advogado: *Dr. Clóvis Sahione de Araújo*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. PROVA. PRONÚNCIA. RECURSO ESPECIAL.

— **Certeza da existência do crime.** Sobre tal requisito da pronúncia por duplo homicídio, em sendo viável o conhecimento do recurso especial nos limites da verificada má valoração da *prova negativa* da materialidade de um dos delitos (CPP, arts. 158 e 162), a cuja perfectibilidade não se opõe razão de monta, a *contrario sensu*, inviável se mostra o dito conhecimento em relação à *prova positiva* da materialidade do outro crime.

— **Indícios da autoria.** Não cabe recurso especial para deslinde da controvertida prova da autoria delituosa, apreciada pela pronúncia a juízo de indícios suficientes ao embasamento da acusação e à remessa da causa ao julgamento do Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer parcialmente do recurso e o prover, em parte, para despronunciar o recorrente em relação à morte da vítima Jeannete Yvone Hansen e, por unanimidade, estender o resultado aos demais co-réus não recorrentes, 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 fevereiro de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Recurso Especial manifestado por NEWTON ARAÚJO DE OLIVEIRA E CRUZ contra o acórdão de fls. 3.476/3.487, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja ementa dispôs:

“PRONÚNCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. O fato da decisão de pronúncia exceder-se no exame de provas, extrapolando o juiz os motivos de seu convencimento, não traduz nulidade, sequer prevista no elenco do art. 564, do Código de Processo Penal. Hipótese, entretanto, em que tal não ocorreu porque o magistrado limitou-se ao necessário à fundamentação da sentença, ainda que, pela complexidade dos fatos e por força das alentadas razões finais da defesa, tivesse que, por vezes, adentrar mais pela prova, embora não aprofundadamente, em razão da natureza do ato.

PRONÚNCIA. REQUISITOS. MATERIALIDADE E AUTORIA. Revestindo-se a decisão de pronúncia de simples juízo de probabilidade, não se faz indispensável a certeza da criminalidade do acusado mas mera suspeita jurídica decorrente de indícios de autoria. Para a materialidade, porém, já não bastam indícios, exigindo-se a certeza do fato criminoso. Inexistência de corpo de delito indireto, em relação a uma das vítimas, por ausência de testemunhas da morte ou de circunstâncias convincentes a respeito. Autoria, entretanto, satisfatoriamente indiciada relativamente às demais vítimas, cumprindo ao Júri a valoração aprofundada das provas.

ROL DE CULPADOS. Por força do disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória será lícito o lançamento do nome do réu no rol de culpados.”

A matéria fática está bem relatada às fls. 3.478/3.479, como abaixo transcrevo:

“NEWTON ARAÚJO DE OLIVEIRA E CRUZ foi denunciado, juntamente com Mozart Gouveia Belo da Silva e Carlos Alberto Duarte Prado, por tríplice incursão nas sanções dos artigos 121, parágrafo 2º, incisos I, III e IV, 148, parágrafo 2º e 211, c.c. o art. 29, *caput*, na forma do disposto no art. 69, todos do Código Penal, presente, ainda, em relação a ele, a agravante genérica do art. 62, inciso I, do mesmo diploma legal.

Narra a denúncia que entre os dias 21 e 23 de outubro de 1982, em data, hora e local não apurados, foram efetuados disparos de arma de fogo contra ALEXANDRE VON BAUMGARTEN, com o dolo de matar, produzindo-lhe as lesões descritas no auto de exame cadavérico de fls. 12/18, e que foram a causa eficiente de sua morte. De igual forma, no dia 15 de outubro de 1982, na localidade “Granja Comary”, município de Teresópolis, foram feitos disparos de arma de fogo contra a pessoa de MANOEL AUGUSTO VALENTE PIRES que nela produziram lesões letais e, no dia 17 de outubro de 1982, no mesmo município e em local distante oito quilômetros do anterior, com igual meio, produziu-se a morte de JEANETTE YVONNE HANSEN. Segue a denúncia afirmando que na madrugada do dia 13 de outubro de 1982, por volta da 4:00 h, junto ao cais de embarque existente na Praça XV de Novembro, nesta cidade, os acusados, juntamente com elementos outros que não foram identificados, mas sob a organização e direção do ora recorrente, Newton Araújo de Oliveira e Cruz, abordaram as vítimas e mediante ameaça exercida com emprego de armas de fogo, seqüestraram-nas levando-as ao interior da traineira “MIRAMI”, de propriedade da vítima Manoel Augusto, e daí para local ignorado, onde foram mantidas em cárcere privado. No dia 15 de outubro eliminaram o barqueiro mediante meio cruel, levando-o para o local já referido, em Teresópolis, onde queimaram o cadáver, deixando-o completamente carbonizado, para torná-lo irreconhecível e, no dia 17, abatida a vítima Jeanette, da mesma forma procederam à queima do cadáver com o mesmo objetivo. Cerca de nove dias após o seqüestro — prossegue a denúncia — foi executado Alexandre Von Baumgarten e seu corpo levado à praia do Recreio dos Bandeirantes (praia da Macumba) e atirado às águas, de onde foi resgatado no dia 25 de outubro de 1982.

A denúncia afirma torpe a motivação, ligada à intenção do primeiro denunciado, ora recorrente, de fazer calar a voz de Alexandre Von Baumgarten, que, em “dossier” que elaborou, denunciou-lhe a participação em irregularidades relacionadas com acordos de publicidade da revista “O CRUZEIRO” bem como na administração da “CAPEMI” e, quanto às segunda e terceira vítimas, a torpeza se caracterizou pela “queima de arquivo” de testemunhas do crime praticado contra Baumgarten.

Diz, ainda, a vestibular, que todos os homicídios foram perpetrados por meio cruel consistente em manter as vítimas

em cárcere privado com ciência de que seriam executadas e que a superioridade numérica e o emprego de armas de fogo constituíram recursos que impossibilitaram a defesa das vítimas. Termina a inicial por assegurar que todos os denunciados concorreram ativa e solidariamente para prática dos crimes, eis que agiram em unidade de ação e desígnios, buscando o mesmo fim criminoso, auxiliando-se mutuamente, querendo e esperando o resultado, a final obtido, juntamente com os demais agentes não identificados.”

O Tribunal afastou a imputada mácula da decisão de pronúncia sobre indução dos jurados, enxergada pela defesa na prolixidade e no uso de expressões como “sinal dos tempos...”, referida pelo acórdão como dispensável, mas não ensejadora de nulidade. Anotou a decisão o cuidado do juiz no sopesar os depoimentos no limite da existência de indícios de autoria, exatamente para não haver comprometimento diante dos jurados. No mérito, o acórdão recorrido analisou a prova testemunhal e técnica quanto à materialidade dos assassinatos de Alexandre Von Baumgarten e Jeanette Ivonne Hansen, reputando-a improvada quanto ao barqueiro Manoel Augusto Valente Pires.

Relativamente à autoria, o acórdão recorrido considerou o documento de fls. 136, o chamado “dossier Baumgarten”, onde a vítima pedira sua eliminação e, também, quem seria o responsável por ela, citando o ora Recorrente. Além desse documento, continua o acórdão, o temor da eliminação foi transmitido a terceiros, conforme depoimento de fls. 2.364, do Cel. Olímpio de Souza. Outro escrito, encontrado pelo avô de Jeanette, André Devais, assinado pela vítima, também atribui ao Recorrente a responsabilidade por um atentado que já sofrera a vítima. Tal depoimento está às fls. 2.304 dos autos. Finalmente, há os depoimentos de Cláudio Werner Polila no sentido de haver reconhecido o ora Recorrente na noite do seqüestro das vítimas.

Houve embargos declaratórios, nos quais o embargante além de confessar a necessidade de prequestionamento dos arts. 155, 156, 157, 164, 165, 166, 408 e 563 do CPP, questiona pontos ditos omissos no acórdão (fls. 3.430/3.500).

Os embargos foram rejeitados, à conta de encerrarem caráter infringente (fls. 3.503).

No seu Recurso Especial, às fls. 3.457 até 3.562, o Recorrente fez um histórico do que ocorrera nos autos. Daí em diante, alegou negativa de vigência ao art. 408 do CPP, quanto ao convencimento da existência do crime e de indícios de autoria. Alega a existência de **error in procedendo** e **error in judicando**, primeiro, pela inexistência de crime, pela

impossibilidade material do reconhecimento do corpo da vítima Baumgarten, diante do adiantado estado de decomposição. Também quanto à outra vítima, Jeanette Ivone Hansen, inexistiria o crime. Diz que o acórdão recorrido, quanto à materialidade, fulcrou-se em indícios, quando se exige a certeza. É que os exames periciais são negativos e construídas suas conclusões sobre premissas objetivas desprezadas pela sentença e pelo acórdão (fls. 3.578). Segue, sempre afirmando não estar pretendendo reexame de prova e, sim, adentrando questão de direito “essencialmente vinculada à questão de fato, a ponto de exigir a outra”, como leciona Miguel Reale (fls. 3.566). Nega, agora, a autoria, afirmando que a sentença e o acórdão recorrido findaram por sobrepor aos indícios provados de não autoria um indício suspeito de autoria.

No concernente à divergência jurisprudencial, transcreve julgado publicado na RT 546/331, posto no sentido da diferença entre indício e conjectura (fls. 3.580).

Inadmitido, o recurso especial subiu por força de provimento de agravo de instrumento interposto (fls. 3.607).

A Subprocuradoria-Geral da República encima seu parecer com a seguinte ementa:

“REsp a decisão em Recurso em sentido Estrito. Alegação de violação ao art. 408 do CPP. Materialidade comprovada dos direitos e indícios veementes de autoria, suficientes para a pronúncia. Pretensão disfarçada de reexame das provas em Recurso Especial. Competência do Tribunal do Júri de dar-lhes acolhimento ou não. Desprovimento ao Recurso.”

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, atento à própria insistência do Recorrente quanto ao não revolvimento de matéria fática, inicio pelo exame no particular da questão da admissibilidade do recurso sobre pretender, ou não, reexame de prova, sua valoração e seu entrelaçamento íntimo com o mérito, como posto no recurso.

Os autos, apesar de volumosos, encerram poucos elementos relevantes para o deslinde efetivo da questão. Assim é que, mormente quanto à materialidade, enxergo mal valorada a prova, esta que exige comprovação inequívoca, à margem de dúvida qualquer. Na composição do

binômio, a materialidade assume papel de relevo, porque requer prova palpável, concreta, estanque de dúvida. Esta é uma exigência legal, es-
correndo claramente da letra do art. 408 do CPP. Há que existir o con-
vencimento do julgador quanto à existência real do crime, ao contrário
da autoria que reclama apenas indícios. Vale dizer: a materialidade não
se exaure com indícios, veementes, ou não. A prova há que ser comple-
ta, não permitindo dúvida. Assim, estamos percebendo que a má valora-
ção da prova entrelaça-se intimamente com uma questão de direito, no
caso principalmente.

O acórdão recorrido aquiesceu em que a decisão de pronúncia re-
vestiu-se de simples juízo de probabilidade, **in verbis**:

“PRONÚNCIA. REQUISITOS. MATERIALIDADE E AU-
TORIA. Revestindo-se a decisão de pronúncia de simples juízo
de probabilidade, não se fazem dispensadas a certeza da crimi-
nalidade do acusado mas mera suspeita jurídica decorrentes de
indícios de autoria. Para a materialidade, porém, já não bastam
indícios, exigindo-se a certeza do fato criminoso. Inexistência
de corpo de delito indireto, em relação a uma das vítimas, por
ausência de testemunha da morte ou de circunstâncias convin-
centes a respeito. Autoria, entretanto, satisfatoriamente indici-
ada relativamente às demais vítimas, cumprindo ao Júri a va-
loração aprofundada das provas.” (fls. 3.476).

Destaca-se, de pronto, no texto, a expressão, “entretanto”, lançada
para distinguir os elementos de convicção existentes nos autos quanto à
materialidade e a autoria. Deixa claro, ao contrário do que deveria ocor-
rer, que, quanto à materialidade, aplicou-se o **in dubio pro societis**
também, como, aliás, afirmado no voto do Relator:

“... não cabe ao juiz da pronúncia mas ao corpo de jurados,
juiz constitucional do processo, prevalecendo nesta fase do pro-
cesso o princípio **in dubio pro societis** (fls. 3.486).”

Por isto reputo oportuna e adequada a lição de MIGUEL REALE:

“Em casos excepcionais, quando as questões de fato e de
direito se achem estreita e essencialmente vinculadas, a tal
ponto de uma exigir a outra, é sinal que existe algo a ser es-
clarecido em tese, sendo aconselhado o julgamento prévio no
Tribunal, ou a admissão do Recurso Extraordinário” (em “Li-
ções Preliminares de Direito” — 13ª Edição — 1986 — Saraiva
— p. 20).

Adverte, ainda, o mestre citado:

“... A finalidade da prova é reconstituir o fato, assim en-
tendido, mas, muito embora sobre “os elementos fatuais” ou

subjacentes não haja divergência, podem haver enfoques jurídicos diversos (ob. e.p. citados)”.

E aqui vislumbramos o tênue liame entre a questão de fato e a questão de direito.

Na hipótese dos autos, a materialidade deu-se por satisfeita face ao exame de corpo de delito. No particular, afirmou o acórdão:

“Além do auto de exame cadavérico e do de exumação referidos na sentença, é de se ressaltar que foi o corpo da vítima reconhecido não só por um amigo íntimo, o Major Silveira, como pela filha daquela, Patrícia (fls. 2.306), estando às fls. 972 o laudo de exame pericial de arcos dentários no qual, após a comparação da ficha dentária com o exame dos arcos dentários do cadáver, o dentista Reynaldo Todescan concluiu estar convicto, podendo afirmar com absoluta segurança tratar-se do cadáver de Alexandre Von Baumgarten. E a localização, pela perícia médico-legal, de lesões provocadas por disparo de arma de fogo, causadoras da morte da vítima, espanca qualquer dúvida sobre a existência de crime.

Relativamente à vítima Jeanette Ivonne Hansen também é certa a existência do delito, sendo infundadas as objeções da defesa. Registre-se que não obstante a intenção dos agentes de desconfigurar o cadáver ateando-lhe fogo, a ação destes não se fez completa eis que o corpo, do tórax para cima, foi apenas parcialmente queimado. E na impossibilidade causada pelas ameaças veladas que sofreram e por eles referidas, acautelou-se a autoridade policial com variadas fotografias do corpo, fotografias que, ampliadas, permitiram à mãe, à avó e a uma amiga íntima da vítima, o seu reconhecimento através de características exibidas nas fotos” (fls. 3.481/3.482).

Há clara contradição na apreciação da prova. Ao mesmo tempo em que se valoriza o exame dentário, em relação a uma das vítimas, despreza-se o de referência à outra, como ocorreu no caso de Jeannette, como veremos mais adiante.

Estamos, pois, diante do exame da perfectibilidade do exame de corpo de delito como afirmado pelo eminente Ministro José Dantas no Recurso Especial n. 2.515, cuja ementa diz:

“CRIMINAL. LESÕES CORPORAIS. CLASSIFICAÇÃO. REEXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL.

— Valoração da prova. Caracteriza-se como mera valoração da prova, assim suscetível de reexame especial, o juízo so-

bre a perfectabilidade do auto de corpo delito. ..." (Sessão do dia 21.05.90).

A dúvida, séria e fundada sobre essa perfectabilidade, no caso dos autos, a exemplo dos precedentes, levou-se à admissão do recurso, por enxergar má valoração da prova, cujo enfoque correto poderá alterar a questão de direito.

No seu sempre brilhante voto, asseverou o Ministro José Dantas:

"... Nesse mister, diga-se inicialmente, não parece que a sua valoração, na exata e precisa medida da distinção afinal consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, nestas palavras do saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, colacionadas nas razões de recurso:

Não constitui matéria de fato, mas de Direito, a valoração jurídica das provas, quando a decisão nega qualquer efeito à adequada... **omissis**...

Nesta matéria, o que se dá é que a jurisprudência do Supremo, em trinta anos — mais notadamente depois dos acórdãos famosos, dez ou quinze, do Ministro Orosimbo Nonato — abre uma clareira, como a cláusula com a apuração do direito probatório, ou valoração jurídica da prova ERE 78.036-GO — RTJ 72/472 e 478".

Tomo como lição, pois, a de que o cunho técnico por excelência de determinada prova, se desprezado sem contrapartida racional à altura, enseja nova valoração jurídica da prova, vencendo o óbice da inadmissibilidade por puro reexame dela.

Nestes autos, de relação à materialidade, senti que foi desprezada prova eminentemente técnica sem contra-argumento da mesma força probante.

A pesquisa levou-me a um excelente trabalho do Advogado no D.F., Dr. João de Oliveira Filho, publicado na Revista Forense nº 155 — ps. 500/511, com destaque da doutrina sobre o tema, **in verbis**:

REVISTA FORENSE

"Tem, outrossim, que ser atendida a observação do ministro CASTRO NUNES (ob. cit., pág. 384), adotada em acórdão, que citamos, do Supremo Tribunal Federal.

Os fatos são recebidos pelo Supremo Tribunal Federal conforme os apresenta a decisão recorrida. Mas as deduções

jurídicas dos fatos assim fixados não lhe ficam defesas em das hipóteses.

Esse entendimento é pacífico na jurisprudência da Corte de Cassação, em França.

E a qualificação legal dos fatos, na hipótese do recurso por violação da lei.

Também lá a Corte não examina os fatos e provas, nem interpreta convenções ou testamentos.

Mas admite o recurso (pourvoi) — *“des qu’il s’agit d’apprécier le caractère legal de ces faits et d’en tirer les conséquences de droit qu’ils contiennent”*.

Conforme FABREGUETTES, não se deve confundir defeito de base legal com defeito de motivo (“L’art de jugés”, página 336).

Havia uma fórmula antiga para o defeito de base legal, — *“n’a pas donné de base legal à sa décision”* hoje substituída por outra mais justa, no sentir de FABREGUETTES — *“n’a pas légalement justifiée sa décision”*.

Em 10 hipóteses diferentes de falta de base legal, que são outras tantas hipóteses de questões de direito, podemos apreciar aquela distinção:

a) Os fatos expostos pelo juiz não apresentam o caráter legal que permite a aplicação do texto da lei.

b) A decisão atacada negligenciou em dar ao fato, que ela expõe, uma precisão suficiente para permitir contrastear a aplicação feita da lei.

c) Foi dado motivo inoperante, que deixa subsistir a questão em litígio, seja que haja erro do juiz, que mal a compreendeu, seja que o juiz tenha julgado o exame inútil, em virtude da solução que deu, baseado em outro ponto.

d) Os motivos da decisão atacada são concebidos em termos muito gerais ou muito vagos, para permitir à Corte de Cassação de exercer seu controle.

e) A decisão atacada omitiu de se explicar sobre uma alegação de fato que, reconhecida verdadeira, teria sido de natureza a mudar a decisão.

f) A complexidade do motivo determinante da decisão não permite de distinguir se o juiz se pronunciou sobre fato ou sobre direito.

g) As disposições legislativas visadas não são as únicas à luz das quais os fatos provados pudessem ser apreciados.

h) A disposição ou as disposições visadas não são as disposições legislativas aplicáveis aos fatos constatados.

i) Atribui-se erroneamente autoridade de coisa julgada a um despacho interlocutório.

j) A decisão se apóia sobre um fato que declara estar no laudo do perito, sem nele se achar.

Em todos esses casos há uma questão de direito.

O direito está nas realidades, não está nas palavras.

Não podem as palavras se permitir, em nenhum caso, de deformar as realidades (HENRIQUE PAGE, "Traité Élémentaire de Droit Civil", tomo II, n. 468).

E tão grave a deturpação do fato para a lesão do direito, como a defeituosa interpretação do texto para a sobrevivência da lei.

Em todo raciocínio do juiz a lei é um dos termos do silogismo, diz DUPIN, citado por FABREGUETTES.

O outro termo é o fato.

A interpretação que anula a lei, a que diz o contrário do que o legislador estatuiu, a interpretação que leva o intérprete a não reconhecer a um dos contendores judiciais o direito que a lei federal lhe concede, é igual, nos seus efeitos, à impressão que o juiz dê ao fato, tirando-lhe o caráter legal, que ele tenha, não lhe dando precisão bastante para permitir à instância superior de controlar a aplicação que foi feita da lei, não lhe permitindo distinguir se o juiz decidiu de fato ou de direito.

Entende-se como questão de fato, escreve SEABRA FAGUNDES ("Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil", página 293), aquela que diz respeito à constituição material do que se afirma ou se nega.

Considera, em nota, que não é fácil extremar as questões de fato das de direito.

Quase sempre os elementos "fato" (ocorrência material) e "direito" (norma aplicável) se entrelaçam sutil e imperceptivelmente, embaraçando o intérprete (CLARENCE MORRIS, "Law and Fact", em "Harvard Law Review", vol. 53, páginas 1.313 e 1.314)".

Transpondo essas realidades jurídicas para o caso destes autos, vejo que o Dr. Juiz a **quo** e o acórdão recorrido, mantenedor da decisão de

pronúncia, incorreram claramente nessa errônea valoração, desprezando prova técnica sem a contrapartida ao menos equivalente como exercício de inteligência.

Em relação à prova de ser de Alexandre Von Baumgarten o corpo encontrado no dia 25.10.82, no qual procedeu-se o exame cadavérico, a dúvida é bastante acentuada. O Inspetor de Salvamento João Corrêa Filho, experiente na área, contando com mais de vinte e cinco anos de Salvar, é claro quando afirma a impossibilidade de reconhecimento facial da vítima, em face do adiantado estado de decomposição do corpo, o qual estava no mar há mais de 10 (dez) dias, causando, por isso, grande dificuldade na retirada da água (fls. 46/46v.). À sua vez, a filha de Baumgarten disse que o reconhecimento feito por ela deu-se em segundos e na posição de decúbito ventral e pela cor da sunga que ele costumava usar (fls. 54). Ao contrário, o inspetor que retirou o corpo do mar afirmou não saber definir nem a cor nem se era sunga ou cueca que usava a vítima encontrada. Noto, no particular, que os documentos encontrados com o corpo não foram aceitos pela própria denúncia, a qual afirma que só poderiam estar ali se colocados propositadamente. Ainda que inexistisse dúvida quanto à roupa usada, sunga ou cueca, e quanto à cor, o raciocínio relativo aos documentos poderia valer também aqui, onde se exige prova completa da materialidade.

Em relação à vítima Jeannete Ivone Hansen, a dúvida se me afigura ainda mais acentuada. É que o Auto de Exame Cadavérico (fls. 231/232v.) conclui negativamente quanto a ser o corpo de Jeannete o periciado e assim resume e suporta sua conclusão:

“Passam então os Peritos a descrever os pontos negativos da Perícia:

1) O cadáver em exame apresenta o dente 28 incluso e presente em seu alvéolo. O dente 28 de Jeanette Hansen foi extraído no dia 24 de novembro de 1969.

2) O cadáver em exame não apresenta trabalhos de obturações ou de restaurações. A ficha de tratamento dentário de Jeanette Hansen mostra diversas obturações metálicas, diversas restaurações metálicas de diversas Classes, bem como obturações radiolúcidas.

3) O cadáver em exame apresenta o dente 24 hígido. O dente 24 de Jeanette Hansen apresenta uma restauração metálica de Classe II na face disto oclusal.

4) O cadáver em exame apresenta o dente 25 e o 26 com cáries incipientes. Os dentes 25 e 26 de Jeanette Hansen apresentam restaurações metálicas de Classe II.

5) O cadáver em exame apresenta o dente 47 hígido e ocupando o espaço do dente 46 por migração mesial. O dente 47 de Jeanette Hansen apresenta uma restauração metálica de Classe I, e ocupa o seu próprio espaço.

6) O cadáver em exame não apresentava fratura do bordo incisal nem desgaste no dente 31 no primeiro exame realizado. O dente 31 de Jeanette Hansen apresenta-se fraturado ou desgastado como mostra o modelo em gesso.

7) O cadáver em exame apresenta os dentes 47 e 48 com uma ligeira língua versão. Os dentes 47 e 48 de Jeanette Hansen não apresentam esta inclinação.

Nada mais havendo a tratar no presente laudo, que depois de lido e achado conforme, vai pelos Peritos assinado e pelo Diretor rubricado”.

A pronúncia contrapôs à prova técnica sinais ditos característicos e um objeto de uso pessoal, quando nela se lê que o corpo estava incinerado com substância inflamável para torná-lo irreconhecível. Noto, aqui, que o acórdão excluiu a materialidade — dando-a por improvada — em relação à terceira vítima, ou seja MANOEL AUGUSTO VALENTE PIRES. Fê-lo pelo mesmo motivo não aceito quanto a Jeanette, quando, de relação a ela, militava em desfavor da materialidade o auto sobredito, prova eminentemente técnica, cujos argumentos, sólidos, concretos, foram desconsiderados sem que se apresentasse outro “meio de racional objeção”, como exigiu o nobre Ministro José Dantas na hipótese lembrada. Aqui, não se faz análise indispensável do conteúdo de convencimento do auto de exame cadavérico: negou-se-lhe valia, sem contrapartida racional à altura.

Bastava, a meu sentir, isto para acolher o recurso. Contudo, também a autoria não contou com elementos ensejadores de indícios, ficando no campo das conjecturas. Assim foi quando sopesou-se e valorizou-se o depoimento, único, de Cláudio Werner Polila, no sentido de ter visto o ora Recorrente, no dia 13 para 14/10/82, seqüestrando as vítimas (fls. 180/181), quando há prova farta nos autos de que o Recorrente estava em Brasília naqueles dias. No ponto, a sentença afirmou:

“... nada impediria que os acusados, com as facilidades que tinham na época, pegassem um jato na madrugada e se deslocassem para o Rio de Janeiro. Afinal, Brasília não fica tão longe assim...”

Tal afirmação, que não ultrapassa em nada o campo da mera conjectura, não mereceu atenção do acórdão recorrido, apesar dos embargos declaratórios opostos.

Finalmente, o acórdão recorrido foi submetido a embargos declaratórios, nos quais levantaram-se as seguintes questões, dentre outras tantas:

“... Consta do v. acórdão (fls. 5) que os familiares de JEANETTE HANSEN (mãe e avó) julgaram-se impedidas de se apresentarem em Teresópolis para o reconhecimento direto do corpo de uma mulher assassinada, por causa de ameaças veladas que teriam recebido.

— o termo “ameaças veladas” tem o significado de que as mesmas ameaças não foram expressamente manifestadas?

— Quem, oficialmente, teria intimado ou convidado os familiares de JEANETTE HANSEN para o reconhecimento direto do corpo encontrado em Teresópolis?

— Admite o acórdão logicamente possível o reconhecimento direto de um corpo esfigura na forma relatada no auto de exame cadavérico de fls. 95, após necropsiado no dia 21 de outubro de 1982, ao ser o mesmo exumado no dia 04.03.83, cerca de 5 (cinco) meses mais tarde, para o fim de exame comparativo de arcadas dentárias?

— Como e de que maneira — respeitosamente — a Egrégia 4ª Câmara Criminal considerou a declaração da Sra. DENISE HANSEN, mãe de JEANETTE, segundo a qual, em outubro de 1982, teria tomado conhecimento da mulher assassinada em Teresópolis, mas que não admitia a hipótese de que a mesma fosse a sua filha?”

Estas e mais dezenas de perguntas que, realmente, ficaram sem resposta, reforçam sobremaneira minha convicção de ausência de prova cabal de materialidade e de que, quanto à autoria, não se passou de conjeturas partidas, todas, do “dossier” Baumgartem. Tal documento, porém, de par com refletir posicionamento personalíssimo, acusa, também, outras pessoas não trazidas a juízo.

Conheço, pois, do recurso, tanto pela letra “a” do permissivo constitucional, porque enxergo violado o art. 408 do CPP, como pela letra “c”, porque entendo caracterizada a divergência entre o acórdão recorrido e aquele transcrito às fls. 3.580, sobre impedir-se a utilização de mera conjetura como a feita pela sentença ao sopesar a prova da presença do ora Recorrente em Brasília, esta relevantíssima, decisiva para o deslinde da questão.

Dou provimento ao recurso para impronunciar o Recorrente.

É o voto.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Senhores Ministros, presente o relatório que nos distribuiu oportunamente o Sr. Ministro Edson Vidigal, Relator deste recurso, sobre o caso relembro os pontos fundamentais do seu douto voto, em seguida ao qual pedi vista.

Após considerações de ordem doutrinária de primeiro plano, pertinentes ao entrelaçamento entre *questão de fato* e *questão de direito*, sobre a espécie **sub judice** afirmou S. Exa. no tocante à materialidade delitosa infirmada pelo recorrente, o seguinte: (lê, fls. 7/10 do voto).

Já em relação à autoria negada pelo recorrente, argumentou S. Exa. desta forma: (lê, fls. 10/12 do voto).

Da doutrina louvada pelo Sr. Ministro-Relator, há de dizê-la prevalente, nos limites de cada caso que comporte reexame da controvérsia factual, mesmo na via do recurso especial, a título da *valoração da prova*, mormente quando se trata de lançar juízo sobre a perfectibilidade do auto de exame de corpo de delito, a cujas conclusões não fica jungido o juiz, desde que as repila por meio de convincente objeção racional, e não por mero arbítrio. De fato, foi esse o pronunciamento desta Eg. Turma, manifestado naquele acórdão de minha lavra, com cuja citação me honrou o Sr. Ministro-Relator (REsp nº 2.515, **in** DJ de 04/06/90).

Daí que, na linha dessa compreensão, tomo a exame a valoração dos laudos de exame de corpo de delito que interessam ao caso, no concernente à perfectibilidade de suas conclusões — como prova da discutida existência dos crimes de que se trata, irrogados ao recorrente em autoria multitudinária.

Nesse plano bem destacado no voto do Sr. Ministro-Relator, relembre-se que S. Exa., acolhendo o recurso, declarou erronia jurídica haver a sentença de pronúncia e o acórdão confirmatório desprezado prova técnica “sem contrapartida ao menos equivalente como exercício de inteligência”; fê-lo tanto em relação à identificação do cadáver de Alexandre Von Baumgarten — por haver-se dado fé ao precário reconhecimento pessoal levado a cabo por sua filha —, como em relação ao cadáver de Jeannette Yvone Hansen — por haver-se contraposto ao Auto de Exame Cadavérico (fls. 231/32), negativamente conclusivo, alusões sobre simples “sinais ditos característicos”.

Por mera disciplina formal do meu voto, inverte a ordem desse exame, em conferência da discutida má valoração de prova.

Início por verificar sobre o Exame Odonto-Legal da vítima Jeannette (exumação, fls. 313) que a *conclusão pericial*, precedida de substanciais informações do material confrontado, foi peremptória, **verbis**:

“CONCLUSÃO.

Pela descrição acima, concluíram os Peritos que: *A PERÍCIA ODONTO-LEGAL É NEGATIVA* quanto a comparação entre o exame realizado e o material fornecido pelo dentista Oswaldo de Castro Costa.

Os dados fornecidos por este profissional, apesar de possuírem mais de cinco anos, foram suficientes para que os Peritos pudessem afirmar não ser de Jeanette Hansen o cadáver em exame.

Passam então os Peritos a descrever os pontos negativos da Perícia:

1) O cadáver em exame apresenta o dente 28 incluso e presente em seu alvéolo. O dente 28 de Jeanette Hansen foi extraído no dia 24 de novembro de 1969.

2) O cadáver em exame não apresenta trabalhos de obturações ou de restaurações. A ficha de tratamento dentário de Jeanette Hansen mostra diversas obturações metálicas, diversas restaurações metálicas de diversas Classes, bem como obturações radiolúcidas.

3) O cadáver em exame apresenta o dente 24 hígido. O dente 24 de Jeanette Hansen apresenta uma restauração metálica de Classe II na face disto oclusal.

4) O cadáver em exame apresenta o dente 25 e o 26 com cáries incipientes. Os dentes 25 e 26 de Jeanette Hansen apresentam restaurações metálicas de Classe II.

5) O cadáver em exame apresenta o dente 47 hígido e ocupando o espaço do dente 46 por migração mesial. O dente 47 de Jeanette Hansen apresenta uma restauração metálica de Classe I, e ocupa o seu próprio espaço.

6) O cadáver em exame não apresentava fratura do bordo incisal nem desgaste no dente 31 no primeiro exame realizado. O dente 31 de Jeanette Hansen apresenta-se fraturado ou desgastado como mostra o modelo em gesso.

7) O cadáver em exame apresenta os dentes 47 e 48 com um ligeira língua versão. Os dentes 47 e 48 de Jeanette Hansen não apresentam esta inclinação.

Nada mais havendo a tratar no presente laudo, que depois de lido e achado conforme, vai pelos Peritos assinado e pelo Diretor rubricado.” — fls. 232/232v.

A partir dessa categórica conclusão, na verdade, a chamada prova indireta da materialidade a ser contraposta careceria de melhor contextualização do que a simples fé do julgador nos sinais característicos (cindactilia) ou na semelhança de objetos de uso pessoal, reconhecidos por familiares da vítima. De igual modo, não concebo como objetar à perfectibilidade daquela peça negativamente concludente o fato de o prontuário odontológico confrontado datar de há cinco anos anteriores ao óbito, se a negatória se prende à presença de dentes tais ou quais, e não à *ausência* dos mesmos, a qual pudesse ser justificada pela presunção de mais recentes extrações ou tratamentos protéticos modificativos da arcada examinada.

Desse modo, sem maiores achegas, fico em concordar com o Sr. Ministro-Relator, tocante ao vício de má valoração da *prova legalmente prevista* para o fato (CPP, arts. 158 e 162); isso no que diz respeito à existência do crime praticado contra a vítima Jeannette Hansen, e no tema de contrariedade ao art. 408 do CPP.

Passo, pois, ao exame de igual vício atribuído ao acórdão, em relação à morte de Von Baumgarten. Volto ao conceito de que a má valoração passível de correção na via do recurso especial é aquela que, no pormenor da materialidade do delito, despreze a prova técnica legalmente exigida, sem contrapartida racional de sua imprestabilidade.

Nesse mister, confira-se o Laudo de Exame Pericial de Arcos Dentários da dita vítima, complementar dos autos de exame cadavérico e do de exumação louvados pela sentença. Nele se afirma, **verbis**:

“No dia onze de fevereiro de mil novecentos e oitenta e três, acompanhei a EXUMAÇÃO do cadáver tido como de *ALEXANDRE VON BAUMGARTEN*, no cemitério São Paulo. Naquela data examinei, sumariamente, a cavidade oral do referido cadáver ao ser aberto o esquife no Necrotério do Instituto Médico Legal e verifiquei a ausência de elementos dentários no arco superior direito e esquerdo.

No dia de hoje, entreguei aos Drs. Daniel Muñoz e Sonia Bocanino Viebig um relatório consubstanciado do que havia na boca do paciente *ALEXANDRE VON BAUMGARTEN*, antes do tratamento odontológico por mim realizado, *juntamente com as radiografias o plano de tratamento e a ficha dentária do mesmo paciente* (grifos da transcrição).

A ficha dentária apresentada contém o desenho esquemático dos trabalhos realizados e aqueles por realizar.

Nesta data ao examinar detalhadamente os arcos dentais do referido cadáver, após a limpeza do crânio, constatei o se-

guinte: Hemi — arcodental inferior direito: espaço protético, isto é, ausência da prótese fixa por mim confeccionada. Esta prótese fixa foi removida juntamente com os elementos de suporte (segundo pré-molar e segundo molar superiores esquerdo). Com relação à prótese superior direita, esta foi removida juntamente com o dente suporte (segundo pré-molar superior direito), permanecendo o outro dente suporte (canino superior direito) com o respectivo preparo cavitário. Observei que estas remoções devem ter ocorrido após a morte visto que não houve preparação tecidual, isto é, fechamento das cavidades alveolares.

Diante do que me foi dado examinar e baseado nos elementos dentais existentes e ausentes, estou convicto e posso afirmar com absoluta segurança que o cadáver cuja exumação acompanhei no dia onze de fevereiro de mil novecentos e oitenta e três e cujas arcadas dentárias examinei hoje, é o de *ALEXANDRE VON BAUMGARTEN*. (v. fls. 978 — observação da transcrição).

São Paulo, 16 de fevereiro de 1983.

Dr. Reynaldo Todescan

Eu, Dra. Carmen Heloisa Gabrielli Zaffalon Eusébio, tendo colaborado no tratamento de *ALEXANDRE VON BAUMGARTEN*, e na identificação do cadáver referido nesta Declaração, confirmo o acima relatado.

Dra. Carmen Heloisa C. Z. Eusébio” — fls. 972/73.

Na linha do raciocínio antes desenvolvido a respeito do odontograma de Jeannette, tenha-se por certo que, **a contrario sensu**, conclusão tão peremptória, agora positiva em relação à vítima-varão, também não há de ser desprezada, mormente se o for por inferências de falhas não atribuídas ao laudo, mas sim às precárias condições do reconhecimento do cadáver por familiares da vítima. Observe-se, ademais, que esse reconhecimento pessoal foi valorado no juízo da pronúncia, quer em primeiro quer em segundo grau, apenas como subsídio àquela categórica conclusão pericial; do mesmo modo como subsídio de respeitável porte constituiria aludir-se aos documentos pessoais encontrados com a vítima por ocasião da retirada do seu corpo do mar por aparente afogamento (fls. 7).

Relembrem-se as assertivas do acórdão quanto à matéria ora discutida, aduzidas em apoio das não menos substanciais considerações da sentença de pronúncia sobre a prova direta da materialidade do delito:

“Dentro dessa ótica legal e no que respeita à vítima Alexandre Von Baumgarten dúvida não paira sobre a materialidade do crime, com o que concorda a defesa apesar de algumas restrições infundadas. Além do auto do exame cadavérico e do de exumação referidos na sentença, é de se ressaltar que foi o corpo da vítima reconhecido não só por um amigo íntimo, o Major Silveira, como pela filha daquela, Patrícia (fls. 2.306), estando às fls. 972 o laudo de exame pericial de arcos dentários no qual, após a comparação da ficha dentária com o exame dos arcos dentários do cadáver, o dentista Reynaldo Todescan concluiu estar convicto, podendo afirmar com absoluta segurança, tratar-se do cadáver de Alexandre Von Baumgarten. E a localização, pela perícia médico-legal, de lesões provadas por disparo de arma de fogo, causadoras da morte da vítima, espanca qualquer dúvida sobre a existência do crime.” — fls. 3.481/82.

Portanto, nessa parte não percebo como acusar a pronúncia de má valoração da prova, principalmente da prova técnica recomendada por lei como essencial para a demonstração material dos delitos que deixam vestígios, e da qual recolheu a indagada certeza da existência do crime, esse assim conceituado, no caso, exclusivamente pelo seu conteúdo objetivo, com vênia da tese finalística de incursão aos elementos subjetivos do delito.

Assim estabelecido o requisito da existência do crime de que foi vítima Alexandre Von Baumgarten, desça-se ao campo da autoria.

Nesse ponto, a convencimento comezinho, sabe-se que o juízo de acusação, constitutivo de uma fase meramente delibetatória, própria do processo dos crimes dolosos contra a vida, basta-se pelo convencimento da existência de indícios.

Ao ver do acórdão recorrido, tal persuasão racional se mostra suficiente, desde o encadeamento do chamado “dossiê Baumgarten” — com alusão nominal ao ora recorrente e farto registro de escusas transações a propósito da revista “O Cruzeiro” —, o recebimento de ameaças, o temor e a efetivação de atentado contra o seu autor, até o testemunho pessoal do seqüestro que teria culminado na execução dos seqüestrados.

É certo que aqueles indícios, com força probante de inegável peso de sustentação do **jus accusacionis**, foram contestados pela defesa, com igual veemência de uma respeitável contraprova, a qual se estendeu desde alusões oficiosas e testemunhos pessoais do álibi invocado pelo ora recorrente, até a cáustica análise crítica daquele único testemunho **de visu** levada a cabo no termo de reconstituição do local do crime, em vigorosa contrariedade ao citado depoimento, o qual, por outro lado,

conteria para mais de 78 contradições; tudo isso aferido para a conclusão que o recurso agora tacha de delírio acusatório, à base de mentiras fantasiosas e conjecturas preconceituosas (**sic** — fls. 3.568/69).

Nesse quadro do contraditório, convenha-se que se esboça em torno da pronúncia uma intrincada controvérsia de fato, cujo deslinde impende do avaliar-se não mais o peso abstrato das provas, preestabelecido por lei, como se argüira sobre o requisito da existência do crime, mas sim, avaliar-se o peso da veracidade de cada elemento de prova contraposto; isto é, o que se propõe no recurso é o estudo comparativo da prova coligida no tocante à autoria.

Tal cometimento, porém, escapando aos limites do **judicium accusationis**, como a tão aprofundado estudo comparativo em boa hora se negou o v. acórdão recorrido — visto que o debate se prende à matéria de mérito, remetível ao **judicium causae**, o Tribunal do Júri —, com maior razão escapa o cometimento a esta especial jurisdição, cingida tão-só ao reexame das questões jurídicas oportuna e competentemente decididas na via do recurso estrito; isto é, cingida, em matéria facta, ao reexame da vulneração de princípios legais probatórios, erro de direito, esse, verificável com inteira abstração da apreciação pela ótica métrica exercitada a valor de peso e medida do poder de convencimento da prova — operação mental, essa última, repita-se, constitucionalmente reservada à soberania do Tribunal do Júri, que haverá de optar por uma ou outra das versões contraditórias entre si.

À risca desses parâmetros técnico-formais, veja-se que, em nome da interpretação do art. 408 do CPP, não há censurar-se o acórdão, lavra do Relator, Des. Adolphino Ribeiro, nestes principais tópicos da indicação dos indícios da autoria:

“Assim entendido, tem-se que, no caso, esses indícios se fazem presentes de forma satisfatória, pois é certo que em documento cuja autenticidade não é discutida, a vítima Alexandre Von Baumgarten, muito tempo antes de sua morte, em 28 de janeiro de 1981, já imputava ao recorrente a possibilidade de sua eliminação física. É o que consta do chamado “dossiê Baumgarten” que está estampado às fls. 136 e onde o signatário afirma que, naquela data, “a minha extinção física já foi decidida pelo Serviço Nacional de Informações” manifestando dúvida se tal decisão emanou do recorrente mas acentuando, mais adiante (fl. 7 do “dossiê”) que ele é quem havia decidido liquidá-lo caso “não cedesse”. Esse temor da vítima não ficou apenas registrado nesse documento mas foi pessoalmente transmitido a terceiros, como figura no depoimento do Coronel Olimpio de

Souza, em juízo (fls. 2.364) e é anunciado em escrito encontrado pela avó de Jeanette, André Devais, assinado pela vítima, onde mais uma vez atribui também ao recorrente a responsabilidade por um atentado que sofrera, bilhete este que foi acostado aos autos (fls. 2.304).

É indubitável que Baumgarten, assumindo a direção da revista "O CRUZEIRO" e enfrentando dificuldades financeiras para sua edição, recorreu a órgãos oficiais para obtenção de publicidade e o recorrente admite que, pelo menos em três oportunidades, com ele se entrevistou a respeito desse tema. O "dossiê", todavia, se refere ao insucesso das pretensões de seu autor e a dissensões havidas com os meios militares, entre os quais servia o recorrente.

É viável, assim, que houvesse algum estremecimento entre a vítima e o acusado, não cabendo no âmbito restrito dessa fase processual maior e aprofundado estudo sobre as relações entre ambos, matéria que, como já se disse, pela controvérsia que pode ensejar, só ao Conselho de Jurados cabe decidir. Os registros aqui feitos valem, apenas, como indícios a serem considerados na oportunidade da pronúncia, para esse fim válidos.

A tudo isso, entretanto, se soma o testemunho visual do seqüestro por Cláudio Werner Polila, que reconheceu reiteradamente o recorrente como integrante do grupo que participou daquele evento. Como ressalta a sentença, nos diversos depoimentos que prestou, a testemunha em causa mostrou-se coerente nos pontos principais dos fatos. São válidas as considerações da sentença a respeito da mesma para o efeito de evidencição de indícios. Certo, o testemunho de tal pessoa é objeto das mais variadas restrições por parte da defesa do recorrente, mas é bom que se reitere, uma vez mais, que não se passa aqui além de um exame perfunctório desse depoimento para efeito de apuração de indícios, indícios que, evidentemente, dele promanam satisfatoriamente. A valorização de tal depoimento como elemento probatório pleno não cabe ao juiz da pronúncia mas ao corpo de jurados, juiz constitucional do processo, prevalecendo nesta fase do processo o princípio "**in dubio pro societate**".

Para tentar elidir esse convencimento indiciário a defesa fez ouvir inúmeras testemunhas que procuraram comprovar a presença do acusado em Brasília na data referida como a do seqüestro: 12 para 13 de outubro de 1982. Além de todas comprometidas com o recorrente por laços de amizade ou sujeição

hierárquica ao tempo dos fatos, o que por si só e como ressalta a sentença, traduz um envolvimento emocional capaz de induzir o depoente à defesa do acusado, é verdadeiramente incrível o poder de memorização das mesmas para fatos ocorridos cinco anos antes dos depoimentos, ainda quando algumas procurem relacioná-los com eventos de seu cotidiano mas não extraordinários. A maioria, entretanto, simplesmente faz a afirmação sem justificá-la.

Mais uma vez se afirma: ao Júri caberá avaliar a aceitação dessa prova que, entretanto, em princípio, não dispõe de força capaz de invalidar os valiosos indícios recolhidos nos autos, suficientes para se declarar a viabilidade de sujeição do recorrente ao julgamento pelo Tribunal do Júri.” — fls. 3.485/86.

Por todo o exposto, peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para, em parte, discordar do seu douto voto; é que, apenas em parte conheço do recurso, provendo-o para despronunciar o recorrente somente pela acusação de homicídio contra Jeannette Yvone Hansen, à míngua de certeza legal sobre a existência do crime.

Estendo essa despronúncia parcial aos co-réus não recorrentes, dado não se tratar de motivação exclusivamente pessoal (CPP, art. 580).

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, não obstante o judicioso pronunciamento do eminente Min. Relator, **data venia** comungo de modo diverso.

É que não estamos, nesta oportunidade, apreciando uma sentença terminativa, mas sim, uma sentença de pronúncia.

Entendo, bem verdade, que, juridicamente não se pode responsabilizar ou punir quem quer que seja por homicídio sem a prova da materialidade e da autoria.

CARRARA, em suas sábias lições, sustentava que havia necessidade de se comprovar a morte, com a presença do cadáver, em suma, entendia ser exigível a certeza física.

Hoje, no entanto, se admite a *certeza moral* da existência do homicídio, quando absoluta ou excludente de outra hipótese em contrário à morte da vítima. Não se confunde, portanto, o *corpo de delicto* com o corpo da vítima.

O *corpus delicti*, desta forma tanto pode ser direto (autópsia), ou indireto (através de prova testemunhal), como preceitua o art. 167 do

Código de Processo Penal, quando diz que, “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

Contudo, como salienta Heleno Fragoso, para que se possa suprir o corpo de delito direto pelo indireto — que, como se viu, pode ser realizado por intermédio de prova testemunhal — há que se considerar duas condições, **sine qua non**: primeiro, que efetivamente não existam vestígios, segundo, que a prova testemunhal seja positiva, concreta, capaz de concluir qualquer possibilidade de dúvida quanto à existência dos vestígios.

Por derradeiro, para que se profira uma sentença condenatória, é necessário que haja uma relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o resultado criminoso de seu ato ou omissão. Há que estar devidamente provado, sem qualquer dúvida.

No entanto, o que estamos, no momento analisando, é uma sentença de pronúncia, em que os requisitos — materialidade e autoria — são vistos por uma ótica um pouco diferente.

Como é cediço, reveste-se a sentença de pronúncia, num simples juízo de probabilidades, bastando convencer-se o juiz, da existência do crime, de indícios da autoria, para concluir pela procedência da acusação.

Tanto é assim, que em caso contrário, o juiz pode absolver o acusado, deixando de submetê-lo ao julgamento pelo tribunal do júri.

Todavia, como já acentuou Magalhães Noronha (Curso de Direito Processual Penal, Saraiva, 11ª ed., pág. 248), esclarecendo que tal convencimento dado ao juiz, **verbis**: “não significa isto *arbítrio*: o que se diz é que ele fica livre das limitações impostas pelo sistema da *prova legal*, e tanto assim é que o próprio art. 408 diz textualmente que o julgador terá que *dar os motivos de seu convencimento*. Além do mais, a **communis opinio doctorum**, inspirando-se ainda em textos expressos anteriores, proclama que é necessária a prova plena da existência do crime de indícios sérios da autoria “... assim, quanto à existência do delito, é mister prova *convincente*; e quanto à autoria escreve Bento de Faria: “basta que o juiz, apreciando o valor dos elementos probatórios existentes nos autos, se convença da ocorrência de *indícios*”. Numa palavra, conclui o mestre: “a pronúncia exige o **corpus delicti**, isto é, o *fato típico* demonstrado e a *prova indiciária* da autoria. (grifos do original).

Assim, se para a materialidade exige-se a prova cabal do fato criminoso — direto ou indireto, como se viu —, para a autoria, basta um

juízo de valor, não se fazendo necessária a certeza da criminalidade, mas sim, mera suspeita jurídica decorrentes de indícios.

Vejamos os dois aspectos no caso em exame: primeiramente no que concerne à materialidade.

A vítima Alexandre Von Baumgarten teve seu corpo identificado, não só por um amigo, Major Silveira, como pela filha daquela, Patrícia, além do que consta do auto de exame cadavérico e do de exumação, quando foi procedido o exame pericial, positivo, da arcada dentária do cadáver (fls. 972 e 2.306 dos autos).

Com efeito, o Dr. Reynaldo Todescan, que acompanhou a exumação do cadáver de Alexandre Von Baumgarten, e quem procedeu os tratamentos odontológicos no mesmo, quando em vida, após examinar detalhadamente os arcos dentais do referido cadáver e compará-los com as radiografias, plano de tratamentos e a ficha dentária do mesmo paciente, concluiu categoricamente, **verbis**: “Diante do que me foi dado examinar e baseado nos elementos dentais existentes e ausentes, estou convicto e posso afirmar com absoluta segurança que o cadáver cuja exumação acompanhei no dia onze de fevereiro de mil novecentos e oitenta e três e cujas arcadas dentárias examinei hoje, é o de *ALEXANDRE VON BAUMGARTEN*.” (grifos e negritos do original).

No entanto, o mesmo já não aconteceu quando o Exame Odonto-Legal complementar procedido no cadáver exumado, que se dizia ser o de Jeanette Hansen.

Não restam dúvidas quanto à negatividade de comparação entre um e outro cadáver, posto que ao fazer a verificação das arcadas, referindo-se ao 3º molar superior esquerdo, disseram que, **verbis**: “na época em que foi feito o primeiro laudo, este elemento dental apresentava-se ausente ou incluso. No exame atual, devido à esqueletização completa da região mostra-se perfeitamente visível, parcialmente incluso no processo alveolar”, e após descreverem os pontos negativos da peritagem, concluíram que, **verbis**: “*A PERÍCIA ODONTO-LEGAL É NEGATIVA* quanto à comprovação entre o exame realizado e o material fornecido pelo dentista Oswaldo de Castro Costa. Os dados fornecidos por este profissional, apesar de possuírem mais de cinco anos, foram suficientes para que os Peritos pudessem afirmar não ser de Jeanette Hansen o cadáver em exame”. (grifos e negritos do original).

Assim, apesar de constar do voto do Relator, Des. Adolphino A. Ribeiro, da 4ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que a vítima Jeanette Ivonne Hansen, fora identificada fotograficamente, por seus parentes — mãe e avó — e uma amiga, chegan-

do a identificar uma anomalia congênita que a mesma possuía (sindáctilo — união do 4º e 5º quirodáctilos do pé direito), e até, no dizer do relator, que a desarmonia na comparação feita entre este cadáver e o procedido no cadáver exumado (perícia odonto-legal) teria sido em face do prolongado decurso de tempo entre um e outro exame, não posso concordar com tal afirmação, eis que no exame cadavérico constatou-se não existir o 3º molar superior esquerdo, elemento este que se encontrava perfeitamente visível quando do segundo exame. Fosse ao contrário, sim, mas nestas circunstâncias não posso deixar de admitir, ante a conclusão dos peritos, que o corpo exumado não era o de Jeanette.

Da mesma forma no que se refere ao barqueiro Manoel Augusto Valente Pires, que não foi identificado, nem pelo exame odonto-legal, nem pela sua esposa Maria Cesaltina (depoimento em juízo — fls. 2.303).

Contudo, o reconhecimento cabal e indiscutível do cadáver de Alexandre Von Baumgarten, restou comprovado plenamente.

Vencida esta primeira fase, repito, em que a materialidade do fato se apresenta com certeza inequívoca, pelo reconhecimento do cadáver de Alexandre Von Baumgarten, examinemos a buscada nulidade da denúncia, pela ótica dos indícios de autoria.

Partindo da análise do art. 408 do CPP, que em seu *caput* diz: “se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos de seu convencimento”, reiteramos que para a pronúncia basta o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, considerando-se que para os indícios, necessário é a mera existência deles, não se exigindo, como para a materialidade, a certeza indispensável, mesmo que indireta.

Conforme ressaltado na sentença monocrática (fls. 3.358), “O juízo que se faz na pronúncia é apenas juízo de admissibilidade da acusação, que só pode ser afastada, excluindo-se do Júri a apreciação do fato, se estiver *plenamente provado sem qualquer sombra de dúvida*, que não foi o acusado o autor da infração ou que milita em seu favor qualquer causa excludente de ilicitude ou culpabilidade. Fora disso, havendo a possibilidade, por menor que seja, de ser o acusado responsável pela imputação que lhe é feita, não pode o juiz da pronúncia subtrair do Júri, juiz natural e constitucional dos crimes dolosos contra a vida, a apreciação da causa.”

Tudo isso nos leva à convicção que basta, ao juiz, uma suposição fundada em indícios de autoria para pronunciar o réu, sem se aprofundar em exame detalhado de prova, cabendo ao Tribunal do Júri esta

tarefa, que, a final, de posse dos elementos probatórios, debatidos em plenário, condenar ou absolver o acusado.

A Colenda Suprema Corte, no particular, assim se pronunciou:

“PROCESSO PENAL. A SENTENÇA DE PRONÚNCIA ENCERRA UM JUÍZO PROVISÓRIO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. NA ESPÉCIE, O JUIZ CONSIDEROU A PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E OS INDÍCIOS DA SUA AUTORIA (ART. 408 DO CÓD. PENAL). VALOR DA PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 153, PARÁGRAFOS 15 E 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.” (DJ — 10.08.84. Rel.: Min. Djaci Falcão).

“PROCESSUAL PENAL. INDÍCIOS DE AUTORIA. PRONÚNCIA. EXISTINDO O CRIME, E CONVENCENDO-SE O JUIZ DE QUE HÁ INDÍCIOS DE QUEM SEJA O SEU AUTOR, E NÃO SE TENDO COMO DESPROPOSITADO TAL CONVENCIMENTO, NÃO HÁ DE ANULAR-SE A SENTENÇA DE PRONÚNCIA IMPEDINDO-SE QUE POSSA PROSSEGUIR A AÇÃO PENAL.” (DJ — 15.03.85. Rel.: Min. Francisco Rezek)

Neste sentido, conforme já tive oportunidade de salientar, o entendimento predominante reside nas premissas de existência de crime e indícios de autoria, não sendo absolutamente necessária, para a sentença de pronúncia, a existência física do cadáver, admitindo-se a certeza moral do crime, como já dito, no **corpus delicti indireto**.

Menos exigente, ainda, é a prova da autoria, bastando a convicção do sentenciante, para que possa pronunciar o réu.

A respeito salienta o voto do Relator do Recurso em Sentido Estrito, interposto da r. sentença de pronúncia (TJRJ — 4ª C.Cr.), **verbis**:

“Assim entendido, tem-se que, no caso, esses indícios se fazem presentes de forma satisfatória, pois é certo que em documento cuja autenticidade não é discutida, a vítima Alexandre Von Baumgarten, muito tempo antes de sua morte, em 28 de janeiro de 1981, já imputava ao recorrente a possibilidade de sua eliminação física. É o que consta do chamado “dossier Baumgarten” que está estampado às fls. 136 e onde o signatário afirma que, naquela data, “a minha extinção física já foi decidida pelo Serviço Nacional de Informações”, manifestando dúvida se tal decisão emanou do recorrente, mas acentuando, mais adiante (fls. 7 do “dossier”), que ele é quem havia decidido liquidá-lo

caso “não cedesse”. Esse temor da vítima não ficou apenas registrado nesse documento mas foi pessoalmente transmitido a terceiros, como figura no depoimento do Coronel Olímpio de Souza, em juízo (fls. 2.364), e é anunciado em escrito encontrado pela avó de Jeanette, André Devais, assinado pela vítima, onde mais uma vez atribuiu também ao recorrente a responsabilidade por um atentado que sofrera, bilhete este que foi acostado aos autos (fls. 2.304).”

Esta prova indiciária cinge-se dentro do juízo de probabilidade a que deve estar adstrito o juiz para pronunciar o acusado, deixando ao juízo natural e constitucional — Tribunal do Júri — a responsabilidade para apreciar, em profundidade, tais provas.

Outra prova indiciária que consta dos autos é o depoimento prestado por Cláudio Werner Polila, o qual teria reconhecido o acusado como um dos que participaram do seqüestro da vítima. Conforme ressaltado no v. acórdão da 4ª CTJRJ (fls. 3.486), “nos diversos depoimentos que prestou, a testemunha em causa mostrou-se coerente nos pontos principais dos fatos.”

Se, por um lado, o **modus vivendi** da testemunha é alvo de críticas, com o que se pretende opor restrições ao seu depoimento, a aceitação deste não vai além de um exame superficial, para efeito de apuração de indícios, deixando-se, como já se evidenciou, para o Tribunal do Júri, o exame de tal prova.

No entanto, não se pode elidir do juiz este convencimento indiciário, para efeito de pronúncia.

Concluindo, os indícios da autoria do crime existem, e, por outro lado, a materialidade do mesmo, pelo menos quanto à Baumgarten, é inequívoca, provado que ficou pelo auto de exame cadavérico e de exumação para efeito de perícia odonto-legal, levado a efeito.

Com isto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, excluindo da incriminação os delitos em que figura como vítima Manoel Augusto Valente Pires e Jeanette Ivonne Hansen, por não demonstradas as suas existências, de forma indiscutível, alterando a capitulação constante da parte dispositiva do v. acórdão da 4ª C.Cr. do TJRJ para ter o réu como incurso nas sanções do art. 121, parágrafo 2º e 211, c/c o artigo 29, **caput**, na forma do art. 69 e observado o art. 62, I, todos do C. Penal, e determinar a exclusão do nome do réu do rol de culpados, ou de qualquer outro.

Estendo os efeitos desta decisão aos co-réus não recorrentes, a teor do art. 580 do CPP, e mantenho, no demais, os termos do v. acórdão atacado.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Senhores Ministros. O conhecimento do Recurso Especial, mesmo tendo sido provido o Agravo de Instrumento, não prejudica o exame pela Turma, segundo o disposto no § 1º, do art. 254 do Regimento Interno.

Dispensamo-me, no entanto, de considerações maiores, posto que a matéria foi bastante bem examinada pelos Senhores Ministros que me antecederam. Unânimes, na conclusão de tratar-se de valoração da prova.

Na verdade, a pronúncia conferiu valor determinante a depoimento de uma única testemunha, a laudo pericial que de modo preciso e minudente não identificou um dos corpos como sendo de uma das vítimas e a um laudo de um dentista que, segundo a leitura que acaba de ser feita, refere-se a um “programa” de tratamento dentário, que seria feito em ALEXANDRE VON BAUMGARTEN, ao lado de outro relativo a um corpo que seria de Janette Yvonne Hansen, minudente e convincente da não identificação.

A pronúncia exige dois requisitos fundamentais para ser decretada: 1) prova plena da existência do crime; 2) indícios da autoria.

A leitura do artigo 408 do CPP mostra, de pronto, a distinção: o juiz somente decreta a pronúncia se encontra prova convincente do fato criminoso. Logo, não bastam indícios, ainda que se digam veementes. É que se trata de uma decisão de suma importância relacionada com a honra e a liberdade da pessoa humana. De conseguinte, tem de ser escorada em prova de existência do fato criminoso e não em presunção.

No caso dos autos, após os esclarecimentos prestados pelo Senhor Ministro Relator e o voto dos ilustres Ministros que me antecederam, penso não haver prova do fato criminoso relativamente a Janette Yvonne Hansen e a Alexandre Von Baumgarten.

O laudo oferecido pelo dentista é incompleto, fruto de mera suposição. Conclui ele que fez um programa de trabalho dentário a ser realizado em Baumgarten, então e porque a arcada dentária do crânio examinado tem uma concordância com o tal “programa” dentário, o crânio “é” de Alexandre Von Baumgarten.

A meu entender, isso não constitui prova, mas mera suposição, bastando fazer-se uma simples comparação entre os exames procedidos nos corpos ditos como sendo de Janette e Baumgarten.

Acrescente-se a isso a palavra do Inspetor de Salvamento, homem vivido e com experiência no setor e sem interesse na causa, concluindo pela impossibilidade do reconhecimento do rosto da vítima, sequer afirmou se a vestimenta que usava seria uma sunga ou cueca e nem mesmo qual a cor desta peça.

Já a filha de Baumgarten, a um simples olhar do corpo em decúbito ventral, imediatamente o identificou, pela cor da sunga que o pai costumava usar, como sendo o da pretensa vítima.

HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, na 5ª edição de seu livro “Júri”, discorrendo sobre a pronúncia anota:

“Quanto às duas notas condicionantes à decisão de pronúncia (autoria e materialidade), que dizem respeito ao “fato” como um dos pólos de adequação típica, no tocante à materialidade (ou prova da “existência do crime” — arts. 408 e 409), há necessidade da presença de prova segura, inflexível, condizente com a realidade, acima dos indícios, estes eficientes, se expressivos, para a identificação da prova da autoria nos limites do momento procedimental da pronúncia.¹²⁵

125. “A respeito, observa Dantas de Freitas (RT 351/82) que a pronúncia “somente se torna possível quando há pleno conhecimento do delito, ou seja, a certeza de sua “realidade”, e, para cotejo entre as duas condicionantes à pronúncia, relembra o pensamento de Edgard Costa: “quanto à autoria, satisfaz-se a lei com simples indícios”, mas, “em relação à existência do crime, exige alguma coisa mais — a sua prova, isto é, no dizer de Bento de Faria, a demonstração de sua ocorrência sem possível dúvida”, não bastando, “portanto, a seu respeito, indícios ou presunções, seja qual for a sua veemência.” (fl. 73)

De outro modo, não há indícios da autoria.

A fé que se possa atribuir ao testemunho humano tem muita importância no nosso cotidiano. Tratando-se de processo, faz-se necessário um exame crítico da testemunha, das circunstâncias em que viu o fato e da própria narrativa. Alucinação, perturbação dos sentidos e da inteligência por força de doenças, de embriaguez, sonambulismo, de insônia, de sugestão ou falsidade da narrativa em decorrência de interesse, afeição ou inimizade, por exemplo, invalidam o testemunho.

A esse propósito, lembro lição de ANTÔNIO DELLEPIANE (“Nova Teoria da Prova”, 2ª ed., p. 141/144):

“É bastante a declaração de uma única testemunha digna de toda fé e cujas afirmações sejam perfeitamente verossímeis e concordes entre si para que possamos considerar reconstruído um fato por forma a não permitir possibilidade alguma de dúvi-

da em nosso espírito? Ou devemos aderir à opinião corrente nas escolas e nos tribunais, desde a mais remota antiguidade, e segundo a qual o testemunho singular carece de valor probatório?

Não falta quem sustente que a declaração de uma única testemunha qualificada, clássica, como sói chamar-se-lhe, é bastante para dar-nos a certeza da existência de um fato.”

.....
“Não compartilhamos dessa opinião. É insofismável que só um testemunho, verossimilmente circunspecto e verídico, pode infundir-nos, na vida ordinária, a certeza da existência de um fato.

Isso, não obstante, poderosas razões existem que explicam de sobra porque o legislador e o juiz não concedem ao testemunho singular plena eficácia probatória. Se, como já vimos, a própria confissão inspira a legisladores e juízes fundados receios, apesar de tratar-se de uma declaração do próprio autor do fato e feita em seu prejuízo pessoal, como não desconfiamos do testemunho, isto é, do depoimento — não de um observador científico, que se rodeia de precauções para notar e anotar os fenômenos e que os descreve logo de produzidos, em termos precisos, inequívocos; não do observador atento, repetimos, senão de um espectador ocasional, indiferente, de ordinário distraído, a quem os fatos colheram de surpresa, pode-se dizer, e que sobre eles depõe muito tempo após de verificados, de acordo com recordações semiapagadas na sua mente ou misturadas com outras recordações análogas que as alteram?

Existe, finalmente, uma circunstância, estranha aos testemunhos isoladamente considerados, cujo efeito é emprestar a esses fatos uma força de que carecem tomados um a um. Esta circunstância é constituída pelo acordo das afirmações ou dos fatos procedentes das testemunhas distintas e independentes. ELLERO não percebeu que o citado acordo é, em realidade, um fato novo, surgido da comparação das afirmações das diferentes testemunhas, e que tal fato só pode ser racionalmente explicado por uma destas duas causas: o concerto ou a insinuação das testemunhas ou a realidade do fato por elas testemunhado. Ora bem; eliminada a primeira hipótese pela adoção das precauções que todos os códigos processuais estatuem para tal fim — isolamento das testemunhas ao prestarem declarações, repergun-

tas, acareações — a única explicação que resta para o acordo das testemunhas independentes é a existência real do fato testemunhado. Como admitir que duas ou mais pessoas mentalmente sãs, serenas, absolutamente desinteressadas e honestas, sem prévio concerto entre si, descrevam circunstanciadamente e por idêntica forma um fato que todas afirmam haver observado, sem aceitar a existência real do fato em questão?

O que tira ao testemunho singular o valor decisivo e indubitável que alguns pretendem dar-lhe é, precisamente, esta impossibilidade em que estamos de controlar e contraprovar a declaração única.

E tal como acontece na prova indiciária com o concurso de vários indícios (que isolados não fazem prova e reunidos a produzem), a pluralidade de testemunhos contestes, não obstante a imperfeição inerente a todo testemunho isolado por mais imparcial e competente que seja a testemunha, inclina o ânimo à convicção, com o peso e caráter de uma prova plena, dada a impossibilidade de explicar racionalmente o acordo dos testemunhos por outro modo que não seja aceitando a realidade do fato narrado. **Testis onus, testis nullus**, como se vem repetindo desde longe com perfeita razão e justiça. Só a concordância dos testemunhos empresta a estes pleno valor probatório.”

Todos nós, por experiência própria, sabemos que fatos podem ser deturpados, de acordo com o estado de ânimo ou o ponto de vista, a saúde e o grau de instrução de quem os assiste.

BORGES DA ROSA — “Comentários ao Código de Processo Penal”, 3ª ed. atualizada por ANGELITO A. AIQUEL, p. 317 — anota cinco requisitos fundamentais para se atribuir valor à prova testemunhal:

1º) percepção ou apreensão, isto é, a coisa, a pessoa, o ato, ou o fato e circunstância suas devem cair sob a ação de um ou de mais de um dos sentidos da testemunha;

2º) atenção, isto é, a percepção da testemunha não deve ser fugaz, mas demorada ou acurada; a sua observação não deve ser passageira, superficial;

3º) capacidade, isto é, a testemunha deve ter aptidão para ficar bem ciente daquilo que percebeu; é preciso que tenha capacidade física, mental e moral, de maneira a que possa perceber atentamente, compreender suficientemente, e não iludir-se ou enganar-se;

4º) memória firme e fiel, para conservar e reproduzir tudo o que percebeu;

5º) exatidão na expressão e na reprodução, para não enganar outrem.”

Ora, mesmo admitindo a lei que para a pronúncia bastam indícios de ser o réu o autor ou o cúmplice, estes ainda segundo o mesmo BORGES DA ROSA hão de ser “indícios veementes, presunções fortes, e como tais se consideram os fatos conhecidos que, pela sua força e precisão, são capazes de determinar uma só e única conclusão: isto é, de que não foi outro senão o indiciado o autor ou cúmplice do fato criminoso” (ob. cit. p. 505).

No caso sob julgamento, tem-se apenas a palavra de uma pessoa de duvidosa capacidade mental e sem idoneidade moral que diz ter visto o seqüestro. Mas, de quem se trata e em que circunstâncias o fez e porque o fez, o Ministro Relator esclareceu, sendo de notar que, se realmente estava pescando no local, àquela hora da madrugada se encontrava insone, sugestionável e sem condição de identificar uma pessoa dentro de uma camioneta.

De mais a mais, há prova documental não impugnada de que o recorrente estava em Brasília no dia em que o fato teria sido presenciado pela testemunha. Foi suposto que ele poderia deslocar-se de avião, facilmente de Brasília ao Rio. Isso não é assim tão simples. Primeiro, porque a viagem não poderia ser feita em aeronave pequena. Segundo, qualquer avião para se dirigir de um aeroporto a outro necessita de autorização do DAC, ficando registros oficiais. Portanto, não vale a suposição de que teria viajado, era indispensável prova do deslocamento feita pelos meios oficiais competentes. No entanto, a prova oficial é a de que o recorrente estava em Brasília no dia em que o seqüestro teria sido presenciado por uma única pessoa.

Por tais e tantos motivos, é que dou provimento ao recurso, para impronunciar o réu, acompanhando, portanto, o Senhor Ministro Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: — Na pronúncia, o juiz se limita, em face da prova produzida a declarar admissível a acusação a fim de que o imputado seja submetido a julgamento pelo Júri, juiz natural da causa.

Não há, portanto, na pronúncia, confronto metuculoso e profunda valoração da prova, pois isso poderia traduzir antecipação do veredito

sobre o mérito da questão, matéria de competência exclusiva do Júri, não do Juízo de instrução.

Assim, nos termos da lei processual, o que se exige para a pronúncia é que o juiz, ao proferir decisão, esteja convencido da existência do crime e de indícios de que o acusado seja seu autor (art. 408, **caput**).

O oposto da pronúncia é a impronúncia, cabível quando o juiz se convence da inexistência do crime ou de indícios da autoria.

Tem-se entendido, porém, que, nessa fase, havendo dúvida, não se deve subtrair o caso do julgamento pelo Tribunal do Júri.

Com essas premissas em mente, ouvi atentamente os votos e debates ocorridos neste julgamento e, além disso, obtive cópia da sentença de pronúncia e do acórdão recorrido, dos laudos, por mim examinados com o máximo empenho. Anotei a conclusão dos laudos periciais de “arcos dentários” e “odonto-legal”, positiva para o cadáver de Baumgarten e negativa para o de Jeanette.

Desse exame, cheguei à conclusão de que a decisão impugnada exprime o convencimento do juízo da pronúncia de que, **in casu**, segundo esse convencimento, caracterizou-se a existência dos crimes (as vítimas estão desaparecidas, até hoje, e houve, bem ou mal, a identificação de cadáveres como pertencentes a essas vítimas), referindo-se, por outro lado, o juiz, aos indícios que reputa suficientes para admissibilidade da acusação.

Não havendo ilegalidade nessa decisão, a não ser quanto à aceitação da identificação do cadáver de Jeanette, ponto a respeito do qual formou-se consenso neste julgamento, não vejo como cassá-la integralmente nesta instância especial, onde se permite o exame de **quaestio iuris**, e não o exame em profundidade de **quaestio facti**.

Por outro lado, mesmo que se entenda, na linha do voto do eminente Ministro Relator, que a prova, colhida na formação da culpa, apresente aspectos conflitantes, tal circunstância não invalidaria a decisão atacada, conforme se tem reiteradamente decidido:

— “Extravasa de sua competência o juiz que, ao prolatar o despacho de pronúncia, aprecia com profundidade o mérito, perdendo-se em estudo comparativo das provas colhidas, repudiando umas e, com veemência, valorizando outras, exercendo atribuições próprias dos jurados” (TJMJ, Rel. Des. Oscar Ribeiro Travassos, RT 521/439, *Júri*, Adriano Marrey e outros, p. 373).

— “Quando a prova se apresenta conflitante, somente ao Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, cabe anali-

sá-la, após amplo debate, para, então, acolhê-la ou rejeitá-la. Excede, portanto, os limites que devem balizá-la à decisão que enfrenta o assunto e decide trancar a ação penal” (TJSP, Rel. Des. Márcio Bonilha, RG 557/323, *Júri*, Adriano Marrey e outros, p. 373).

Ora, se não é lícito ao juiz da pronúncia empreender aprofundada valoração de prova, na ocasião do envio do acusado a julgamento, para não invadir a competência constitucional do Júri, parece-me óbvio que, por maior razão, não poderia esta Corte, agora, na via limitada do recurso especial, empreender esse exame e valoração probatória para casar a sentença de pronúncia e trancar a ação penal instaurada ao argumento de que, após dito exame e valoração, chegou a conclusão contrária a das instâncias ordinárias.

O caso **sub judice** tem, realmente, aspectos conflitantes, ou duvidosos, como salientou o eminente Relator.

Não obstante, penso que ao Tribunal do Júri — e só a ele — caberá apreciar o mérito das provas que o Ministério Público irá apresentar contra os acusados durante o julgamento, aceitando-as ou recusando-as, no exercício de sua soberania.

Abro uma exceção à prova pericial referida no voto do Min. José Dantas, em relação ao cadáver de Jeanette, dadas as características positivas do laudo, não controvertidas.

Em conclusão, acompanho os votos do Min. José Dantas e Flaquer Scartezzini, **data venia** dos Ministros Relator e Costa Lima.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.829 — RJ — (90.0006195-4) — Relator Originário: O Sr. Ministro Edson Vidigal. Relator p/ Acórdão: O Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Newton Araújo de Oliveira e Cruz. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Advogado: Dr. Clovis Sahione de Araújo.

Decisão: Retomado o julgamento, a Turma, por maioria, conheceu parcialmente do recurso e o proveu, em parte, para despronunciar o recorrente em relação à morte da vítima Jeannete Yvone Hansen e, por unanimidade, estendeu o resultado aos demais co-réus não recorrentes (em 27/02/91 — 5ª Turma).

Votaram parcialmente vencidos os Srs. Ministros Relator e Costa Lima.

Os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Assis Toledo votaram de acordo com o Sr. Ministro José Dantas, que lavrará o acórdão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.833 — MG
(Registro nº 90.0006199-7)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Banco Agrimisa S/A*

Recdo.: *André Marques da Silva Maia*

Advogados: *Drs. Aloisio Valter de Moura Lima, Luiz Marques da Silva Maia e outro*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CRÉDITO RURAL.

1. “A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária” (Súmula 16 do STJ).

2. Recurso especial conhecido e provido a fim de cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença do primeiro grau.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: — BANCO AGRIMISA S/A manifestou recurso especial com fundamento no art. 105, III, “a” e “c” da Constituição, contra v. acórdão da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que, reformando r. sentença proferida em ação consignatória, concluiu pelo descabimento da cobrança de correção monetária em operação de crédito rural.

O recorrente sustenta em suas razões ofensa ao disposto nos artigos 5º do Decreto-lei 167/67 e 1º, da Lei 6.423/77; bem como as Resoluções 1.131, de 15.05.86, e 1.352, de 01.07.87, do Banco Central, além de dissídio jurisprudencial, que demonstra.

O recurso foi admitido pelo r. despacho de fls. 77, sendo tempestivamente preparado.

As partes arazoaram (fls. 82/91 e 93).

Não há manifestação do Ministério Público, eis que desnecessária.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): — Senhores Ministros, ação de consignação em pagamento proposta por pecuarista, visando a declaração judicial de extinção (inexistência) de relação jurídica decorrente de mútuo consubstanciado em cédula rural pignoratícia, mediante a oferta do valor devido, com exclusão da respectiva correção monetária, foi julgada improcedente, em primeiro grau (fls. 31/36), na consonância, aliás, de precedentes julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Supremo Tribunal.

2. Isto, não obstante, a Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, por acórdão unânime (fls. 60/63), deu provimento à apelação do autor, assim acolhendo a ação consignatória, substancialmente, com esta fundamentação (fls. 62/63):

“Não há em qualquer dos itens do art. 24, do Dec.-Lei 167, referência à correção monetária ou comissão de permanência. Existe, sim, menção à comissão de fiscalização, o que é coisa muito diferente.

Dizer que o mencionado dispositivo de lei revogou o preceito desenvolvido pelo art. 9º do Dec.-Lei 70 não é, com todo o

respeito, uma afirmação correta. Não há a alegada disposição em conflito, antes o contrário, pois o fato do art. 24 do Dec.-Lei 167 silenciar a respeito da correção é uma evidência de que ainda prevalece o princípio anterior.

Por outro lado, não se vê como aplicar ao caso a correção com base na Lei 6.899/81. Esta é de natureza genérica e não se pode perder de vista que o sistema legal introduzido na legislação brasileira e que criou e disciplina a cédula rural é de natureza “*excepcional*”, motivo por que não pode aquela lhe atingir. Demais, a mencionada lei determina a incidência da correção, somente após o vencimento da dívida.

Também não se pode ficar fora do campo de estudo; de avaliação e de aplicação, a realidade de direito de que toda lei tem um sentido e alcance social. A *mens legis* é um fator coadjuvante, incisivo na definição da questão sob julgamento.

Assim, não se pode deixar de lado que o Dec.-Lei 167 veio para incentivar a produção do campo. Evidente que todo investimento neste setor da vida social, seja na agricultura, seja na pecuária, o retorno é bem diverso das outras áreas, pois é a longuíssimo prazo.

Também não pode ficar esquecido o aspecto econômico de oscilação do preço no ciclo agrícola e pecuário, pois aqueles que se acham afeitos à vida do campo sabem que há uma linha ascendente e descendente nas épocas da entressafra e da safra.

Evidentemente que no período da safra, a oferta do produto se avoluma provocando a baixa considerável do preço; e é exatamente nestas condições que se dá, de modo geral, o vencimento dos títulos de crédito rural.

Ora, se o objetivo do crédito é o incentivo à produção, a interpretação da lei não pode ficar distante da realidade do contexto econômico da produção do campo.”

3. O presente recurso especial, depois de apontar como ofendidos os arts. 5º do Decreto-lei 167, de 14.02.1967, e 1º da Lei 6.423, de 1977, invoca o dissídio do julgado recorrido com o v. acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, unânime, de que foi Relator, em 28.08.84, o Senhor Ministro FRANCISCO REZEK, aresto do qual o recorrente transcreve, em suas razões, os tópicos extraídos da RTJ 111/1.372, que resumem as razões de decidir em sentido contrário ao que foi sufragado pelo Tribunal *a quo* (fls. 68).

4. O dissídio pretoriano se patenteia, ademais, pela reiterada jurisprudência desta Corte, espelhada nos acórdãos unânimes desta Quarta

Turma nos REsp 1.124, de que foi Relator, em 21.11.89, o Senhor Ministro BARROS MONTEIRO (DJU 18.12.89); e 2.122, relatado em 14.05.90 pelo Senhor Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, decisão esta a que dei minha adesão (DJU 11.06.90).

Estes precedentes, aliás; e, bem assim, a decisão, no mesmo sentido, da Terceira Turma, também unânime, no REsp 2.665-MG, de que foi Relator, em 12.06.90, o Senhor Ministro WALDEMAR ZVEITER (DJU 13.08.90), confluíram na Súmula 16 da jurisprudência predominante neste Tribunal, aprovada em 14.11.90 pela Segunda Seção, com este enunciado:

“A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária.”

5. Eis porque, assim evidenciada a discrepância, conheço do recurso, com fundamento no art. 105, III, *c* da Constituição.

E, sendo a questão concernente à incidência da correção monetária a única pendente de decisão, para assegurar a observância do entendimento já fixado, dou provimento ao recurso a fim de cassar o acórdão recorrido e restabelecer a *r.* sentença do primeiro grau.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp 3.833 — MG — (90.0006199-7) — Rel.: O Senhor Ministro BUENO DE SOUZA. Recte.: Banco Agrimisa S/A. Recdo.: André Marques da Silva Maia. Advogados: Drs. Aloisio Valter de Moura Lima, Luiz Marques da Silva Maia e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (em 21.05.91 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.016 — SC

(Registro nº 9066360)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrente: *Hélio Callado de Oliveira*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Santa Catarina*
Advogado: *Dr. Hélio Callado de Oliveira*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PORTARIA INAUGURAL DA AUTORIDADE POLICIAL EM AÇÃO PENAL POR DELITO DE TRÂNSITO.

Inépcia da portaria, se não descreve o fato de modo a evidenciar a culpa do acusado.

Negativa de vigência, que se reconhece, ao art. 41 do CPP. Existência demonstrada de dissídio jurisprudencial.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, à unanimidade, conhecer do recurso por ambos os fundamentos e dar-lhe parcial provimento, para cassar o acórdão recorrido e anular o processo “*ab initio*”, 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, 19 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: — O eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Casali, em seu parecer, assim sumariou a espécie:

“1. O juiz da 2ª Vara Criminal da Capital de Santa Catarina condenou Hélio Callado de Oliveira a 1 ano e 6 meses de detenção pelo crime culposo de duplo homicídio e de lesão corporal, em outras 2 pessoas, arts. 121, §§ 3º e 6º — CP, responsabilizando-o por imprudência em colisão de veículos ocor-

rida em Florianópolis, na madrugada de 1º de maio de 1987 (f. 170-80).

2. Confirmada a sentença de 1º grau pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (f. 267-75), interpõe recurso especial (f. 286-315 *usque* 332-43), sustentando que o Tribunal *a quo* contrariou os artigos 41, 381, III, 386, IV e VI do CPP, do Código de Processo Penal, e divergiu “em tudo e por tudo” do entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* n. 58.840-9 (MG).

3. Admitido o recurso pela letra *c*, inciso III, do art. 105 da Constituição (f. 328-30), juntou o recorrente novas razões (f. 332-43) respondidas pelo Ministério Público (f. 346-8), o processo subiu “após o processamento e a remessa ao Colendo Supremo Tribunal Federal dos autos de agravo de instrumento interposto do despacho denegatório do recurso extraordinário”.

4. No que concerne à matéria infraconstitucional, o primeiro fundamento da impugnação diz respeito à arguição de inépcia da portaria da autoridade policial, que não “determinou a existência de negligência, imperícia ou imprudência, institutos caracterizadores do crime culposo” (f. 288). Para o recorrente, essa falta e a não descrição do “agente causador da ilicitude” hostilizam o art. 41 do Código de Processo Penal, que exige da inicial acusatória a indicação da “conduta contrária ao dever de cuidado” ou, textualmente, “a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias”. (fls. 354/355)

O doutor Subprocurador-Geral da República concluiu pelo conhecimento do recurso especial porque constatada a divergência jurisprudencial, mas pelo respectivo improvimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): — Quanto à contrariedade aos arts. 381, III, e 386, IV e VI, ambos do CPP, parece-me que o recurso resvala para o terreno do reexame da prova. O recorrente, quanto a esses pontos, alega que não estava bêbado, como se sustenta, e que vinha dirigindo em velocidade moderada e em sua mão de direção, no momento do acidente, enquanto que o motorista do outro

veículo, que veio a falecer, esse sim, estaria embriagado, segundo verificado em pesquisa de dosagem alcoólica (fl. 28), e vinha dirigindo a grande velocidade, quase havendo colidido com outro veículo, pouco antes do sinistro (fls. 286/301).

Embora sustente o recorrente que pretende apenas o reexame do critério legal da valoração da prova, entendo que isso não ocorre. Tanto a sentença condenatória (fls. 170/180) como o acórdão recorrido (fls. 267/275) sopesaram a prova e fundamentaram as respectivas conclusões, não havendo como fazer nova abordagem das questões senão com o reexame da prova, o que é impossível no âmbito do recurso especial.

Contudo, no tocante à inépcia da portaria inaugural do Delegado de Polícia, parece-me que o fundamento é de peso.

Na peça inicial, limitou-se a autoridade policial a preencher padrão impresso que assim ficou redigido, no ponto que interessa:

“Chegando ao conhecimento desta autoridade policial, de que em data de 01/05/87, por volta das 01:20 horas, aconteceu um acidente envolvendo os veículos Fiat AE-3267, conduzido por Luiz Carlos Machado e o Galaxie AB-3470, conduzido por Helio Callado de Oliveira, sendo que segundo o coletado pelo Policial que atendeu a ocorrência; Laudo 128/87; os veículos colidiram quando passavam um pelo outro na Rua Waldemar Ouriques; estando o Fiat no sentido Capoeiras-Canto e o Galaxie no sentido Canto-Capoeiras, resultando do evento a morte de Luiz Carlos Machado; Sheyla Mara da Silva e ferimentos nos demais ocupantes dos dois veículos. Determino:

a fim de apurar a responsabilidade penal do(s) acusado(s), seja, a respeito, instaurado o competente processo, uma vez que, Hélio Callado de Oliveira assim procedendo, violou(aram) o disposto no art. 121 e 129, § 6º do C.P.” (fl. 03)

Ora, no RHC 58.840-9-MG, julgado em 5.06.81 na 1ª Turma do E. STF., sendo relator o Sr. Ministro Soares Muñoz, trazido a confronto pelo recorrente foi dito que:

“— A portaria da autoridade policial, mediante a qual é iniciada a ação penal, pode ser concisa, mas deve descrever o fato, de forma a evidenciar a culpa do acusado. Na espécie, a portaria limitou-se a dizer que o paciente dirigia um dos veículos envolvidos na colisão e que, em consequência, faleceu uma

pessoa e sofreu lesões corporais outra. Provimento do recurso em razão da inépcia dessa peça acusatória e resultante decretação da nulidade “*ab initio*” do processo, em relação ao paciente.” (fl 302)

O exemplo jurisprudencial da divergência afeiçoa-se, tal e qual, à hipótese dos autos. Conheço, pois, do recurso especial por esse fundamento.

Quanto ao mérito, pelo visto, a portaria policial sequer apontou qual dos dois motoristas teria sido o causador do sinistro, se a culpa teria sido ou não concorrente e qual a modalidade da conduta culposa do recorrente, fosse por imperícia, negligência ou imprudência. Qual teria sido o dever de cuidado transgredido pelo recorrente? Isso a portaria não esclareceu, permanecendo as partes sem tal esclarecimento até que o MM. Juiz sentenciante, no ponto conclusivo de sua decisão, revelasse que o réu agira com “rematada imprudência”. Será que a defesa do recorrente não sofreu prejuízo ao permanecer na ignorância de tais circunstâncias até a sentença condenatória? Tenho que o prejuízo ocorreu.

Até mesmo na jurisprudência que minimiza a necessidade de rigor na minudência da descrição dos fatos aceita-se a indispensabilidade de se relacionar o réu como causador do evento, o que não houve na portaria profligada.

Veja-se o que nos diz o eminente Ministro Néri da Silveira, na ementa do HC 60.746-MG

“... não há inépcia da portaria da autoridade policial que iniciou o procedimento, se, nela, há descrição do fato, referindo-se, expressamente, que o paciente, na direção, do veículo, deu causa ao acidente, em uma manobra de ultrapassagem...” (RTJ 111/241)

Desde o início do processo o recorrente insistiu nesse ponto, sem qualquer êxito. O art. 41 do CPP, aplicável não somente à denúncia ou à queixa, como também à portaria policial ou ao ato judicial, foi evidentemente desprezado.

Ante o exposto, conhecendo do recurso especial quanto à negativa de vigências do art. 41 do CPP e ao dissídio jurisprudencial respectivo, dou-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido e anular o processo desde o início, determinando que outro se inicie, nos termos da Constituição (art. 129, I) e das leis.

É como voto.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Pedi vista dos autos apenas para conferir a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, que, segundo o parecer do Ministério Público Federal, sustentado oralmente na assentada de julgamento, não mais autorizaria o entendimento manifestado no acórdão paradigma.

Na verdade, o Excelso Pretório tem apenas “minimizado a necessidade de rigor na minudência da descrição dos fatos”, como acentua o voto do eminente Relator.

No caso dos autos, porém, a portaria é completamente omissa. Descreve tão-só uma colisão de veículos, não despontando a conduta determinante da capitulação, cerceando, assim, a defesa de modo absoluto.

Com essas breves considerações, acompanho o eminente Relator.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, a Lei nº 4.611 visou a dar celeridade ao julgamento dos crimes culposos de homicídio e lesão corporal. Conseqüentemente, o início do processo far-se-ia com a própria manifestação inicial da autoridade policial. O Supremo Tribunal Federal, sob certo aspecto, lançou tolerância quanto a essa peça inicial, diante da realidade nacional. Muitas vezes, delegacias de polícia, sequer, tinham como titular delegados, pessoas diplomadas em Direito.

Não se pode, entretanto, esquecer que constitui a imputação inicial. Sempre lancei reservas de que as exigências não deveriam ser da denúncia. Haviam de ser da denúncia, sim, porquanto é necessário fazer a imputação, não de mero fato, mas de fato supostamente delituoso. No caso concreto, a Portaria descreve, apenas, que houve acidente de trânsito e o réu estava dirigindo um dos carros. Ora, dirigir veículo, envolver-se eventualmente em um acidente de trânsito, é fato atípico. Não há nenhuma infração penal aí descrita. Seria necessário que mencionasse, ainda que não fosse através de palavras técnicas, conduta negligente, imprudente ou resultante de imperícia. Reconheço, como sempre entendi, essas portarias deveriam trazer o rigor da denúncia, porquanto, repita-se, iniciavam o processo criminal. No caso concreto, manifestamente, a inépcia se manifesta.

Acompanho o Eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.016 — SC — (9066360) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Hélio Callado de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Adv.: Dr. Hélio Callado de Oliveira.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, A TURMA, à unanimidade, conheceu do recurso por ambos os fundamentos e deu-lhe parcial provimento, para cassar o acórdão recorrido e anular o processo “*ab initio*”, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (19.03.91).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite, Vicente Cernicchiaro, William Patterson e José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.120 — PE

(Registro nº 9069548)

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

Recorrente: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Recorridos: *Alcides Gomes e Silva e outros*

Advogados: *Drs. Alirio Torres Dantas e outro e Olga Maia Barros e outro*

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. L. 6.899/81. SÚMULA 71/TFR.

I — Consoante várias vezes proclamado, a Lei 6.899/81 “não veio impedir a fluência da correção monetária nos casos em que, anteriormente, já era admitida, mas, sim, estendê-la a hipótese a que essa correção não se aplicava” (RTJ 106/860), principalmente em se tratando de que o valor da aposentadoria reveste-se de caráter alimentar, vale dizer, dívi-

da de valor, por isso que sujeita à correção monetária. Súmula 71/TFR.

II — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de fevereiro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Recurso especial interposto pelo INPS contra o v. aresto proferido pelo colendo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIOS DE APOSENTADORIA. SUA NATUREZA ALIMENTAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 71-TFR.

I — Aplicam-se os critérios da Súmula 71-TFR na atualização de benefícios previdenciários dado o seu caráter de prestação alimentícia.

II — Precedentes jurisprudenciais.

III — Apelação provida.” (fls. 81).

Alega o recorrente, em síntese, negativa de vigência da Lei 6.899/81 e do Decreto nº 86.649/81, que a regulamentou, ao entendimento de que a correção monetária não era de incidir a momento anterior ao ajuizamento da ação tendo, também, entrado em testilhas com acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos, que alinha, vazado nos seguintes termos:

“a partir da vigência da Lei nº 6.899, de 1981, todo débito resultante de decisão judicial deve ser corrigido pelos critérios

estabelecidos por esse ordenamento e sua regulamentação.” (fls. 85.) (DJ de 11.10.84).

Devidamente contra-arrazoado o recurso, subiram os autos a esta colenda Corte, vindo-me conclusos, tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República, em o seu parecer, opinado pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Como visto, insurge-se o recorrente, apenas, contra o termo *a quo* de incidência da correção monetária, fixado pelo v. aresto guerreado.

Estou em que a magnitude do v. acórdão bem encontra ressonância nas palavras judiciosas do eminente Subprocurador-Geral da República quando assim pontifica, *litterim*:

“O apelo não procede.

Para começar, a dissidência pretoriana não foi demonstrada com as cautelas regimentais, sendo certo que “só pela ementa, como tem reconhecido a jurisprudência, não se perfaz a demonstração da divergência, mesmo que nela se contenha uma tese jurídica apreensível, mesmo porque é indudioso que a ementa não integra o texto do acórdão, sendo este o que constitui o padrão” (RTJ 117/740).

De qualquer modo — e dando-se por superada a questão da admissibilidade do recurso, até porque “a admissão (da súplica) apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros (fundamentos)” (Súmula 292, STF) —, parece tranqüilo o entendimento de que a Lei nº 6.899/81 “não veio impedir a fluência da correção monetária nos casos em que, anteriormente, já era admitida, mas, sim, entendê-la a hipóteses a que essa correção não se aplicava” (RTJ 106/860). Ora, sempre foi reconhecido o cabimento da atualização monetária dos benefícios previdenciários — mesmo antes da vigência da referida Lei nº 6.899/81 e de seu decreto regulamentador: “A correção monetária incide sobre as prestações de benefícios previdenciários em atraso, observado o critério do salário-mínimo vigente na época da liquidação da obrigação” (Súmula 71, do TFR).

Na espécie, considerando que “o valor da aposentadoria reveste-se de caráter alimentício”, isto é, “dívida de valor e, como tal, sujeita a correção monetária”, o venerável acórdão recorrido mais não fez do que assentar “ser devida a aplicação da correção monetária, em caso de benefício de aposentadoria, mesmo antes do ajuizamento da ação... aplicando-se a correção monetária sobre as diferenças pleiteadas e não alcançadas pela prescrição” (fls. 76/77).

À toda evidência, não divergiu dos paradigmas apresentados, nem muito menos afrontou a legislação alegadamente vulnerada.” (fls. 102/103).

Compartilho com tal entender, por isso que nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.120 — PE — (REG: 9069548) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Recdos.: Alcides Gomes e Silva e outros. Advs: Drs. Alirio Torres Dantas e outro e Olga Maria Barros e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 20.02.91 — 1ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros José de Jesus, Garcia Vieira e Pedro Acioli participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.152 — MT (Registro nº 90070449)

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

Recorrente: *Ronaldo Venceslau Rodrigues da Cunha*

Recorrido: *Wesson Alves de Martins e Pinheiro*

Advogados: *Drs. Carlos Mário Filho e outros e Wesson Alves Pinheiro e outro*

Sust. oral: *Drs. Carlos Mário Filho, pelo recorrente, e Wesson Alves Pinheiro, pelo recorrido*

EMENTA: Ação redibitória. Decadência. Início do prazo. Não maltrata o art. 178, § 5º, inciso IV, do Cód. Civil, acórdão que, ao afastar a decadência, dispõe no sentido de contar-se o prazo a partir do momento em que o vício tornou-se conhecido pelo adquirente do imóvel. 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 maioria, 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, 23 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação ordinária de rescisão de contrato por vício redibitório, com prosseguimento ordenado pelo acórdão, que reformou a sentença, nos termos desta ementa: “O prazo de decadência para o exercício do direito de ação que colime o reconhecimento de vícios redibitórios se inicia a partir da data na qual o adquirente tomou conhecimento dos defeitos do objeto”. Em seu voto de relator, afirmou o Desembargador Atahide Monteiro da Silva:

“O autor-apelante ajuizou em 04 de novembro de 1987, ‘ação de rescisão de contrato, motivada por vício redibitório’, em razão de haver adquirido em data de 11 de agosto de 1986, casa residencial e lotes de terreno, conforme ‘contrato de compromisso de venda e compra de imóvel urbano’.

A causa de pedir fundamentou-se na existência de vícios redibitórios, tendo sido invocados entre outros os artigos 1.101 a 1.104 do Código Civil.

A sentença apelada reconheceu que o autor decaía do pedido, por deduzir a pretensão após decorrido o prazo de seis meses do artigo 178, parágrafo 5º, inciso IV do Código Civil.

Toda a argumentação da sentença assenta-se na distinção entre os termos 'tradição' e 'transcrição' e, com suporte na lição de doutrinadores e da jurisprudência, acentua a forma de transmissão de domínio: a 'tradição' para os bens móveis, a 'transcrição' para os imóveis, concluindo que é da entrega real do imóvel que se conta o prazo decadencial de seis meses.

O artigo 78, parágrafo 5º, inciso IV do Código Civil dispõe que a ação para rescindir o contrato em razão de vícios redibitórios se conta 'da tradição da coisa' que consiste na efetiva entrega do bem.

Realmente, a tradição produz o efeito de dar ao comprador a posse física ou material da coisa, nada mais sendo senão a transferência da posse.

A sentença recorrida ateve-se à literalidade desse dispositivo legal, ao contar o prazo de decadência da tradição da coisa que fez coincidir com a data da assinatura do contrato.

A questão está em definir o dia do início do prazo.

Para a sentença foi a data do contrato.

O estudo da questão debatida conduziu-me a entendimento diverso do da sentença, como que fugindo da literalidade da expressão legal: 'contado o prazo da tradição da coisa'.

O prazo deve ser contado da data na qual o vício se tornou conhecido pelo adquirente, após, portanto, a recepção da coisa e sua utilização por algum tempo.

Segundo critério adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em caso assemelhado, 'se a ação edilícia nasce do conhecimento do vício, após a entrega da coisa que o contém, somente neste momento é que se pode fixar o *'dies a quo'* da respectiva prescrição', visto que 'enquanto não é ele conhecido, não nasce a pretensão à responsabilidade pelo vício, 'vale a ação que se fundamenta no vício redibitório nasce somente com o conhecimento do mesmo vício' (Revista dos Tribunais, vol. 447, página 216).

Esse entendimento promanou da lição de Pontes de Miranda em 'Tratado de Direito Privado', tomo 38, parágrafo 4.235, página 284, 3ª edição RT, *in verbis*:

'A pretensão à responsabilidade pelo vício do objeto nasce, para a redibição e para a diminuição da contraprestação, quando, após a entrega, o outorgado vem a conhecer do vício do objeto'.

No caso em exame não há elementos que demonstrem ou façam presumir em que data o adquirente tomou conhecimento dos vícios ocultos oriundos da má ou deficiente construção do prédio.

Essa data não pode ser admitida como sendo a da entrega da coisa, dado que, somente após o decurso de algum tempo de uso direto ou de ocupação física do prédio, seria possível constatar a real existência dos defeitos mencionados na inicial.

Por esses fundamentos, dou provimento ao recurso para anular a sentença, a fim de que, repelidas a decadência e a extinção do processo, prossiga o feito, facultando-se às partes a produção de provas que julgarem necessárias, porquanto não se pode suprimir a fase de instrução no juízo de primeiro grau."

Inconformados, os sucumbentes entraram com recurso extraordinário, com argüição de relevância, dando por negada a vigência do art. 178, § 5º, inciso IV, do Cód. Civil.

Inadmitido o recurso, subiu o agravo de instrumento ao Supremo Tribunal Federal, que o remeteu ao Superior Tribunal de Justiça, convertendo, antes, o extraordinário em especial.

Neste Tribunal, recebendo o agravo de instrumento, dei-lhe provimento, determinando a subida dos autos principais.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON ALVES (Relator): A meu sentir, de todo improcedente o ponto preliminar, agora reeditado, pelo recorrido, da tribuna. Quando interposto, a saber, em 29.3.89, o recurso cabível era, de fato, o extraordinário, com argüição de relevância.

Trata-se de ação edilícia, na forma redibitória, onde se controverte, no momento, sobre o termo inicial do prazo previsto no art. 178, § 5º, inciso IV, do Cód. Civil: "..., contado o prazo da tradição da coisa".

A sentença, pronunciando a decadência, contou o prazo de seis meses “da entrega real do imóvel”, louvando-se em doutrina que declinou. Concluiu assim: “... o autor recebeu o imóvel no dia 11 de agosto de 1986, data em que ajustou com o suplicado o contrato preliminar de fls. 06/07. No entanto, só ajuizou esta ação em 04 de novembro de 1987, muito além dos seis meses estabelecidos na lei”. Mas o acórdão, afastando a decadência, considerou que o prazo há de “ser contado da data na qual o vício se tornou conhecido pelo adquirente”, louvando-se, por igual, em extratos doutrinário e jurisprudencial.

Da leitura a que procedi, verifiquei não se encontrar ainda assentado o pensamento sobre o *dies a quo* desse prazo, conforme, por exemplo, anotou o Tribunal mineiro, no acórdão citado pela ementa no voto do Desembargador Atahide Monteiro da Silva: “... a respeito do ‘*dies a quo*’ do prazo prescricional das ações edilícias, que a lei fixa na tradição da coisa (Cód. Civil, art. 178, § 2º e § 5º, IV), estabelecendo regra cuja inteligência ainda não se revelou em doutrina unânime ou jurisprudência pacífica” (*in* Jurisprudência Brasileira, vol. 108, pág. 38). Para Washington de Barros Monteiro, no seu Direito das Obrigações: “Numerosas dúvidas se suscitam, todavia, quanto ao *dies a quo* desse prazo prescricional” (6ª ed., pág. 62). Clóvis Bevilacqua, por exemplo, mandou contar o prazo da transcrição (“em relação aos imóveis, a transcrição corresponde à tradição dos móveis”, *in* Theoria Geral, 5ª ed., pág. 405), enquanto, para outros autores, em bom número, “conta-se o prazo a partir da entrega efetiva do imóvel ao adquirente” (ver, com doutrina, o RE-90.011, *in* RTJ 96/788, bem como Câmara Leal, Da Prescrição..., Forense, 1978, págs. 350/3).

Na linha, por último adotada nestes autos, que, como visto, tomou o início do prazo após a entrega do imóvel, a lição de Pontes de Miranda, citada, na origem, pelo Sr. Relator, bem como o entendimento daquele acórdão mineiro, para o qual, “a ação que se fundamenta no vício redibitório nasce somente com o conhecimento do mesmo vício”.

Ante o exposto, não me parece que o acórdão recorrido tenha maltratado o art. 178, § 5º, inciso IV, único fundamento do apelo a este Tribunal superior. Vindo, assim, o recurso especial pela alínea *a*, somente, dele não conheço.

VOTO VISTA

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente. Trata-se de Ação através da qual buscou o autor rescindir

compromisso de compra e venda por vício redibitório, declarando o Dr. Juiz a decadência com a extinção do processo porque não aforada nos seis meses contados a partir da data do contrato, tendo-a como a da tradição da coisa.

Contudo, o Acórdão, reformando essa decisão, proclamou que o prazo deve iniciar a partir da data em que o vício se tornou conhecido.

Afirmou o nobre Ministro **Nilson Naves** em seu voto:

“Da leitura a que procedi, verifiquei não se encontrar ainda assentado o pensamento sobre o *dies a quo* desse prazo, conforme, por exemplo, anotou o Tribunal mineiro, no acórdão citado pela ementa no voto do Desembargador Atahide Monteiro da Silva: “... a respeito do *dies a quo* do prazo prescricional das ações edilícias, que a lei fixa na tradição da coisa (Cód. Civil, art. 178, § 2º e § 5º, IV), estabelecendo regra cuja inteligência ainda não se revelou em doutrina unânime ou jurisprudência pacífica” (*in* Jurisprudência Brasileira, vol. 108, pág. 38). Para Washington de Barros Monteiro, no seu Direito das Obrigações: “Numerosas dúvidas se suscitam, todavia, quanto ao *dies a quo* desse prazo prescricional” (6ª ed., pág. 62). Clóvis Bevilacqua, por exemplo, mandou contar o prazo da transcrição (“em relação aos imóveis, a transcrição corresponde à tradição dos móveis”, *in* Theoria Geral, 5ª ed., pág. 405), enquanto, para outros autores, em bom número, “conta-se o prazo a partir da entrega efetiva do imóvel ao adquirente” (ver, com doutrina, o RE-90.011, *in* RTJ 96/788, bem como Câmara Leal, Da Prescrição..., Forêense, 1978, págs. 350/3).

Na linha, por último adotada nestes autos, que, como visto, tomou o início do prazo após a entrega do imóvel, a lição de Pontes de Miranda, citada, na origem, pelo Sr. Relator, bem como o entendimento daquele acórdão mineiro, para o qual, “a ação que se fundamenta no vício redibitório nasce somente com o conhecimento do mesmo vício”.

Ante o exposto, não me parece que o acórdão recorrido tenha maltratado o art. 178, § 5º, inciso IV, único fundamento do apelo a este Tribunal Superior. Vindo, assim, o recurso especial pela alínea *a*, somente, dele não conheço.”

No exame dos autos, não vislumbro a possibilidade de tomar o contrato como a data da entrega do imóvel, eis que dele sequer consta ha-

ver imissão dos promitentes-compradores na posse do imóvel. Faço tal observação não como exame da avença, defeso nesta via do Especial, mas, tão-só, para reforçar o entendimento que tenho sobre a matéria admitindo, a princípio, que o início da contagem do prazo é o da entrega do imóvel. Compreenda-se aí a expressão Tradição, do inciso IV, do § 5º, do art. 178, e não como sendo o da Transcrição no Registro Imobiliário.

Assim sendo e levando em conta a controvérsia sobre a matéria, não pacificada na doutrina nem na jurisprudência dos Tribunais, neste caso não tenho, também, como o Sr. Ministro Relator, possa haver expressão negativa de vigência ao art. 178, § 5º, inciso IV do Código Civil, fundamento único em que se arrimou o recurso.

Tenho, ao contrário, que diante das circunstâncias da causa o acórdão recorrido deu interpretação razoável ao dispositivo de lei dito infringido.

Tais os fundamentos pelos quais não conheço do recurso, acompanhando o Senhor Ministro Relator.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, observou o Eminentíssimo Relator o seguinte: “A sentença pronunciando a decadência contou o prazo de seis meses da entrega real do imóvel, louvando-se em doutrina que declinou.”

Concluiu assim: “o autor recebeu o imóvel no dia 11 de agosto de 1986, data em que ajustou com o suplicado o contrato preliminar de folhas 6/7.” Salientou S. Exa. que o acórdão afastando a decadência considerou que o prazo há de ser contado da data na qual o vício se tornou conhecido pelo adquirente.

O acórdão recorrido não contestou ou não modificou a matéria fática, razão pela qual nada tenho a acrescentar a este respeito, em face de nos ser vedado o reexame da questão em grau de especial. Examino assim a controvérsia de direito, a violação apontada ao art. 178, § 5º, inciso IV, do Código Civil, que tenho, na verdade, como afrontados, porquanto é clara a parte final do dispositivo ao determinar que o prazo decadencial seja contado a partir da tradição do imóvel, e muito embora pareça uma impropriedade falar-se em tradição, a instância ordinária teve como entregue o imóvel na data em que assinado o compromisso de compra e venda, como já salientei.

Desse marco, entendo que deva ser contado o prazo caducial. Sempre me filiei a esta tese, inclusive como Advogado, quando tive a oportunidade de defendê-la. Ademais, não me parece acertada, com a devida vênia, a tese do Tribunal recorrido, porquanto se eternizaria o prazo decadencial, para que a parte tivesse oportunidade de reclamar os vícios redibitórios alegados. Lamento, na verdade, ter que decidir dessa forma, pois, pelas fotografias que estão nos autos, é evidente o comprometimento da segurança do prédio; as paredes estão rachadas de cima abaixo. Mas não me parece que a ação adequada seja esta; talvez o ajuizamento de um feito contra o construtor do prédio, em face da sua responsabilidade pela segurança da edificação, fosse mais acertado. Para reclamar vício redibitório, todavia, a parte decaiu.

Pedindo *venia* aos Eminentíssimos Ministros Relator, Nilson Naves e Waldemar Zveiter, conheço do recurso, para dar-lhe provimento, restabelecendo a sentença de Primeiro Grau.

VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Trata-se de ação edilícia, na forma redibitória, onde se controverte sobre o termo inicial do prazo do ajuizamento, que o art. 178, § 5º, IV, do CC, manda contar a partir da tradição da coisa. A sentença contou da tradição, mas fê-la coincidir com a data da assinatura do contrato. O acórdão, da data em que o vício se tornou conhecido pelo adquirente.

Acho que tanto a sentença como o acórdão afrontaram o art. 178, § 5º, IV, e decidiram contra os princípios. A primeira, porque confundiu os critérios essenciais de transferência da propriedade, que são a tradição das coisas móveis e transcrição nas imóveis, com a mera entrega da coisa pelo alienante ao adquirente.

O acórdão, porque confundiu a pretensão à responsabilidade pelo vício com a ação para satisfazê-la. Essa respeitável decisão tomou por base ensinamento de PONTES DE MIRANDA, mas não rendeu homenagem ao rigorismo terminológico do mestre.

É ler-se:

“A pretensão à responsabilidade pelo vício do objeto nasce, para a redibição e para a diminuição da contraprestação, quando, após a entrega, o outorgado vem a conhecer do vício do objeto.”

(TRATADO, T. 38, § 4.235, g. 284, 3ª ed., RT *apud* fls. 113)

A pretensão do adquirente à responsabilidade pelo vício da coisa vendida pode nascer dentro do prazo de seis meses, para a redibição, *ex empto* ou *quanti minoris*, e ele terá possibilidade de deduzi-la em juízo. Mas, mesmo que tome conhecimento do vício, se tal acontecer além dos seis meses, opera a decadência.

De um cotejo que fiz dos textos, no sistema do CC, verifiquei que a palavra tradição tem rigor terminológico quando cuida da transferência da propriedade da coisa móvel. O art. 620 dispõe que “o domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição” — o que responde à sentença. O art. 675 dispõe, também, que “os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos ou transmitidos (...) só se adquirem com a tradição (art. 620)”. “Até a tradição, pertence ao devedor a coisa (...)” (art. 868). E “até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor (...)” (art. 1.127). Veja-se que o legislador utiliza a palavra tradição também, como mero sinônimo de entrega. O art. 178, § 5º, I, fala do recebimento da coisa. O art. 1.101: “a coisa recebida em virtude de contrato cumutativo pode ser enjeitada”.

Com o intuito de melhor esclarecer, anotei que, tecnicamente falando, a tradição é a formalidade essencial à transferência da propriedade da coisa móvel, assim como a propriedade da coisa imóvel se transmite pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel (art. 530, I). Enquanto não se transcrever (ou inscrever) o título de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel (art. 860, § único). Mas o uso da palavra tradição nesses casos de simples entrega é usual e não afeta a inteireza científica dos conceitos.

Acho, com a vênia devida aos eminentes Relator e WALDEMAR ZVEITER, que o acórdão feriu sobremaneira o art. 178, § 5º, IV, devendo ser conhecido o recurso e provido pelo fundamento da letra *a*, a fim de que seja retomada a sentença de primeiro grau, a qual, embora conceitualmente equivocada, decidiu certo quanto à contagem do prazo.

É como voto, acompanhando o digno relator.

VOTO — DESEMPATE

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: A controvérsia diz respeito à interpretação do art. 178, § 5º, IV, do Código Civil,

relativamente a ação de rescisão de contrato comutativo, com a afirmação de que a coisa imóvel teria sido recebida com vício redibitório.

Compulsando os autos, verifiquei que este contrato comutativo é uma promessa de compra e venda, dela não constando registro imobiliário, e tendo por objeto o terreno e uma casa recém-construída, com presumível entrega da posse na data da avença, ou seja, 11 de agosto de 1986.

O vício redibitório, de que se queixa o demandante, refere-se ao rebaixamento do prédio, provavelmente por defeitos de fundação, ocasionando uma série de problemas, inclusive fendas e fissuras nas paredes, revelados, inclusive, por prova fotográfica.

No seio desta Egrégia Turma ocorre o dissídio quanto à expressão final deste inciso IV do § 5º do art. 178, onde se menciona que a ação deve ser proposta no prazo de seis meses, “contado o prazo da tradição da coisa”.

Concordo, em linha de princípio, que a ‘tradição’ da coisa equivale à sua entrega, no momento em que ela é posta à disposição do adquirente — uso a palavra adquirente *lato sensu*.

O eminente relator e o eminente Ministro Waldemar Zveiter entendem que a contagem do prazo pode, em determinadas circunstâncias, correr, não propriamente a partir do momento da ‘entrega’ da coisa, mas, em exegese teleológica da norma legal, a partir do momento em que o adquirente toma conhecimento do vício oculto.

De outra parte, V. Ex^a, Sr. Presidente, e o eminente Ministro Cláudio Santos entendem que, rigorosamente, o prazo deve ser contado da data da entrega da coisa imóvel ao adquirente. O eminente Ministro Cláudio Santos ressalva, é certo, a possibilidade de o adquirente ajuizar a demanda que couber contra o construtor, pelos manifestos defeitos apresentados pela casa.

O Desembargador-Relator, no aresto hostilizado, após aludir à norma legal questionada, menciona que

“realmente, a tradição produz o efeito de dar ao comprador a posse física ou material da coisa, nada mais sendo senão a transferência da posse. A sentença recorrida ateu-se à literalidade desse dispositivo legal, ao contar o prazo de decadência da tradição da coisa, que fez coincidir com a data da assinatura do contrato. A questão está em definir o dia do início do prazo. Para a sentença, foi a data do contrato. O estudo da questão

debatida conduziu-me a entendimento diverso do da sentença, como que fugindo da literalidade da expressão legal “contado o prazo da tradição da coisa”. O prazo deve ser contado da data na qual o vício se tornou conhecido pelo adquirente, após, portanto, a recepção da coisa e sua utilização por algum tempo.” (fls. 112/113)

E, adiante, menciona o Desembargador Ataíde Monteiro da Silva:

“No caso em exame, não há elementos que demonstrem ou façam presumir em que data o adquirente tomou conhecimento dos vícios ocultos, da má ou deficiente construção do prédio. Essa data não pode ser admitida como sendo o da entrega da coisa, dado que somente depois do decurso de algum tempo de uso direto ou de ocupação física do prédio, seria possível constatar a real existência dos defeitos mencionados na inicial.

Por esses fundamentos, dou provimento ao recurso para anular a sentença, a fim de que, repelidas a decadência e a extinção do processo, prossiga o feito, facultando-se às partes a produção de provas que julgarem necessárias, porquanto não se pode suprimir a fase de instrução no juízo de primeiro grau.” (fls. 113/114)

Por sua vez, o eminente Desembargador-Revisor menciona que, ao que consta dos autos, inclusive com uma perícia extrajudicial,

“... houve defeito de fundação, houve defeito de aterro, não havia assentado. Tanto é verdade que depois cedeu, houve rachaduras, afundamento. Isso tudo porque, evidentemente, havia um defeito oculto, mas que não se manifestou em 6 meses da data em que se entrou no imóvel. Isso só se manifesta com o tempo”.

E sustenta logo após, ser uma questão de lógica, “de bom senso e de justiça; não pode ser da data que o possuidor entra na posse do imóvel, porque certos defeitos só se revelam muito tempo depois; portanto, só pode ser da data em que o defeito oculto vem à tona”. (fls. 114/115)

Estando de acordo o terceiro integrante da câmara, foi proferido o aresto, em que se lê da ementa:

“O prazo de decadência para exercício do direito de ação que colime o reconhecimento de vícios redibitórios se inicia a partir da data em que o adquirente tomou conhecimento dos defeitos do objeto.” (fls. 118)

Pergunta-se, então, se essa interpretação, essa exegese dada à norma de lei federal no venerando acórdão, teria entrado em contrariedade com a própria literalidade do texto legal. No caso, a demora, se assim se pode dizer, no ajuizamento da ação, terá sido de 1 ano e 3 meses, praticamente, eis que a promessa de venda é de 11.08.86, e a propositura da demanda ocorreu em 14.11.87.

Aqui, vale ressaltar a similitude, para não dizer a identidade, da orientação legal do § 2º e § 5º, inciso IV, do Código Civil.

Tanto no caso de bens móveis como nos de bens imóveis, a lei material menciona a “tradição da coisa”. Em ambos os casos se fala em coisa “recebida com vício redibitório”.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no RE nº 76.233, datado de 28 de setembro de 1973, de que foi Relator na 2ª Turma o eminente Ministro Carlos Thompson Flores, julgou caso de aquisição de animal *vacuum* em que vício oculto, grave doença, apareceu mais de quinze dias depois da tradição da coisa. A ementa é a seguinte:

“Se o defeito se fez irrevelado e era irrevelável ao instante da venda, o início do prazo decadencial só ocorre no momento em que ficou revelado, posto que posterior aos 15 dias da tradição.

É que, em tal hipótese, a presunção *legis*, de conhecimento dentro de 15 dias, cede ante a realidade, a qual evidenciou a inviabilidade da fluência do prazo, pela razão mesma da impossibilidade de conhecimento do defeito, o qual se sabido, não teria dado margem à compra.”

E está no voto do eminente Relator:

“Em regra geral, na literalidade do dispositivo, está claro nele qual seja o momento, o marco zero da contagem: é o momento da tradição da coisa.

Mas, em certas situações de fato, conforme a natureza da coisa ou do defeito que porte, não seria possível o exercício da ação dentro nesse prazo exíguo, se contado da tradição, não tanto pela exigüidade mas pela impossibilidade da revelação do defeito embaçado dentro no referido prazo. Nesse caso, se atendermos à lei, na sua letra fria, estaríamos condenando a um abortamento inapelável o direito dos adquirentes, contra todos os princípios de direito e o bom senso. É que certos defeitos funcionais, em relação a máquinas, e certas enfermidades, em

relação a animais, não são revelados *prima facie*, no momento da aquisição nem no prazo angusto de 15 dias. As máquinas têm que ser testadas dias e dias para verificação do seu bom funcionamento e os animais muitas vezes trazem o vírus de certas enfermidades que só muito tempo depois é que manifestam os seus sintomas.”

São mencionados, depois, arestos neste sentido, em se cuidando de máquinas e de outros bens móveis. E prossegue Ministro Thompson Flores:

“E essa interpretação adequada às exigências sociais é o imperativo que decorre do enunciado do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

“Ora, o fim social da prescrição é a estabilidade dos direitos pelo decurso de um prazo mais ou menos razoável com a inação do titular do direito oposto. Por sua vez a ação redibitória objetiva a garantia do comprador contra os defeitos ocultos da coisa adquirida. Para que se possa exercer efetivamente o direito à ação, decorrente dessa garantia, que é de enjeitar a coisa e exigir a repetição do preço pago, há de ser proporcionado ao comprador um prazo razoável e que este seja contado a partir de quando for possível a revelação do defeito oculto. Tal o método de interpretação chamado sócio-evolutivo, a que aludem EDUARDO ESPÍNOLA, pai e filho, em que o intérprete a que atender à relação da lei com a realidade que lhe deu causa ou a de que ela se destina (*ex facto jus oritur*), corrente encabeçada por EDMOND PICCARD, IHERING, DAVA, salientando o pensamento desenvolvido por RUGGIERO, etc...”

Sr. Presidente, temos assim caso em que o Pretório Excelso, em hipótese de tradição de um animal, contou o prazo de quinze dias não a partir de sua entrega ao comprador, mas a partir do momento em que o vício oculto afinal se revelou. Parece-me que, em determinadas circunstâncias, a mesma exegese poderá ser dada à hipótese de contrato tendo por objeto bem imóvel, bem esse que sofra de vícios que, já existentes ao tempo do pacto comutativo, todavia, pela sua natureza, só venham revelar-se plenamente depois de transcorrido o prazo de seis meses a contar da entrega da posse.

Creio que, tanto para os bens móveis como para os bens imóveis, a tese de Direito deva ser a mesma: a admissão do ajuizamento da ação,

para haver abatimento de preço ou para rescindir o contrato, com a contagem desses prazos, que realmente são exíguos, pois provêm de realidades ocorrentes no início do século, apenas a partir da data em que o defeito se tenha revelado. No caso concreto, trata-se, realmente, de um tipo de vício que, embora preexistente à entrega da coisa, só se vai revelando pouco a pouco, eis que se cuida de um defeito das fundações; a casa vai lentamente afundando, ocasionando essas fendas, fissuras e pois a falta de segurança do imóvel.

Pelo exposto, rogando a máxima vênia aos eminentes Ministros Presidente e Cláudio Santos, o meu voto é no sentido de acompanhar os eminentes Ministros Relator e Waldemar Zveiter.

EXTRATO DA MINUTA

REsp 4.152 — MT — (Reg.: 90070449) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Ronaldo Venceslau Rodrigues da Cunha. Recorrido: Wesson Alves de Martins e Pinheiro. Advogados: Drs. Carlos Mário Filho e outros e Wesson Alves Pinheiro e outro. Sust. Oral: Drs. Carlos Mário Filho, pelo Recorrente, e Wesson Alves Pinheiro, pelo Recorrido.

Decisão: A Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Cláudio Santos e Gueiros Leite, não conheceu do recurso especial, nos termos dos votos dos Srs. Ministros Relator, Waldemar Zveiter e Athos Carneiro (3ª Turma, 23/10/90).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Athos Carneiro (Ministro convocado da 4ª Turma, arts. 55 e 162, § 2º, RISTJ), Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Gueiros Leite. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.223 — SP

(Registro nº 90.7191-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Feliz da Fonte Gaifem*

Recorridos: *Maria Giselda Cerdeira Chebl e outros*

Advogados: *Mário de Azevedo Marcondes e outro, Márcia Regina Machado Melare e outros.*

EMENTA: LOCAÇÃO. REVISIONAL DE ALUGUEL. FIXAÇÃO ACIMA DO PEDIDO. APLICAÇÃO DO ART. 16 DO DECRETO 24.150/34.

Não caracteriza julgamento *ultra petita* a fixação de aluguel, na ação revisional, acima do pedido, em face do “juízo de equidade” admitido no art. 16 da “lei de luvás” e da notória instabilidade do valor da moeda.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira 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, 09 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Feliz da Fonte Gaifem interpõe recurso especial, com suporte no art. 105, III, “a”, da Constituição da República, de decisão de última instância, favorável a seu contendor, Paulo Massud Chebl (substituído por Maria Giselda Cerdeira Chebl e outros), em ação revisional de alugueres promovida pelos ora recorridos.

Aponta o autor ofensa ao art. 16 do Decreto nº 24.150/34 e aos arts. 128 e 460 do estatuto processual civil, face ter o Tribunal fixado valor de locativo acima do pleiteado pelo autor, na inicial.

Ressalvada a tempestividade do recurso, face à greve dos funcionários da Justiça paulista de 8.5.90 a 26.6.90, foi o recurso admitido no Juízo vestibular.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: LOCAÇÃO. REVISIONAL DE ALUGUEL. FIXAÇÃO ACIMA DO PEDIDO. APLICAÇÃO DO ART. 16 DO DECRETO 24.150/34.

Não caracteriza julgamento *ultra petita* a fixação de aluguel, na ação revisional, acima do pedido, em face do “juízo de equidade” admitido no art. 16 da “lei de luvas” e da notória instabilidade do valor da moeda.

Recurso especial não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Destaca o Presidente do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo a seguinte conclusão da v. decisão recorrida:

“Entendeu a douta maioria que na fixação do aluguel justo, poderá o juiz estipular quantia até acima da almejada pelo locador, ou mesmo estimada pelo perito, sem que se configure julgamento *ultra petita*, porquanto o que orienta o magistrado, na fixação do aluguel, é o princípio da equidade, recomendado pelo art. 16 do Decreto 24.150, em todas as decisões judiciais no processo renovatório e na ação revisional.

Na verdade, o v. acórdão embargado não resolveu a lide em termos diversos do proclamado no exordial até porque, embora estimando o aluguel no montante de Cr\$ 75.000,00, o embargado sujeitou-se ao arbitramento judicial do que resulta descartada a argüição de julgamento *ultra petita*.

Erige-se o valor apontado pelo locador, em verdadeiro teto limitativo apenas quando houver concordância do locatário com o aluguel pedido na inicial porque aí, então, o processo deverá ser extinto, com o julgamento do mérito, não havendo conseqüentemente necessidade de perícia para apuração do valor locativo do imóvel (JTA 88/336)” (Fls. 274/275).

Demonstram os recorridos, na impugnação ao recurso especial, ser esta a jurisprudência firme daquele tribunal especializado, integrante

do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, e, ainda, com citação de J. Nascimento Franco e N. Gondo, evidenciam ser a tese acolhida pelos autores nomeados.

Parece-me justificável o entendimento e, assim, acertado. Veja-se o que expressa o art. 16 da chamada “lei de luvas”, enquadrado erroneamente à hipótese em julgamento, consoante argumenta o recorrente:

“O Juiz apreciará, para proferir a sentença, além das regras de direito, os princípios de equidade, tendo, sobretudo, em vista as circunstâncias especiais de cada caso concreto, para o que poderá converter o julgamento em diligência, a fim de melhor se elucidar.

Parágrafo único. As diligências determinadas pelo juiz, quando for o caso, fixará logo a indenização a que tiver direito o locatário, em consequência da não prorrogação da locação.”

Esse artigo é aplicável nas hipóteses de ação revisional porque assim dispõe o § 1º do art. 31 do Decreto 24.150/34, e, inegavelmente, ao dirigente do processo é facultado o juízo de equidade, o que lhe permite criar a norma para o caso concreto, distanciando-se com prudência do direito positivo.

Não é sem razão que o colendo Supremo Tribunal Federal acabou se afastando da Súmula nº 180, para afirmar que se o perito, ao escrever o laudo, levar em consideração a situação econômica do tempo da inicial, o aluguel arbitrado vigora a partir do ajuizamento daquela petição, e não da data de subscrição do laudo (RTJ 72/751, 75/174 e 104/1.112).

Aliás, em causas como esta, a conjunção econômica sempre deve ser levada em conta, tanto mais que a estimativa sobre o novo aluguel ou a proposta oferecida pelo autor, pode tornar-se inexpressiva face à instabilidade do valor da moeda.

Não considero, pois, além do pedido, o arbitramento de aluguel acima do postulado na inicial ou mesmo acima da avaliação do perito.

Diante do exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Esclarece o eminente Relator que, na realidade, o autor formulou pedido que se pode chamar,

num certo sentido, de genérico, apenas alvitando um determinado valor, mas sem cingir-se propriamente, a ele.

Acompanho S. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.223 — SP — (90.7191-7) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Feliz da Fonte Gaifem. Recorrido: Maria Giselda Cerdeira Chebl e outros. Advogados: Mário de Azevedo Marcondes e outro, Márcia Regina Machado Melare e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 09.10.90 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Gueiros Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.282 — RJ (Registro nº 90.73480)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Cia. de Telefones do Brasil Central*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. José Manuel Perez Dias e outros e Vera Lucia Kirdeiko*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXIGÊNCIA DO ICM SOBRE A SAÍDA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS. DEMANDAS CONSIDERADAS IDÊNTICAS. LITISPENDÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. PROVIMENTO DO RECURSO.

— Resultando demonstrado que eram distintos os pedidos nas duas ações, embora encerrando, am-

bas, as mesmas partes e a mesma causa de pedir, procurando acobertar a isenção do imposto, mas em negócios e operações distintos, não se configurou a litispendência, autorizadora da extinção do processo sem julgamento do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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 retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de abril de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de mandado de segurança impetrado pela COMPANHIA DE TELEFONES DO BRASIL CENTRAL — CBTC — contra ato do Sr. SUPERINTENDENTE DA TRIBUTAÇÃO ESTADUAL, objetivando eximir-se da exigência do ICM sobre a saída de máquinas e equipamentos da empresa fornecedora ABC Itatel Eletrônica e Telec S/A (fls. 34), destinados a projeto de interesse nacional, beneficiada pelo Convênio 09/75, que a isenta do aludido tributo.

A sentença de primeiro grau, às fls. 236/241, concedeu a segurança, ao entendimento de que a isenção atingiu uma globalidade, o projeto inteiro, e não operações em separado realizadas apenas naquele momento de vigência do Convênio ICM 9/75. A pretensão de cobrar ICM com base no Convênio 11/81 fere o disposto no art. 178 do CTN.

A 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, decretou, preliminarmente, *ex officio*, a extinção do processo sem julgamento do mérito, em face da existência de litispendência (art. 267, V, do C.P.C.) à luz do processo 734/84 da Sexta Vara da Fazenda Pública (fls. 267).

A recorrente, em suas razões de recurso (fls. 309/320), reportando-se aos documentos de fls. 321/351 e 356/368, sustenta que o acórdão

questionado, fruto de indvidioso engano, negou vigência aos arts. 267, V e 301, V, §§ 1º, 2º e 3º, ambos do C.P.C., posto que considerou idênticas demandas em que os pedidos são diferentes.

Em despacho de fls. 375/376, a ilustre Vice-Presidente do Tribunal deferiu o recurso.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 384/385, opinou pelo provimento do recurso para que, afastada a litispendência, o Tribunal *a quo* aprecie o recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, o acórdão recorrido extinguiu o processo pela litispendência. A recorrente diz vulneradas as disposições do CPC que regulam a litispendência, uma vez que distintos, no caso, os pedidos das duas ações, embora encerrando, ambas, as mesmas partes e a mesma *causa petendi*. Seriam distintos os pedidos porque, numa causa pretendia-se acobertar com a isenção do ICM saída de mercadoria de uma empresa, a ABC Itatel Eletrônica S/A e, na outra, saída de mercadoria de outra empresa.

A recorrente, na sua argumentação, é secundada pelo parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, que diz:

“Esclarece a recorrente (fls. 310/311) que na presente ação postulou o reconhecimento de isenção de ICM na aquisição “dos equipamentos listados na ordem de compra n. 2.993 e que gerou a nota fiscal n. 22.154 emitida pela empresa ABC Itatel Eletrônica”, segundo está enunciado às fls. 7/8, enquanto que na outra ação postula idêntica providência com relação aos equipamentos adquiridos “junto à empresa Sispron Sistemas Eletrônicos Ltda., através do contrato DTF 0017/83, o qual gerou a emissão das notas fiscais números 462, 463, 399, 403, 407 e 410”, conforme revela a inicial da referida ação (fls. 342/343).

O acórdão questionado incidiu, *data venia*, em inequívoco engano ao considerar idênticas ações que se distinguiam pela diversidade dos pedidos formulados, destinados a tutelar situações diversas. Assim agindo, a decisão impugnada violou as normas legais apontadas pela recorrente, na medida em que admitiu a litispendência entre *demandas não idênticas*.” (fls. 385)

Como dito no referido parecer, que endossa as razões do recurso, a recorrente pretende idêntica providência nas duas ações, ou seja, a isenção do ICM, mas em negócios e operações distintos, conforme, aliás, destacou igualmente a Procuradoria-Geral da Justiça Estadual (fls. 272/273).

Em conclusão, voto no sentido do provimento do presente recurso para que, afastada a litispendência, o Egrégio Tribunal aprecie o recurso ali interposto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.282 — RJ — (90.73480) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Cia. de Telefones do Brasil Central. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. José Manuel Perez Dias e outros e Vera Lucia Kirdeiko.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 03.04.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e Ilmar Galvão.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 4.374 — MG (Registro nº 90.75203)

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

Recorrente: *Isaura Junqueira Lobato*

Recorrida: *Administradora de Bens Cláudia S/C Ltda.*

Advogados: *Drs. Antônio Ribeiro Romanelli e outros, João Milton Henrique e outros*

EMENTA: CIVIL. SERVIDÃO INSTITUÍDA EM PARTILHA AMIGÁVEL. SUA EXTINÇÃO POR DESUSO.

Instituída servidão de passagem e de não construir, mediante a cessão de faixa de terreno do pré-

dio serviente ao dominante, de sorte a dar, a este, acesso pelos fundos, à rua, não cabe o reexame da interpretação da cláusula contratual, dadas pelas instâncias ordinárias, em sede de recurso especial, de sorte a emprestar caráter de transferência de domínio a essa cessão. (Súmula 05/STJ).

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira 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, 26 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): ISAURA JUNQUEIRA LOBATO interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que negou provimento a apelação interposta em autos de ação movida contra ADMINISTRADORA DE BENS CLÁUDIA S/C LTDA., visando a posse ou o domínio sobre faixa de terreno que dá acesso a terreno de sua propriedade, que o acórdão recorrido considerou como servidão de passagem e de não construir, declarada extinta pelo não uso por mais de dez anos.

Sustenta a recorrente violação aos arts. 527, 530 e 589 do Código Civil, diante de seu direito de propriedade sobre a faixa de terreno, em condomínio, instituído quando da partilha entre herdeiros, bem como ao art. 710, III, também do Código Civil, quando decidiu sobre as servidões, ao invés de fazê-lo sobre a propriedade em condomínio.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.
É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Em partilha amigável, os herdeiros de ELISA CORREA NETO LOBATO convençionaram a divisão de bens do espólio, estabelecendo, depois de preenchidos os quinhões de todos, a seguinte cláusula gravando o imóvel de um deles, para possibilitar a passagem dos que couberam aos outros para determinada rua:

“Obrigam-se os herdeiros de D. Dulce Lobato Pinheiro e seu marido e o Dr. Ademaro de Faria Lobato e sua mulher, seus herdeiros ou sucessores, a cederem, em qualquer tempo, a título definitivo e sem indenização de espécie alguma, nos fundos dos seus terrenos, à Praça Pedro Sanches, nesta cidade, ao herdeiro Oscavo de Faria Lobato e sua mulher, seus herdeiros ou sucessores, um corredor de 1 (um) metro e meio de largura, marginando as divisas com o Dr. Reinaldo Amarante Sobrinho, para servir de passagem da rua Prefeito Chagas, com as propriedades de Dulce Lobato Pinheiro e seu marido e Oscavo de Faria Lobato. — Obrigam-se do mesmo modo o herdeiro Ademaro de Faria Lobato e sua mulher, herdeiros ou sucessores, a cederem a passagem ora descrita à herdeira Dulce Lobato Pinheiro e seu marido, herdeiros ou sucessores. — Esta servidão de passagem e não construir no corredor supramencionado, será transcrita ou inscrita no registro de imóveis, nos termos do art. 676 do Código Civil.”

Dita partilha foi homologada por sentença de 04 de fevereiro de 1956 e o Formal de Partilha foi transcrito no registro imobiliário em 19 de fevereiro de 1956, constando a constituição da servidão acima mencionada, em todos os seus termos.

A autora, titular da servidão, posto que, por morte de seu marido, teve incluído na sua meação o imóvel dominante, questionou, a título de domínio, a posse sobre a faixa de passagem, ante turbação levada a efeito pela ré, sucessora por aquisição do prédio serviente.

A sentença julgou improcedente o pedido e declarou a extinção da servidão, por desuso, nos termos do art. 710, III do Código Civil, sentença que foi confirmada pelo acórdão recorrido e pelo que recebeu, em parte, os embargos declaratórios opostos pela apelante.

Sustentando a existência de relação dominial sobre a aludida faixa de terreno, a autora e ora recorrente insiste na inaplicabilidade do art. 710 do Código Civil, por não ser caso de servidão, senão de cessão de domínio e tem por ofendidos não apenas o mencionado art. 710, como os arts. 527, 530 e 589, todos do Código Civil.

Ao dar provimento ao agravo de instrumento tirado da decisão que não admitira o recurso especial, assim se expressou o Sr. Ministro GUEIROS LEITE, a quem sucedo nesta Turma:

“Apesar de não haver sido implantada a servidão de passagem, a sentença e o acórdão assim a consideram, partindo daí para desconstituí-la pelo não uso, quando ainda estava no papel. Ademais a servidão imposta a um prédio em favor de outro, tem como requisito a *jus in re aliena*, sendo razoável questionar-se, aqui, essa matéria, como fez a recorrente, alegando a existência de domínio comum a todos sobre o corredor situado aos fundos do terreno, em função da partilha e da sua validade *erga omnes*, a partir do registro.”

E foi com base na dúvida que lhe restara que foi alçado este recurso pelo meu eminente antecessor.

Examino o recurso especial, à luz destas considerações que complementam o relatório, de sorte a melhor esclarecer os meus eminentes pares.

Por primeiro, há de dizer que se trata de dois imóveis residenciais urbanos, que dão para a Praça Pedro Sanches, em Poços de Caldas, ficando um deles na esquina para a rua Prefeito Chagas. Este ficou para um dos herdeiros, conforme consta da partilha, e o outro, seu vizinho, para o outro herdeiro.

Ficou estabelecido que o que ficou com o prédio da esquina cederia a faixa de passagem, para dar ao outro prédio, também, saída para a Rua Prefeito Chagas, e se convencionou, ainda na partilha amigável, a cláusula que li no início deste voto.

Ora, pelos seus termos, não há dúvida que se constituiu uma servidão de passagem, para que o prédio que não estava situado na esquina, tivesse acesso direto à outra rua, servidão que é apenas uma, intitulada de servidão de passagem e de não construir, e não duas, como quer a ora recorrente.

Essa situação, no entanto, não é susceptível de reexame em recurso especial, porquanto visa tão-somente a interpretação de cláusula de contrato, que outra coisa não é a partilha amigável em que constituída a servidão, aplicável a Súmula 05/STJ.

Não há, evidentemente, questão dominial a dirimir, posto que, como decidiu soberanamente o acórdão, a cessão feita pelo titular do prédio serviente ao dominante, não é cessão de domínio, mas de passagem pelo corredor mencionado, aos fundos do terreno.

E no que tange ao desuso da servidão, é questão probatória, de que não cabe reexame em sede de recurso especial.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.374 — MG — (REG. nº 90.75203) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Isaura Junqueira Lobato. Recda.: Administradora de Bens Cláudia S/C Ltda. Advs.: Drs. Antônio Ribeiro Romanelli e outros, João Milton Henrique e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 26-03-91 — Terceira Turma).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.487 — SP

(Registro nº 90.00077788)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Mecânica de Precisão Genau Ltda.*

Advogados: *Drs. Adriana Moresco e Luiz Carlos Viana de Andrade Lima e outro*

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. DESPACHO CITATÓRIO PROFERIDO DENTRO DO QÜINQUÊNIO, COM EXPEDIÇÃO DE MANDADO QUE, TODAVIA, NÃO PÔDE SER CUMPRIDO, POR INEXATIDÃO DO

ENDEREÇO, APESAR DE REPETIDAMENTE RETIFICADO.

Hipótese em que tem incidência a norma do art. 419, § 4º, do CPC, já que a frustração da citação não pode ser atribuída a embaraços cartorários.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda 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, 10 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO interpôs recurso extraordinário, fundado no art. 119, III, letras "a" e "d", da CF/67, de acórdão do Tribunal de Justiça local, que, em embargos à execução, reconheceu a prescrição da ação proposta contra MECÂNICA DE PRECISÃO GENAU LTDA., para cobrança de ICM e adicionais.

Alegou que a decisão recorrida teria negado vigência aos arts. 219, § 1º e 617, do CPC, bem como ao art. 8º, §§ 2º e 4º, da Lei nº 6.830/80. Sustentou, ainda, ter havido divergência jurisprudencial.

Com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, foi o recurso extraordinário convertido em especial e o exame de sua admissibilidade ficou restrito à matéria contida na argüição de relevância.

O recurso foi admitido, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): É fora de dúvida que se aplica às execuções fiscais a norma do artigo 219, § 1º, do CPC, segundo a qual, “a prescrição considerar-se-á interrompida na data do despacho que ordenar a citação”. Trata-se de norma que se acha reproduzida no art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80.

Todavia, há de ser ela interpretada em consonância com o disposto no § 4º do mesmo artigo, onde está prescrito que, “não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição”.

No caso dos autos, conforme reconhecido pelo acórdão, o prazo prescricional teve seu curso iniciado a 08 de dezembro de 1979, quando o crédito fiscal foi considerado definitivamente constituído.

Ajuizada a execução em agosto de 1983, com requerimento de citação por mandado, verificou-se inexatidão de endereço, debalde retificado pela exequente, por mais de uma vez. Finalmente, após frustradas todas as tentativas de citação da empresa ou de seus sócios, foi requerida a citação editalícia, em 13 de junho de 1986 (fl. 32), quando de há muito fluíra o lapso prescricional do art. 174 do CTN.

Incide, pois, a norma do mencionado parágrafo 4º, do art. 219, do CPC, frustrada que restou a citação por mandado, não se podendo atribuir tal circunstância a embaraços cartorários.

Inaplicável, pois, ao presente caso a jurisprudência trazida pela recorrente à colação, motivo pelo qual meu voto é no sentido de não conhecer do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.487 — SP — (90.00077788) — Rel. Min. Ilmar Galvão. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recda.: Mecânica de Precisão Genau Ltda. Adv. Drs. Adriana Moresco e Luiz Carlos Viana de Andrade Lima e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade não conheceu do recurso (em 10.10.90 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Hélio Mosimann e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Américo Luz.

RECURSO ESPECIAL Nº 4.703 — MG
(Registro nº 90.8251-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Banco Bradesco de Investimento S/A*

Recorrida: *Agropecuária Limeira Ltda.*

Advogados: *Drs. Marcina da Silva Maquine e outros e Carlos Tadeu Rodrigues*

EMENTA: NOTA PROMISSÓRIA E CONTRATO DE FINANCIAMENTO. DESCONFORMIDADE ENTRE O VALOR COBRADO E O CONSTANTE DOS TÍTULOS.

A dívida não deixa de ser líquida, se precisa, para saber em quanto importa, de simples operação aritmética.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de março de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: O E. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais de ofício julgou o exequente carecedor da execução, decretando a extinção dos embargos opostos pela de-

vedora, ao fundamento de que não se acham presentes os requisitos de liquidez e certeza, em face da desconformidade entre o *quantum* cobrado e o valor constante do contrato e da nota promissória.

Dessa decisão interpôs o embargado o presente recurso especial com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, aduzindo contrariedade aos arts. 583 e 586 do CPC e 1.533 do Código Civil, além de divergência jurisprudencial com aresto emanado do Excelso Pretório, inserto na RTJ 120/1.341. Afirmou, em síntese, que o valor dos acessórios estipulados no contrato podem ser facilmente apurados por simples operações aritméticas.

Apelo extremo admitido pelo despacho de fls. 110/111, subiram os autos com as razões do recorrente.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Para garantir o pagamento do principal e acessórios do débito contraído, a embargante emitiu u’a nota promissória no importe de Cz\$ 567.000,00. Quando do ajuizamento da execução, o Banco credor procedeu ao cálculo da dívida global ocorrente até aquela data, incluídos os acréscimos contratuais, chegando então ao montante de Cz\$ 484.839,58, inferior ao valor da cártula firmada.

O julgado recorrido concluiu pela iliquidez do débito ante a desconformidade existente entre a importância pleiteada e o constante dos títulos, anotando mais que o estabelecimento bancário não se preocupou em exigir o extrato de conta corrente da devedora.

Não se cuida, porém, aqui, de pagamentos parciais. A prestação exigida é uma só e o exeqüente, ao apontar o *quantum* devido, fez apenas somar ao principal os acessórios previstos no contrato de mútuo.

Ora, a cobrança de tais acréscimos não afeta a liquidez da obrigação, consoante entendimento reiterado da doutrina e da jurisprudência.

Para Humberto Theodoro Jr. “não são, porém, ilíquidos os títulos que, sem mencionar diretamente a quantia exata da dívida, indicam todos os elementos para apurá-la mediante simples operação aritmética em torno de dados do próprio documento. Destarte, a cláusula de juros, por exemplo, não retira a liquidez do título.” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. IV, pág. 181, ed. 1979).

Pontes de Miranda, lembrado pelo julgado trazido como paradigma, ressalta que “a dívida não deixa de ser líquida se precisa, para se lhe saber em quanto importa, de simples operação aritmética.” (in RTJ 120/1.343).

Em seu “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, Theotonio Negrão anota precedente jurisprudencial que se amolda à espécie vertente: “Acréscimos que podem ser apurados por simples cálculo do contador, como correção monetária e juros, não tiram a liquidez e certeza do débito” (Boletim AASP 1.152/9) (pág. 315, nota 4 ao art. 586, 20ª ed.).

Nesses termos, considerando ilíquida a dívida em questão, o Tribunal *a quo* vulnerou ao menos o art. 586 do CPC, uma vez que a exigência das parcelas acessórias não retira a liquidez e certeza ínsita nos títulos que são objeto da execução. Tanto que, feito o cálculo pelo ora recorrente à época da propositura do processo executivo, o *quantum* correspondente no dia de hoje já não é mais o mesmo. Nem por isso, todavia, se cogitará de iliquidez do débito.

Observe, por derradeiro, que o dissenso pretoriano não se viabiliza, porquanto as hipóteses focalizadas no *decisum* recorrido e no Acórdão padrão não se apresentam assemelhadas.

Ante o exposto, conheço do recurso pela letra “a” do autorizativo constitucional e dou-lhe provimento, a fim de que, afastada a carência, sejam apreciadas as demais questões, como de direito.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Estou de pleno acordo com o Eminentíssimo Ministro-Relator. Verifico que o Egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais, **de ofício**, em última análise está apreciando matéria que caberia à parte suscitar eventualmente, em embargos por excesso de execução.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.703 — MG — (90.8251-0) — Rel.: o Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro. Recte.: Banco Bradesco de Investimento S/A. Recda.: Agropecuária Limeira Ltda. Advs.: Drs. Marcina da Silva Maquine e outros e Carlos Tadeu Rodrigues.

Despacho: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento.” (4ª Turma — 26.03.91).

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Mins. Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Min. Bueno de Souza. Presidiu o Sr. Min. Athos Carneiro.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.766 — RJ
(Registro nº 90.083923)

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

Recorrente: *Município do Rio de Janeiro*

Recorridos: *Iracy Galloti Serra C. de Castro e outros*

Advogados: *Dr. Silvio Goldgewicht e outro*

Dr. Benedicto de Azevedo Barros e outros

EMENTA: ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PRETENDIDAS VANTAGENS FUNCIONAIS TIDAS COMO PREVISTAS NA LEI ESTADUAL Nº 14/60, ATÉ A EDIÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 100/69, COM CONSEQÜENTE CONDENAÇÃO DA FAZENDA AO PAGAMENTO DE EVENTUAIS DIFERENÇAS SALARIAIS.

Ação de natureza declaratória, quanto à primeira parte, insuscetível, por isso, de ser atingida pela prescrição.

Condenatória, entretanto, quanto ao pagamento de diferenças de vencimentos, circunstância que a sujeita à norma do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32.

Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Município do Rio de Janeiro, com fulcro nas letras “a” e “c”, do inciso III, do art. 105 da CF/88, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, confirmatório de sentença monocrática que reconheceu, a funcionários daquele Estado, o direito de recálculo de seus vencimentos com base na incorporação de triênios, no período compreendido entre a vigência da Lei Estadual nº 14/60 e do Decreto Estadual nº 100/69, condenando-o ao pagamento de diferenças relativas aos cinco últimos exercícios anuais.

Argüiu o recorrente que o v. acórdão nega vigência ao art. 479 do CPC, ao art. 1º do Decreto nº 20.910/32, bem como diverge da jurisprudência do STF, que cita.

O recurso, sem impugnação, foi admitido e devidamente processado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Dois pedidos foram cumulados na inicial: um, de natureza declaratória, relativo ao direito, de que se julgam os Recorridos titulares, de terem os seus vencimentos calculados, no período de outubro/60 até agosto/69, quando editado o Decreto-lei nº 100, pelo critério de incorporação sucessiva dos valores correspondentes aos triênios, como determinado pela Lei nº 14/60, e outro, condenatório, concernente às diferenças decorrentes do pretendido recálculo, não alcançadas pela prescrição quinquenal.

As diferenças em questão, como se percebe, dependem do reconhecimento do direito à retificação do cálculo de apuração dos vencimentos devidos.

Quanto à primeira parte, a ação é meramente declaratória.

As declaratórias, como se sabe, são ações que, no dizer de AGNELO AMORIM FILHO (*Rev. de Direito Processual Civil*, 4º vol., pág. 119), “não dão, não tiram, não proíbem, não permitem, não extinguem e nem modificam nada. Em resumo: não impõem prestações, nem sujeições, nem alteram, por qualquer forma, o mundo jurídico. Por força de uma sentença declaratória, no mundo jurídico nada entra, nada se altera, e dele nada sai”.

Assim, não são meios de reclamar uma prestação — o que é próprio das condenatórias — nem são, tampouco, meio de exercício de quaisquer direitos (criação, modificação ou extinção de um estado jurídico) — para o que existem as constitutivas. Visam apenas a obtenção de certeza jurídica, isto é, a proclamação judicial da existência ou inexistência de determinada relação jurídica, acrescenta o mencionado autor.

Daí ser fácil concluir que o conceito de ação declaratória é visceralmente inconciliável com os institutos da prescrição, que atingem as condenatórias, e de decadência, que golpeia as constitutivas: as ações dessa espécie não estão, e nem podem estar, ligadas a prazos prescricionais ou decadenciais.

Tanto assim é que, entre os vários prazos extintivos encontrados no art. 178 do Código Civil, não há um só que se refira a ações declaratórias propriamente ditas.

Daí haverem CHIOVENDA e FERRARA (invocados pelo excelente AGNELO AMORIM FILHO, na obra citada), concluído que o exercício da ação declaratória não se limita pela prescrição, nem pela decadência, mas apenas pela ausência do interesse de agir, o que ocorre quando, v.g., a ação condenatória correspondente já está alcançada pela prescrição. Essa, igualmente, a opinião de AGRÍCOLA BARBI, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil* (ed. Forense, 1977, I/187).

Aplicados esses ensinamentos ao caso sob exame, tem-se que a ação, na parte em que é meramente declaratória, i.e., naquela em que os autores buscam afastar dúvida acerca da existência de seu direito ao recálculo dos vencimentos, com base no diploma legal, não pode ser tida como alcançada pelo prazo extintivo do Decreto nº 20.910/32, prazo esse que somente diz respeito às ações sujeitas à prescrição e à decadência, institutos que, diga-se de passagem, à época da elaboração do mencionado diploma legal, não possuíam ainda contornos nítidos, tanto que os respectivos prazos aparecem sob um único título do Código Civil (art. 177 e 179).

Como é fácil de ver, o interesse à declaração, na hipótese examinada, continua vivo, já que viva persiste a pretensão condenatória relativa às diferenças de vencimentos, conquanto já limitada ao período não alcançado pela prescrição quinquenal do referido art. 1º, do Decreto nº 20.910/32.

Decidindo de acordo com esse entendimento, não merece qualquer censura o v. acórdão recorrido.

Conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.766 — RJ — (90.083923) — Relator: Ministro Ilmar Galvão. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrida: Iracy Galloti Serra C. de Castro e outros. Advogados: Silvio Goldgewicht e outro e Dr. Benedicto de Azevedo Barros e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento. (2ª Turma — 15.10.90)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Américo Luz. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Américo Luz.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.860 — SP

(Registro nº 90.086728)

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

Recorrente: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Recorrido: *Luiz Guimarães*

Advogados: *Dr. Solon José Ramos*

Drª Heloisa Albuquerque de Barros Braga e outros

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. TRABALHADOR NO GOZO DE APOSENTADORIA ESPECIAL, QUE SE VÊ NA IMPOSSIBILIDADE DE CONTINUAR PRESTAN-

DO O MESMO SERVIÇO, SOB PENA DE AGRAVAMENTO DE DISACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL JÁ INSTALADA.

Ausência de vedação legal à acumulação dos benefícios da aposentadoria especial e do auxílio-acidente, que têm causas diversas, decorrendo o primeiro do decurso de vinte e cinco anos de trabalho em condições desfavoráveis, e o segundo, da impossibilidade de o obreiro continuar trabalhando no mesmo serviço, sob pena de completa perda de audição.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda 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, 15 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O Instituto Nacional de Previdência Social interpôs o presente recurso especial, fundado no art. 105, III, letras "a" e "c", da CF/88, contra v. acórdão do egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, confirmatório de sentença pela qual foi reconhecido a segurado, portador de disacusia neurossensorial bilateral, o direito a auxílio-acidente, acumulado com aposentadoria especial.

Sustentou que se trata de surdez entre 31 e 50 decibéis, insuscetível de indenização, sendo certo que a aposentadoria especial, no caso, é considerada invalidez presumida, sendo inacumulável com o pretendido auxílio, já que inexistente na Lei nº 6.367/76, benefício superior a 100%, pela mesma causa laboral ou ambiental.

Aduziu que o v. acórdão, ao decidir pela acumulação, negou vigência aos arts. 2º, 6º e 9º, da Lei nº 6.367/76, além de ter entrado em divergência com a jurisprudência que indicou.

O recurso foi admitido pela alínea “a” e regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Trata-se de trabalhador que foi obrigado a afastar-se do serviço, que exercia há mais de 25 anos, e em razão do qual, inclusive, obtivera o benefício da aposentadoria especial, a fim de evitar a progressão da perda auditiva já instalada.

Em consequência, pleiteia auxílio acidente.

Para confirmar a sentença, concessiva do benefício, assim se fundamentou o v. acórdão recorrido:

“A prova técnica foi unânime em diagnosticar o mal como disacusia neurossensorial bilateral. Não importa assim o grau de diminuição da acuidade auditiva, porque presente se encontra a dor ou o desconforto ao ambiente sonoro. Ora, ocorrendo quadro de desconforto e de dor a índices sonoros mesmo inferiores ao índice mínimo previsto no Anexo III, do Decreto nº 79.037/76, não se pode negar que o ambiente hostil, por ocasionar doença que se agrava progressivamente, deve ser afastado, sob pena de acarretar a surdez total.

Por esse motivo, a jurisprudência consolidou entendimento de que o referido Anexo é meramente exemplificativo, devendo cada infortúnio ser considerado isoladamente. A redução auditiva, no caso dos autos implica em verdadeira redução da capacidade de trabalho, vez que, com esse quadro clínico, sofre prejuízo real diante do mercado de trabalho.

Finalmente, a cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria especial é perfeitamente cumulável, conforme já decidiu esta Câmara na Apelação nº 234.538, julgada em 26/4/89, em que figurou o signatário como relator”.

Quanto à questão dos limites de decibéis, é também pacífico nesta Corte o entendimento de que não podem eles servir de embaraço ao benefício acidentário, por tratar-se de requisito instituído por força de

regulamento, que não pode exorbitar da lei. Confira-se, a propósito, o seguinte acórdão:

“ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. SEQÜELAS 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 III, QUADRO Nº 02; 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 6.367/76.

III — Recurso Especial conhecido o provido”.

(REsp 1.387-RJ — Relator: Ministro Carlos M. Velloso. Julg. 2ª Turma 22.11.89, *in* DJU 11.12.89).

Acresce que, no caso sob exame, está-se diante de disacusia suscetível de agravar-se em face das condições reinantes no ambiente de trabalho.

O acúmulo de benefícios, por outro lado, ao contrário do entendido pelo Recorrente, não contraria a lei e está em perfeita consonância com a lógica e o bom senso.

Com efeito, considerando-se que o beneficiário de aposentadoria especial tem o direito de continuar trabalhando no prol da melhoria de suas condições de vida, e tendo-se em conta que o Recorrido se vê na impossibilidade de continuar no desempenho de tarefas às quais se acha afeiçoado e que, por isso mesmo, lhe propiciam melhor remuneração, nada mais razoável do que reconhecer-lhe o direito de receber, a título de indenização pela redução de sua capacidade de trabalho, o benefício complementar que pleiteia.

Assim, se o direito ao benefício da aposentadoria decorre exclusivamente de haver trabalhado, durante vinte e cinco anos, em ambiente

desfavorável, o auxílio-acidente tem por causa a impossibilidade de continuar trabalhando no mesmo serviço, sob pena de completa perda da audição. Inexiste incompatibilidade entre as duas situações, razão pela qual não há vedação legal ao acúmulo dos benefícios.

Os dispositivos legais tidos por contrariados, de outra parte, não têm aplicação ao caso.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.860 — SP — (90.086728) — Relator: Ministro Ilmar Galvão. Recorrente: Instituto Nacional de Previdência Social-INPS. Recorrido: Luiz Guimarães. Advogados: Dr. Solon José Ramos e Dr^a Heloisa Albuquerque de Barros Braga e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (2^a Turma — 15.10.90)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Américo Luz. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Américo Luz.



RECURSO ESPECIAL 4.932 — RN (Registro nº 90.0008869-0)

Relator: *O Senhor Ministro Costa Leite*

Recorrente: *José Francisco Cerqueira*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*

Advogado: *Dr. Herbat Spencer B. Meira*

EMENTA: Processo Penal. Júri.

Inquirição em plenário de testemunhas não arroladas na contrariedade ao libelo. Se o Juiz Presidente reputa necessária a providência para o completo esclarecimento da verdade, deve determiná-la, na conformidade do disposto no art. 497, XI, do CPP.

Trata-se de atribuição consentânea com a busca da verdade real, que norteia o processo penal. Inocorrência de nulidade. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial por ambas as alíneas 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, 23 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de recurso especial convertido de recurso extraordinário manifestado por JOSÉ FRANCISCO CERQUEIRA, com espeque no art. 119, III, "a" e "d", da Constituição então vigente, contra acórdão da e. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Sustenta-se, em suma, que a decisão recorrida, ao prover apelação do Ministério Público, para anular o julgamento do Júri, reconhecendo a ocorrência de nulidade posterior à pronúncia, consistente na inquirição em plenário de duas testemunhas não arroladas na contrariedade ao libelo, negou vigência aos arts. 497, XI e 563, do Código de Processo Penal, além de dissentir de julgado do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Inadmitido recurso, pelo r. despacho de fls. 303/304, foi interposto agravo de instrumento, ao qual dei provimento, determinando a subida dos autos, para melhor exame.

Subindo os autos, neles oficiou o Ministério Público Federal, cujo parecer, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral Doutora Márcia Domitila Lima de Carvalho, é pelo improvimento do recurso.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): — Arroladas pela acusação, as testemunhas Josemar Xavier de Moraes e Maria do Socorro Fabrício de Moraes foram ouvidas na fase do *iudicium accusationis* (fls. 49 e 66), vindo a defesa a requerer a oitiva delas em plenário, com o propósito declarado de repor a verdade sobre o fato em julgamento, porquanto teriam procurado o réu e afirmado que foram instruídas a depor inverdades (fl. 254).

Na ata do julgamento, consignou o MM. Juiz:

“... que o pleito formulado pelo advogado do acusado, qual seja, a ouvida em Plenário do Júri, das pessoas de Josemar Xavier de Moraes e Maria do Socorro Fabrício de Moraes, se constituía em fato indispensável ao maior esclarecimento da verdade” (fl. 277).

Tais as circunstâncias, com o Juiz reputando necessária a inquirição das referidas testemunhas em plenário, para o completo esclarecimento da verdade, não se há falar em nulidade.

Com efeito, entre as atribuições do presidente do Tribunal do Júri, inscreve-se a de ordenar de ofício, ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade, nos termos do art. 497, XI, do CPP.

Trata-se de atribuição consentânea com a busca da verdade real, que norteia o processo penal. Justo por isso que o Código de Processo Penal conferiu ao Juiz amplos poderes no campo da prova, como se lê na própria Exposição de Motivos:

“(...) O Juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem ser úteis ao esclarecimento da verdade.”

A propósito, vem a talho o abalizado magistério de Frederico Marques, aludindo especificamente ao Júri:

“As justificativas tão abundantes do legislador processual, ‘na exposição de motivos’ sobre esses poderes do juiz, não provieram de entender ele que à pessoa a quem está afeto o julgamento não se podem recusar tais funções inquisitivas. Ao revés, foi por julgar necessário demonstrar que o juiz pode decidir e produzir provas que exarou todo o item VII da ‘exposição de

motivos'. O que se fazia imprescindível explicar era justamente que o juiz por ter de manter-se imparcial e sereno não está manifestado e transformado em simples espectador da luta forense. Desde, porém, que o juiz não vai decidir sobre a existência do crime e sobre a respectiva autoria, nenhum obstáculo se lhe pode criar no tocante à produção de provas e em relação a tudo o que possa contribuir para melhor esclarecer os juízes de fato." ('O Júri no Direito Brasileiro', Editora Saraiva, 2ª edição, pág. 289).

De inteira pertinência, ainda, o entendimento manifestado por Hermínio Marques Porto, no seguinte relanço:

"Pode o Juiz Presidente, por iniciativa própria, incluir prova na instrução em Plenário, como meio integral conhecimento da verdade pelos jurados (Art. 497, XI). A iniciativa do Juiz — e é evidente que não perde este caráter quando inspirada em sugestão das partes — tanto pode ser expressada no momento do recebimento do libelo ou de sua contrariedade (de ofício, art. 425), como posteriormente". ('Júri: Procedimento e aspectos do julgamento', Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, pág. 120).

Impende reconhecer, pois, que o v. acórdão recorrido ao anular o julgamento do Júri, em face de as aludidas testemunhas não terem sido arroladas na contrariedade ao libelo, negou mesmo vigência ao art. 497, XI, do CPP, restando prejudicada a questão relativa à inexistência de prejuízo para a acusação.

Destarte, e perfeitamente caracterizado o dissídio jurisprudencial, conheço do recurso, por ambas as alíneas, dando-lhe provimento, para cassar o acórdão e restabelecer a sentença, proferida consoante o veredicto absolutório do Júri.

É como voto, Senhor Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.932 — RN — (90.0008869-0) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: José Francisco Cerqueira. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Adv.: Dr. Herbat Spencer B. Meira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial por ambas as alíneas e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (6ª Turma — 23.04.91).

Votaram os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, William Patterson e José Cândido. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.952 — MG

(Registro nº 90.0008893-3)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Três Pontas Edições Musicais Ltda.*

Recorrido: *Hugo Rodrigues da Cunha*

Advogados: *Drs. Antônio Olímpio Nogueira e outros*

Drs. Urquiza Antônio de Farias Alvim e outros

EMENTA: Direitos autorais — Utilização de peça musical, em propaganda política, sem autorização. Indenização.

O dano resulta do fato mesmo do uso da obra, sem o pagamento da retribuição devida. Dispensável a prova de prejuízo.

O intuito de lucro, previsto no artigo 73 da Lei 5.988/73, refere-se a espetáculos e audições públicas. A transmissão por rádio ou televisão a isso não se condiciona para que seja exigível o pagamento de direitos autorais. De qualquer sorte, serão devidos quando se vise a proveito, como o é a conquista de eleitores, em campanha política.

Sendo a violação do direito de autor um ato ilícito, respondem solidariamente os que participaram de sua prática.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, pela alínea “a”, e lhe dar

provimento para julgar procedente, em parte, a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 19 de março de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de ação de cobrança, ajuizada por TRÊS PONTAS EDIÇÕES MUSICAIS LTDA., contra HUGO RODRIGUES DA CUNHA, pretendendo ressarcir-se por danos morais e materiais, em consequência de o réu ter-se utilizado, em campanha política, da obra lítero-musical, “Carta à República”, sem autorização da autora, titular dos direitos autorais.

Em primeiro grau, foi julgado improcedente o pedido, decisão confirmada em segundo, por entender-se “que o réu não se utilizou da obra com fins lucrativos” e tampouco causou danos aos autores. Advindo embargos declaratórios, foram rejeitados, à unanimidade, pela Terceira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Interposto recurso especial, alegou-se violação aos artigos 130, 165 e 458 do Código de Processo Penal, este, quando da rejeição dos embargos, por não apreciado o item XXVII, do art. 5º da Constituição, e de dispositivos da Lei 5.988/73.

Admitido o recurso, subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Direitos autorais — Utilização de peça musical, em propaganda política, sem autorização. Indenização.

O dano resulta do fato mesmo do uso da obra, sem o pagamento da retribuição devida. Dispensável a prova de prejuízo.

O intuito de lucro, previsto no artigo 73 da Lei 5.988/73, refere-se a espetáculos e audições públicas. A transmissão por rádio ou televisão a isso não se condiciona para que seja exigível o pagamento de direitos autorais. De qualquer sorte, serão devidos quando se vise a proveito, como o é a conquista de eleitores, em campanha política.

Sendo a violação do direito de autor um ato ilícito, respondem solidariamente os que participaram de sua prática.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Litiga-se a propósito da utilização da obra lítero-musical denominada "Carta à República", de autoria de Milton Nascimento e Fernando Brant, cujos direitos autorais patrimoniais foram cedidos à ora recorrente. A cessionária pleiteou indenização, por danos morais e materiais, em virtude de o ora recorrido haver-se valido daquela composição, como fundo musical, em sua campanha política, na disputa da Prefeitura do Município de Uberaba.

O acórdão, confirmando a sentença, deu pela improcedência da ação. Salientou que o réu não visara a fim lucrativo e que nenhum prejuízo resultara à autora ou aos compositores por ela representados que, pelo contrário, teriam usufruído de propaganda gratuita das músicas, com sua divulgação. Dano moral também não ocorrera.

Alega-se no especial, em primeiro lugar, violação ao artigo 458 do Código de Processo Civil, quando rejeitados os embargos, sem que se examinasse o disposto no artigo 5º, XXVII da Constituição, bem como nos artigos 130 e 165 do Código de Processo Civil.

Não tem razão a recorrente. A decisão recorrida considerou desnecessária a produção de provas, posto que, nas circunstâncias, haveria elementos bastantes e a prova haveria de ser trazida com a inicial. Teve como não demonstrado qualquer prejuízo e inexistente o intuito de lucro. Com base nisso, rejeitou o pedido. Pode-se, eventualmente, discordar dos fundamentos apontados mas não negar que existam.

Sustenta-se, ainda, que o aresto que se intenta reformar teria contrariado diversas normas contidas na lei que regula os direitos autorais. É o que se passa a examinar.

Afirmou-se, no acórdão, que não teria havido prejuízo com a transmissão da peça musical. Em conseqüência, não seria devida indenização. Com a devida vênia, não se requeria, no caso, demonstração do dano, que este deriva diretamente do fato mesmo da utilização da obra, sem autorização e, por conseguinte, sem o pagamento dos direitos autorais.

Salientou a circunstância o então Vice-Presidente do Tribunal de Minas, ilustre Desembargador JOSÉ FERNANDES FILHO, citando acórdão onde se mostra que dispensável qualquer prova de prejuízo, na medida em que o infrator privou o titular do direito de receber a remuneração a que tinha direito.

O argumento de que resultaria mesmo um proveito, decorrente da divulgação da obra, já foi examinado, na França, por Eugène Pouillet que o repeliu com certa veemência, valendo transcrever trecho do escrito:

“C'est là un argument qui ne saurait nous toucher. Il nous semble que c'est faire bien marché de droit de propriété, du droit privatif de l'auteur, et en autoriser la violation. D'une autre part, il est clair, comme nous le disions tout à l'heure, que l'oeuvre ainsi reproduite s'avilit, se déprécie presque forcément.”

apud Fábio Maria de Mattia — Estudos de Direito de Autor — Saraiva — 1975 — p. 76 —

A prevalecer o entendimento, não haveria mais como cobrar direitos autorais. A violação tornar-se-ia a regra. A norma que condiciona a execução de composições musicais à autorização do autor estaria nulificada.

O dano, repita-se, reside *in re ipsa*. No fato mesmo de o autor deixar de receber o que lhe é devido. Não se obedecendo à determinação legal, de que necessária sua autorização, o infrator haverá de indenizá-lo.

Sustenta-se, de outra parte, que não haveria lucro ou intuito de lucro.

Tem a doutrina criticado, e com razão, condicione-se a exigibilidade de pagamento de direitos autorais, à circunstância de, aquele que se utiliza da obra, visar à percepção de lucro. Se alguém pretende montar espetáculo, com objetivos benemerentes, por certo que estará a merecer louvores. Não se pode, entretanto, obrigar o autor da obra a também ser filantropo (a propósito: Antônio Chaves — Nova Lei Brasileira de Direito de Autor — Rev. Trib. — 1975 — p. 47). Há que se ter em conta, porém, o texto legal.

Cabível, a meu entendimento, proceder a análise do que se contém no artigo 73 da Lei 5.988/73, do que resultará uma distinção, decorrente da própria interpretação literal. A intercalada “que visem a lucro direto ou indireto” não se refere a todo o dispositivo, mas apenas a representações ou execuções em espetáculos e audições públicas. Não se trata de uma enumeração de hipóteses de transmissão ao público que se possa

vincular à frase “que visem a lucro”. Gramaticalmente impossível dizer-se “não poderão ser transmitidos pelo rádio... que visem a lucro”.

A exegese gramatical, em regra apenas o primeiro passo, quando se busca o sentido da norma, conduz, no caso, a distinção justificável. A representação privada de uma peça teatral, ou a execução de composição musical, não se compararam com a transmissão por rádio ou televisão. Para as primeiras, pode fazer sentido cogitar-se do intuito de lucro. Descabida qualquer tentativa de distinção, fundada em tal critério, quando se trate daquela outra forma de transmissão. Creio que a ninguém ocorreria fosse lícito, a uma emissora, forrar-se ao pagamento de direitos autorais, com fundamento em que seus objetivos seriam apenas culturais, não perseguindo proveito econômico.

Este argumento já bastaria, a meu sentir, para afastar a alegação do réu, acolhida pelo acórdão. Há mais, entretanto. Inadequado emprestar à expressão “lucro direto ou indireto”, sentido estrito, de imediato proveito econômico, mensurável em dinheiro. A obtenção de uma vantagem, de um ganho, não necessariamente pecuniário, poderá, consoante as circunstâncias, ser bastante para justificar a exigência do pagamento, ainda que não se trate de transmissão por rádio, televisão ou outro meio análogo. O caso dos autos parece-me um deles. Em campanha política, o réu valeu-se da peça já mencionada, com a finalidade óbvia de conquistar os eleitores e ser por eles escolhido. Não se nega que o candidato — no caso, o recorrido — possa estar animado dos mais generosos propósitos de servir à comunidade. Esta questão não se impõe a exame. Importa que, para alcançar objetivo que se colocou, para ajudá-lo a ganhar as eleições, serviu-se do trabalho alheio, sem cuidar de remunerá-lo ou de obter autorização de quem o pudesse fazer. Compelir o autor a também colaborar é que não parece razoável.

Considero, pois, que houve violação ao artigo 73 da Lei 5.988/73, sendo devida a indenização. Esta, entretanto, restringe-se exclusivamente à ofensa aos direitos patrimoniais. Danos morais não podem ser pretendidos pela autora, pessoa jurídica cessionária dos direitos. Relativamente àqueles, legitimados estão apenas os compositores de letra e música.

Alegou-se que o pagamento dos direitos autorais já se fazia normalmente, pela emissora, ao ECAD, outro não sendo devido. Não procede o argumento. Aquele se refere à simples transmissão da música, visando às finalidades rotineiras de recreação. Coisa inteiramente diversa é apropriar-se alguém da obra, para dela valer-se em campanha publicitária. O uso é inteiramente distinto.

Resta uma questão. A produção do programa seria responsabilizada do partido político, a que vinculado o réu, e só ele poderia ser respon-

sabilizado. Sucede que a violação de direitos autorais constitui ato ilícito. Induidoso que de sua prática participou o réu, principal beneficiário. A responsabilidade é solidária, nos termos do artigo 1.518 do Código Civil.

Conheço do recurso pela letra “a”. O dissídio não me parece suficientemente comprovado. O acórdão citado a fls. 138/139, embora solucionando de modo diverso a mesma questão jurídica, não se refere aos textos legais ora aplicáveis.

Dou provimento para julgar procedente em parte a ação, condenando-se o réu ao pagamento de indenização pela utilização da obra sem autorização e sem recolhimentos das importâncias correspondentes aos direitos autorais. A apuração do respectivo *quantum* far-se-á em liquidação. Tendo em vista a sucumbência recíproca, cada parte suportará os honorários do respectivo advogado e metade das custas do processo.

Transitado este em julgado, remetam-se os autos ao Supremo Tribunal Federal já que, apenas parcialmente provido o especial, não ficou prejudicado o extraordinário.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.952 — MG — (90.0008893-3) — Rel.: Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Três Pontas Edições Musicais Ltda. Recdo.: Hugo Rodrigues da Cunha. Advs.: Drs. Antonio Olimpio Nogueira e outro e Urquiza Antonio de Farias Alvim e outros.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, pela alínea “a”, e lhe deu provimento para julgar procedente, em parte, a ação”. (3ª Turma — 19.03.91)

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.037 — SP (Registro nº 90.9018-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Zarif Canton Engenharia Ltda.*

Recorridos: *Seima Kato e cônjuge*

Advogados: *Udo Ulmann e outros e Paulo César de Carvalho Rocha e outros*

EMENTA: PROVA. DIREITO À PRODUÇÃO.

Se a pretensão do autor depende da produção da prova requerida esta não lhe pode ser negada, nem reduzido o âmbito de seu pedido com um julgamento antecipado, sob pena de configurar-se uma situação de autêntica denegação de Justiça.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves, conhecer do recurso especial 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, 04 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): O presente recurso especial foi interposto com esteio na letra “a” do permissivo constitucional e alegação de ofensa aos artigos 1º, 2º, 131, 332, 342, 355, 400, 426, 437, 440, 446, II, 450 a 457, todos do Código de Processo Civil.

No despacho de admissão, justificou o Sr. Presidente:

“2. Estão presentes, na espécie, os requisitos de admissão.

A autora, ora recorrente, pretende a revisão pelo Judiciário do índice de indexação de todas as parcelas do preço estipulado em compromisso de cessão de direitos de parte ideal de terreno e promessa de venda e compra de benfeitorias celebra-

do com os réus. O pedido se assenta no desequilíbrio na relação comutativa original, causada pelo chamado “Plano Cruzado”, pois durante um ano as receitas não teriam sido reajustadas, mas os custos (materiais e mão-de-obra) aumentaram consideravelmente, acarretando à empreendedora onerosidade excessiva. Para demonstração do afirmado desequilíbrio contratual, foi requerida a produção de prova técnica.

O julgador de primeira instância autorizou a dilação probatória, sendo tal decisão impugnada.

A Colenda Nona Câmara Civil deste Tribunal deu provimento ao agravo interposto pelos demandados, concluindo que os dados necessários ao deslinde da causada já estariam nos autos. No acórdão pelo qual foram rejeitados os embargos declaratórios ficou explicitado que “o Código de Processo Civil impõe ao julgador o dever de afastar os atos processuais sem significação para a composição do litígio, pelo que, ao determinar o julgamento no estado do processo, a turma julgadora simplesmente subsumiu a hipótese dos autos ao preceito legal...” (fl. 1.334).” (fls. 1.383/1.384).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: PROVA. DIREITO À PRODUÇÃO.

Se a pretensão do autor depende da produção da prova requerida esta não lhe pode ser negada, nem reduzido o âmbito de seu pedido com um julgamento antecipado, sob pena de configurar-se uma situação de autêntica denegação de Justiça.

O EXMO. Sr. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Como razão de decidir entendeu a Nona Câmara Civil do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Como mostram a inicial e a contestação, a composição da lide resume-se na definição do alcance da cláusula 11^a, § 3^o, do contrato celebrado pelas partes a qual cuida da utilização pela agravada de outros índices de atualização do preço, entre os quais se inclui os referentes à construção civil editados pela Fundação Getúlio Vargas (cf. fls. 402/403).

Se os agravantes não impugnaram esses índices, mas, apenas, sua aplicabilidade, pode o julgador, independentemente de qualquer prova, decidir sobre a pretensão da agravada. Os réus admitem a diferença entre o índice de reajustamento pelas ORTNs, como consta do contrato, e o do custo da construção civil, tanto que sua defesa, neste ponto, centra-se no conhecimento dessa diferença pela autora, afirmando que “é indúvidoso, em conseqüência, que embutiu no preço negociado com os réus acréscimo destinado a compensar a já conhecida e previsível defasagem entre os índices” (fl. 114).

Considerando que os agravantes entendem que a referida cláusula contratual não permite a opção pelos índices editados pela Fundação Getúlio Vargas, ao julgador não resta outro caminho, a não ser o de decidir se aquela cláusula dá à autora o direito de optar pelo índice reclamado e, se for o caso, o eventual alcance da pretendida correção do preço da unidade residencial adquirida pelos réus.

Tal julgamento, repita-se, independe das provas requeridas pela ora agravada.

Do mesmo modo, o pedido alternativo, de rescisão do contrato, independe de prova.” (fls. 1.312/1.313).

O pedido da recorrente, porém, não se resume à simples aplicação do contrato, ou dos reajustes previstos na cláusula contratual.

A pretensão tem sede na teoria da imprevisão decorrente dos efeitos do chamado “Plano Cruzado”, em especial do desequilíbrio “da relação da comutatividade do contrato”, sobretudo em razão da falta de materiais de construção, o que elevou seus preços a níveis muito superiores à receita da incorporação empreendida.

Para a demonstração do que alega em sua longa inicial pediu a recorrente a instauração de amplo estágio probatório, “com depoimento pessoal, oitiva de testemunhas, perícias, vistorias, inspeções e requisições de informações a órgãos oficiais”.

Esta é a controvérsia.

Parece-me entretanto, despropositada a frustração, *ab initio*, do pedido da autora, limitando-se o Judiciário a meramente interpretar o contrato naquilo que as partes parecem não ter dúvidas, ou seja, a atualização do preço dos apartamentos com base em Obrigações do Tesouro Nacional. A limitação do pedido corresponde a uma injustificável denegação da prestação jurisdicional.

O direito à prova, por outro lado, é uma decorrência natural do direito à jurisdição, e, no caso específico, somente com a produção de prova o pleito poderia ser apreciado e julgado.

Diante do exposto, tenho por contrariados os dispositivos legais indicados e, assim, conhecendo do recurso, dou-lhe provimento para restabelecer a decisão de primeiro grau.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Com a vênua devida ao Sr. Relator, não conheço do recurso especial. Dele não conheço, porque não tenho meios para subsumir a espécie nos artigos de lei apontados pela recorrente.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, embora entenda que até a prova pericial pudesse ficar para uma eventual execução, no caso de se vir a dizer que incidiriam os índices da construção civil, entendo realmente violado o princípio da produção de prova.

De modo que, acompanho o Sr. Ministro Relator, *data venia* de V. Ex^a.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.037 — SP — (90.9018-0) — Rel.: O Exm^o Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Zarif Canton Engenharia Ltda. Recdo.: Seima Kato e cônjuge. Advs: Udo Ulmann e outros e Paulo César de Carvalho Rocha e outro.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves (em 04.12.90. 3^a Turma).

Os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

RECURSO ESPECIAL Nº 5.177 — SP
(Registro nº 90.9336-8)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrido: *Odécio Luiz Zapparoli*

Advogados: *Jurandir Fernandes de Sousa e outros e Hugo Mósca e outros*

EMENTA: DIREITO PRIVADO. PENHOR MERCANTIL. TRADIÇÃO REAL. ENTREGA DA COISA A TERCEIRO. RESPONSABILIDADE DO CREDOR. PAGAMENTO DA DÍVIDA. DEVOUÇÃO DO PENHOR.

Não há contrariedade ao art. 274 do Código Comercial se a tradição do penhor aperfeiçoou-se, de forma efetiva ou real, pela entrega da coisa a terceiro que a teve “em nome e à ordem” do credor pignoratício, consoante entendimento de antiga, porém boa, doutrina e jurisprudência.

O titular do direito real de penhor com a posse mediata da coisa continua equiparado, nos termos da lei comercial (art. 276 do Cód. Com.), ao depositário, respondendo pela devolução ou pela indenização da coisa após o pagamento da dívida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, por unanimidade, conhecer do recurso especial, pelo dissídio, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. Sr. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Banco do Brasil S/A, com suporte na letra “a” — contrariedade ao art. 274 do Código Comercial — e na letra “c” — divergência com o acórdão, no RE nº 105.830-7, do S.T.F. (RTJ 122/1.059), e com o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo na Ap. nº 86.942-1 (cópia às fls. 216/8 dos autos) —, ambas, alíneas da permissão constitucional.

Argumenta o recorrente que a ação ordinária de ressarcimento do valor de 1.500 (hum mil e quinhentas) sacas de café beneficiado, especificado nos autos, desaparecidas em poder de terceiro depositário, falido, não poderia ser julgada procedente, visto não ter havido a tradição do bem apenhado, nem culpa do credor pela perda do penhor.

O recorrido, em sua impugnação ao recurso extremo, diz pretender o Banco do Brasil exonerar-se da responsabilidade de restituir o bem, decorrente da liquidação da dívida.

Foi o recurso admitido e processado regularmente.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Ao dar seguimento ao presente especial sublinhou a digna Presidência do Tribunal de origem, haver controvérsia sobre o tema, inclusive, no âmbito daquela Corte Estadual:

Examinarei.

Fundamentou-se assim o acórdão recorrido:

“O que a alentada argumentação recursal está a sustentar é, notadamente, não ter ocorrido culpa do credor pignoratório na perda do café penhorado: nem culpa contratual, nem extracontratual ou aquiliana. Culpa contratual não teria havido porque a coisa empenhada não foi entregue ao credor; nenhuma das espécies de tradição admitidas para o penhor mercantil

estaria caracterizada no procedimento pelo qual a garantia foi deixada com terceiro depositário sem passar pelas mãos (ou posse direta) do credor.

A linha de argumentação empregada tem aspecto, *data venia*, de evasiva da responsabilidade de restituir o bem uma vez liquidada a dívida porque, a prevalecer tal entendimento, o próprio sistema ou tipo contratual que o Banco do Brasil impõe (fls. 13), estaria a prover a irresponsabilidade do credor — a desvencilhá-lo da obrigação devolutória, deformando e desmanchando a estrutura do penhor. É que as cláusulas 7ª e 19ª da fórmula contratual oferecida pelo Apelante prevê, exatamente, diversas modalidades de penhor com entrega do café a terceiro depositário e sem posse do credor.

O defeito do argumento vai, fundamentalmente, da suposição de ser a posse puro fato (detenção física), quando na verdade se trata de um direito, cuja consistência é o exercício das faculdades compreendidas no domínio. Transmitem-se tais faculdades. E é na transmissão da posse, direta ou indireta, que está a essência da tradição. Prova disso é que a lei, em disposição que transcende a dicotomia convencional (civil, mercantil, agrário) pois versa princípio de aquisição — a lei adverte da equivalência entre tradição e posse indireta em diferentes casos (CC art. 621, § único); entre estes o do constituto-possessório e o da cessão de direito de restituição quando a coisa entregue se encontra na posse de terceiro.

Na causa em exame, o café empenhado foi entregue a um terceiro, em depósito, mas pactualmente e “em nome e à ordem” do credor pignoratício: consensualmente porque o ato de depósito de fls. 17 é anexo ao contrato de penhor (cf. fls. 14) e por conseguinte elemento integrante do contrato o credor assina o depósito cujo instrumento se absteve de assinar; e o depósito se fez em nome e à ordem do anuente credor, o que significa: foi o credor, ora Apelante, quem o fez — tudo de acordo com a cláusula 19ª do contrato que diz: “No caso de a garantia se constituir de cafés beneficiados em lotes corrigidos, entregues em penhor mercantil, nos termos da cláusula 7ª retro, a mercadoria respectiva será confiada à guarda e conservação do depositário escolhido de comum acordo entre as partes, e que a receberá em nome do financiador, mediante termo de compromisso a ser firmado para integrar o presente contrato”. Esta cláusula 19ª foi cumprida. Não se vê como poderia o Apelante escapar-se agora à responsabilidade pelo penhor perdido.

Vale ainda anotar que na responsabilidade contratual não conta a culpa. O que se convencionou chamar 'culpa contratual', outra coisa não é que o descumprimento da obrigação, objetivamente considerado onde não se investiga elemento subjetivo e onde a isenção de responsabilidade se imputa igualmente a causas objetivas (caso fortuito e força maior). Daí a pouca relevância de todo o discurso recursal dedicado à culpa.

São estas as razões por que ao recurso é negado provimento" (fls. 263/265).

Não vejo ofensa ao art. 274 do Código Comercial no aresto flanqueado. Esse dispositivo prescreve: "A entrega do penhor pode ser real ou simbólica, e pelos modos por que pode fazer-se a tradição da coisa vendida (art. 199)." Sustenta o recorrente que dizer-se ser real a entrega seria absurdo porque o Banco jamais teve o café em suas mãos e, por outro lado, que não houve a tradição simbólica porque: "O art. 200, do Código Comercial, arrola as hipóteses em que se dá a tradição simbólica, e nenhuma delas se ajusta à maneira como se operou a tradição do penhor oferecido pelo recorrido" (a cópia é de trecho do recurso especial).

Vê-se que aparentemente o Banco admite ter havido a tradição do objeto do penhor, mas argumenta não ter-se verificado a tradição simbólica porque a forma pactuada não se enquadraria em nenhum dos casos previstos no art. 200 do Código Comercial.

Leia-se o que está escrito na estipulação legal:

"Art. 200 (**tradição simbólica**) — Reputa-se mercantilmente tradição simbólica, salvo a prova em contrário, no caso de erros, fraude ou dolo:

1º — a entrega das chaves do armazém, loja ou caixa, em que se achar a mercadoria ou objeto vendido;

2º — o fato de pôr o comprador a sua marca nas mercadorias compradas, em presença do vendedor ou com o seu consentimento;

3º — a remessa e aceitação da fatura, sem oposição imediata do comprador;

4º — a cláusula — **por conta** — lançada no conhecimento ou cautela de remessa, não sendo reclamada pelo comprador dentro de três dias úteis, achando-se o vendedor no lugar onde se receber a cautela ou conhecimento, ou pelo segundo correio ou navio que levar correspondência para o lugar onde ele se achar;

5º — a declaração ou averbação em livros ou despachos das estações públicas a favor do comprador, de acordo de ambas as partes”.

Para quem tem pequena experiência no trato da interpretação da lei, não é difícil constatar que se cuida de um rol exemplificativo, não excludente de outras formas estipuladas no contrato.

Carvalho de Mendonça, a propósito, lecionava: “Realizar-se a tradição da coisa vendida pelo modo ou forma estipulados pelos contratantes. Este é o princípio. É a tradição chamada consensual, e que nos parece melhor dizer convencional” (“Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, vol. VI, Parte II, Rio de Janeiro, 1927, Typ. do Jornal do Comércio, p. 72).

E contudo, explica, na falta de ajustamento expresse operar-se a tradição por três formas: a) “Pela entrega material da coisa vendida”; b) “Pela transferência dos documentos ou títulos que representem a mercadoria vendida” (nesse caso, segundo o grande comercialista tem-se a verdadeira “tradição virtual ou simbólica”); e c) “Pelo modo por que estiver em uso no lugar”. (Ob. cit. ps. 74/75).

Finalmente, no ponto ao qual quero chegar, pontifica:

“657. O Cód. Com., no art. 199, admite ainda a tradição pela entrega simbólica, e no art. 200 enumera os casos em que presumtivamente existe esta tradição, com os mesmos efeitos da que denomina real.

Preliminarmente, temos a notar que estas diversas formas de tradição, expressas no Cód. Com., não se alistam em antítese umas das outras. A linguagem do código é lamentável: acha-se a **tradição real** nos casos da **simbólica**, onde ele parece ver a **real**, e eis a razão por que se tem condenado a distinção meramente escolástica da tradição em real e simbólica, consensual, hoje discordante de princípios científicos exatos. O Cód. Civil não conhece a tradição simbólica.

Devemos, ainda, observar que as disposições legais a esse respeito não são taxativas, mas simplesmente exemplificativas ou de ordem demonstrativa” (ob. cit. p. 75).

Dito isto, creio não precisar estender-me mais, porque no acórdão recorrido está consignado terem as cláusulas 7ª e 19ª da cédula contratual disposto sobre a modalidade de entrega do café a terceiro depositário, sem a posse direta do credor. E nos autos se acha o “compromisso de depositário” (fls. 17), onde se lê que o depositário se obriga a guardar

“em nome e à ordem do Banco do Brasil S/A” as mercadorias oferecidas em penhor, além do “recibo de depósito dos bens apenhados”, “gravados de penhor mercantil, a favor do Banco do Brasil S/A” (fls. 18).

Nessa altura, é oportuno destacar que, para alguns autores (v.g. Fran Martins, *in* “Contratos Mercantis”, e Guilherme Haddad, no verbete “Penhor Mercantil”, no Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. XXXVI, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 19, p. 342), o art. 247 do Cód. Comercial foi revogado pela lei de falências de 1929 (Dec. nº 5.746, de 9.12.29), que, em seu art. 92, I, só conferiu privilégio especial aos credores pignoratícios sobre as coisas entregues em penhor, ressalvadas as hipóteses do “penhor agrícola ou pecuário, em que os objetos continuam em poder do devedor, por efeito da cláusula *constituti*”. Outros autores, entretanto, como Pontes de Miranda (“Tratado de Direito Privado”, Parte Especial, vol. 21, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1984) discorrem sobre o tema como se não tivesse havido aquela revogação, o que me parece mais acertado, *data venia*, tanto mais que a lei falimentar em vigor não faz qualquer observação quanto à constituição do penhor pela tradição, e o Supremo Tribunal Federal, em decisões da década de 1940 (RE nº 5.924-MG, por exemplo), em debates travados entre José Linhares, Bento de Faria, Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e os demais Ministros da época, discorria sobre a inteligência do art. 274, do *codex* sobre a mercancia, sem qualquer restrição sobre sua vigência. Observe-se não ocorrer a hipótese do art. 2º, § 1º da L.I.C.C.

Também faz-se mister dizer que a melhor doutrina diretrizou a inadequação do *constituto possessorio* ao penhor mercantil, salvo as exceções expressas. É a lição de Waldemar Ferreira (“Tratado de Direito Comercial”, vol. II) e a jurisprudência da Corte Maior, ainda que antiga, nos Res. nºs 2.657, 9.655 e 5.224, relatados, respectivamente, pelos Ministros Octávio Kelly, Barros Barreto e Laudo Camargo, *in* RD 142/103 e RT 160/544 e 189/834.

Não há neste penhor, porém, cláusula *constituti*. Com efeito, o Excelso Pretório jamais confundiu *constituto possessorio* com o penhor constituído pela entrega da coisa a terceiro, caso, aliás, considerado como de tradição real, efetiva e não simbólica. É o que se deduz da ementa que transcrevo do acórdão proferido no RE nº 18.082 (RF 135/69), da lavra do grande civilista Orozimbo Nonato:

“Não há penhor sem a posse da coisa móvel pelo credor, salvo o penhor agrícola, pecuário ou industrial. Mas a entrega da coisa a terceiro, por acordo das partes, constitui tradição efetiva.”

Em seu voto, fundamenta:

“É exato que o art. 274 do Cód. Comercial admite, de par com a entrega real, o romanismo supérfluo da entrega simbólica, e pelos mesmos modos por que se pode fazer a tradição da coisa vendida.

Mas o que o art. 200 considera tradição simbólica é a entrega das chaves do armazém, loja ou caixa em que se achar a mercadoria, a aposição da marca do comprador, em certas circunstâncias, na coisa comprada, a remessa e aceitação da fatura sem oposição imediata do comprador, a cláusula, por conta, lançada no conhecimento ou cautela de remessa, não sendo reclamada pelo comprador no prazo a que alude o dispositivo e, por derradeiro, a declaração ou averbação em livros ou despachos das estações públicas a favor do comprador, de acordo com as partes (vede AFONSO FRAGA, “Direitos Reais de Garantia”, págs. 163 e segs.).

Ponho-me, assim, *data venia*, em oposição aos princípios que inspiraram o venerando aresto, reconhecendo tratar-se de assunto em que, como disse AFONSO FRAGA, “a jurisprudência pátria varia como os ventos que sopram do quadrante” (liv. cit., loc. cit.).

Conheço, pois do recurso. E lhe daria, *data venia*, provimento se não fosse a circunstância de terem sido os bens entregues a terceiro, a Luis Fonseca, por via de depósito (fl. 10v.).

É certo que a lei se refere à tradição efetiva do objeto ao credor (vede arts. 768, 769 e 803).

Mas, o imprescindível, como observa AFONSO FRAGA (liv. cit., pág. 164), é que haja um ato ou fato praticado em relação ao bem apenhado, colocando-se fora da ação do devedor até que se dê o pagamento integral de seu débito.

De resto, a lei (art. 768) alude ao credor, ou a quem o represente.

A lei, como discursa CARVALHO SANTOS, não tolera que, a qualquer pretexto, continue a coisa apenhada em poder ou na posse do devedor. E, citando AFONSO FRAGA e CARVALHO DE MENDONÇA:

“Isto não obsta, entretanto, a que a coisa oferecida em penhor possa ser confiada a terceiro para guardá-la em nome do credor.

A doutrina está firmada nesse sentido, mesmo porque, se a escolha deste terceiro é feita pelas partes contratantes, o fato somente poderá trazer vantagens a ambos, já por evitar transportes dispendiosos, muitas vezes, se a coisa está em lugar distante daquele em que se deve constituir o penhor, já por poder ser de difícil guarda pelo próprio credor, ou por precisar de cuidados especiais, que este não pode dispensar.” (“Código Civil Interpretado”, vol. X, página 115).

No caso, não se verificou, pois, tradição simbólica, senão entrega efetiva, não é, certo, ao credor, mas o que é o mesmo — a pessoa por ele designada.”

Não poderia, assim, conhecer do recurso especial pela letra “a”.

Quanto ao dissídio, inegavelmente, a Suprema Corte enveredou por outro caminho no julgamento do RE nº 105.830-SP. Ali firmou-se a tese: “Não cabe ao credor a responsabilidade pelo desvio dos cafés, pela depositária, que veio a falir”.

Do voto do relator destaco o seguinte:

“No mérito, vê-se a cláusula 9 do contrato que, para se garantir as obrigações contraídas, os financiados entregariam ao financiador, em penhor, cafés beneficiados em lotes corridos, depositados em armazéns do IBC, ou, na forma da cláusula 15, recolhido em companhia de armazéns gerais. Em face do acordo dos contratantes, quanto à escolha do depositário, tem-se que o negócio jurídico do penhor se perfez com a entrega dos cafés ao credor, ao armazém da **Gaeta Café Ltda.** Não há cuidar de constituto-possessório, na espécie, pois na verdade os cafés saíram do poder dos devedores, entregues que foram ao credor, no armazém geral escolhido. Ocorreu, na realidade, a tradição da posse, *longa manu*, com a entrega dos cafés no armazém geral.

Tem-se assim, que o Banco recorrido tinha a posse da coisa, mediatizada pelo depósito.

Dessa situação resulta que o banco não era na realidade, o depositário dos cafés. Sua posse era mediata.

Daí descaber a aplicação do art. 774, IV, do C. Civil, *verbis*:

“Art. 774. O credor pignoratício é obrigado, como depositário:

IV — a ressarcir ao dono a perda ou deterioração de que for culpado”. (RTJ 122, p. 1.061).

Data venia, não é a posse mediata ou imediata do credor pignoratício que o isentará ou não da obrigação de devolver a coisa. No caso, a *traditio longa manu* perfez o penhor, sem evidenciar-se a existência da cláusula *constituti*. E o credor pignoratício tem as mesmas obrigações do depositário, por força de equiparação legal. É o art. 276 do Cód. Comercial que dispõe: “O Credor que recebe do seu devedor alguma coisa em penhor ou garantia, fica por esse fato considerado verdadeiro depositário da coisa recebida sujeito a todas as obrigações e responsabilidades declaradas no Título XIV — Do depósito mercantil”. O penhor, no caso é comercial, por isso não vejo razão para buscar subsídios no Cód. Civil (art. 774).

Tem-se uma ficção diante da realidade, mas uma ficção jurídica e, portanto, invocável.

Pontes de Miranda, na sua já citada obra, aclara e doutrina:

“O titular do direito real de penhor que recebeu a posse imediata é depositário (Código Comercial, art. 276; Código Civil, art. 774). Tal posse pode **mediatizar-se**, continuando responsável como depositário o titular do direito de penhor, como se quem recebe a posse imediata é depositário escolhido pelos figurantes, ou pelo outorgado, ou se a coisa há de ficar, por sua natureza, com outrem, O outorgado responde, sempre, como depositário; a outra pessoa é depositário de segundo grau, com posse imediata oriunda da posse mediata do titular do direito de penhor (cf. Superior Tribunal de Justiça do Pará, 4 de outubro de 1924, R. de D., 74, 578 s.)” (p. 84 do volume citado do “Tratado”).

Não se diga que a interpretação ora dada admite que o credor pignoratício seria também responsável quando o próprio devedor, constituído depositário, viesse a desviar o bem.

Disso não se pode cogitar, pois ilegítima seria a parte devedora para reclamar, aquilo que ela já tem. Na verdade nessa hipótese não se haveria de cogitar de devolução.

Uma das obrigações do depositário ao qual o credor pignoratício está equiparado, é devolver a coisa depositada ou seu valor equivalente (art. 284 do Cód. Comercial). Na falta da devolução cabe o ressarcimento do penhor, pois a dívida que ele garantia estava paga.

Diante do exposto, conheço do recurso pelo dissídio, mas para negar-lhe provimento e assim manter o entendimento da douta Câmara.

É como voto.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de recurso especial do Banco do Brasil S.A., que teve contra si julgada procedente a ação ordinária de ressarcimento. A sentença assim sumariou o pedido e a resposta:

“Odécio Luiz Caparolli propôs ação ordinária de ressarcimento contra o Banco do Brasil S.A. em razão do desaparecimento de 1.500 sacas de café beneficiado, dadas em garantia pignoratícia no contrato de abertura de crédito de f. 13/14. Alega o autor, em resumo, ter celebrado contrato de empréstimo com o réu e, em garantia, entregou-lhe 1.500 sacas de café beneficiado; em seguida, por sugestão do acionado, a mercadoria foi depositada na firma Gaeta Café Ltda.; algum tempo depois a depositária faliu e o café desapareceu. Posteriormente o requerente quitou o seu débito e quer, agora, ver-se ressarcido da garantia, sobre a qual o requerido tinha a obrigação de vigilância.

Citado, contestou o réu. Suscita preliminar de carência porquanto o autor não houvera quitado integralmente o débito oriundo do contrato de empréstimo. No mérito, o acionado traçou as diferenças dos diversos tipos de penhor e asseverou não ter tido qualquer modalidade de culpa pelo desaparecimento do café; disse mais que a escolha da firma depositária foi feita pelo autor ou, na pior das hipóteses, pelas partes de comum acordo; que sempre exerceu vigilância acurada nos depósitos da firma depositária e não pode ser responsabilizado por ato criminoso daquela empresa Gaeta Café Ltda.”

2. Ao admitir o recurso, anotou o Desembargador Antonio Garrigós Vinhaes:

“Ante a controvérsia que existe sobre o tema apontado no recurso, inclusive no âmbito deste Tribunal Estadual, entendo possível o seu processamento, para que seja submetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de dar ensejo a esclarecido pronunciamento.”

3. Envolvendo a sociedade Gaeta Café Ltda., da cidade de Batatais, existem outros processos, um dos quais, com passagem pelo 1º Tribunal de Alçada paulista, acha-se noticiado no RE-105.830 (“O café apenhado foi depositado em poder de Gaeta Café Ltda., e veio a desaparecer...”), *in* RTJ-122/1.059, mas com tese diversa da contida nestes autos, conforme a parte inicial da ementa:

“Comercial. Contrato de abertura de crédito com garantia pignoratícia. Inaplicabilidade à espécie do Decreto-lei nº 167, de 1967. Também não aplicáveis os artigos 774 e 775 do Código Comercial, eis que o banco credor tinha apenas a posse mediata dos cafés apenhados, depositados, de acordo com os devedores, em armazéns gerais. Não cabe ao credor a responsabilidade pelo desvio dos cafés, pela depositária, que veio a falir.

Correção monetária. Sendo estipulada contratualmente, há que reconhecer-se a sua validade, em obediência ao dogma *pacta sunt servanda*, não podendo lei posterior sobrepor-se ao avençado pelas partes, sob pena de atentar contra o ato jurídico perfeito.

Recurso conhecido e provido em parte.”

4. Para examinar o dissídio, pedi vista.

5. Também, assim, conheço do recurso especial, mas para ficar com a tese do acórdão divergido. A propósito, afirmou o Sr. Relator, comentando o acórdão divergente:

“*Data venia*, não é a posse mediata ou imediata do credor pignoratício que o isentará ou não da obrigação de devolver a coisa. No caso, a *tradio longa manu* perfez o penhor, sem evidenciar-se a existência da cláusula *constituti*. E o credor pignoratício tem as mesmas obrigações do depositário, por força de equiparação legal. É o art. 276 do Cód. Comercial que dispõe: ‘O credor que recebe do seu devedor alguma coisa em penhor ou garantia, fica por esse fato considerado verdadeiro depositário da coisa recebida sujeito a todas as obrigações e responsabilidade declaradas no Título XIV — Do depósito mercantil’. O penhor, no caso é comercial, por isso não vejo razão para buscar subsídios no Cód. Civil (art. 774).”

6. Ante o que se encontra expresso no referido art. 276, acompanho o voto do Sr. Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.177 — SP — (90.9336-8) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Odécio Luiz Zapparoli. Advogados: Jurandir Fernandes de Sousa e outros e Hugo Mósca e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, pelo dissídio, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 27/11/90 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter votaram com o relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.239 — SP
(Registro nº 90095115)

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

Recorrente: *Américo Sammarone Júnior — Espólio*

Recorrida: *S/A Indústrias Reunidas F. Matarazzo*

Advogados: *Drs. Flávio Augusto Gicivizzo e outros e Valdir Curzio e outros*

EMENTA: Processo Civil. Adstrição do juiz ao pedido da parte. Julgamento *extra petita* (inocorrência). Não alterada a natureza do pedido imediato (ação condenatória, sentença condenatória), não é *extra petita* o julgamento que se valeu de regra jurídica diversa da invocada, pelo autor, na inicial. Caso em que a aplicação da lei envolveu questão de direito, somente. *Iura novit curia*. Acórdão local que não desatendeu o disposto nos arts. 128 e 460. 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, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 05 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: — Na sentença, que julgou procedente a ação, o pedido e a resposta acham-se assim descritos:

“S.A. Indústrias Reunidas F. Matarazzo, sucessora de Superbom S.A. Supermercados ajuizou ação contra o Espólio de Américo Sammarone Júnior, alegando, em resumo, ter celebrado com o réu, em 27 de maio de 1974, pelo prazo de treze anos, um contrato de locação comercial, avençando-se no mesmo que a autora construiria, às suas expensas, na propriedade do réu um prédio para a instalação de supermercado, incorporando-se a benfeitoria no imóvel uma vez findo o prazo de locação ou rescindido o contrato. Em 24 de abril de 1978, a autora cedeu os direitos que possuía, em relação ao contrato, para terceiros, ressalvando a hipótese de que em caso de desapropriação voltaria ela, autora, a ser novamente parte no contrato de locação. Em 22 de outubro de 1980, em plena vigência do contrato, a Municipalidade de São Paulo desapropriou parte do prédio, imitando-se na posse do imóvel em 29 de maio de 1981. Ajuizada a ação de desapropriação foi o imóvel avaliado, tendo o Poder expropriante efetuado o depósito da quantia referente à indenização do terreno e das benfeitorias. Ocorre que a autora despendeu enorme investimento no imóvel expropriado, que deveria ser reposta no prazo contratado para a locação, o que não pode ser feito em razão da desapropriação, sem qualquer culpa da autora. Assim a autora tem o direito de reaver do réu parte da indenização por ele recebida, nos termos dos artigos 964, 873 e 516, do Código Civil, como forma de ressarcimento. Requeru a citação do réu, a procedência da ação, deu à causa o valor de Cz\$ 200.000,00 e instruiu a inicial com os documentos de fls. 11/96.

Contestando a ação, o réu alegou em preliminares ser o autor parte ilegítima bem como ser ele, réu, parte ilegítima. No mérito, alegou ter adquirido o imóvel pela acessão, sendo pactuado que ao final do contrato a benfeitoria lhe pertenceria integralmente. Encerrando-se a locação pela desapropriação nenhuma indenização cabe à autora, podendo ela reclamar do Poder expropriante a indenização que entender devida. Alega também ser excessivo o montante da indenização pleiteada, pois o réu teve gastos com a contratação de advogados para contes-

tar e elevar o valor da indenização. Requereu a improcedência da ação.”

Julgando apelações das partes, o acórdão confirmou a sentença, no essencial, *in verbis*:

“Trata-se de ação de indenização das acessões e benfeitorias erigidas no imóvel locado, e depositadas em favor do locador na ação de desapropriação que tramita perante a atual Décima Vara da Fazenda Pública deste Estado.

A ação tem por fundo o disposto no artigo 547, do Código Civil: ‘Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas ou construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má-fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos’.

Como se vê, a indenização tem por fulcro a boa-fé de quem edificou em terreno alheio, cuja prova está ínsita no contrato de locação existente entre as partes. Assim, não é em razão da desapropriação que emerge o direito à indenização, mas sim à prova da boa-fé.

Como o autor comparece em juízo na qualidade de locatário, e não havendo impugnação à boa-fé no cumprimento do contrato, o direito a haver o que erigiu à guisa de benfeitorias e acessões no imóvel locado, em cumprimento ao pactuado, é de rigor.

Por esse motivo carece de maior análise a tese do Réu de que a autora deveria pleitear junto ao Poder expropriante o seu prejuízo.”

Rejeitados os embargos de declaração, veio o recurso especial, pela alínea *a* do permissivo. Na petição de sua interposição, o Espólio-réu alega a ocorrência de julgamento *extra petita*, “porque o v. acórdão analisou e decidiu a lide de maneira totalmente diversa da que foi pleiteada”. Invocando os arts. 128 e 460, do Cód. de Pr. Civil, pede a declaração de nulidade do acórdão, para que: a ação seja julgada improcedente, ou da indenização “sejam proporcionalmente descontados os valores dispendidos pelo Recorrente, para o aumento do valor das construções...”.

Foi o recurso admitido pelo Presidente José de Mello Junqueira, nos termos seguintes:

“Interpõe a locadora recurso especial com fundamento no artigo 105, III, ‘a’ da Constituição Federal. Alega, em síntese, que houve ofensa ao artigo 128 e 460 do Código de Processo

Civil e 107 da Lei Maior, à medida que o venerando aresto afastou-se dos limites do contrato de locação e conferiu à locatária direito real à indenização pelas benfeitorias feitas no imóvel desapropriado.

Recurso processado, colheu-se impugnação às fls. 355/364.

Às fls. 315/340 foi interposto recurso extraordinário examinado por despacho em separado.

Observo, de início, que a apontada ofensa a dispositivo da Lei Maior desmerece qualquer consideração, eis que incabível no âmbito do Recurso Especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, cuja finalidade é o primado do direito federal e a unidade de sua interpretação.

Sustenta a locadora que cessada a locação em razão da desapropriação do imóvel, não poderia lhe ser atribuído o pagamento de indenização, pois em nada contribuiu para a ocorrência do evento danoso ao locatário.

Por sua vez, entendeu o venerando aresto que:..."

...

"Poder-se-ia obstar o seguimento deste recurso com a incidência do veto contido na Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, porque razoável o entendimento contido no venerando acórdão a respeito da questão federal aqui suscitada. Todavia, divergentes são os pronunciamentos a respeito de sua aplicabilidade ao recurso especial. Dessa forma, conveniente, portanto, que se dê prosseguimento à presente irresignação, para que se manifeste o Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria debatida.

Isto posto, defiro o recurso especial e encaminhe-se os autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça que, se assim o entender, posteriormente, os remeterá ao Supremo Tribunal Federal, face ao também deferimento do recurso extraordinário."

Fls. 369/370: despacho admitindo o recurso extraordinário.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): — Em prol de sua tese, o recorrente invocou as normas processuais contidas nos

arts. 128 e 460, que dizem com o princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte. Entende que o acórdão recorrido findou por reconhecer um direito real, enquanto tal não era cabível, vez que se cuida de pretensão presa a direito obrigacional. Alegou, em resumo, neste trecho de suas razões: “Ocorreu, *concessa venia*, definição errônea dos fatos da causa, levando o v. acórdão recorrido a aplicar dispositivo totalmente estranho à demanda, desprezando aqueles que regulavam a espécie e, se aplicados nos fatos da causa, certamente resolveram a lide, de modo diverso, negando à Recorrida a prestação jurisdicional que buscou do Órgão Judicante”. Ao final, pediu a declaração de nulidade do acórdão (ver o relatório).

Ao que penso, improcede o fundamento, e único, do recurso especial.

2. Guardam estes autos ação ordinária, com remissão, pela ordem de citação, aos arts. 964, 873 e 516, do Cód. Civil, onde a autora pediu fosse o réu condenado “no pagamento das verbas relativas às benfeitorias que foram realizadas no imóvel proporcionalmente ao prazo remanescente da locação (06 anos, ...)”. Da sentença, veja-se este tópico, logo após o seu relatório:

“Tratam os presentes autos de uma ação visando ao recebimento de uma indenização. Os fatos apontados nos autos podem ser assim resumidos: a autora locou um terreno do réu e nele edificou um prédio para supermercado. Tal benfeitoria seria incorporada ao patrimônio do réu após o término do contrato de locação. No curso do contrato sobreveio a desapropriação do imóvel, ficando assim a autora sem ter como ressarcir-se de seu investimento e o réu recebeu por inteiro a indenização.”

Do acórdão do Tribunal de Justiça — sim, os autos foram àquele Tribunal que, não conhecendo da apelação, determinara a remessa deles ao 2º Tribunal de Alçada Civil —, veja-se este tópico:

“2. A inicial está dirigida contra o locador, na qualidade de locador. A causa de pedir tem como esboço de direito material o contrato de locação mantido entre as partes e o direito por benfeitorias introduzidas no imóvel. O objeto do pedido é a recomposição patrimonial da autora pelos gastos feitos com as benfeitorias; a causa de pedir, por outro lado, foram as acessões (benfeitorias) introduzidas no imóvel e o direito sobre o preço por elas pago pelo Poder-expropriante, já que delas não se serviu a autora pelo prazo previsto no contrato de locação. Nada foi reclamado da expropriante, mas sim do locador, proporcionalmente ao tempo remanescente de locação, pelo que, a esse título, recebeu.”

3. Pelo que se acha exposto, a ação tem, como pedido, a condenação do réu a pagar à autora indenização — “verbas relativas às benfeitorias”, conforme a inicial, ou “recomposição patrimonial da autora pelos gastos feitos com as benfeitorias”, conforme o acórdão do Tribunal de Justiça —, e como causa de pedir, o contrato de locação que findou em decorrência da desapropriação, daí “o direito por benfeitorias introduzidas no imóvel”.

Ora, em sendo assim, não se proferiu, aqui, julgamento *extra petita*, isto é, fora do pedido: pediu-se condenação e o pedido restou atendido tal qual, sem alteração de sua natureza. Veja-se a parte final do acórdão recorrido:

“Isto posto, ao mesmo tempo em que se nega provimento ao recurso do réu, prejudicada a preliminar, dá-se provimento ao recurso da Autora para manter a procedência da ação, condenado o Réu a pagar a indenização consistente em 46,16% do valor das benfeitorias e acessões erigidas no imóvel expropriado, com atualização monetária até a efetiva liquidação, além das custas do processo e verba honorária de 10% sobre o valor da condenação.”

Se não se altera a natureza do pedido, como, no caso presente, não restou alterada, o juiz mantém-se adstrito ao pedido da parte, conforme se deflui, por exemplo, dessa lição, e perfeita, de Moacyr Amaral Santos:

“O princípio de adstrição do juiz ao pedido do autor corresponde ao expresso na máxima tradicional — *sententia debet esse conformis libello*. Este conclui por um pedido (artigo 282, nº IV). A sentença deverá conter-se nos limites do pedido, tanto no que concerne ao pedido imediato como no que concerne ao pedido mediato.

Diz-se imediato o pedido no que diz respeito à sua natureza. Ou o pedido é de mera declaração (ação meramente declaratória, sentença meramente declaratória); ou é de condenação (ação condenatória, sentença condenatória); ou de constituição ou desconstituição de uma relação ou situação jurídica (ação constitutiva, sentença constitutiva). Ver comentários ns. 318 a 321. Tal a natureza do pedido imediato tal a da sentença, sendo defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida (art. 460). Se o pedido é meramente declaratório, de condenação ou de constituição, a sentença, a favor do

autor, deverá necessariamente ser, respectivamente, de mera declaração, de condenação ou de constituição ou desconstituição. Formulado pedido meramente declaratório, por exemplo, e a esse suceder sentença condenatória, haverá julgamento *extra petita*, fora do pedido, e, como tal, nulo por violação dos arts. 128 e 460, e rescindível (art. 485, nº V)." (*in* Comentários..., Forense, IV vol., 1976, págs. 441/2).

Ora, pelo que conta nestes autos, o juiz, na sentença, e o Tribunal, no acórdão, decidiram a lide nos limites em que foi proposta, e não proferiram decisão de natureza diversa do pedido.

4. Quanto ao emprego, pelo aresto recorrido, do disposto no art. 547, próprio do direito das coisas, tal, aí, não compreende julgamento *extra petita*, porque a autora, entre os textos de lei por ela citados, invocou o art. 516, também próprio do direito das coisas. Dessa forma, o direito, trazido na inicial, não foi apenas o das obrigações, mas, também, o das coisas. Depois, segundo lição de Pontes de Miranda, não é *extra petita*...

"b) a decisão que, apreciando o suporte fáctico que faz objeto da ação, em vez de aplicar a regra jurídica *a*, entende que o caso é regido pela regra jurídica *b* e é de deferir-se, ou não, o pedido (*Iura novit curia!*), porque a aplicação da lei só envolve, aí, *quaestio iuris*, e não depende de citação de texto, nem fica sacrificada pelo erro de invocação da regra jurídica (cf. 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 7 de abril de 1947)." (*in* Comentários..., Tomo II, Forense, 1974, pág. 356).

5. De conseguinte, não conheço do recurso especial.

6. Oportunamente, determino a ida dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.239 — SP — (Reg.: 90095115) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Américo Sammarone Júnior — Espólio. Recorrida: S/A Indústrias Reunidas F. Matarazzo. Advogados: Drs. Flávio Augusto Gicivizzo e outros e Valdir Curzio e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (3ª Turma, 05.03.91).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 5.337 — RJ
(Registro nº 90.0009767-3)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Banco do Nordeste do Brasil S/A*

Recorrido: *Comesa — Com/ e Imp/ Ltda.*

Advogados. *Drs.: Luisa Helena Ribeiro Querette e outro, Sulex Igor Levet Lanus e outros*

EMENTA: DUPLICATAS. DESCONTO ANTES DO ACEITE. PROTESTO PELO BANCO ENDOSSATÁRIO, PARA GARANTIA DO DIREITO DO REGRESSO.

Duplicatas endossadas a estabelecimento bancário antes do aceite, recusado pela firma sacada argüindo inexistência de negócios subjacentes de compra-e-venda.

Ações cautelar de sustação de protesto, e principal de nulidade dos títulos, com perdas e danos, ajuizadas pela firma sacada.

Tratando-se de *protesto necessário* ao exercício da ação regressiva contra a endossante (art. 13, § 4º, da Lei 5.474/68), e incomprovada má-fé do endossatário ao tempo do negócio de desconto bancário que deu causa aos endossos, não podem ser anulados os títulos, que gozam de plena eficácia cambiária entre endossantes e endossatário.

No caso, o protesto, por falta de *aceite*, é ato lícito, praticado no exercício regular de um direito, e não pode dar causa à obrigação de indenizar.

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 Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente, em exercício, e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: COMESA — COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA., propôs ação cautelar de sustação de protesto de duplicatas não aceitas, alegando a emissão de títulos sem causa, vale dizer a inexistência de qualquer mercadoria objeto de compra e venda; após, ajuizou ação de anulação dos mesmos títulos, com perdas e danos. A ré, CIA. AGRO-INDUSTRIAL DE BELO JARDIM, emitente das cambiais, não ofereceu contestação, e o réu BANCO NORDESTE DO BRASIL S.A. invocou sua posição de endossatário de boa-fé. O juízo monocrático julgou a demanda procedente, para anular as duplicatas relacionadas na peça vestibular.

A eg. 6ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, à unanimidade, negou provimento ao recurso do Banco réu, sob o fundamento precípua de que “o endossatário de duplicata fria, ilaqueado em sua boa-fé, só pode voltar-se, à luz dos princípios que estabelecem a responsabilidade por atos ilícitos e não do direito cautelar, contra o falso sacador, em virtude do desconto do suposto título” (fls. 125).

O BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. interpõe recurso especial (fls. 135/141), com amparo no art. 119, III, letras “a” e “c” da Constituição Federal (fls. 136, *sic*). Pelo permissivo da letra “a”, sustenta que o aresto recorrido contrariou frontalmente os artigos 13, § 4º; 15, II, “a” e seus §§ 1º e 2º, e 25 da Lei 5.474/68, além do art. 8º do Decreto nº 2.044/1908. Sustenta, outrossim, ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal, além de dissenso com o RE 93.015, *in* RTJ 106/1.031, bem como com outros arestos citados por mera referência.

O eminente Juiz Presidente do Tribunal “a quo” não admitiu o recurso extremo (fls. 143). Manifestado agravo de instrumento, determinei a subida destes autos, tendo presente acórdão da egrégia 4ª Câmara do Tribunal de Justiça, do qual fui relator (fls. 121/122 dos autos do agravo).

Apresentando impugnação (fls. 175/183), a autora recorrida acena com a intempestividade do recurso extremo, asseverando outrossim que teria ocorrido o “endosso-cessão”, que tornou o Banco co-responsável pelo título sem causa, cabendo-lhe investigar a legitimidade, ou não, da duplicata. Além do mais, teria sido negligente ao aceitar a cambial, sem averiguar devidamente a existência de “*causa debendi*”.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): 1. O recurso é tempestivo. Realmente, publicado o acórdão em 28.03.89, uma terça-feira, e interpostos os embargos declaratórios em 03.04.89, uma segunda-feira, cinco dias transcorreram, eis que excluído o dia de apresentação dos embargos, como pacífico. Publicado o aresto dos embargos aos 26.04.89, quarta-feira, o decêndio sobejante findou em 06.05.89, sábado, prorrogado para o dia 8 de maio, data de interposição da irrisignação extrema. Fica, pois, rejeitada a prefacial.

2. De mérito. O v. acórdão hostilizado está assim ementado:

“DUPLICATA. CAUSA *DEBENDI* INEXISTENTE. NULIDADE DO TÍTULO.

Inaplicação das regras do direito cartular. Sendo título causal, não pode ser tida como duplicata a que é emitida sem efetiva correspondência a uma venda de mercadoria ou prestação de serviço, pressuposto econômico e legal para a sua existência.

Saque sem causa, além de não produzir efeito no campo do direito cautelar, em face da absoluta nulidade do título, caracteriza ainda ilícito penal. Conseqüentemente, não pode o suposto endossatário, mesmo que de boa-fé, invocar os princípios pertinentes ao endosso para repassar os seus prejuízos, risco de sua atividade financeira, ao pretense sacado, que nenhum negócio celebrou com o falso sacador-endossante.

Pode o endossatário de duplicata fria, ilaqueado em sua boa-fé, voltar-se apenas contra o falso sacador-endossante, mas jamais contra terceiro que não teve qualquer participação na fraude, por não serem aplicáveis ao fato decorrente de ilícito penal os princípios do direito cartular.

Desprovemento do recurso” (fls. 121).

3. Em precedentes nos Recursos Especiais 505 e 596 e no Agravo de Instrumento nº 1.770-RJ, já me manifestei sobre a matéria. Assim, no sobredito REsp 505, em caso idêntico, assim decidi:

“A posição do acórdão recorrido parte de proposição equivocada, a de que a duplicata “é título causal, vinculada à *causa debendi*”. Sob esta premissa chega o tribunal local à conclusão da “impossibilidade de transferência de crédito inexistente” e, mais, a de ilegitimidade do protesto de título “juridicamente inválido”, perante quem “não é devedor do endossante.”

Todavia, a duplicata mercantil é título cambiário, desvinculado do negócio causal desde que surge obrigação de direito cambiário. Como bem explicita PONTES DE MIRANDA; há um período “pré-cambiariforme”, enquanto a duplicata, já emitida, ainda não foi aceita, ou endossada. Com o aceite, ou o endosso, surge a eficácia cambiária:

“A duplicata mercantil, criada e ainda não aceita, é endossável: já **existe e vale**; ainda não irradiou eficácia cambiariforme. Essa irradiação somente se inicia com o endosso, ou com o aceite. A duplicata mercantil nasce com a subscrição pela pessoa legitimada, segundo o art. 1º da Lei nº 187; a eficácia cambiariforme só exsurge com o aceite, ou com o endosso. Daí em diante, o negócio jurídico da compra-e-venda somente esponta se entre os contraentes, ou se o possuidor é de má-fé (TRATADO DE DIREITO PRIVADO, tomo XXXVI, § 4.018, nº 3).”

De que o endosso é lícito antes do aceite, igualmente JOÃO EUNÁPIO BORGES:

“Vimos que a cláusula à *ordem* é essencial à duplicata e dela constará expressamente. É título que circula, pois, por meio do endosso. Com a particularidade de ser sempre o sacador o primeiro endossante, pois que a duplicata é “saque” do vendedor a favor de si mesmo. Pode o título — como acontece com a letra de câmbio — ser negociado e, pois, endossado, antes ou depois do aceite” (TÍTULOS DE CRÉDITO, Forense, 1977, nº 246).”

4. No caso dos autos, o BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. tornou-se, pelo desconto, o endossatário e portador dos títulos. A firma endossante, pois, independentemente do aceite, está perante o endossatário cambiariamente vinculada: “o pretensu comprador das mercadori-

as pode não os aceitar; mas a firma, que endossou, ou que avalizou, está obrigada em direito cambiariforme” (PONTES DE MIRANDA, *ibidem*, nº 2).

Esgrime a sacada, — que não aceitou e que postula a nulidade dos títulos e dos respectivos protestos —, com o ponderável argumento da inexistência dos negócios de compra-e-venda que deveriam estar subjacentes. Todavia, ainda no magistério de Pontes:

“A defesa fundada no negócio jurídico de compra-e-venda, inclusive na inexistência dele, ou invalidade, somente cabe contra aquele com que esteve em contato, quanto ao negócio jurídico de compra-e-venda, o aceitante, ou contra os titulares de direitos cambiariformes cuja má-fé for alegada e provada. Por isso mesmo, é absurdo dizer-se acessório do negócio jurídico de compra-e-venda a duplicata mercantil. A referência à origem, que há no título, só tem valor histórico; é alusão a negócio jurídico de compra-e-venda, que se supõe ter existido, porém que pode não mais existir (resolução, rescisão, decretação de invalidade), ou nunca ter existido” (*ibidem*, nº 2).

Também JOÃO EUNÁPIO BORGES, sustentando que sem o contrato de compra e venda, ou, hoje, de prestação de serviços, “será *simulada*, será *irregular*, será *criminosa* a duplicata. Mas, se contiver os requisitos legais, será uma duplicata perfeitamente válida, assegurando ao portador de boa-fé a plenitude dos direitos que teria, se perfeitamente regular fosse tal título (obra citada, nº 230).

5. Sustenta a recorrida encontrar-se o Banco de má-fé, pois por ela fora avisado, em ação cautelar preventiva, de que não aceitava os títulos por inexistir negócio subjacente, com a advertência de que deveria o endossatário abster-se do protesto (autos apensos, fls. 8 e ss.).

Na oportunidade dos endossos — e endosso não é cessão de direitos, como tranqüilo na doutrina — não caberia ao Banco endossatário o ônus de investigar, comó com razoabilidade alega o recorrente, a legitimidade dos títulos que lhe são apresentados para operações de desconto, em normais transações bancárias: a presunção de veracidade é praxe nas relações comerciais (Código Comercial, art. 131).

6. Teria então o Banco, ao apresentar os títulos a protesto, exercido de forma *abusiva* o seu direito, de forma a ensejar sua condenação, solidariamente com a emitente-endossante, aos prejuízos da autora e nos ônus da sucumbência? Impõe-se a resposta negativa.

É certo, como sustenta a recorrida, que o protesto, mesmo por falta de aceite, na prática comum mercantil poderá lançar suspeitas e ensejar rumores quanto à credibilidade da firma que o sofre.

Todavia, no sistema jurídico cambiário vigente, cuida-se de protesto **necessário**, pois se não for tirado no prazo legal, por falta de aceite, o portador do título “perderá o direito de regresso contra os endossantes e respectivos avalistas” — Lei 5.474/68, art. 13, § 4º).

É o ensinamento de FÁBIO PENNA:

“E, se descontada antes do aceite, o portador deve tomar todas as providências tendentes a obter o aceite do título, apresentando-o ao sacado comprador e protestando-o, no caso de recusa, para assegurar-se o direito de regresso contra o sacador-tomador-endossante, vendedor da mercadoria **ou que se inculcou como tal**. Neste sentido também se manifestou, em acórdão unânime, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, prolatado de acordo com o voto vencedor do ministro LAUDO DE CAMARGO.” (DA DUPLICATA, Forense, Ed. 1954, nº 30) (o grifo é nosso).

No aresto, supramencionado, do Pretório Excelso, o voto vencedor assinala o inculcado comprador, dando as razões de sua recusa ao aceite, “por certo que não se obrigará cambiariamente, mas dará oportunidade para o protesto por falta de aceite (obra citada, nota 73).

Mestre PONTES DE MIRANDA, cuidando do contrato de desconto bancário, executado mediante a transferência de títulos mediante endosso, é explícito em que “além do dever de contraprestar o montante convencionado, tem o descontador o ônus (não o dever) de cuidar, no vencimento, de que o devedor solva a dívida. Se o não fez, sofre as conseqüências. Se o caso é de protesto, para que não precluam as ações de regresso, tem o descontador o **ônus de protestar**” (obra citada, t. LII, 2ª Ed., § 5.434, nº 1). E adiante alude a que “quem desconta título que ainda não tem **aceite**, acarreta o ônus de apresentação para aceite, A recusa do aceite permite que o descontador vá contra o descontatário, ou com a ação cambiária ou cambiariforme, ou com a ação causal do desconto” (ibidem, nº 3).

De tudo se deduz que, embora a ausência de negócio subjacente, no relacionamento *entre endossante e endossatário* os títulos, porque dotados de abstração cambiária, *existem, valem e são cambiariamente eficazes*, e portanto “nulidade” não poderá ser decretada.

7. Além do aresto trazido à balha pelo recorrente, vale memorar o aresto transcrito por PONTES DE MIRANDA, da egrégia 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (A.J. 88/437), *verbis*:

“Título formal, a duplicata só pode dar lugar à cobrança executiva quando integrada em seus elementos constitutivos.

E, sendo-lhe aplicáveis as regras regulamentares da cambial, é bem de ver que a ação cambiária somente poderá surgir da assinatura aposta pelo obrigado. Isto, entretanto, não impede que, antes do implemento da formalidade do aceite, possa o título girar pelo endosso. Tocará, então, ao endossatário providenciar sobre a integração. E foi o que, na espécie, fez o banco portador, notificando o sacado para o aceite, sob pena de protesto, que, dada a recusa, foi levado a efeito. O ato é incensurável, e por isso mesmo não passível de originar reparação. Se o título, uma vez emitido, pode ser descontado, conquanto não completo com a assinatura do sacado-comprador, este o assinará, ou deixará de fazê-lo. Na primeira hipótese, fará brotar uma dívida líquida e certa, a merecer cobrança pelo executivo. Na segunda, dando as razões de recusa, por certo que não se obrigará cambiariamente, mas dará oportunidade para o protesto por falta de aceite. E esse protesto está previsto em lei, quer como prova do não aceite, quer para o regresso contra o endossador. Descontado o título, o portador só poderá agir contra o endossante provando a recusa do aceite, recusa só a tornar-se certa com a prática da medida estabelecida em lei (art. 13 da Lei nº 2.044). Nem se diga que o sacado tinha motivo para não lançar o aceite. Esse motivo subsistirá com a declaração, mas não excluirá o protesto, que a lei garante ao portador. Esta é precisa (obra citada, T. XXXVI, § 4.018 nº 3, pág. 60/61, Ed. 1961, Editor Borsoi, RJ).

Lícito, assim, o protesto por *falta de aceite*, por parte do Banco ora recorrente.

8. Por tais fundamentos, conheço do recurso por ambas as alíneas, *a e c*, quer por frontal contrariedade aos artigos 13, § 4º e 15, § 1º da Lei 5.474/68, quer por divergência com o acórdão do STF proferido no RE 93.015, *in* RTJ 106/1.031-35 (fls. 140).

Dele conhecendo, dou-lhe provimento para julgar improcedentes os pedidos, cautelar e principal, *relativamente ao Banco recorrente*.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.337 — RJ — (90.0009767-3). Relator: O Exmº Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A. Recorrido: COMESA-COM/ E IMP/ LTDA. Advogados: Luisa Helena Ribeiro Querette e outro e Sulex Igor Levet Lanus e outros.

Votaram os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exm^o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. (4^a Turma — 13.11.90).



RECURSO ESPECIAL Nº 5.602 — SP

(Registro nº 90.104.726)

Relator: *Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Agro Pastoral e Mineração Pirambeiras Ltda.*

Advogados: *Dr. Antonio Bérغامo Andrade e outros; Dra. Heloisa Mendonça e outros; Dr. Rubens de Barros Brisolla e outros*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE.

— **Divergência jurisprudencial. Incorre, quando dessemelhantes os pressupostos fáticos entre o acórdão recorrido e o paradigma, como na hipótese.**

— **Recurso não conhecido.**

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 10 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Suficiente à compreensão da controvérsia é a parte expositiva constante do parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Dr. Amir José Finocchiaro Sarti, que assim resume a espécie (fls. 691/692):

“Trata-se de recurso especial, fundado em suposto dissídio pretoriano, contra acórdão que deferiu indenização por desapropriação indireta, ressaltando que “quando do ajuizamento (e também citação), o Decreto criador do ‘parque Estadual da Serra do Mar’ não havia, ao contrário do que faz crer a ré, caducado. Basta, no particular, leia-se Decreto complementar (fls. 12 e 84). Ora, a ação foi ajuizada em 3/8/82 (fls. 3), enquanto o segundo decreto fala em termo final de 30/8/82. Ademais, inclusive, a citação efetivou-se em 11/8/82 (fls. 61) (fls. 579). A Autora foi obstada de desenvolver atividades econômicas na área (fls. 580, nº 4) e, ainda como diz a sentença, com base nos elementos dos autos: ‘... se preexistia ao advento da criação do ‘Parque Estadual da Serra do Mar’ situação que pudesse, eventualmente, ser definida como restrição administrativa, após esse advento, o que houve foi verdadeiro desapossamento, de molde a implicar em desapropriação indireta, do que não se tem dúvidas (fls. 581, nº 6)” (fls. 637/642).

Inconformado, sustenta o recorrente que “o v. acórdão ora vergastado deu à lei federal interpretação divergente da que lhe foi atribuída por essa Alcandorada Corte de Justiça, no RE nº 102.847-5, publicado no DJ de 18.04.86, ementário nº 1.415-v.2, da egrégia Segunda Turma: *Ementa* — Desapropriação — Administrativo. Prazo para a desapropriação direta ainda não esgotado. Resultando do acórdão impugnado que a área continua com as restrições já existentes, em face das disposições legais que protegem as florestas, a caça e a pesca, tendo-se que, quando muito, haveria apenas limitação administrativa que não poderia compreender-se como determinando uma indenização ampla, importando em desapossamento administrativo, é de manter-se o acórdão que não reconheceu tal apossamento” (fls. 651 a 658).”

Ao final, a conclusão do parecer é pelo não conhecimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O recurso especial interposto foi admitido na origem em face exclusivamente da divergência jurisprudencial acerca da matéria nele abordada, entendendo o despacho de admissibilidade deva esta Corte apreciá-lo porquanto inexistente entendimento dominante sobre a tese ora em discussão.

Contudo, a alegada divergência não restou caracterizada, como bem demonstra o seguinte tópico do parecer do Ministério Público Federal (fls. 692/693):

“O apelo, entretanto, não apresenta condições de admissibilidade.

A um, porque “só pela ementa, como tem reconhecimento a jurisprudência, não se perfaz a demonstração da divergência, mesmo que nela se contenha uma tese jurídica apreensível, mesmo porque é indubitoso que a ementa não integra o texto do acórdão, sendo este que o constitui o padrão” (RTJ 117/740). “A necessidade da demonstração analítica da divergência jurisprudencial está prevista no parágrafo único do artigo 255 do RISTJ” (AI 277-SC, Rel. Min. CLÁUDIO SANTOS; 3ª Turma, STJ, in DJ de 17.08.89, págs. 13.208/13.209).

A dois, porque não basta a simples apresentação da suposta divergência jurisprudencial. Ao cabimento do especial, pela letra c do permissivo constitucional, é indispensável não só a identidade dos casos confrontados, no plano dos fatos, como também a indicação precisa de qual o dispositivo de lei federal que, num mesmo contexto, teria merecido interpretações diferentes nas instâncias ordinárias. Na espécie, o recorrente não apenas deixou de particularizar qual o preceito cuja interpretação foi dissonante, como, ainda, falhou em demonstrar a similaridade dos pressupostos fáticos entre o acórdão recorrido e o paradigma trazido para comparação. Aliás, não existe tal semelhança: enquanto o paradigma afirma que “*não ocupou o Poder Público a área ocupada*, pelo que pode continuar o seu proprietário a dela fazer uso, tal como já vinha fazendo” (fls. 664), o aresto combatido aceitou como provado o fato de que “se preeixistia ao advento da criação do Parque Estadual da Serra do Mar situação que pudesse, eventualmente, ser definida como restrição administrativa, após esse advento o que houve foi

verdadeiro desapossamento, de molde a implicar em desapropriação indireta, do que não se tem dúvidas” (fls. 641). Se essa conclusão tem, ou não, apoio na prova dos autos, certamente não é coisa que possa ser deslindada em nível de recurso especial, que parte “da verdade formal retratada no acórdão impugnado” (Ag. 126.164-SP, STF, Min. Marco Aurélio, *in* DJ de 20.08.90, pág, 7.938) e onde não tem cabimento o simples reexame de prova (Súmula 7, STJ).”

Finalmente, apoiado em escólio doutrinário de Hely Lopes Meirelles, acentua o parecer que “o Estado pode constituir reservas florestais em seu território, mas pagando a indenização correspondente, quando aquela medida importar em restrição total ou interdição do uso da propriedade ou de sua exploração econômica. São limitações administrativas gratuitas, as de ordem geral, que não impedem a utilização da coisa segundo a sua destinação natural, nem aniquilam a propriedade. Desapropriação indireta não é instituto jurídico formal; é situação de fato que acarreta prejuízo ao particular e se converte na obrigação de indenizar” (Revista Forense 238/75).”

Assim, indemonstrada a alegada divergência jurisprudencial, não conheço do recurso, acolhendo *in totum* o judicioso pronunciamento do órgão do Ministério Público Federal.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO interpôs recurso especial, fundado no art. 105, III, “c”, da Constituição Federal, contra v. acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que a condenou ao pagamento de imóvel abrangido pelo decreto de criação do Parque Estadual da Serra do Mar, sustentando não haverem os Recorridos sido desapossados do imóvel e que o decreto expropriatório que tinha por objeto o imóvel em questão deixou de ser executado pela competente ação expropriatória, razão pela qual caducou, na conformidade de entendimento manifestado pela Suprema Corte, no julgamento de recurso extraordinário que indicou.

O eminente Relator, Ministro Américo Luz, votou pelo não conhecimento do recurso, por indemonstrada a alegada divergência jurisprudencial.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria, fazendo-os retornar, nesta oportunidade, para retomada do julgamento, com o meu voto que é no mesmo sentido do voto do eminente Relator.

Com efeito, conquanto fundasse seu inconformismo na ausência de desapossamento e na caducidade do decreto expropriatório, trouxe a Recorrente, para confronto, decisões do Supremo Tribunal Federal que referem limitações administrativas e prescrição da ação.

Em tais condições, efetivamente, não havia como prosperar o recurso.

Também não conheço.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.602 — SP — (Reg. nº 90.104.726) — Relator: Sr. Ministro Américo Luz. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Agro Pastoral e Mineração Pirambeiras Ltda. Advogados: Dr. Antonio Bérigamo Andrade e outros, Dra. Heloisa Mendonça e outros, Dr. Rubens de Barros Brisolla e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator (Américo Luz), não conhecendo do recurso, pediu vista o Sr. Ministro Ilmar Galvão. Aguardam os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins — (2ª Turma — 03.04.91).

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ilmar Galvão, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (2ª Turma — 10.04.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ilmar Galvão, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro Américo Luz.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.989 — PR

(Registro 90.0011304-0)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrentes: *Paulina Simões Vieira e outros*

Recorrido: *Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. Renato Cardoso de Almeida Andrade e outros*
Valmor Coelho e outros

EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA — INDENIZAÇÃO.

Não é negado ao Poder Público o direito de instituir parques nacionais contanto que o faça respeitando o sagrado direito de propriedade, assegurado pela Constituição.

Não é para confundir as limitações da Lei 4.771/65 com a proibição de desmatamento e uso de uma floresta que cobre totalmente a propriedade porque seria “interdição de uso de propriedade”, salvo indenização devida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de março de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Paulina Simões Vieira e Outros (fls. 614/622) irresignados com a decisão firmada no v. acórdão de fls. 602/612 do Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, fundados na Constituição Federal, artigo 105, III, “a” e “c”, manifestam Recurso Especial, aduzindo de razões, resumidamente, ofensa ao princípio constitucional, negativa do direito à indenização, pela perda da propriedade imóvel e impedimento, pelo poder público, do uso e gozo da propriedade, importa na obrigação de indenizar, e negativa de vigência da Lei nº 4.711/65, nos artigos 1º e 2º e do Decreto Federal nº 50.813, de 20 de junho de 1961, havendo decisão em sentido diverso, na Corte Suprema (RTJ — 108/1.314) para pedir restabelecimento firmado na decisão de 1º grau e na apelação.

O Estado do Paraná impugnou o recurso, às fls. 635/636, e o Ministério Público às fls. 641/642.

Ao recurso especial denegou-se seguimento (fls. 644/652). Em razão do provimento do agravo de instrumento (fls. 678), subiu.

A douta Subprocuradoria-Geral da República lançou parecer de fls. 701/703, pelo provimento.

Cuida-se de Ação Ordinária de indenização por desapropriação indireta contra o Estado do Paraná, almejando indenização pela perda do uso e gozo do imóvel por força do Decreto Estadual nº 5.591, folhas 36.

A sentença de 1º grau que julgou procedente o pedido está às fls. 119/129, e às fls. 526/536 acórdão mantendo-a.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: Os recorrentes são proprietários do imóvel rural denominado Ribeirão de Santana e Morro da Conceição, situado na Comarca de Morretes, Estado do Paraná, com a área de 1.000 (hum mil) hectares (docs. de fls. 21/25). Esta área é toda coberta por floresta. Constatou o perito oficial em seu laudo de fls. 108/122 que 920,13 ha são de floresta alta e densa, 78,87 ha de floresta baixa e 1,00 ha de cerrado (fls. 117), esclarecendo tratar-se de matas virgens, com inúmeras espécies de árvores capazes de fornecer madeira de valor econômico (fls. 116).

Esclareceram os autores, que pretendiam explorar economicamente seu imóvel ou aliená-lo a terceiro, mas, pelo Decreto Estadual nº 5.590, de 02 de outubro de 1978, publicado no D.O. do Estado de 04 de outubro do mesmo ano (doc. de fls. 30), foi declarada de utilidade pública, para fins de desapropriação, uma área de 6.547 ha para o Projeto Marumbi — 1ª Parte, na qual está incluída toda a propriedade dos recorrentes. No dia 04 de outubro de 1978 foi publicado o Decreto nº 5.591/78, declarando de preservação permanente todas as florestas existentes na área, inclusive a propriedade dos autores que se encontra totalmente dentro da área do citado Parque Marumbi, conforme comprova a certidão de fls. 39. Como toda a propriedade dos recorrentes hoje faz parte do Parque Marumbi, estão eles proibidos de derrubar qualquer parte da floresta, para vender madeira ou para exploração da agricultura, pecuária ou qualquer outra finalidade e até mesmo de penetrar na sua propriedade, conforme esclareceu o *expert* oficial, ao prestar esclarecimentos em audiência (fls. 275). Disse ele que:

“por ocasião dos trabalhos realizados na área, quando se fazia acompanhar de um representante do I.T.C., foram interpelados por policiais integrantes da Polícia Florestal, os quais informaram que não era permitida a presença de pessoas na área, já que a mesma integraria o Parque Marumbi. Que observou ainda estradas, ou melhor, picadas por onde os policiais percorriam a área...”

Ninguém nega ao Poder Público o direito de instituir parques nacionais, estaduais ou municipais, contanto que o faça respeitando o sagrado direito de propriedade, assegurado pela Constituição Federal (art. 153, § 22, da CF anterior e art. 5º, XXII da CF vigente). Nosso ordenamento jurídico assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens... (C.C. art. 524) e não admite o confisco. No caso *sub judice* admitir-se que possa o Governador do Paraná declarar de preservação permanente todos os 1.000 ha dos autores, apossar-se deles e criar o Parque Municipal do Marumbi e proibir seus legítimos proprietários de usar e dispor de sua propriedade e até de entrar nela, sem qualquer indenização, é legitimar o confisco. No caso não se trata apenas de simples limitação administrativa que não chegou a suprimir o direito de propriedade. Ely Lopes Meirelles, no seu Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed. atualizada pela Constituição de 1988, deixa claro que:

“*Limitações administrativas* são, por exemplo, o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos e a proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural. Mas, se o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser *interdição de uso da propriedade* e, nesse caso, o Poder Público ficará obrigado a *indenizar* a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem. Pois ninguém adquire terreno urbano em que seja vedada a construção, como também nenhum particular adquire terras ou matas que não possam ser utilizadas economicamente, segundo a sua destinação normal. Se o Poder Público retira do bem particular o seu valor econômico, há de indenizar o prejuízo causado ao proprietário. Essa regra, que deflui do princípio da *solidariedade social*, segundo a qual só é legítimo o ônus suportado por *todos, em favor de todos*, não tem exceção no direito pátrio, nem nas legislações estrangeiras.”

Como se vê, não se pode confundir as simples limitações previstas pela Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), com a

proibição de desmatamento e uso de uma floresta que cobre totalmente a propriedade porque isso seria “interdição de uso da propriedade”, só possível com indenização prévia, justa e em dinheiro como compensação pela perda total do direito de uso da propriedade e desaparecimento de seu valor econômico. Sendo a propriedade dos recorrentes toda coberta de floresta, foi ela, integralmente, declarada de preservação permanente, ficando seus legítimos proprietários proibidos de usá-la ou aliená-la. No caso, não se trata de limitação parcial de parte da floresta, mas de total interdição de uso e de alienação da propriedade inteira. Indenizáveis não são só as florestas, mas também a terra nua (as matas de preservação permanente são indenizáveis). Nesse sentido, era o entendimento tranqüilo do TFR (AC nº 118.641-AC, DJ do dia 26.11.87, AC nº 49.099-SP, DJ de 03.09.81 e AC nº 99.625-SP, DJ de 26.05.88) e é o entendimento de nossa Corte Maior (RE 100.717-SP, RTJ 108/1.314).

Ora, se as matas de preservação permanente são indenizáveis e, se no caso em exame, elas cobrem toda a propriedade dos recorrentes e houve interdição total de sua propriedade, que hoje faz parte de um parque estadual, devem os autores ser devidamente indenizados.

Ao contrário do que entendeu o venerando acórdão recorrido, a Lei 4.771/65 não autoriza o Poder Público a declarar de preservação permanente a floresta que cobre toda uma área de 1.000 ha para criar um parque estadual, impedir os seus legítimos proprietários dela usar e dispor e suprimir inteiramente o seu valor econômico, sem a correspondente indenização do preço justo, prévio e em dinheiro.

Conheço do recurso por violação à Lei 4.771/65 e pela divergência e dou-lhe provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, por ser excepcional o fato, embora seja matéria vencida, vou acompanhar o Eminentíssimo Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.989 — PR — (90.0011304-0) — Rel.: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Rectes.: Paulina Simões Vieira e outros. Recdo.: Estado do Paraná. Advs.: Drs. Renato Cardoso de Almeida Andrade e outros e Valmor Coelho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (1ª Turma: 13.03.91).

Participaram do julgamento: os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli, Geraldo Sobral e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.153 — RS
(Registro 90.0011758-5)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Dilson Lappe do Prado e cônjuge*

Recorridos: *Gerson Caminha da Silva e cônjuge*

Advogados: *Drs. Antônio Ivanir Gonçalves de Azevedo e Fernando Antunes da Motta e outros*

EMENTA: Intimação — Irregularidade — Ciência inequívoca.

Se a parte peticiona, alegando irregularidade na intimação referente a determinado ato processual e assim revela que dele teve ciência, da data em que o faz fluirão os prazos recursais, não se fazendo necessária outra intimação. Se o Juiz, entretanto, determina que aquela se faça, cria-se a convicção de que a efetivação dessa seria o termo inicial. A hipótese é assimilável à justa causa, devendo contar-se o prazo da intimação.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 29 de abril de 1991 (data do julgamento).
Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: — Dilson Lappe Prado e sua mulher apresentaram recurso especial contra decisão unânime da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul. Esta, não conheceu, por intempestiva, da apelação, por eles interposta, contra sentença que julgou procedente ação de reintegração de posse ajuizada por Gerson Caminha e sua mulher.

Fundamentando-se no art. 105, III, “a” e “c” da Constituição Federal, os recorrentes alegaram que violados os arts. 240 e 242, combinados com o art. 183, todos do C.P.C. Apontando julgados, afirmaram dissídio jurisprudencial relativamente ao termo inicial para recurso, quando ocorra pedido de devolução de prazo.

Inadmitido o recurso, agravaram de instrumento, tendo sido determinado subissem os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: — Intimação — Irregularidade — Ciência inequívoca.

Se a parte peticiona, alegando irregularidade na intimação referente a determinado ato processual e assim revela que dele teve ciência, da data em que o faz fluirão os prazos recursais, não se fazendo necessária outra intimação. Se o juiz, entretanto, determina que aquela se faça, cria-se a convicção de que a efetivação dessa seria o termo inicial. A hipótese é assimilável à justa causa, devendo contar-se o prazo da intimação.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: — Proferida a sentença, sua publicação na imprensa, para fins de intimação às partes, fez-se com omissão do nome do advogado dos ora recorrentes. Requeru a parte contrária, a 30 de janeiro de 1989, se procedesse à intimação regular, o que foi deferido no mesmo dia. No dia imediato, o recorrente apresentou

petição, afirmando ter sido surpreendido por despacho em que se determinava vista para razões de apelado, verificando então já ter sido proferida sentença. Como não havia sido regularmente intimado, pediu fosse a intimação anulada, devolvendo-se o prazo de recurso. Esse requerimento não chegou a ser decidido, fazendo-se, entretanto, a publicação anteriormente determinada. O Tribunal considerou que a ciência da sentença dera-se quando a parte peticionara, pedindo a anulação da intimação. Daquela data fluindo o prazo, intempestivo o recurso.

Já adotei posição rigorosa no tema, partindo do suposto de que não tem sentido alguém pretender seja intimado de determinado ato, cuja existência desde logo revela conhecer. Assim, no momento em que se peticiona, alegando intimação irregular, ou inexistência desta, deixa-se claro que se tem ciência do ato e o prazo começa a fluir. Considero, entretanto, que se assim é, não se haveria de determinar nova intimação. O Juiz, reconhecendo não haver sido a parte cientificada da prática de determinado ato processual, simplesmente admitiria que o prazo começara a correr do momento em que o interessado dele tomou ciência inequívoca. Agindo de modo diverso, determinando nova publicação, dá ensejo à convicção de que esse o termo inicial. A hipótese é assimilável à força maior.

No caso, é certo, a republicação fora determinada antes da petição denunciadora de ciência do ato. De qualquer sorte, aquele se fez e o resultado prático é o mesmo. Deu azo a que se criasse a suposição de que, deferido o requerimento apresentado, tenha sido feito, em consequência, nova publicação. E não se haveria de supor a inutilidade dessa.

Considero, pois, que houve justa causa e violado o disposto no artigo 183 do Código de Processo Civil. Conheço do recurso e dou-lhe provimento para que, superada a preliminar de intempestividade da apelação, prossiga o Egrégio Tribunal seu julgamento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.153 — RS — (90.0011758-5) — Rel.: Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Rectes: Dilson Lappe do Prado e cônjuge. Recdos.: Gerson Caminha da Silva e cônjuge. Advs: Drs. Antônio Ivanir Gonçalves de Azevedo e Fernando Antunes da Motta e outros.

Decisão: Recurso conhecido e provido por unanimidade. (3ª Turma — em 29.04.91).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.435 — SP
(Registro nº 90.123801)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Maurício de Menezes*

Advogado: *Dr. João Dal Belo Filho*

EMENTA: PENAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO DO CRIME.

Considera-se consumado o roubo quando os agentes, após o desapossamento, tiveram a disponibilidade da coisa, embora por breve espaço de tempo.

A prisão, na hipótese do denominado flagrante presumido (suspeitos encontrados, logo depois, na posse de instrumento e produto do crime, inciso IV do art. 302 do CPP), não descaracteriza a consumação do crime.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta 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, 05 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso especial, pela letra c, assim fundamentando o apelo:

“O recorrido MAURÍCIO DE MENEZES foi processado pela prática de roubo qualificado, que praticou em 28 de abril de 1989, na Capital, sendo que, ultimada a instrução criminal, viu-se condenado às penas de seis anos, um mês e dez dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, inc. I e II, do Código Penal, reconhecido em seu desfavor seus antecedentes corporificando reincidência e desmerecendo qualquer favor legal. Irresignado, apelou da decisão monocrática, sobrevindo o V. acórdão da C. Décima Câmara dessa Corte, relatado pelo eminente Juiz PAULO DA COSTA MANSO, que, provendo em parte o reclamo, desclassificou o delito para sua forma tentada, reduzindo o apenamento a quatro anos e vinte e seis dias de reclusão e seis dias-multa.

Para tanto, assim foi fundamentada a decisão de segundo grau:

“3. Tem razão o apelante, contudo, quando postula o reconhecimento da tentativa. A prova dá conta de que, cometido o roubo, ele e o menor afastaram-se da vítima, caminhando por um viaduto existente no Parque D. Pedro II, nesta Capital (onde a vítima fora abordada), sempre seguida por Marcos de Souza. Um pouco mais adiante obteve Souza auxílio policial; entrando no veículo policial, logo mais adiante foram o apelante e o inimputável detidos.

Não saiu o botim, portanto, da esfera de vigilância da vítima (pouco importando, aqui, tenham ou não percebido os meliantes que estavam sendo seguidos), daí porque impossível a afirmação de que tivesse o apelante conseguido, ainda que por breve espaço de tempo, posse tranqüila e desvigiada do bem subtraído. Anote-se, mais, que o roubo não se consuma pela simples apreensão do objeto cobiçado mas, sim, com a transferência ilegítima de sua posse — do

dono para o roubador; essa transferência da posse da coisa exige, como entende a boa doutrina e o melhor direito pretoriano, o exercício tranqüilo e desvigiado dessa posse pelo roubador, ainda que por breve tempo.

4. As penas foram bem fixadas pela r. sentença, que justificou a majoração ao mínimo legal daquela privativa de liberdade, bem como o regime prisional assinado, pela comprovada reincidência do apelante (cf. fls. 82 v^o).

O reconhecimento da tentativa implicará na redução dessa pena em um terço, aqui adotado o menor índice de redução como previsto no art. 14, II, do Código Penal porque percorrido, pelo apelante, quase todo o *iter criminis*, sendo esse o melhor critério informador da redução da pena, pelo reconhecimento da tentativa.

5. Daí porque dão provimento parcial à apelação para, com fundamento no art. 157, § 2^o, I e II, combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal, reduzir as penas impostas a Maurício de Menezes a 4 anos e vinte e seis dias de reclusão e pagamento de seis dias-multa, valor unitário mínimo, mantido o regime prisional e em tudo o mais a sentença” (fls. 120/122).

Assim decidindo, *venia concessa*, o v. acórdão afastou-se de tranqüila orientação fixada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o roubo se consuma pela efetiva subtração dos bens, com emprego de violência ou grave ameaça, sendo irrelevante que ocorra a prisão em flagrante do autor e, por isso, não se locuplete ele com o que tenha subtraído.

Frise-se, desde logo, na espécie, o recorrido, ainda por breve tempo, teve total disponibilidade da carteira, dinheiro e relógios subtraídos da vítima.

Assim é que, surpreendendo a vítima que retirara certa importância em dinheiro de um caixa automático de estabelecimento bancário, o acionado, após imobilizá-lo com o emprego de uma faca, retirou-lhe aqueles bens e, passando-os para o coautor — menor inimputável que o assessorava — afastou-se do local. Entrementes, o ofendido, favorecido pela aproximação de uma viatura policial, solicitou à respectiva guarnição que perseguisse os subtratores; com o seu auxílio, a dupla foi localizada, quarteirões adiante, e efetivada a prisão, em seu poder foram apreendidos os valores roubados.

Indiscutível que a detenção dos meliantes foi propiciada pelo fator sorte, quando ainda na posse da *res furtiva*, desfrutando, sem dúvida, de disponibilidade quanto a seu destino, inteiramente afastada da esfera de vigilância exercível pela vítima.” (Fls. 124/127).

Para justificar o dissídio, trouxe o recorrente à colação vários julgados do STF, dentre os quais destaco o seguinte:

“Roubo qualificado. Consumação e tentativa. Considera-se consumado o roubo qualificado se, mediante emprego de armas, os agentes intimidam as vítimas, e conseguem arrebatam seus pertences, afastando-se do local, não importando que sua prisão em flagrante ocorra casualmente pouco tempo depois. Precedentes do S.T.F.

Recurso extraordinário, pela letra “d”, conhecido e provido para restabelecimento da sentença que declarou consumado o delito” (REcr. 103.750-4-SP, 1ª T., Min. SYDNEY SANCHES — DJU 84:8362 — 08.5.87).” (Fls. 128/129).

Admitido o recurso, vieram-me os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Caracterizada a divergência, com o acórdão que não afasta a consumação do crime de roubo na hipótese de prisão em flagrante, quando há perseguição, conheço do recurso.

E, dele conhecendo, dou-lhe provimento para restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau.

Pelo depoimento da vítima, os acusados tiveram, embora por breve tempo, a disponibilidade da coisa roubada, *in verbis*:

“... que seguiu os dois elementos mais ou menos cinco minutos; depois desse lapso encontrou com uma radiopatrulha e deu sinal com a mão; em seguida descreveu como estavam vestidos os assaltantes e mostraram a direção que seguiram; que encontraram o réu e o menor na primeira quadra seguinte; o réu e o menor foram presos; o relógio do depoente estava com o réu e o dinheiro com o menor, bem como a faca, digo, a peixeira; que o depoente reconheceu sem dúvida ambos; ...” (Fls. 66/66v.).

Como se vê, a hipótese é de flagrante presumido, por terem sido reconhecidos os agentes e encontrados na posse do instrumento e do produto do crime. Isso significa que, entre o desapossamento e a prisão, houve um lapso de tempo durante o qual colocaram-se os réus fora do alcance da vítima, só não consumindo ou fazendo desaparecer a coisa roubada, no todo ou em parte, porque não o quiseram.

Concluindo, dou provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.435 — SP — (90.123801) — Rel.: Min. Assis Toledo. Rec-te.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Maurício de Menezes. Adv.: Dr. João Dal Belo Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau (em 05/12/90 — 5ª Turma).

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

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



RECURSO ESPECIAL Nº 6.520 — PR

(Registro nº 90.0012594-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *João Pereira Albuquerque*

Advogado: *Leonel da Rosa Vieira*

EMENTA: RHC — ART. 594 DO CPP — APELO EM LIBERDADE — EXIGIBILIDADE DE PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES.

— Não basta, para que o réu condenado possa apelar em liberdade, a simples condição de primarie-

dade, pois necessário se faz, a teor do art. 594 do CPP, que possua, também, bons antecedentes.

— A ordem de recolhimento do réu é mera providência cautelar, calcada em circunstâncias presuntivas de que, se solto, possa furtar-se à execução da pena, caso confirmada a sentença pelo órgão superior de justiça.

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para reformar o acórdão e restabelecer a sentença de primeiro grau, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, com fulcro no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Carta Magna, contra a r. decisão de fls. 267/270, proferida pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, que permitiu ao réu aguardar em liberdade o julgamento da apelação que interpôs contra a decisão do Tribunal do Júri da Comarca de São Mateus do Sul-PR.

Sustenta o MP recorrente que a decisão nega vigência ao art. 594 do Código de Processo Penal e dissente de julgados colacionados, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Alçada de São Paulo.

O recurso foi contra-arrazoado e, pelo despacho de fls. 300/2, veio a ser admitido pelo Presidente do TJPR, fazendo com que os autos su-

bissem e merecessem parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República no sentido do seu provimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RHC — ART. 594 DO CPP — APELO EM LIBERDADE — EXIGIBILIDADE DE PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES.

— Não basta, para que o réu condenado possa apelar em liberdade, a simples condição de primariedade, pois necessário se faz, a teor do art. 594 do CPP, que possua, também, bons antecedentes.

— A ordem de recolhimento do réu é mera providência cautelar, calcada em circunstâncias presuntivas de que, se solto, possa furtrar-se à execução da pena, caso confirmada a sentença pelo órgão superior de justiça.

— Recurso conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, quanto ao conhecimento do recurso pela letra *a* do permissivo constitucional.

Alega o recorrente que a condenação do réu, por incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do C. Penal, foi de 7 anos de reclusão, e que, apesar de ser primário, não possui bons antecedentes (fls. 200 da sentença), logo, a teor do art. 594 do CPP, tal situação lhe impede de apelar em liberdade.

Com isso, a contrariedade à lei federal é, na espécie, flagrante.

No que pertine ao dissídio jurisprudencial, a par de outros que trouxe à colação, mostrando a divergência entre eles e o v. acórdão proferido pela E. Segunda Câmara Criminal, basta que tomemos como paradigma a ementa do RHC 61.306-RJ, relator o eminente Ministro Alfredo Buzaid, publicado na RTJ 109/942, que diz:

“1. Recurso de *habeas corpus*. Duas são as condições estabelecidas no art. 594 do Código de Processo Penal para que o réu condenado possa apelar em liberdade: a) ser primário; b) ter bons antecedentes.

2. Ser primário significa não ter antecedentes criminais. Ter bons antecedentes significa ter comportamento que o qualifique na sociedade.

3. Não tendo a sentença condenatória considerado bons antecedentes do condenado, inaplicável é o art. 594 do Código de Processo Penal.

4. Recurso a que se nega provimento.”

Cita a ementa do v. julgado, para mostrar a dissidência, a qual está posta nos seguintes termos:

“Liberdade provisória — Concessão a réu que tendo sido julgado pelo Tribunal do Júri, restou condenado — Condenado que, outrossim, respondia solto a acusação intentada — Inteligência do art. 408, parágrafo 2º do Código de Processo Penal — Ordem de *habeas corpus* concedida” (fls. 267).

São, a meu ver, inteiramente procedentes as razões do recorrente, tanto no que se refere à negativa de vigência de lei, como no concernente à divergência jurisprudencial (letras *a* e *c*, do inciso III, do art. 105, da CF), pelo que, conheço do recurso, por ambos os fundamentos.

No mérito, tenho reiteradamente entendido que a ordem de recolhimento do réu, amparada no art. 594 da Lei Adjetiva Penal, não significa torná-lo culpado por antecipação, ou seja, antes do trânsito em julgado da decisão.

Trata-se, evidentemente, de mera providência cautelar, quando os antecedentes do réu, gravidade do crime, ou outra circunstância, possa levar a presumir que venha o agente furtar-se à execução da pena, caso confirmada a sentença pelo órgão superior de justiça.

Não se pode confundir primariedade, com bons antecedentes.

Conforme Damásio E. de Jesus (*in* Código de Processo Penal Anotado, 7ª Ed. 1989, pág. 378), também citado pelo recorrente, não há como se confundir os conceitos de primariedade e bons antecedentes, afirmando que: “estes dizem respeito ao comportamento anterior do acusado.” A primariedade se refere a conceito que tem por fundamento sentença condenatória anterior à prática do fato. O sujeito pode ser primário e não ter bons antecedentes. Como já decidiu o Pretório Excelso, “a inexistência de bons antecedentes não se confunde com primariedade” (RTJ 83/84). “Ser primário significa não ter antecedentes criminais. Ter bons antecedentes significa ter bom comportamento que o qualifique na sociedade” (STF, RTJ 109/942).

Portanto, conforme o art. 594, não basta satisfazer uma das situações, é necessário que tenha as duas: primariedade e bons antecedentes. E mais, que sejam declaradas por ocasião da sentença.

Conforme se verifica do v. acórdão recorrido, entendeu-se que “quando da pronúncia, reconhecendo o Dr. Juiz ser o réu tecnicamente primário, houve por bem lhe conceder a mercê em cogitação.”

No entanto, na r. sentença (fls. 220/221), fica asseverado pelo sentenciante que: "...embora seja tecnicamente primário de infração penal, registra como antecedentes outra condenação perante este Juízo nos autos de Ação Penal nº 26/79 (certidões de fls. 43 e 63 v.)."

Isto nos leva, certamente, a impedir que o réu apele em liberdade, já que um dos requisitos não foi cumprido. Se, evidentemente, "as condenações anteriores não podem mais ser levadas em consideração para efeito de reincidência, dado o lapso de tempo transcorrido entre o cumprimento da pena até os dias atuais, indubitavelmente servem, com conjunto, para demonstrar não possuir ele bons antecedentes (parecer do Procurador de Justiça, fls. 261/262)."

Por outro lado, não resta a menor dúvida de que o aresto da lavra do eminente Ministro Alfredo Buzaid contraria frontalmente o da lavra da E. Câmara Criminal do TJPR.

Desta forma, entendendo que houve negativa de vigência de lei federal (art. 594 do CPP) e divergência jurisprudencial com aquela proferida da Excelsa Suprema Corte, conheço do recurso e lhe dou provimento, a fim de, reformando o v. acórdão da E. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, restabelecer integralmente a r. sentença do Tribunal do Júri da Comarca de São Mateus do Sul-PR.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.520 — PR — (Reg. nº 90.0012594-4) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: João Ferreira Albuquerque. Advogado: Leonel da Rosa Vieira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para reformar o acórdão e restabelecer a sentença de primeiro grau. (5ª Turma — 17.12.90).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Costa Lima, Assis Toledo, Edson Vidigal e José Dantas, que presidiu o julgamento.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.629 — RJ (Registro nº 90.128765)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*
Recorrente: *Arlindo Raggio Vergaças*

Recorrido: *Tácito de Barros Barreto do Amaral*

Advogados: *Alamir Raggio Vergaças e outros; Rodolpho de Barros
Correira e outros*

**EMENTA: CIVIL. RETOMADA DE IMÓVEL PARA
USO DE DESCENDENTE. PRESUNÇÃO DE SINCERI-
DADE DO PEDIDO.**

**Não serve a elidir a presunção de sinceridade do
pedido, em ação de retomada de imóvel para uso de
descendente, a circunstância de ser o beneficiário
menor, solteiro, e, em parte, dependente do genitor.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indica-
das:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por
maioria, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Vencido o
Sr. Ministro Eduardo Ribeiro que dele não conhecia, na forma do rela-
tório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo par-
te integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE,
Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): — ARLIN-
DO RAGGIO VERGAÇAS interpõe recurso especial, com fundamento no
art. 105, III, *a* da Constituição Federal, de acórdão da Segunda Câmara
do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, que deu provimento a
apelação interposta por TÁCITO DE BARROS BARRETO DO AMARAL,
em autos de ação de despejo movida pelo recorrente, visando retomada
de imóvel para uso de descendente.

Sustenta o recorrente ter o acórdão recorrido negado vigência ao
art. 52, III da Lei 6.649/79, por ter considerado insincero o pedido de

retomada de imóvel para uso de filho menor, estudante e sem economia própria.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): — Não se trata, como já apreendera o Sr. Ministro GUEIROS LEITE, ao decidir o agravo de instrumento e determinar a subida deste recurso especial, de mero exame de prova, posto que nela não se baseou o acórdão recorrido, senão em afirmar insincero o pedido de retomada do imóvel quando o beneficiário seja menor e solteiro.

Ora, em tema de retomada para residência de ascendente ou de descendente, predomina a presunção relativa de sinceridade do pedido, sem importar a condição do beneficiário, em relação à idade ou ao estado civil.

Aqui, o beneficiário é filho do ora recorrente, já maior, empregado, estudante universitário, que mora com a mãe separada do genitor, ao que se diz já convivendo com outro homem.

A sentença se ateu a examinar os requisitos da lei, que foram demonstrados desde o início, ou seja, propriedade do imóvel, qualidade do beneficiário — filho do proprietário sem possuir imóvel para residir e à presunção de sinceridade, não elidida por prova em contrário, até porque nenhuma foi feita pela parte ré.

Enquanto que o acórdão decidiu com base em ilação não esteada em lei, para elidir a presunção de sinceridade do pedido, violando, assim, o art. 52, III da Lei 6.649 de 16 de maio de 1979.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, vou pedir vênia respeitosa ao Ministro-Relator para divergir. Existe, sem dúvida, presunção relativa de sinceridade, por isso mesmo suscetível de ser desfeita por outros elementos constantes do processo. O Tribunal, exami-

nando esses elementos de fato, avaliando-os, concluiu que foi elidida a presunção. Não nos é dado, a respeito desses mesmos fatos, proferir outro juízo.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.629 — RJ — (Reg. nº 90.128765) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Arlindo Raggio Vergaças. Recdo: Tácito de Barros Barreto do Amaral. Advs.: Almir Raggio Vergaças e outros; Rodolpho de Barros Correira e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento. Vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro que dele não conhecia (em 20.03.91 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.842 — RJ

(Registro nº 90.0013376-9)

Relator: *Ministro José Cândido*

Recorrente: *Alberto José Cardoso*

Recorrido: *Carlos Fernando de Almeida Castro*

Advogados: *Márcia Dinis, João de Almeida Castro Júnior*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO PENAL NÃO CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL COM BASE NAS LETRAS *a, b, e c*, DO INCISO III, DO ARTIGO 105 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

— Não houve ofensa ao art. 163, do Código Penal, é o que revela a prova dos autos, sem possibilidade de exame mais profundo.

— Reconhecida a tempestividade dos embargos, tem-se que reconhecer não configurada a violação à letra *b*, inciso III, artigo 105, da Constituição Federal.

— Imprestável o paradigma para justificar o dissídio jurisprudencial, desde que não guarda consonância com o acórdão hostilizado.

Preliminar de prescrição afastada.

No mérito, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, rejeitar a preliminar de prescrição, vencido o Relator; e, no mérito, 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 abril de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: ALBERTO JOSÉ CARDOSO, o recorrente, ofereceu queixa-crime contra CARLOS FERNANDO CASTRO ALMEIDA, no Juízo da 37ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, acusando-o da prática dos crimes previstos nos arts. 139, 140 e 163, combinado com o art. 69 do Código Penal. Os fatos teriam ocorrido no dia 12 de julho de 1987, e a queixa foi recebida pelo despacho de fls. 79, em 1º de março de 88. A sentença, proferida aos 6 de março de 89, absolveu o querelado, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal (fls. 212/216).

Apelou o autor, com as razões às fls. 218/226, em 16/3/89, decidindo a Eg. 3ª Câmara de Alçada Criminal, por maioria, pelo provimento, em parte, para condenar o querelado como incurso no art. 163, a pena de 10 dias-multa, em acórdão de 14 de novembro de 1989 (fls. 250/251).

Opôs o querelado embargos infringentes, acolhidos ainda por maioria, para restabelecer a sentença absolutória (em 29.3.90), (fls. 287-291).

Insatisfeito, veio o autor com o presente Recurso Especial, com fundamento nas alíneas "a", "b" e "c", admitido pela letra "b", no que tange à alegada intempestividade dos Embargos (fls. 332-335).

O recurso havia sido considerado tempestivo com fundamento em lei estadual, que declara não haver expediente no Foro Judicial no período de 24 a 31 de dezembro, inclusive. O prazo, assim, só começou a fluir no dia 2 de janeiro. O recorrente, no entanto, se apega ao art. 798 do Código de Processo Penal, para concluir pela intempestividade, ao ingressar o recorrido, com a petição, no dia 11 de janeiro.

A douta Subprocuradoria-Geral da República entendeu caracterizada a extinção da pretensão punitiva, tendo em vista o trânsito em julgado, para a acusação, da sentença de 1ª Instância, discutindo o recurso especial, tão-somente, a absolvição pelo crime de dano.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): A ilustre representante do Ministério Público Federal, Dra. DELZA CURVELLO ROCHA, entendeu que estava prescrita a ação, ao proclamar:

"Verifica-se dos autos que os fatos ocorreram em 12 de julho de 1987, tendo sido a queixa-crime recebida a 1º de março de 1988 (fl. 79). Com trânsito em julgado, para a acusação, da sentença de 1ª Instância que absolvera o réu dos delitos previstos nos artigos 139 e 140 do C. Penal, visto que o recurso especial apenas envolve irresignação, quanto à absolvição do réu pela prática do crime de dano, prescrita a pretensão punitiva aos 2 de março de 1990.

Assim, entende o Ministério Público Federal que, caracterizada, na espécie, a extinção da pretensão punitiva do Estado (art. 109, VI, c/c o art. 117, I, ambos do C. Penal), prejudicado o exame do recurso interposto. (fl. 342)".

Com a razão a ilustre Parecista.

A decisão condenatória da lavra do Tribunal *a quo* não tem força interceptiva da prescrição. Embora o tema seja polêmico, a jurisprudên-

cia, até agora triunfante, entende que acórdão condenatório equipara-se à sentença condenatória recorrível, produzindo interrupção prescritiva.

No caso dos autos, a sentença foi absolutória. Nesta hipótese, inexistente para o efeito de interrupção, passando a prescrição a correr pela pena *in abstracto*, que, no caso dos autos, é, coincidentemente, de dois anos.

Admitindo modificar meu entendimento, com maior pesquisa sobre essa tese, acolho o Parecer do Ministério Público, tendo a causa extinta pela prescrição punitiva, e prejudicado o recurso.

É o meu voto-vista.

Peço destaque.

VOTO — MÉRITO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO PENAL NÃO CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL COM BASE NAS LETRAS “A”, “B” e “C”, DO INCISO III, DO ARTIGO 105, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

— Não houve ofensa ao art. 163, do Código Penal, é o que revela a prova dos autos, sem possibilidade de exame mais profundo.

— Reconhecida a tempestividade dos embargos, tem-se que reconhecer não configurada a violação à letra “b”, inciso III, artigo 105, da Constituição Federal.

— Imprestável o paradigma para justificar o dissídio jurisprudencial, desde que não guarda consonância com o acórdão hostilizado.

Preliminar de prescrição afastada.

No mérito, nega-se provimento ao recurso.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Não acolhida a preliminar de prescrição, passo ao exame do mérito.

O acórdão proferido nos Embargos Infringentes restabeleceu a sentença absolutória de fls. 212/16. O acórdão embargado confirmou a sentença, quanto aos crimes contra a honra, condenando o querelado no crime do art. 163 (dano). Decisão por maioria (fl. 250).

Veio este Recurso Especial, interposto pelo querelante ALBERTO JOSÉ CARDOSO, fundamentado nas letras “a”, “b” e “c”, inciso III, artigo 105, da Constituição Federal, alegando, em primeiro lugar, intem-

pestividade dos embargos, cuja conseqüência seria o trânsito em julgado do acórdão de fl. 250, que condenou o querelado pelo crime de dano (discussão às fls. 307-312). Teria havido, também, negativa de vigência do art. 163, do CP, e divergência de interpretação com outros Tribunais.

Gira o Recurso Especial, portanto, em torno da absolvição, pelo acórdão proferido nos Embargos, no crime de dano e, como preliminar, da questão da intempestividade daquele recurso.

O despacho às fls. 332-335, do Presidente do Tribunal, repeliu a argumentação desenvolvida a respeito do cabimento de recurso, quanto ao crime do artigo 163, concluindo tratar-se de matéria de fato e de prova, “uma vez que demanda a análise, valorização e reexame de provas para aferir-se da real conduta do querelado frente ao elemento subjetivo do tipo, *in casu*, o dolo, o que só é factível com o reestudo da prova coligida, procedimento, como o reconhece o recorrente, inconciliável com a sede de que se cogita e conclusão essa que alcança, também, a pretendida dissensão pretoriana, no aspecto” (fls. 338-339).

Admitiu, todavia, o recurso, pela letra “b”, quanto à questão do prazo. Lê-se no despacho: “Efetivamente, como se lê no voto vencedor, fl. 290, item I, a r. decisão desta Corte julgou válida legislação local, que trata da suspensão do expediente forense, contestada em face de lei federal reguladora dos prazos, em geral no processo penal. Basta, nesse passo, a mera *contestação* da norma local em confronto com a federal, desnecessária a procedência de tal contestação para a subida do remédio extremo, pois cabe à douta Corte *ad quem* decidir a respeito, não sendo imprescindível, nesta fase probatória, a caracterização de vero choque entre ditas normas, sendo suficiente a simples existência do debate. Por esse *único* fundamento, admitido, parcialmente, o recurso especial manifestado” (fl. 339).

O voto do relator, designado nos Embargos, assim se expressa (fl. 290):

“O recurso é tempestivo, pois publicação com efeito de intimação foi feita no dia 22.12.89 (certidão de fl. 255), sexta-feira, razão pela qual o prazo somente começou a fluir no dia 02.01.90, por força do artigo 230, parágrafo 2º, do C.O.D.J.R.J., na redação dada pela Lei Estadual nº 1.563/89, artigo 8º, e do expressado na Súmula 310 do STF. Assim, considera-se tempestivo o recurso interposto em 10.01.90 (fl. 256).

E a pretensão nele ventilada se ajusta ao permissivo legal (CPP, artigo 609, parágrafo único), cabendo por inteiro nos limites da divergência”.

O artigo citado da Lei Estadual nº 1.563 tem esta redação (fl. 336):

“Não haverá expediente no Foro Judicial no período de 24 a 31 de dezembro, inclusive”.

Para o recorrente, nas razões de fls. 307 e seguintes, ocorreu a extemporaneidade, pois o prazo terminaria no dia 3 de janeiro de 1990, e o recurso só foi interposto no dia 11. É atribuição da União legislar sobre a matéria processual penal. A regra é a do artigo 798, do CPP: “os prazos são contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingos ou dia feriado. Cita acórdãos nesse sentido. Os prazos somente serão interrompidos, quando não for possível interpor o recurso. No caso, havia expediente normal no protocolo do Tribunal, conforme certidão que juntou à fl. 320.

Mas não há, a meu ver, como se admitir o recurso, como o fez o ilustre Presidente do Tribunal, pela letra “b”, pois não foi julgada válida lei de governo local, contestada em face de lei federal. As leis não se chocam, não se contradizem, não se opõem. Dizer-se que os prazos são contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado, não implica afirmar-se não possa lei estadual regular o expediente do Foro, providenciando o fechamento em determinados dias ou em certas ocasiões. Aliás, a Lei 1.408, de 09.08.51, é expressa neste sentido: “Art. 5º — Não haverá expediente no Foro e nos ofícios de justiça, no Dia da Justiça, nos feriados nacionais, na terça-feira de Carnaval, na Sexta-Feira Santa, e nos dias que a lei designar”.

Ora, não havendo expediente, parece óbvio que não correrá prazo. A lei do Estado do Rio de Janeiro, nº 1.563, suprimiu o expediente forense entre os dias 24 e 31 de dezembro. Podia fazê-lo, inquestionavelmente. A circunstância de permanecer aberto o protocolo do Tribunal não reforça as razões do recorrente. Está, na certidão à fl. 320, que a medida tem em vista o recebimento e processamento de medidas de urgência. Nesse período, portanto, não correu prazo para os embargos.

Meu voto é, assim, pelo não conhecimento do recurso, pela letra “b”, do permissivo constitucional, por não haver oposição entre os dispositivos de leis do Estado e da União.

De igual modo, não conheço do recurso pelas letras “a” e “c”, do artigo 105, III, da Lei Magna, pelas razões argüidas no despacho de fls. 332-35, onde o ilustre Presidente do Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro deixa dito, “no que tange ao artigo 798 processual penal, que não foi descumprido, antes aplicado, segundo a mais abalizada corrente pretoriana, advinda da Fonte Maior, que é o Pretório Excelso” (fl. 333). Não havendo contrariedade à lei federal, impossível o conhecimento do recurso, pelo dispositivo invocado. Quanto à letra “c”, mais nada deve ser dito, além do que afirmou o despacho hostilizado (fls. 333-34):

“O dissenso jurisprudencial carece de demonstrado, quanto à aplicação da norma processual já sublinhada, pois que dos arestos citados à fl. 310, para assinalar a suposta divergência, o primeiro trata de férias coletivas, o que não é o caso, e o segundo, ao menos no trecho em que foi reproduzido, limita-se a repetir os dizeres da norma federal, que, como dito, foi interpretada segundo o entendimento do próprio Sodalício Máximo, *sumulado*.

Incabível, nessa conformidade, a subida do apelo que outorga contida na alínea “c” do artigo 105 constitucional, inciso III, tocantemente à já tão tratada regra processual penal.

A matéria atinente à configuração do ilícito, tipificado no artigo 163 do foral repressivo, é realmente de fato. Mas, *data venia*, é também de prova, uma vez que demanda a análise valoração e reexame de provas para aferir-se da real conduta do querelado frente ao elemento subjetivo do tipo, *in casu*, o dolo, o que só é factível com o reestudo da prova coligida, procedimento, como o reconhece o recorrente, inconciliável com a sede de que se cogita e conclusão essa que alcança, também, a pretendida dissensão pretoriana, no aspecto.

Também por esses enfoques não é de ter trânsito o raro apelo sob a ótica da ofensa à lei federal e divergência interpretativa judicial colegiada, com espeque nos dispositivos constitucionais já gizados, a teor do enunciado nº 7 da SÚMULA do Colendo Superior Tribunal de Justiça”.

Com estes fundamentos, não conheço do recurso.

É o meu voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, peço permissão ao Sr. Ministro-Relator, para reconsiderar, devido aos esclarecimentos quanto às datas. Portanto, não admito o recurso.

VOTO — VISTA PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Com o fim de rememorar a espécie, leio o relatório lançado nos autos pelo eminente Ministro José Cândido: (lê).

Votando, Sua Excelência declarou extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, julgando, em consequência, prejudicado o recurso especial, do que dissentiu o eminente Ministro Carlos Thibau.

Pedi, então, vista dos autos, para melhor exame da questão relativa à interrupção do lapso prescricional, trazendo-os agora, em mesa, para retomada do julgamento.

Com efeito, a sentença absolveu o réu, sobrevivendo condenação no julgamento de apelação, por decisão tomada por maioria de votos. Opostos embargos declaratórios, prevaleceu o voto minoritário, restabelecendo-se a absolvição.

Diferentemente do que apenas confirma a sentença condenatória, de conteúdo declaratório, o acórdão recorrível que, reformando sentença absolutória, impõe a condenação tem virtude, a meu sentir, de interromper a prescrição.

Trata-se, e bem verdade, de questão controvertida, assim na doutrina como na jurisprudência. Não vejo justificativa, porém, para a distinção que se faz entre sentença condenatória recorrível e acórdão condenatório recorrível.

Apresenta-se escorreito, a meu juízo, o entendimento manifestado por Damásio de Jesus, do qual comungam, entre outros, Heleno Fragoso e Antonio Rodrigues Porto, *verbis*:

“O acórdão condenatório, ainda que não unânime, e por isso sujeito a embargos infringentes, também interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva. Isso ocorre quando, tendo sido absolvido em primeiro grau, o réu vem a ser condenado pelo acórdão do Tribunal. Trata-se de acórdão recorrível. Não vemos diferença substancial entre sentença condenatória recorrível e acórdão condenatório recorrível. Os dois constituem a primeira decisão condenatória proferida na ação penal, que, nos termos do CP, interrompe o lapso prescricional.” (“Direito Penal — Parte Geral”, Ed. Saraiva, 13ª ed., 1988, pág. 651).

A jurisprudência mais recente do colendo Supremo Tribunal Federal conforta esse entendimento, como se infere do seguinte lance do voto proferido pelo eminente Ministro Carlos Madeira no Recurso Extraordinário Criminal 114.111-SP:

“Absolvido pelo Juiz de Direito, recorreu o Ministério Público, logrando a condenação do recorrido por acórdão de 11 de novembro de 1985. Novamente foi interrompida a prescrição, recomeçando a correr o prazo bienal.”

No caso dos autos, entre o recebimento da queixa-crime e o acórdão proferido na apelação, não decorreu o lapso temporal de dois anos, em que se operaria a prescrição.

Assim sendo, Senhor Presidente, peço vênha ao eminente Relator, para arredar a prejudicial.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, o processo criminal principiou aos 30 de dezembro de 1987. A sentença foi absolutória. Todavia, a apelação reformou-a parcialmente, no dia 14 de novembro de 1989, reconhecendo o crime de dano.

Não se pode, *data venia*, afirmar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, antes de definir a natureza jurídica do acórdão que, por maioria — a hipótese dos autos — condenou o querelado.

O art. 117 do Código Penal enumera os casos de interrupção da prescrição, ou seja, recontagem *ex novo* do prazo.

O curso da prescrição interrompe-se:

I — pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II — pela pronúncia;

III — pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV — pela sentença condenatória recorrível;

V — pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI — pela reincidência.

Sem dúvida, a relação não pode ser ampliada, obediente ao critério *numerus clausus*. Inadmissível, pois, acréscimo de outra hipótese.

A conclusão, porém, deve ser buscada em interpretação lógica. Insuficiente, mais uma vez, a interpretação literal.

O rol dos incisos I a IV reúne os casos de decisões que antecedem ao marco inicial da prescrição da pretensão executória da pena.

Nesse quadrante, podem ocorrer as seguintes situações:

1 — absolvição em 1ª instância. Decisão mantida pelo Tribunal.

2 — absolvição em 1ª instância. Decisão reformada pelo Tribunal. Aqui, urge registrar duas hipóteses: a) Acórdão unânime; b) Acórdão por maioria.

3 — condenação em 1ª instância. Decisão mantida pelo Tribunal.

A primeira hipótese é irrelevante. Inexistindo sentença condenatória, não surge caso de interrupção.

A terceira hipótese só conduz à interrupção pela condenação monocrática. O acórdão que a mantiver não tem caráter condenatório.

Condenação, no sentido substancial do termo, é restrição a direito ou obrigação imposta ao condenado. Ao exercício do direito de liberdade. Ao patrimônio.

O acórdão, na espécie, terá natureza meramente declaratória, ou seja, mera afirmação de a sentença recorrida estar correta.

Manter a decisão, juridicamente, não é impor condenação.

A segunda hipótese é significativa. Desdobra-se, como se viu, em duas variantes.

Quando o acórdão registra condenação (reforma da sentença absolutória), em sendo unânime, não interrompe a prescrição da pretensão punitiva (ação penal). Por uma razão muito simples. Ela passa a ser referência para a pretensão executória (execução). O acórdão não estará sujeito a nenhum recurso ordinário. Em tese, admitir-se-ão somente o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial, que, por sua natureza, ficam restritos à análise da legalidade, respectivamente, frente à Constituição e à legislação federal infraconstitucional. O conhecimento, diga-se assim, está encerrado.

Quando, entretanto, o acórdão não for unânime, a decisão ainda está sujeita a recurso ordinário, vale dizer, os Embargos Infringentes, privativos da defesa. O conhecimento, então, não está encerrado. Tal recurso enseja análise da matéria probatória.

Evidentemente, como acórdão é sentença, bastando, em interpretação sistemática, invocar o disposto no art. 163 c/c 165 do Código de Processo Civil, atento à teleologia do instituto, em nível lógico, o intérprete não pode desprezar hipótese ínsita no art. 117. Com isso, projeta a norma em toda sua extensão, o que não se confunde com a analogia. Esta é vedada. Aquela, descortínio da amplitude da realidade normativa.

Em sendo assim, porque o acórdão, reformando a sentença absolutória, condenou o querelado, por maioria de votos, não sendo tal julgado marco inicial da prescrição da pretensão executória da pena, encerra hipótese ínsita no art. 117 do Código Penal.

O Código Penal italiano estatui no art. 160 (Interruzione del corso della prescrizione):

“Il corso della prescrizione é interrotto dalla sentenza di condanna (c.p.p. art. 483), o dal decreto di condanna (c.p.p. art. 506).”

Menciona, pois, genericamente — “sentenza de condanna” — como o fizera a Parte Geral do Código Penal de 1940, por coincidência, tam-

bém no art. 117, que foi transportado *ipsis litteris* para a legislação em vigor.

A redação brasileira inicial, é sabido, inspirou-se no Código Rocco.

A jurisprudência da Itália sempre entendeu que — “sentenza di condanna” — compreende a condenação em qualquer instância.

Ilustrativamente:

“Anche gli atti nulli (sentenza di primo o secondo grado) interrompono la prescrizione (Cass, V. 22 settembre 1972, grignollo, giur. it. 1974, II, 194; Cass. pen. Mass. ann. 1974, 113, m. 57). (Codice Penale, Varese, 1976, Mori Cia, art. 160, pág. 294).

Houve interrupção da prescrição.

VOTO PRELIMINAR

O SR. MINISTRO WILLIAN PATTERSON: Estou de acordo com o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, por entender que houve interrupção com o acórdão que condenou o paciente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.842 — RJ — (Reg. nº 90.13376-9) — Relator: Sr. Ministro José Cândido. Recorrente: Alberto José Cardoso. Recorrido: Carlos Fernando de Almeida Castro. Advogados: Márcia Dinis e João de Almeida Castro Júnior.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, por maioria, rejeitou a preliminar de prescrição, vencido o Relator; e, no mérito, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Sexta Turma — 23.04.91).

Os Srs. Ministros Costa Leite, Vicente Cernicchiaro e William Patterson votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.958 — PR

(Registro nº 90.0013752-7)

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

Recorrente: *Paulo Pimenta*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. Renato Cardoso de Almeida Andrade e outro*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. JÚRI. PUBLICIDADE. QUESITOS. DESDOBRAMENTO.

A convocação de jurados é feita com ampla publicidade. O edital é afixado à porta do fórum e publicado pela imprensa. Visa a ensinar ao réu o conhecimento e possibilitar recusa por impedimento ou suspeição. Eventual omissão ou irregularidade, por si só não enseja nulidade. Além de prova do prejuízo, no ato do sorteio, a parte teve a necessária ciência. Silenciando, não poderá fazê-lo depois de conhecido o resultado do julgamento. O desdobramento dos quesitos busca evitar a complexidade, a fim de não haver dúvida para a resposta. Só se impõe quando a resposta admitir caracterização de pluralidade de institutos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta 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, 02 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso Especial interposto por Paulo Pimenta nos autos da Ação Penal em que contende com o Ministério Público do Estado do Paraná.

O Recorrente, com base no disposto no art. 105, III, da Constituição Federal, argúi negativa de vigência de lei federal e divergência jurisprudencial (fls. 582/587).

Pretende a declaração da nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri, “por inegável vício” (fls. 587). Alega negativa de vigência ao art. 429, § 1º, do CPP, pois, por ocasião do julgamento pelo Tribunal do Júri, não houve publicação pela imprensa e nem a fixação do edital do rol dos jurados no átrio do fórum. A decisão recorrida não nega esse fato, mas descarta a nulidade por estar sanada, vez que não foi argüida no momento oportuno. E mais, o quesito referente à tese alternativa adotada pela defesa — homicídio privilegiado pelo domínio de violenta emoção — deveria ter sido desdobrado em duas perguntas. Tal desdobramento não seria simples exigência do art. 484, incisos III e IV, do CPP, mas da própria natureza e peculiaridades da causa.

A sentença condenou o ora Recorrente à pena de 12 anos de reclusão pela prática do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do CP), de conformidade com a decisão do Conselho de Sentença (fls. 450/451).

O v. acórdão (fls. 534/537) decidiu negar provimento ao recurso de apelação, cuja ementa é a seguinte:

“Homicídio Qualificado. Pena estipulada no mínimo legal. Irrelevância conseqüente do questionamento ao Tribunal do Júri sobre a existência de circunstância atenuante. Preclusão, ademais, verificada.” (fls. 534)

O Recorrente, quanto à alínea “a”, sustenta: “Não havendo como negar o fenômeno da negativa de vigência aos textos expressos de leis federais, confia o recorrente que o recurso especial seja admitido sob este fundamento” (fls. 586).

Relativamente à alínea “c”, sustenta: “Por outro lado, em relação à interpretação do artigo 484, inciso III e IV, a decisão recorrida está em dissídio com a Súmula nº 156 do Supremo Tribunal Federal, que afirma ser absoluta a nulidade do julgamento do júri por falta de quesito obrigatório” (fls. 586/587).

Recurso Especial admitido por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator):
O art. 429, § 1º, do Código de Processo Penal, determina que, concluído

o sorteio dos jurados, o edital será afixado à porta do edifício do tribunal e publicado pela imprensa, onde houver.

Sem dúvida, busca-se a publicidade a fim de serem conhecidos os integrantes do Tribunal Popular. Com isso, as partes terão conhecimento para recusar ou averbar o jurado de impedido ou suspeito de funcionar.

A nulidade, além do vício, impõe prejuízo para o argüente.

No caso dos autos, restou demonstrado, o Recorrente não suscitou a irregularidade antes ou durante o julgamento. Deveria fazê-lo. A notícia pelo edital ou pelos jornais é de conhecimento presumido. A parte, entretanto, no momento da constituição do Conselho, tem ciência real, efetiva. Em tempo útil poderia impugnar eventual vício insanável.

Deixou de fazê-lo. Cumpriria-lhe, conforme determinação do art. 571, V, do Código de Processo Penal, argüir as nulidades ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447).

A lei é sábia. Impede que acusação e defesa guardem ilegalidades e só as suscitem após o resultado desfavorável do julgamento.

Restou caracterizada a preclusão. Ademais, sequer declarado prejuízo disso decorrente.

Urge cuidar da celeridade processual, evitando-se procrastinações sem base mais sólida.

A segunda nulidade argüida diz respeito à deficiência de redação do questionário. Teria o MM. Juiz redigido englobadamente duas hipóteses distintas em um mesmo quesito. Vale dizer: “O réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima?” (fls. 448v.).

A questão deve ser desmembrada, a fim de evitar a complexidade, como definiu o velho Bento de Faria, “a reunião em um mesmo quesito de fatos que, considerados isoladamente, possam dar lugar a respostas diferentes com conseqüências jurídicas diversas” (Código de Processo Penal, Rio, 1960, Record Editora, vol. II, pág. 192).

Nessas palavras constata-se a finalidade do desdobramento: busca-se evitar perplexidade e dubiedade para a resposta. De outro lado, uma resposta ensejar caracterização de pluralidade de institutos.

Se o quesito, por outro lado, não der margem a tais inconvenientes, é lógico, poderá ser redigido, compreendendo, como na espécie *sub judice*, todos os elementos da causa especial de diminuição de pena.

Se a indagação se restringisse ao aspecto do “domínio da violenta emoção”, respondida afirmativa ou negativamente, pouco importa, não seria ponto de partida para situações jurídicas diferentes. Isoladamente, configuraria, como instituto final, uma circunstância atenuante.

O raciocínio é o mesmo quanto ao “logo em seguida à injusta provocação da vítima”. Aliás, isoladamente, fora respondido negativamente, quando os jurados negaram que o réu praticara o fato em defesa própria.

Por fim, enfrente a pretendida nulidade de ausência de questionamento quanto às atenuantes cabíveis.

Consta do Termo de Votação dos Quesitos que o 13º foi redigido, *verbis*: “Existem circunstâncias atenuantes?”. Respondido afirmativamente, prosseguiu o Juiz, perguntando sobre a menoridade, ou seja, idade inferior a 21 anos.

O magistrado formula a que lhe parece própria para a hipótese em julgamento. Poderá indagar mais de uma. Todavia, se a defesa não ficar satisfeita, deve sugerir outra. Não o fazendo, é curial, não pode, por isso, pretender nulidade. Chegar-se-ia, em sentido contrário, mais uma vez, guardar nulidade para suscitar após o resultado do julgamento.

Não conheço.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.958 — PR — (90.0013752-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Paulo Pimenta. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Advogados: Drs. Renato Cardoso de Almeida Andrade e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 02.04.91 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministro William Patterson, Carlos Thibau e Costa Leite.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Cândido.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro William Patterson.



RECURSO ESPECIAL Nº 7.326 — RS (Registro nº 91.0000585-1)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Guaraplan Administradora de Consórcios S/C Ltda.*
Recorrido: *Maria Otília Ceratti da Silva*
Advogados: *Carlos Alberto do Amaral e outros, Hugo Antônio de Bitencourt e outro*

EMENTA: CONSÓRCIO DE AUTOMÓVEIS. DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÕES JÁ PAGAS PELO PARTICIPANTE DESISTENTE OU EXCLUÍDO. CORREÇÃO MONETÁRIA.

Ao participante de consórcio que dele se afasta é devida, quando do encerramento do plano, a devolução das prestações pagas, com correção monetária. A cláusula do contrato de adesão, que exclui a atualização da quantia a ser restituída, é de ser considerada leonina e sem validade, importando em locupletamento da Administradora; não pode ser tida, outrossim, como cláusula penal, pois esta exige estipulação inequívoca e deve ser proporcional à gravidade do impedimento contratual. A correção monetária não é um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita.

Juros moratórios cabíveis somente após a mora da Administradora, encerrado o plano e não devolvidas corretamente as prestações.

Conhecimento do recurso da Administradora apenas pelo dissídio jurisprudencial, negando-se-lhe provimento.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento, além do signatário e do Sr. Ministro que ficou vencido, os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente em exercício e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ação com pedido de devolução atualizada de prestações pagas, aforada por MARIA OTÍLIA CERATTI DA SILVA, que desistira de participar do consórcio para compra de automóvel, contra GUARAPLAN ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS S/C LTDA. O juízo monocrático condenou a ré a restituir à autora as prestações com correção monetária desde as datas de pagamento, e juros legais desde constituição em mora, deduzidas a taxa de administração e a cláusula penal de 10% (fls. 112/116 — 1º volume).

Apreciando as apelações das partes, a eg. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, à unanimidade, negou provimento ao apelo da ré, determinando que os juros fossem contados após o prazo de 30 dias do encerramento do grupo consorciado. Quanto ao apelo da autora, entendeu o Tribunal *a quo* de manter a correção monetária nos índices oficiais, deduzida a taxa de administração, mas excluindo a cláusula penal a que fora submetida. (fls. 172/177)

Irresignada, interpôs a ré recurso especial, sob o art. 105, III, letras “a” e “c” da Constituição Federal, alegando negativa de vigência aos arts. 7º e 8º, I da Lei nº 5.768, de 20.12.71; 31, I, e 39 do Decreto nº 70.951/72 e 51 da Portaria nº 330/87. Alega, ainda, dissídio com arestos proferidos pelas 3ª e 4ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Paraná, como da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de Goiás. Aduz a recorrente, em síntese, que a correção monetária e os juros legais seriam devidos a partir do ajuizamento da ação, deduzido o percentual de 10% relativo à taxa de administração. Invoca a recorrente as normas prefixadas pelo órgão governamental competente (fls. 180/209, vol. 2).

A autora, ora recorrida, em contradita (fls. 248/251) sustenta o caráter ilícito e leonino da cláusula contratual que prevê a restituição das quotas sem juros e sem correção monetária. Salienta, outrossim, a inadequação do recurso especial ao caso concreto, sob a orientação firmada no REsp nº 1.445, *in* “LEX — Jurisp. do STJ e TRF”, 6/195.

O ilustre Presidente do Tribunal *a quo* julgou configurado o dissídio, admitindo o recurso pela letra “c” do permissivo constitucional (fls. 253/254).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Não encontrei contrariedade à norma de lei federal. Os artigos 7º e 8º da Lei nº 5.768/71 dispõem que dependem de autorização do (antigo) Ministério da Fazenda “as operações conhecidas como consórcio”, e que cabe a esse Ministério, em tais operações, “fixar limites de prazos e de participantes, normas e modalidades contratuais”. Os artigos 31, I e 39, do Decreto nº 70.951, repetem tais normas. Já o artigo 51 da Portaria nº 330, de 23.09.87, sempre do Ministério da Fazenda, tem a seguinte redação:

“O participante que desistir do consórcio ou que dele for excluído, inclusive seus herdeiros ou sucessores, receberão de volta as quantias já pagas, dentro de 30 (trinta) dias do encerramento das operações do grupo, deduzida a taxa de administração, e acrescidas do saldo remanescente no fundo de reserva, proporcionalmente às contribuições recolhidas.” (fls. 190)

Já o artigo 46 do Regulamento Geral de Consórcios introduz a expressão “sem juros ou correção monetária”, após as palavras “quantias já pagas”, no mais repetindo o artigo 51 da Portaria supratranscrita.

Segundo a recorrente, a violação de lei federal se deu “por via de consequência”, *verbis*:

“Ora, o apelo interposto pela ora recorrente buscava, evidentemente, modificar a sorte da demanda, — que lhe fora adversa, — para o efeito de **EXIMIR-SE** da obrigação, imposta pelo julgado de primeiro grau, de efetivar a devolução dos valores pagos pela autora **corrigidos monetariamente**, o que no entendimento da recorrente, vulnera de modo frontal o dispositivo do art. 46, de seu regulamento geral de consórcios, devidamente aprovado pelo Ministério da Fazenda, nos termos da Portaria nº 330/87, que também restou agredida, em seu art. 51, e, com ela, via de consequência, o art. 8º, I, da Lei nº 5.768, de 20/12/71, e o art. 39, do Decreto nº 70.951/72, que a regulamentou.” (fls. 186).

Todavia, a violação da lei federal, nesta expressão compreendidos também os decretos regulamentares, há de ocorrer de forma direta e

explícita, não por via indutiva. Aliás, a própria recorrente delimita o âmbito de sua inconformidade, ao afirmar taxativamente que “a questão toda se resume, portanto, à interpretação sobre a possibilidade de aplicação do supratranscrito art. 46 do Regulamento Geral, nos exatos termos em que se encontra consignado”.

Destarte, na determinação do v. aresto, de que a devolução das quantias pagas seja feita com correção monetária, não encontro ofensa alguma à lei federal, mas sim mera apreciação da legitimidade de **cláusula** de contrato de adesão.

O apelo, destarte, não é de ser conhecido sob o amparo da letra “a” do permissivo constitucional.

Merece, todavia, admissão pelo dissídio pretoriano, ante os arestos trazidos de fls. 210 e ss., segundo os quais a cláusula questionada seria lícita, “porque não é vedada por lei nem fere os bons costumes” (fls. 210), assim tendo sido mandado processar o recurso pela decisão de fls. 253/254.

Conhecendo, pois, da irresignação extrema, pelo confronto jurisprudencial, nego-lhe todavia provimento.

Sustenta a recorrente, com invocação a parecer de mestre Humberto Theodoro Júnior, que a correção monetária somente seria admissível a) quando instituída por lei; b) quando estipulada no contrato; c) nas dívidas de valor, provenientes do ato ilícito contratual ou extracontratual. Embasa o parecerista suas conclusões na orientação do Pretório Excelso, com remissão a inúmeros julgados da mais alta Corte.

Todavia, impende sublinhar que, afastando o princípio nominalístico da moeda, os tribunais brasileiros, ante a persistência e gravidade do fenômeno inflacionário, foram passo a passo aceitando, embora de início com restrições extremas, a instituição da correção monetária, como forma adequada a garantir a comutatividade contratual ou a reparação plena dos danos. A própria hábil distinção entre dívidas de valor e dívidas de dinheiro, aquelas sempre atualizáveis, estas somente corrigíveis ante previsão legal ou contratual, tal distinção na atualidade já cumpriu seu objetivo e se encontra superada, ante o conceito dominante do que se entende, em verdade, por correção monetária. A correção, reitero, não é um *plus* que se adiciona ao crédito, mas um *minus* que se evita. Quem paga com correção, não paga mais do que deve, paga rigorosamente o que deve, mantendo o valor liberatório da moeda. Quem recebe sem correção, não recebeu aquilo que por lei ou pelo contrato lhe era devido; recebeu menos do que o devido, recebeu quiçá quantia meramente simbólica, de valor liberatório aviltado pela inflação.

Assim, a própria Portaria nº 51 do (antigo) Ministério da Fazenda, ao mandar que ao participante de consórcio, no caso de desistência ou

exclusão, fossem devolvidas as “quantias já pagas”, pode e deve ser entendida como facultando a correção de tais quantias, sob pena de a devolução não mais ser da quantia já paga, mas de quantia com poder liberatório — e na moeda o que interessa econômica e juridicamente é o seu poder liberatório —, com poder liberatório tornado mesquinho e até irrisório. Ainda mais em se considerando cuidar-se, na hipótese, de contratos de adesão, em que o participante não pode discutir ou negociar o conteúdo de suas cláusulas.

Sustenta-se, em sede doutrinária, que a exclusão da correção monetária constituiria uma “autêntica cláusula penal, cuja validade e eficácia são indiscutíveis”, sublinhando-se que para instituir tais cláusulas se não exigem palavras sacramentais (parecer de Sylvio Capanema de Souza, *in* “Doutrina em Consórcio”, t. 1, v. 1, pág. 125 e ss.).

Sem dúvida, nos contratos não são exigíveis fórmulas sacramentais, porém a intenção inequívoca de estabelecer uma cláusula penal, em seu caráter básico de prefixação das perdas e danos, esta é inafastável. E não parece que a aplicação rígida do princípio nominalístico da moeda, tal como previsto no questionado Regulamento, tenha tal objetivo. Muito ao contrário. Impende ressaltar que a cláusula penal é de certa forma vinculada, em seu montante, à graveza do inadimplemento (CC, art. 924); ora, nos casos de consórcio, o participante que pagou apenas umas poucas prestações iniciais, e as tiver restituídas pelo valor nominal, estará menos prejudicado do que o participante que adimpliu a maioria das prestações e as tiver ‘devolvidas’, quando do encerramento do contrato, com o aviltado *minus* representado pela não-atualização de seu valor nominal. O maior prejuízo será daquele que mais adimpliu; o menor prejuízo, o daquele que se afastou do consórcio, ou dele foi excluído, logo ao início. Isso sem falar de que o valor da cláusula penal, Código Civil, art. 920, não pode exceder o da obrigação principal, e a imposição de restituição de valores desatualizados implicará, sem dúvida, em descumprimento desta norma de limitação, aliás muito mais rigorosa em previsões legais hodiernas.

A respeito do tema, desejo reportar-me ainda a acórdão de excelência máxima proferido pela 4ª Câmara Cível do TARS, na Apelação Cível nº 190023556, da qual foi relator o eminente juiz JAURO DUARTE GEHLEN, do qual destacarei e adoto as considerações que seguem:

“Assim expostas as soluções jurisprudenciais para a situação, de imediato afasto aquela que entende indevida a correção monetária.

Com efeito, se a Portaria 330/87 ordenou a aplicação dos saldos das contas vinculadas **diariamente** em operações do

mercado aberto (art. 28), autorizando a devolução do saldo remanescente do fundo de reserva proporcionalmente aos pagamentos feitos pelos desistentes (arts. 29 e 31), está, *ipso facto*, determinando seja a devolução efetuada com correção.

Sem eficácia, portanto, a cláusula contratual que prevê a não incidência dessa correção, também por colidir com a determinação daquele órgão governamental (Ministério da Fazenda), que detém a competência reguladora sobre os consórcios.

Não bastasse esse argumento, outros existem, dentro do plano doutrinário dos contratos, que autorizam a devolução corrigida das prestações pagas pelos desistentes, tendo em vista 1) a peculiar situação da nossa economia e 2) os procedimentos operacionais adotados nos consórcios.

No concernente à economia, basta a constatação do índice inflacionário de 1.764,86%, acumulado em 1989, e que só nos meses de janeiro e fevereiro do fluente chegou ao alarmante patamar de 169,72% — ensejando a adoção de mais um Plano de Estabilização Econômica, agora denominado de “Plano Collor” ou “Plano Brasil Novo”. Basta isso, repito, para se ver a *summa injuria* que se consubstanciaria na devolução das prestações pagas sem correção monetária, ao fim do respectivo plano do consórcio. Figura-se a hipótese em que se tenha pago 18 das 36 mensalidades quando da retirada do consorciado. Quem já havia pago o correspondente a, exemplificativamente, “meio automóvel” objeto do plano, receberia um ano e seis meses depois o que carrou ao grupo no seu valor nominal apenas, com o que nem um pneu de bicicleta poderia adquirir. No caso concreto citado na Apelação Cível nº 589029511, que aqui torno a trazer por ser mais eloqüente do que qualquer outro argumento, o consorciado que pagara o correspondente a 45% do valor do automóvel Fiat Uno, teria o direito à devolução de NCz\$ 39,00 à época do arresto, junho do ano pretérito, na qual sequer se encerrara o plano!

Daí a expressiva sentença supratranscrita: pagar em época de juros bancários de 10.000% a.a., sem a atualização da moeda é não pagar, pelo que de imediato se afasta a pretensão da validade da cláusula que afasta a correção monetária, por consagrar a iniquidade da devolução do nada.

E no plano da sistemática administrativa e operacional dos consórcios, constata-se pelo menos três circunstâncias que,

ainda se tomadas isoladamente, levariam à rejeição da pretendida não-incidência da correção monetária.

Primeiramente, o espaço deixado pelo consorciado desistente ou eliminado do grupo é, regra geral, imediatamente ocupado por um novo aderente ao plano. E este de imediato tem que desembolsar o total correspondente a todas as prestações já vencidas, ao valor atualizado. Isto é, não recebe o novo participante nenhum “presente” representado pelas prestações já pagas pelo consorciado que se afastou. Ora, se paga esse novo integrante, exemplificativamente, o correspondente a 20% do valor atualizado do bem objeto do consórcio, igualando-se aos demais consorciados, aquilo que o desistente pagou sobeja, no cômputo geral dos aportes de dinheiro para o plano.

Em segundo lugar, e como ressaltado na Apelação Cível nº 589055680 da Colenda 5ª Câmara Cível, do TJRS, “como o valor real da prestação continuou sendo o mesmo — todas foram atualizadas de acordo com o preço de tabela do veículo — no final restará o *quantum* da contribuição do desistente, que se manteve sempre corrigido, e que não será destinado à aquisição de um bem porque houve a desistência. Logo, esse valor deve ser entregue a ele, pois se tivesse continuado no grupo e pago as demais prestações vencidas a partir da sua retirada, no último mês deveria existir capital suficiente para a expedição de carta de crédito correspondente à sua participação. Como faltaram as últimas prestações, em face da sua retirada, o que sobeja está atualizado na proporção das contribuições feitas. Se não for pago esse valor ao desistente, engordará a receita da administradora, pois não se tem notícia de que os aportes dos desistentes tenham sido redistribuídos aos consorciados remanescentes” (*sic*, julgado mencionado, Rel. o Em. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr.).

E em terceiro, porque ainda que não se plantasse a situação *suso* esclarecida, há expressa determinação para que se aplique em investimentos nas operações do mercado aberto tudo o que restar de saldo dos aportes de recursos para o plano. Ora, o retirante não é obrigado — e nem seria justo isso — a deixar o que pagou em benefício de outros que não pagaram, mas ainda permanecem no plano, ou, o que é pior, para a administradora. E se todos pagaram as suas quotas, terão de sobrar, ao final, as prestações recolhidas pelo desistente. Como tais saldos

obrigatoriamente têm de ser investidos, nos termos da Portaria nº 330/87, art. 29, a presunção natural é a de que pelo menos a correção monetária oficial é devida quando da devolução das prestações pagas pelo retirante.

Aliás, argumenta *mutatis mutandis* nesse passo o Em. colega Talai Selistre, com lógica irrefutável: se a administradora do consórcio é obrigada a investir os saldos do plano, **diariamente**, como reza o dispositivo citado, até poderá ter com isso lucros extras, na medida em que obrigada a devolver o *minimum minimorum* que é a correção da moeda pelo índice oficial a tal fim aplicável (OTN, BTN, IPC, etc...), lhe restará ainda disponível o que exceder a esse índice mínimo de correção, consabido que vários são os investimentos que remuneram bem acima dele. Agora, se não investiu, ou se investiu mal, *imputet sibi* os ônus daí decorrentes, vez que o consorciado — que não tem ingerência nessas aplicações —, tem direito a receber, insisto, pelo menos esse mínimo dos mínimos, que é o que pagou corrigido pelo índice oficial incidente.

Nem se argumente que os pagamentos feitos pelo desistente integrarão o fundo de reserva, para fazer face a eventuais acidentes de percurso do plano em andamento. Se houver, exemplificativamente, uma brusca majoração do bem dele objeto, ou outro imprevisto qualquer, são os remanescentes do plano que serão chamados (e aí até mesmo aqueles que já foram contemplados e, em especialíssimas situações, mesmo os que já pagaram todas as suas quotas, embora não encerrado o plano, como se colhe na jurisprudência majoritária sobre o tema) para cobrir o que estiver a descoberto. Não se pode confiscar pura e simplesmente as prestações do desistente, para usá-las em benefício de quem quer que seja, consorciados ou administradora.

Se no plano fático se impõe a incidência da correção monetária, autorizada por qualquer uma das situações supra-examinadas — máxime à soma das três — também no jurídico, especificamente nos princípios que informam os contratos no plano do direito obrigacional, a resultante deve ser a mesma.

Em princípio, e com a devida vênia, ousa divergir dos ven. acórdãos que conceituam o dispositivo contratual que prevê a devolução das prestações sem a correção monetária, como sendo **cláusula penal**, pelo que não poderia o judiciário deixar de aplicá-la, presente o princípio *pacta sunt servanda*, nem mesmo reduzi-la a níveis menos onerosos.

Além de não se enquadrar tal disposição contratual dentro do sentido estrito que se confere à *stipulatio poenae*, tenho que na hipótese concreta esbarraria ela no disposto no art. 924 do Código Civil. Veja-se que ao contrário do que comumente ocorre com a pena convencional, aqui não se estipulou uma importância certa ou pelo menos um percentual determinado, que corporificaria dita penalização.

Se entendida na sua concretude, a cláusula contratual em questão seria esta: *ao consorciado que se afastar ou for afastado do plano, impõe-se a pena de perda do que pagou até a retirada*. Aos níveis da inflação da nossa moeda, isso é o que representa restituir sem correção ao cabo de dois ou três anos, ou até mais, pois como é normal em tais casos de desistência, raramente se desiste próximo do término do plano.

Assim, perder-se *tudo quanto se pagou*, e não apenas a metade, o terço, o vigésimo, o décimo, equivaleria a negar vigência ao já mencionado art. 924 do CCB. Pois se colocado o problema no campo do inadimplemento contratual — que só este ensejaria a incidência de cláusula penal — há que se ver que tendo o consorciado pago até o momento do afastamento as suas prestações, até ali foi adimplente. Leve-se o argumento adiante, exemplificando-se com o pagamento de 30 prestações em um total de 36, ou de 45 em um total de 50, vigindo altíssima taxa inflacionária nesse cinco ou seis últimos meses dos exemplos, para se ver a extrema injustiça na aplicação pura e simples dessa pretendida penalização.”

Quanto aos juros moratórios, o correto acórdão recorrido bem os fixou a partir do trigésimo dia *após* o encerramento do plano, quando entendeu verificada a mora.

Pelo exposto, conheço do recurso pela alínea *c*, mas ao mesmo nego provimento.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, reportando-me ao voto que proferi no Recurso Especial nº 4.273, também do Rio Grande do Sul, peço vênua para conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.326 — RS — (91.0000585-1) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Guaraplan Administradora de Consórcios S/C Ltda. Recorrido: Maria Otília Ceratti da Silva. Advogados: Carlos Alberto do Amaral e outros; Hugo Antônio de Bitencourt e outro.

Votaram com o Sr. Ministro Relator, os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro. Na ausência justificada do Sr. Ministro Bueno de Souza, presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro, negou provimento ao recurso. (4ª Turma — 23.04.91)



RECURSO ESPECIAL Nº 7.560 — MG

(Registro nº 91.10294)

Relator originário: *Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Relator p/acórdão: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais*

Recorrido: *Cargill Agrícola S/A*

Advogados: *Drs. Celso de Oliveira Ferreira e outros, André Martins de Andrade e outros e Marco André Dunley Gomes e outros*

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RAÇÃO PARA ANIMAIS. ICM. ISENÇÃO.

— Para os efeitos da legislação pertinente, entende-se como ração balanceada, a ração animal, o concentrado e o suplemento.

— Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por 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, 03 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator p/acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): — A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS interpôs recurso especial, fundado no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição, contra acórdão do Tribunal de Justiça local, que decidiu estar a empresa CARGILL AGRÍCOLA S/A isenta do pagamento do ICM nas operações de venda de ração concentrada para animais, de uso na pecuária e avicultura, por entender equiparar-se à ração balanceada.

Alegou ter o acórdão negado vigência ao art. 111, I, do CTN, bem como haver divergido de decisão do próprio Tribunal recorrido.

Sustentou a impossibilidade de estender-se à ração concentrada a isenção concedida à ração balanceada pelo art. 1º, da Lei Complementar nº 4/69, uma vez que tais benefícios devem ser interpretados literalmente.

O recurso foi inadmitido na origem, porém veio a ser processado em virtude do provimento do agravo interposto.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): — A controvérsia circunscreve-se à questão de saber-se se as razões concentradas encontram-se também ao abrigo da isenção de ICM prevista para as razões balanceadas.

A *v.* decisão recorrida conclui pela afirmativa após tecer as seguintes considerações:

“A real verdade que deflui dos autos é que a mistura, dita concentrada, não é substancialmente diversa ou de valor industrial diferente da chamada ração “balanceada”, desde que elabo-

radas industrialmente, com os mesmos ingredientes e a mesma finalidade, consoante conclusão a que chegou o douto Procurador da Justiça, Dr. Moacir Navarro (fl. 195)".

Acontece, entretanto, que a Lei Complementar nº 04/69, em seu art. 1º, ao instituir a isenção tributária questionada, referiu expressamente "ração balanceada", sem abranger a matéria-prima utilizada em sua fabricação, entre as quais se incluem os concentrados.

Assim, por força da norma do art. 111, inciso I, do Código Tributário Nacional, que veda a interpretação compreensiva das normas de isenção, não há espaço para que se considere abrangida pelo dispositivo indicado da mencionada lei complementar, produto que não está nele descrito.

Ao votar o REsp nº 1.796-MG, que foi relatado pelo eminente Min. Américo Luz, onde se concluiu pela incidência da isenção, sobre sal mineral, deixei ressalvado o meu ponto de vista de que reconhecia o direito à isenção tão-somente por haver constatado que o mencionado produto, por si só, pode ser utilizado como ração animal.

Assim sendo, não obstante reconheça que o v. acórdão se acha prestigiado por alguns precedentes do STF (cf. RE 72.131), entendo incabível a isenção, concedida por via de interpretação compreensiva, razão pela qual meu voto é no sentido de reconhecer ofensa ao dispositivo legal enfocado.

Dou provimento ao recurso.

VOTO — VISTA VENCEDOR

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: — Na ação declaratória proposta por Cargill Agrícola S/A, para que fosse declarada a ilegalidade da cobrança de ICM nas saídas de concentrados e inexistência de obrigação do autor em pagar ICM nas operações de venda de ração concentrada para animais, a sentença julgou procedente, em parte, o pedido, declarando a isenção do ICM e o direito ao crédito (fls. 163).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais manteve a decisão na parte principal, alterando-a apenas em relação à distribuição dos honorários (fls. 204/206).

Interpôs a Fazenda, contra o acórdão, recurso especial (a e c).

Alegou ter o acórdão, ao decidir que a empresa estava ciente do pagamento do ICM nas operações de venda de *ração concentrada* para animais, de uso na pecuária e avicultura, por equiparar-se a *ração*

balanceada, ter o acórdão, repito, negado vigência ao art. 111, I, do CTN, bem como haver divergido de decisão do próprio Tribunal. Impossível seria, diz a recorrente, estender-se à razão concentrada a isenção concedida à razão balanceada, uma vez que tais benefícios devem ser interpretados literalmente.

O voto do eminente relator aceitou os argumentos, concluindo por dar provimento ao recurso, pois ao ser instituída a isenção tributária, a Lei Complementar nº 04/69 referiu expressamente *razão balanceada*, sem abranger a matéria-prima utilizada em sua fabricação, entre as quais se incluem as *concentradas*.

Toda a controvérsia se resume na interpretação da norma de isenção de tributo estadual (ICM) contida no art. 1º, XIII, da Lei Complementar nº 04/69.

A questão já foi apreciada recentemente pela Turma, que acolheu o voto do ministro Américo Luz, com ressalva de ponto de vista do Ministro Ilmar Galvão, nestes termos:

“A fundamentação do parecer é a seguinte (fls. 407/408):

“A controvérsia instalada nos autos reside no seguinte ponto: a isenção de ICM prevista no art. 1º, inc. XIII, da Lei Complementar nº 04, de 02/12/69, deferida às *razões balanceadas para animais* abrange, ou não, os *suplementos minerais* destinados à alimentação de animais? O acórdão recorrido concluiu que não. A recorrente (empresa contribuinte), como vem fazendo desde a inicial, afirma que sim.

Não há dúvida que, como afirmou o Ministro Bilac Pinto, no RE 73.131-PR, “o objetivo da referida Lei Complementar nº 4-69, evidentemente, foi o de excluir do ICM toda saída de ‘ração animal’, para reduzi-la em seus custos, e conseqüentemente, os custos dos produtos originários da pecuária — carne, leite, etc.” (RTJ 61/800). Considerado tal objetivo, a interpretação do referido art. 1º, inc. XIII, no tocante ao conceito de *ração balanceada para animais*, há de ser no sentido de compreender todos os produtos que se destinam a servir especificamente de alimento para animais.

Por outro lado, o Decreto nº 76.986, de 06/01/76, ao regulamentar a Lei nº 6.198, de 26/12/74, que dispôs sobre “a inspeção e fiscalização obrigatória de produtos destinados à alimentação animal”, deixou claro:

a) que suplemento é “ingrediente ou mistura de ingredientes capaz de suprir a ração ou concentrado, em vitaminas, aminácidos ou minerais, sendo permitida a inclusão de aditivos” (art. 4º, inc. V);

b) que para os efeitos do referido decreto, “entende-se como *ração balanceada*, a ração animal, o concentrado e o *suplemento*, definidos nos itens III, IV e V deste artigo” (§ 1º, do art. 4º).

Ora, se para o efeito da fiscalização federal dos produtos destinados à alimentação animal o *suplemento* é considerado *ração balanceada* (§ 1º, do art. 4º, do Decreto nº 76.986/76), não há porque excluí-lo, como fez o acórdão recorrido, da isenção prevista no art. 1º inc. XIII, da Lei Complementar nº 4/69.” (REsp 1.796-MG, de 07.11.90).

Porque a matéria não é diferente, lamento discordar e, neste caso, não conhecer do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: — Senhor Presidente, estou de acordo com o Sr. Ministro Hélio Mosimann, *data venia* do Eminentíssimo Ministro Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Presidente): Reporto-me ao voto que proferi no Recurso Especial nº 1.776-MG, nesta Turma, lembrado pelo Sr. Ministro Hélio Mosimann.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.560 — MG — (91.10294) — Rel. originário: Sr. Ministro Ilmar Galvão. Rel. p/acórdão: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Recdo.: Cargill Agrícola S/A. Advs.: Drs. Celso de Oliveira Ferreira e outros, André Martins de Andrade e outros e Marco André Dunley Gomes e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator (Ilmar Galvão), dando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Hélio Mosimann. Aguardam os Srs. Ministros Peçanha Martins e Américo Luz. 20.03.91.

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hélio Mosimann, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, não conheceu do recurso. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Hélio Mosimann. (em 03.04.91 — 2ª Turma).

Sustentou, oralmente, o Dr. Marco André Dunley Gomes, pela recorrida.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 7.570 — PR

(Registro nº 91.0001040-5)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Condomínio Edifício Orion*

Recorrido: *Pedro Kalabaide*

Advogados: *Dra. Regina Lúcia Werka e outro; Dr. Fernando Wilson Rocha Maranhão e outros*

EMENTA: Extinção do processo por desaparecimento do objeto — Honorários.

Deverá o Juiz pesquisar se havia o interesse, quando do ajuizamento da demanda, o motivo por que desapareceu e se a pretensão era fundada. Verificará assim, quem deu causa, de modo objetivamente injurídico, à instauração do processo, devendo arcar, em consequência, com custas e honorários.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, pela alínea “c”, mas lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 30 de abril de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: — Pedro Kalabaide ajuizou interdito proibitório contra o Condomínio do Edifício Orion, que, por seu Síndico, teria impedido a entrada no prédio de locatário do autor.

Em primeiro grau, tendo em vista informação de que desocupado o imóvel, julgou-se sem objeto o pedido, condenando-se o réu ao pagamento de custas e honorários. Apelou o réu, alegando sucumbência recíproca, ou, se se entendesse que vencido, arbitramento dos honorários nos termos do art. 20, parág. 3º, CPC. Negou-se provimento ao recurso, à unanimidade, em decisão assim ementada:

“HONORÁRIOS DE ADVOGADO — INTERDITO PROIBITÓRIO — PERDA DO OBJETO DA AÇÃO EM RAZÃO DE FATO SUPERVENIENTE, COMUNICADO PELO ADVOGADO DO AUTOR EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO — SENTENÇA CONDENANDO O RÉU AO PAGAMENTO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA — RECURSO VISANDO EXCLUIR OU DIMINUIR A VERBA HONORÁRIA — CONDENAÇÃO MANTIDA — RECURSO IMPROVIDO.

Perdendo a ação o seu objeto, isto em razão de fato superveniente, “de modo que uma declaração do direito não é mais possível, ainda assim o processo continua até o fim, para um provimento judicial a respeito das despesas”.

Tendo sido a verba honorária fixada segundo os parâmetros elencados no parágrafo 3º, do artigo 20 do Código de Processo Civil, com a ocorrência de situação prevista no parágrafo 4º, inexistente razão para diminuí-la.”

Foi interposto recurso especial, com base no artigo 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando-se negativa de vigência do artigo 20, parág. 4º, do CPC e dissídio jurisprudencial.

Admitido o recurso, vieram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: — Extinção do processo por desaparecimento do objeto — Honorários.

Deverá o juiz pesquisar se havia o interesse, quando do ajuizamento da demanda, o motivo por que desapareceu e se a pretensão era fundada. Verificará, assim, quem deu causa, de modo objetivamente injurídico, à instauração do processo, devendo arcar, em consequência, com custas e honorários.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: — No curso do processo desapareceu a razão de ser do litígio, extinguindo-se aquele por falta de objeto. O MM Juiz, ao assim decidir, impôs ao réu condenação ao pagamento de custas e honorários. Para fazê-lo, examinou a causa e, declarando a sem razão do réu, salientou que o autor foi forçado a recorrer à Justiça.

Merece o especial ser conhecido, posto que demonstrado o dissídio com julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Entendeu este que, em casos como o em julgamento, não haveria falar em sucumbência, devendo cada uma das partes arcar com as custas adiantadas e pagamento dos respectivos advogados.

Já tive ocasião de examinar o tema, em mais de uma oportunidade, e filiei-me ao entendimento acolhido pela decisão recorrida. Assim, em julgamento no Tribunal de Justiça do Distrito Federal proferi voto de que transcrevo trecho mais significativo:

“O MM Juiz extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, invocando a norma do artigo 267, IV do Código de Processo Civil. Salientou que desapareceu o objeto do pedido, não persistindo o interesse de agir. Ressalvado o que parece ter sido equivocada menção do inciso IV em lugar do inciso VI do artigo 267, o fenômeno processual ocorrido foi efetivamente o desaparecimento do interesse de agir. Não mais havia motivo para se pleitear indenização, pelo furto da motocicleta, quando esta fora recuperada em virtude da ação policial. A sentença, entretanto, abstando-se de maiores considerações, declarou não haver lugar para condenação em custas e honorários. Este o ponto questionado no recurso e que está a merecer exame mais acurado.

A sentença teve as partes como isentas da condenação ao pagamento de honorários. Em relação às custas, porém, o que em realidade fez foi carregá-las ao autor que já as adiantara.

Por isso mesmo a apelação, apresentada pelo réu, limita-se à questão relativa a honorários. No estágio atual de nosso direito, salvo exceções expressamente previstas, os princípios que regem a distribuição dos encargos relativos às custas são os mesmos que comandam a condenação em honorários. Os fundamentos e justificação das regras pertinentes a uma hipótese são aplicáveis à outra. Assim sendo, a pesquisa relativa a um caso servirá a ambos, circunstância que autoriza valha-se o intérprete das teorias, apresentadas como base para distribuição dos encargos relativos às custas, delas se utilizando quando se trate de honorários, ainda que, em outros ordenamentos, a regulamentação desses últimos seja diversa.

Salvo com relação ao litigante de má-fé, pode-se dizer que não se compadece com o entendimento moderno da Ciência Processual afirmar-se que a condenação em custas tenha caráter de pena, sancionando a conduta processual do vencido que, em vista da sentença, haveria de reputar-se antijurídica. Esta condenação deriva da existência do processo e não se pode dizer deva ser punido alguém que dele se valeu legitimamente, de boa-fé, sustentando a existência de um direito e pretendendo que sobre ele se pronunciasse o órgão para este fim instituído. A pena está ligada ao conceito de culpabilidade, em sentido amplo, inadmissível como fundamento da condenação do vencido.

Em virtude também de não prescindir da referência à culpa, inaceitável que a condenação em custas tenha base no propósito de reparação do dano causado pela parte vencida ao vencedor. A doutrina do ressarcimento ressent-se de caráter civilista que, à semelhança da anterior, não se ajusta ao modo amplo com que se impõe ao vencido o encargo do pagamento em exame. Entretanto, se desvinculada da exigência do vínculo psicológico, tem muito de verdadeira.

Abstraída a referência a outras teorias de menor relevo, como a do contrato judiciário, examina-se de logo aquela que encontrou enorme aceitação e que se considera acolhida em nosso direito. A obrigação de pagar as custas deriva do fato objetivo da derrota, da sucumbência. *Victus victori*. Para impor a condenação, não precisará o Juiz pesquisar culpa nem indagar se em tal ou qual caso há motivo para se carregar ao vencido a obrigação de pagar. Paga por ser vencido.

Mais modernamente, apresentou-se outro fundamento que se pretende mais abrangente e adequado. Encontrar-se-ia no

princípio da causalidade, e não seria, segundo se sustenta, estranho ao pensamento de Chiovenda, como exposto em sua obra "La Condanna nelle Spese Giudiziali" (Fratelli Bocca editores-Turim-1901). Consoante esta doutrina "la parte che col suo comportamento antiggiuririco, tale per la trasgressione delle norme del diritto sostanziale, ha provocato la necessità del processo è responsabile del processo e delle spese in quanto, omis-sis, è ingiusta cagione di esse". Observe-se que se apela aqui a conceito de antijuricidade puramente objetivo que não requer culpa e é distinto do ilícito (Renato Vecchione — Novissimo digesto italiano — vol. XVII, p. 1.127-1957).

Este fundamento — o da causalidade — foi expressamente acolhido pelo Código de Processo Civil Português (artigos 446 e seguintes).

Entretanto, seja qual for o que se repute adequado para explicar todas as hipóteses de condenação em custas, ou ao menos para fornecer a regra geral, mister se continue na pesquisa para verificar por que tal fundamento terá sido o adotado. Cumpre saber o que justifica seja acolhido o princípio da sucumbência ou da causalidade para impor a alguém a obrigação de pagar as custas.

Chiovenda atentou bem para esta necessidade, salientando que a explicação, fundada no fato da sucumbência, não é mais que a verificação da necessidade de um requisito de fato para a condenação (op. cit. p. 176). A justificação para adotar-se este princípio está em que o Juízo, sendo meio para atuação do direito, há de fazê-lo o mais integralmente possível. A atuação da lei não haverá de representar diminuição patrimonial para a parte em cujo favor atuou. A utilização do processo não se resolverá em dano para quem tenha razão. (op. cit. p. 179 e Instituciones de Derecho Processal Civil — Madrid — 1954 — vol. III — p. 355).

A justificativa que acima se deduziu será aceitável quando haja julgamento de mérito. É satisfatório em regra para o sistema italiano, em vista do que dispõe o artigo 310 parte final do Código Processual daquele país: "Le spese del processo estinto stanno a carico delle parti che le hannoanticipate". Assinala Carnelutti que se o processo de conhecimento se extingue, salvo por desistência, não se poderá determinar qual das partes lhe terá dado causa o que exclui direito a reembolso (Instituciones

del Processo Civil — Buenos Aires — vol. I, p. 362). Vê-se que aí o apelo é exclusivamente à regra de causalidade.

É evidente que não há lugar para invocação da mesma justificativa, apresentada por Chiovenda, quando não haja julgamento de mérito e quando se imponha, não obstante, condenação a pagamento de custas. A falta de apreciação do mérito não permite dizer-se tenha havido declaração do direito material. Não se sabe quem tem razão quanto ao conflito de interesses que motivou e constituiu substrato do processo.

No direito brasileiro, não pode haver dúvida de que a extinção do processo, sem julgamento de mérito, não impede a condenação ao pagamento de custas e honorários. Basta, para convencer, a leitura do artigo 268 do Código de Processo Civil. Isto está a mostrar a impossibilidade de aceitar-se o fundamento da sucumbência com a justificativa apresentada. Não houve decisão sobre a lide. Não se verificou, para usar da expressão de Chiovenda, qual a vontade concreta da lei.

Parece que mais adequado invocar-se a teoria da causalidade. Se o autor pleiteia a prestação jurisdicional, sem que estejam presentes as condições necessárias a que seu pedido seja examinado, deu causa à instauração indevida do processo. Arcará por isso com as custas e honorários do patrono do adversário.

Aceitos estes princípios, é possível agora mais diretamente tratar da hipótese concreta. Poderá o processo extinguir-se por fato superveniente a sua instauração. Quando do ajuizamento da ação não havia impedimento a que fosse julgada a pretensão deduzida, impedimento que veio a surgir em seu curso. Por ser o que interessa ao caso presente, limito o exame do desaparecimento do interesse de agir, sem que tenha ocorrido para tanto qualquer das partes. O caso em julgamento é tipicamente este.

No direito alemão, o disposto no parág. 93 de seu digesto processual tem ensejado se busquem soluções adequadas. Ali se estabelece que as custas correrão por conta do autor quando o réu, por sua conduta, não houver dado causa ao ajuizamento da demanda e reconheça de logo a pretensão do autor. A doutrina tem entendido que, analogamente, deve o réu responder pelas custas quando, em virtude de acontecimento a que o autor não deu motivo, a demanda que era fundada tornou-se infundada,

no curso do processo, o que foi desde logo reconhecido pelo autor (Goldschmidt, James — Derecho Processal Civil — trad. Prieto Castro — Labor — 1936 — p. 215 — Rosenberg, Leo — Tratado de Derecho Processal Civil — Trad. Romera Vera — EJEJA — 1955 — vol. I — p. 476). Rosenberg arrola, a propósito, numerosos exemplos, dentre os quais o do perecimento da coisa litigiosa.

Mencione-se, ainda, o direito português em que existe regra estabelecendo que quando o processo se extinguir “por impossibilidade ou inutilidade da lide, as custas ficam a cargo do autor, salvo se a impossibilidade ou inutilidade resultar de facto imputável ao réu, que nesse caso as pagará”.

Em nosso vigente direito processual, não existe norma que, de modo explícito, imponha a solução lusitana e igualmente não há consagração expressa do princípio acolhido pelo direito alemão. A Lei nº 4.632/65 que modificou o artigo 64 do Código de 39, introduziu-lhe um parágrafo em que se determinava que o Juiz levaria em conta a circunstância de a sentença basear-se em fato ou direito superveniente, para efeito da condenação nas custas e honorários. O dispositivo ensejava solução para a questão, propiciando a acolhida da que foi consagrada pela doutrina alemã. Não subsistiu o dispositivo, entretanto, no Código de 73.

No direito atual, tem alguma relação com a hipótese o contido no artigo 22 do Código que, entretanto, não destaca a possibilidade de o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor ter ocorrido após o ajuizamento da demanda. Necessário pesquisar, dentro dos princípios norteadores dos sistema, a regra jurídica que haverá de servir de parâmetro para o caso em estudo.

Tem-se como certo que, salvo exceções, o vencido paga as custas. Igualmente indubitoso que a condenação a esse ocorre também quando o processo se extinga sem julgamento do mérito, considerando-se vencido aquele que formulou pretensão que não pôde ser examinada. Finalmente, constitui também ponto geralmente aceito que o interesse de agir deve estar presente no momento em que se vai proferir a sentença. Enunciadas apenas estas regras, poder-se-ia eventualmente concluir que, no caso em julgamento, custas e honorários haveriam de ser suportados pelo autor. A questão, entretanto, não é assim tão simples, demandando maior pesquisa.

Como se salientou acima, não basta verificar que o fundamento da condenação é a sucumbência. Necessário se verifique a justificativa da adoção deste fundamento. Mostrou-se, outrossim, que o indicado não abrange a hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito. Mais adequada seria a da causalidade. Aplicada esta ao caso concreto, só com um artifício seria possível justificar a conclusão de que o autor haveria de pagar as custas e honorários. Ter-se-ia que admitir que seria responsável por este pagamento, em virtude de haver dado causa à instauração de um processo que, em virtude de fato superveniente, para o qual não contribuiu, perdeu o objeto. Não se consegue compreender por que deva ser assim. Não se percebe que princípio possa justificar tal solução, que se choca com as demais normas sobre distribuição dos encargos relativos a despesas do processo.

O exame dos vários dispositivos sobre condenação em custas e honorários evidencia sempre explicação perfeitamente identificável do respectivo conteúdo. As obrigações que se carregam ao litigante de má-fé têm justificativa óbvia no próprio comportamento antiético. O vencido pagará as custas, seja porque o direito do vencedor haverá de ser reconhecido em sua integralidade, sem que para ele resulte diminuição patrimonial, seja porque se considere que o vencido deu causa à instauração do processo por seu comportamento objetivamente antijurídico relativamente ao direito material ou processual (caso de extinção sem julgamento do mérito). A regra do artigo 22 baseia-se em que o comportamento do réu deu causa a desnecessária delonga para a decisão da causa, o que é indesejável sob todos os aspectos. Aquele que reconhece o pedido equipara-se ao vencido e o desistente provocou o movimento do aparelho judicial não ensejando pronunciamento final. Finalmente, as hipóteses dos artigos 29 e 31 explicam-se de modo claro com a invocação da regra da causalidade. Paga as custas quem deu causa aos atos inúteis.

Dentro desse quadro, parece aberrante deva o autor arcar com custas e honorários sempre que o interesse de agir venha a desaparecer no curso da demanda, sem a ocorrência de fato que lhe seja imputável. Não havendo norma expressa, a impor que assim seja, como sucede no Código de Portugal, o intérprete haverá de buscar aquela que se coadune com o sistema geral.

Compatível com ele era sem dúvida a fórmula alvitrada pela já citada Lei nº 4.632/65. Seu texto permitia fosse alcança-

da solução ajustada aos princípios informativos da matéria, correspondente à que encontrou guarida na doutrina germânica. Até determinada fase do processo tinha o autor interesse em pleitear o provimento jurisdicional. O fato de esse interesse ter desaparecido não é motivo para atribuir-lhe, sem mais, a obrigação do pagamento das custas.

A fórmula continua a recomendável. À semelhança do direito alemão, o Juiz haverá de examinar se a pretensão tinha amparo jurídico. Verificando que não só existia até então o interesse, como o autor não deu causa a que o processo extinguisse e que, ademais, era fundada sua pretensão, haverá de concluir que o réu terá dado causa à instauração do processo e, conseqüentemente, arcará com custas e honorários. Não presentes os requisitos mencionados, o pagamento de tais verbas será de responsabilidade do autor.

Afasta-se deste modo que possa o autor ser sempre condenado ao pagamento de custas quando fato superveniente impeça o julgamento de mérito. Cumprirá verificar quem deu causa, de modo objetivamente injurídico, à instauração do processo. Para tanto não se poderá prescindir do exame do mérito, para se apontar qual pretensão era fundada, embora isto se faça com o só objetivo de dispor sobre pagamento de custas e honorários e não para decidir sobre o pedido principal.”

Considero, em vista do exposto, que decidi com acerto o Colendo Tribunal *a quo*, mantendo a sentença que impôs condenação em custas e honorários.

No que diz com o arbitramento feito, entendo não demonstrado o dissídio. A verba honorária foi fixada com moderação, em vista das circunstâncias da causa. O fato de superar o valor da causa não é decisivo, posto que este era meramente estimativo. Não houve contrariedade à lei, quanto ao ponto, nem demonstrada divergência jurisprudencial.

Conheço do recurso, pelo primeiro fundamento, mas nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.570 — PR — (91.0001040-5) — Rel.: Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Condomínio Edifício Orion. Recdo.: Pedro Kalabaide. Advs.: Drs. Regina Lúcia Werka e outro e Fernando Wilson Rocha Maranhão e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, pela alínea “c”, mas lhe negou provimento (3ª Turma — 30.04.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, Cláudio Santos e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.221 — MG

(Registro nº 91.24384)

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

Recorrente: *Empreendimentos Apolo Ltda.*

Recorridos: *Aniello Anastasia — Espólio e outro, Márcio Eustáquio da Rocha e cônjuge*

Advogados: *Drs. Mário Alves Ribeiro e outro, Francisco Silviano Brandão, José Brígido Pereira Pedras Júnior*

EMENTA: CIVIL/PROCESSUAL. LOCAÇÃO. VENDA DO IMÓVEL. PREEMPÇÃO. EXIGÊNCIAS. CUMULATIVIDADE DE PEDIDOS.

1. Diz-se inepta a petição inicial que contém pedidos, postos em forma cumulativa, incompatíveis entre si, uma vez que a lei específica contempla indenização por perdas e danos em caso de preterição da preferência na aquisição de imóvel locado.

2. A prenotação do contrato no registro imobiliário, com dúvida levantada pelo Oficial quanto à registrabilidade do documento, não supre a exigência contida no art. 25 § 1º da Lei nº 6.649/79.

3. O direito de preferência há de ser exercido sobre a totalidade do imóvel vendido e não apenas em relação à parte do mesmo, locada ao titular da preempção.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira 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, 25 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): — EMPREENDIMENTOS APOLO LTDA. interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c* da Constituição Federal, de acórdão proferido pela 4ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que negou provimento à apelação interposta em autos de ação de nulidade de escritura, registro e adjudicação compulsória cumulada com perdas e danos movida contra MÁRCIO EUSTÁQUIO DA ROCHA e sua mulher, e os espólios de ANIELLO ANASTASIA e de FRANCISCO SANTOS ANASTASIA, julgada extinta sem julgamento de mérito em primeira instância, por inépcia da inicial, carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e ausência de requisito indispensável à propositura da ação.

Sustenta o recorrente negativa da vigência ao art. 289 do Código de Processo Civil, que permite formular pedidos sucessivos, bem como dissídio jurisprudencial.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): — A empresa recorrente teve obstada a sua ação, com pedidos cumulados de nulidade de escritura de venda de imóvel a ela locado e perdas e danos, por inépcia da inicial, nos termos do art. 295 — Parágrafo Único IV do Código de Processo Civil — pedidos incompatíveis e por não se achar o contrato de locação registrado, como exigido no § 1º do art. 25 da Lei 6.649, de 16 de maio de 1979.

Ao julgar a apelação, aventou ainda o acórdão com a impossibilidade do pedido, visto como a venda efetuada dizia respeito a um todo de que o imóvel locado seria parte, de sorte que, nos termos do art. 24 § 2º da mencionada lei inquilinária, a preferência teria de abranger o todo.

O recurso especial é dirigido, quanto à negativa de vigência de lei, ao que reza o art. 289 do Código de Processo Civil, que admite pedidos sucessivos e, no que tange à divergência de interpretação de lei federal, ao mesmo dispositivo e ao valor da prenotação do contrato no registro de imóveis, para o fim do art. 25 § 1º da Lei 6.649/79.

Resta evidente, pois, que, embora o acórdão tenha sido proferido com base nos dois obstáculos indicados, o voto condutor do mesmo disse da impossibilidade jurídica do pedido, por haver a preferência sido exercida apenas em relação à parte do imóvel, quando a venda se dera em relação a um todo, nele incluída essa parte, a significar que, não abrangendo o recurso também esse obstáculo oposto à admissibilidade da ação, se imporia o não conhecimento do mesmo.

Examino, contudo, os fundamentos da recorrente, até porque o último fundamento do voto condutor do acórdão foi apenas referido, com a manifestação de que não seria necessário o seu aprofundamento, pela suficiência dos outros dois, que são atacados neste recurso.

Efetivamente, o pedido se apresenta cumulativo, ou seja, além da anulação da escritura, por desrespeito à preferência legal, o mesmo contempla, expressamente adicionado, a indenização por perdas e danos, quando o dispositivo legal assegura esta apenas em caso de ser preterido na preferência (§ 2º do art. 25 da Lei 6.649/79). Pedindo as duas coisas, incidiu a ora recorrente em inépcia, por se apresentarem incompatíveis entre si os pedidos.

Não há, no caso, a alegada sucessividade dos pedidos, de sorte que o segundo seria considerado, na hipótese de decair a autora do primeiro.

De relação ao segundo fundamento, tenho que não restou demonstrado o dissídio, por isso que as cópias, extraídas de publicações, não se acham convenientemente autenticadas, como exigido regimentalmente.

Demais disso, cuidando a lei inquilinária de proteger o inquilino, as suas regras devem ser interpretadas restritivamente, direito excepcional que é, de sorte que, exigindo o § 1º do art. 25, para o exercício da preferência, que o contrato esteja registrado, não se há de admitir a simples prenotação, que vale para indicar a precedência, como suficiente a aperfeiçoar o direito pleiteado, tanto mais quando, como no caso em tela, foi levantada dúvida, pelo Oficial, sobre a registrabilidade do contrato.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.221 — MG — (Reg. nº 91.24384) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Empreendimentos Apolo Ltda. Recdos.: Aniello Anastasia — Espólio e outro, Márcio Eustáquio da Rocha e Cônjuge. Advs.: Drs. Mário Alves Ribeiro e outro, Francisco Silviano Brandão, José Brígido Pereira Pedras Júnior.

Decisão: A Turma, pòr unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 25-03-91 — Terceira Turma).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.759 — SP

(Registro nº 91.3764-8)

Relator: *Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *João Kiss*

Advogados: *Maria Elizabeth Rolim e outros, José Luiz Matthes e outro*

EMENTA: Execução Fiscal. Anistia Fiscal Superveniente. Cancelamento do Débito. Honorários Advocatícios. Alegação de violação ao art. 26 da Lei 6.830/80.

— **Dispositivo legal não ventilado pelo acórdão recorrido e não prequestionado pela recorrente, o que faz incidir à hipótese os enunciados das Súmulas 282 e 356-STF.**

— **Recurso não conhecido.**

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 24 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: O acórdão recorrido, desprovendo apelação interposta, manteve a decisão de primeiro grau que, em face de anistia fiscal superveniente, julgou extinta a execução, inclusive em relação às verbas sucumbenciais — fls. 153/154.

No recurso especial, fundado na letra *a* do permissivo constitucional, sustenta a recorrente negativa de vigência ao art. 26 da Lei 6.830/80, entendendo devidos os honorários advocatícios, ao argumento de que a sentença de improcedência dos embargos havia transitado em julgado.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Na espécie, o débito foi cancelado pela Lei 6.374/89 porque de valor originário inferior a NCz\$ 0,50.

A pretensão da recorrente ao recebimento da verba honorária foi rechaçada pelo acórdão nos seguintes termos (fls. 153/154):

“Julgado extinto o processo de execução fiscal, mercê da anistia concedida pela Lei nº 6.374/89, apela a Fazenda Estadual, sustentando continuar devidos os ônus da sucumbência.

Quer, pois, a subsistência da penhora e a continuidade dos atos executórios para satisfação daquela parcela.

Mas se desaparecido o principal, estão sem sustentação as parcelas acessórias, inclusive a honorária advocatícia. Extinta

a execução, não há como imputar, a qualquer das partes, a condição de vencedor ou vencido, de molde a autorizar a aplicação subsidiária da regra do artigo 20 do Código de Processo Civil.

O acessório segue o principal. Atente-se que a anistia fiscal é conseqüente da conveniência do Estado traduzindo vedação à instauração de processo, bem como determinando o *arquivamento* daqueles em andamento. Sua finalidade é a concórdia, não sendo lícita sua não aplicação pelo juiz. Alia-se ao fato da anistia evidenciar fato superveniente relevante, prevalecendo o princípio de que “deve atuar-se a lei como isso ocorresse no momento da demanda” (Ap. nº 123.031 — 17ª Câmara — Rel. Oetterer Guedes).

Esta Décima Quinta Câmara, desde a sessão de julgamento de 04.10.89, não mais controverte a respeito do tema, preponderando o desfecho de arquivamento do feito.

Em hipótese até mais abrangente, o então E. Tribunal Federal de Recursos, na realidade hoje o E. Superior Tribunal de Justiça, decidiu: “Ocorrendo o cancelamento do débito, em virtude de lei que teve em consideração sua diminuta significação econômica, extingue-se a execução, e também o processo de *embargos de terceiro*, sem que qualquer das partes seja condenada ao pagamento de honorários de advogado” (TFR — 6ª Turma — Ap. nº 132.007-RJ — Rel. Min. Eduardo Ribeiro — DJU de 04.04.89).”

Como se vê, a matéria de que trata o art. 26 da Lei 6.830/80 não foi ventilada pelo julgado recorrido, não cuidando a recorrente de prequestioná-la pela via dos embargos, o que faz incidir à hipótese os enunciados das Súmulas nºs 282 e 356, da Suprema Corte.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.759 — SP — (91.3764-8) — Rel.: Min. Américo Luz. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdo: João Kiss. Advs.: Maria Elisabeth Rolim e outros e José Luiz Matthes e Outro.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.” (24.04.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ilmar Galvão, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

RECURSO ESPECIAL Nº 8.770 — SP

(Registro nº 91.0003776-1)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Itaú Seguros S.A.*

Recorrido: *Ornix Com/ e Serviços Ltda.*

Advogados: *Ricardo Benites Malfati e outros, Lindenberg Bruza e outros*

EMENTA: CONTRATO DE SEGURO. INCÊNDIO. PRAZO PRESCRICIONAL DO ARTIGO 178, § 5º, II, DO CÓDIGO CIVIL. MODO DE CONTAGEM DO PRAZO. RECLAMAÇÃO PERANTE O SEGURADOR.

A comunicação do sinistro, feita pelo segurado ao segurador nos termos do artigo 1.457 do Código Civil, não constitui 'condição suspensiva' do contrato de seguro, e nem causa interruptiva do prazo prescricional.

Durante o tempo em que a seguradora estuda a comunicação, e até que dê ciência ao segurado de sua recusa ao pagamento da indenização, considera-se apenas *suspense* o prazo prescricional, que recomeça, de então, a correr pelo tempo faltante.

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 Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente em exercício e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ação fundada em contrato de seguro contra incêndio, aforada por ORNIX COM/ E SERVIÇOS LTDA. contra ITAÚ SEGUROS S.A. A ação foi julgada procedente, afastada preliminar argüida pela seguradora relativamente ao prazo prescricional anual, previsto no art. 178, § 6º, II, do C.C. (fls. 106/108).

Apreciando a apelação da seguradora, a egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, negou provimento ao recurso, entendendo que a data do evento não se computa como "*dies a quo*" do prazo prescricional, vez que, tendo a seguradora solicitado extrajudicialmente o pagamento, seu direito estaria subordinado a condição suspensiva (fls. 143/145).

Irresignada, manifestou a seguradora recurso especial, pelas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência ao art. 178, § 6º, inciso II, do Código Civil, além de dissídio com acórdãos insertos *in* RTs, 468/191, 449/214, 297/362, *in* RTJ, 52/23 e com aresto do 1º TAC de São Paulo, *in* JTACSP, vol. 98/152, sustentando a recorrente em síntese, que o sobredito dispositivo legal (art. 178, § 6º, II do CC), é claro ao prever a prescrição dentro do prazo de um ano a contar do dia do conhecimento do fato danoso (fls. 149/161).

O eminente 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça admitiu o apelo, pela relevância da tese e pelo dissídio pretoriano (fls. 167/168).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): No alusivo à alegação de prescrição, assim se manifestou o v. aresto:

"Reitera a apelante a alegação de prescrição. De acordo com o Código Civil, prescreve em um ano a ação (leia-se pretensão) do segurado contra o segurador e vice-versa, se o fato que a autoriza se verificar no país; contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do mesmo fato.

No caso, o incêndio se verificou no dia 30 de abril de 1987. No dia 30 de julho daquele ano, a seguradora solicitou o pagamento da indenização, sendo que no dia 17 de agosto seguinte,

a seguradora informou por carta que estava declinando da responsabilidade, quanto ao pagamento da indenização (fls. 12). A ação foi proposta, no dia 12 de junho de 1988.

A r. sentença repeliu a arguição. Deve ser mantida a mencionada rejeição. Fê-lo de acordo com o entendimento desta Primeira Câmara, que já decidiu na Apelação nº 99.064 (Rel. Des. Luiz de Azevedo), reportando-se a outros dois julgados. (RJTJESP, 104/297 e RT 344/229): “Na verdade, o prazo de prescrição para ação do segurado contra o segurador não pode ter o seu termo inicial na data em que ocorreu o evento danoso, quando aquele solicita junto a esta a indenização que entende haver direito, isto porque, enquanto aguarda ele a resposta, fica o seu direito subordinado à condição suspensiva, impossibilitando o acesso, desde logo, a via judicial como se decidiu a tal respeito, “o direito subordinado à condição suspensiva não é, ainda, direito adquirido, ao qual corresponda uma ação, nos termos do art. 118, do Código Civil. Aplica-se, pois, em tal hipótese, o princípio *actio nata*, segundo o qual, enquanto não nasce a ação, não pode ela prescrever” (fls. 129).

No caso, a resposta, declinando da responsabilidade é de agosto de 1987 e a demanda, de junho do mesmo ano.” (fls. 144/145).

Impõe-se, aqui, uma retificação ao aresto: a demanda foi proposta no dia *12 de julho*, e não 13 de junho de 1988 (vide fls. 6, fls. 2).

Não obstante os ponderáveis argumentos do acórdão recorrido, não considero o exercício da reclamação administrativa, do segurado perante a seguradora, como condição suspensiva do negócio jurídico. “Condição” é a disposição acessória, “que subordina a eficácia, total ou parcial, do negócio jurídico a acontecimento futuro e incerto”; é um “requisito voluntário de eficácia do negócio jurídico” (ORLANDO GOMES, “Introdução ao Direito Civil”, Forense, 5ª ed., nº 283); ou, no dizer de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, com remissão do Anteprojeto de Código das Obrigações, art. 26: “Noutros termos, talvez mais preciosos, é o acontecimento futuro e incerto, de cuja verificação a vontade das partes faz depender o nascimento ou extinção das obrigações e direitos” (“Instituições de Direito Civil”, Forense, v. I, 6ª ed., nº 96). Ora, postas tais definições, certo que a eficácia do contrato de seguro não estava dependente de nenhum acontecimento externo futuro e incerto, e nem como acontecimento ‘futuro e incerto’ se pode conceituar a ação do segurado (ainda no plano extraprocessual) perante a seguradora pleiteando o próprio adimplemento do contrato, de cuja existência, validade e eficácia dúvida não se põe.

A reclamação administrativa também não é causa interruptiva da prescrição, pois não se insere em nenhuma das previsões do artigo 172 do Código Civil, nem lei especial assim a conceitua.

Todavia, tenho por razoável e correto sustentar que o prazo prescricional não deverá correr, ficando portanto *suspense*, durante o tempo gasto pelo segurador no exame da comunicação feita pelo segurado, em cumprimento ao artigo 1.457 do Código Civil: “A finalidade do aviso é pôr o segurador a par do ocorrido, para que tome conhecimento das circunstâncias, verifique se o sinistro está incluso na cláusula contratual e investigar quanto às causas do sinistro e do importe dos danos, antes de se tornarem impossíveis ou difíceis pelas mudanças e alterações regulares ou culposas ou dolosas”. (PONTES DE MIRANDA), “Tratado de Direito Privado”, Tomo XLV, § 4.927, nº 4).

A não ser assim, poderia evidentemente o segurador, em procrastinando na solução do pedido indenizatório, levar o segurado de boa-fé, e confiante em que a reclamação estaria bem encaminhada, à perda de seu direito pelo transcurso da prescrição anual.

Suspense o prazo prescricional, recomeçará a correr pelo tempo sobejante. No caso dos autos, recebida a comunicação da seguradora aos 30 de julho de 1987 (fls. 11), já no dia 17 de agosto (fls. 12; fls. 4) a seguradora declinou de sua responsabilidade, argüindo que a apólice não assegurava cobertura a incêndio ocorrido por “danos elétricos”. Com a suspensão por apenas 17 dias, tendo o sinistro ocorrido aos 30 de abril de 1987, já o prazo prescricional anual havia incidido quando da propositura da demanda, aos 12 de julho do ano de 1988.

Quanto ao dissídio pretoriano, este se configurou quando menos com o aresto do 1º TACSP, *ut* fls. 157/161.

Conheço, portanto, do recurso especial, por ambas as alíneas, *a* e *c*, do permissivo constitucional, e ao mesmo dou provimento para julgar a demanda improcedente, artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, com despesas pela vencida e honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.770 — SP — (91.0003776-1) — Relator: O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Itaú Seguros S/A. Recorrido: Ornix Com/ e Serviços Ltda. Advogados: Ricardo Benites Malfati e outros e Lindenberg Bruza e outros.

Votaram os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. (4ª Turma — 16.04.91).