





RECURSO ESPECIAL Nº 318-0 — ES  
(Registro nº 89.0008770-3)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Rectes.: *Rudolf Wolff e Co. CMBH e Blomaco Indl. Coml. S/A*

Recdos.: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Marçal de Assis Brasil Neto e outros e Guido Pinheiro Cortes*

**EMENTA: DIREITO COMERCIAL E PROCES-  
SUAL CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE  
MERCADORIA A TERMO. AQUISIÇÃO PELA VENDE-  
DORA DE POSIÇÕES EM BOLSA INTERNACIONAL  
DE MERCADORIAS E FUTUROS. VENDA DAS POSI-  
ÇÕES SOB ALEGAÇÃO DE INADIMPLEMTO. PRE-  
JUÍZO APURADO. AÇÃO DE RESILIÇÃO CUMULA-  
DA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS.  
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RE-  
CÍPROCA. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DE AM-  
BAS AS PARTES CONVERTIDOS EM ESPECIAIS.**

**1. Ante as conclusões do v. acórdão recorrido, soberano na apreciação da matéria fática da causa, a eventual inversão do decidido convocaria o veda- do reexame de provas (Súmula 07, STJ).**

**2. De fato, a vendedora não cuidou de eviden- ciar que tivesse adquirido a mercadoria em época e quantidade adequadas para assegurar as entregas**

que não foram concretizadas, razão pela qual não resulta certo e indubitoso nos autos que tivesse sido compelida a vender a mercadoria a outros compradores, por preços inferiores, conforme alegado.

3. Assim, se os prejuízos apontados na inicial são circunscritos às vicissitudes de operações em bolsa, não há porque responsabilizar a compradora por fatos estranhos ao contrato de que participou, que foi somente de compra de mercadoria *in natura*.

4. Dissídio jurisprudencial que restou improvado, à falta de cumprimento das exigências preconizadas pela Súmula 291 do STF.

5. Evidenciada a sucumbência recíproca, impõe-se distribuir proporcionalmente as custas processuais e os honorários dos respectivos causídicos.

6. Recurso especial de RUDOLF WOLFF E CO. CMBH não conhecido.

7. Recurso especial de BLOMACO INDL. COML. S/A conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso de Rudolf Wolff e Co. CMBH, e em conhecer e em dar provimento ao recurso de Blomaco Indl. Coml. S/A. Os Senhores Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro acompanharam os votos antecedentes.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de novembro de 1992 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: RUDOLF WOLFF & CO. GMBH, sociedade comercial estrangeira sediada em Duesseldorf,

Alemanha, ajuizou em Vitória, Espírito Santo, em 17.02.76, ação de rescisão de contrato e conseqüente indenização de perdas e danos, de procedimento ordinário, contra BLOMACO INDUSTRIAL E COMERCIAL S/A, com sede naquela capital (fls. 02 e ss., 1º vol.).

A autora alegou inadimplemento de contrato de compra e venda de mercadoria a termo, mediante a importação, pela ré, de três mil toneladas de cobre eletrolítico bruto, em cujas cláusulas foi prevista a entrega em partidas mensais de trezentos e setenta e cinco toneladas, por via marítima, no período de maio a dezembro de 1974, com opção de embarque em portos da Europa ou do Japão, pelo preço médio cotado na *London Metal Exchange* (bolsa de mercadorias) no mês anterior ao da efetivação do embarque, podendo as partidas serem antecipadas ou cumuladas no máximo de duas, quando o preço corresponderia à média dos dois meses anteriores.

O pagamento deveria ser feito pela requerida (BLOMACO), em dólares norte-americanos, contra saques da empresa alemã, a 360 dias da data do conhecimento do embarque, mediante depósito bancário na praça de Nova York-EUA. Antes do embarque, a empresa brasileira deveria submeter à autora carta de garantia irrevogável, confirmando o pagamento, por telegrama ou telex, na primeira apresentação do saque. Caso essa carta de garantia não fosse apresentada até quatro dias úteis, antes do embarque, a ré (BLOMACO) se comprometeria a abrir carta de crédito, em caráter irrevogável e confirmada à vista.

A autora, por seu turno, para atender a entrega das partidas de cobre, comprou posições (mercado futuro) na *London Metal Exchange*, representativas de toda a mercadoria (três mil toneladas), ao preço do dia do fechamento do negócio (maio de 1974).

Assim, foram embarcadas e recebidas as partidas referentes aos meses de maio/74 (375 t.), agosto/74 (375 t.), setembro/74 (375 t.) e em parte, a de outubro/74 (125 t.), somando o total de 1.250 toneladas; deixando, entretanto, de ser embarcadas, por falta de apresentação das respectivas cartas de garantia ou de crédito, as partidas correspondentes aos meses de junho/74 (375 t.), julho/74 (250 t.), novembro/74 (375 t.) e dezembro/74 (375 t.), perfazendo 1.750 toneladas.

Diante desse quadro, a autora notificou a ré, em 11.12.74, através do Terceiro Cartório de Títulos e Documentos de São Paulo, para que efetuasse o pagamento do restante da mercadoria, sob pena de ser vendida a terceiros, caso em que ficaria responsável pela diferença entre os preços de contrato e o obtido com a venda (fls. 82/84).

Ante o silêncio da ré e tendo em vista a queda da cotação do metal no mercado mundial, providenciou a autora a venda do mesmo, em

02.01.75 (1.500 t.) e 10.01.75 (250 t.), ao preço da *London Metal Exchange*, sofrendo prejuízo de US\$ 1.449.990,41 (Hum milhão, quatrocentos e quarenta e nove mil, novecentos e noventa dólares americanos e quarenta e um centavos).

A r. sentença reputou desnecessária, para a espécie, a prévia inter-pelação judicial (artigo 205 do Código Comercial), eis que suprida pela citação, e decidiu a causa nestes termos (fls. 819):

“Julgo procedente a ação intentada por RUDOLF WOLFF & CO. GMBH contra BLOMACO INDUSTRIAL E COMERCIAL S/A, declarando a rescisão do contrato instrumentalizado pela ordem de compra e aditivo, fls. 16 a 20 dos autos, reconhecendo a inadimplência contratual da ré, em relação aos embarques de junho, julho, novembro e dezembro de 1974, e condeno a ré a indenizar os prejuízos causados à autora, como fixados acima, no valor exato de 1.369.349,99 dólares, a serem convertidos em moeda corrente brasileira ao câmbio do dia do efetivo pagamento e cumprimento desta decisão, acrescidos de juros ordinários e de correção monetária a partir da citação, ou seja, a partir de 18 de fevereiro de 1976.

Condeno, ainda, a ré no pagamento das despesas processuais (custas, honorários de tradutores e peritos), e no pagamento dos honorários de advogado da autora, que fixo em 20% sobre o valor final da condenação, tendo em vista o trabalho realizado, sua complexidade, e tempo despendido até obtenção de resultado final.”

Em grau de apelação, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, por unanimidade de votos, reformou a r. sentença para considerar rescindido o contrato e condenar a requerida apenas ao pagamento das despesas processuais e dos honorários de advogado, de 20% sobre o valor da causa, afastada, porém, a indenização por perdas e danos.

Do d. voto condutor do v. acórdão, da lavra do ilustre Revisor, Desembargador SYLVIO NEVES, é oportuno transcrever o trecho seguinte (fls. 932-933):

“Deixando de lado a questão de ter sido regular ou não a inter-pelação, evidente está que a vendedora optou pela primeira alternativa oferecida pelo art. 204 do Código Comercial, pleiteando a rescisão do contrato, diante da recusa ou impossibilidade, pela compradora, de receber a coisa vendida. Assim sendo, a vendedora teria, em tese, pretensão à composição de perdas e danos, para receber lucros cessantes.

Ficou também demonstrado nos autos que a autora é uma investidora no comércio internacional de mercadorias, comprando-as e vendendo-as à mercê do dia, podendo nessas operações obter lucros ou suportar prejuízos.

No caso sob julgamento, não houve prejuízo, mas lucro a menor e é esse deságio que a autora pretende receber. O Direito é bom senso e tanto mais robusto se entendido de maneira simples. Neste caso, pergunto: se tivesse havido lucro a maior, teria a ora demandada ação contra a autora?

Entendo que a atividade da autora é especulativa, exercida através de negócio sofisticado, que não tem respaldo legislativo em nosso Direito, que só contempla a compra e venda nos seus moldes tradicionais de entrega efetiva da mercadoria. Haja vista que a perícia não pode consignar com certeza se nos dias marcados para entrega da mercadoria, existia de fato estoque físico em poder da vendedora (fls. 344). Outrossim, nada infirma que, nas datas em que negociou a mercadoria com a *London Metal Exchange*, tivesse a autora, concomitantemente, readquirido a mesma, aparecendo nos autos apenas o registro da venda, para insinuar um prejuízo inexistente.

De qualquer forma, pretende a autora a diferença entre preços de cotações em bolsa de mercadorias (*London Metal Exchange*) em datas diversas, ajustando-se o caso, portanto, ao art. I, 479, do Código Civil, que equipara tais operações ao jogo.”

Embargos declaratórios foram rejeitados, consoante a seguinte ementa (fls. 946):

“Não há na sentença ou acórdão obscuridade, dúvida ou contradição, nem foi omitido ponto sobre que via pronunciar-se a sentença. Não diviso, igualmente, contradição no acórdão, quando diz que o desfazimento do negócio dependia de prévia interpelação; se esta não ocorreu, o contrato desfez-se no curso da ação ordinária, e só a partir da citação, que neste caso supre a interpelação. Quanto aos lucros cessantes, a matéria não deixou de ser apreciada no acórdão. Apenas conclui-se que em se tratando de operações a termo de natureza especulativa, são equiparados ao jogo, desprovidas de proteção legislativa (arts. 1.477 e 1.479 do Código Civil). Também não houve contradição no acórdão. O pedido de perdas e danos feito pela autora é acessório do outro de desfazimento do contrato. Não se mede aqui

o valor pecuniário dos pedidos, mas sim, a sua natureza jurídica. O acessório segue a sorte do principal. Logo, o carro-mestre da condenação não são as perdas e danos. A autora obteve o principal, que foi a rescisão do contrato. Rejeito ambos em Embargos.”

Contra essa decisão, ainda na vigência da ordem constitucional precedente, ambas as partes manifestaram recurso extraordinário.

O primeiro, interposto por RUDOLF WOLFF & CO. GMBH (fls. 974/1.003), alega contrariedade aos artigos 159, 1.056, 1.118, 1.119, 1.124 e 1.479 do Código Civil, 192 do Código Comercial, 7º a 9º e 16, § 3º, da Lei 4.728/65, 9º da Lei 4.595/64 e à Resolução 39, de 20.10.66, do Banco Central do Brasil, bem como divergência com aresto do Supremo Tribunal Federal (fls. 985).

Pugna, afinal, pela reforma do v. acórdão recorrido e o restabelecimento da decisão do primeiro grau.

O segundo, interposto por BLOMACO INDUSTRIAL E COMERCIAL S/A (fls. 1.032/1.036), suscita contrariedade aos artigos 20, 21 e parágrafo único, do Código de Processo Civil, eis que decaiu de parte mínima do pedido.

Admitidos ambos os recursos (fls. 1.047/1.078 e 1.049/1.050), subiram os autos ao Supremo Tribunal Federal, onde o eminente Ministro CARLOS MADEIRA, ante a instalação do Superior Tribunal de Justiça, exarou despacho remetendo-os a esta Corte, porquanto convertidos *ipso jure* em recursos especiais (fls. 1.089).

## VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, atento à prejudicialidade das questões suscitadas, detenho-me primeiramente no recurso especial interposto pela autora, vitoriosa em primeiro grau mas vencida em apelação.

2. Mostra-se a recorrente (vendedora) inconformada com as razões adotadas pelo v. acórdão recorrido, que não teria levado em conta a configuração do prejuízo alegado, em decorrência da rescisão do contrato imputada ao inadimplemento das obrigações assumidas pela recorrida (compradora). Em síntese, a recorrente insiste em que, para assegurar as remessas previstas e assim poder cumprir a obrigação de fornecimento da mercadoria vendida, adquiriu posições compradoras em bolsa de mercadorias e futuros e que, ante a interrupção das providências que dependiam da recorrida para a continuidade das remessas contratadas,

a consistir nas oportunas garantias de pagamento do preço respectivo, viu-se injustamente impossibilitada de dar cabal cumprimento a suas obrigações contratuais, razão pela qual não lhe restou senão vender as posições com que contava, no mercado de futuros.

Acentua a recorrente que, ao fazê-lo, sofreu prejuízo em virtude da acentuada baixa da cotação dessa mercadoria no mercado internacional, que ocorreu após o aperfeiçoamento do contrato. Ajuizou, por isso, ação de rescisão do contrato e de conseqüente condenação da ré ao valor correspondente, em cruzeiros, a US\$ 1.449.990,41 (Hum milhão, quatrocentos e quarenta e nove mil, novecentos e noventa dólares e quarenta e um centavos), com os acréscimos legais.

3. Ao repelir a pretensão da recorrente (e, assim, reformar a r. sentença que julgara procedente a demanda), o ilustre Desembargador Relator da apelação, reportando-se a escólio de CARVALHO DE MENDONÇA em seu conhecido Tratado, acentuou ter sido inócua a interpelação (no entanto, indispensável) dirigida à recorrida, uma vez que sua eficácia reclamava que a vendedora, ao efetuá-la, estivesse pronta para a entrega da mercadoria, que oferecesse à compradora a oportunidade de recebê-la e, finalmente, que a compradora tivesse indevidamente recusado oferta idônea. Diz o d. voto que a recorrente, ao diligenciar a interpelação, já havia, como por ela mesma alegado na inicial da demanda, vendido as posições compradoras de que dispunha, embora imprescindíveis para o fornecimento da mercadoria; e ademais, que a interpelação somente se consumou “no dia 16 de fevereiro de 1976, às 17 horas”, sendo certo, no entanto, que, no dia imediato, a recorrente já ajuizava a ação de rescisão do contrato, ficando assim bem demonstrada a inutilidade daquela providência (que, contudo, o art. 205 do Código Comercial taxativamente impõe).

4. O ilustre Revisor, por sua vez, depois de frisar, com expressa remissão à prova dos autos, notadamente pericial, que a autora é conhecida investidora no comércio internacional de mercadorias e que, no caso em exame, “não houve prejuízo”, acrescenta que não se estabeleceu, “com certeza, se, nos dias marcados para entrega da mercadoria, existia, de fato, estoque físico em poder da vendedora” (fls. 344). Outrossim, observa, nada infirma que, nas datas em que negociou a mercadoria com a *London Metal Exchange*, tivesse a autora, concomitantemente, readquirido a mesma, aparecendo nos autos apenas o registro da venda, para insinuar um prejuízo inexistente.

5. Como se vê, o eg. Tribunal *a quo*, circunscrevendo-se ao plano dos fatos, primeiramente excluiu a prestância da indispensável interpelação, por não reunir os requisitos necessários à sua eficácia prática,

que, por isso, recusou; e, por outro lado, repeliu a alegação da recorrente, fundamento necessário da demanda, de que tenha efetivamente sofrido prejuízo concernente ao discutido contrato, como consta da inicial.

Concomitantemente, no plano estritamente jurídico, o v. acórdão recorrido afastou por improcedente a increpação de inadimplemento do contrato à recorrida, encarecendo a distinção que cumpre fazer entre o contrato de compra e venda de cobre eletrolítico em bruto, em que convieram as partes litigantes e os contratos concernentes a operações de bolsa de mercadorias e futuros, nos quais a recorrida não é parte; contratos estes (lê-se no v. acórdão) que, segundo observou nos laudos periciais, a recorrente celebrava em grande número, tendo em vista outros tantos contratos de compra e venda de cobre eletrolítico, sem que se tenha demonstrado a vinculação entre o contrato sobre cuja rescisão se controverte e determinado contrato relativo a posições, em bolsa de futuros.

6. Nesse contexto, passando à consideração das razões em que se fundamenta o recurso da autora, sob o prisma das alegadas contrariedades à lei federal, desde logo excluo a possibilidade de ofensa ao art. 159 do Código Civil, uma vez que, a despeito da generalidade do princípio em que este preceito se informa, da responsabilidade do agente por danos advindos de sua conduta culposa, sua invocação para a espécie apresenta-se manifestamente incabível: a demanda suscitou, única e exclusivamente, questões concernentes ao procedimento das partes, no que diz com o contrato de compra e venda de mercadoria (cobre eletrolítico em bruto) a termo. A invocação desse preceito constitui, assim, tardia inovação do *thema decidendum*, sem relevo, aliás, para a causa e por isso, inadmissível nesta instância.

7. Relativamente ao art. 1.056 do Código Civil, cumpre atentar desde logo para a base empírica ou suporte fático que constitui seu necessário pressuposto (“não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos...”). Pois bem, o acórdão proferido em apelação, como há pouco assinalado, jamais acolheu a alegação de descumprimento do contrato pela compradora (recorrida); nem admitiu verídica a ocorrência de prejuízo, tal como expresso nos tópicos já transcritos daquela r. decisão. Assim também arrazoa, em seu voto-vista, o ilustre Desembargador Sebastião Sobreira Teixeira, ao asseverar (fls. 939, 3º vol.):

“Por conseguinte, por não estar provado, de maneira inequívoca e cabal, aquilo que a autora-apelada poderia ter deixado de ganhar ou, em outros termos, o prejuízo decorrente da não entrega das mercadorias, embora contratadas, tenho para mim que não pode prosperar a indenização por perdas e danos, como requeria.”

É bem verdade que o recurso especial em exame porfia pela aplicação da regra do art. 1.056 do Código Civil ao caso dos autos, como pressuposto lógico imprescindível à decisão almejada. Mas, como é óbvio, em face do teor da norma, o provimento do recurso exige versão diversa dos fatos, a depender do reexame da prova.

Definidos estes aspectos da realidade, logo se vê que a pretendida modificação do julgado, que não poderia deixar de refleti-la, resulta inviável. Em outras palavras, o provimento do recurso a ponto de subsunir a causa ao art. 1.056 do Código Civil implicaria em direta colisão com o que recomenda a jurisprudência consolidada desta Corte, *verbis*:

“Súmula 07 — A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

8. No que toca aos artigos 1.118 e 1.119 do Código Civil, importa atentar para o fato de que a respectiva preceituação não tem relevo para a causa, tal como proposta, pois a demanda se baseia no alegado descumprimento, por parte da compradora, de contrato de compra e venda, bem como nos conseqüentes prejuízos que a vendedora teria sofrido. Não é demais reiterar que as instâncias ordinárias repeliram ambos estes fundamentos da pretensão da recorrente. Alusões a contrato aleatório emergentes nos pronunciamentos dos ilustres Desembargadores Sylvio Péllico de Oliveira Neves e Sebastião Sobreira Teixeira (fls. 932 e 936) não comparecem no v. acórdão recorrido como razões de decidir, tanto quanto é certo que também não refletem as razões de pedir: trata-se, tão-somente, de argumentos de reforço das razões adotadas (estas, sim) como fundamentos da decisão. Acresce, mui especialmente, que tais considerações se reportam às negociações (que o acórdão recorrido dá como certas) desenvolvidas pela recorrente no mercado internacional de cobre e, mui especialmente, em bolsa de mercadorias e futuros, mediante contratos de compra e venda de posições compradoras e vendedoras, aos quais a recorrida é estranha, destinadas a resguardar a própria recorrente em face de contratos em que assume obrigação de fornecimento futuro.

Eis porque não tem lugar a suposta contrariedade aos referidos preceitos, cuja invocação somente poderia guardar a coerência própria do discurso jurídico, caso a demanda se instaurasse entre os próprios figurantes em contrato aleatório, e a propósito da própria álea. Não é este o caso *sub judice*, consoante os aspectos de fato que às instâncias ordinárias foram submetidos.

9. O artigo 1.124 do Código Civil, ao permitir que a fixação do preço seja deixada pelos contratantes da compra e venda às cotações de bolsa, também não guarda pertinência com a lide, certo é que, nestes

autos, não emergiu questão sobre a inexigibilidade do preço, na consonância dessas cotações. O preço das entregas efetivadas foi pago. Cabe reiterar que, consoante o decidido em grau de apelação, ante a falta de providências previstas em contrato, a cargo da compradora (recorrida), cumpria à recorrente (vendedora), na forma do art. 205 do Código Comercial, diligenciar adequada interpelação, o que, segundo o acórdão recorrido, deixou de fazer. Acentuou-se, a este propósito, que a demanda sobreveio no dia seguinte à data da interpelação, fato que lhe retirou toda a eficácia, pois a demanda direcionou-se no sentido da rescisão do contrato. Não se instaurou, portanto, controvérsia sobre preço: tão-somente, sobre alegada infração e pretendido ressarcimento, a propósito da viabilização das sucessivas remessas de mercadoria pela recorrente (vendedora).

10. O que venho de expor no tópico precedente basta para afastar também, por incabível, a referência ao artigo 1.479 do Código Civil, alusivo ao jogo e à aposta, trazidos ao debate a título de mero esclarecimento dos argumentos aduzidos pelos ilustres juízes da apelação, no preparo das razões de sua decisão.

Estas alusões ao jogo e à aposta, contidas nos votos (fls. 932 e 936) foram e, na verdade, são absolutamente irrelevantes para o desfecho da demanda: a inegável impropriedade, sob certo aspecto, dessa argumentação do v. acórdão recorrido, *data venia*, também não justifica a pretendida incidência do artigo 192 do Código Comercial, pois não se negou o Tribunal *a quo* a condenar a compradora à composição de perdas e danos por ilegalidade das negociações desenvolvidas pela recorrente em bolsa de futuros, tão-somente não se convenceu o Tribunal da procedência da alegação de inadimplemento e do resultante prejuízo.

Eis porque também afasto as impugnações que o recurso desenvolve, pois não me deparo com contrariedade, quer ao artigo 1.479 do Código Civil, quer ao art. 192 do Código Comercial. No que toca a posições em bolsa, o que quer que a recorrente tenha contratado não faz objeto desta demanda e não está abrangido (nem poderia estar) pela decisão. No contrato com a recorrida, a recorrente se obrigou a fornecer cobre eletrolítico em bruto: não se tratou, como objeto de ajuste, de lucro futuro.

11. Os artigos 7º, 8º, 9º e 16 da Lei 4.728, de 14.07.65, bem como, o artigo 9º da Lei 4.595, de 31.12.64, cuidam, respectivamente, da disciplina do mercado de capitais e das atribuições do Banco Central nesta matéria, enquanto a Resolução 39, de 20.10.66, traz o regulamento “que disciplina a constituição, organização e funcionamento das Bolsas de Valores, em todo o País”, expedida pelo Banco Central, no exercício de

suas atribuições legais. São, portanto, disposições normativas absolutamente alheias ao teor do litígio. Muito antes, aliás, da eclosão desses e de numerosos outros atos normativos sobre o tema, o egrégio WALDEMAR FERREIRA já havia compendiado, em 1948, estas observações:

“No geral, quem compra a termo, também vende a termo; e quem vende, compra. Devendo cada qual entregar e, ao mesmo tempo, receber, ao verificar-se o termo, liquidam-se a operação compensando-se as prestações. Dá-se a liquidação por diferença.

Liquidam-se por essa forma as operações cobertas ou compensadas por operações contrárias para o mesmo mês e tipo ou qualidade, e na mesma quantidade. Essa é a forma corriqueira da especulação de Bolsa. Outras modalidades dela se encontram, convenientemente disciplinadas na lei e nos regulamentos das Bolsas de Valores, Bolsas de Mercadorias, Bolsa de Café e Caixa de Liquidação.” (Instituições de Direito Comercial, Ed. Freitas Bastos, vol. II, tomo II, pág. 279).

Foi já observado que as considerações sobre o tema, contidas no v. acórdão recorrido foram e são desinfluentes para o que toca com o reconhecimento da infração contratual e, bem assim, da ocorrência de perdas e danos a serem ressarcidos.

Eis porque não há, no v. acórdão recorrido, contrariedade a essas disposições legais, restrita sua incidência às negociações realizadas em bolsa de mercadorias e futuros, pela vendedora.

12. Repelidas, na forma exposta, as alegações de contrariedade à lei, convém explicitar, nas palavras de ORLANDO GOMES:

“O efeito da resolução entre as partes varia, pois, conforme o contrato seja de execução única ou de duração. No primeiro caso, a resolução opera *ex tunc*, no segundo *ex nunc*.” (Contratos, Forense, 12<sup>a</sup> ed., p. 195).

O ilustre jurista desenvolve, a seguir, seu entendimento, admitindo pleito cumulativo, não somente do rompimento do contrato por inadimplemento (que qualifica como resolução) mas, também, das perdas e danos conseqüentes.

A doutrina brasileira, no particular, é harmoniosa também quanto à necessidade de que as perdas e danos alegados tenham efetivamente ocorrido, para que possa prosperar a demanda de reparação. Assim, entre outros, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Instituições, Forense, 1962, II/281) e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, com estes dizeres:

“Constitui condição ao êxito da ação de indenização a existência efetiva dos danos. Devem ser estes demonstrados no curso do feito, embora se possa relegar para execução a apuração de seu montante. Se não se comprovam durante a ação, não pode esta vingar; só se apuram em execução quando evidenciados na ação.” (Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 1ª Parte, Saraiva, 1990, p. 335).

Este ilustre mestre refere a reiterada jurisprudência brasileira sobre o tema.

No mesmo sentido, AGOSTINHO ALVIM (Da inexecução das obrigações e suas conseqüências, Saraiva, 1949, pp. 163 e 165).

E PONTES DE MIRANDA, para quem a hipótese dos autos corresponde à resilição de contrato, resume sua autorizada doutrina:

“A ação de resilição pode-se cumular à de perdas e danos, porém, não é preciso que haja perdas e danos para que se tenha a ação de resilição. A indenização, aí, é a indenização dos danos oriundos do uso irregular, ou de abuso do utente, **mais** o interesse negativo. Esse pode não existir, sem que aqueles existam, e vice-versa. A ação pode existir sem que existam os danos ou o interesse negativo.” (Tratado de Direito Privado, Ed. Borsóí, 1959, XXV/380).

Enfim, LOPES DA COSTA observa que a verificação da ocorrência de prejuízos há de ter lugar na ação de conhecimento em que a condenação do réu é pleiteada, somente a liquidação do correspondente valor podendo ser remetida a outra fase do processo de conhecimento (liquidação).

Eis o tópico:

“Nas ações de indenização, não basta pedir “perdas e danos que se liquidarem”. Tal pedido é absolutamente indeterminado.

Processo não é inquérito policial, pesquisa de fatos cuja existência apenas se declara possível. O que se liquida são perdas e danos que, previamente, no processo da ação, já se tornaram certos. Para que se tenham tornado certos, fora necessário que o autor os alegasse, como efeito dos fatos, de conseqüências jurídicas, que imputou ao réu.

Deve provar, assim, a relação de causalidade entre tal causa e tais efeitos.” (Direito Processual Civil Brasileiro, Forense, II/328).

De fato, o v. acórdão precisamente acentuou que a vendedora não cuidou de evidenciar que tivesse adquirido a mercadoria em época e quantidade adequadas para assegurar as entregas que não foram concretizadas, razão pela qual não resulta certo e indubitado nos autos que tivesse sido compelida a vender cobre eletrolítico em bruto a outros compradores, por preços inferiores, como alegado. E se os prejuízos que a inicial aponta são circunscritos às vicissitudes de operações em bolsa, não há porque responsabilizar a compradora por fatos estranhos ao contrato de que participou, que é somente de compra da mercadoria *in natura*.

13. Relativamente ao dissídio jurisprudencial em que se esforça o recurso, ou seja, o v. acórdão do Supremo Tribunal, no Recurso Extraordinário 4.417, de que foi relator o Ministro Orozimbo Nonato, estampado na Revista Forense 97/84, observo, inicialmente, que a recorrente não cuidou, como lhe cumpria fazer para justificar o cabimento do recurso extraordinário originariamente interposto (convertido, depois, em especial), de transcrever os tópicos da r. decisão trazida para confronto, hábeis a demonstrar a similitude de bases empíricas que pudesse assemelhar as demandas, bem como a divergência que pudesse lavrar na definição do direito federal aplicável, tal como reclamado pela Súmula 291 do Supremo Tribunal.

Com efeito, a recorrente primeiramente transcreveu trecho do d. voto do Ministro ORCZIMBO NONATO, *verbis* (fls. 985):

“No caso dos autos (fls.) não se estipulou a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação no vencimento do ajuste. Ficou, ao revés, determinada a entrega efetiva da mercadoria, o que torna a hipótese diferente, a todas as luzes, da prevista no art. 1.479 do Código Civil, não importando para lhe dar a fisionomia de jogo, a circunstância de poder, no decurso do termo, ser a mercadoria objeto de operações sucessivas. Em suma: — não se confundem os contratos a termo, lícitos em princípio, com os contratos diferenciais que encobrem jogo e a que, de conseguinte, não pode a lei atribuir eficácia.” (Ac. do STF, no Rec. Extr. nº 4.417, em 15.9.43, rel. Min. Orozimbo Nonato, *in Rev. For.*, vol. 97, págs. 84/86)”.

Sem sequer ensaiar o cotejo dessa parte do paradigma com trechos do acórdão recorrido, de modo a evidenciar a alegada divergência, a recorrente teceu breves considerações sobre o mencionado precedente, desprezada, assim, a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a propósito do art. 322 de seu Regimento Interno. Sobre isso, anotou THEOTÔNIO NEGRÃO:

“Art. 322: A juntada de cópias das publicações que contém os acórdãos apontados como dissidentes não exime o recorrente do encargo de demonstrar analiticamente a divergência, mediante o confronto das partes idênticas ou semelhantes do acórdão recorrido e dos apontados como paradigma (RTJ 93/1.133; cf. RTJ 81/902, 92/346, STF-RT 589/245).” (CPC, RT, 17ª ed., p. 922).

Ante a omissão da recorrida, para não me deter apenas na verificação das deficiências (mesmo invencíveis) da interposição do recurso, não custa observar que a questão enfrentada pelo substancial aresto do Supremo Tribunal foi resumida pelo conspícuo OROZIMBO, Relator designado, nestes termos:

“No caso dos autos (fls. 6 e 7) não se estipulou a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação no vencimento do ajuste. Ficou, ao revés, determinada a entrega da mercadoria, o que torna a hipótese diferente, a todas as luzes, da prevista no art. 1.479 do Cód. Civil, não importando para lhe dar a fisionomia de jôgo, a circunstância de poder, no decurso do têrmo, ser a mercadoria objeto de operações sucessivas. Em suma: — não se confundem os contratos a têrmo, lícitos em princípio, com os contratos diferenciais que encobrem jôgo e a que, de conseguinte, não pode a lei atribuir eficácia.

O mesmo acórdão de fls. 187, ainda que vislumbre em especulação semelhante aos atos discutidos, traços do contrato diferencial, acaba por sua licitude, *verbis*:

“... desde que, na sua formação, não se estipule a liquidação exclusivamente por diferença, o contrato é legítimo.

Nesta matéria, o legislador contenta-se com as aparências, embora o intuito encoberto de especulação por parte dos contratantes.”

Assim, parece maior de qualquer dúvida não serem ilícitos os contratos discutidos.”

Cuidou-se, no aresto dado por paradigma, de compra e venda de café a termo e a ementa do aresto, no que pudesse favorecer a recorrente, bem esclarece a matéria que fez objeto daquela decisão, *verbis*:

“Não se estipulando a liquidação exclusivamente pela diferença entre preço ajustado e a cotação no vencimento do ajuste, não ocorre o caso a que se refere o art. 1.479 do Cód. Civil.”

Como reiteradamente esclarecido, no caso não esteve em causa o julgamento da demanda à luz de normas condizentes ao art. 1.479 do Código Civil, pois as operações do recorrente, em bolsa de futuros, foram objeto de mera referência lateral nos votos proferidos em apelação e se reportam a contratos outros, inconfundíveis com aquele que deu origem à demanda destes autos.

14. Passando, pois, ao recurso da ré, e tendo presente o que há pouco resumi sobre a pretensão deduzida na inicial, anoto que o Tribunal *a quo* se limitou a declarar resolvido o contrato, para valer-me da terminologia de ORLANDO GOMES; ou, na trilha de PONTES DE MIRANDA, a decretar a respectiva resilição.

Ao assim decidir, desdobrou coerentemente as conseqüências de seu convencimento sobre não ter havido inadimplemento por parte da compradora, em termos de ensejar a incidência do art. 1.056 do Cód. Civil.

Antes, o contrato veio a ser rescindido, precipuamente, em razão da conduta processual das partes litigantes; a recorrente (vendedora), ao comprometer, irremediavelmente, a possibilidade de caracterizar o descumprimento das obrigações da recorrida, mercê da inépcia de fundo da necessária interpelação e da concomitante e contraditória propositura da demanda; a recorrida (compradora), por não ter articulado reconvenção, assim inviabilizando a prolação de sentença que decretasse a rescisão do contrato por inadimplemento atribuído à vendedora.

A este propósito, é oportuno transcrever o tópico que recolho em ANDREA TORRENTE, antigo e egrégio Presidente de Seção da Corte de Cassação da Itália, *verbis*:

*“Vediamo ora come à regolato il rapporto tra l'azione di adempimento e l'azione di risoluzione. Se viene proposta la prima, la parte non si preclude il diritto di cambiare idea e di chiedere successivamente la risoluzione del contratto, ove ciò le sembri in seguito più conveniente (art. 1.453, comma 2°).*

*Viceversa, una volta chiesta la risoluzione non si può più chiedere l'adempimento (electa una via non datur recursus ad alteram). La legge (art. 1.453, comma 2°) pone questo principio in quanto la parte che chiede la risoluzione implicitamente dichiara di non avere più interesse all'osservanza del contratto e perciò l'altro contraente giustamente può ritenere ormai inutile adoperarsi per preparare l'esecuzione della prestazione, cosicché potrebbe essere pregiudicato oltre limiti ragionevoli, qualora dovesse successivamente far fronte ad una nuova richiesta di adempimento, casomai dopo che le condizioni del mercato siano mutate.” (Manuale de Diritto Privato, Giuffrè Editore, 1975, Milano).*

Acentue-se que o julgado recorrido assenta sobre o implícito reconhecimento do concomitante desinteresse da recorrida pela continuidade do contrato desfeito, hipótese bem espelhada na espécie, para a qual, contudo, o direito brasileiro ainda não contém norma explícita, como a do art. 1.453, § 2º, do Cód. Civil da Itália, a que se reporta o eminente autor há pouco referido.

PONTES DE MIRANDA, contudo, aborda a questão, *verbis*:

“A resilição atinge todo o futuro, isto é, as prestações sucessivas. Quem exerce direito de resilição não tem interesse em que continue a eficácia do contrato bilateral. Quem deixa de adimplir a prestação de agora, põe em dúvida o adimplemento das prestações futuras. O devedor tem ensejo de purgar a mora, e não o faz. Para que a resilição não colha as prestações futuras, é preciso que os negócios jurídicos sejam diferentes, ou que o mesmo negócio jurídico haja estabelecido que a sorte das dívidas e, pois, das prestações não seja dependente da sorte das anteriores.” (*Op. cit., loc. cit.,* págs. 377).

CUNHA GONÇALVES também feriu o tema, ao escrever:

“Mas não sendo o preço pago na ocasião em que o deve ser, e, portanto, sendo a coisa recusada sem justa causa ou não sendo recebida no tempo ajustado, quais são as conseqüências desta omissão do comprador?”

Antes de mais, o vendedor terá de fazer interpelar judicialmente o comprador para vir receber a coisa e pagar-lhe o preço no dia que pelo juiz lhe for marcado, visto o disposto nos arts. 138 e 205 do Cód. Com., pois que o legislador comercial, como atrás ficou dito, não adotou nesta matéria o velho princípio *dies interpellat pro homine*, consagrado no art. 960 do Cód. Civil.

Em seguida, vista a renitência e a mora do comprador, pode o vendedor, ou simplesmente ter-se por desobrigado, por efeito da condição resolutiva tácita, conforme o disposto no art. 119, parágrafo único, do Cód. Civil, ou instaurar ação para a rescisão do contrato, ou demandar o comprador pelo preço, isto é, exigir-lhe o cumprimento do contrato” (Cód. Com., art. 204).

E logo adiante, ainda particulariza:

“Para a execução coativa do contrato, exigindo-se o pagamento do preço, preceitua o citado art. 204 do Cód. Com., o depósito judicial dos objectos vendidos *por conta e risco de quem pertencer*, aliás, do comprador, que não é pessoa incerta, depó-

sito que o art. 401 do Regul. 737, de 1850, classificava como preparatório da acção, hoje regulado no art. 689 do Cód. de Proc. Civil, processo extremamente simples: um requerimento e notificação do comprador, não sendo admissível embargos ou qualquer oposição, porque a defesa do comprador terá de ser apresentada na respectiva acção.”

Mostram os autos que, não tendo havido, segundo o v. acórdão recorrido, a necessária e adequada interpelação e não tendo a recorrida reclamado as entregas restantes, não havia senão dar por extinto o contrato, tanto por tanto, tal se fez, desde que o desate da demanda outro desfecho não poderia comportar.

15. Como quer que seja, a pretensão deduzida neste segundo recurso é restrita apenas à condenação a honorários, que a segunda recorrente quer ver disciplinada segundo o art. 21 do Cód. de Proc. Civil.

Acolho as razões da recorrente BLOMACO S/A, ao pleitear a aplicação, no caso, do art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil, dado como contrariado pela decisão recorrida. Com efeito, a autora cumulou demanda de rescisão de contrato com pretensão de ressarcimento. Não cabe discernir qual das pretensões assume importância patrimonial preponderante; certo é que, vitoriosa quanto à rescisão, foi sucumbente na segunda demanda. BLOMACO S/A, por sua vez, pediu a improcedência de ambas as causas e, assim, quanto à outra, sucumbiu.

Impõe-se, portanto, conhecer deste segundo recurso, por manifesta contrariedade ao citado art. 21 do Código de Processo Civil, uma vez que cada uma das litigantes foi em parte vencedora e em parte vencida.

Em conclusão e em síntese, não conheço do primeiro recurso, interposto por RUDOLF WOLFF & CO. GMBH; e, conhecendo pela letra *a* da norma constitucional do recurso de BLOMACO S/A, dou-lhe provimento e, nos termos do art. 257 do RISTJ, reformo o v. acórdão recorrido para condenar cada uma das partes às custas processuais, por metade; e, ainda, cada uma delas a responder pelos honorários de seus respectivos advogados.

É como voto.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes Colegas, da leitura do relatório e da leitura muito meditada do memorial apresentado pela recorrente, Rudolf Wolff e Cia., cheguei às mesmas conclusões do minudente voto do eminente Relator.

Tenho que, à evidência, é possível contratar com base em preço a ser fixado em bolsa; nada há demais nisso. Portanto, aceito a validade da cláusula de fixação do preço do cobre de acordo com a cotação da bolsa. O eventual inadimplemento cometido pela adquirente da mercadoria não leva, todavia, às conclusões que a recorrente pretende e o juízo singular deferiu. Aliás, em 1º grau, noto a peculiaridade de haver o juiz determinado o pagamento em dólar, convertido à cotação do dia do adimplemento, e mais correção monetária, o que resulta em *bis in idem*. Certo é, entretanto, que a compradora não terá pago as 1.750 toneladas de cobre; mas também não as recebeu. Esta mercadoria ficou em poder da vendedora, a mercadoria ou a disponibilidade sobre a mercadoria.

Logo, tenho para mim que se o cobre, posteriormente, veio a baixar em sua cotação na bolsa, isso se debitará à álea do negócio feito pela recorrente a fim de poder dispor da mesma mercadoria. Houvesse o cobre subido de cotação, a recorrente teria tido lucro com o inadimplemento da compradora; em outras palavras, a compradora, mesmo inadimplente, não responderá pelo prejuízo que a vendedora teve com a desfavorável revenda a terceiros da mercadoria; não responde pelos prejuízos, como também não auferiria os lucros que resultassem de eventual valorização do cobre no mercado internacional.

Os prejuízos que a vendedora poderia pretender seriam apenas aqueles danos resultantes diretamente do inadimplemento, nos quadros contratuais da compra e venda avençada entre as partes; não os prejuízos que a vendedora veio a ter, em face das próprias condições daquele negócio que ela firmou com outrem para poder dispor da mercadoria.

Não vendo assim relação de causa e efeito nitidamente demonstrada; aliás, não a vejo demonstrada, acompanho o voto do eminente Relator. Não conheço, pois, do primeiro recurso especial e, quanto ao segundo, dele conheço e lhe dou provimento, igualmente nos termos do voto do Sr. Ministro Bueno de Souza.

#### VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, pedi vista, porque não percebi, quando da sessão, os pormenores do caso. Com os autos em mãos, com a leitura do relatório e do douto voto do eminente Relator, estou agora em condições de manifestar-me acorde com o eminente Relator, no sentido de não conhecer do primeiro recurso interposto por Rudolf Wolff e conhecendo pela letra *a* do recurso da Blomaco S.A., dando-lhe provimento, para reformar o acórdão recor-

rido, a fim de condenar cada uma das partes às custas processuais por metade e ainda cada uma delas a responder pelos honorários dos respectivos advogados.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 318-0 — ES — (89.0008770-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Rectes.: Rudolf Wolff e Co. CMBH. Advs.: Marçal de Assis Brasil Neto e outros. Recte.: Blomaco Indl. Coml. S/A. Adv.: Guido Pinheiro Cortes. Recdos.: Os mesmos.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso de Rudolf Wolff e Co. CMBH e conheceu e deu provimento ao recurso de Blomaco S/A (em 24.11.92 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro acompanharam os votos antecedentes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 640-0 — SP (Registro nº 89.09913-2)

Relator: *O Senhor Ministro Milton Pereira*

Recorrente: *Universidade de São Paulo*

Recorridos: *Aristóteles Orsini e outros*

Advogados: *Drs. José da Costa Ferreira e outro, e João Bernardino Garcia Gonzaga e outros*

**EMENTA:** Processual Civil — Recurso Especial — Ação Rescisória — Correção monetária na fase executiva de sentença — Lei nº 6.899/81 — Art. 485, V, CPC.

1. A Ação Rescisória, diante de objetivas circunstâncias da ordem social e econômica, liberta a interpretação construtiva da norma legal na aplicação dinâmica do direito, não se constituindo como ins-

trumento restrito só ao exame de literal violação à disposição de lei, escravizando a ordem jurídica ao formalismo impiedoso ou tecnicista.

2. Demonstração de fundamentos suficientes para a rescisão.

3. A correção monetária (Lei 6.899/81), simples atualização de valor, pode ser deferida na fase de execução, mesmo quando não pedida na inicial da ação, processada, ainda que transitado em julgado o título judicial exequendo.

4. Recurso conhecido e improvido.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de dezembro de 1992 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MILTON PEREIRA (Relator): A Universidade de São Paulo — USP —, fundada no art. 119, inciso III, alíneas *a* e *d*, da Constituição Federal de 1967, interpôs Recurso Extraordinário com Arguição de Relevância contra o v. acórdão prolatado em Embargos Infringentes, em Ação Rescisória, onde se discute a aplicação de correção monetária, por força da Lei nº 6.899/81, em execução de sentença proferida anteriormente à edição da citada Lei.

Em síntese, alega a Recorrente que a v. decisão impugnada negou vigência ao art. 485, do Código de Processo Civil, que deve ser interpre-

tado de acordo com a Súmula 343, da Excelsa Corte. Houve ainda negativa de vigência do art. 3º, da Lei 6.899/81 e divergiu da orientação do Supremo Tribunal Federal (fls. 719/763).

Contra-razões foram apresentadas às fls. 765/774, onde os Recorridos refutam a existência dos pressupostos para a admissibilidade do Recurso.

A Excelsa Corte, em despacho de 19.06.89, converteu o Recurso Extraordinário, *ipso jure*, em Especial.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso e, se conhecido, pelo improvimento, com as seguintes razões:

“Como se vê à fl. 968, a Subprocuradoria-Geral da República, por intermédio do ilustre Dr. Oswaldo Flávio Degrazia, já se manifestou nos autos, motivo pelo qual, limitando-nos a endossar a referida manifestação, trazemos à baila o seguinte julgado, que bem explicita o entendimento predominante no antigo Tribunal Federal de Recursos, *verbis*:

**“CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI Nº 6.899, DE 1981. APLICAÇÃO ÀS DÍVIDAS RESULTANTES DE DECISÃO JUDICIAL, INCLUSIVE EM FASE DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA.**

Aplica-se a correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899, de 08 de abril de 1981, às dívidas resultantes de decisão judicial, mesmo quando se tratar de sentença transitada em julgado, em fase de execução. O termo inicial da correção monetária é 09 de abril de 1981.” (AMS 96.204-MG, Rel. Min. Carlos Madeira, Julg. 04.02.88, DJ 24.02.83, pág. 1.455)” (fls. 971/972).

A manifestação às fls. 968 teve o seguinte teor:

“A decisão que reconheceu direito à correção monetária no curso do processo de execução e a partir da Lei nº 6.899/81, não contrariou esta Lei, mas deu-lhe razoável interpretação.

Pelo não conhecimento do recurso”.

É o relatório.

## VOTO

**EMENTA:** Processual Civil — Recurso Especial — Ação Rescisória — Correção monetária na fase executiva de Sentença — Lei nº 6.899/81 — Art. 485, V, CPC.

1. A Ação Rescisória, diante de objetivas circunstâncias da ordem social e econômica, liberta a interpretação construtiva da norma legal na aplicação dinâmica do direito, não se constituindo como instrumento restrito só ao exame de literal violação à disposição de lei, escravizando a ordem jurídica ao formalismo impiedoso ou tecnicista.

2. Demonstração de fundamentos suficientes para a rescisão.

3. A correção monetária (Lei 6.899/81) simples atualização de valor, pode ser deferida na fase de execução, mesmo quando não pedida na inicial da ação, processada, ainda que transitado em julgado o título judicial exequendo.

4. Recurso conhecido e improvido.

O SENHOR MINISTRO MILTON PEREIRA (Relator): em Ação Rescisória compondo o litígio, a teor da Lei nº 6.899/81, decorrente da aplicação de correção monetária na fase da execução de sentença, assentou o venerando acórdão:

*omissis*

“2. o fundamento principal da demanda repousa na violação da Lei 6.899/81, já que proferida a sentença homologatória da liquidação na sua vigência, havia de se aplicar as disposições dessa norma e, em consequência, conceder, como concedido foi na decisão recorrida, a correção monetária, mesmo que não pedida na inicial da causa. Mas foi exatamente nesse ponto que o v. acórdão impôs toda força de sua argumentação. Diz o v. aresto rescindendo, referindo-se à correção monetária que “o suplemento não foi objetivo do pedido inicial nem foi concedido, na fase de conhecimento”. Na seqüência, acrescenta: “iniciada a execução não foi ela reclamada pelos exeqüentes e, homologada a primeira conta, inclusive com a ratificação de segundo grau, não se deu a questionada correção monetária do débito objeto da condenação estipulada na sentença exequenda. Isto posto, a determinação de, em conta suplementar e após o julgamento liquidado da conta primeira, se incluir a correção monetária, inclusive sobre o débito em parte quitado, importou em manifesta infringência ao art. 610 do Código de Processo Civil. É certo que, posteriormente, entrou em vigor a Lei Federal 6.899/81, de forma que poder-se-ia cogitar de sua aplicação, nos termos do artigo 462 do CPC. Sucede, porém, que ao tempo de sua

vigência, a causa matriz, na fase de conhecimento, já estava definitivamente encerrada a executada na porção principal, restando tão-só resíduos corretivos de mora”.

A despeito da longa argumentação dos autores, força é convir que o v. julgado mais não fez do que, naquela oportunidade, prestigiar uma das correntes jurisprudenciais sobre a aplicação da Lei 6.899/81. Não importa que, posteriormente, a corrente mais liberal haja predominado. O certo é que a controvérsia na interpretação do texto era manifesta. Passando em revista o registro de acórdãos se evidencia o quanto a questão era controvertida até que viesse se pacificar a jurisprudência no sentido da tese oposta sustentada pelo v. acórdão rescindendo. Apenas para ilustrar a atualidade da discussão, no Recurso Extraordinário de São Paulo, 99.634, anotado pela Procuradoria-Geral da Justiça, a E. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 2.8.83, sufragou a mesma tese do v. aresto ora impugnado (cf. *in* RTJ 107/1.255).

A Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal tem inteira aplicação ao caso. Não se há falar em ação rescisória fundada em ofensa literal à disposição de lei, quando ainda era flagrante a discussão em torno da verdadeira interpretação do texto.

O Segundo fundamento da ação se assenta no erro de fato. Todavia, o engano do v. acórdão em relação ao objeto da conta homologada é irrelevante. Não importa que ali se incluíssem parcelas não meramente residuais corretivas, mas parte do principal. É que a tese central do julgado nega a aplicação da Lei 6.899/81 na fase de liquidação, se não concedida na fase de conhecimento. Portanto, ainda que se admita o engano do julgado, quanto ao secundário, o certo é que não alteraria a postura da ilustrada Turma Julgadora. Pelo enunciado do v. acórdão, a referência ao objeto da conta homologada era apenas ilustrativa, sem nenhuma repercussão no mérito da decisão. Foi para a exata compreensão do aresto impugnado que se transcreveu aqui parte do julgado e ali está dito, repita-se, que “o suplemento não foi objetivo do pedido inicial nem foi concedido, na fase de conhecimento”. Vale isso dizer que, em qualquer circunstância, se não pedida a correção na inicial e não concedida na sentença que decidiu a lide, já não poderiam os autores a obter a correção monetária na liquidação.

Ora, se o alegado erro de fato, aqui não caracterizado, não era suficiente, por si só, para garantir aos autores pronunciamento favorável, impõe-se o decreto de improcedência da ação.

Todas as demais questões discutidas na inicial são irrelevantes para a decisão desta causa. O comportamento aético da Administração posto em relevo pelos autores no caso não afeta a decisão da causa.

3. Ante o exposto é julgada improcedente a ação e condenados os vencidos nas custas e honorários de advogado arbitrados em 10% sobre o valor da causa a ser dividido entre as vencedoras, perdendo os autores o depósito em favor das demandas” (fls. 632 a 634).

Nos interpostos Embargos Infringentes, acolhidos e, agora, hostilizados na via Especial, foi julgado:

*omissis*

“Em Uniformização de Jurisprudência na Apelação Cível nº 6.314-1, o Plenário deste Colendo Tribunal, em sessão de 19 de dezembro de 1981, apenas contra um voto, afirmara a tese segundo a qual “na vigência da Lei Federal nº 6.899, de 8 de abril do ano em curso (1981), a correção monetária pode ser concedida na execução, ainda que não reclamada na inicial da ação” (“RJTJESP”, 78/307).

Tornara-se, pois, pacífico, o cabimento da correção monetária na fase executória.

Os autores, ora embargantes, declaram, expressamente, que pretendem a aludida correção monetária a partir da entrada em vigor da Lei Federal nº 6.899, de 8.4.1981 (fls. 16, letra *a*). A fls. 643 reafirmam: “Não reclamam correção monetária das quantias recebidas antes de abril de 1981, ou seja, antes da citada lei. Querem unicamente correção monetária dos seus novos créditos, que se formaram depois de abril/1981” (fls. 643).

No que diz respeito à aplicação da veneranda Súmula nº 343, este Egrégio Segundo Grupo de Câmaras Civis, com voto vencido do ora relator, julgou procedente ação rescisória porque, no mérito, após alguma hesitação, a jurisprudência cristalizara-se no entendimento defendido pelos autores. Naquela oportunidade a matéria foi amplamente debatida, com declaração de votos vencedor e vencido (“RJTJESP”, 66/272).

Esse entendimento foi reafirmado por este mesmo Egrégio Grupo, em fundamentado acórdão de 21 de agosto de 1980, ao julgar procedente a Ação Rescisória nº 285.014, de São Paulo (“RJTJESP”, 68/292).

Correto, conseguintemente, o respeitável voto minoritário quando diz, com apoio em doutrina e jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso:

“A incidência imediata da lei nova aos casos pendentes de julgamento, mesmo na fase de execução do julgado, é indeclinável, mesmo que o tema não tenha sido colocado na inicial, nem objeto de definição, na prestação jurisdicional exequenda. Se a execução não estava extinta, a causa estava pendente, pouco importando que estivesse “quase encerrada” (fls. 635/636).

Diante do exposto, *data maxima venia* da ilustrada e respeitada maioria, são os presentes embargos infringentes recebidos, nos termos e para os fins previstos no respeitável voto minoritário declarado a fls. 635/636, isto é, para julgar procedente a ação, acolhendo a pretensão inicial, com a correção monetária a partir da Lei 6.899/81, invertidos os ônus da sucumbência, ficando, pois, claro que dita correção não alcançará quaisquer débitos pagos anteriormente à data da edição das tantas vezes citada Lei nº 6.899/81.” (fls. 699 a 701)

Como registrando, apresenta-se o recurso forte na alegação de afronta à lei federal e dissídio jurisprudencial (fls. 720 *usque* 763 — Recurso Extraordinário, *ipso iure*, convertido em Recurso Especial (fl. 858).

Os autos revelam, pois, que, no curso da execução, incluída a correção monetária, ensejando recurso provido, mas, à ocasião do julgamento, apesar de vencido, bem observou o eminente Desembargador Márcio Bonilha:

*omissis*

“O v. acórdão rescindendo, sob o entendimento de que, no curso da execução, na pendência de conta suplementar, por não ter sido postulada a correção monetária, no pedido inicial, nem sequer, objeto da condenação, denegou a atualização monetária do débito subsistente, que fora parcialmente quitado.

Em reforço de fundamentação, assentou-se que a Lei nº 6.899/81, ao tempo de sua vigência, era inaplicável à espécie, porque a causa matriz, na fase de conhecimento, já estava definitivamente encerrada e executada na porção principal, restando somente os resíduos corretivos da mora.

No entanto, assim decidindo, *data venia*, afrontou-se a disciplina legal da correção monetária, conforme bem demonstraram os autores, em detrimento dos exequentes, que sofrem o injusto atraso na liquidação, pelo procedimento procrastinatório das executadas.

A incidência imediata da lei nova aos casos pendentes de julgamento, mesmo na fase de execução do julgado, é indeclinável, mesmo que o tema não tenha sido colocado na inicial, nem objeto de definição, na prestação jurisdicional exequenda.

Se a execução não estava extinta, a causa estava pendente, pouco importando que estivesse 'quase encerrada'.

A equivocada interpretação da lei citada deu margem à infração da regra jurídica, cuja disposição literal foi olvidada.

Em proveitoso estudo sobre a matéria, o douto Humberto Theodoro Júnior havia alertado que, "enquanto não se extinguir a relação processual, pela satisfação integral da prestação a que tem direito o credor, seja em execução de título extrajudicial, seja em execução de sentença, há 'processo pendente' capaz de autorizar a atualização monetária da Lei 6.899" (A Correção Monetária Segundo a Lei 6.899/81).

Torrencial é a jurisprudência dominante, nessa questão, a evidenciar que não se cuidava, simplesmente, de mera opção por determinada corrente jurisprudencial (RT, 559/143, 560/144, 564/170, 565/216; RJTJESP, 79/87, JTA, 73/78), e que, por sinal, ainda que assim não fosse, não ensejaria jamais o decreto de improcedência da ação, mas, quando muito, o de carência, nos termos da Súmula nº 343, do Pretório Excelso, o que, porém, não se justifica no caso vertente.

A propósito, esse é o entendimento adotado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no tocante à incidência da correção monetária, no processo em fase de execução (RTJ, 106/442; 107/1.287) — fls. 635 e 636.

Essa lúcida compreensão, a final, encontrou guarida no aresto guereado, assoalhando que a Egrégia Corte Estadual, uniformizando a sua jurisprudência, afirmou: "... na vigência da Lei Federal nº 6.899, de abril do ano em curso (1981), a correção monetária pode ser concedida na execução, ainda que não reclamada na inicial da ação" (RJTJESP, 78/307).

Com efeito, já não aporta resistência a imediata incidência da mencionada lei nova nos processamentos pendentes e, inclusive, na fase de execução do julgado, em homenagem à necessária atualização do valor da moeda, sob pena de tornar vazio de significado econômico o título exequendo. Por isso, iterativamente, tenho perfilado:

**"CORREÇÃO MONETÁRIA. IPC DE JANEIRO DE 1989, PERCENTUAL DEVIDO (70,28%). LEIS Nºs 6.899/81 e 7.730/89.**

1. A correção monetária, de vida econômica intertemporal, mera atualização do valor da moeda naufragada em tormentosa inflação, constitui justa solução para todas as relações jurídicas, com o fim de resgatar a real expressão do poder aquisitivo original.

2. Inexistência de contrariedade de Lei Federal.

3. Precedentes iterativos.

4. Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 23.375-0-SP, julgado em 02.09.92).

E, no caso, em prol da correção pleiteada, comentou a douta Procuradoria da República:

“... Não há dúvida de que, no Tribunal de Justiça de São Paulo, à data do acórdão rescindendo, que é de 11 de março de 1982, a questão já se pacificara, em razão do Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apelação Cível nº 6.314-1, julgado em 19 de dezembro de 1981, pelo qual “na vigência da Lei Federal nº 6.899, de 8 de abril do ano em curso (1981), a correção monetária pode ser concedida na execução, ainda que não reclamada na inicial da ação.” Portanto, o verbete 343 da Súmula do Supremo não é óbice à ação rescisória fundada no artigo 485, V, do Código de Processo Civil, cuja violência também não se configura, pelo mesmo fundamento. Assim, a divergência suscitada no recurso extraordinário, além de inespecífica, como demonstra o despacho agravado, é também episódica.

4. Afirma o despacho denegatório do apelo raro que o caso em exame não se assemelha ao precedente do Supremo Tribunal Federal que nega a correção monetária, porque aqui “a liquidação ainda incluía parcelas do principal, e não parcelas meramente residuais, e fora alvo, também quanto aos atrasados, de recurso de apelação, por parte da recorrente, apenas definitivamente julgado quando já em vigor a Lei 6.899, de 1981” (fls. 36).

5. O Agravante, no entanto, afirma que as identidades são manifestas porque: “a) em ambos os casos o suplemento da correção monetária não foi objeto do pedido inicial, nem foi concedido na fase de conhecimento; b) quando do advento da Lei nº 6.899/81, a causa matriz, na fase de conhecimento, já estava definitivamente encerrada e executada na parte principal, restando apenas resíduos corretivos da mora; c) o pagamento do principal fora efetuado anteriormente à Lei nº 6.899/

81 com base em decisão definitivamente julgada e proferida na fase de liquidação, decisão esta que não incluía a correção monetária.” (fls. 24/25).

6. O acórdão impugnado pelo recurso extraordinário (fls. 131/142) revela que “após vários atos e termos no curso da execução, em 26 de novembro de 1980 os embargantes haviam pedido a volta dos autos ao Contador para que fosse reincluída na liquidação de atrasados o período de 22.9.76 a 31.12.77, bem como apurada a correção monetária incidente sobre os atrasados”. (fl. 132). É que a Universidade, ora Agravada, pagara apenas as diferenças salariais referentes até o mês de março de 1976. O Tribunal só veio a confirmar o direito à dívida assim reclamada em 11 de março de 1982, portanto, após a Lei 6.899/81 (fl. 132). O seguinte trecho da declaração do voto do Desembargador FREITAS CAMARGO (que nesta parte não ficou vencido) é mais elucidativo:

“Nesta parte entendemos que os embargantes têm razão no que alegam; se só foram liquidadas parcelas do principal até março de 1976 e não todos os atrasados, evidente se torna que não se tratavam de meros resíduos, como se entendeu no venerando acórdão rescindendo.” (fls. 140/141).

7. A decisão homologatória do cálculo de liquidação é posterior à Lei 6.899/81 e a execução incluía parte do débito principal, tornando possível a correção monetária. Não se configura violência ao artigo 3º do citado diploma normativo, nem divergência com o precedente do Supremo Tribunal publicado na RTJ 107/1.255.” (fls. 259 a 261 — autos apensados).

Deveras, descogita-se de interpretação controvertida do multicitado texto legal e, de avante, na aplicação da Súmula nº 343 — STF, evidenciado que o v. acórdão atacado abraçou a jurisprudência predominante. Desse modo, tenho que a Ação Rescisória, no caso concreto, via “embargos infringentes”, colocou em debate o verdadeiro alcance da preceituada correção monetária, pronunciando-se com acerto e, bem assim, a respeito da pertinência do processo rescisório, franqueado como esteve o exame do mérito, demonstrando a sua adequação: a) para se considerar correta a aplicação da norma à espécie pelo v. acórdão rescindendo ou, b), ao contrário, para concluir, como concluiu, que o julgado deu interpretação dissonante à própria jurisprudência uniformizada daquela Corte de Justiça.

Enfim, à luz do art. 485, V, CPC, cristalizou-se que o julgado rescindendo, ao interpretar a Lei 6.899/81, violou seu sentido ou seu propó-

sito, deixando ao largo circunstâncias diversas da ordem social e econômica, impondo compreensão de conteúdo desamparado pela própria jurisprudência.

Por derradeiro, como reforço, lanço a ementa de precedente:

“Correção monetária. Lei nº 6.899, de 1981 — Aplicação às dívidas resultantes de decisão judicial, inclusive em fase de execução de sentença.

Aplica-se a correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, às dívidas resultantes de decisão judicial, mesmo quando se tratar de sentença transitada em julgado, em fase de execução. O termo inicial da correção monetária é 9 de abril de 1981”. (AMS nº 96.204-MG — Rel. Min. Carlos Madeira — STF — *in* DJU de 24.02.83, p. 1.455).

Por todo o exposto, tal como formulado, conheço do recurso, porém, votando pelo seu improvimento.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 640-0 — SP — (89.09913-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira. Recte.: Universidade de São Paulo. Advs.: José da Costa Ferreira e outro. Recdos.: Aristóteles Orsini e outros. Advs.: João Bernardino Garcia Gonzaga e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 16.12.92 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 6.115-0 — SP

(Registro nº 92.0011666-0)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrentes: *Inocenta Prado e outros*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. José Eduardo Ferreira Netto e Elizabeth Kablunkow Bonora Peinado e outros*

**EMENTA: HONORÁRIOS DE ADVOGADO — PROCESSO EXTINTO EM RELAÇÃO A ALGUNS AUTORES — ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO — INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA NA LIQUIDAÇÃO. A LIDE NÃO VOLTA A SER DISCUTIDA, NEM MODIFICADA.**

Não tendo havido recurso da sentença na parte em que julgou extinto o processo em relação a alguns autores, nesta parte passou em julgado.

Na parte em que julgou precedente e condenou a Fazenda Nacional em honorários, ocorreu provimento de apelação, houve a inversão da sucumbência.

Em liquidação a lide não volta a ser discutida, nem pode ser modificada.

**Recurso provido.**

### ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de dezembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Inocenta Prado e outros (fls. 179/192), arrimados na anterior Constituição Federal, artigo 119, inciso III, alínea *d*, interpõem recurso extraordinário, com arguição de relevância da questão federal, aduzindo divergência.

A Fazenda do Estado impugnou o recurso, fls. 207/209.

O r. despacho de fls. 211 deu por incabível o recurso extraordinário e determinou a formação do instrumento da arguição.

O r. despacho de fls. 236/237 deferiu o seguimento do recurso especial.

Os recorrentes apresentaram razões às fls. 243, aludindo que:

“A petição de interposição do recurso especial, por si, demonstra o delírio da r. decisão recorrida na fixação da verba honorária, apresentando-se presentes os pressupostos constitucionais para o conhecimento e provimento do recurso, especial manifestado.

Demonstrada a divergência pretoriana, com acórdãos do Supremo Tribunal Federal, cujas ementas foram transcritas e, procedida a demonstração analítica, configuraram a cabal contradição entre o julgado pelo Tribunal local e os trazidos a confronto cujas decisões foram anexadas e atendido o requisito do prequestionamento, impõe-se o provimento do recurso o que feito será obra da mais meritória justiça” (fls. 243).

Sem resposta, fls. 244.

A douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 250/253) opinou contra o mérito do recurso, se conhecido.

Cuida-se de ação ordinária onde os autores, funcionários do Poder Judiciário e dois da Secretaria da Agricultura, almejam para os que estão no cargo de Diretor ou que se aposentaram como Diretores — a diferença entre o auferido na qualidade de Diretores Administrativos e as referências e amplitudes reservadas ao cargo ou função — atividade de Diretor Técnico e para os autores nomeados em comissão na vigência da Lei Complementar nº 180/78 a amplitude reservada ao Diretor Técnico de Serviço, ou Divisão ou Departamento, de conformidade com a posição pessoal de cada qual.

A decisão de primeiro grau (fls. 115/122) julgou extinto o processo com relação a determinados autores, e procedente, em parte, em relação aos demais autores.

Condenou a ré em honorários na base de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

O v. acórdão de fls. 135/139 v. deu provimento aos recursos para julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito.

O cálculo foi homologado às fls. 151/151, v. Decisão de embargos, fls. 156.

O v. acórdão de fls. 176/177 negou provimento ao recurso.  
É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Lúcia Gonçalves Duarte e outros ajuizaram contra a Fazenda do Estado esta ação ordinária (fls. 02/09), tendo o processo sido julgado extinto em relação a alguns deles que foram condenados em honorários de advogado de Cr\$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros), sendo a ação julgada procedente para os demais, com a condenação da ré em honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (sentença de fls. 115/122). Interposta a apelação apenas pela Fazenda do Estado (fls. 124/127), pedindo a inépcia da Inicial e a improcedência da ação, a Egrégia Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento à apelação e à remessa para julgar extinto o processo, sem apreciar-lhes o mérito, sem arbitrar os honorários de advogado (fls. 138/139). Este acórdão transitou em julgado, sem que fossem interpostos embargos de declaração (fls. 140/142). Na liquidação foram incluídos os honorários advocatícios de Cr\$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros) para cada um dos autores, arbitrados pelo julgador monocrático para aqueles em relação aos quais o processo foi julgado extinto (fls. 145). Impugnados os cálculos pelos autores (fls. 147/148), foram os mesmos mantidos e homologados (fls. 151/151 v.). Interposta apelação (fls. 157/160) a ela foi negado provimento (fls. 176/177). Desta decisão foi interposto Recurso Extraordinário (fls. 179/192), convertido em Especial (fls. 245) e recebido.

Os autores não recorreram da sentença de fls. 115/122 na parte em que foi julgado extinto o processo com referência a alguns autores e da condenação deles em honorários de advogado de Cr\$ 200.000,00 (fls. 121/122). Nesta parte a decisão monocrática transitou em julgado, não se podendo mais insurgir contra esta condenação, sendo indiscutível a obrigação dos autores Edmundo José Lavinias Jardim, Lúcia Gonçalves Duarte, Dagmar Ângela de Oliveira, Miriam Bonagura, Maria Helena Pires de Andrade, Luiz Carlos Pignatti, Maria Eunice Legutke e Waldemar Devides (fls. 121), de pagar, cada um deles, à Fazenda, Cr\$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros), a serem convertidos e atualizados na liquidação, a partir da data da sentença (11/12/85).

No pertinente aos demais autores para os quais a ação foi julgada procedente e condenada a Fazenda nos honorários de advogado de 10% (dez por cento), pelo julgador singular (fls. 122), com o provimento da apelação e da remessa para julgar extinto o processo, sem apreciação do

mérito (fls. 138/139), houve a inversão da sucumbência, com a condenação deles em honorários de advogado de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, isto é, sobre o valor que receberiam se fossem os vencedores e não sucumbentes. Theotônio Negrão, no seu Código de Processo Civil, 23ª edição atualizada até 12 de julho de 1992, na nota nº 2 ao artigo 20 (pág. 78), cita o seguinte precedente:

“O provimento integral da apelação, afastando-se, em consequência, a pretensão acolhida na sentença, implica na inversão, *ipsu facto*, dos ônus da sucumbência, ainda que a respeito seja omissa a acórdão proferido na instância recursal. Daí a possibilidade de o vencido ser executado pela verba honorária e custas” (STJ-RT-661/174, maioria). Neste sentido: RJT-79/636, RTFR-124/103.”

Como na liquidação não se pode discutir de novo a lide ou modificar a decisão (artigo 620), devendo esta ser executada fielmente sem ampliação ou restrição, embora admitindo-se como expresso o que nela, virtualmente, se contenha, os honorários advocatícios devem ser de Cr\$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros), para os quais o julgador *a quo* julgou extinto o processo (fls. 121) e de 10% (dez por cento) sobre o valor que a eles seria pago, caso fossem vencedores e não vencidos. Para esta finalidade, conheço do recurso pela letra *a* e dou-lhe provimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.115-0 — SP — (92.0011666-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Rectes.: Inocenta Prado e outros. Adv.: José Eduardo Ferreira Netto. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Elizabeth Kablukow Bonora Peinado e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 16.12.92 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 6.301-0 — RJ (Registro nº 90.0012153-1)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Recorrente: *Município do Rio de Janeiro*

Recorridos: *Geralda Gomes da Silva e outro*

Advogados: *Drs. Marcelo Salles Melges e outros, e Jorge de Oliveira Beja*

**EMENTA: Responsabilidade civil — Ressarcimento autônomo de dano moral. Se a dor não tem preço a sua atenuação tem. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundo do mesmo fato. Súmula 37 do STJ.**

### 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 lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de outubro de 1992 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: O despacho presidencial da ilustre Desembargadora Maria Stela Rodrigues, 3ª Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim expôs a questão:

“Trata-se de recurso especial, interposto pelo Município do Rio de Janeiro, com base no art. 105, III, *a* e *c*, do Ato Regimental nº 1, do Superior Tribunal de Justiça, contra o v. acórdão (fls. 66/68) da Egrégia Quinta Câmara Cível, do nosso Tribunal de Justiça, assim ementado:

“Responsabilidade civil. Ressarcimento autônomo de dano moral. Morte de mãe das AA., por culpa reconhecida

do Município. Ação procedente. O falecimento de parente próximo, no caso mãe das AA., é ressarcível autonomamente como dano moral, desde que provada a culpa do Réu, como sucedeu na espécie, que por negligência no cuidar de via pública deu ensejo à morte da vítima, arrastada por águas pluviais canalizadas, ao cair em bueiro. Preliminar de nulidade da sentença que se rejeita, em virtude de a mesma encontrar-se fundamentada, ainda que sucintamente”.

Alega o recorrente (fls. 71/74) que o v. acórdão contrariou o art. 1.537, I e II, do Código Civil, porque este dispositivo fixa as parcelas que podem ser incluídas na indenização, em caso de homicídio, não admitindo o dano moral.

Acrescenta cópia da v. Decisão (fls. 75/78), às quais se refere a fls. 73/74, visando a comprovar a existência de dissídio pretoriano sobre a questão em foco.

Não houve impugnação (fls. 80).

Parecer do Ministério Público, a fls. 81/82, opinou pela admissibilidade do recurso.

O recorrente, ao apelar (fls. 43/49), afirma ter a R. sentença contrariado o art. 458, II, do Código de Processo Civil, e, neste recurso especial, alega que o v. acórdão ofendeu o art. 1.537, I e II, do Código Civil.

Como se vê, não houve o indispensável prequestionamento, sequer através de embargos declaratórios, o que faz incidir, no caso, o disposto nas Súmulas nºs 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à existência de dissídio pretoriano, conforme citações e cópias às fls. 73/78, não se pode deixar de reconhecer, mesmo porque ainda se trata de questão controvertida, não pacificada pela doutrina e jurisprudência o ressarcimento fundado no dano moral.

Torna-se admissível este recurso, apenas com base no art. 105, III, c, da Constituição Federal.

Assim sendo admito, parcialmente o recurso especial.

Abra-se vista para razões, na forma do art. 543, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.”

Ouvida, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso.

É este o relatório.

## VOTO

**EMENTA:** Responsabilidade civil — Ressarcimento autônomo de dano moral. Se a dor não tem preço a sua atenuação tem. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundo do mesmo fato. Súmula 37 do STJ.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O recurso especial, muito embora tenha sido admitido pela letra *c* da previsão constitucional, não impede o seu conhecimento pela letra *a* na forma do verbete da Súmula 292 do STF. Apesar disso, não conheço do recurso com relação à letra *a* em razão dos dispositivos infraconstitucionais não terem sido questionados no v. acórdão impugnado, o que incide na espécie as Súmulas 282 e 356 do STF. No que tange à letra *c*, conheço do recurso por estar presente o dissídio jurisprudencial com a decisão trazida a colação e o aresto recorrido, que assim decidiu a controvérsia:

“No mérito, entende-se que cabe o ressarcimento por força de dano moral. Está provado o falecimento em condições trágicas da mãe das Apeladas, tragada por bueiro, através do qual foi arrastada pelas águas pluviais para ali canalizadas. A culpa do Município, a decorrer de risco administrativo é indiscutível, o ônus probatório inverteu-se e a ele cabia provar que tomara todas as medidas para evitar episódios como o dos autos. E isso não foi feito.

Acrescenta-se que o dano moral é de ser autonomamente considerado, a decorrer de dor que certamente atingiu as Apeladas pelo falecimento e em tais circunstâncias trágicas de sua mãe.

Assim, não há razões para reformar-se a sentença, aliás concedida ao fixar a indenização em 300 OTN'S. Adita-se, entretanto, ao manter-se a decisão de 1º grau que a indenização hoje corresponde a 300 BTN'S e poderá em futuro referir-se a índice de indexação com finalidade idêntica aos antes mencionados.”

Acrescento que, se a dor não tem preço, a sua atenuação tem. E assim fez acertadamente o acórdão impugnado, que tem a prestigiá-lo a Súmula 37 desta Corte, *verbis*:

“São acumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

Configurado o dissídio, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.  
É o meu voto.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.301-0 — RJ — (90.0012153-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Recte.: Município do Rio de Janeiro. Advogados: Marcelo Salles Melges e outros. Recdos.: Geralda Gomes da Silva e outro. Adv.: Jorge de Oliveira Beja.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 05.10.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



### RECURSO ESPECIAL Nº 6.655-0 — ES

(Registro nº 90.0012922-2)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Modular — Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda.*

Recdo.: *José dos Passos Carvalho — espólio*

Advogados: *Drs. Luciano Rodrigues Machado e Nanci Aparecida Domingues Carvalho*

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. OBSTÁCULO PROCESSUAL. RETIRADA DOS AUTOS DE CARTÓRIO POR UMA DAS PARTES. DEVOUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS MODIFICATIVOS.**

**1. Evento causado por incúria do próprio serviço forense, que permitiu a saída dos autos durante a fluência de prazo comum.**

2. A lei não estipulou deva a parte prejudicada denunciar ao juiz a ocorrência da obstrução, necessariamente, enquanto pendente sua ocorrência.

3. A restituição do prazo deve limitar-se àquela porção que resultou, de fato, atingida pelo obstáculo criado pela parte contrária.

4. O Tribunal, ao reconhecer erronia do julgado suscitada por embargos declaratórios, acolhendo-os, pode e deve corrigi-lo, caso em que se admite a modificação da decisão embargada.

5. Inexistência de contrariedade à lei federal.

6. Recurso especial não conhecido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Senhores Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Barros Monteiro. Ausente, por motivo justificado, o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo.

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de setembro de 1992 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: JOSÉ DOS PASSOS CARVALHO aforou demanda de resolução de promessa de compra e venda, cumulada com perdas e danos, contra Modular Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda., ante a inadimplência da seguinte avença constante da escritura pública que instrumentou o contrato (fls. 03), *verbis*:

“No segundo trimestre do ano de 1982, a Ré propôs e o Autor aceitou o seguinte negócio jurídico: o Autor alienaria à Ré o imóvel constante do documento nº 01, através de Escritura Pública de Compra e Venda regular, ao que a Ré se obri-

garia a fazer entrega ao Autor de 05 (cinco) apartamentos e respectivas vagas de garagem no edifício que construiria sobre referido terreno. Constava da avença que o valor do terreno seria idêntico ao dos cinco apartamentos, para que não houvesse desembolso de dinheiro nem da parte do Autor, nem da parte da Ré, numa autêntica permuta (15 milhões pelo lote/15 milhões pelos apartamentos).”

A requerida apresentou como respostas contestação (fls. 34) e reconvenção (fls. 47).

O D. juiz de primeiro grau, em julgamento antecipado, teve a ação como inteiramente procedente para o fim de declarar a resolução do contrato e condenar a ré ao pagamento dos valores correspondentes às frações ideais do terreno, dos apartamentos e respectivas garagens, a serem apurados em liquidação, e, bem assim, aos lucros cessantes decorrentes do não percebimento de aluguéis, custas processuais e honorários advocatícios, acrescidos de juros legais e correção monetária. Por derradeiro, julgou a reconvinte carecedora de ação (fls. 73/88).

Ante o falecimento do autor (fls. 103/104), deu-se a habilitação de seu espólio (fls. 106/108).

Em grau de apelação, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, à unanimidade de votos, deu provimento parcial ao recurso, nestes termos (fls. 151):

“RESOLUÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA — TEORIA DA IMPREVISÃO — INOCORRÊNCIA — APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL — A teoria da imprevisão é de aplicação excepcional. Não demonstrada a superveniência de elementos que ensejem a sua aplicação, recorre-se ao Código Civil em toda a literalidade: descumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos. Recurso parcialmente provido, para modificar a condenação em perdas e danos.”

O d. voto condutor do v. acórdão assim balizou o teor do litígio (fls. 152):

“Contende-se em torno de um contrato de compromisso de compra e venda de apartamentos a construir no prazo de trinta e seis meses, expirado em 12.05.85, isto é, seis meses antes da propositura da ação.”

Contra essa decisão, publicada em 16.03.89, o espólio autor opôs, em 28.03.89, embargos declaratórios (fls. 159/174), antecedidos, na mesma data, de petição (fls. 157/158), na qual, aludindo à ocorrência de

obstáculo processual em face da retirada dos autos da Secretaria do Tribunal pela parte contrária, durante o curso do prazo para recurso, pediu restituição do prazo para esse fim, enquanto, nos embargos, imputou ao acórdão erro material manifesto, contradição e omissão, porquanto a decisão considerou o prazo contratual como sendo de trinta e seis meses quando, na verdade, as partes pactuaram trinta e três meses, além de ter tipificado o contrato como de compromisso de compra e venda (fls. 159/174).

Ouvida quanto à restituição do prazo para recurso (fls. 177), a ré confirmou a retirada dos autos, ressaltando, contudo, que os restituiu à Secretaria antes de seu término (fls. 181/183).

O Tribunal *a quo*, em primeira assentada, ateu-se apenas à questão concernente à pretendida restituição de prazo, como se se cuidasse de embargos de declaração, que recebeu, sem discrepância de votos, consoante acórdão com esta ementa (fls. 185):

**“AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA C/C PERDAS E DANOS”**

Retirando a parte adversa os autos do cartório durante o prazo comum de recurso, este fica suspenso. Pedido de restituição de prazo que se defere, conhecendo dos embargos como tempestivos e sujeitando-os ao prosseguimento normal.”

A este julgado, a ré, por sua vez, opôs embargos de declaração (fls. 193/198), sustentando omissão, por se limitar ao exame da questão preliminar.

Em simultânea decisão, o Colegiado, unânime, afinal recebeu os segundos embargos declaratórios (opostos pelo autor), e negou provimento aos da ré. Eis as ementas respectivas (fls. 200/201):

**“1ª EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS POR ESPÓLIO DE JOSÉ DOS PASSOS CARVALHO — PROVIMENTO DO RECURSO — ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS COM EFEITO MODIFICATIVO ANTE A EXISTÊNCIA NO VENERANDO ACÓRDÃO EMBARGADO DE ERRO MATERIAL MANIFESTO.**

Havendo a Escritura Pública de Promessa de Compra e Venda estabelecido na cláusula terceira o prazo de 33 (trinta e três) meses, a partir de 13 de maio de 1982, para entrega dos apartamentos descritos na inicial, é de ser reco-

nhecida a obrigação da Embargada de cumprir o pactuado até o dia 14 de fevereiro de 1985. Também é de ser reconhecido ter *sido* permuta o negócio jurídico celebrado entre Embargante e Embargada, posto haver aquele transferido a esta o domínio de terreno seu em troca dos apartamentos e respectivas vagas de garagens do Edifício Lisy, após concluída a obra. Havendo a Embargada descumprido a obrigação pactuada, ensejou a resolução do contrato, daí resultando na condenação de ressarcir os prejuízos sofridos pelo Embargante, adotando-se para tal os mesmos critérios fixados na sentença de primeiro grau, inclusive no tocante a honorários advocatícios.

**2ª EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS POR MODULAR EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. — DESPROVIMENTO DO RECURSO. APLICABILIDADE DO ART. 180 DO CPC — DESACOLHIMENTO DOS ARGUMENTOS DA EMBARGANTE.**

A restituição ao Embargado do prazo recursal foi decidida no venerando acórdão de fls. 185 dos autos, face ao obstáculo criado pela Embargante, retirando os autos da Secretaria do Tribunal, caracterizando, desta forma, a hipótese prevista no art. 180 do Código de Processo Civil c/c o art. 183 do mesmo diploma legal. Inexistindo obscuridade, dúvida, omissão ou contradição no acórdão embargado, como alegado pela Embargante, é de ser desprovido o recurso.”

O presente recurso especial, fundamentado apenas na alínea *a* do permissivo constitucional, é interposto por MODULAR EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., alegando contrariedade aos artigos 183, 460 e 535, do Código de Processo Civil; e 1.164 do Código Civil (fls. 219/232).

Pretende a recorrente a anulação do v. acórdão proferido em embargos de declaração, ou por intempestividade destes, ou por haver o v. acórdão recorrido modificado a decisão proferida em apelação; e, em consequência, pleiteia o restabelecimento daquele julgado (fls. 151/154).

Admitido o recurso (fls. 254/258), subiram os autos a esta Corte.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, detenho-me, inicialmente, na verificação da exata seqüência

dos atos processuais, sobre cuja validade e eficácia se controverte, consoante o que se colhe dos autos, desde que o mérito do recurso em exame reclama a exata configuração de sua base empírica.

2. A questão foi primeiramente suscitada pela recorrente, por embargos de declaração, quando se insurgiu contra o recebimento daqueles opostos pelo autor (v. fls. 185 e ss.). Naquela oportunidade, a empresa ré (então embargante, agora recorrente) resumiu (fls. 194):

“Inicialmente, há de se destacar que o Venerando Acórdão deixou de examinar questão essencial, qual seja o fato de que o pedido de restituição de prazo somente veio a ser formulado após o vencimento do prazo recursal, o que, à toda evidência, não se coaduna com a regra insculpida no art. 183 da Lei de Ritos. Ressalte-se que, muito embora o advogado da Embargante, signatário da presente, tenha confirmado a retirada dos autos no dia 17 de março/89 (sexta-feira) e sua devolução a 20 de março/89 (segunda-feira), o pedido de restituição de prazo somente ocorreu em 28 de março/89, isto é, quando já ultrapassado, de muito, o prazo para a interposição dos embargos.”

Ao interpor este recurso especial, a recorrente reiterou sua versão (fls. 223/4):

“Essa decisão foi publicada no diário Oficial do Estado no dia 16/03/89 (quinta-feira) fls. 155, e o advogado da Apelante, conforme atestam as certidões de fls. 155 v., retirou os autos da Secretaria do Tribunal no dia 17/03/89 (sexta-feira) devolvendo no dia 20/03/89 (segunda-feira) para extração de cópias do julgado, já que a máquina copiadora do Tribunal não estava funcionando.

Em 28/03/89 o ilustre patrono da Apelada requereu restituição do prazo para interposição dos Embargos Declaratórios, alegando que não pode fazer carga dos autos no dia 17/03/90, em face da carga deferida ao advogado ex-adverso naquele mesmo dia, e que não foi cientificado da devolução do mesmo.

Ainda sem o deferimento do pedido de restituição de prazo, o Apelado — ora Recorrido, na mesma data ou seja em 28/03/90 interpôs Embargos de Declaração de fls. 159/174, alegando erro material, contradição e omissão no acórdão.

Após, veio o acórdão de fls. 176 e 179, que decidiu converter o julgamento em diligência para que fosse ouvido a Apelante Embargada sobre o pedido de restituição de prazo.

A Apelante se manifestou dizendo que cumpria a parte requerer a restituição do prazo dentro do período para interpo-

sição do recurso sob pena de preclusão desse direito, e mesmo se não tivesse precluso esse direito, o prazo teria expirado de qualquer maneira, contando-se, a partir do fim do impedimento para receber o processo com carga.

Por unanimidade, a Colenda 2ª Câmara, através do acórdão de fls. 186/191, considerou tempestiva a interposição dos Embargos pela Apelada ora Recorrida.

Inconformada com essa decisão, a Apelante interpôs Embargos de Declaração, questionando esclarecimento se o acórdão levou em consideração que o pedido de restituição fora formulado fora do prazo recursal, e se nesse caso se aplicaria a regra estabelecida no art. 183 da Lei de Ritos, e ainda, o fracionamento da decisão a teor do 561 do CPC.

Finalmente, veio o acórdão ora recorrido, de fls. 200/214, que julgou simultaneamente os Embargos de Declaração do Apelante e do Apelado.”

3. O recorrido, por sua vez, em contra-razões, historia os fatos deste modo (fls. 238/9):

“Publicada no Diário Oficial a **ementa** do Acórdão de fls. 151/154, no dia 16.Mar.89, o Recorrido, no dia imediato se dirigiu à Secretaria da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, tendo sido informado que os autos haviam sido entregues ao Dr. Procurador da Recorrente, mediante carga assinada no livro próprio (fls. 155-verso).

O dia 17 de março daquele ano coincidiu com uma sexta-feira, véspera da semana santa, em que o expediente forense fica reduzido a três dias (segunda, terça e quarta), reforçando na mente do Recorrido a suposição de que os autos só seriam devolvidos após o domingo de aleluia.

Impossível ao Recorrido permanecer de plantão à porta da Secretaria do Tribunal até que os autos a ela retornassem!

O prazo fluía comum à Recorrente e ao Recorrido, o que impedia à Secretaria da 2ª Câmara Cível do Tribunal, permitir a retirada dos autos, nos termos do § 2º, do artigo 40, do Código de Processo Civil.

Retornando o Recorrido à Secretaria do Tribunal no dia 27, daquele mês de março, após a semana santa, segunda-feira, foi informado da devolução dos autos pela Recorrente desde o dia 20, **desacompanhado de recurso ou requerimento de qualquer natureza.**

É bem de ver que de tal devolução não foi o recorrido cientificado, quando deveria a Secretaria do Tribunal fazê-lo, presente o erro em que incorreu ao permitir a carga para a retirada dos autos pela recorrente.

Aturdido com o fato, o recorrido, no dia imediato, ao mesmo tempo em que formulou seu pedido de restituição de prazo, face ao obstáculo criado pela parte contrária, apresentou seu pedido recursal, conforme se vê de fls. 157/158 e 159/174, com arrimo no artigo 180, do Código de Processo Civil.

Em tal circunstância, o prazo deixa de ser legal para ganhar a dignidade de prazo judicial, sujeito ao crivo do juiz, em abono à melhor doutrina (cf. Comentários ao Código de Proc. Civil, Forense, 2ª ed., vol. II, pág. 124, E. D. Moniz de Aragão).

Efetivamente, a justa causa, referida no § 1º, do artigo 183, do Código de Processo Civil, que autoriza a **dilação temporal** à parte prejudicada pelo obstáculo criado pela parte contrária, para realizar o ato de que foi impedida de fazê-lo *oportuno tempore*, se insere ao imponderável e inatingível universo do convencimento judicial ante a natureza do evento imprevisto, concretamente verificado.”

4. Esta versão dos fatos em que convergem as partes é expressamente abonada pelo v. acórdão que recebeu, como se fossem primeiros embargos declaratórios (restritos, como já se esclareceu, o tema da restituição de prazo) a petição de fls. 157, versante tão-somente à restituição de prazo, e que na verdade, deveria integrar, como preliminar, os segundos embargos de declaração (únicos, na verdade), condizentes a erro material manifesto, contradição e omissão do julgado da apelação (fls. 159).

Eis os seus dizeres (fls. 189):

“É sabido que a retirada dos autos da Secretaria, durante prazo comum, obviamente acarretará prejuízo à outra parte, principalmente quando da existência de pretensão de recurso, como ocorreu nestes embargos. A parte adversa, confessadamente, disse ter mantido os autos em seu poder entre os dias 17 e 20 de março, e isto está certificado pela Secretaria a fls. 155 v., confirmando, desta forma, o obstáculo ao fluxo do prazo de recurso, autorizando, de imediato, a restituição do prazo pretendido.”

5. Assim recapitulado o teor dos fatos, tais como reconhecidos na instância local, sobressai por seu ineditismo, por um lado, a bipartição

do inconformismo do autor ao valer-se de atos e petições distintos para o mesmo fim; e, por outro lado, a cisão do julgamento, que primeiramente se deteve na questão da oportunidade da oposição dos embargos, deixando, contudo, de sobre eles pronunciar-se desde logo; omissão esta que ensejou embargos declaratórios, desta vez, da ré (agora, recorrente).

6. Passando, pois, a examinar, nesse contexto, a pertinência do recurso especial, observo desde logo que, quando de sua interposição, a recorrente aduziu (fls. 225):

*“A matéria objeto do recurso, com relação aos artigos 183 do CPC e artigos 1.164 Código Civil, foi prequestionada, tendo sido amplamente debatida e examinada na decisão recorrida no Tribunal a quo.*

*A interpretação do artigo 183 do CPC foi posta em discussão no acórdão de fls. 185/191, ficando estabelecido que a restituição do prazo para interposição do recurso de Embargos Declaratórios esteve suspenso em face da aplicação dos artigos 180 e 183 do CPC. A aplicação desse dispositivo veio a ser colocado em julgamento no acórdão de fls. 200/214, constando expressamente da segunda ementa às fls. 200.”*

E apesar de averbar, por este ângulo, apenas a contrariedade ao art. 183 do Cód. de Proc. Civil (fls. 226), a recorrente, na verdade, reconhece e acentua a correlação desse preceito legal com o contido no art. 180 do mesmo Código, ao frisar (fls. 226/227):

*“Esta matéria está relacionada ao pedido de restituição de prazo requerida pelo Apelado ora Recorrido para interposição do Recurso de Embargos de Declaração, que foi deferida pelo acórdão de fls. 186/191 e confirmado por essa última decisão.*

Conforme relatado anteriormente, o pedido de restituição de prazo foi feito após decorrido o prazo para interposição do recurso de Embargos de Declaração.

Contando-se o prazo a partir da publicação do acórdão, que ocorreu no dia 16.03.90 (quinta-feira) o prazo final para interposição do recurso terminaria no dia 21.03.90 (terça-feira). Havendo impedimento de vista dos autos nesse período cumpria à parte prejudicada para se beneficiar do disposto no artigo 180 do CPC, escolher uma das seguintes alternativas.

Requerer, sob pena de preclusão do direito, dentro do prazo previsto para interposição do recurso, a restituição do prazo para interposição do mesmo. Nesse caso, registrado o pedido de restituição, o prazo ficaria suspenso até nova intimação.

Independentemente de intimação, interpor o recurso contando-se o prazo excluindo os dias em que houve obstáculo, ou seja após cessado o obstáculo ou impedimento.

O recorrido não tomou nenhuma dessas medidas, ou seja, deixou o prazo recursal correr sem qualquer manifestação nesse período, só vindo aos autos reclamar a restituição de prazo e interpor o recurso, após esgotado o prazo para interposição do recurso (dia 28.03.90 — terça-feira).”

Coerentemente com esta compreensão do tema, a recorrente traz à colação precedentes jurisprudenciais condizentes, precisamente, à retirada de autos por uma das partes como fundamento do pedido de restituição de prazo para interposição de recurso.

É bem este o caso dos autos, valendo por todos o acórdão da Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, unânime, no AI 41.338-RJ, de que foi Relator o eminente Ministro PÁDUA RIBEIRO (DJU 27.11.80), cuja ementa esclarece:

“Não aproveita à parte, para fins de restituição de prazo para apelar, a alegação de terem sido os autos retirados do cartório pela parte contrária, se foram devolvidos antes de findo o prazo recursal e, durante o transcurso deste, nada requereu.”

A estrita correlação da preceituação expressa nos citados arts. 180 e 183 do Cód. de Proc. Civil vem, aliás, enfatizada por Theotonio Negrão, quando, referindo-se exatamente ao citado precedente, com toda oportunidade observa:

“Mais correta, porém, parece a jurisprudência de que, se a parte procurou os autos em cartório e não os encontrou, na fluência de prazo para recurso, por terem sido retirados pelo adversário, seu prazo só recomeçará a correr depois de cientificada de que o processo foi restituído a cartório (RJTJESP 98/324).

Assim: o prazo suspenso por obstáculo judicial criado pela parte recomeça a correr, pelo restante, a partir da intimação do despacho que deferiu a restituição (cf. RT 600/36, em termos).

Não é necessário que a parte contrária seja ouvida sobre o pedido de restituição (RT 600/77). (Cód. de Proc. Civil e Legislação Processual em Vigor, 22ª ed., Malheiros Editores, nota 1 do art. 180, pág. 155).

A matéria é, de fato, controvertida em sede jurisprudencial, certo que discrepâncias de julgados freqüentemente refletem aspectos concre-

tos específicos da espécie examinada. Basta, a propósito, recordar que, na ordem constitucional anterior, a Portaria 92, da Presidência do Tribunal Federal de Recursos, de 28.11.77, louvando-se em acórdão do plenário no MS 88.821, recomendava:

“1. Durante o transcurso do prazo comum às partes interessadas, fica terminantemente proibida a retirada do processo da Secretaria, por advogado que não tenha procuração nos autos.

2. Verificando-se obstrução judicial pela retirada por uma das partes, a Subsecretaria processante certificará as datas da entrega e da devolução dos autos, restituindo, automaticamente, o prazo à parte prejudicada, na conformidade do disposto no art. 180 do Cód. de Proc. Civil.”

Tenho, porém, como certo que a alegação de contrariedade à lei, que anima o presente recurso, há de ser enfrentada à luz do que congruentemente decorre do disposto, conjuntamente, nos arts. 180 e 183 do Cód. de Proc. Civil, pois, para que se possa reconhecer e proclamar a ocorrência de preclusão (e, por conseguinte, a inarredável ineficácia do ato processual tardiamente praticado, porque decorrido o prazo, independentemente de declaração judicial), é imperioso atentar para o caráter sistemático do ordenamento jurídico-processual e ter presentes os dizeres do art. 180, *verbis*:

“Suspende-se também o curso do prazo por obstáculo criado pela parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 265, nºs I e III, casos em que o prazo será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação.”

Este, por sua vez, não pode adequadamente reger a espécie, sem refletir o disposto no art. 40, § 2º, do mesmo Código, *verbis*:

“Art. 40 — O advogado tem direito de:

.....

§ 2º — Sendo comum às partes o prazo, só em conjunto ou mediante prévio ajuste por petição nos autos poderão os seus procuradores retirar os autos.”

À luz destas considerações, observo, por uma parte, que não procede a crítica à decisão recorrida, por contrariedade ao art. 183 do Cód. de Proc. Civil, eis que o Tribunal *a quo* teve em vista a verificação (que unanimemente admitiu) de causa de suspensão do fluxo do prazo para recurso, por obra de obstáculo decorrente do ilícito processual praticado pela outra parte; e disso não cogita o referido preceito, razão bastante para afastar a apontada contrariedade ao citado preceito.

Já no que toca ao art. 180, citado, tenho igualmente como certo ter sido corretamente aplicado à espécie, pois não subsiste dúvida de que, efetivamente, incidiu o obstáculo ao decurso do prazo, nos termos ali prefigurados.

Acresce que a lei não estipulou deva a parte prejudicada denunciar ao juiz o obstáculo, necessariamente, enquanto pendente. Em outras ordens de idéias, o reconhecimento da alegada contrariedade ao art. 183, pelo v. acórdão recorrido, tal como pretendido pela recorrente, reclamaria, indispensavelmente, por um lado, a leitura do que nele está escrito, como se não se prendesse, necessariamente, a precedentes disposições da mesma lei processual; e, por outro lado, a leitura, no art. 180 do mesmo código, daquilo que nele não está escrito e nem decorre do sistema; ou seja, que a denúncia do ilícito praticado por uma das partes devesse fazer-se, pela parte contrária, ainda no decurso do prazo afetado pelo ilícito processual.

De fato, a propósito do art. 40 do Cód. de Proc. Civil, há pouco mencionado, anota CELSO AGRÍCOLA BARBI:

“Quando houver prazo comum às partes, os autos não devem sair do cartório, porque isto poderá acarretar prejuízo a alguma delas. Permitir-se-á, todavia, a saída, se forem eles retirados conjuntamente pelos interessados, ou se, em petição juntada aos autos, dividirem entre si o prazo. Nesse último caso, cada um o retirará pelo prazo ajustado. Essas regras se aplicam quer sejam as partes adversárias, como, *v.g.*, quando a ação for julgada procedente em parte, o que enseja prazo comum de recurso aos litigantes, quer sejam as partes de um só lado, *v.g.*, se vários litisconsortes têm de impugnar, em prazo comum, o recurso interposto pelo adversário.” (Comentários, 7<sup>a</sup> ed., For., I/147).

E MONIZ DE ARAGÃO, em escólio ao art. 180 do Código, observa, sem qualquer referência a prazo a ser observado pelo prejudicado:

“Os obstáculos que uma parte possa causar à outra são inumeráveis; só encontram paralelo na própria imaginação humana. Dos mais freqüentes tem sido considerado o da retirada dos autos, tornando impossível obtê-los ou compulsá-los, a fim de interpor o recurso, tanto nos casos de prazo comum como nos particulares.” (Comentários, 6<sup>a</sup> ed., For., II/132).

Afasto, assim, a alegação de contrariedade ao art. 183 do Código de Processo Civil; e, por conseguinte, também do art. 180. Desconsidero, portanto, a pretendida nulidade do v. acórdão recorrido, por suposta inobservância da preclusão, tendo, mui especialmente em conta que, em

face da falha do serviço forense ao permitir fossem os autos indevidamente retirados da Secretaria por advogado de uma das partes, o recorrido diligenciou pela oposição de embargos declaratórios concomitantemente com a argüição da ocorrência idônea, segundo a lei, a afastar a preclusão da faculdade de recorrer, antes que o ilícito processual tivesse sido observado e conjurado pelo próprio serviço, na forma do disposto na parte final do art. 180 do Cód. de Proc. Civil, a cujo propósito tive já ensejo de resumir, como Relator, na Quarta Turma do TFR, do Ag 42.069, em acórdão unânime (sessão de 16.06.82), nesta ementa:

“Processual Civil.

Execução Fiscal.

Embargos do executado.

Prazo para sua oposição.

Restituição de prazo, em razão de obstáculo posto pelo representante legal da exeqüente.

A restituição do prazo deve limitar-se àquela porção dele que resultou, de fato, atingida pelo obstáculo criado pela parte contrária.”

Rejeito também a alegada contrariedade ao art. 535 do CPC. A propósito, anoto que a recorrente, depois de aludir, sem os necessários esclarecimentos, à matéria nova versada no v. acórdão recorrido, a ponto de atribuir efeitos modificativos aos embargos de declaração (fls. 225, *in fine*), afinal sustenta que não se consente, “a pretexto de suprir omissão ou contradição, modificar decisão anterior” (fls. 229).

Eis o teor da objeção (fls. 229/230):

“No acórdão de fls. 147/154, ficou decidido que a título danos emergentes a Apelante ficaria obrigada a devolver o preço do negócio, reajustado com base na variação da OTN, mais juros de 6% ao ano.

O acórdão Recorrido, que deu provimento aos Embargos de Declaração, modificou essa parte da decisão, com fundamento em erro, em face não ter sido levado em consideração que o negócio entabulado entre as partes não seria promessa de compra e venda e sim permuta, por isso não poderia haver condenação em preço.

Com a máxima vênia, esse argumento não serve de pretexto para modificação do conteúdo básico do julgado. *Quando foi decidido no acórdão Embargado que a empresa deveria devolver o preço do negócio, foi levada em consideração a permuta,*

*tanto que constou no relatório do acórdão às fls. 147 a existência de permuta. Por outro lado, o acórdão decidido por unanimidade não afirmou textualmente que estaria decidindo a respeito dos danos emergentes, tomando em consideração a existência pura e simples de contrato de promessa de compra e venda.”*

Eis, contudo, como concluiu seu pronunciamento o ilustre Relator da apelação, em julgado unânime (fls. 152/3):

“Contende-se em torno de um contrato de compromisso de compra e venda de apartamentos a construir no prazo de trinta e seis meses, expirado em 12.05.85, isto é, seis meses antes da propositura da ação.

Mantenho, portanto, a r. sentença no tocante ao mérito, não por seus fundamentos, que não acolho. Mas a reformo, em parte, no tocante à composição de perdas e danos.

Como dano emergente, condeno a ré, ora apelante, a devolver o preço do negócio, reajustado com base nas variações das OTNs, mais juros de 6% a.a., a partir de quando recebeu.

Quanto aos lucros cessantes, serão articulados em liquidação de sentença, já que não demonstrados na ação de conhecimento.”

Ao acolher embargos de declaração, o v. acórdão explicita (fls. 205/7):

“Assim, adentrando ao mérito dos argumentos dos embargantes ESPÓLIO DE JOSÉ PASSOS DE CARVALHO (fls. 160/174) e para suprir a omissão exigida e requerida nos Embargos de Declaração opostos por MODULAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., tenho que a hipótese é de simples deslanche, eis que trata-se de matéria de erro material contido no acórdão.

Na demanda existe uma Escritura Pública de Promessa de Compra e Venda que deve ser cumprida à risca, sob pena de, não o sendo, ser o referido pacto transformado em enriquecimento ilícito por parte do elemento transgressor das cláusulas contratuais.

Trata-se, e isto está evidenciado nos autos de cumprimento de obrigação, como dispõe o art. 1.056 do Código Civil Brasileiro, que importa a obrigação do ressarcimento de perdas e danos pelo que deixou de ganhar, face ao não cumprimento do que se obrigou.

É de ser esclarecido, de uma vez por todas, que trata-se de permuta e jamais poderia se falar em preço de negócio. O convencionado é o que está pactuado na Escritura Pública de Promessa de Compra e Venda. O que dali é retirado ou desconstituído é matéria que envolve o mérito do recurso de apelação e resultou nos Embargos agora opostos.

É uma obrigação de dar coisa certa, permissivo contido no art. 864 do Código Civil Brasileiro. Sendo assim, envolve as perdas e danos, acrescidos ainda nos lucros cessantes que deixaram de surgir com a negativa da entrega da coisa pactuada.

É também fora de dúvida que a data da entrega das chaves foi mencionada de forma equivocada no Acórdão, erro este que deve ser reparado nesta oportunidade. Evidenciado por todos os elementos contidos na ação que a data da entrega é 14 de fevereiro de 1985, fixada na cláusula 3ª em trinta e três meses para a construção e término da obra. Não ocorrendo a hipótese, surge o direito pretendido pelo ESPÓLIO DE JOSÉ PASSOS DE CARVALHO.

Diante dos esclarecimentos aqui suscitados, entendo que os Embargos de Declaração opostos pelo ESPÓLIO DE JOSÉ PASSOS DE CARVALHO e por MODULAR EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. devem ser decididos para eliminar as dúvidas, contradições e omissões de alguns pedidos e solicitações das partes interessadas.

Assim, dou provimento aos EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos por ESPÓLIO DE JOSÉ PASSOS DE CARVALHO, para restabelecer as condições condenatórias firmadas na sentença de fls. 73/88, que deve ser mantida na íntegra, desconstituindo as exclusões contidas no acórdão embargado. No mesmo prisma, entendo que os Embargos opostos por MODULAR EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. devem ser rejeitados, em vista do entendimento acima, motivo pelo qual nego-lhe provimento.

Entretanto, para clarear todo processado e evitar tumulto processual na execução da sentença, tenho que o ilustre Desembargador Relator deva se pronunciar sobre o mérito dos Embargos declaratórios opostos pelo ESPÓLIO DE JOSÉ PASSOS DE CARVALHO, que entendi dar provimento nesta oportunidade, por não tê-lo feito na ocasião de seu voto.”

Como se verifica, cuida-se de resgatar o julgado de apelação, que se ressentiu de manifesta contradição e omissão, além de erro material,

tal como precisamente alegado pelo embargante, tão logo teve acesso aos autos e antes de intimado de sua restituição à Secretaria.

E não sofre dúvida, seja em doutrina ou em jurisprudência, que, em se tratando de suprir omissão ou sanar contradição, os embargos de declaração comportam modificação do julgado embargado, nos estritos limites da correção necessária, sem que se configure diversa apreciação da causa ou de aspecto desta, a título de mera alteração de critério decisório da lide, própria de embargos infringentes, a reclamar divergência de votos.

É bem o caso dos autos: certo, ademais, que neste sentido vimos decidindo reiteradamente (vide REsps 4.324-SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJU 30.03.92, 5.005-SP, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, DJU 03.02.92, 14.347-SP, de que fui Relator, em sessão de 23.06.92, ainda pendente de publicação).

Note-se, a propósito, que o Tribunal *a quo*, em face dos embargos de declaração, corrigiu a manifesta errônea contida no acórdão da apelação, no ponto em que condenou a recorrente a “devolver o preço do negócio”, quando, em verdade, o preço do negócio não é senão o valor dos apartamentos que a recorrente se obrigou a construir e a alienar ao recorrido, como contrapartida da aquisição do terreno. Ao insistir em que o Tribunal *a quo* deveria persistir na condenação à devolução do preço, a recorrente busca, ao cabo de contas, a inexequibilidade do julgado e contradiz suas próprias razões, no ponto em que sustenta (fls. 230/1):

“Se no instituto da compra e venda cabia a devolução do preço do negócio na sua rescisão, conforme decidiu anteriormente a 2ª Câmara, não poderia a mesma, concluir posteriormente, que não se aplica devolução do preço na hipótese de permuta, pois as disposições se aplicam igualmente, tanto num caso como no outro.

Deixa de considerar a aplicação das regras do instituto jurídico da compra e venda no caso de permuta, é negar aplicação do artigo 1.164 do Código Civil Brasileiro, contrariando o seu texto.”

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO didaticamente esclarece a quem quer que da lição careça, *verbis*:

“Efetivamente, segundo esclarece DE PAGE, a troca encerra dupla venda, mas, em vez de comportar alienação de coisa contra certo preço, como na compra e venda, compreende a alienação de uma coisa contra outra coisa.

Por outras palavras, na compra e venda prevalece a prestação em dinheiro (preço), que é da sua essência (*rem por pretio*), ao passo que na troca esse elemento é substituído por outra coisa, certa, precisa e determinada (*rem pro re*).” (Curso, Direito das Obrigações, 2ª parte, vol. 5, 24ª edição, Saraiva, p. 113).

Não se evidencia nem mesmo a pretendida ofensa ao art. 460 do CPC, por haver o v. acórdão recorrido, como quer a recorrente, assegurado ao autor mais do que aquilo que fora pedido (fls. 225). Refere-se a recorrente ao ressarcimento de lucros cessantes, decorrência da falta de cumprimento da obrigação de construir e de pôr à disposição do recorrido os apartamentos mencionados no ajuste, aspecto da causa expressamente resolvido pelas instâncias ordinárias, em perfeita correspondência ao pedido constante da inicial, a fls. 5, c (cf. sentença, fls. 87/88 e o v. acórdão recorrido fls. 213).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.655-0 — ES — (90.0012922-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Modular — Empreendimentos Imobiliários e Partições Ltda. Adv.: Luciano Rodrigues Machado. Recdo.: José dos Passos Carvalho — espólio. Adva.: Nanci Aparecida Domingues Carvalho. Sustentou, oralmente, o Dr. Walter Valente, pelo Recorrido.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 15.09.92 — 4ª Turma).

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

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 6.860-0 — RS

(Registro nº 90.0013403-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Município de Porto Alegre*

Recorridos: *Associação das Empresas de Transportes de Passageiros de Porto Alegre e outros*

Advogados: *Drs. Armando João Perin e outros, e Hermann Homem de Carvalho Roenick e outro*

**EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA — HONORÁRIOS — SUCUMBÊNCIA.**

**No processo de Mandado de Segurança é oportuna a condenação em honorários de advogado, por sucumbência.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Pereira, em negar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Exmos. Srs. Ministros Cesar Rocha e Garcia Vieira.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de agosto de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao conceder Mandado de Segurança, condenou o Município de Porto Alegre no pagamento de honorários advocatícios por sucumbência, em valor equivalente a três salários mínimos (fls. 259).

O Município interpôs recurso especial, sob a égide das alíneas *a* e *c*.

Afirma que o aresto infringiu a Lei nº 7.789, de 3.7.89 e a Súmula nº 512 do Supremo Tribunal Federal.

O apelo foi admitido apenas pelo dissídio pretoriano (fls. 291/3).

Não houve Agravo de Instrumento contra o indeferimento do recurso pela alínea *a*.

É o relatório.

**VOTO**

**EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA — HONORÁRIOS — SUCUMBÊNCIA.**

No processo de Mandado de Segurança é oportuna a condenação em honorários de advogado, por sucumbência.

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): A preclusão do indeferimento do recurso pela alínea *a* fez com que se operasse coisa julgada sobre o dispositivo do aresto relacionado com a vinculação dos honorários ao salário mínimo.

Assim, só é possível, neste recurso especial, o exame do dispositivo enfrentado sob a alínea *c*.

No entanto, é de se observar que o provimento do recurso, sob este enfoque, tornará inexecutível o dispositivo coberto pela coisa julgada.

Com efeito, se decidirmos ser impossível a condenação, por sucumbência, em processo de Mandado de Segurança, estaremos retirando qualquer eficácia ao preceito que dispõe sobre o valor de tal condenação.

Se isto ocorrer, não se estará desrespeitando a coisa julgada, mas, simplesmente, retirando exequibilidade ao dispositivo coberto por este atributo.

Feita esta digressão, examino o tema remanescente: a possibilidade em se condenar o sucumbente no processo de Mandado de Segurança, ao pagamento de honorários advocatícios.

A Súmula nº 512 do Supremo Tribunal Federal afirma ser impossível tal condenação.

Observo, contudo, que a matéria, por ser infraconstitucional, foge aos limites da competência do Supremo Tribunal.

Hoje, a questão deve ser enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Competente para discuti-la, observo que a Súmula 512 merece revisão. A maior parte da doutrina o reclama.

No julgamento do MS nº 1.067 tive oportunidade de anotar:

“No que respeita à condenação em honorários de advogado, por sucumbência, existe jurisprudência consolidada na Súmula nº 512 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que

“Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.”

Sempre encarei com profunda reserva a restrição cristalizada naquela Súmula.

Jamais encontrei qualquer argumento capaz de me convencer de sua correção.

Parece-me que passados mais de vinte e um anos, desde a edição do verbete e transferida a este Tribunal a competência

para o exame da matéria faz-se oportuna a revisão do entendimento nele consolidado.

Esta minha pretensão ganhou ânimo a partir do excelente estudo produzido pelo E. Ministro Garcia Vieira, publicado no v. 3, nº 1, do Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva.

Após descrição panorâmica da moderna doutrina processual e reportagem em torno da reação que se esboça na Jurisprudência, o Ministro Garcia Vieira arremata, *in verbis*:

“Ninguém nega às súmulas a sua importância, mas elas não são intocáveis e imutáveis. Se o Direito é essencialmente dinâmico elas podem e devem ser revistas, principalmente, quando como no caso, a doutrina, em uníssono, assim o entende.”

Até porque não existe qualquer diferença ontológica entre a ação de pedir segurança e aquela de pedir — através do processo de conhecimento — a correção de ato de autoridade, onde se contém coação ilegal.

Ora, o titular de direito cuja liquidez e certeza foi demonstrada no curso do processo tem direito a honorários por sucumbência.

Por que o autor do pedido de Segurança — agredido em seu direito, reconhecido *a priori* como líquido e certo — não terá direito àqueles honorários?”

Por estas razões, nego seguimento ao recurso.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MILTON PEREIRA: Sr. Presidente, a questão se resume à incidência ou não da verba honorária, e, neste tópico, ainda conservarei o entendimento anterior, até que minhas reflexões venham a permitir que eu acompanhe a excelência das razões trazidas pelo Sr. Ministro-Relator. Peço ainda para divergir nesse aspecto.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.860-0 — RS — (90.0013403-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Município de Porto Alegre. Advs.: Armando João Perin e outros. Recdos.: Associação das Empresas de Transportes de Passageiros de Porto Alegre e outros. Advs.: Hermann Homem de Carvalho Roenick e outro.

Decisão: Após os votos do Exmo. Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao recurso, e do Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira, provendo a irresignação, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha. Aguarda o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo (em 05.08.92 — 1ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

### VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Pedi vista dos autos porque a matéria remanescente que reclama decisão — a possibilidade em se condenar o sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios, em ação de mandado de segurança — inobstante a docilidade com que acolho os entendimentos cristalizados por súmulas do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sempre deixou-me inquieto face ao comando emergente da Súmula 512 do Pretório Excelso, segundo a qual *“não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”*.

Questioná-la, agora, não importa em nenhuma desafeição ao STF, senão em exercitar o encargo que me é imposto, pois que, sendo matéria infraconstitucional, teve deslocada para este Conspícuo STJ a competência para a sua definitiva solução.

A doutrina, pelos mais prestigiados, lança-se, em grande escala, contra a exclusão da verba em exame.

Deve-se, inicialmente, ter em conta a observação de CHIOVENDA (*in*, “Instituições de Direito Processual”, vol. III, p. 285, na remissão feita por LUIZ CARLOS DE POTILHO, *in* RF 246/221), ao cuidar do princípio da sucumbência, para quem *“o fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota, e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível, nítido e constante”*.

Essa, por certo, a motivação que teve o legislador da Lei Civil Adjetiva vigente, na dicção do seu art. 20, ao impor ao vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Em comento a tal dispositivo, o mestre PONTES DE MIRANDA (*in*, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo I, p. 416) leciona que *“hoje não há qualquer especialização de ações para que incida o art. 20.*

*Não importa se a ação é declaratória, constitutiva positiva ou negativa, condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer que seja perdente”.*

O sempre lembrado HELY LOPES MEIRELES (*in*, “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data”, p. 65), afirma, enfaticamente, que *“na sentença, o juiz deverá decidir sobre o pedido na inicial, condenando o vencido nas custas e honorários advocatícios, consoante determina o art. 20 do Código de Processo Civil, que firmou o princípio da sucumbência, em substituição ao da culpa ou dolo processual. Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, impõe-se a condenação do vencido em honorários. Não importa que o rito dessa ação seja especial, mesmo porque, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência vem sendo aplicado sem restrições. Não vemos razão para a exclusão dessa verba pela jurisprudência dominante (STF, Súmula 512), aliás contrariada em recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio Grande do Sul”.*

No mesmo diapasão, a voz de BARBOSA MOREIRA (*in*, “Direito Processual Civil”, p. 246), que ainda na vigência do Código de 1939 já entendia que *“não nos constando a existência de outros argumentos com que se pudesse impugnar a incidência do art. 64 do mandado de segurança, recapitulemos: se esse processo especial se rege subsidiariamente pelas normas codificadas; se nele existe ação e, a fortiori, causa; se há partes e, por conseguinte, parte vencedora e parte vencida, ambas representadas por advogados — então é insustentável a proposição segundo a qual descabe, aí, a condenação em honorários”.*

YUSSEF SAID CAHALI (*in*, HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, págs. 735/734), persegue a mesma linha de compreensão, quando afirma que *“no mandado de segurança há partes, autor e réu, com denominações diferentes, mas nessa posição. No mandado de segurança há relação processual que se completa com a notificação da autoridade coatora. No mandado de segurança, como toda e qualquer ação, admite-se a intervenção assistencial, da autoridade pública, do poder público, e necessariamente do terceiro interessado. Há uma lesão a direito líquido e certo, instaurando-se uma controvérsia, que não se esgota na declaração da ilegalidade do ato, dotada a sentença de certa executoriedade, ainda que restrita. No plano jurídico-processual, não há distinção entre ação fundada em direito privado ou pela ação fundada em direito público, quando se cuida de reparação de direito individual. A ação sempre é um*

*direito público, direito subjetivo público dirigido contra o Estado, a fim de obter, através do órgão jurisdicional, a justa composição da lide. E isto somente pode ser obtido, como nas ações em geral, por intermédio de profissional habilitado (CPC, art. 36), à diferença, portanto, do que ocorre com o habeas corpus, para cuja impetração é dispensável a outorga de mandato a advogado constituído. Encerrando a lide, a sentença final ou é favorável ou é desfavorável à parte. A parte a quem a sentença favorece é vencedora. A parte a quem a sentença não favorece, ou cuja pretensão deixou de acolher, é vencida. De modo que, aqui, a parte vencida, na técnica da nossa moderna legislação processual, é aquela que não obteve sentença favorável, mas que obteve uma sentença contrária. E estes conceitos se ajustam tanto ao impetrante como à autoridade impetrada. Nem encontra óbice a esse entendimento o fato de poder limitar-se a intervenção da autoridade coatora às informações administrativas, pois estas até mesmo podem ter sido omitidas, o que não se impede, como no caso da revelia, de reconhecimento de pretensão resistida”.*

O Prof. MAURILIO WAGNER DE PAULA REIS, em trabalho intitulado “Os honorários na ação de mandado de segurança” (in, “Mandados de Segurança e de Injunção”, coordenado pelo eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, p. 332), anota um dado a mais pois que “*não se pode olvidar o art. 37, parág. 6º, da Constituição de 1988 — as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Ora, no momento em que o terceiro tem que se valer do Judiciário para assegurar direito líquido e certo, é evidente que a autoridade coatora está a lhe causar dano”.*

Na mesma linha CELSO RIBEIRO BASTOS (in, “Do Mandado de Segurança”, 2ª ed., Saraiva, 1982, págs. 20/21) quando leciona que “*a nossa posição é no sentido de que o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência. A razão é que embora a Lei n. 1.533 alije o Código de Processo Civil, nas matérias por ela reguladas, nela nada consta acerca de honorários advocatícios, pelo que tem-se que necessariamente aplicar à espécie as leis genéricas do processo civil. Assim já devia ser antes mesmo do atual Código de Processo Civil. Não cremos que ele tenha inovado o tema. A referência freqüente feita pela jurisprudência ao surgimento do novo Código afigura-se-nos mais como um pretexto para ensejar a correção de um entendimento cujo desacerto já se fazia patente do que o reflexo de uma autêntica alteração do direito objetivo. Sobre ser juridicamente a tese correta, a condenação em honorários é também a solução mais conveniente. Por um lado, reprime a utilização abusiva da medida. De outra parte, restaura um princípio básico de*

*injustiça, segundo o qual ninguém deve arcar com os ônus decorrentes da ilegalidade alheia. O vencedor da segurança já se viu forçado a recorrer ao Judiciário para fazer valer um direito seu, líquido e certo. Os incômodos dessa iniciativa já são em si mesmos injustificados e irreparados. Como fazê-lo arcar ainda com as despesas com o seu patrono?”.*

Outros e outros doutrinadores, igualmente de reconhecido saber, perfilam nessa mesma corrente.

Ademais, deve-se sublinhar que o tema inquieta igualmente a jurisprudência, pois que são numerosos os julgados demonstradores de inconformismo com a sobredita Súmula 512.

Aliás, como lembra YUSSEF SAID CAHALI, em sua obra indicada (p. 734), *“a simples insistência com que nossos Tribunais têm sido continuamente provocados para manifestação a respeito dos honorários advocatícios em mandado de segurança já revela a ânsia revisionista projetada pela insatisfação do critério jurisprudencial que tem prevalecido”.*

Devo assinalar que os eminentes Ministros DJACI FALCÃO e OSCAR CORRÊA igualmente guardavam o convencimento pessoal da aplicação de honorários de sucumbência em mandado de segurança, apenas se conformavam ao comando do verbete indicado.

Se maior rebeldia não se constata é porque, certamente, a simples existência da pré-falada Súmula já inibe o magistrado para não se lançar contra ela e formular novas reflexões sobre o tema.

Mas, aqui e agora, não é o caso, visto que, como afirmei acima, a ordem constitucional instalada em 1988, deslocou, para esta Colenda Corte, a competência para apreciar, em definitivo, a matéria, por isso não devendo, necessária ou simplesmente, recepcionar a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal do tempo em que a ele estava destinado o deslinde final das questões infraconstitucionais, por mais se reconheça — como reconheço — sabedoria e juridicidade nas suas decisões.

Entendo, por luzes que me foram trazidas pelo ilustre Prof. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, que a atividade judicante importa em que se entenda que o processo judicial não encerra surpresas sucessivas, como um jogo aleatório e misterioso, pois é uma atividade conseqüente e previsível, dentro de segura orientação e de constante evolução.

Todavia, como coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que vão se tornando tradicionais, para atualizar o conteúdo da Lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável.

O saudoso Professor NELSON SAMPAIO lecionava que as decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito, sem contudo abrir a porta ao arbítrio judicial.

O ato de aplicar a lei ao caso concreto não se resume à subsunção, à pragmática das sentenças judiciais anteriores mas que se tenha também como presentes os ensinamentos relevantes da doutrina científica do Direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados.

Através de tais operações, não tomará o Juiz liberdades permissivas com a Lei, decidindo contra o seu comando, mas, ao estabelecer, em atividade recriadora, a norma regente do caso concreto, dentre as várias opções interpretativas que se oferecerem ao seu espírito, escolherá aquela que mais completamente realize o ideal do justo.

Com efeito, não vejo na lei do mandado de segurança nenhum dispositivo que restrinja, explicitamente, a aplicação do princípio da sucumbência. A sua exclusão decorre de criação doutrinária que afasta — e a meu sentir, erroneamente — a aplicação da regra geral contida no Código de Processo Civil. A perda da causa é o único pressuposto para que seja imposta a condenação da verba cogitada, não mais sendo ela resultante de culpa ou dolo processual.

Não é lógico nem é justo que o vitorioso na contenda, depois de ter direito líquido e certo agredido, após passar por todos os conhecidos e naturais aborrecimentos, senão vexames, sempre presentes, ínsitos mesmos, em todas as pelejas judiciais, ainda sofra uma diminuição patrimonial, tendo que arrostar com a remuneração do trabalho do seu patrono.

Ademais, condenar o vencido em todas as parcelas da sucumbência é, sem dúvida, a solução mais conveniente, na medida em que, por um lado, refreia o uso impertinente do *mandamus* pelo particular, e, por outro, estimula a autoridade a decidir, em instâncias administrativas, de modo mais refletido, sobre postulações eventualmente envolventes de direito líquido e certo.

Com tais considerações, ousou divergir do conteúdo da Súmula 512 do Pretório Excelso, para, mantendo a verba honorária estabelecida pelo julgado sob exame, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

É como voto.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Já tenho voto a respeito da matéria e é no mesmo sentido do voto que acabou de ser proferido pelo eminente Ministro Cesar Rocha e também pelo eminente Ministro-Rela-

tor. Entendo que no mandado de segurança também cabem os honorários de advogado e farei juntada de cópia do voto que tenho.

## ANEXO

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 310 — RJ  
(Registro nº 90.0001884-6)

### VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. O artigo 23 do Decreto-lei nº 204, de 27/02/67, garante a livre **circulação** dos bilhetes de loteria em todo o território nacional, sem a imposição de impostos ou taxas estaduais ou municipais. Acontece que a Resolução nº 0255/89 não trata de circulação de bilhetes de loteria. Ela apenas dispõe sobre os prazos de pagamento de taxas previstas nos artigos 106 e 107 do Código Tributário Estadual (Decreto-lei nº 05/75, com a redação da Lei nº 383, de 04/12/80) e estas taxas são cobradas como pagamento das vistorias anuais, procedidas pelo Estado em lojas de vendas de bilhetes de loteria, loto e similares. Como se vê, referidas taxas não foram instituídas pelo ato impugnado (Resolução nº 0255/89) e sim por lei (Decreto-lei nº 05/75) e decorrem do Poder de Polícia conferido à União, aos Estados e aos Municípios (arts. 78/80 do CTN).

Não houve também qualquer violação ao artigo 13 do CTN porque não atinge “serviços públicos concedidos” a simples fixação de calendário para recolhimento de taxas previstas em Lei (Decreto-lei nº 05/75), cobradas por vistorias feitas pelo Estado em lojas de loterias.

Tem razão o Dr. Amir Sarti, em seu bem lançado Parecer de fls. 71/74, ao acentuar que:

“Se é verdade que “a **circulação** dos bilhetes da Loteria Federal é livre em todo o território nacional e não poderá ser obstada ou embaraçada por quaisquer autoridades estaduais ou municipais e nem onerada por quaisquer impostos ou taxas estaduais e municipais” (art. 23, Decreto-lei nº 204/67), também não é menos verdade que a questionada “Taxa de Serviço de Segurança e Censura” (fls. 14) não constitui “tributo que incida sobre a **atividade de circulação de bilhetes da loteria federal**, hipótese essa que conflitaria com a legislação federal, mas sim de taxa de serviço estadual, decorrente do poder de polícia expressamente prevista em lei, em consequência da prestação de serviço público” (fls. 31/32).

O argumento tirado da letra fria do referido artigo 23 do Decreto-lei 204/67, evidentemente, prova demais.

Fosse procedente a tese do recorrente, os donos das casas lotéricas estariam livres do Imposto de Renda sobre os resultados de seu negócio; estariam dispensados de pagar as taxas de lixo, água e luz; seriam isentos de recolher o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza — cuja lei de regência, o Decreto-lei nº 406/68, na “lista de serviços” tributáveis, contempla, expressamente, a “distribuição e venda de bilhetes de loteria” (item 64).

*Data venia*, a simples enumeração de tais hipóteses basta para evidenciar, à saciedade, a insustentabilidade da pretensão do sindicato impetrante.

Nada importa que as lojas de bilhetes já recolham a taxa de localização em favor do Município — essa alegação, aliás, funciona contra o recorrente: se a lei federal proíbe mesmo que tais estabelecimentos sejam onerados “por quaisquer impostos ou taxas estaduais e municipais”, como é que o recorrente não aceita pagar a taxa de segurança estadual, mas concorda placidamente em pagar pelo alvará de localização” (municipal)?”

Com referência à condenação do recorrente pela decisão recorrida, em honorários de advogado, entendemos não merecer qualquer censura.

Quando o artigo 20 do CPC determina a condenação do vencido a pagar ao vencedor os honorários advocatícios, não abre qualquer exceção para o mandado de segurança, que é ação, conforme conceitua a esmagadora maioria da doutrina e reconhece o próprio Colendo Supremo Tribunal, na Súmula 512. Nele, como em qualquer outra ação, existem partes. A Lei nº 1.533/51, no artigo 10, fala em solicitação da parte. Havendo parte, existirá vencedor e vencido e a sentença, obrigatoriamente, deverá condenar este nos honorários de advogado. Hoje é tranqüilo, entre nossos mais respeitados doutrinadores, o entendimento de que são devidos os honorários advocatícios na ação de mandado de segurança. Pontes de Miranda, com todo peso de sua autoridade, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed., 1974, ensina que:

“Hoje não há qualquer especialização de ações para que incida o art. 20. Não importa se a ação é declaratória, constitutiva, positiva ou negativa condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer que seja perdente” (fls. 416).

Para Hely Lopes Meirelles, *in* Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e *Habeas Data*, 12ª ed., 1988, pág. 65,

“Desde que o mandado de segurança é uma **causa**, vale dizer, uma **ação civil**, impõe-se a condenação do vencido em honorários. Não importa que o rito dessa ação seja especial, mesmo porque, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência vem sendo aplicado sem restrições. Não vemos razão para a exclusão dessa verba pela jurisprudência dominante (STF, Súmula 512), aliás, contrariada em recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio Grande do Sul.”

Celso Ribeiro Bastos, no seu livro *Do Mandado de Segurança*, 2ª ed., 1982, esclarece que:

“A nossa posição é no sentido de que o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência. A razão é que embora a Lei nº 1.533 alije o Código de Processo Civil, nas matérias por ela reguladas, nela nada consta acerca de honorários advocatícios, pelo que tem-se que necessariamente aplicar à espécie as leis genéricas do processo civil.”

Entende o emérito Professor Celso Agrícola Barbi, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 4ª ed., 1986, que:

“Realmente, sendo o mandado de segurança uma ação, em que há vencedor e vencido, não encontramos razões para afastá-lo das normas gerais do Código, a não ser naquilo em que sua natureza o exigir. A simples circunstância de estar ele regulado em lei especial não é decisiva, porque se lhe aplicam inúmeras regras gerais do Código, mesmo porque, se assim não fosse, seria necessário fazer um Código apenas para os processos de mandado de segurança”. (fls. 197).

Giuseppe Chiovenda, em *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 2ª ed., 1945, tradução Guimarães Menegale, pág. 285:

“O fundamento dessa condenação é o fato **objetivo** da derrota.”

No mesmo sentido Sérgio Sahione Fadel, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. I, 7ª ed., 1988, págs. 95/96, e José Carlos Barbosa Moreira, em excelente artigo publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, vol. 23, e na *RT* nº 418. Este conceituado Mestre examinou com profundidade e rebateu um por um, os principais argumentos contrários à aplicação na ação de mandado de segurança dos princípios da sucumbência. Realmente, não procede a assertiva de que, sendo o manda-

do de segurança regido por leis especiais, não lhe são aplicáveis as disposições do art. 20 do CPC. O próprio Código, art. 273, manda aplicar, subsidiariamente, ao procedimento especial, as disposições gerais do procedimento ordinário e a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário do Código ou da Lei Especial (art. 271). As normas contidas no Código representam fonte subsidiária para os procedimentos especiais e a estes são aplicáveis em tudo que não contrariar o procedimento específico. Para Barbosa Moreira, ob. cit., págs. 52/53,

“... as normas do Código constituem fonte subsidiária da disciplina de qualquer processo especial, regulado por lei anterior ou posterior a ele, e incidem em tudo que não contrarie o regime específico traçado pelo diploma pertinente. O direito processual civil cristalizado no Código é **direito processual civil comum**, que só cede ante a existência de regra peculiar a tal ou qual processo, mas que cobre toda a área deixada em branco pela regulamentação específica, na medida em que seja com esta compatível. E isso independentemente de remissão expressa...”

Lembra ele a Súmula nº 519 de nossa Excelsa Corte que determinou a aplicação aos executivos fiscais, então regidos pelo Decreto-lei nº 960, o princípio da sucumbência, quando esta norma legal nada dispunha a respeito da condenação em honorários de advogado.

O argumento de que no mandado de segurança não há parte é improcedente porque, como já vimos, ele é ação e nele existe parte, e a própria Lei nº 1.533, em seu artigo 10, fala em **parte**. As partes são o impetrante, o impetrado, o Ministério Público, os litisconsortes e os assistentes. Assim ensina Hely Lopes Meirelles, ob. cit., pág. 30 e Barbosa Moreira, ob. cit., pág. 53. Deixa este bem claro que:

“**Partes**, em qualquer processo, são aquele que pede e aquele em face de quem se pede — num e noutro caso, em nome próprio — a tutela jurisdicional do Estado. No processo do mandado de segurança, parte ativa é o impetrante, sem dúvida alguma; parte passiva, de acordo com a doutrina prevalecente, é a pessoa jurídica (de direito público, as mais das vezes) em cujos quadros se insere a autoridade dita coatora.”

É irrelevante que seja parte passiva a autoridade coatora ou a pessoa jurídica, ou ambas, porque sempre haverá a parte passiva para suportar os ônus da sucumbência quando vencida.

O argumento, às vezes usado, de que no mandado de segurança não atua o “advogado” da entidade contra a qual se dirige a impetração também não procede, porque esta, através de advogado, procurador ou assistente jurídico, pode acompanhar todo o processo e até recorrer. Seu

representante terá sempre oportunidade de requerer e demonstrar a improcedência do pedido. É irrelevante o fato de já receber o representante salário ou vencimento, como servidor, da pessoa jurídica e, como tal, não poderia receber honorários advocatícios pelos serviços. Caso este argumento fosse válido para o mandado de segurança, seria também para qualquer ação onde fosse parte qualquer pessoa jurídica ou quando a parte fosse alguém que paga o advogado, em prestações sucessivas e periódicas, como lembra Barbosa Moreira, ob. cit., pág. 56.

Dizer que a cobrança de honorários de advogado em mandado de segurança inibiria de vir a juízo aqueles detentores de direito líquido e certo é desconhecer o que acontece na realidade. Quem de fato tem a seu lado o bom direito não terá nenhuma dúvida de pleiteá-lo porque estará sempre convicto de que será o vencedor da demanda. Ao contrário, a aplicação no mandado de segurança da sucumbência fará com que haja menos ações temerárias e destituídas de qualquer fundamento. Quem não tem direito pensará duas vezes, antes de ajuizar a ação, com medo da sucumbência.

O último argumento também usado é o de que sendo o mandado de segurança uma garantia constitucional, irmã do *Habeas Corpus*, a ele não se aplicaria a condenação em honorários de advogado. Para a impetração do HC sequer é necessária a constituição de advogado.

Ora, o *Habeas Corpus* é regulado pelo processo penal e o Mandado de Segurança pelo processo civil e, por isso, não se aplica ao primeiro a sucumbência do art. 20 do CPC.

Com todo o respeito à nossa Suprema Corte, ousamos discordar da citada Súmula nº 512, editada há mais de 21 anos, já à época com sérias resistências dos votos vencidos dos eminentes Ministros Amaral Santos, Relator, Aduino Cardoso, Djaci Falcão e Aliomar Baleeiro, conforme se verifica na sua decisão plenária no RE nº 61.097-SP (RTJ 51/805), que serviu de base à súmula.

É inegável já existir fundadas reações da doutrina e da jurisprudência ao princípio estabelecido na referida súmula. Existem decisões dos Tribunais de Justiça, conforme se verifica no Código de Processo Civil Anotado, de Alexandre de Paula, vol. I, 3ª ed. recente, pág. 197. O extinto TFR, na AMS nº 81.566-RJ, Relator eminente Ministro Washington Bolívar, DJ de 21.05.79, entendeu ser cabível a condenação no mandado de segurança, de honorários de advogado. Igual decisão foi proferida na AMS nº 82.113-MG, com o mesmo Relator, DJ de 20.06.79.

Ninguém nega às súmulas a sua importância, mas elas não são intocáveis e imutáveis. Se o Direito é essencialmente dinâmico, elas podem e devem ser revistas, principalmente, quando como no caso, a doutrina, em uníssono, assim o entende.

Por estar convicto de ser o mandado de segurança uma ação civil, uma causa com partes onde, com a sentença, haverá sempre vencido e vencedor, não tendo dúvida de se aplicar a ele a condenação em honorários advocatícios, mesmo porque, quando no artigo 20, § 4º, o legislador fala em condenação da Fazenda Pública em honorários de advogado, não faz qualquer ressalva e muito menos para a ação de mandado de segurança.

Tem razão Barbosa Moreira quando afirma que:

“Se esse processo especial se rege subsidiariamente pelas normas codificadas; se nele existe ação e, **a fortiori**, causa; se há partes e, por conseguinte, parte vencedora e parte vencida, ambas representadas por advogados — então é insustentável a proposição segundo a qual descabe, aí, a condenação em honorários. Ela parece refletir unicamente a subsistência mal disfarçada, e a esta altura incompreensível, de velhos preconceitos que se costumavam opor ao reconhecimento da cidadania processual do mandado de segurança” (págs. 58/59).

Nego provimento ao recurso.”

## VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: O meu voto é em consonância com a Súmula nº 512 do egrégio Supremo Tribunal Federal, cuja aplicação tem sido aprovada em oportunidades reiteradas, nesta egrégia Primeira Turma, na Primeira Seção e inclusive na Corte Especial.

Dou provimento ao recurso.

É como voto.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.860-0 — RS — (90.0013403-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Município de Porto Alegre. Advs.: Armando João Perin e outros. Recdos.: Associação das Empresas de Transportes de Passageiros de Porto Alegre e outros. Advs.: Hermann Homem de Carvalho Roenick e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Pereira, negou provimento ao recurso (em 26.08.92 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Pereira, Cesar Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



RECURSO ESPECIAL Nº 7.599 — SP

(Registro nº 9112262)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Deusdedite Ribeiro da Silva*

Recorrido: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Drs. Antônio Fernando Coelho de Mattos e outro, e Paulo Roberto Cacheira e outro*

**EMENTA: ACIDENTÁRIA. SEQÜELA INCAPACITANTE. INEXISTÊNCIA.**

**I — Inexistente dano estético ou seqüela incapacitante para a atividade laboral anteriormente exercida, tampouco o dispêndio de maior esforço, confirma-se a decisão recorrida.**

**II — Improvimento do recurso.**

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, negar provimento ao 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, 20 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Cuida-se de Recurso Especial interposto contra o v. acórdão de fl. 96, que assim pontificou:

“A conclusão da prova pericial afirmou majoritariamente a ausência de seqüela incapacitante, anotando o perito judicial, com a isenção que o caracteriza, apenas perda de partes moles da segunda falange do primeiro quirodáctilo da mão direita, ausência de sinal de Tinnell e inexistência de prejuízo funcional, preservadas a mobilidade, a oponência e a força (fls. 48/49).

Não está o autor incapacitado para o exercício de seu mister e dele não se exige o dispêndio de maior esforço para executá-lo. As fotos juntadas corroboram a conclusão pericial adotada (fls. 61/62). Não houve perda óssea e a simples perda anatômica nem sempre é, por si só, suficiente para justificar o perseguido amparo infortunistico, mormente incorrendo qualquer comprometimento da capacidade laborativa.”

O recorrente contrapõe tal argumentação, advogando que:

“Referido entendimento de que a perda de segmentos corporais não é incapacitante, embora respeitável, não se coaduna quer moral, quer filosoficamente, com a legislação acidentária visto que o corpo humano não possui órgãos, membros, funções ou partes inúteis, supérfluas ou até mesmo descartáveis” (fl. 99).

Os autos obtiveram vista da douta SGR, que se manifestou pelo improvimento do Recurso.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O douto parecer da Subprocuradoria-Geral da República assim assinalou a questão:

“Não há acidente do trabalho sem lesão corporal ou perturbação funcional que “cause a morte, ou perda, ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho” (art. 2º, Lei 6.367/76).

O próprio artigo 9º da Lei Acidentária, questionado no recurso, é expresso ao dispor que as perdas anatômicas resultantes do infortúnio só têm relevância para fins de percepção de auxílio pecuniário quando, “embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, **demandem, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho**”.

Ora, o acórdão combatido sublinhou o fato de que, no caso, não houve qualquer seqüela incapacitante; que ao recorrente não se exige qualquer maior esforço para realizar o seu trabalho; que incoorreu qualquer comprometimento da capacidade laborativa — assim dando rigoroso cumprimento ao preceito legal supostamente vulnerado.

Inadmissível, por outro lado, a pretensão de discutir, no plano dos fatos, a veracidade da premissa em que se fundamentou o *decisum* hostilizado — ou seja, a de que, na espécie, o acidente não acarretou qualquer comprometimento da capacidade laboral —, pois isso implicaria reexame de prova, incabível nos limites do recurso especial” (Súmula 279, STF).

Quanto ao dissídio jurisprudencial, não restou configurado: é que a tese jurídica esposada pelos paradigmas apresentados se ajusta, com exatidão, ao entendimento firmado pelo acórdão impugnado — sem redução da capacidade laborativa não há direito a indenização acidentária” (fl. 131).

De fato, apesar de o v. acórdão ter admitido a existência de dano observa-se ao longo dos autos que inexistente seqüela incapacitante para a atividade laboral exercida pelo recorrente.

Tampouco existiu o dano no que se possa enquadrar como dano estético. Inexistente o dispêndio de maior esforço, pelo acidentado, para o habitual exercício de sua atividade laboral.

De todo o exposto, confirmando a decisão recorrida, nego provimento ao recurso.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.599 — SP — (9112262) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Aciole. Recorrente: Deusdedite Ribeiro da Silva. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. Advogados: Drs. Antônio Fernando Coelho de Mattos e outro, e Paulo Roberto Cacheira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 20.05.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral e Garcia Vieira. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO ESPECIAL Nº 7.714 — RJ  
(Registro nº 91.0001368-4)

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

Recorrente: *Frima Wittlin*

Advogados: *Ubyratan Guimarães Cavalcanti e outro*

Recorridos: *Henrique Frydman e Eidel Wagman*

Advogados: *Remo Lainetti e outros*

Sust. oral: *Drs. Ubyratan Guimarães Cavalcanti (p/ recte.) e Rail-da Saraiva (p/ MPF)*

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. USO DE DOCUMENTO FALSO. RECURSO ESPECIAL. ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REEXAME DE PROVA E VALORAÇÃO DA PROVA.**

**Assistente do Ministério Público é parte legítima para interpor Recurso Especial, ainda que o Ministério Público, recuando na acusação, passe a atuar consoante a defesa.**

**O exame do fato, de modo a que se tenha noção exata sobre a alegação de aplicação incorreta do direito, não se confunde com reexame de prova, vedado pela Súmula nº 07/STJ. A incursão em torno da prova torna-se indispensável quando urge valorá-la em razão da questão jurídica e a decisão recorrida.**

**A prova documental constante dos autos e a materialidade dos delitos, confirmada pela autoria, tornam indubitosa a culpabilidade dos recorridos. O crime de falsidade ideológica não exige dano efetivo, bastando a potencialidade do fato danoso.**

**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, dar provimento ao recurso, para condenar os apelados à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e incontinenti declarar extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, 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 dezembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: A notícia da morte de Froim Wittlin, 89 (oitenta e nove) anos, polonês de nascimento, brasileiro naturalizado, antigo comerciante no Rio de Janeiro, Capital, onde possui imóveis e metade da maior loja de móveis do Estácio, foi levada por Henrique Fridman, 37 (trinta e sete) anos, engenheiro, ao Cartório da Rua Djalma Ulrich, 154, Copacabana. Ele disse ao Oficial do registro que Froim Wittlin, seu avô, era viúvo de Fraida Wittlin, sua avó.

Froim Wittlin, que tinha um carcinoma gástrico atestado pelo Dr. Isaac Faerchtein, morreu às 3 hs da tarde do dia 13 de janeiro de 1986, uma segunda-feira, sendo sepultado no Cemitério Israelita de Vila Rosália. Passado o período de “shiva”, que são os sete dias em que os membros da família, por mandamento religioso, devem permanecer de luto dentro de casa, Eidel Wagman, 63 (sessenta e três) anos, filha de Froim Wittlin e tia de Henrique Fridman, requereu, em 21 de janeiro seguinte, terça-feira, o arrolamento dos bens e sua nomeação para o cargo de inventariante.

Despachando nos autos, em 20 de junho de 1986, a Juíza da 2ª Vara de Órfãos e Sucessões, Dra. Cassia Medeiros, concluiu que o inventário foi processado irregularmente, verificando, ainda, que o inventariado era casado com Frima Wittlin em segundas núpcias, “fato este omitido na certidão de óbito de fls. 5 e nas manifestações de inventariante nos autos”.

Para Frima Wittlin ninguém, na família, poderia ignorar sua condição de casada com Froim Wittlin, com quem viveu por mais de 14 (quatorze) anos no mesmo apartamento da Rua Duvivier, nº 43, em Copacabana. Lembrou que uma das testemunhas do seu casamento — Josef Majewski morava no mesmo endereço da inventariante, Rua Toneleros, 134/304, e que o casal era freqüentemente visitado por todos, inclusive

por Henrique Fridman. Juntou Certidão do processo de habilitação do casamento, realizado perante o Juiz da 4ª Circunscrição, registrado no Cartório Oseas Martins.

Henrique Fridman pediu, em 25 de fevereiro de 1987, portanto mais de um ano depois, a retificação da anotação do óbito para que constasse que Froim Wittlin faleceu no estado de casado com Frima Wittlin e não como viúvo de Fraida Wittlin, que realmente o foi até casar-se com Frima, que também era viúva. Cópias de peças extraídas do Processo de Retificação (autos nº 60.107) foram encaminhadas pelo Juiz de Direito da 5ª Circunscrição do Registro Civil à Procuradoria-Geral da Justiça do Estado, que requisitou inquérito policial, em 24 de julho de 1987.

A denúncia oferecida em 09 de novembro de 1987 e recebida no dia seguinte, 10 de novembro, contra Henrique Fridman e Eidel Wagman, está assim:

“No dia 14 de janeiro de 1986, na sede da 5ª Circunscrição do Reg. Civil das Pessoas Naturais, sita à Rua Djalma Ulrich 154, esquina da Av. N. S. Copacabana, o 1º denunciado informou falsamente ao Oficial de Registro Civil que Froim Wittlin, falecido, era viúvo de Fraida Wittlin (fls. 7), quando o sabia casado, em segundas núpcias, com Frima Wittlin.

O objetivo colimado pelo 1º denunciado ao alterar propositadamente a verdade sobre fato juridicamente relevante — assentamento de registro civil — foi o de prejudicar direitos patrimoniais da viúva Frima Wittlin previstos no art. 1.611, § 1º, Cód. Civil.

A 2ª denunciada, visando a dar continuidade e efetivação ao plano arquitetado pelo 1º denunciado, fez uso judicial, aos 21 de janeiro de 1986, do documento ideologicamente falso, ciente dessa falsidade, requerendo abertura do inventário do obituado, seu pai, subtraindo, assim, à justiça, a verdade sobre a pessoa de Frima Wittlin para negar-lhe os direitos que possuía sobre os bens do finado (fls. 13).

O obituado era casado com Frima há 14 (quatorze) anos (fls. 30) e desse consórcio ambos os denunciados tinham pleno conhecimento, conf. fazem prova os docs. de fls. 10, 77 e 82, atos notariais do finado, esclarecendo-se, ainda, que este, ao lado da viúva Frima, durante o período de convivência conjugal, fora visitado de forma amiúde pelos denunciados que não ignoravam o sobrenome Wittlin da mulher do finado, circunstância indicativa do enlace civil.

Estando, assim, incurso nas penas dos arts. 299, parágrafo único, o 1º denunciado, e 304, a 2ª denunciada”.

A defesa de Henrique Fridman contestou:

“Procure-se na questionada conduta do defendendo o proveito ou ganho ou o lucro ou o interesse. Nada se encontrará. No que lhe serve a denunciada falsidade? Nada de nada. Então estar-se-ia diante de um delito praticado sem propósito. Henrique Fridman é pessoa de alvos antecedentes. Casado. Com filhos. De instrução superior. Economicamente bem. Financeiramente, idem. Por que haveria de informar falsamente? Por que havia de fazer que o termo de anotações públicas ficasse em contraste com a verdade? É preciso examinar a ocorrência com bom senso, com olhos de ver. Urge aprofundar a investigação, o que a Polícia não fez. Não basta ficar na exterioridade da ação. Cumpre esquadrihá-la. Veja, Henrique nem é herdeiro, nem legatário do *de cujos*. Analisa-se, sem maldade. Sem ódio, principalmente. Com serenidade. Com equidistância. Sem o des-serviço da parcialidade. De quebra, faça-se a indagação: qual era o patrimônio do morto? Os seus cabedais, quais eram?

“Ora, um dia a viúva haveria de ter a certidão de óbito nas mãos e, mais cedo ou mais tarde, depararia com o registro dito fraudulento. Bastaria ler. Então, procuraria seu filho, advogado ilustre, militante, tenaz, até muito conhecido dos réus. Este, prontamente, tomaria as providências cabíveis: porque filho, de seu interesse; porque advogado, de seu ofício. E a coisa rapidamente se deslindaria. Aliás, esse é mais um argumento a favor da boa-fé do alegante. Haveria ele se informar falsamente assim tão sem probabilidade de êxito?

“Urge examinar com olhos de ver.”

O mesmo patrono, agora em favor de Eidel Wagman:

“A acusada Eidel Wagman jamais agenciaria contra Frima. Ambas sempre se deram muito bem. Os ditos “direitos patrimoniais” não chegam a tanto que possibilitariam o estretecimento de ambas. Demais, a defendenda sabe de ciência própria que Frima tem um filho advogado, atuante, eficiente, tenacíssimo, sempre presente. Tão presente que nem se dispensou de lhe ouvir o interrogatório. E Eidel Wagman respeita esse filho advogado. Respeita e admira tanto que até se diria que nela vibra, secretamente, um certo temor reverencial. Ora, nessas circunstâncias psicológicas, a acusada jamais se aba-

lançaria a mover uma palha que pudesse prejudicar a madras-ta, visto que, vigilante, sempre haveria de estar o filho advogado.

“Por amor à clareza, fique dito desde logo: ninguém tentou tirar proveito material do engano de Henrique Fridman, nem tampouco do uso do documento pelo advogado. Nenhum proveito. Nem mesmo um milhão de cruzados. Houve equívoco, pessoas tomaram partido, apaixonaram-se. Só a paixão tira o homem do domínio de si mesmo e o arrasta longe dos ditames da razão.

“Quando o ilustrado Promotor usou da linguagem “plano arquitetado” o fez, seja permitido dizê-lo, em erro manifesto. Não se dirá tenha havido precipitação. Excesso de zelo funcional, talvez. Do mesmo modo, ao usar a oração “visando a dar continuidade e efetivação ao plano arquitetado”, S. Exa. procurou a descoberto estabelecer uma relação de causa e efeito entre as duas ocorrências, as quais, em verdade, são independentes. Não há nelas cogitação criminosa”.

Ao final, a sentença do Juiz Humberto Decnop Batista, datada de 31 de outubro de 1988, em que depois do “tudo visto e examinado”, destaca:

“Estão sobejamente demonstradas autoria e materialidade, as quais sequer foram postas em dúvida, mesmo pela defesa. De fato, a certidão de óbito diz que Henrique declarou ao Oficial de Registro Civil, que seu avô, Froim Wittlin, faleceu em estado de viuvez, deixando duas filhas maiores. Interrogado na DP e em Juízo admitiu que fez tal declaração, embora por mero equívoco. Por outro lado, a petição de abertura do inventário do falecido prova que Eidel usou a questionada Certidão de Óbito e declarou, por seu advogado, que seu pai, ao falecer, era viúvo. Ao ser interrogada, confessou esse fato em confissão qualificada” (fls. 221).

Às fls. 6 da sentença, após o “isto posto”, o magistrado julga “improcedente a acusação, para, de conformidade com o art. 386, VI, do CPP, ABSOLVER ambos os acusados da imputação que lhes faz”.

Entendendo que a sentença contrariou a prova dos autos, Frima Wittlin, na condição de Assistente do Ministério Público, apelou ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, lembrando que “em juízo, a prova documental confirmou a autoria e a materialidade dos crimes praticados pelos apelados, de tal sorte que se tornou até prescindível a testemunhal (fls. 236).

“Portanto — acentua no apelo — a bem fundamentada exordial foi confirmada, solidificada, no decorrer da instrução criminal, inexistindo nos autos, por mínimo que seja, qualquer vestígio de elementos que permitissem uma convicção diversa de um Juízo reprovador.

“Contudo, de forma inusitada, o mesmo signatário da peça vestibular, numa guinada de 360 graus, resolve opinar pela absolvição dos apelados.

“S. Exa. o eminente Magistrado de 1º Grau, Dr. Humberto Decnop Batista, que sempre mereceu a nossa maior admiração, mercê de seus reconhecidos e proclamados dotes de inegável saber jurídico e longa experiência no mister de julgar, incorporando ao seu *decisum* as alegações finais do MP, houve por bem decretar a absolvição, contrariando, frontalmente, a evidência da prova segura constante destes autos e que comprometem, irremediavelmente, os apelados.

“Eis que, em resumo, como num passo de mágica, prova-se a materialidade, a autoria, o dolo, para concluir-se pela absolvição dos culpados.” (...) (fls. 236/237).

E mais adiante:

“Evidente, portanto, que a decisão de 1º grau deve ser reformada. Há crime reconhecido pelo julgado em dentro dos autos, crime de ação pública, onde estão identificados os autores e a vítima, e tudo isto, evidentemente, praticado com o engodo, o ardil, com o artifício, enfim, mediante fraude e com obtenção de ilícita vantagem. Diz-se do crime, mas não se aplica a lei. (...)”

Lesada não é apenas a ora apelante. Avulta a gravidade da conduta delituosa dos apelados, quando se constata que o sujeito passivo da trama pelos mesmos urdida é também o Estado, posto que a declaração ideologicamente falsa e o uso do documento falso ocorreram em processo judicial, na 5ª Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais e no Juízo Orfanológico (2ª vara de Órfãos e Sucessões).

Ao contrário do que afirma o I. Dr. Promotor, em suas alegações finais de fls. 182/v. no sentido de que “segundo consta dos docs. de fls. 175 e segs. os únicos bens que, nos termos da lei, redundariam em benefício à viúva Frima Wittlin, referem-se a 2 (duas) contas de poupança com saldos irrisórios, no Banerj...”, na verdade, o prejuízo causado à apelante não é irrisó-

rio. Basta que se examine o cálculo elaborado pelo Sr. contador judicial, nos autos do inventário de Froim Wittlin. Dito cálculo comprova que os valores sacados, indevidamente, das Caderneas de Poupança do Bradesco e do Bamerindus (e não do Banerj) como referido pelo Dr. Promotor em suas alegações finais, por Eidel Wagman (segunda apelada), logo após o óbito de Froim, somariam valores superiores a 21 (vinte e um) milhões de cruzados, isto, ainda em outubro de 1988. Dito cálculo foi elaborado em 16.11.88, daí só ter sido possível a juntada com este apelo" (fls. 244).

Em contra-razões, Henrique Fridman e Eidel Wagman, por seu advogado, proclama "inesperado o recurso!" — "tão lógica a sentença apelada, tão objetiva e clara, tão analisadora, tão grandiosa em sua simplicidade, que o recurso sabe a despropósito".

E mais adiante:

"Sobre a produção documental de fls. 10/12, Henrique Fridman, no interrogatório, deu esclarecimentos circunstanciados, os quais a douta sentença acolheu como bons e bastantes. Entretanto, o Apelante afeta não ter lido o interrogatório do acusado. Ou se examina a prova produzida, por inteiro, e ter-se-á de chegar à inculpabilidade os réus, tal qual fizeram o ilustrado órgão do Ministério Público e o MM. Juiz, ou se examinada a prova produzida, por cacos, e claudicar-se-á a incríveis absurdidades. Sobre os documentos de fls. 77/78 e 82/84 já se falou e já se escreveu. Para o leigo, o termo "casado" não se informa, apenas, de substância jurídica, conforme ocorre com o jurisperito, vale dizer, matrimoniado, unido pelo casamento, segundo a legislação civil. Casados são todos aqueles que vivem vida de casados, sobretudo aqueles que se unem em face de religião. Por isso, a afirmação da existência de dolo deve ser precedida de cuidadosa pesquisa, de muita ponderação, razão pela qual a conclusão açocada ou convinhável tem de estiolar-se no campo fértil das leviandades passionais.

O apelante fala na denúncia, que averba "perfeita". Depois, atrela-se aos pareceres da e. Procuradoria-Geral da Justiça, os quais declara "doutos" e, assim por diante, nessa linguagem de mesuras e salamaleques de que se nutre a comunicação forense (fls. 236). Às súbitas, porém, "o mesmo signatário da peça vestibular, numa guinada de 360 graus, resolve opinar pela absolvição dos apelados" (fls. 237). Então, o ilustrado órgão da "perfeita" teria derivado... O eterno Machado escreveu (Brás

Cubas) “os ébrios guinam à direita e à esquerda”. No caso dos autos, o recorrente parece choramingar “guinada de 360 graus”, porém não devia, pois quem assim guina sai de um ponto e a ele retorna... Com 180 graus a coisa seria diferente... Em locução de marinhagem é bom ter um transferidor ao alcance dos olhos. Contudo, a tragédia estaria na insuportável liberdade de “opinar pela absolvição”. Veja-se como, muitas vezes, a profissão tem a inconstância das borboletas. Supreende-se o talentoso advogado a verberar o Promotor (de Justiça), que resolve opinar pela absolvição dos apelados. (...) O ilustrado Promotor de Justiça teria sofrido espécie de pane mental: “... num passe de mágica, prova-se a materialidade, a autoria, o dolo, para concluir-se pela absolvição dos culpados. Estarrecedor! ...” (fls. 237). É óbvio que a coisa não foi essa. Algo terá ficado sem a necessária prova bastante. O dolo ficou pendente de demonstração tranqüilizadora. Se a ilustrada parte Assistente, representada por causídico de talento, se debruçar sobre os autos com serenidade, com calma, perceberá que o elemento subjetivo não vai além da polêmica hipótese. Daí o excesso increpante na elocução susotranscrita” (fls. 298/299).

O Ministério Público estadual, nos autos da Apelação, pronunciou-se pelo provimento do recurso, assim:

“Comprovada a falsidade e o seu uso, impõe-se a condenação. (...) Induvidosos apresentam-se a autoria, a materialidade e o dolo na prática dos crimes descritos minuciosamente na denúncia.

O alegado desconhecimento do casamento civil, realizado há mais de quatorze anos, pelos denunciados e o advogado da família é uma explicação na falta de uma justificativa. Transações, com publicidades, assistidas pela viúva, ora recorrente, foram realizadas sob a orientação do advogado da família, o qual igualmente tratou da documentação do casamento, bem como, por último, na qualidade de mandatário, diligentemente promoveu o arrolamento e levantamento dos créditos do falecido, ao mesmo tempo em que procrastinava o andamento do procedimento de retificação do óbito” (fls. 309).

Na 5ª Câmara Criminal, o Juiz de Direito Substituto, Desembargador Bias Gonçalves, ementou assim:

“Falsidade ideológica e uso de documento falso. Ausência de prova cabal do elemento subjetivo do tipo — o especial fim de agir, exigido pela lei penal, e da conduta dolosa

dos réus, que alegam erro e boa-fé. Dúvida que conduz obrigatoriamente ao reconhecimento das imputações e à absolvição. Desprovimento do recurso da assistente da acusação” (fls. 320).

Depois da parte expositiva, apreciando o mérito, afirma o Relator:

“A prova carreada ao processo deixa certas tanto a autoria quanto a materialidade dos fatos narrados na denúncia. Todos que se manifestaram nestes autos não tiveram dúvidas no que concerne à veracidade das imputações feitas aos apelados: o primeiro — Henrique — efetivamente prestou declaração falsa perante o serventuário do Registro Civil, a segunda — Eidel — usou o documento em que constou a falsa declaração.

Divergem, entretanto, quanto ao elemento subjetivo dos crimes apontados na peça inaugural. Os apelados, o ilustre Dr. Promotor de Justiça, que modificou a posição assumida por ocasião do oferecimento da denúncia, e o proficiente Juiz de 1º grau entendem não estar comprovado o dolo na conduta dos recorridos, ao passo que a assistente de acusação e o douto Procurador de Justiça com assento junto a esta Câmara afirmam exatamente o contrário.

Porém, bem analisada a prova constante do processo, chega-se à mesma conclusão adotada pelo ilustre Juiz *a quo*, após percuente análise dos elementos do processo: não é possível afirmar-se com a necessária convicção, hajam os réus atuado dolosamente” (fls. 321/322).

Finaliza assim:

“Em tais condições, não comprovada de forma indubitosa a atuação dolosa dos apelados, a solução a dar-se à ação penal será, mesmo, a absolvição, *ex vi* da norma cogente do art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Com esses adminículos, mantém-se integralmente a bem lançada sentença recorrida, subscrita pelo proficiente e culto Juiz de Direito, Dr. Humberto Decnop Batista, que passa a integrar o presente Acórdão, adotados seus fundamentos como razões de decidir, nos termos do disposto no art. 93, § 4º, do Regimento Interno deste Tribunal” (fls. 323).

Daí o Recurso Especial ao argumento de negativa de vigência ao Código Penal, arts. 299 e 304, e dissídio jurisprudencial, tendo os absolvidos oferecido impugnação e o Ministério Público estadual opinado pela admissibilidade, entendendo que o Recurso visa à valorização da prova

e não o seu exame frente às declarações dos acusados (fls. 326/334; 336/341 e 343/344).

Recusado por despacho da 3ª Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargadora Maria Stella Rodrigues, que alegou pretensão a exame de prova e não demonstração do dissídio alegado, o Recurso chegou até aqui em razão de Agravo de Instrumento que provi mandando subir os autos para melhor exame.

O Ministério Público Federal, em Parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, opina pelo provimento do Recurso, anotando que “a materialidade e a autoria ficaram devidamente comprovadas na Instrução criminal”.

“Inobstante — prossegue — foram os recorridos absolvidos, entendendo o Colendo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que não houve prova indubitosa do comportamento doloso dos mesmos.

Parece-me que o dolo — acentua — está na representação do fato delituoso e na vontade de sua prática, sendo indissociável da pessoa dos recorridos, parentes próximos por afinidade da recorrente.

Assim, estando configuradas autoria e materialidade, e sendo inaceitável a alegação de falta de dolo, dada a proximidade do parentesco da recorrente e recorridos, opino pelo conhecimento e provimento do recurso, quanto à alínea *a*, condenando-se os recorridos no mínimo legal das sanções em que incursos, com *sursis*” (fls. 366/367).

Relatei.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, consoante o que determina o Código de Processo Penal, art. 268, pode o ofendido ou seu representante legal intervir em todos os momentos da ação pública, na condição de assistente do Ministério Público. As decisões recusando a participação do assistente do Ministério Público em matéria de recurso tem sido reiteradas em sede de *habeas corpus* e de mandados de segurança. Tenho para mim que é perfeitamente admissível a legitimidade do assistente do Ministério Público para interpor Recurso Especial contra Acórdão resultante de Apelação Criminal, como neste caso.

Conheço do Recurso pelos dois fundamentos da interposição — negativa de vigência do Código Penal, arts. 299 e 304, e ainda por dissídio jurisprudencial (CF, art. 105, I, *a* e *c*). Encaminho-me, contudo, para o exame de mérito apenas quanto ao primeiro fundamento, já que os paradigmas apresentados não se prestam objetivamente à pretensão que norteia o recorrente.

A controvérsia está em saber se há dolo ou não na conduta dos recorridos — elemento subjetivo para a configuração do delito.

Os invocados Acórdãos do Tribunal Federal de Recursos e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais consignam a inexigibilidade de se alcançar o resultado para a consumação do delito, *ex vi* das Ementas:

“O art. 304 é crime formal, que não exige resultado para a sua consumação”. (Acórdão TFR. Apelação nº 6.211, *in* DJU, pág. 13.659).

“Consuma-se com o primeiro ato de uso, independentemente de lograr proveito ou causar dano”. (Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação nº 12.625, Rev. dos Tribunais nº 538, pág. 415. Ambos Acórdãos transcritos na obra de Celso Delmanto, antes citada, pág. 513) — (fls. 333).

O Acórdão recorrido assinalou:

“... É certo que o valor do prejuízo a ser causado ao lesado não integra a figura típica de cada um dos crimes imputados aos recorridos” (...) — (fls. 323).

Quanto ao Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, lê-se na Ementa:

“Os indícios desde que veementes e convergentes, além de concatenados e não neutralizados por contra-indícios ou prova taxativa, autorizam a prolação de um decreto condenatório”. (Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Unânime. 2ª Câmara Criminal. Julgado em 15.03.88. Apelação nº 23.544. Relator, Desembargador Tycho Brahe. *In* Boletim Adcoas nº 22. 10.08.89. Pág. 347. Ac. 123.758) — (fls. 333).

Embora envolva tese próxima da que estamos examinando, não cuidou o recorrente do necessário confronto (RISTJ, art. 255 e parágrafos), além de não ser extraído de repositório oficial.

Quanto à vulneração do Código Penal, arts. 299 e 304, entendendo ser cabível a apreciação.

Nas "Observações sobre o recurso especial em matéria penal", que escreveu para a coletânea "Recursos no Superior Tribunal de Justiça", Saraiva, S. Paulo, 1991, págs. 125/133, o Professor Francisco de Assis Toledo, cuja companhia na condição de Ministro muito nos honra nesta Eg. 5ª Turma, comenta:

"18. É correto dizer-se que o recurso especial não devolve ao Supremo Tribunal de Justiça o exclusivo reexame da matéria de fato julgada provada, ou não provada, pelas instâncias ordinárias. Note-se, porém, que não foi sem razão o grifo (nosso) no vocábulo "exclusivo", já que acima do amor ao formalismo e aos adágios por ele construídos situa-se o supremo ideal de realização da Justiça. Não me parece exato dizer-se que algum juiz ou tribunal possa ser indiferente a esse ideal. De resto, a separação entre questão de fato e questão de direito tem sido tormentosa na Ciência do Direito.

Assim, por exemplo (para situar-se o tema na esfera penal), se o acusado foi condenado por julgar-se provada a sua autoria ou participação no fato-crime, não cabe recurso especial para obter-se o reconhecimento da procedência da alegação de negativa de autoria ou de participação. Essa não constitui evidentemente uma questão de direito que possa abrigar-se em qualquer das hipóteses do inc. III e alíneas do art. 105 da Constituição. Tal alegação deve ser remetida para exame na instância da revisão criminal.

Todavia, se esse mesmo acusado quer obter do Superior Tribunal a sua absolvição fundada na alegação de inimputabilidade e, para tanto, aponta a prova da menoridade, desconsiderada pelas instâncias ordinárias ou apresentada em documento público com a petição de recurso, não há como evitar-se a avaliação dessa prova, na via do recurso especial, para decidir-se a *questio iuris* da inimputabilidade, ou não, do recorrente. Do contrário, por amor ao formalismo, o Tribunal estaria contribuindo para negar vigência à norma expressa da lei federal sobre a inimputabilidade, cuja aplicação lhe cumpria fazer.

"19. Penso que assim deva ser, nessa e em outras hipóteses semelhantes, quando a questão de fato e a de direito estejam indissolvelmente interligadas, tornando impossível o deslinde da última sem uma avaliação da primeira. Aliás, não é outra a lição de Barbosa Moreira quando põe em destaque a dificuldade de se estabelecer, por vezes, a distinção entre questão de fato e questão de direito, devendo considerar-se, de acor-

do com alguns julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, de direito a questão relativa à qualificação jurídica do fato (Comentários, 1985, v. 5, pág. 592). Para tanto, é óbvio, o fato precisa ser examinado, a fim de que a Corte não mande, por exemplo, a julgamento pelo júri mera lesão corporal, não dê arras a um empréstimo em dinheiro, etc.

Acrescente-se a isso que, no recurso pelo dissídio jurisprudencial (letra c), reconhecida a divergência, passa o Tribunal ao julgamento da causa e não está obrigado a adotar qualquer dos acórdãos em confronto. Nessa hipótese, poderá ser conduzido, sem melhor opção, a empreender alguma incursão sobre a prova, indispensável à fundamentação da parte dispositiva de seu julgado.

20. Diga-se, por fim, que, embora não seja dado ao Superior Tribunal, no recurso especial, negar simplesmente a versão dos fatos proclamada pelo acórdão recorrido, permitido lhe será extrair dessa versão significado ou efeito jurídico diverso”.

Não se trata aqui, absolutamente, de se reexaminar prova mas de valorá-la adequadamente, consoante a lembrança do ilustre Ministro Barros Monteiro, citando o Professor Orlando Gomes:

“... para se verificar se uma decisão vulnerou direito expresso, cumpre decompô-la, a fim de observar se os fatos foram corretamente qualificados. Essa atividade, como é óbvio, não implica nova apreciação desses fatos, sendo apenas necessária para a investigação da questão jurídica e sua solução” (RTJ 52/223).

Assim, há que se incursionar em doutrina civilista que nos possibilite mensurar a potencialidade lesiva sofrida pela viúva, ora recorrente, de modo a alcançar-se o dolo na ação dos recorridos, bem como o erro na valoração dada ao acervo probatório dos autos.

Com vistas a amparar o cônjuge do falecido, quando o regime de bens não é o da comunhão (caso contrário com direito à meação, não necessitaria proteção especial), o Código Civil, art. 1.611, § 1º, concede àquele que sobrevive ao outro, o usufruto da quarta parte dos bens deixados. Por sua interpretação, o direito ao usufruto do cônjuge sobrevivente, enquanto durar a viuvez, não admite qualquer restrição.

A questão é a seguinte: de acordo com a prova dos autos, poder-se-ia concluir pela ausência de dolo na conduta dos réus? Negativo.

Porque depreende-se dos autos que:

Henrique Fridman assinou as alterações contratuais de fls. 160/162 e 163/166, nas quais seu avô, Froim Wittlin, ali constando como casado, na primeira, em 07.02.71, transferiu cotas da firma "F. Wittlin & L. Fridman" para Lybus Fridman (pai de Henrique) e, na segunda, em 10.12.73, transferiu para Blima (mãe de Henrique) o restante de suas cotas.

Sendo Henrique Fridman homem feito, 37 (trinta e sete) anos, engenheiro com especialização em processamento de dados, sabedor da responsabilidade contida nos contratos que assinou, não se entende razoável aferir que o fizesse sem conhecer seu inteiro teor, mormente existir a presunção de que aquele que subscreve um contrato conhece todo o seu conteúdo — presunção *juris tantum* — porque por ele se responsabiliza.

A isso se junta o fato de apenas em março de 1987 ter requerido a retificação do assento obituário (fls. 6 e 167, V), apesar da determinação do Juízo das Sucessões desde 23.07.86. (Fls. 167, V).

A simples alegação de que desconhecia o estado civil real de seu avô, contrariando a prova dos autos, não calha, o mesmo ocorrendo em relação a sua tia Eidel.

Josef Majewski, marido de Eidel, foi testemunha do casamento civil do sogro Froim Wittlin (fls. 30), em 17.11.71.

Eidel Wagman, junto com a irmã Blima, constituíram em usufruto os apartamentos nº 901 da Rua Toneleros, 134, e nº 702 da Rua Dois de Dezembro, 103, ambos no Rio de Janeiro, em favor do pai, Froim Wittlin, ali qualificado como casado em segundas núpcias (fls. 82/84).

Mais tarde, ao vender o apartamento da Rua Dois de Dezembro, em 1º.06.83, vê-se na Escritura de Compra e Venda que Frima assistira Froim no ato (fls. 77/78).

Eidel Wagman foi destituída do exercício da inventariança por decisão confirmada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (fls. 12/15 do Agravo) e até 13.05.88 não havia recolhido à disposição do Juízo da Segunda Vara de Órfãos e Sucessões os valores sacados das Cadernetas de Poupança inventariadas (fls. 170 e 275), deixando de cumprir decisão judicial nesse sentido.

Irrelevante, ainda, se pequeno ou vultoso o valor disponível nas contas das Cadernetas de Poupança, mas sim o fato de que 1/4 (um quarto) desse valor pertence à viúva ora recorrente, que atinge agora a avançada idade de 79 (setenta e nove) anos. (Ver fls. 262, valor das poupanças).

O Acórdão proferido na 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça (fls. 12/15 do Agravo) consigna que Eidel, ao prestar as primeiras declarações no inventário sabia que seu pai não falecera no estado de viúvo de sua mãe, mas casado com Frima, e o sabia pelo menos desde 1973, quando da constituição dos usufrutos referidos, (fls. 82/86), por ela assinada e cuja leitura fora ouvida na forma da lei civil.

Fez mais. Deu por encerrada a descrição dos bens sem incluir ou arrolar duas Cadernetas de Poupança (fls. 175). Vendeu logo após a morte de seu pai o imóvel da Rua Toneleros (fls. 271/272) sabendo-o gravado de usufruto.

Há que destacar ainda: o falecido quando ficou viúvo abriu mão de sua meação em favor das filhas, ficando apenas com parte do apartamento da Rua Dois de Dezembro, mais tarde cedido às filhas, e usufruto dos apartamentos, constituído quando já havia esposado Frima, além de uma sala posteriormente vendida ao pai de Henrique (fls. 78/80), ato no qual Frima esteve presente, e as cotas da empresa depois cedidas ao genro e à filha Blima (fls. 160/163).

A própria sentença recorrida informa às fls. 223 que Froim se beneficiava do aluguel do imóvel ao qual tinha usufruto. Usufruto esse que passaria à viúva, conforme exposto, na proporção da lei. Portanto, não procede falar-se que ele vivia da generosidade e da caridade de suas filhas.

A sentença de primeiro grau, mantida por seus próprios fundamentos, ponderou que

“Aparentemente, ou seja, a um primeiro exame, a prova compromete irremediavelmente a denunciada de Eidel, e os argumentos aduzidos pela Assistente parecem definitivos, irrespondíveis. Contudo, os fatos têm de ser examinados num contexto mais amplo, pois fogem às ocorrências comuns, porque envolvem judeus arraigados a sua religião, a seus costumes e tradições. Por isso, não pode ser olvidado o desmensurado valor que esse povo dá ao casamento religioso, a tal ponto que o civil chega a perder importância. Lembre-se que também os católicos fervorosos não admitem a existência de casamento sem a cerimônia religiosa” (fls. 223).

Se assim fosse, a família não daria o *de cujus* como viúvo, nenhuma importância emprestando ao fato de ter havido, incontestavelmente, o casamento religioso. Tanto Eidel não foi sensível a esse enlace que, provando o seu desrespeito, tentou a anulação do casamento do pai, através da declaratória incidental (fls. 18/24).

São dados suficientes para se concluir pela errônea qualificação das provas, robustas ao apontar o dolo na ação dos Réus, pelo que tenho como vulnerado o Código Penal — arts. 299 e 304.

Assim, acolhendo o parecer do Ministério Público, dou provimento ao recurso e, considerando os bons antecedentes e primariedade dos Réus, ter sido o fato delituoso isolado na vida dos mesmos, condeno Henrique Fridman a 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão — CP, art. 299, parágrafo único, e Eidel Wagman a 1 (um) ano de reclusão — CP, art. 304, com *sursis* por 2 (dois) anos nos termos do CP, arts. 77 e 78, mediante efetiva reparação dos prejuízos sofridos pela viúva Frima Wittlin e de não se ausentarem do Rio de Janeiro — comarca onde residem — nem do País, sem expressa autorização do Juízo das Execuções.

Atento à situação financeira dos Réus retratada nos autos, que permite a certeza da possibilidade econômica dos mesmos, condeno-os, também, nos termos do CP, arts. 299, 49 e 60, a 100 (cem) dias-multa no valor de 5 (cinco) salários mínimos vigentes à data do fato.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.714 — RJ — (910001368-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recte.: Frima Wittlin. Recdos.: Henrique Frydman e Eidel Wagman. Advs.: Drs. Ubyratan Guimarães Cavalcanti e outro, e Remo Lainetti e outros. Sustentaram oralmente os Drs. Ubyratan Guimarães Cavalcanti (p/recte.) e Railda Saraiva (p/MPF).

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo e provendo o recurso, impondo aos réus a pena mínima de um ano e dois meses de reclusão, pediu vista o Sr. Ministro Flaquer Scartezzini (em 13.11.91 — 5ª Turma).

Aguardam os Srs. Ministros José Dantas, Costa Lima e Assis Toledo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

#### VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhores Ministros, pedi vistas dos autos porque entendi que Eidel Wagman, filha do finado Froim Wittlin, e quem requerera o arrolamento dos bens de *de cujus*, havia, no decorrer do inventário, retificado de *motu proprio*

a declaração de herdeiros e incluído o nome de Frima Wittlin, como viúva do falecido.

No entanto, compulsando os mesmos, verifico que foi a própria Frima Wittlin quem, por investigação própria, veio a saber da existência do feito, quando este já se encontrava em fase de declarações finais, e ingressou nos autos em 16.05.86 (Certidão de fls. 170), e tal afirmação consta de outra certidão, vinda aos autos por petição do patrono da recorrente (fls. 372), dando conta de que a Dra. Juíza da 2ª Vara de Órfãos e Sucessões/RJ, ao notar a fraude cometida pela enteada de Frima (Eidel) chamou o feito à ordem e determinou que a mesma retificasse a declaração de herdeiros com rigorosa observância do art. 993 do Código de Processo Civil.

Assim, entendo que os apelados, com a falsa declaração ao Cartório do Registro Civil e o uso do documento ideologicamente falso, estariam se beneficiando, com lucupletação ilícita, de um inventário em que não figuraria outra herdeira necessária.

A denúncia, portanto, tipificou corretamente os crimes inculcando aos apelados os crimes dos arts. 299 e 304 do CP, respectivamente a Henrique Fridman e Eidel Wagman.

A prova documental acostada aos autos e a materialidade dos delitos, confirmada pela autoria, não deixam dúvidas quanto à culpabilidade de ambos, mesmo porque, irrelevante, como procura dar a entender a defesa dos apelados, de que de tais atos não proviesse qualquer proveito material.

A falsidade ideológica não exige dano efetivo, bastando a potencialidade de evento danoso (STF, RE 93.292, RTJ 101/315, *in Celso Delmanto*, CP Comentado).

Com estas considerações, acompanho *in totum* o eminente Relator, para dar provimento ao recurso e condenar os apelados na forma como descrito no voto de Sua Excelência.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.714 — RJ — (91.0001368-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recte.: Frima Wittlin. Advs.: Ubyratan Guimarães Cavalcanti e outro. Recdos.: Henrique Frydman e Eidel Wagman. Advs.: Remo Lainetti e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para condenar os apelados à pena de 01 (um)

ano e 02 (dois) meses de reclusão e incontinenti declarar extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (em 02.12.92 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Flaquer Scartezzini, José Dantas, Costa Lima e Assis Toledo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.



RECURSO ESPECIAL Nº 9.084 — SP  
(Registro nº 91.0004629-9)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de São Paulo*

Paciente: *Paulo Cezar Vilches de Almeida*

Advogado: *Dr. Alberto Zacharias Toron*

**EMENTA: RESP — PENAL — FALSO TESTEMUNHO — TESTEMUNHA — INFLUÊNCIA DE ADVOGADO — MERA ORIENTAÇÃO DO TESTEMUNHO — INEXISTÊNCIA DE OFERTA DE DINHEIRO OU OUTRA VANTAGEM — “Participante” é qualquer pessoa que atua no *iter criminis*. “Autor”, quem realiza o ato de execução. O “co-autor” co-participa da execução ou concorre para que o autor o faça. O falso testemunho é crime de mão própria. Só o agente indicado no tipo pode ser “autor”. Tal delito não se confunde com o crime próprio. Em tese, porém, é admissível a participação, de que é exemplo orientar testemunha para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade. O Código Penal do Brasil, em alguns casos, seccionou a unidade jurídica, resultante do concurso de pessoas (CP, art. 29). Exemplos: o aborto consentido (art. 124) e o aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante (CP, art. 126), a facilitação de contrabando ou descaminho (CP, art. 318) e o contrabando ou descaminho (CP, art. 334), a**

corrupção passiva (CP, art. 317) e corrupção ativa (CP, art. 333).

O mesmo ocorreu com o falso testemunho (CP, art. 342), e o art. 343 (sem *nomen iuris*). Há um crime para cada agente. O delito do partícipe é dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer vantagem à testemunha para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade. A pena cominada, de outro lado, é a mesma para ambas as infrações. Logicamente, estabeleceu distinção entre a conduta de quem influencia oferecendo, ou não, dinheiro ou outra recompensa. Vale dizer, só incriminou o comportamento de terceiro que oferece a contraprestação. Resta, por isso, atípica, a conduta, sem dúvida, imoral, contrária à ética do advogado que se restringe a solicitar que o depoimento se oriente no sentido favorável ao réu.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso pela letra *c* do permissivo constitucional, mas em lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros José Cândido, Pedro Acioli, Carlos Thibau e Costa Leite.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de março de 1992 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, nos autos do *Habeas Corpus* impetrado em favor de Paulo Cezar Vilches de Almeida, visando ao trancamento da ação penal instaurada contra o Paciente como incurso no art. 342, § 1º, *c/c* o art. 29 do Código Penal, alegando falta de justa causa, cuja ordem foi concedida pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O Recorrente, com base no disposto no art. 105, III, da Constituição Federal, argúi negativa de vigência de lei federal e divergência jurisprudencial (fls. 85/94).

O Recorrente pretende seja cassada a decisão recorrida, determinando-se o seguimento da ação penal contra Paulo Cezar Vilches de Almeida.

O v. acórdão decidiu:

“E a maioria da turma julgadora, em que pese a orientação dominante na jurisprudência pátria, inclusive no Colendo Supremo Tribunal, concede a ordem para trancar a *persecutio criminis* em relação ao Paciente, adotando a tese da impossibilidade de participação, a qualquer título, instigação inclusive, no crime de falso testemunho, dado o caráter personalíssimo dessa infração” (fls. 78/79).

O Recorrente, quanto à alínea *a*, sustenta:

“No acórdão guerreado, inocultavelmente, a C. Terceira Câmara Criminal deste Pretório recusou aplicação aos arts. 29 e seus parágrafos, e 342 do Código Penal” (fls. 86).

Relativamente à alínea *c*, sustenta:

“O acórdão recorrido, além de apartar-se da lição dos melhores penalistas, negando vigência aos precitados dispositivos do Código Penal, estabelece conflito com inúmeras decisões do C. Supremo Tribunal Federal, ao afirmar a viável convivência entre o delito de falso testemunho e co-autoria, na forma de participação” (fls. 91).

O r. despacho do ilustre 2º Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* (fls. 113/115).

Parecer do Ministério Público Federal, subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 119/120).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator):

1 — JUÍZO DE TEMPESTIVIDADE

O Ministério Público tem direito à intimação pessoal. Entenda-se, abertura de vista ao órgão que atua ou deva atuar no processo. O por-

menor, muitas vezes, é de difícil constatação. A simples entrega dos autos na Procuradoria não é bastante. Além de difícil verificação, pode acarretar real ultrapassagem do prazo, embora, formalmente, não se evidencie. Urge coibir que tal aconteça.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, há alguns anos, enfrentou a matéria. Deliberou que o Procurador-Geral designasse órgão específico para receber a intimação, fazendo-o em nome do Ministério Público. Com isso, o termo *a quo* era solenemente fixado.

No caso dos autos, há carimbo de remessa, datado de 7 de janeiro de 1991 (fls. 84). Outro, certifica que os autos foram entregues aos 15 de janeiro do mesmo ano (fls. 84).

Inexiste notícia, ou mesmo indício de o segundo dado ser fictício. Impõe-se aceitá-lo como bom e o início da fluência do prazo recursal.

Concitaria, *data venia*, o Ministério Público, que sempre desempenhou, com galhardia e eficiência, as atribuições da instituição, a elaborar norma de vinculação interna. Será, sem dúvida, mais uma atitude de aplauso e justiça. A transparência, vocábulo em voga, deve reger todos os atos da Administração Pública.

O recurso foi protocolizado no dia 24 de janeiro de 1991 (fls. 85).

Conheço do recurso.

## 2 — JUÍZO DE MÉRITO

O debate restringe-se à indagação se o crime definido no art. 342 do Código Penal se concilia com o disposto no art. 29 do mesmo texto unitário.

Assim dispõem:

“Art. 342 — Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

“Art. 29 — Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

As doutes razões do Recorrente indicam doutrina e jurisprudência abonando a tese defendida. O Recorrido, por seu turno, também com eruditas considerações, exhibe literatura e acórdãos que sustentariam a impugnação.

*Data venia*, a divergência resulta de equívoco doutrinário. Especificamente, identificando conceitos diversos. Colocados os institutos nos seus devidos termos, tudo se simplifica.

Urge conceituar (logicamente, distinguir) **participante** e **co-autor**.

Participante (também chamado concorrente) é qualquer pessoa que, de algum modo, participa do *iter criminis*. Atua, pois, indiferentemente, na cogitação, preparação ou execução.

Autor é o participante que executa, realiza, na experiência, o verbo reitor do tipo. É o executor.

O idealizador do crime é participante. A conduta, todavia, se restringe à cogitação. Não é autor. Não executa a conduta típica.

O co-autor, por sua vez, também é participante. E o que o caracteriza, especializando seu comportamento, é agir, no momento da execução, com o autor. Daí, co-autor. A doutrina distingue algumas situações, sem afetar, ao contrário, confirma tal asserção.

Em escrito anterior, “Código Penal — Parte Geral”, São Paulo, IOB, 1985, MOD. 2, págs. 23/24, expus:

“a) o “autor” pratica o ato de execução (típico);

b) o “co-autor” pratica o ato de execução (típico) ou concorre para alguém praticá-lo;

c) o “partícipe” não pratica o ato de execução (típico), nem concorre para alguém praticá-lo (ato de execução).

“Ato de execução”, na espécie, é a prática da conduta descrita no tipo (não compreende, pensando-se no *iter criminis*, nem a cogitação, nem a preparação).

A diferença entre o “co-autor” e o “partícipe” reside na forma de concorrer para o crime”.

Se alguém sugerir a outrem a prática do delito e somente o segundo promover a execução, o primeiro será partícipe, mas não atuará como co-autor. Para que isso acontecesse, necessário seria realizar também ato executório. No furto, por exemplo, auxiliar a retirada da coisa subtraída, ou, e a ilustração é repetida, ficar vigilante, para qualquer aviso, enquanto o comparsa tira o objeto alheio.

O falso testemunho ou falsa perícia (CP, art. 342) é crime de mão própria, ou seja, o ato executório só pode ser realizado pelo agente mencionado no tipo. Distingue-se do crime próprio. Neste, embora a descrição legal exija também qualificação jurídica do autor, a execução pode ser concretizada por terceiro. Tal ocorre no crime de peculato. O estranho ao serviço público pode comparecer como co-partícipe por força do disposto no art. 30 do Código Penal, ou seja, comunicação das condições pessoais quando elementares do delito.

**BINDING**, referindo-se ao crime de deserção empregou a seguinte imagem: o desertor há de fugir com as próprias pernas. Em se fazendo paródia, dir-se-á, a testemunha calará ou dirá a mentira com a própria boca!

Nessa linha de raciocínio, o crime narrado no art. 342 do Código Penal não admite co-autoria. A execução é ato personalíssimo.

Não se extrai, porém, a conclusão da inadmissibilidade no crime de mão própria, da participação, ou seja concorrência na cogitação e na preparação.

Ninguém substituirá a testemunha, no depoimento. Todavia, poderá orientá-la para fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade.

Dessa forma, admissível alguém, inclusive advogado, influenciar a testemunha, de modo a que ela realize a conduta descrita no tipo.

A interpretação literal é sempre incompleta, insatisfatória. Daí a necessidade da análise lógica, sem prescindir do sistema.

A pluralidade subjetiva quanto ao *iter criminis* enseja duas categorias: a) concurso necessário; b) concurso eventual.

Há o concurso necessário quando a descrição típica reclamar a presença de mais de uma pessoa na conduta delituosa. Exemplificativamente, adultério (art. 240); rixa (art. 137); quadrilha ou bando (art. 288) e esbulho possessório (art. 161, § 1º, II).

Algumas vezes, apesar da participação plural, a lei indica apenas uma pessoa como sujeito ativo. Por ilustração, mencionem-se o delito de sedução (art. 217) e o crime de usura (Lei nº 1.521/51, art. 4º). Não haverá sedução, se a jovem não anuir na conjunção carnal. Inexistirá cobrança ilegal de juros, não havendo a celebração do contrato de empréstimo. A lei, no entanto, por razões de Política Criminal, protege a vítima, excluindo-a da censura penal.

Numa terceira situação, a lei cinde a unidade jurídica resultante própria do concurso de pessoas e cria pluralidade de tipos. Ocorre nas hipóteses de aborto contempladas nos arts. 124 e 126 do Código Penal.

Se alguém provoca o aborto, com o consentimento da gestante, é curial, há harmonia de vontades. Ambos concorrem para o mesmo fato.

A unidade, contudo, é afetada. Ainda por razões de Política Criminal, a fim de tratar diferentemente os agentes, levando em conta tipos de culpabilidade diversos, o Código Penal secciona a unidade e gera dois tipos. Um para a gestante (art. 124). Outro para o terceiro (art. 126).

Essa orientação se repete com o crime de contrabando e descaminho (art. 334) e o de facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318).

O funcionário público que facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho, não responde como partícipe da infração descrita no art. 334, mas como agente do delito mencionado no art. 318.

O Código Penal, relativamente à infração penal narrada na denúncia, dedica dois artigos.

Ei-los:

“Art. 342: Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

§ 1º Se o crime é cometido com o fim de obter prova, destinada a produzir efeito em processo penal:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º As penas aumentam-se de um terço, se o crime é praticado mediante suborno.

§ 3º O fato deixa de ser punível, se, antes da sentença, o agente se retrata ou declara a verdade”.

Art. 343: Dar, oferecer, ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem à testemunha, perito, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, tradução ou interpretação, ainda que a oferta ou promessa não seja aceita:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, aplica-se pena em dobro”.

Se alguém influencia a testemunha para ela fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade, evidentemente participa do fato praticado pela testemunha.

A lei, entretanto, seccionou a unidade fática. Tal como fez quanto ao aborto consentido e a facilitação de contrabando e descaminho, contemplou tipos distintos para, diga-se, ao autor intelectual e o autor material com mais precisão técnica, o partícipe e o autor. Cada qual comete um crime. Rompe-se a regra unitária do art. 29, CP. Registra-se pluralidade de crimes.

O delito da testemunha é fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade (art. 342).

O delito do partícipe é dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer vantagem à testemunha para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade (art. 343).

Logicamente, pelos princípios que regem a tipicidade, há de concluir-se que o vulgarmente chamado “suborno de testemunha” só adquire relevância típica, havendo vantagem ofertada, oferecida ou prometida à testemunha. Resta atípico, embora imoral, acerbamente censurável, uma pessoa, particularmente o advogado, influenciar a testemunha para desvirtuar a verdade, afetando a exata investigação judiciária.

O Direito Penal, porém, como afirmou o saudoso JIMENEZ DE ASUA, é um arquipélago na extensão da ilicitude.

Se a lei regressiva só contempla a influência compensatória, impõe-se a conclusão de a mera solicitação, a súplica desacompanhada de “dinheiro ou qualquer outra vantagem”, ser conduta atípica.

Não se descure outro dado relevante para o raciocínio.

As penas cominadas aos crimes definidos no art. 342 e art. 343 se identificam — reclusão, de um a três anos, e multa. Caso os crimes sejam cometidos para o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, as sanções sofrem a mesma majoração.

O dado é relevante. Afasta categoricamente o raciocínio de possibilidade de participação no delito do art. 342, quando a influência não estiver relacionada com oferta ou promessa de dinheiro ou qualquer outra vantagem.

Não faria sentido, contrastante com as regras da lógica, contemplar um tipo especial para determinado agente, que cometeria, por sua vez, outro crime, caso a conduta não fosse acompanhada da particularidade. Repita-se o princípio — *lex specialis derogat generali*.

Útil se faz transcrever ensinamento do ilustre penalista DAMÁSIO DE JESUS, “Direito Penal — Parte Especial”, São Paulo, Saraiva, 1988, 4º vol., pags. 243/245:

“Em face do CP brasileiro, o falso testemunho não admite participação. Assim, embora pareça estranho e injusto, não há crime no fato de alguém induzir ou instigar testemunha a cometer o falso. Só a testemunha responde pelo delito do art. 342 do CP; o terceiro fica impune.

Ocorre que o legislador, no tema do falso testemunho, criou uma exceção pluralística ao princípio unitário do concurso de agentes. Quando se trata de “suborno de testemunha”, esta responde pelo crime do art. 342; aquele que dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer outra vantagem à testemunha, a fim

de que ela cometa o falso, sofre as penas do crime do art. 343. Como ensina Nilo Batista, “o art. 343 prevê e pune, autonomamente, indisfarçáveis formas de participação (instigação) no falso testemunho, rompendo a disciplina geral do art. 29” (Falso testemunho. Pedido de advogado à testemunha. Co-autoria. RDPen, Rio de Janeiro, 21/22:107-8). As penas das duas disposições são as mesmas para os tipos simples, elevada a da testemunha de um terço quando cometido o delito mediante suborno (art. 342, § 2º).

Se os dois dispositivos cominassem penas diferentes, sancionando mais severamente o subornador da testemunha, a solução, aplicável a regra do art. 29 do CP, seria a seguinte: a testemunha sofreria a pena agravada no art. 342; o subornador responderia pelo delito do art. 343, com pena maior; por fim, o terceiro, na condição de partícipe, adequaria sua conduta à figura simples ou qualificada do art. 342. Acontece, entretanto, que no CP vigente a pena do subornador é igual à do falso testemunho simples e muito inferior à do falso qualificado pelo suborno.

Se o legislador apanhou certas formas de participação do art. 342 e as transformou em núcleos típicos de figura penal autônoma (art. 343) e, não obstante sua maior gravidade objetiva pela presença do suborno, lhes cominou as mesmas penas da testemunha faltosa, de entender-se que considerou impuníveis os outros tipos mais brandos de participação (induzimento e instigação, sem suborno).

Soler defrontou-se com a mesma situação no CP argentino, que prevê o *testimonio falso* no art. 275 e o *suborno de testigo* no art. 276, cominando para ambos os delitos a mesma pena, desde que consumado o falso testemunho. Ressalvando que em outros Códigos, que não mantenham o mesmo sistema legislativo, é possível sustentar a aplicação dos princípios gerais sobre participação no falso testemunho, observava: “Um preceito como o que estamos examinando importa, sem obstáculo, sancionar uma exceção tácita aos princípios comuns da participação, pois resulta submeter à regra geral punitiva da instigação somente uma classe de fatos instigantes: os que consistem em suborno. Ao não criar um regime especial mais severo para estes fatos, exclui as demais formas de instigação e, *a fortiori*, as de participação secundária”. E concluía: “pode-se dizer que em matéria de falso testemunho não é possível nenhuma forma de par-

ticipação, a não ser a de suborno” (Derecho Penal Argentino, cit., 1970, v. 5, pp. 239-40).

.....  
Não seria por outro motivo que Néelson Hungria, ao abordar o delito de “corrupção ativa de testemunha” (art. 343), em comparação com o delito de falso testemunho, dizia não constituir “crime o emprego de simples súplicas ou suasões” (Comentários, cit., 1958, v. 9, p. 487, nº 186)”.

A denúncia imputa o seguinte fato ao Paciente:

“Consta do incluso inquérito policial que no dia 15 de agosto de 1989, por volta de 15:30 h, na sala de audiências do edifício do Fórum da Comarca de Palmeira D’Oeste, PAULO CESAR CAETANO, qual. fls. 23, e o Dr. PAULO CEZAR VILCHES DE ALMEIDA, qual. fls. 37, agindo em co-autoria, fizeram afirmação falsa nos autos da ação penal que a Justiça Pública move contra Jair da Costa Lima, em curso perante o juízo de Palmeira D’Oeste (Proc. nº 298/88), vez que, contrariando o que já dissera como testemunha na fase policial, PAULO CESAR CAETANO asseverou em juízo não ser verdade que tenha visto o acusado Jair da Costa Lima tirar o pênis para fora da calça e urinar dentro de uma garrafa que pegara sobre o balcão do bar da piscina do Clube de Campo das Palmeiras, atendendo, para tanto, a orientação do Dr. PAULO CESAR VILCHES DE ALMEIDA, advogado de defesa daquele réu, que chamando-o de lado antes do início da audiência, pediu-lhe que mentisse para inocentar Jair, acusado de prática de ato obsceno (art. 233 do CP), delito pelo qual acabou sendo condenado em 1ª instância (cf. docs. 20/21 v.).

Assim sendo, denuncio a V. Exa. PAULO CESAR CAETANO e Dr. PAULO CEZAR VILCHES DE ALMEIDA como incurso nas sanções previstas no art. 342, § 1º, c/c art. 29, do Cód. Penal, requerendo sejam os mesmos citados dos termos da presente denúncia, acompanhando a ação ora proposta, até final condenação, observado o disposto nos arts. 394 e 498 do CPP, inquirindo-se, oportunamente, as testemunhas abaixo arroladas” (fls. 26).

Nota-se, a acusação não menciona os elementos essenciais do art. 343, Código Penal.

Vale dizer, descreve fato atípico.

Em sendo assim, configura-se uma das hipóteses de falta de justa causa para o processo penal.

A esta conclusão chega-se, independentemente de qualquer investigação probatória.

O Recorrente apóia-se, de outro lado, no art. 105, III, c, da Constituição da República.

Quanto à admissibilidade do Recurso Especial, por esse item, sempre adotei posição de extrema liberalidade. É certo, sem prescindir do confronto analítico dos julgados. Aceito a mera transcrição da ementa (embora não integre o acórdão) desde que bastante para apreender o fato debatido.

O Recorrente exhibe alguns acórdãos.

O primeiro mencionado, de que foi Relator o ilustre Ministro Francisco Rezek, é impróprio. Na parte descrita restringe-se a considerações a respeito da teoria geral do concurso de agentes.

Outros, sempre a simples ementa, consentem, para admissibilidade, acolher-se a pretensão.

Leio, para perfeito conhecimento da Egrégia Turma, essa parte do recurso: (lê).

Apesar disso, no mérito, continuo convencido da impossibilidade da participação reclamada. Ademais, repito não se trata de consultar provas. O exame se restringe à narração da denúncia a fim de concluir se o fato narrado é típico. Nada mais.

Conheço, assim, do Recurso Especial, relativamente à divergência de julgados, contudo, para negar-lhe provimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.084 — SP — (91.0004629-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recda.: Ordem dos Advogados do Brasil — Secção de São Paulo. Adv.: Alberto Zacharias Toron. Pacte.: Paulo Cezar Vilches de Almeida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pela letra c do permissivo constitucional, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 17.03.92 — 6ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros José Cândido, Pedro Acioli, Carlos Thibau e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 10.193-0 — BA

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha*

Recorrente: *Estado da Bahia*

Recorridos: *Antônio Regis Muricy e outros*

Advogados: *Drs. Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros, e  
Pythagoras Lopes da Cunha*

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECLASSIFICAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS DO ESTADO DA BAHIA. FUNDO DE DIREITO. DECRETO Nº 20.910/32. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.**

**I — Impossível, em sede de recurso especial, reexaminar matéria fática bem como exercitar interpretação de lei local.**

**II — Não se conhece de recurso especial no ponto que omitiu dispositivo de lei que teria sido violado.**

**III — Somente a partir do momento em que o titular tem ciência da violação do seu direito, é que se inicia a contagem do prazo para a prescrição.**

**IV — Prescrição não caracterizada.**

**V — Recurso conhecido e improvido.**

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de outubro de 1992 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro CESAR ROCHA, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Cuidam os autos de ação ordinária ajuizada em 07.03.88 por funcionários públicos do Estado da Bahia objetivando, com base na Lei Estadual nº 3.640/78, regulamentada pelo Decreto-lei nº 26.088/78, a reclassificação de seus cargos para o de Fiscal de Renda Adjunto.

Em contestação, o Es'ado promovido agitou duas preliminares: (a) a constatação da decadência, visto que os promoventes não requereram a reclassificação no prazo de 60 (sessenta) dias que fora designado pela legislação invocada; e, (b) a ocorrência da prescrição do que se conveniou chamar "fundo de direito".

A r. sentença, confirmada pela Egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, afastou ambas as preliminares, afirmando falta de amparo legal e invocando a jurisprudência dos Tribunais. Do v. acórdão recorrido, extraio os seguintes trechos:

*"a) No que diz respeito à alegada decadência, continuamos a entender que, se não bastasse o fato de ter sido comprovada a efetivação pela própria administração de reclassificação em nível administrativo, após o prazo estipulado no art. 6º do Decreto nº 26.088, haveria de se levar em linha de conta que a disposição restritiva do referido decreto não pode prevalecer diante do que estabelece a Lei nº 3.640/78.*

*b) Quanto à prescrição, é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que "na relação jurídica de função pública, a prescrição quinquenal não atinge o fundo de direito fruto da relação jurídica, mas, apenas, as prestações periódicas posteriores ao quinquênio precedente à propositura da ação."*

Dessa decisão o Estado da Bahia interpôs tempestivo recurso especial fundado nas alíneas a e c do permissivo contido na Lei Maior. Sustentou, em preliminar, o reconhecimento da ocorrência da decadência e da prescrição do fundo de direito dos autores, também enfrentando o mérito do aresto recorrido, para tanto invocando divergência jurisprudencial com acórdãos do Colendo Supremo Tribunal Federal e afronta ao artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.

Inadmitido na origem, subiram os autos por força de provimento de agravo, em decisão da lavra do eminente Ministro Pedro Acioli, a quem tive a honra de suceder nesta Conspícua Primeira Turma.

Com vista dos autos, o douto Ministério Público Federal emitiu parecer pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): A análise da questão da decadência levar-me-ia, necessariamente, a reexaminar matéria fática (se a Administração efetivamente reclassificou em nível administrativo outros servidores, após o prazo estipulado pelo art. 6º do Decreto nº 26.088/78), bem como a apreciar direito local (se o Decreto nº 26.088/78 trouxe norma restritiva não contida na Lei nº 3.640/78). Não posso, como é de fácil saber, nem apreciar prova (Súmula nº 07/STJ), nem deter-me na interpretação referente à legislação estadual, insuscetível de análise em recurso especial.

Ademais, ao agitar a questão referente à decadência, o recorrente não indicou, como exigido, qual dispositivo de lei que teria sido violado, nem cuidou de trazer à colação nenhum aresto que pudesse servir de paradigma.

Assim, não conheço do recurso para o fim de apreciar a questão da decadência.

Igualmente não pode ser atendida a pretensão do recorrente de que seja conhecido, pelo fundamento da alínea *c* do permissivo constitucional, no que pertine à prescrição.

É que o recorrente não procedeu à demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, impossibilitando a evidência da moldura fática norteadora das decisões que afirmou discrepantes.

É imprescindível, para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses.

Todavia, aprecio a questão da prescrição pela alínea *a* do dispositivo constitucional invocado, pois bem lançada a possível ofensa à legislação federal indicada.

O eminente Ministro RODRIGUES ALCKMIN, ao julgar o RE 80.913, trouxe, com a sua costumeira maestria, os seguintes ensinamentos que, por se ajustarem, com acurada harmonia, ao caso de que se cuida, são bastantes elucidativos para o deslinde da controvérsia:

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

*Mas se a lei concede reestruturação, ou reenquadramento e a Administração não dá nova situação funcional ao servidor (situação cujos ganhos seriam melhores), a pretensão a ser deduzida é a de obter esse reenquadramento.*

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

Na hipótese, não caberia à Administração agir de ofício para processar o reenquadramento dos recorridos, nem teria sido a ela consignado prazo para efetuar tal reenquadramento.

Ademais, a legislação invocada não trazia ínsita em si o reenquadramento dos servidores, só o podendo fazê-lo por provocação destes.

Os recorridos é que teriam de pleitear junto à Administração o reenquadramento pretendido na presente lide, e o fizeram, sem, contudo, dela obter nenhuma resposta.

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

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

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

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

O outro elemento indispensável — a violação ao direito — só teria fluência a partir do momento em que a Administração se recusasse a fazer o reenquadramento, o que não foi evidenciado no recurso.

Nesse passo, observo que saber se a Lei estadual trouxe ínsita em si dispositivo que importe no reenquadramento automático dos recorri-

dos, que lhe teria sido negado; como também se a Administração deveria ter praticado, de ofício, ato de reenquadramento, e não o fez; seria interpretar lei local, que refoge aos limites técnicos do recurso especial.

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

*“Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual e municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.”*

Entendo, por todas as razões expostas, que o *decisum* atacado não afrontou o contido na disposição retro aludida, pois que a prescrição quinquenal só teria início, no caso, a partir do dia em que a Administração explicitamente tivesse recusado pleito de reenquadramento feito pelos recorridos, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Assim, e por isso mesmo, nego provimento ao recurso, ressaltando o meu entendimento segundo o qual não deve ser conhecido o recurso fundamentado em agressão a lei federal, se tal ofensa não for reconhecida.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MILTON PEREIRA: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro-Relator, apenas ressaltando que, referente às observações da ausência da indicação do dispositivo constitucional, para embasamento do recurso, eu dispenso, se houver uma referência quanto à violação, à contrariedade, enfim, quanto a uma das hipóteses numéricas do art. 105 e seus incisos, aplicando o princípio do *jura novit curia*.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.193-0 — BA — Relator: Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha. Recte.: Estado da Bahia. Advs.: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros. Recdos.: Antonio Regis Muricy e outros. Adv.: Pythagoras Lopes da Cunha.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 21.10.92 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Pereira.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira e Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.019-0 — SP  
(Registro nº 91.0009522-2)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *GESPA — Gesso Paulista Ltda.*

Recorridos: *OIKOS— União dos Defensores da Terra e Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Luiz Alberto Paes de Almeida e outros, e José Eduardo Ramos Rodrigues e outro*

**EMENTA: PROCESSUAL — SANEADOR — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — DECISÃO ULTRA OU EXTRA PETITA — DISTINÇÃO ENTRE INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA E SOLIDARIEDADE.**

O v. aresto do agravo acentuou, com razão, não existir o menor perigo de decisões *ultra* ou *extra petita*, porque não se pode confundir a individualização da conduta de cada uma das rés com a solidariedade na responsabilidade extracontratual. Recurso improvido.

### ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

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

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: GESPA — Gesso Paulista Ltda. (fls. 697/718) interpõe recurso especial contra o v. acórdão prolatado no

agravo de instrumento, interposto do despacho saneador, fundando-se na Constituição Federal, artigo 105, inciso III, alínea *a*, aduzindo contrariedade aos artigos 2º, 128, 293, 294, 460, 499, 512 e 515 do Código de Processo Civil, e pede a reforma do v. acórdão por ter decidido *in peius* contra a recorrente e por não lhe ter declarado como parte ilegítima da ação.

Contra-arrazou OIKOS — União dos Defensores da Terra (fls. 720/727).

O Ministério Público do Estado de São Paulo oferece Parecer às fls. 729/807.

R. despacho de fls. 809 deu seguimento ao recurso.

A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 816/818, onde se destaca:

“... o recurso não reúne condições de admissibilidade. É que o tema nele veiculado — *reformatio in pejus* — não foi enfrentado pelo Tribunal *a quo*, motivo pelo qual **inexiste o indispensável questionamento.**”

Se conhecido, o recurso não deve ser provido, pois é flagrante o equívoco da recorrente. O tema sobre o qual teria ocorrido o *reformatio in pejus*, ou seja, a respeito da solidariedade entre as rés, não foi, nem poderia ter sido, objeto de decisão em saneador. É que tal matéria integra o mérito e somente pode ser solucionada na sentença final.” (fls. 817)

para opinar pelo não conhecimento do recurso ou do seu desprovimento, se conhecido.

Cuida-se de agravo de instrumento, interposto pela ora recorrente, do despacho saneador de fls. 2.164, onde se almeja a declaração de extinção do processo, sem julgamento do mérito, concessão de efeito suspensivo, denúncia da lide à União, ao Estado de São Paulo e ao Município de Cubatão e determinação de perícia.

O v. acórdão de fls. 674/678 negou provimento ao recurso e o de fls. 693/694 rejeitou os embargos de declaração.

Em apenso Medida Cautelar Inominada com pedido de liminar, visando à concessão de efeito suspensivo ao recurso especial.

Indeferido o pedido fls. 22 do apenso agravo regimental, fls. 24/31, resultando no acórdão de fls. 33/37 que negou provimento ao agravo regimental.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Em seu recurso (fls. 697/718), interposto contra despacho saneador (docs. de fls. 513/519), com base apenas na letra *a*, aponta a recorrente como violados os artigos 2º, 128, 293, 294, 460, 499, 512 e 515 do CPC (fls. 698), e argúi carência de ação e de *reformatio in pejus*.

No saneador não foi decidida a questão de fundo, julgada a causa ou posto fim à demanda. Nele foram apreciadas apenas questões preliminares, tais como incompetência, falta de caracterização de área atingida pela poluição, se se perquire ou não sobre a ausência de demonstração expressa da solidariedade, a necessidade ou não de denunciação à lide de entes públicos, do chamamento ao processo de outras empresas poluidoras, interesse de agir e deferimento de perícia, com nomeação de um perito para cada uma das áreas especializadas de Engenharia Química: Geografia e Climatologia, Biologia, Botânica, Química e Fitologia, Botânica e Zoologia, Geologia, Geodinâmica e Hidrologia, Fotointerpretação. Deste saneador foi interposto recurso de agravo de instrumento. Nestes casos tenho entendido não caber o recurso especial. Frise-se ainda que nenhum dos dispositivos legais apontados como violados, foi citado nos venerandos acórdãos do agravo e dos embargos de declaração. Nestes também não foi ventilada a matéria referente à questão *reformatio in pejus*. Não houve o necessário prequestionamento, sendo, a nosso ver, caso de não conhecimento e de aplicação das Súmulas nºs 282 e 356 do STF. É este o entendimento manifestado pela douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu Parecer de fls. 816/818, do qual destaco o seguinte trecho:

“Apesar de exposta em longa petição (fls. 697/718) e apontar a suposta negativa de vigência de inúmeras normas processuais (artigos 2º, 128, 293, 294, 460, 499, 512 e 515, todos do Código de Processo Civil), a petição recursal questiona apenas um aspecto do acórdão: aquele em que teria incidido em *reformatio in pejus*, na medida em que deliberou a respeito da solidariedade traçada no despacho agravado.

Limitado a tal enfoque, o recurso não reúne condições de admissibilidade. É que o tema nele veiculado — *reformatio in pejus* — não foi enfrentado pelo Tribunal *a quo*, motivo pelo qual **inexiste** o indispensável **prequestionamento**.” (fls. 817)

Como se vê, a hipótese seria de não conhecimento, mas no mérito é, a nosso ver, caso de se negar provimento.

O pedido formulado na Inicial da ação civil pública, movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra várias indústrias foi de condenação destas a responder, solidariamente, pelo pagamento de indenização a ser fixada ao longo do processo referente ao custo da recomposição do complexo ecológico atingido (docs. de fls. 37/46). Várias preliminares foram argüidas, inclusive de ilegitimidade passiva da recorrente, sendo todas examinadas e afastadas pelo saneador que foi confirmado pelo Egrégio Tribunal *a quo* (fls. 674/678) que não merece qualquer censura. Examinando-se a Inicial, verifica-se que a referida ação civil pública não foi movida contra o conjunto das empresas-rés, mas sim contra cada uma delas e visa, claramente, delinear apenas a participação de uma por uma, em cumulação de ações e litisconsórcio. É claro que só a perícia irá demonstrar o dano que cada uma delas causou ao meio ambiente, em Cubatão, e de acordo com este serão separadamente condenadas. Como não se demonstrou liminarmente que a agravante não tenha causado qualquer dano ao meio ambiente, na região onde está situada a sua indústria, não podia ela ser excluída da ação e deve continuar a figurar no pólo passivo da ação. Com inegável acerto acentuou o julgador monocrático no saneador:

“Não se perquire sobre a ausência de demonstração expressa da solidariedade, porque no presente feito pretende-se o ressarcimento das empresas, apurando a culpa de cada uma na degradação da Serra do Mar. Mesmo que na inicial, equivocadamente, tenha se falado de condenação solidária, como já expresso, após a apuração da responsabilidade individualizada de cada uma, indubitavelmente, em conformidade com sua falta repreensível será obrigada a repor o equivalente.” (fls. 514/515)

É claro que o Juiz com base nos elementos de prova que serão carreados para os autos, principalmente a perícia técnica a ser realizada, terá condições de fixar os danos causados pelas rés e de condenar, cada uma delas, nos limites de sua responsabilidade, e com isto não estará julgando *ultra* ou *extra petita* ou violando qualquer dispositivo legal e muito menos os artigos do Código de Processo, citados pela recorrente. É inegável que ele assim estará prestando a tutela jurisdicional, pleiteada, decidindo a lide nos limites propostos, proferindo sentença a favor do autor, como foi pedida e condenando cada uma das rés de acordo com os danos por elas causados à Serra do Mar. Com razão o venerando aresto do agravo (fls. 674/678) ao acentuar não existir o menor perigo de decisão *ultra* ou *extra petita*, porque não se pode confundir a individualização da conduta de cada uma das rés com a solidariedade na responsabilidade extracontratual prevista no artigo 1.518 do CC (fls. 675). Com

isto não cometeu nenhum *reformatio in pejus*. Como questão de mérito não foi e nem poderia ter sido decidida no saneador a existência ou não de solidariedade entre as rés e o venerando aresto do agravo também não decidiu. A douta Subprocuradoria-Geral da República, com razão afirmou em seu parecer de fls. 816/818 que:

“O tema sobre o qual teria ocorrido *reformatio in pejus*, ou seja, a respeito da solidariedade entre as rés, não foi, nem poderia ter sido, objeto de decisão em saneador. É que tal matéria integra o mérito e somente pode ser solucionada na sentença final.

É certo que a decisão agravada (fls. 513/519) referiu-se à solidariedade, mas não o fez com o propósito de afirmar ou rejeitar a sua presença, mas tão-somente para ressaltar que, ao final, seria apurada a participação de cada uma das empresas-rés na degradação da Serra do Mar, circunstância que influiria na individualização da responsabilidade.

O acórdão recorrido, por sua vez, também não deliberou a propósito da solidariedade, até porque tal matéria não estava submetida à apreciação do Tribunal *a quo*. Tal aspecto, aliás, foi ressaltado no acórdão, quando observou que a pretensão da recorrente importava num exercício de futurologia. Sem que se defina que as rés, inclusive a recorrente, são responsáveis pelo dano apontado, não é possível decidir-se a respeito da existência de solidariedade entre elas. Tal matéria é de mérito e deve ser resolvida na sentença final” (fls. 817/818).

Nego provimento ao recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.019-0 — SP — (91.0009522-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: GESPA — Gesso Paulista Ltda. Advs.: Luiz Alberto Paes de Almeida e outros. Recdo.: OIKOS — União dos Defensores da Terra. Advs.: José Eduardo Ramos Rodrigues e outro. Recdo.: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 01.03.93 — 1ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

## RECURSO ESPECIAL Nº 11.289-0 — DF

Relator: *Ministro Américo Luz*

Rectes.: *João Antônio Rodrigues de Lima e outros*

Recda.: *União Federal*

Advs.: *Aluísio Xavier de Albuquerque e outros*

**EMENTA: MAGISTÉRIO. COLÉGIO MILITAR. PROFESSORES CATEDRÁTICOS, ADJUNTOS DE CATEDRÁTICOS E ADJUNTOS. DIREITO ADQUIRIDO.**

O direito dos professores adjuntos de catedráticos a passarem a professores adjuntos não desapareceu com o advento da Lei nº 5.701/71, revogadora do Decreto-lei nº 103, de 23.12.37, porque o art. 51 da lei nova assegurou a eles os direitos e as prerrogativas estabelecidas na legislação revogada.

Decisão unânime.

### ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

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

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Professores do Colégio Militar do Rio de Janeiro ajuizaram ação ordinária, objetivando o reconhecimento de terem passado de professores adjuntos de catedráticos a professores adjuntos, por força da Lei nº 5.701/71, revogadora do Decreto-lei nº 103, de 23 de dezembro de 1937. Pugnaram, ainda, por diferen-

ças de vencimentos a partir da data do Decreto-lei nº 1.187/71, custas, juros e honorários advocatícios. Entretanto, decisão de 1º grau julgou sem objeto esta pretensão quanto ao período compreendido entre suas datas de nomeação e a vigência da Lei nº 3.780/60, prescrita em relação ao período de vigência desta Lei até a da Lei nº 5.701/71 e improcedente com referência ao período desde a vigência desta última.

Transitada em julgado a sentença, os autores ingressaram com ação rescisória no Tribunal Federal de Recursos, mas não obtiveram êxito, como se verifica na ementa abaixo (fls. 127):

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A TEXTO LEGAL. INOCORRÊNCIA. DESCABIMENTO.

Se a decisão rescindenda apreciou a questão diante dos fatos e da legislação aplicável, não se há de conceber violado qualquer preceito legislativo, de sorte a ensejar o reexame da matéria, pela via da rescisória.

Súmulas nºs 343-STF e 134-TFR.

Ação improcedente.”

Irresignados, os autores ofertaram recurso extraordinário, mas ante o advento da nova ordem constitucional a Suprema Corte remeteu os autos a este Superior Tribunal de Justiça, competente para apreciar a matéria objeto de recurso especial.

Os autores alegam dissenso do acórdão recorrido com a Súmula 343 do STF e violação do art. 485, V, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra da Dra. Iduna E. Weinert, assim se manifestou em trecho que destaco, *verbis* (fls. 184/188):

“A r. sentença rescindenda, consoante se vê à fl. 88, assim dispôs, em sua conclusão:

“Por estas razões, julgo sem objeto a pretensão dos autores quanto ao período compreendido entre suas datas de nomeação e a vigência da Lei 3.780, prescrita em relação ao período da vigência desta lei até a da Lei 5.701/71 e improcedente com referência ao período desde a vigência desta última.”

O v. acórdão recorrido, como bem assinalam os recorrentes, decretou a improcedência da rescisória apoiado em dois fundamentos, perfeitamente distintos, quais sejam, a inexistência de ofensa ao art. 153, § 3º, da Constituição Federal, ao art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil e demais diplomas legais invocados na petição inicial e, como argumento de reforço, a incidência, sobre a hipótese, dos Verbetes nºs 343 e 134, das Súmulas desse Pretório Excelso e do Egrégio TFR.

Quanto ao segundo fundamento, verifica-se, em verdade, que os aludidos enunciados não se aplicam à presente hipótese porquanto, segundo interpretação que esse Pretório Excelso vem dando ao referido Verboete nº 343, de sua Súmula, não é a mesma de se aplicar quando:

1) a divergência ocorrer entre julgados de um mesmo Tribunal, não sendo de se considerar, ao propósito, discrepância com decisões proferidas por Juízes singulares;

2) a divergência envolve interpretação e aplicação de normas constitucionais, visto que vedado estaria o acesso do feito a esse Colendo STF, a quem compete dirimir, em última instância, os litígios versando a interpretação da Lei Magna.

No presente caso, tem-se que, do exame dos autos, e da leitura do v. acórdão recorrido, resulta clara, apenas, a divergência entre decisões do Egrégio TFR e de Juízes singulares, juntadas, por cópia, pelos próprios autores (fls. 33/65), sendo harmônicos, por outro lado, os julgados proferidos pelo mesmo Egrégio TFR, circunstância que, como dito, acima (1), afasta a aplicação da Súmula nº 343, desse Colendo STF, que, nesse sentido, já decidiu:

“Ação rescisória. A interpretação controvertida de texto legal, perante um mesmo Tribunal, não propicia a aplicação da Súmula nº 343 ...” (RE 102.546/PR — RTJ 113/873).

Por outro lado, observa-se que a v. decisão recorrida examinou e repeliu a alegação de ofensa ao art. 153, § 3º, da Lei Maior, deduzida pelos autores, dizendo, *verbis*:

“Verifica-se, de pronto, a impertinência de violação aos princípios do art. 153, § 3º, da Constituição Federal e art. 2º e § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil. A decisão atacada não negou ou deixou de apreciar as garantias pos-

tas em destaque. Ao apreciar o direito reclamado, perante os atos legislativos expedidos sobre a espécie, estava atento a tais postulados (direito adquirido e irretroatividade da lei)” (fl. 123).

Se a controvérsia diz respeito, como visto, à ofensa ou não a direito adquirido, protegido pelo art. 153, § 3º, constitucional, sustentada pelos autores, inaplicável, ainda sob esse aspecto, o Verbete nº 343, da Súmula desse Colendo STF invocado pelo v. acórdão recorrido, em consonância com o entendimento já consagrado em diversos julgados, como se pode ver:

“Ação rescisória. Acidente do trabalho. Trabalhador rural. Ofensa ao artigo 165, parágrafo único, da Constituição. Súmula 343 (inaplicação). A atribuição ou extensão de benefício previdenciário a categoria não contemplada no sistema próprio implica ofensa ao art. 165, parágrafo único da CF, dada a inexistência do pressuposto da correspondente fonte de custeio total. A Súmula 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não porém de texto constitucional. Recurso Extraordinário conhecido e provido.” (RE 101.114/SP — RTJ 108/1.369)

No mesmo sentido o RE nº 103.880/SP — RTJ 114/361.

Clara, pois, a divergência com a Súmula nº 343, desse Colendo STF, merece ser conhecido o presente recurso extraordinário.

No mérito, cumpre examinar se os autores detinham ou não direito adquirido ao regime jurídico previsto no Dec.-lei nº 103, de 23.12.37, até o advento da Lei nº 5.701, de 09.09.71, ou se lhes era aplicável a Lei 3.780, de 12.07.60, por ter revogado o primeiro diploma legal (Dec.-lei nº 103/37).

O Decreto-lei nº 103/37, cujo texto se vê às fls. 23/25, regulou o exercício do magistério no Exército, classificando os professores, em seu art. 2º, em quatro categorias, quais sejam: a) catedráticos; b) adjuntos de catedráticos; c) contratados e d) em comissão.

Trata-se, por conseguinte, de lei especial, regendo matéria específica, qual seja, o exercício do magistério no Exército, e que só veio a ser revogada, expressamente, por outra lei especial, no caso a Lei nº 5.702, de 09.09.71, através do seu art. 58, consoante se vê às fls. 27/29, originária que foi, de Mensagem

do Poder Executivo (fl. 26), datada de 27.05.71, em que a vigência do Dec.-lei nº 103/37 é assinalada.

Evidente, pois, já a essa altura, o direito adquirido dos autores, ora recorrentes, a terem reconhecida a sua situação funcional prevista no Decreto-lei nº 103/37, sendo certo, inclusive, que a própria Lei nº 5.701/71 ressalvou, expressamente, tais direitos, *verbis*:

“Art. 51 — Aos atuais professores civis e militares, catedráticos e adjuntos de catedráticos, em caráter efetivo, são assegurados os direitos e as prerrogativas estabelecidas na legislação em vigor até a data de publicação desta lei” (fl. 29).

A ofensa ao art. 153, § 3º, da Constituição Federal assegura, como exposto, não apenas o conhecimento, como, ainda, o provimento do apelo.

#### CONCLUSÃO

Parecer, em conclusão, pelo provimento do presente recurso extraordinário para que, julgada procedente a ação rescisória, seja desconstituída a r. sentença rescindenda (fls. 80/89), declarando-se o direito adquirido dos autores de, até o advento da Lei nº 5.701/71, terem seus direitos e prerrogativas regidos pelo Dec.-lei nº 103/37, observada a prescrição de trato sucessivo prevista no art. 3º, do Decreto nº 20.910/32, invertidos os ônus da sucumbência.”

Adoto essas judiciosas considerações, para conhecer do recurso pelas letras *a* e *c* do permissivo constitucional e lhe dar provimento.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.289-0 — DF — Relator: Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Rectes.: João Antonio Rodrigues de Lima e outros. Advs.: Aluisio Xavier de Albuquerque e outros. Recda.: União Federal. Sustentou oralmente o Dr. Aluisio Xavier de Albuquerque, pelo recorrente.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator (Américo Luz), conhecendo do recurso e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins (em 05.10.92 — 2ª Turma).

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

## VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Pedi vista destes autos para melhor exame. Ao fazê-lo, cheguei à conclusão de que o recurso extraordinário é prejudicial ao presente. É o que se deduz deste trecho do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, mencionado no voto do ilustre Relator (fls. 185-186):

“9. Por outro lado, observa-se que a v. decisão recorrida examinou e repeliu a alegação de ofensa ao art. 153, § 3º, da Lei Maior, deduzida pelos autores, dizendo, *verbis*:

“Verifica-se, de pronto, a impertinência de violação aos princípios do art. 153, § 3º, da Constituição Federal e art. 2º e § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil. A decisão atacada não negou ou deixou de apreciar as garantias postas em destaque. Ao apreciar o direito reclamado, perante os atos legislativos expedidos sobre a espécie, estava atento a tais postulados (direito adquirido e irretroatividade da lei)” (fls. 123).

Se a controvérsia diz respeito, como visto, à ofensa ou não a direito adquirido, protegido pelo art. 153, § 3º, constitucional, sustentada pelos autores, inaplicável, ainda sob esse aspecto, o Verbete nº 343, da Súmula desse Colendo STF invocado pelo v. acórdão recorrido, em consonância com o entendimento já consagrado em diversos julgados, como se pode ver:

“Ação rescisória. Acidente do trabalho. Trabalhador rural. Ofensa ao artigo 165, parágrafo único, da Constituição. Súmula 343 (inaplicação). A atribuição ou extensão de benefício previdenciário a categoria não contemplada no sistema próprio implica ofensa ao art. 165, parágrafo único, da CF, dada a inexistência do pressuposto da correspondente fonte de custeio total. A Súmula 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não porém de texto constitucional. Recurso Extraordinário conhecido e provido”. (RE 101.114-SP — RTJ 108/1.369).

Todavia, estes autos vieram a esta Corte, por determinação do Supremo Tribunal, a fim de apreciar o recurso especial. Examinando a questão do direito adquirido, à vista da legislação infraconstitucional, creio que se acha correto o voto do ilustre Relator. Ademais, é razoável entender-se que a regra constitucional, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art.

5º, XXXV) é dirigida ao legislador. Para afirmar da existência, ou não, de direito adquirido, só com o exame da legislação infraconstitucional.

Em conclusão, pois, acompanho o voto do ilustre Relator.

## VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.289-0 — DF — Relator: Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Rectes.: João Antonio Rodrigues de Lima e outros. Advs.: Aluisio Xavier de Albuquerque e outros. Recda.: União Federal.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Ministro Pádua Ribeiro, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator (em 10.02.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Ministros Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

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



## RECURSO ESPECIAL Nº 12.088-0 — SC

(Registro nº 91.12729-9)

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

Recorrentes: *Maria da Graça Pickler e outro*

Recorrida: *Natália Souza de Oliveira — espólio*

Advogados: *Drs. Humberto Porto Alegre Glivet e Amauri Amorim Vicente*

**EMENTA: FILHO ADOTIVO. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO ART. 227, § 6º, DA CF, À SUCESSÃO**

**JÁ ABERTA ANTES DA VIGÊNCIA DA NOVA CARTA. INVOCAÇÃO DO ART. 1.605, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL.**

**É estranha ao recurso especial a discussão sobre tema de porte constitucional.**

**Pelo art. 1.605, *caput*, do Código Civil, atualmente revogado, o filho adotivo foi colocado tão-somente na classe dos descendentes suscetíveis, não tendo a preceituação o alcance pretendido pelas recorrentes.**

**Recurso especial não conhecido.**

**ACÓRDÃO**

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de outubro de 1992 (data do julgamento).

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

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Nos autos de inventário dos bens deixados por Nathália de Souza Oliveira e Abílio Dias de Oliveira, Maria da Graça Pickler e Maria de Fátima Oliveira da Silva, na qualidade de filhas adotivas do casal inventariado, requereram a habilitação como herdeiras. O Dr. Juiz de Direito indeferiu-lhes a pretensão, sob a assertiva de que, tendo ocorrido a adoção quando os adotantes já possuíam seis filhos legítimos e tendo havido o falecimento de ambos os inventariados antes da vigência da Carta Política de 1988, não têm as postulantes direito à herança.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve o decisório monocrático pelos fundamentos resumidos na seguinte ementa:

“Recurso. Inventário. Impugnação da qualidade de herdeiro. Sentença. ‘A decisão que julga impugnação da qualidade de quem foi incluído em inventário como meeiro ou herdeiro é sentença. E é sentença de mérito, por isso que decide, em caráter definitivo, o direito à meação ou sucessão. Assim, o recurso próprio é o de apelação’ (JC 62/188).

Embora de hierarquia superior e de aplicação imediata, o § 6º do artigo 227 da Carta de 88 não pode retroagir para assegurar o direito à sucessão aberta antes da vigência da Constituição, pois, com a morte, a posse e o domínio da herança se transmitiram aos herdeiros, que tomaram o lugar do defunto, não mais havendo qualquer direito hereditário a ser transmitido” (fls. 95).

Ainda inconformadas, as requerentes manifestaram recurso especial com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissor constitucional, alegando negativa de vigência dos arts. 5º, *caput*, e inc. XXX, c.c. o art. 227, § 6º, da CF; 1.001 do CPC, e 1.605 do Código Civil, além de dissídio com aresto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais publicado no “Diário do Judiciário de Minas Gerais”. Afirmam as recorrentes, em síntese, que se deve aplicar ao caso apenas o art. 1.605, *caput*, do CC, porquanto os arts. 377 e 1.572 do mesmo *Codex* não permanecem intatos em face do disposto no art. 227, § 6º, da Lei Maior, que alcança as sucessões abertas antes da vigência da nova carta, ainda não encerradas.

Admitido o apelo extremo pelo pressuposto da letra *c*, a Subprocuradoria-Geral da República opinou no sentido do provimento, *in verbis*:

“2. A discussão sobre a revogação dos arts. 377 e 1.572 do Código Civil pela edição da nova Constituição Federal/88, inclusive com retroperância *ex vi* do disposto no aludido § 6º do art. 227, é despicienda, *in casu*.

É que, para dirimir a questão, basta a regra do art. 1.577 do CC, pelo qual

‘A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor’.

Ora, ocorrendo o óbito do casal adotante aos 10/08/88 e 12/10/82 (fls. 08/09), a regra discriminatória do § 2º do art. 1.605 do CC já fora revogada pelo art. 51 da Lei nº 6.515, de 26/12/77 (Lei do Divórcio), o qual deu nova red. ao art. 2º da Lei nº 883, de 21/10/49, que passou a ter o seguinte teor:

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

Por sua vez, o acórdão da 5ª CCTJMG (fls. 112) abona o dissídio jurisprudencial” (fls. 137).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): O Acórdão recorrido, na parte que ora interessa, aduziu:

“As apelantes não podiam, mesmo, ser incluídas como herdeiras.

Versando a matéria, Marco Aurélio S. Viana explica: ‘Os filhos adotivos só serão excluídos da sucessão se ao tempo da adoção o adotante tiver filhos legítimos ou legitimados. Se a prole for superveniente, o adotado receberá a metade do que couber aos filhos legítimos ou legitimados (art. 1.605, § 2º, do CC, que não foi revogado pela Lei 3.133/57)’. (‘Teoria e Prática do Direito das Sucessões’ — São Paulo. Saraiva, 1987, págs. 47/48). Ver Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 7, pág. 81. Arnaldo Wald, *Direito das Sucessões*, pág. 87. José Lopes de Oliveira, *Curso de Direito Civil*, vol. VI, pág. 49.

A adoção ocorreu a 11 de novembro de 1971, fls. 37. À época os adotantes tinham filhos legítimos, fls. 7, 13, 15, 17, 19, 20, 22. Incide o disposto no artigo 377 do Código Civil. ‘Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados, ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária’.

Quanto à invocação do § 6º do artigo 227 da Carta de 88, a incidência da norma, embora imediata, não atingiu as apelantes. Quando do advento da Carta, o domínio e a posse da herança já haviam se transmitido aos herdeiros por força do artigo 1.572 do Código Civil e, tendo se consolidado tais direitos no patrimônio de terceiros de acordo com a lei vigente à época, não era mais possível a sua transmissão às apelantes. Bem por isso o Código Civil, no artigo 1.577, dispõe: ‘A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor’.

Embora de hierarquia superior e de aplicação imediata, o dispositivo constitucional não atingiu as apelantes. Quando da

equiparação dos adotivos aos legítimos não havia mais direitos hereditários a serem transmitidos, pois a transmissão se completara ao ensejo dos óbitos.

Também inaplicável o dispositivo constitucional anterior.

O direito referido na Emenda nº 1, de 1969, diz respeito à igualdade de todos perante a lei e a lei não assegurava qualquer direito hereditário às apelantes” (fls. 97/98).

Neste apelo excepcional, as filhas adotivas requerentes sustentam, em última análise, o efeito retrooperante do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, para o fim de alcançar as sucessões abertas antes de sua vigência, de modo a deixar insubsistentes as disposições dos arts. 377, 1.572 e 1.577 do Código Civil.

Cuida-se aí de matéria de porte constitucional, insuscetível de cognição na via do recurso especial, nela compreendida inclusive a divergência pretoriana suscitada.

Restrita, por conseguinte, a apreciação do presente recurso extremo ao tema de índole legal invocado, tem-se que contrariedade alguma houve aos arts. 1.001 do CPC e 1.605, *caput*, do Código Civil, este último, por sinal, atualmente revogado (cfr. Theotônio Negrão, “Código Civil e Legislação Civil em Vigor”, nota 1 ao art. 1.605, pág. 233, 11ª ed.).

Tocante ao primeiro (art. 1.001 do CPC), as ora recorrentes dele se valerem sem qualquer óbice, vendo, porém, o intento rejeitado.

Quanto ao segundo — art. 1.605, *caput*, do CC, não possui ele o alcance que procuram atribuir-lhe. A equiparação plena que buscam somente ficou reconhecida com o advento do art. 227, § 6º, da CF, acima aludido.

Consulte-se, a propósito, o escólio de Washington de Barros Monteiro:

“Quanto ao adotivo, equipara-se ao filho legítimo ou legitimado, para os efeitos da sucessão (art. 1.605). Herda assim como se fora descendente do *de cujus*, de preferência às demais pessoas sucessíveis de outras classes, mencionadas no art. 1.603. A existência de filho adotivo arreda da sucessão todos os demais herdeiros do adotante, que não tenham a qualidade de filhos legítimos, legitimados e reconhecidos” (Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões, 6º vol., pág. 83, 14ª ed.).

Segundo ainda lição do insigne Clóvis Beviláqua, “o Código Civil, art. 1.605, coloca o filho adotivo na classe dos descendentes sucessíveis” (Direito das Sucessões, pág. 126, 2ª ed.).

Da simples preceituação referida (art. 1.605 do CC) não se pode inferir, pois, como querem as recorrentes, que os direitos à herança dos filhos adotivos estejam equiparados — sem outro mais — aos direitos dos filhos legítimos. Fosse como por elas pretendido, não haveria razão de ser para as disposições dos arts. 377 e 1.605, § 2º, do mesmo Código Civil.

De outro lado, desassistete razão à douta Subprocuradoria-Geral da República ao defender a revogação dos arts. 377 e 1.605, § 2º, do Código Civil, pelo art. 2º da Lei nº 883, de 21.10.49, com redação dada pelo art. 51, nº 2, da Lei nº 6.515, de 26.12.77.

De ressaltar-se que a manifestação do Ministério Público Federal, de um lado, extravasa os limites em que posto o recurso especial (asserção de negativa de vigência dos arts. 1.001 do CPC e 1.605, *caput*, do Código Civil). De outra parte, esta E. Quarta Turma, examinando hipótese similar à presente, assentou que o art. 2º da Lei nº 883/49, com a redação introduzida pelo art. 51, nº 2, da Lei nº 6.515/77, não chegou a revogar os arts. 377 e 1.605, § 2º, do CC (REsp nº 9.574-BA, relator Ministro Athos Carneiro).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

Oportunamente, remetam-se os autos ao C. Supremo Tribunal Federal para julgamento do recurso extraordinário interposto e admitido.

É como voto.

#### VOTO — VOGAL

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, o eminente Relator persevera no entendimento (que já adotamos no REsp 9.574, de que foi Relator o eminente Ministro ATHOS CARNEIRO). Mas, em síntese, na forma do art. 1.577 do Cód. Civil, a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão. Neste sentido arrazoou e fundamentou-se o v. acórdão recorrido.

Fico, pois, de acordo com o eminente Ministro-Relator, ao acentuar que o advento da Constituição não pode afetar situações pretéritas, a ela anteriores.

É como voto.

#### VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho o Sr. Ministro Relator. Quer em face do precedente desta Turma, quer em decorrência

da norma do art. 1.577 do Código Civil, que consagra princípio do direito sucessório segundo o qual a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão. No caso, como exposto, o óbito dos adotantes foi anterior ao texto constitucional de 1988.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.088-0 — SC — (91.12729-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Rectes.: Maria da Graça Pickler e outro. Adv.: Humberto Porto Alegre Glivet. Recda.: Natália Souza de Oliveira — Espólio. Adv.: Amauri Amorim Vicente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 13.10.92 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



### RECURSO ESPECIAL Nº 13.931-0 — AL

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrentes: *Triunfo Agro Industrial S/A e outro*

Recorrido: *Antônio Maria da Silva*

Advogados: *Manoel Enildo Lins e outros, e José Moura Rocha e outro*

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL — EXECUÇÃO PROVISÓRIA — ALIENAÇÃO DE DOMÍNIO NÃO PERMITIDA — CAUÇÃO — LEVANTAMENTO.**

**I — A execução provisória não abrange os atos que impliquem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento do depósito em dinheiro, sendo certo também que tais medidas visam à proteção do direito de terceiros.**

**II — Recurso conhecido e provido.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso especial e em dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Ausente, ocasionalmente, o Senhor Ministro Cláudio Santos.

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de agosto de 1992 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de execução provisória (carta de sentença).

Com a publicação de editais de praça, deferiu-se a venda (hasta pública) das ações (objeto de penhora) das empresas Triunfo Agro Industrial e outra.

Estas, contra o ato deferitório, interpuseram agravo de instrumento, e o acórdão (fls. 124/126), que o julgou, concluiu fundamentando-se em que é legal a determinação da publicação de editais de hasta pública, para a venda judicial das ações penhoradas.

Em face de tal lineamento, apresentam as agravantes Especial, onde, com apoio nas letras *a* e *c* do item III do art. 105 do permissivo constitucional, dizem que o aresto violou o art. 588, II, do CPC, e discrepou de paradigmas que indicam (fls. 128/136).

Examinando-se os pressupostos de admissibilidade (fls. 181), exarrou-se despacho pelo deferimento do apelo.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Na insurgência, as empresas recorrentes tão-só questionam o tema relacionado com regra do artigo 588, II, do CPC, ou seja, alegam inadmissí-

vel, na execução provisória, determinar-se atos que importem na alienação do objeto penhorado.

No caso dos autos, o acórdão recorrido foi categórico, ao dizer que é legal a determinação da publicação de editais de hasta pública, para a venda judicial das ações penhoradas.

Diz o eminente Relator do acórdão recorrido que (fls. 126):

“Concretamente, tem-se uma execução provisória, que é feita por conta e responsabilidade do credor. Esta ficará sem efeito, desde que sobrevenha julgado pelo qual se modifique ou anule a sentença exequenda. Tornada ineficaz a execução provisória ou por ser nula a sentença exequenda (falta processual) ou por ser injusta (falta substancial), deve ser restituído ao executado aquilo que lhe houver sido tomado, mas além disso essa execução inoperante ocasiona prejuízos, e estes por alguém devem ser suportados.

Com efeito, nada impede de a sentença exequenda, *in casu*, ser executada provisoriamente, pois houve interposição de recurso, recebido no efeito devolutivo, que devolve à Instância Superior o conhecimento da causa.

.....  
“Enfim, é legal a determinação da publicação de editais de hasta pública, para a venda judicial das ações penhoradas.”

Na exegese da regra do artigo 588, II, do estatuto processual, Alcides de Mendonça Lima (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI, Forense, página 442) ensina que:

“976. Inciso II. Alienação de domínio. — Ainda que se permita a execução provisória como medida capaz de proteger os direitos do credor já reconhecidos em sentença impugnada em recurso com efeito só devolutivo, nem por isso os direitos do devedor podem ser totalmente postergados, sobretudo envolvendo interesses de terceiros. Por isso, o Código manteve a nossa antiga tradição, que remonta até a alguns diplomas estaduais, estabelecendo que a execução provisória “não abrange os atos que impliquem alienação do domínio”. Para este caso, a caução não é admitida em hipótese alguma.”

Pontes de Miranda, em escólio registrado às fls. 430, tomo IX, dos Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1ª ed., 1976, consigna que:

“O art. 588, II, onde se diz que a execução provisória não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permi-

te, sem caução idônea, o levantamento do depósito em dinheiro, evita que, na possível volta ao estado anterior, sejam prejudicados os terceiros, ou o próprio devedor, que fizera depósito.”

O que pretendem as empresas-recorrentes (TRIUNFO AGRO INDUSTRIAL S.A e USINAS REUNIDAS SERESTA S.A.), como dito no seu apelo (fls. 135) é que, tratando-se de execução provisória, tal execução só poderá ir até a avaliação, não podendo haver publicação de editais de praça ou leilão dos bens penhorados.

Tem-se como certo que a venda judicial das ações da USINA SERESTA S.A. importa em dano ao direito de terceiros, pelo menos no que pertine com o dos sócios.

Daí que corretos os lineamentos em que se arrimaram, no apelo, os recorrentes, ao increparem ao acórdão a violação do artigo 588, II, do CPC.

Forte nesses fundamentos, com apoio na letra *a*, conheço do recurso e lhe dou provimento para declarar ineficazes os atos praticados com vistas à venda judicial das ações de que se cuida.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.931-0 — AL — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Rectes.: Triunfo Agro Industrial S.A. e outro. Advs.: Manoel Enildo Lins e outros. Recdo.: Antônio Maria da Silva. Advs.: José Moura Rocha e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 25.08.92 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 14.010 — SP

(Registro nº 91.0017578-1)

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

Rectes.: João Ozeas Nogueira e cônjuge

Recdos.: *Luis Francisco Sendon Cambeiro e outros*

Advogados: *Drs. Sônia Motta e outro, e Magda Maria Siqueira da Silva e outro*

**EMENTA: PRAZO FÉRIAS.**

**O dia feriado que antecede ao período de férias forenses não se lhe incorpora.**

**Superação de dissídio jurisprudencial.**

**Recurso especial não conhecido.**

**Maioria.**

**ACÓRDÃO**

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza votaram com o Relator, vencido o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: A Egrégia Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por unanimidade, acolheu a preliminar de intempestividade da apelação, oriunda de ação de manutenção de posse, nos termos seguintes:

“A intimação da sentença deu-se por publicação no órgão oficial de 16/dezembro/88 (fl. 345), que foi uma sexta-feira, pelo que a quinzena recursal começou a correr na segunda-feira seguinte, dia 19/dezembro/88. Daí, então, quatorze dias transcorreram até o dia 1º/janeiro/89, quando o prazo foi suspenso

pelo advento das férias forenses de janeiro — período de 02 a 31 daquele mês. Depois, com o fim das férias em 31/janeiro/89, o prazo recomeçou a correr, recaindo o seu décimo quinto dia em 1º/janeiro/89, que foi uma quarta-feira. E, assim, a petição de interposição da apelação só tendo sido protocolizada depois desse dia, em 02/fevereiro/89 (fl. 347 verso), por certo que o foi extemporaneamente” (fls. 379/380).

Irresignados, os recorrentes interpuseram recurso especial, com fundamento no art. 105, III, c, da Constituição Federal, alegando dissídio jurisprudencial. Sustentam ser tempestiva a apelação por se integrar às férias o feriado que sucede ou antecede (fls. 383 a 390).

Pelo despacho de fls. 405 a 406 foi o recurso admitido, subindo os autos a esta Corte.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O recurso especial se restringe ao dissídio jurisprudencial, tendo o aresto recorrido fixado a tese de que, se o feriado precede, imediatamente, às férias forenses, a elas não se incorpora formando um todo.

Elucidativos sobre esse aspecto são as ponderações aduzidas no voto do eminente relator, Juiz André Mesquita:

“Evidentemente, os dias 1º/janeiro/89, feriado caído num domingo, e 31/dezembro/88, que foi um sábado, não se incorporaram ao período de férias, para suspender o prazo recursal já a partir de 31/dezembro/88, levando em consequência a que o recurso tivesse sido oportunamente interposto.

A esse respeito, Theotônio Negrão, na última edição de seu insubstituível “CPC e legislação processual em vigor”, 20ª ed. da RT, 1990, págs. 128/129, muito embora não aplaudindo muito entusiasticamente a orientação, anota: “O art. 179 somente se refere a férias; unicamente estas é que suspendem a fluência do prazo. Segue-se daí que, como decidiu unanimemente o STF, em sessão plenária: “Do prazo para recurso não se excluem os feriados que antecedem imediatamente as férias forenses” (RTJ 119/804). Neste sentido: RTJ 78/156, 106/632, 113/924, 115/486, 116/828, 119/705, RTFR 115/41, RT 494/110, 598/241, RJTJESP 91/220, bem fundamentado, JTA 40/37, 60/145, 86/439.

E essa orientação jurisprudencial realmente se impõe, porque o entendimento contrário simplesmente nega vigência ao art. 178 do CPC, que reza: “O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados”. Ora, mas se a lei não distingue entre feriados imediatamente antecedentes ao período de férias e feriados que não o sejam, afigura-se muito claro não poder o intérprete fazer essa distinção, para entender que os primeiros quebram o princípio da continuidade dos prazos, incorporando-se ao período de férias que lhes sucede.” (fls. 380/381).

É oportuno ressaltar que na mesma linha do aresto recorrido, ambas as Turmas que compõem a 2ª Seção desta Corte já se pronunciaram, consoante se infere no REsp 1.834 e no AgRg 113, relatados pelos eminentes Ministros Nilson Naves e Athos Carneiro, respectivamente, em decisões assim ementadas:

“Prazo. Férias e feriados. A superveniência de férias, suspendendo o curso dos prazos, não compreende os feriados que imediatamente as anteceder. Inteligência dos artigos 178 e 179 do Código de Processo Civil. Recurso especial conhecido pelo dissídio, porém não provido.”

“AGRAVO REGIMENTAL. CONTAGEM DE PRAZO.

Dias feriados que antecedem as férias forenses.

Agravo desprovido.”

Destarte, inviável é o recurso, porquanto o dissídio jurisprudencial se acha superado, face a orientação fixada pelas 3ª e 4ª Turmas deste Tribunal, dentro da mesma diretriz do acórdão impugnado.

Incide, neste particular, o princípio da Súmula 286, do Supremo Tribunal Federal, a evitar repetição da Corte sobre matéria já pacificada.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.010 — SP — (91.0017578-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Rectes.: João Ozeas Nogueira e cônjuge. Recdos.: Luis Francisco Sendon Cambeiro e outros. Advs.: Sônia Motta e outro, e Magda Maria Siqueira da Silva e outro.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, não conhecendo do recurso, pediu vista o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo (em 03.12.91 — 4ª Turma).

Aguardam os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

### VOTO — VISTA

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Tendo tido início o prazo recursal de quinze (15) dias em 19.12.88, 4ª feira, e caindo o dia 1º de janeiro seguinte em domingo, o seu 15º dia incidiu em 1º de fevereiro, 4ª feira, nos termos da orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 106.636 (RTJ 119/804), que mudou a orientação adotada nos RREE 79.348 e 87.776, consoante tive ensejo de registrar em “Prazos e Nulidades em Processo Civil” (Forense, 2ª edição, 1990, nº 19, p. 28).

No sentido da orientação posterior do Excelso Pretório, conforme anotou o Ministro Relator, estão as decisões deste Tribunal (REsp 1.834 e AgRg 113), da 3ª e da 4ª Turmas, respectivamente. No mesmo sentido, ainda, a ementa do REsp 11.109-RS, da eg. 3ª Turma (DJU de 30.9.91).

Pode esse não ser o melhor posicionamento, uma vez que, em matéria de prazos, sempre se recomenda exegese mais liberal. Trata-se, porém, de orientação já assente, pelo que merece ser prestigiada, até porque com respaldo em texto expresso de lei.

Ponho-me de acordo.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.010 — SP — (91.0017578-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Rectes.: João Ozeas Nogueira e cônjuge. Recdos.: Luis Francisco Sendon Cambeiro e outros. Advs.: Sônia Motta e outro, e Magda Maria Siqueira da Silva e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Relator, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza, não conhecendo do recurso, pediu VISTA o Sr. Ministro Athos Carneiro (em 10.12.91 — 4ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

## VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Discute-se o tema da contagem de prazo recursal em caso de feriados contínuos, anteriores às férias forenses, no caso as férias de 2 a 31 de janeiro — LOMAN, art. 66, § 1º. Consideraram os eminentes colegas, com remissão o ilustre relator FONTES DE ALENCAR inclusive a precedente de que fui o relator, que a superveniência das férias, suspendendo o curso dos prazos, não compreende os feriados que imediatamente as antecedem. No caso dos autos, 31 de dezembro, sábado, e 1º de janeiro, domingo e, de qualquer forma, feriado nacional. Correndo o risco de manifestar-me contra a orientação dominante, inclusive minha posição no AgRg 113, devo posicionar-me pela antiga orientação do Pretório Excelso, de que a suspensão por férias forenses antecedidas imediatamente por feriados compreende aquelas e estes.

Realmente, como aliás assinalou THEOTÔNIO NEGRÃO (CPC, 21ª ed., nota 3 ao artigo 179), a orientação na atualidade prevalecente, “embora estritamente de acordo com a lei, não parece acomodar-se ao seu espírito, porque, no reinício dos prazos, não se contam os feriados imediatamente posteriores (art. 179, *in fine*), e, além do mais, não parece justo que, nas férias forenses, quando o fórum permanece aberto e funciona para determinadas causas e atos, haja suspensão do prazo, e não haja quando, nos feriados contínuos que as antecedem, o fórum fica fechado, aproveitando os advogados, em geral, para merecido descanso e muitos já saindo, até, de férias, por antecipação”. Ora, nada justificando a diversidade de tratamento entre feriados contínuos subseqüentes e feriados contínuos antecedentes às férias forenses, creio será caso de adotarmos como exegese correta aquela que decorre do espírito da lei, não aquela vinculada à sua pura literalidade. Nada mais esdrúxulo, parece-me, do que considerar como de fluência de prazos o feriado universal de 1º de janeiro, seguido de imediato pelo récesso forense, em que os prazos estão, salvo exceções, suspensos. Lembro o aforismo de CELSO, que MAXIMILIANO recomendou deveria estar inscrito nos pórticos dos tribunais — *scire legis non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*.

Por tais motivos, rogando vênia máxima, conheço do recurso e ao mesmo dou provimento.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.010 — SP — (91.0017578-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Rectes.: João Ozeas Nogueira e cônjuge. Advs.: Sônia Motta e outro. Recdo.: Luis Francisco Sendon Cambeiro e outros. Advs.: Magda Maria Siqueira da Silva e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, vencido o Sr. Ministro Athos Carneiro (em 25.02.92 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



## RECURSO ESPECIAL Nº 14.906-0 —PR

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrentes: *Lídio Slaviero e Cia. Ltda. e outros*

Advogados: *Rogério Costa e outros*

Recorridos: *Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná e outro*

Advogados: *Elvino Franco e outros*

Sustentação oral: *Dr. Júlio César Ribas Boeng, pelo Recorrido*

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO. INÍCIO DO PRAZO. ART. 173 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DO STJ.**

**O prazo prescricional da ação de desapropriação indireta se inicia com o ilegítimo apossamento administrativo, mas se interrompe com a publicação do decreto declaratório da utilidade pública do imóvel.**

**Entendimento predominante desta Corte, na conformidade do art. 173 do Código Civil.**

**Recurso provido para afastar a prescrição decretada, determinando-se o julgamento do mérito da apelação pelo Tribunal *a quo*.**

## ACÓRDÃO

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

votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e em lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de setembro de 1992 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Lídio Slavieiro e Cia. Ltda. e outros, inconformados com acórdão prolatado pela Egrégia Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em apelação interposta contra sentença prolatada na ação de expropriação indireta, que declarou a prescrição do direito de ação e julgou extinto o processo, com julgamento do mérito, com base no art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, condenando a autora nas penas da sucumbência, interpõem recurso especial com base nas letras *a* e *c* do art. 105, III, da Constituição Federal.

Argüem, em resumo, que a sentença e o v. acórdão não deram ao Decreto Estadual nº 20.671, publicado no Diário Oficial de 28.07.1970, declaratório de utilidade pública da área ilegitimamente ocupada desde o ano de 1952, o efeito de interromper a prescrição, infringindo o art. 172, V, 173, e 515, do CCB, e dissentindo da jurisprudência deste STJ e do STF.

O Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná-PR contraminutou o recurso, defendendo a não interrupção do prazo prescricional pela publicação do Decreto declaratório de utilidade pública (fls. 310/313).

O Ministério Público do Estado do Paraná oficiou no feito concluindo pela admissibilidade e procedência do recurso (fls. 326/328).

Dispensei a manifestação da Subprocuradoria-Geral da República. É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O acórdão recorrido encontra-se assim ementado:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, CHAMADA DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INVASÃO DE FAIXA DE TERRAS PARA IMPLANTAÇÃO DE RODOVIA. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO PARA HAVER A INDENIZAÇÃO. PRAZO E FLUÊNCIA. AÇÃO PROCEDENTE. — RECURSO PROVIDO PARA PRONUNCIAR A PRESCRIÇÃO DO DIREITO DAS AUTORAS E JULGAR EXTINTO O PROCESSO, COM BASE NO ART. 269, INC. IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. — AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO, PORQUE INTERPOSTO SERODIAMENTE.

Tratando-se de ação de indenização por desapropriação indireta, o prazo prescricional, que é de vinte anos, começa a fluir da data da indevida ocupação do imóvel, não o alterando eventual decreto posteriormente baixado, declarando a área de utilidade pública para fins de desapropriação, porque, já consumada a desapropriação, embora indiretamente, criando outra sorte de direito aos expropriados, despiciendo seria qualquer ato daquela natureza e incapaz de gerar direitos.” (fls. 266).

Ocorre que o Estado do Paraná, embora se tenha apossado ilegalmente da área, fez publicar o Decreto 20.671, em 28.07.92, declarando-a de utilidade pública. Reconheceu, assim, o domínio de terceiro sobre a gleba, interrompendo, iniludivelmente, a prescrição, *ex vi* do disposto no art. 172, V, do CCB, cujo prazo recomeçou a correr na data da publicação do Decreto, como determina o art. 173 do Código Civil.

A jurisprudência deste STJ e do STF, como demonstrou a Recorrente, consagra tal interpretação, valendo transcrito acórdão do eminente Ministro Garcia Vieira, que a traduz, com exatidão.

“Prescrição — Interrupção — Indenização na desapropriação indireta.

O direito de reivindicar imóvel é vinculado à propriedade. A prescrição aquisitiva é interrompida pelo Decreto declaratório de utilidade pública, reconhecendo o domínio (Código Civil, art. 172, V).

Recurso conhecido pela divergência para negar provimento por unanimidade” (REsp nº 3.656, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, DJ 20.08.90).

A Egrégia Segunda Turma do STJ de igual modo assentou:

“AÇÃO EXPROPRIATÓRIA INDIRETA. IMÓVEL OCUPADO PELO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE

RODAGEM DO PARANÁ, EM 1952. ACÓRDÃO QUE DECLAROU A NULIDADE DA SENTENÇA, POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, QUANTO AOS SITUADOS NA COMARCA DA LAPA E DECRETOU A PRESCRIÇÃO, QUANTO AOS DEMAIS.

Decisão incensurável na primeira parte. Tratando-se de ação real, havia incompetência absoluta do MM. Juízo da Comarca de Curitiba para processá-la e decidi-la, face ao princípio do *forum rei sitae*, consagrado no art. 95, primeira parte, do CPC.

Insustentável, entretanto, quanto à segunda, já que o prazo prescricional sofreu interrupção em 1970, resultante da expedição de decreto expropriatório, não cumprido, mas que valeu pelo reconhecimento do domínio dos recorrentes, fazendo incidir a norma do art. 172, "V", do Código Civil.

Recurso parcialmente provido." (Julgado em 04.03.91, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, *in* DJU de 18.03.91, pág. 2.794) (fl. 292).

Trata-se de caso análogo ao presente. No mesmo sentido os arestos prolatados nos REsps nº 4.164 (DJU 04.03.91, pág. 1.968); 5.687 (DJU 26.11.90, pág. 13.776); 5.051 (DJU 1º.04.91, págs. 3.415/3.416); 2.479-PR (DJ 04.06.90); 5.687-SP (DJ 26.11.90); 3.656-SP (DJ 20.08.90) e 6.838-PR (DJ 18.03.91) e no RE 62.349. RTJ 77/150.

Por tais razões, conheço do recurso pelas letras *a* e *c* do permissivo constitucional e lhe dou provimento para determinar o retorno dos autos ao Egrégio Tribunal *a quo* a fim de que, afastada a prescrição, promova o julgamento do recurso de apelação na parte relativa ao mérito.

#### VOTO (VOGAL)

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Na verdade, consoante assinalou o ilustre Relator, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que a prescrição para a propositura da ação da desapropriação indireta é de vinte anos e não de dez anos, porquanto a apropriação do imóvel não se faz de boa-fé. Trata-se de ação de indenização por ato ilícito e, portanto, a aquisição por usucapião só se dá à vista do artigo 550 do Código Civil.

O SENHOR MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Aparte): O Estado seria obrigado a requerer a ação da usucapião.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Nesse ponto não chego a concordar com V. Exa., porque a usucapião pode ser alegada também em defesa, isso é até súmula.

O SENHOR MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Assim afirmei por não ter havido a argüição da usucapião em defesa, porque realmente é matéria da Súmula nº 237 do Supremo Tribunal Federal. Mas não tendo havido a alegação em defesa não caberia, no caso, discutir-se a matéria.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Seja como for, a verdade é que o prazo aqui seria mesmo de vinte anos, e enquanto corria esse prazo sobreveio o ato declaratório de utilidade pública para fins de desapropriação. Ora, se houve esse ato, é porque o Estado entendeu que o imóvel não era da sua propriedade, pois não há sentido declarar-se de utilidade pública para fins de desapropriação aquilo que ao Estado pertence.

Diante disso é que os nossos precedentes, abordando a matéria, têm decidido na consonância da conclusão preconizada pelo ilustre Relator a quem acompanho.

#### VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Não tenho dúvida em acompanhar o eminente Relator. Se a prescrição pela usucapião, que se opera em vinte anos, evidente que na primeira fase foram dezoito, e esses dezoito foram interrompidos com um decreto estadual que reconheceu publicamente que não era titular do domínio. Um novo prazo começou a correr; não se completaram ainda os vinte anos.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.906-0 — PR — Relator: Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins. Rectes.: Lídio Slaviero e Cia. Ltda. e outros. Advs.: Rogério Costa e outros. Recdos.: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná — DER-PR e outro. Advs.: Elvino Franco e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Júlio César Ribas Boeng, pelo recorrido.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 23.09.92 — 2ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 14.991-0 — SP  
(Registro nº 91.19751-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Paulo Roberto de Oliveira Brandão*

Recorrido: *Banco Bradesco S/A*

Advogados: *Márcia A. da Silva Annunziato e outros, e Wilson Aparecido Mena e outros*

**EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE MOTOCICLETA. ESTACIONAMENTO DE BANCO.**

Ante o interesse da empresa em dispor de estacionamento para angariar clientela é de presumir-se seu dever de guarda dos veículos ali estacionados, sendo indenizável o prejuízo decorrente de furto.

Precedentes do STJ: REsps nºs 4.805, 5.905, 8.754, 10.148, da 4ª Turma, e nºs 4.582, 5.886, 6.366, 6.517, 6.980, 8.295, 9.022, 10.962, 12.603 e 12.699, dentre outros.

**Recurso conhecido pelo dissídio e provido.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso especial e em lhe dar provimento. Votaram com o relator os Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade.

Custas, como de lei.

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

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Cuida-se de recurso especial admitido na origem, de decisão a rejeitar embargos infringentes interpostos de acórdão que, por votação majoritária, deu provimento à apelação para julgar improcedente ação indenizatória movida por proprietário de motocicleta furtada no pátio do estacionamento do estabelecimento de crédito do recorrido.

Invoca o inconformado divergência do acórdão com julgado desta Corte Superior e contrariedade ao art. 159 do Código Civil.

Sustenta o recorrido a inexistência de contrato de depósito e ausência de culpa do banco, que não pode ser presumida.

Relatei.

## VOTO

### EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE MOTOCICLETA. ESTACIONAMENTO DE BANCO.

Ante o interesse da empresa em dispor de estacionamento para angariar clientela é de presumir-se seu dever de guarda dos veículos ali estacionados, sendo indenizável o prejuízo decorrente de furto.

Precedentes do STJ: REsps nºs 4.805, 5.905, 8.754, 10.148, da 4ª Turma, e nºs 4.582, 5.886, 6.366, 6.517, 6.980, 8.295, 9.022, 10.962, 12.603 e 12.699, dentre outros.

Recurso conhecido pelo dissídio e provido.

O EXMO SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): O Superior Tribunal de Justiça tem posição firme acerca da responsabilidade de empresas comerciais pelo furto de veículos no interior de estacionamento por elas oferecido aos seus clientes.

Em uma das primeiras manifestações sobre a matéria, decidiu a 4ª Turma:

### “RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO.

Embora inexistente pagamento direto, a empresa tem manifesto interesse econômico em dispor de local para estacionamento de carros, eis que atualmente este é fator o mais

ponderável no angariar e atrair clientes. Presumível, assim, um dever de guarda dos veículos ali estacionados, salvo se ostensivos avisos comunicam que a empresa não assume tal encargo. Caso em que as circunstâncias indicam a assunção do ônus.

Recurso especial, pela letra c, não conhecido” (REsp nº 5.905, de 04.12.90, rel. Min. Athos Carneiro, DJ de 11.03.91).

Poucos meses depois, aquela mesma Turma desta Corte Superior, a apreciar caso de interesse de estabelecimento comercial, sem especificação do ramo comercial, pelo menos na ementa, decidiu:

“INDENIZAÇÃO. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO.

O estabelecimento comercial responde pelo prejuízo resultante do furto de veículo ocorrido em seu estabelecimento.

Dissídio jurisprudencial superado. Princípio da Súmula nº 286 do Supremo Tribunal Federal.

Recurso especial de que não se conheceu. Unânime.” (REsp nº 10.148, de 18.06.91, rel. Min. Fontes de Alencar, DJ de 07.10.91).

Neste último acórdão já não há mais ressalvas quanto a avisos ostensivos de exoneração da responsabilidade. Observo que em ambos o reconhecimento da responsabilidade decorre de uma presunção do dever de guarda face ao interesse da empresa para angariar clientela. Esse fundamento vem de ser destacado, em sede de doutrina, pela Dra. Cláudia Lima Marques, desta forma: “O Superior Tribunal de Justiça já considerou que mesmo sendo gratuito o estacionamento, se o serviço é “prestado no interesse do próprio incremento do comércio”, por *shopping center* ou por supermercado, há um dever de vigilância e de guarda. De regra os contratos gratuitos estão excluídos do campo de aplicação do CDC, mas tendo em vista estas últimas manifestações da jurisprudência, a sua inclusão como “contrato de consumo *sui generis*” ou pré-contrato de consumo não parece de todo impossível” (Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, Ed. RT, 1992, p. 84).

Em outro caso de furto em estacionamento de restaurante ainda a douta 4ª Turma prolatou o seguinte acórdão, onde adota claramente a tese da responsabilidade contratual, ao que suponho, em decorrência da caracterização do contrato de depósito do veículo, no caso, ou como conseqüência da prestação de serviços de alimentação, naturalmente remunerados:

**“RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. FURTO DE VEÍCULO DO ESTACIONAMENTO DE RESTAURANTE. DEVER DE GUARDA.**

O dever de guarda decorre da entrega do veículo, pelo cliente ao preposto do estabelecimento, donde a responsabilidade pela indenização se o manobrista passa as chaves a outrem que não o proprietário, pouco importando se ocorreu roubo, ou se simplesmente o empregado foi enganado pelo autor da subtração.

Inanidade de cláusula de não indenizar, impressa no tickete comprobatório do depósito.

Recurso especial conhecido pelo dissídio pretoriano, mas ao qual se nega provimento.” (REsp nº 8.754, de 30.04.91, rel. Min. Athos Carneiro, DJ 20.05.91).

As conclusões desta Turma não destoam daquela. Com efeito em numerosos acórdãos dos quais foi relator o eminente Ministro Waldemar Zveiter (REsps nºs 4.582, de 16.10.90, DJ de 19.11.90, 6.366, de 19.02.91, DJ de 25.03.91, 6.517, de 19.02.91, DJ de 08.04.91, 6.980, de 11.03.91, DJ de 08.04.91, 8.295, de 02.04.91, DJ de 29.04.91 e 13.502, de 31.10.91, DJ de 02.12.91, estes encontrados no nosso banco de dados) reafirmada foi a tese da responsabilidade, salientando o Sr. Ministro-Relator a comprovação do contrato de depósito, fundamento também destacado no REsp nº 5.886, de 19.02.91, DJ de 08.04.91, relator o eminente Ministro Nilson Naves. Noto que, de início, o não menos ilustre Min. Eduardo Ribeiro dissentiu da Turma, entretanto, posteriormente, aderiu à maioria, ainda que motive suas conclusões de acordo com esta ementa de sua autoria:

**“RESPONSABILIDADE CIVIL — ESTACIONAMENTO DE VEÍCULO — FURTO.**

Responde aquele que propicia local para estacionamento, uma vez que mantinha algum aparato que sugeria também oferecer segurança.” (REsp nº 12.699, de 03.09.91, DJ de 16.10.91).

Também tenho procurado fundamentar minhas decisões fora da responsabilidade contratual por me parecer que o interesse da empresa presume o dever de guarda. Daí haver ementado os REsps nºs 9.022, de 28.03.91, 10.962, de 28.06.91, 12.603, de 25.11.91, da seguinte maneira:

**“RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTACIONAMENTO. SUPERMERCADO. FURTO.** Ante o interesse da empresa em dispor de estacionamento para angariar clientela é de

presumir-se seu dever de guarda dos veículos ali estacionados, sendo indenizável o prejuízo decorrente de furto.

Recurso especial conhecido pelo dissídio, porém desprovido.”

Boa doutrina brasileira averba e acolhe essa motivação e mais do que isso se harmoniza com as conclusões desta Corte.

Yussef Said Cahali, em artigo intitulado “Furto de Veículos em Estabelecimentos de *Shopping Center*”, in *Shopping Centers (Questões Jurídicas)*”, São Paulo, Saraiva, 1991, faz estas considerações:

#### “5. ESTACIONAMENTOS DAS EMPRESAS, BANCOS, HOTÉIS E RESTAURANTES.

Responde pela indenização a empresa que, possuindo estacionamento para visitantes, permite que estranhos nele adentrem sem a devida identificação, vindo a furto de veículo ali estacionado (RT, 606:78); do mesmo modo, “o empregador que admite a permanência de veículos dos empregados em seu estacionamento junto ao local de trabalho responde pelos danos que estes venham a sofrer, existindo aí autêntico depósito, ao qual é inerente o dever de incolumidade do depositário em relação aos bens depositados” (RT, 607:39; RJTJESP, 103:150).

Igualmente, os bancos respondem pelo furto de veículos verificado em estacionamentos junto às suas agências: a autora deixou seu veículo no estacionamento mantido pelo banco-réu, no qual trabalha um funcionário responsável pela guarda e entrega do comprovante de depósito; logo, se concordou o banco em receber o veículo, ainda que por mera cortesia e gratuitamente, responde civilmente como depositário; a facilidade na oferta de estacionamento, em tais casos, constitui forma de atrair clientes, caracterizando-se como compensação de serviços (6ª Câmara do TJSP, Ap 112.870-1, 15-6-1989).

Tratando-se de estacionamento junto aos hotéis, para utilização por seus hóspedes, ainda que sob o pálio da cortesia, a pretensa gratuidade da utilização assim permitida é apenas aparente, em razão do natural repasse dos custos de sua manutenção no preço da diária tarifada. Desse modo, permite-se identificar, nesta prestação de serviço, elementos próprios do contrato de depósito ou de guarda, com a conseqüente obrigação de vigilância, a sugerir a responsabilidade do estabelecimento hoteleiro em caso de furto de veículo ali estacionado.

Portanto, ainda que não haja uma remuneração extra pela utilização do estacionamento, trata-se de um serviço prestado

profissionalmente pelo estabelecimento hoteleiro, que, embora proclame tratar-se de cortesia, é compensado com a renda auferida na cobrança da diária.

Por outro lado, dentro da mesma linha, vem-se consolidando a jurisprudência no sentido de que responde o restaurante pelo furto de veículo entregue aos cuidados de seu manobrista para estacionamento e guarda, sem que as chaves tivessem sido devolvidas ao cliente (RT, 515:120 e 584:73; RJTJESP, 42:192; 1ª Câmara do TJSP, EI 77.793-1, 27-10-1987, maioria).

Conforme ressaltamos em acórdão da 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, “a gratuidade de serviço prestado aos proprietários de veículos, que se servem do estabelecimento (restaurante) da ré, não se presta para excluir-lhe a responsabilidade, pela guarda dos mesmos: tal responsabilidade emerge exatamente do ‘serviço’ complementar assim prestado pelo estabelecimento comercial àqueles que o buscam, exatamente em razão da comodidade que propicia” (8-4-1986, Rel. Yussef Cahali, RJTJESP, 102:101). Interposto recurso extraordinário, dele não conheceu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (10-6-1988, Rel. Célio Borja, RTJ, 126:452).

Caio Mário da Silva Pereira refere-se a um conjunto de fatos que evidencia o “depósito” do veículo, e em consequência a responsabilidade do restaurante: o cliente do restaurante deixa o seu carro com um empregado da casa, que o recebe contra a entrega de um *ticket*, e o conduz, devolvendo-o ao dono quando termina esta refeição. A tradição do veículo é caracterizada por dois elementos determinantes: o *ticket* com que o proprietário identifica o veículo e a permanência das chaves com o “guardador”, ou a colocação delas em um painel, de onde são retiradas por ele, para ser de novo movimentado e devolvido. Ocorre ainda que o veículo é dirigido ou manobrado da porta do restaurante até o local onde é deixado, e, vice-versa, trazido de volta para entregar ao dono por preposto da casa. O proprietário, sem deixar de sê-lo, transfere momentaneamente a guarda do veículo, mediante a relação contratual do depósito, ficando o restaurante, como depositário, sujeito a reparar o dano, no caso de ser o veículo furtado. A **transferência da guarda** para o restaurante consiste no fato de o guardador ou manobrador ser um “preposto”, mesmo que não inscrito no quadro de empregados (**Responsabilidade Civil**, cit. nº 199, p. 250).

Porém, já se decidiu que a responsabilidade deve ser reconhecida, se furtado o veículo ainda que estacionado em via

pública, mas sob controle e vigilância do proprietário do restaurante (RJTJESP, 95:138), o que nos permite afirmar que existe a obrigação de vigilância ainda que o proprietário do veículo o manobre pessoalmente para estacioná-lo na área reservada pelo restaurante para este fim aos seus clientes, enquanto estes tomam sua refeição, sem necessidade da entrega das chaves do veículo ao manobrista ou o recebimento de algum *ticket*.

O estacionamento assim oferecido aos clientes do restaurante integra os serviços prestados aos fregueses, compensados estes com a atração de pessoas, com repasse natural no custo das despesas do estabelecimento, coberto pelos preços da refeição." (págs. 238/240).

*In casu*, o acórdão está assim motivado:

"O pátio de estacionamento dos estabelecimentos comerciais visa facilitar os seus clientes e frequentadores, dado que nas grandes cidades as ruas ficam apinhadas de veículos e o trânsito sufocado pela quantidade de automóveis e veículos de todas as espécies. Há que se distinguir, portanto, os estacionamentos pagos em que o depositário presta um serviço ao depositante, cobrando, por isso, pela guarda do veículo e aqueles em que se oferece ao usuário apenas um local onde estacionar, sem qualquer responsabilidade do dono do estacionamento pela guarda.

E nem se diga que o empresário ou comerciante em casos como o dos autos usufrua do estacionamento para aumentar, à custa disso, a sua clientela. Quem se serve de um estacionamento bancário procura-o pela sua idoneidade e confiança depositada e não pela comodidade da existência de um mero pátio de estacionamento no local. Os fundamentos do respeitável acórdão da E. Primeira Câmara que serviu de paradigma à douta decisão de primeiro grau, *data venia* não se aplicam ao caso dos autos, em que não há contrato de depósito e nem qualquer interesse em captar a freguesia pelos serviços propiciados pelo estacionamento referido." (fls. 109).

Mas, no voto vencido, onde se encontram argumentos coincidentes com os deste Tribunal Superior, lê-se:

"Nenhum reparo a meu ver merecia a muito bem lançada sentença guerreada de fls. 74/83, da lavra do ilustre Magistrado Dr. ALCEU PENTEADO NAVARRO, cujas razões de decidir aqui se incorporam.

Veja-se.

Proclama o banco que sem qualquer intenção ou exigência, cede espaço seu para qualquer pessoa que se dirija aos seus

departamentos ou setores. Nada cobra e pois nada lhe pode ser exigido, não configurando a relação, contrato de nenhuma natureza.

A colocação é especiosa e não reflete bem a realidade. Em verdade discutível o caráter não oneroso da oferta de estacionamento, presente a menos que traduza a tal liberalidade, manifesta assunção de prejuízo pela entidade bancária, mais próxima de moldar-se a hipótese, a do embutimento alhures, desses custos.

Aliás, posta a defesa a nu e pois na prática e equiparado o estacionamento bancário a via pública, inexplicável a presença das inexpurgáveis defensas circundantes (reveja as fotos de fls. 14/21), guarita, etc.

Deriva de tudo pois que se as mencionadas grades e guarita não servem para finalidade prática de defesa, ao menos e do ponto de vista do homem comum induzem à expectativa e convicção de segurança.

E esses sentimentos e indução de presunção bastam para sustentar a procedência do pedido e pois, o reconhecimento do direito do autor” (fls. 110/111).

Na verdade, a douda sentença traz excelentes subsídios para o debate com citas, inclusive, de autores clássicos. Veja-se o trecho final do provimento judicial:

“Vem como luva para o caso dos autos o seguinte critério para a verificação da culpa: *“Los hombres, para vivir y para obrar, necesitan tener confianza los unos en los otros. Todo hombre, por lo tanto, tiene el deber de potarse de tal modo que los terceros no se encuentran engañados en la confianza que necesitan tener en él. De donde nace la primera regla de que la responsabilidad civil existe siempre que que esta necesidad de confianza no ha sido satisfecha”* (cf. AMBROISE COLIN y HENRI CAPITANT, Curso Elemental de Derecho Civil, ed. Réus, Madrid, 1960, t. III, pág. 800). Logo, se o autor teve confiança no “Bradesco Estacionamento” (placa mostrada na foto de fls. 14), este deveria justificar a confiança do seu cliente, vigiando com eficiência o veículo estacionado.

Releva notar, por oportuno, que o exame da doutrina e da jurisprudência é de suma importância para a solução do litígio, posto que *“Toda la teoria de la culpa se ha construído según los principios y la jurisprudencia; los textos son totalmente insu-*

*ficientes, y casi ninguna ayuda nos han prestado”* (cf. MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, Tratado Elemental de Derecho Civil, ed. Cajica, Puebla, México, 1945, vol. VI, nº 863, pág. 526). De fato, *“el avance de las concepciones socializantes ha llevado a una reforma a fondo de nuestro pensamiento jurídico, que exige imperiosamente una nivelación de los daños conforme a las ideas modernas sobre la justicia social”* (cf. LUDWIG ENNECCERUS y HEINRICH LEHMANN, Derecho de Obligaciones, ed. Bosch, Barcelona, 1966, t. II, vol. II, 2ª parte, § 229, IV, pág. 1.024)” (fls. 82).

Em face de tais considerações e a reiterar meu entendimento de que a responsabilidade do banco ou de qualquer empresa que mantém estacionamento para seus clientes radica no âmbito do risco profissional do empreendimento, em decorrência do proveito auferido, ainda que indireto, entendo que a sentença modificada pela decisão de 1º grau deva ser, *data venia*, restaurada.

Diante do exposto, comprovada a divergência, conheço do recurso para dar-lhe provimento.

É como voto.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, esclareceu o eminente Relator haver aparência de segurança.

Acompanho S. Exa. pelos fundamentos do voto que proferi no Recurso Especial nº 6.366-SP, nos seguintes termos:

“A questão posta nos autos é relativamente nova, sobre ela não se podendo ainda apontar entendimento firme. Variam as soluções, desde as mais rigorosas, quanto ao dever de guarda, às que só o reconhecem quando reunidos requisitos capazes de vislumbrar um autêntico contrato de depósito, ainda que verbal.

Claro está que quando se possa afirmar ter-se concluído, tacitamente embora, contrato com aquela natureza, não haverá dúvida de que surge para o depositário o dever de guarda, e conseqüente responsabilidade por indenizar, em caso de perda ou danificação do bem. Ocorre que o contrato de depósito, que tem natureza real, só se perfaz com a efetiva entrega da coisa. Ora não se me afigura possível vislumbrar exista tradição, com o simples fato de alguém permitir que outrem se utilize de

determinado espaço para estacionar seu veículo. Nesse ponto, permito-me divergir do eminente relator.

Colocam alguns, como decisiva, a circunstância de ser cobrada alguma importância. Embora de relevo, não se me afigura baste para a solução de todos os casos.

Em primeiro lugar, pode haver responsabilidade, mesmo sem o pagamento. Quando um estabelecimento comercial propicia a seus clientes área para que estacionem seus veículos, é evidente que não agem apenas por serem seus dirigentes pessoas corteses, desejosas de agradar ao próximo. Não se trata de procedimento desinteressado, mas que objetiva captar clientela. A compensação estará nas maiores vendas.

Por outro lado, embora não seja freqüente, pode ocorrer que alguém franqueie o uso de um terreno, recebendo por isso remuneração, mas fique claro que não assume qualquer dever de guarda. É comum nas cidades grandes a cobrança, pelo Poder Público, de certa importância para que se possa deixar o veículo na rua, à beira da calçada. O pagamento é contraprestação apenas pelo uso do bem público. Nunca se sustentou, que eu saiba, resultasse daí qualquer dever de vigilância.

Sustenta outra corrente que a pedra-de-toque estará no fato de haver controle de entrada e saída. Assim, quando o proprietário do veículo recebesse um *ticket*, comprobatório de que o deixara no local, cuja apresentação seria necessária para retirá-lo.

O fato tem importância, mas é necessário melhor explicá-lo. Não é a circunstância de receber-se um comprovante que dá nascimento ao dever de custódia. Importa que isso indicia haver o proprietário do estacionamento chamado a si a guarda da coisa.

Tenho como destituída de fundamento a afirmação, que ousou qualificar de simplista, no sentido de que o comerciante assume a custódia, podendo ser responsabilizado pelos danos sofridos pelo bem, pelo simples fato de facultar um local onde possa ser deixado.

Note-se a situação desigual e injusta que se criaria. Um estabelecimento que se encontre perto de área pública, onde possam os veículos ser estacionados, não se exporia ao problema. Os fregueses dela se valeriam e não teria o comerciante responsabilidade alguma pela guarda. Já um outro, menos

favoravelmente situado quanto a isso, haveria de adquirir um terreno e ensinar que a clientela dele se valesse. Junto com isso, segundo o entendimento a que reacusado adesão, estaria necessariamente criado o dever de custodiar os veículos. Não se percebe porque haja de ser assim. Porque não possa ser apenas propiciada a facilidade de estacionamento.

Outra, a meu ver, a circunstância que se há de ter em conta. Ao destinar determinado local para que a clientela possa deixar seus veículos, cria-se um atrativo, pelas facilidades daí decorrentes. Pode o comerciante, entretanto, considerar conveniente aumentar o fator de captação. Para isso oferece algum tipo de segurança. Os fregueses afluirão em maior número, em virtude dessa outra vantagem. Não será necessário que de modo algum se explicita que os freqüentadores do estabelecimento usufruirão desse outro benefício. Isso resulta das próprias condições do lugar, aptas a criar no usuário a idéia de que ali se dispensa segurança.

Cria-se assim um vínculo entre quem se utiliza do estacionamento, certo de que devidamente protegido, e o dono do estabelecimento que auferir os proveitos de vê-lo mais procurado.

Dir-se-á que será penalizado justamente aquele que se dispôs a propiciar alguma garantia aos clientes e que melhor, então, não o fazer. O argumento, a meu ver, não teria procedência. Repita-se. O comerciante oferece condições melhores porque isso é bom para os negócios. Cabe-lhe avaliar os custos e os benefícios.

No caso concreto, as circunstâncias de fato, salientadas pelo acórdão, permitem a conclusão de que havia algum aparato, capaz de criar a convicção de que se oferecia segurança. O recorrente assume a responsabilidade.

Como o relator, considero insuficientemente demonstrado o dissídio. E a violação da lei não ocorreu.”

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, apenas faço a ressalva nos fundamentos que tenho adotado, e, na conclusão, acompanho o eminente Ministro-Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.991-0 — SP — (91.19751-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Paulo Roberto de Oliveira Brandão. Advs.: Marcia A. da Silva Annunciato e outros. Recdo.: Banco Bradesco S/A. Advs.: Wilson Aparecido Mena e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 30.06.92 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



## RECURSO ESPECIAL Nº 15.005 — RJ

(Registro nº 91.19765-3)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Rel. p/ Acórdão: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Sindicato dos Corretores de Imóveis do Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Milton Caravellas*

Advogados: *Drs. José Danir Siqueira do Nascimento e Enéas Rangel Filho*

### **EMENTA: PENAL. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO.**

**Anulado o processo, inclusive a denúncia e seu recebimento, fixa-se o marco interruptivo da prescrição na data do recebimento da denúncia válida.**

**Recurso especial conhecido, por maioria, pela letra a, e provido para, afastada a prescrição, determinar-se o prosseguimento do julgamento da apelação.**

## 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 do recurso e dar-lhe provimento para anular o v. acórdão recorrido, nos termos do voto do Sr. Min. Assis Toledo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de dezembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator p/ Acórdão.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Trago a julgamento recurso especial esgrimado nas alíneas *a* e *c*, inciso III, art. 105, da CF/88, interposto pelo SINDICATO DOS CORRETORES DE IMÓVEIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (fls. 475/480), assistente da acusação, irresignado com o v. aresto de fls. 462/464, proferido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, decretando a prescrição punitiva, *in litteris*:

*“Eventuais defeitos da denúncia devem ser alegados pelo réu antes da sentença, não sendo lícito reservar-se para invocá-los após a decisão que lhe desfavoreceu.*

*No concurso de crimes em que o agente foi condenado, examinar-se-á a ocorrência da prescrição tendo em vista a pena de cada um dos delitos, isoladamente, para declarar a extinção da punibilidade” (fl. 462).*

Opostos embargos declaratórios, esclareceu o Tribunal que aditamento de denúncia *“não tem o condão de interromper o lapso prescricional”*.

Extrai-se dos autos que, inicialmente, fora o réu denunciado como infrator dos arts. 168 e 339 c/c o art. 51, *caput*, e 41, todos do Código Penal (fls. 02/02 v. — apenso), tendo o recebimento se dado em 31 de março de 1981.

Posteriormente, a 19 de julho de 1983, após ter o próprio Ministério Público se manifestado pela errônea tipificação do fato delituoso e equivocado rito processual, o MM. Juiz declarou nulo o processo.

Em 28 de julho de 1983, por termo de rerratificação, o *parquet* alterou a classificação dos delitos indicados na denúncia de fls. 02/02 v. (apenso), imputando ao recorrido, pelos mesmos fatos, a infração dos arts.

312 e 339 c/c o art. 51, § 1º, c/c art. 51, *caput*, todos do CP (fl. 302), tendo o Juiz despachado:

*“Recebo a denúncia de fls. Designe-se data para interrogatório. Cite-se. 24/2/84” (fl. 307).*

Por final, a 26 de março de 1990, sobreveio sentença condenatória aplicando ao réu penas de quatro anos de reclusão e de quatro anos e seis meses de reclusão, como infrator, respectivamente, do art. 312 e do art. 339, ambos do CP, tendo a última apenação decorrido de concurso formal, à vista de que foram dez o total de vítimas (fls. 418/422).

O recorrente sustenta que foi negada vigência aos arts. 109, inciso IV, e 117, inciso I, do Código Penal, eis que “o prazo prescricional, na espécie, deve ser contado a partir de 24.02.84, data do recebimento da denúncia válida e não de 31.03.81, data da denúncia que foi anulada”.

Traz à colação, para demonstrar o dissídio, o HC nº 57.521-MT, STF, Rel. Min. THOMPSON FLORES, RTJ 95/1.058; Revisão Criminal n. 1.002, TJSC, RT 479/379; RTJ 65/8, 59/794, 32/677; RT 467/447, 474/305; RJTJESP 32/283.

Contra-arrazoado às fls. 490/493, o Especial foi admitido pelos dois fundamentos (fls. 501/504).

Opina o Dr. EDINALDO DE HOLANDA, ilustrado Subprocurador-Geral da República, pelo provimento do recurso, pois o despacho primitivo de recebimento da denúncia foi anulado não somente visando a uma nova classificação dos delitos, mas porque dependia de prévio ato processual, qual seja a defesa preliminar do acusado. O despacho anulado não constitui termo para a aferição de decurso prescricional (fls. 513/514).

Relatei.

## VOTO

**EMENTA: PROCESSUAL E PENAL. DENÚNCIA. RERRATIFICAÇÃO NÃO INTERROMPE O PRAZO PRESCRICIONAL.**

*1. As causas interruptivas do lapso prescricional encontram-se taxativamente enumeradas no artigo 117, do Código Penal. Desse modo, despacho que recebe rerratificação de denúncia que, só e só, corrigiu a configuração jurídica do fato anteriormente descrito, não tem força para interromper o curso da prescrição. Trata-se de mero aditamento sem outras conseqüências.*

*2. Recurso Especial conhecido, mas desprovido.*

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): Examino o recurso especial apenas pela letra *a* do permissivo constitucional, uma vez que o recorrente limitou-se a transcrever duas ementas, que não guardam similitude com a matéria decidida no acórdão recorrido.

O caso, conforme ressei do relatório, tem peculiaridades que devem ser realçadas.

O Promotor de Justiça ofereceu denúncia contra MILTON CARAVELLAS por infração dos artigos 168 e 339 do Código Penal, sendo recebida a 31.3.81.

Iniciada a instrução, o Promotor de Justiça requereu ao Juízo a anulação do processo, *“a partir da denúncia, inclusive, para que o fato seja processado na forma do direito vigente”*, promoção que foi acolhida despachando o Juiz:

*“Em conseqüência declaro nulo o processo desde o recebimento da denúncia que deverá ser rerratificada”* (fls. 289).

Então, veio o termo respectivo onde se lê que o Promotor de Justiça compareceu *“para RETIFICAR a classificação dos crimes imputados ao acusado MILTON CARAVELLAS”* (fls. 302).

Notificado, o denunciado apresentou defesa preliminar e o juiz recebeu a mesma peça vestibular.

O Ministério Público não descreveu fato novo. Aproveitou a denúncia oferecida e recebida pelo mesmo Juízo e, exclusivamente, corrigiu a classificação do delito. Daí haver o acórdão decidido:

***“PECULATO E DENUNCIÇÃO CALUNIOSA, EM CONCURSO FORMAL. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO.***

*O aditamento da denúncia através de rerratificação para tão-somente adequar a classificação jurídica do crime de apropriação indébita para peculato, não tem o condão de interromper o lapso prescricional, visto que como tal aditamento somente interromperia a prescrição se descrevesse fato novo, o que não ocorreu in casu, sendo irrelevante a errônea capitulação do evento, pois o acusado defende-se dos fatos descritos, e não da capitulação.*

*Daí ter o decisum decretado a prescrição contando como marco inicial para interrupção do prazo a data do recebimento da peça exordial.*

*Embargos parcialmente acolhidos.”* (fl. 470)

O julgado, penso, não merece censuras, porquanto o **novo** recebimento da denúncia seria de considerar-se como tendo validade para interromper o prazo prescricional, caso o termo de rerratificação tivesse descrito novo fato criminoso. Aqui, como demonstrado, somente a classificação jurídica do fato foi retificada, permanecendo integralmente a descrição da denúncia sem uma palavra de novidade.

O Supremo Tribunal Federal, em caso de ação penal instaurada perante Juízes declarados incompetentes, mas cujas denúncias foram rerratificadas e recebidas no Juízo competente, entendeu que rerratificação não constitui aditamento, mas autêntica renovação da denúncia (RTJ vol. 90, p. 458/459).

Aqui, embora o mesmo Juízo tenha recebido a rerratificação, limitada à nova classificação legal do fato, penso que se trata de um simples aditamento.

Observe-se que a anulação do processo foi desarrazoada.

O rito a ser observado pelo art. 513 e seguintes do Código de Processo Penal refere-se aos crimes de responsabilidade de funcionário público, o que não é o caso dos autos, pois se trata de malversação ou dilapidação de patrimônio de entidade sindical, equiparado a peculato, de acordo com o art. 552, da Consolidação das Leis do Trabalho. De conseguinte, a anulação do processo era totalmente desnecessária (RTJ 109/135).

A ser assim, nenhum crime prescreverá. Basta que o Promotor requeira e o Juiz, em qualquer fase processual, decrete a nulidade dos atos praticados, fazendo-se nova capitulação do fato criminoso quantas vezes quiser.

A nulidade, segundo o art. 564, III, *a*, do Código de Processo Penal, seria por falta da denúncia. Na hipótese em julgamento terá havido no máximo um aditamento, aliás dispensável, porquanto o denunciado defende-se dos fatos tidos como criminosos e não da classificação contida na peça inaugural. Enfim, o Juiz ao prolatar a sentença a essa classificação não se acha jungido.

Nunca é de esquecer a lição de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO segundo a qual *“uma denúncia recusada, pelos motivos consignados em lei, é inoperante, para a interrupção do prazo prescricional. Se nova denúncia for oferecida, e então recebida, dessa data é que se tem por interrompida a prescrição”* (“Comentários ao Código Penal”, vol. IV, nº 167 da ed. de 1953).

Ora, como demonstrei a denúncia não foi rejeitada e nem modificados os fatos que ele narrou. Ao contrário, permaneceu a mesma ainda tenha havido outro despacho recebendo-a.

Ora, tanto a rerratificação quanto o aditamento não interrompem a prescrição. Faz-se exceção apenas se o aditamento refere-se a fato novo, o que, repito, não aconteceu.

O extinto Tribunal Federal de Recursos entendeu:

**“CRIMINAL. PRESCRIÇÃO. ADITAMENTO DA DENÚNCIA.**

*Não implica em interrupção da prescrição o aditamento da denúncia já recebida, tanto mais que na peça acusatória inicial já haviam sido mencionados os fatos relativos ao crime de falsificação, embora não tivesse havido referência ao art. 299, do Código Penal, que veio a ser expressamente indicado no aludido aditamento. (ACr 4.401-BA, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO. 2ª Turma. DJ 8.10.81).” (RTJ, vol. 51, pág. 3).*

O Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo decidiu:

*“O que interrompe o curso da prescrição é o recebimento da denúncia e não o aditamento, que cuidou de dar a exata capitulação do delito anteriormente descrito” (JUTACRIM nº 27/346. Rel. Juiz VALENTIM SILVA).*

Esta Quinta Turma, no REsp nº 13.461-SP de que fui Relator, resolveu:

**“PENAL. PRESCRIÇÃO. DENÚNCIA ANULADA POR INEPTA NÃO INTERROMPE O LAPSO PRESCRICIONAL.**

*1. A denúncia recebida, mas anulada em grau de recurso por inepta, não interrompe o curso do prazo prescricional, pois o que é nulo não produz efeitos. O recebimento da denúncia considerado válido é que interrompe o lapso do prazo prescricional.*

*2. Recurso Especial conhecido e provido” (DJ de 04.11.91).*

A hipótese é, pois, bem diversa, o que me leva a não conhecer do recurso especial.

É o voto.

**VOTO**

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, realmente, o presente processo revela uma série de equívocos. Não haveria necessi-

dade de nova denúncia apenas para a reclassificação do delito; bastaria que o Juiz, na ocasião própria, aplicasse o artigo 383 ou 384 do Código de Processo Penal. Por outro lado, é certo igualmente que não se tratando de funcionário público, mas de servidor de sindicato, não haveria necessidade de aplicação do rito procedimental especial do art. 513 e seguintes do Código de Processo Penal. Se a questão ficasse apenas na existência de anulação da denúncia, ou não, não teria dúvida em acompanhar o eminente Ministro-Relator, considerando apenas uma expressão técnica inadequada a referência à anulação da denúncia pelo Juiz e pelo Promotor.

Não obstante, verifico que há mais do que isso neste processo: é que o Juiz considerou o rito procedimental anterior inadequado, por isso o anulou e imprimiu um novo rito especial, no qual o primitivo recebimento de denúncia não poderia subsistir ante o que dispõem os arts. 513 e 514 do Código de Processo Penal, segundo os quais o recebimento da denúncia só se pode efetivar após a audiência do acusado. Diante disso, parece-me que não se pode interpretar o despacho em foco como tendo utilizado de maneira não técnica a expressão “anulação do processo”; e, uma vez anulado o processo, sem que contra essa decisão tivesse sido interposto recurso adequado, não será possível nesta altura continuar extraindo efeitos desse ato anulado.

Em razão disso, não obstante esteja de acordo, em tese, com as considerações constantes do voto do Ministro-Relator, parece-me que a circunstância peculiar acima apontada (troca de rito procedimental) cria um obstáculo intransponível à não aceitação da alegação de que o marco interruptivo da prescrição está no recebimento da denúncia válida, ou seja, no segundo recebimento da denúncia.

Por essas razões, pedindo vênias ao eminente Ministro-Relator, considero que houve realmente negativa de vigência ao art. 117, inciso I, do Código Penal, c/c o art. 109, IV, do mesmo estatuto, e tenho por não ocorrente, no caso, a prescrição, razão pela qual conheço do recurso pela letra *a* para cassar o acórdão recorrido nesse aspecto, determinando o prosseguimento do julgamento para exame de outras questões residuais.

É o meu voto.

#### VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, não obstante as respeitáveis considerações do Sr. Ministro Assis Toledo,

que me antecedeu neste julgamento, sem comprometimentos maiores com a questão, porquanto espero ter a oportunidade de adentrar em autos que decerto virão noutra ocasião, acompanho o voto do Eminentíssimo Ministro Costa Lima.

É o voto.

### VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Presidente): Com a devida vênua do Sr. Ministro-Relator, entendo que, havendo o Dr. Juiz anulado o processo a partir do recebimento da denúncia e imprimido um novo rito processual, com base nos arts. 513 e seguinte do Código Processual Penal, é a partir desta data que se deve considerar o início do prazo interruptivo.

Com estas considerações, acompanho o voto do eminente Ministro Assis Toledo, para conhecer do recurso pela letra *a* e dar-lhe provimento.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 15.005 — RJ — (91.0019765-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Costa Lima. Recte.: Sindicato dos Corretores de Imóveis do Estado do Rio de Janeiro. Recdo.: Milton Caravellas. Advs.: José Danir Siqueira do Nascimento e Enéas Rangel Filho.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento para anular o v. acórdão recorrido, nos termos do voto do Sr. Min. Assis Toledo, que lavrará o acórdão (em 11.12.91 — 5ª Turma).

Os Srs. Mins. Flaquer Scartezzini e José Dantas votaram com o Sr. Min. Assis Toledo. Votaram vencidos os Srs. Mins. Relator e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.



### RECURSO ESPECIAL Nº 16.827-0 — MG (Registro nº 91.24060-5)

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

Recorrentes: *Ana Cláudia Vieira e outro*

Recorrida: *Dinah Boaventura Soares*

Advogados: *Drs. Antônio Caixeta Ribeiro e outros, e Libêncio José Mundim da Fonseca e outros*

Sust. oral: *Dr. Antônio Caixeta Ribeiro (pelos recorrentes)*

**EMENTA:** Filho adulterino. Reconhecimento pelo pai na constância do casamento, em testamento público. É válido o ato, uma vez dissolvida a sociedade conjugal com a morte do testador. Precedente do STJ aplicável à espécie: REsp 6.821. 2. Direito superveniente: CF/88, art. 227, § 6º, Lei nº 7.841/89 e Lei nº 8.069/90, art. 26. Hipótese onde, em reforço, tomaram-se em consideração as leis editadas após a propositura da ação. Cód. de Pr. Civil, art. 462. 3. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença, que julgou improcedente a ação ordinária de nulidade de testamentos.

## ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 3 de novembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Foi o recurso especial admitido por este despacho do Desembargador Vaz de Mello, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“Trata-se de ação ordinária de nulidade de testamentos movida por Dinah Boaventura Soares contra as menores Ana Cláudia Vieira e Vera Lúcia Vieira, representadas pela mãe Evangelina Vieira Chaves.

Alega a autora que são nulos os testamentos deixados pelo seu falecido marido João Soares Zico, sob a forma pública, reconhecendo as menores como filhas e atribuindo-lhes a metade disponível de seus bens. E assim porque o reconhecimento de filhos adulterinos, na constância do casamento, só pode ser feito através de testamento cerrado. Ademais, o testador era estéril e não dispunha de plena capacidade à época da celebração dos atos, abalado que se encontrava por grave enfermidade, acrescentando, ainda, a inobservância de formalidades essenciais exigidas pelo art. 1.632 do Código Civil.

Na contestação, as rés procuram demonstrar a improcedência das afirmações feitas na inicial, dizendo que o reconhecimento da paternidade, embora feito por testamento público, atingiu o objetivo da lei, que é o da preservação da família e do vínculo matrimonial do testador.

A utilização da via judicial, através de ação de investigação de paternidade, seria providência inútil pois já feito o reconhecimento pelo próprio pai, em documento público e na presença de testemunhas.

Assim, não procede a pretendida nulidade do ato de reconhecimento das menores.

O segundo testamento, a exemplo do primeiro, é também válido, pois não foram apontadas pela autora as formalidades que teriam sido inobservadas. Há, inclusive, declaração do oficial de que foram cumpridas as exigências da lei.

Irrelevante, por outro lado, o local da lavratura dos testamentos — o apartamento da amásia — já que inexistente qualquer disposição legal a respeito.

A alegada esterilidade do testador, por sua vez, não ficou demonstrada. A autora apresentou, para provar tal fato, apenas um exame médico, datado de 26.12.67, sete anos antes do nascimento da primeira filha e que comprova, exatamente, o oposto do que fora alegado.

A ausência de capacidade para a prática dos testamentos não pode, também, ser acolhida, já que o testador esteve sempre à frente de seus negócios, inclusive realizando vultosas transações em Patos de Minas (MG) e Barretos (SP).

Em nova oportunidade a autora apresentou petição, acrescentando que o segundo testamento é também nulo por encobrir doação à concubina, nos termos dos arts. 1.719 e 1.720 do Código Civil.

As rés, por sua vez, alegando a impossibilidade de alteração do pedido inicial, pediram o prosseguimento do feito.

O MM. Juiz, após a fala ministerial, proferiu sentença julgando improcedente a ação e condenou a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa.

Inconformadas, apelaram a autora e as rés, pretendendo a primeira reforma da decisão de 1º grau e estas a alteração da verba honorária e a condenação da 1ª apelante em perdas e danos por litigância de má-fé.

Intimados, manifestaram-se os representantes do MP de 1º e 2º graus.

No julgamento das apelações, a egrégia 2ª Câmara Cível, em votação unânime, deu provimento à 1ª apelação para julgar integralmente procedente o pedido inicial, considerando prejudicado, em parte, o recurso das rés (verba honorária) e improcedente quanto ao restante (litigância de má-fé).

Publicada a decisão e dentro do prazo de lei, as rés manifestaram embargos declaratórios objetivando esclarecer obscuridades, dúvidas e contradições e efetuar o necessário prequestionamento visando à interposição de recursos extraordinário e especial.

Rejeitados os embargos, inclusive com imposição de multa (art. 538 do CPC), as rés manifestaram, em tempo hábil, recurso especial com amparo no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Carta Magna e arts. 26 e seguintes da Lei Federal nº 8.038, de 28.05.90.

Entendem as vencidas que os acórdãos atacados negaram vigência aos arts. 2º, 128, 264, 460 e 462, todos do CPC; às Leis 7.841, de 17.10.89 e 8.069, de 13.07.90 (art. 26), além de divergir da jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, expressa pela Súmula 447 e de decisões de outros tribunais do País.

Examinando, em primeiro lugar, a alegada ofensa ao art. 462 do CPC, pela não aplicação de direito superveniente, entendendo que o apelo merece ser submetido à elevada apreciação do Colendo Superior Tribunal de Justiça. É assim porque a nova ordem constitucional, em vigor desde 05.10.88, data anterior ao julgamento da apelação, eliminou toda e qualquer restrição ao reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.

Da mesma forma restaram violados os arts. 355 e 357 do CCB, pois a Lei Federal nº 7.841, de 17.10.1989, revogou o art. 358 do mesmo estatuto.

Por sua vez a Lei Federal nº 8.069, de 13.07.90, em seu art. 26, permite o reconhecimento de filhos adulterinos, sem impor essa ou aquela forma para o ato.

Assim, tendo em vista o disposto no art. 462 do CPC, deve o recurso prosseguir, já que o julgamento da apelação, ocorrido em 14.08.90, foi posterior à promulgação da nova Constituição Federal e à Lei 7.841, enquanto o julgamento dos embargos ocorreu depois da entrada em vigor da Lei 8.069, de 13.07.90.

Razão não assiste às recorrentes, porém, no que diz respeito à ofensa aos arts. 2º, 128, 264 e 460 do CPC, 'que importam, conjugadamente, na proibição de que a causa de pedir seja alterada no curso da demanda, e ainda, que a decisão do juiz permanecerá adstrita ao que se postulou na inicial'. Afastada a paternidade, nulo restou o outro testamento, nos termos do art. 1.720 do CCB, permitindo a declaração de nulidade (arts. 145, V, e 146, parágrafo único do CCB). Não houve, por isso, alteração da causa de pedir ou julgamento estranho ao pedido inicial.

O acórdão atacado, de igual maneira, não vai de encontro à jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal. A Súmula 447 fala em 'filho adulterino do testador com sua concubina', situação diversa da que resultou do julgamento da apelação, pois não foi atribuído ao testamento de reconhecimento da filiação o efeito pretendido pelas rés. As demais decisões citadas, pelas mesmas razões, não merecem ser consideradas.

A divergência jurisprudencial com decisões que admitem a incidência de legislação posterior não pode ser aceita quando a parte apresenta apenas ementas de decisões, inaceitáveis para o confronto com o aresto recorrido, conforme entendimento já exarado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Também não aproveita às recorrentes o voto proferido nos Embargos Infringentes nº 88.853-1, do TJSP, por não apresentar dados que possibilitem a aferição de semelhança com o caso em julgamento.

As demais decisões transcritas cuidam de reconhecimento de paternidade feito através de registro de nascimento, hipótese diferente da examinada nos autos, que cuida de reconhecimento por testamento público. Assim, impossível o pretendido confronto.

Pelo exposto, admito o apelo apenas no pertinente aos arts. 462 do CPC, 355 e 357, do CCB e à Lei Federal nº 8.069, de 13.07.90.”

2. Aqui no Superior Tribunal de Justiça, opinou, em nome da Subprocuradoria-Geral da República, o Dr. José Antonio Leal Chaves, em parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial, nestes tópicos:

“22. Volvendo ao r. julgado impugnado, no que este teve como nulo o ‘primeiro testamento’, porque não revestira a forma cerrada, qual impunha o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 883/49, com a redação dada pelo art. 51 da Lei nº 6.515, de 26.12.77, aliás, desde o advento da Lei nº 7.250, de 14.11.84, transformado o dito parágrafo de único em 1º, cumpre examinar os testemunhos trazidos pelas recorrentes no intento de positivar a existência do dissídio exegeticó.

23. O entendimento basilar perfilhado pelo r. aresto recorrido encontra-se bem condensado na ementa de r. precedente da própria Egrégia Corte *a quo*, estampada à página 147 do volume 92 da ‘Jurisprudência Mineira’, transcrita no d. voto do DD. Relator, às fls. 671, primeiro parágrafo, com o seguinte teor:

‘... ‘O registro feito pelo pai, de filho adulterino *a patre*, na constância do casamento, fora dos casos de testamento cerrado, é ato nulo, sem qualquer validade, a não ser a de assinalar um fato aproveitável à posterior ação investigatória de paternidade’ (...).’

24. Daí, a plena razão das inconformadas quando, a título de preâmbulo da apresentação de um longo rol de paradigmas, dizem:

‘.....’

Ora, é evidente que o dissídio jurisprudencial estará integralmente comprovado com a indicação de arestos que concluem pela validade ou eficácia do registro público de nascimento, após a dissolução da sociedade conjugal, vez que, o registro de adulterino no termo de nascimento, logicamente, constitui-se na máxima publicidade que formalmente se poderia conferir a esse ato, ao passo que no caso de testamento público, tem-se modalidade abrandada de publicidade, e quase sempre, na prática, como ocorreu na espécie, o testamento público só se torna conhecido após a morte do testador.

.....' (fls. 738).

25. Segue-se a entrega dos testemunhos do apregoado dissenso, através da transcrição de excertos pertinentes, com indicação precisa dos repositórios onde repousam e foram colhidos, que se encontram grafados de fls. 739 a 760, amparados, ademais, por cópias de seu inteiro teor, que se fizeram juntar sob a denominação de documentos de nº 04 a 16, entranhadas às fls. 768/780. Um único precedente desse rol há de ser considerado, oriundo do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa se encontra às fls. 757, *in fine*, 758, porque, exatamente, só a ementa foi reproduzida, consoante se colhe da cópia da página 219 do volume 503 da Revista dos Tribunais, aqui entranhada às fls. 779.

26. No particular, *data maxima venia*, bem configurada se apresenta a divergência interpretativa alegada, de molde a permitir seja o apelo conhecido e provido.

27. Em conclusão, positivada a negativa de vigência imposta ao art. 462 do CPC, e simultânea ofensa ao art. 1º da Lei nº 7.841, de 17.10.89, segue-se que, ao tempo da prolação do r. acórdão recorrido, o denominado 'primeiro testamento', que tem forma de escritura pública, não era de ser acoimado de nulo, mas, na espécie, de instrumento eficaz a um reconhecimento de filhas adulterinas *a patre*, porque, com a expressa revogação da vedação contida no art. 358 do Código Civil, remanescendo vigentes e com dilargada abrangência as disposições contidas nos arts. 355 e 357 do referido Código, que, no primeiro, facultava o reconhecimento do filho ilegítimo pelos pais, conjunta ou separadamente, e, no segundo, estipulava as formas utilizáveis para o reconhecimento voluntário do filho ilegítimo, prevendo, entre outras, a escritura pública, exatamente o instrumento de reconhecimento sopesado nesta lide sob o nome de 'primeiro testamento', se testamento não é, qual nunca foi, é instrumento bastante para, uma vez terminada a sociedade conjugal, pela morte do pai adúltero, surtir todos os efeitos de direito, consoante a reiterada orientação pretoriana, plasmada de há muito, ainda na vigência plena do art. 358 do Código Civil.

28. Válido e eficaz o reconhecimento de paternidade das recorrentes, feito através da escritura pública, firmada pelo finado cônjuge adúltero, de que é viúva a autora, ora recorrida, não há como cogitar da incidência da proibição contida no art. 1.719, III, do Código Civil, nem menos da sanção estipulada no

art. 1.720 do mesmo Código, porquanto as filhas, reconhecidas como tais pelo pai, não podem, jamais, ser reputadas interpostas pessoas, como se fossem filhas tão-só da amásia, nomeadas herdeiras com o fito exclusivo de beneficiar a mãe-concubina, razão por que o apelidado 'segundo testamento', na realidade, o único testamento, não exhibe vício ou defeito de nenhuma espécie, seja de forma seja de fundo, consubstanciando veículo legítimo de registro e transmissão da última vontade do testador em relação às suas filhas, previamente reconhecidas como tais.

29. Isto posto, o parecer é no sentido do conhecimento e provimento do recurso.”

3. Às fls. 820/822 despacho admitindo, também, o recurso extraordinário.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): No julgamento das apelações, o Desembargador Walter Veado (relator) iniciou o seu voto desta forma:

“Conheço de ambas as apelações, regularmente processadas e preparadas, iniciando pelo exame da primeira delas, interposta pela autora, que propôs ação de nulidade de testamentos públicos deixados pelo já falecido João Soares Zico: um, de reconhecimento de Ana Cláudia Vieira e Vera Lúcia Vieira como filhas de sua ligação amorosa com Evangelina Vieira Cândida, outro, deixando a parte disponível de seus bens para as duas jovens, em falta de herdeiros necessários de seu casamento com Dinah Boaventura Soares. Em apoio de sua pretensão alinha a autora estes fundamentos: a esterilidade do testador, que não a desconhecia; inobservância da norma legal que impõe o testamento cerrado como instrumento obrigatório do reconhecimento de filho adulterino, na constância do casamento do testador; captação da vontade do testador, induzindo à celebração daqueles atos em razão de suas precárias condições de saúde física, mental e psíquica.”

S. Exa. com o apoio dos demais membros da Turma, acolheu o fundamento relativo à “inobservância da norma legal que impõe o testamento cerrado...” e concluiu:

“... dou provimento à apelação da autora e julgo integralmente procedente o pedido inicial, declarando a nulidade de ambos os testamentos com que faleceu João Soares Zico.”

Argumentou, nestas passagens:

“Dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 883/49, com a redação que lhe deu o art. 51 da Lei nº 6.515, de 1977: ‘Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável’.

Interpretando esse preceito legal, com a preocupação de aplicá-lo em consonância com os seus altos objetivos sociais, a doutrina tem entendido que não se pode utilizar outra forma de testamento para o reconhecimento do filho adulterino, se ainda vigente o casamento, permitindo-se o reconhecimento apenas através do cerrado.”

.....  
“Igualmente desprovidas de procedência as referências a julgados relacionados com o reconhecimento de filhos adulterinos, na vigência do casamento, mediante o lançamento no registro público, por ato do pai. São situações inteiramente diversas, porque, no caso destes autos, a controvérsia defluiu de interpretação de norma legal expressa e explícita, sobre cujo real sentido dúvida alguma se justifica.”

.....  
“A nulidade que viciou o testamento onde se fez o reconhecimento contaminou o outro, de instituição de legado equivalente à metade disponível do patrimônio do testador, deixada para as suas jovens.”

2. Apesar da sólida fundamentação do acórdão recorrido, não pretendo acolher, pelo motivo nele deduzido, a nulidade dos testamentos públicos em questão. Estou conhecendo do recurso especial: pela alínea *a*, tal a motivação do despacho de origem; pela alínea *c*, qual a do parecer da Subprocuradoria-Geral da República. Um e outro transcritos no relatório.

3. O meu entendimento está em posição diversa à do acórdão local, a saber, se é válido o reconhecimento de filho adulterino feito pelo pai

no registro de nascimento, há de sê-lo também, como no presente caso, o realizado através de testamento público. Aliás, dispõe o art. 357 do Cód. Civil: “O reconhecimento voluntário do filho ilegítimo pode fazer-se ou no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento (art. 184, parágrafo único)”.

Quanto ao registro de nascimento, para fins de reconhecimento, apreciamos, aqui nesta 3ª Turma, o REsp 6.821, para o qual escrevi essa ementa: “Filho adulterino. Registro de nascimento realizado pelo pai na constância do casamento, ainda vigente o art. 358 do Cód. Civil. É válido, mesmo assim, o registro, somente produzindo efeitos após a morte do declarante, já ocorrida quando da propositura da ação. Precedentes do STF e do STJ. Recurso especial conhecido pelo dissídio mas improvido” (DJ de 3.6.91). Eis alguns tópicos do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que mantivemos:

“6. No caso, aquele que reconheceu está falecido, e também falecido o marido da mãe do réu. A mulher daquele que reconheceu é que pede se anule o registro. A respeito, deve ser lembrada uma outra distinção: ‘o ato feito contra a proibição da lei é nulo, se a (decretação da) nulidade não prejudicar senão as partes contratantes ou a uma delas e que não é nulo quando a (decretação da) nulidade prejudicar a terceiros’.

E o art. 358 deve ser admitido como preceito obrigatório, sob pena de figurar como inútil. Mas, na sua aplicação, diante da omissão do Código Civil quanto às orientações acima focalizadas, há que se agasalhar uma delas. E a que é mais razoável, é aquela que afirma que, quando a lei se limita a dizer que ‘tal pessoa não pode praticar um ato’, não está afirmando que este ato, quando praticado apesar da proibição legal, seja nulo. Assim, correta a orientação que afirma que é válido o reconhecimento de filho adulterino feito pelo pai no registro de nascimento (RT, 533/66, Rel. Des. Octavio Stucchi). É válido, mas é ineficaz. A constância do casamento ou a sua dissolução funcionam como fator impeditivo da eficácia. Pode-se falar até que, se a sociedade conjugal está dissolvida com a morte do cônjuge varão (como no caso), seu ato, ato de antecipação, registrando e reconhecendo o filho, está convalidado. Não parece razoável que se desproteja o filho até que este intente a investigação de paternidade para, a final, se chegar ao mesmo resultado (RT, 525/224). Não se remete o adulterino às vias ordinárias da investigação da paternidade quando esta foi solenemente declarada por quem podia fazê-lo (RT, 561/203).

Ficou reconhecido na Suprema Corte: 'Filho adúltero. Registro civil feito pelo pai. Esse ato de reconhecimento feito na vigência de Lei 883/49 produz efeito após a morte do declarante' (RTJ, 48/694). Ainda: 'Realmente, o melhor entendimento e, ..., no sentido de que, embora feito irregularmente o registro, produz o mesmo efeito após a morte do declarante, ficando o filho desobrigado a propor ação de reconhecimento de paternidade' (RTJ, 71/557, 65/835, 48/694, 32/457). Nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais (RT, 509/244, 510/124, 524/217, 525/224, 553/92, 534/11, 538/74 e 561/203).

Para que o art. 358 não se torne um mero conselho, é de dizer-se que o registro pelo pai casado se caracteriza como caso de simples ineficácia de ato *sub conditione* (RT, 561/203) ou de eficácia temporária (RT, 547/58; 522/80) ou ineficácia a termo (RT, 534/111). A eficácia depende apenas da ocorrência de dissolução da sociedade conjugal (RJTJSP, 36/213 — pela convalidação — RJTJSP, 49/122).

Assim, recebem-se os presentes embargos.”

No julgamento desse REsp 6.821, votei do seguinte modo:

“Pelas informações contidas nos autos, trata-se de filho adúltero *a patre e a matre*. Quem pretende a declaração de nulidade do registro de nascimento é a mulher daquele que reconheceu a paternidade, já falecidos, ao tempo da propositura da ação, tanto um quanto o outro marido. A questão, envolvendo, principalmente, o disposto no art. 358 do Cód. Civil, agora revogado pela Lei nº 7.841, de 17.12.89, acha-se debatida, e com todo o brilho, pela sentença e pelos acórdãos, da apelação e dos embargos infringentes. Entre as duas posições, adiro à última, pela improcedência da ação.

2. Nesta Turma, relatei o REsp 4.621, e para ele, acolhido o meu voto, escrevi essa ementa: 'Inventário. Inclusão de herdeiros, filhos adúlteros reconhecidos pelo pai no registro de nascimento. Possibilidade, independentemente de prévia ação de investigação de paternidade. Precedentes do STF, acolhidos no STJ. Recurso especial não conhecido'. Tratava-se de caso semelhante ao ora examinado, quando o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aplicara o princípio da Uniformização de Jurisprudência nº 17, desse teor: 'Desnecessária a ação de investigação de paternidade para habilitação de filho adúltero no inventário do próprio pai, autor de seu registro'. Na ocasião, lembrei precedentes do Supremo Tribunal Federal, em espécies

análogas, julgadas nos anos de 1965, 1968 e 1973 (citadas pelo acórdão ora recorrido), conforme essas ementas:

em 1965, no Ag 31.420, *in* RTJ 32/457, Sr. Ministro Evandro Lins: 'Filho adulterino. Registro civil feito pelo pai. Habilitação no inventário baseada nesse assento de nascimento. O filho fica desobrigado de propor ação de reconhecimento de paternidade, cabendo aos interessados em negar essa paternidade mover a ação adequada a esse fim. Agravo não provido.'

em 1968, no RE 64.911, *in* RTJ 48/694, Sr. Ministro Evandro Lins: 'Filho adulterino. Registro civil feito pelo pai. Esse ato de reconhecimento feito na vigência da L. 883/49 produz efeitos após a morte do declarante. Recurso extraordinário conhecido e provido.'

em 1973, no RE 75.211, *in* RTJ 65/835, Sr. Ministro Djaci Falcão: 'Ação ordinária de nulidade do registro de nascimento. *In casu* não se caracteriza negativa de vigência do art. 358 do C. Civil e do art. 1º da L. 883/49. Reconhecimento por homem casado, de filho adulterino, mediante declaração no assento de nascimento, não autoriza decretação da nulidade do registro, após o falecimento do declarante, que, há mais de dois anos antes da morte se achava desquitado, sem que tivesse se retratado do reconhecimento. Precedentes no Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário a que se nega provimento.'

3. Em reforço, mormente diante das colocações do acórdão recorrido, eis a ementa do REsp 526, Sr. Ministro Eduardo Ribeiro:

'Filiação incestuosa — Direito à herança.

Com a vigência da Lei 6.515/77, que deu nova redação ao artigo 2º da Lei 883/49, o filho incestuoso passou a ter direito a suceder, em igualdade de condições com os legítimos.

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

4. Existindo o dissídio, não vou deixar de conhecer do recurso especial. Dele assim conheço, nego-lhe, porém, provimento."

Ora, de acordo com o que ficou escrito no precedente acima, a pretensão veiculada nestes autos merece ser acolhida.

4. Ao cuidar do reconhecimento dos filhos ilegítimos (aqueles que não procedem de justas núpcias), o Cód. Civil, pelo art. 358, impedia o reconhecimento dos incestuosos e dos adúlterinos, isto é, os chamados espúrios. A Lei nº 883, de 21.10.49, dispendo sobre o mesmo assunto, cuidou de facultar o reconhecimento, ainda na vigência do casamento, do filho havido fora do matrimônio, “em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável” (art. 1º, parágrafo único). Em 1984 a Lei nº 7.250 acrescentou outro parágrafo à Lei nº 883, e o parágrafo único virou § 1º, permitindo o reconhecimento “pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos”. Estando neste pé a legislação, foi quando sobreveio a presente ação ordinária, intentada em 1986 para postular a nulidade dos testamentos. Ocorre, no entanto, que, estando em curso a ação, aconteceu o seguinte:

a — em 5.10.1988 foi promulgada a Constituição, dispendo assim no art. 227, § 6º:

“§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

b — em 17.10.89 a Lei nº 7.841 revogou, expressamente, o art. 358 do Cód. Civil;

c — em 13.7.90 a Lei nº 8.069, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe essa norma:

“Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.”

Ora, apesar do princípio da imutabilidade, a mim me parece que o que surgiu a partir de 5.10.1988 há de ser tomado em consideração pelo julgador, no julgamento desta causa.

5. Suponho, em resumo, que não se justifica, uma vez que se acha dissolvida a sociedade conjugal com a morte do cônjuge varão, remeter a parte-ré à ação de investigação de paternidade, a que corresponderia julgar improcedente esta ação ordinária de nulidade. Dir-se-á que o parágrafo único, depois § 1º do art. 1º da Lei nº 883, de 21.10.49, admitia o reconhecimento desde que realizado através de testamento cerrado, o que não é a situação deste caso, pois aqui tratou-se de testamento

público. Sim, mas a jurisprudência de há muito vem aceitando o reconhecimento pelo registro, e este é documento público tanto quanto o testamento. Depois, a legislação superveniente não pode ser ignorada, em casos que tais.

6. Vou dar provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença. Quero ainda entender, ao propor o restabelecimento da sentença (como vimos, a sentença julgou improcedente a ação), que o acórdão recorrido, embora tenha acolhido, para julgar procedente a ação, um só dos seus fundamentos, acabou, implicitamente, por rejeitar os demais. De conseguinte, conheço do recurso e lhe dou provimento, para restabelecer a sentença.

7. Em conseqüência, declaro prejudicado o recurso extraordinário.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 16.827-0 — MG — (91240605) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Rectes.: Ana Cláudia Vieira e outro. Advs.: Antonio Caixeta Ribeiro e outros. Recda.: Dinah Boaventura Soares. Advs.: Libêncio José Mundim da Fonseca e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Antonio Caixeta Ribeiro, pelos Recorrentes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 03.11.92 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Claudio Santos.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 17.124-0 — RS

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha*

Recorrente: *Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrida: *Vera Miranda Ritter Souto*

Advogados: *Drs. Susana Vieira Damiani e outro, e Ana Lúcia Lopes e outros*

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO. INTERPRETAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

I — Coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que vão se tornando tradicionais, para, atualizando o conteúdo da Lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável.

II — O ato de aplicar a lei ao caso concreto não se resume à subsunção, à pragmática das sentenças judiciais anteriores, mas que se tenha também como presentes os ensinamentos relevantes da doutrina científica do Direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados.

III — A lei do mandado de segurança não contém nenhum dispositivo que restrinja, explicitamente, a aplicação do princípio da sucumbência. Não é lógico nem é justo que o impetrante vitorioso na contenda, depois de ter direito líquido e certo agredido, após passar por todos os conhecidos e naturais aborrecimentos, sempre presentes, ínsitos mesmos, em todas as pelejas judiciais, ainda sofra uma diminuição patrimonial, tendo que arrostar com a remuneração do trabalho do seu patrono.

IV — Condenar o vencido em todas as parcelas da sucumbência, é, sem dúvida, a solução mais conveniente, na medida em que, por um lado, refreia o uso impertinente do *mandamus* pelo particular, e, por outro lado, estimula a autoridade a decidir, em instâncias administrativas, de modo mais refletido, sobre postulações eventualmente envoltivas de direito líquido e certo.

V — Recurso conhecido e improvido.

**ACÓRDÃO**

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

votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, em negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Pereira.

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de dezembro de 1992 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Vera Miranda Ritter Souto contra ato do Sr. Secretário de Estado de Recursos Humanos e Modernização Administrativa que indeferiu seu pedido de aposentadoria sob o fundamento de que não poderia ser computado período em que teria freqüentado os cursos de Iniciação à Pesquisa e Atualização em Fundamentos da Educação, embora autorizada pela autoridade coatora.

O Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade de votos, concedeu a segurança, e, por maioria (quatro votos a três), condenou a honorários.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados.

Inconformado, o Estado do Rio Grande do Sul recorre especialmente da parte do acórdão que estabeleceu a condenação em honorários, com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, alegando divergência com o enunciado nº 512 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Oportunas contra-razões sustentam o acerto da decisão recorrida.

O recurso mereceu seguimento na origem, consignando-se a frontal contrariedade da decisão recorrida com a orientação sumulada no Pretório Excelso, subindo os autos.

O Ministério Público Federal emitiu parecer pelo provimento do recurso, à luz da jurisprudência sumulada.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): Sobre o tema já proferi voto-vista no REsp nº 6.860-RS em cujo julgado esta Egrégia

Primeira Turma entendeu, por maioria, pela procedência da condenação de honorários em mandado de segurança.

Ali, deixei explicitado que acolho com respeitosa reverência os entendimentos cristalizados por súmulas do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Todavia, sempre inquietou-me o comando emergente da Súmula 512 do Pretório Excelso, segundo a qual “não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”.

A doutrina, pelos mais prestigiados, lança-se, em grande escala, contra a exclusão da verba em exame.

Deve-se, inicialmente, ter em conta a observação de CHIOVENDA (*in* “Instituições de Direito Processual”, vol. III, p. 285, na remissão feita por LUIZ CARLOS DE POTILHO, *in* RF 246/221), ao cuidar do princípio da sucumbência, para quem “o fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota, e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor, tanto quanto possível, nítido e constante”.

Essa, por certo, a motivação que teve o legislador da Lei Civil Adjetiva vigente, na dicção do seu art. 20, ao impor ao vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Em comento a tal dispositivo, o mestre PONTES DE MIRANDA (*in* “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo I, p. 416) leciona que “hoje não há qualquer especialização de ações para que incida o art. 20. Não importa se a ação é declaratória, constitutiva positiva ou negativa, condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer que seja perdente”.

O sempre lembrado HELY LOPES MEIRELLES (*in* “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data”, p. 65), afirma, enfaticamente, que “na sentença o juiz deverá decidir sobre o pedido na inicial, condenando o vencido nas custas e honorários advocatícios, consoante determina o art. 20 do Código de Processo Civil, que firmou o princípio da sucumbência, em substituição ao da culpa ou dolo processual. Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, impõe-se a condenação do vencido em honorários. Não importa que o rito dessa ação seja especial, mes-

mo porque, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência vem sendo aplicado sem restrições. Não vemos razão para a exclusão dessa verba pela jurisprudência dominante (STF, Súmula 512), aliás contrariada em recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio Grande do Sul”.

No mesmo diapasão, a voz de BARBOSA MOREIRA (*in* “Direito Processual Civil, p. 246), que ainda na vigência do Código de 1939 já entendia que “não nos constando a existência de outros argumentos com que se pudesse impugnar a incidência do art. 64 do mandado de segurança, recapitulemos: se esse processo especial se rege subsidiariamente pelas normas codificadas; se nele existe ação e, *a fortiori*, causa; se há partes e, por conseguinte, parte vencedora e parte vencida, ambas representadas por advogados — então é insustentável a proposição segundo a qual descabe, aí, a condenação em honorários”.

YUSSEF SAID CAHALI (*in* HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, págs. 735/734), persegue a mesma linha de compreensão, quando afirma que “no mandado de segurança há partes, autor e réu, com denominações diferentes, mas nessa posição. No mandado de segurança há relação processual que se completa com a notificação da autoridade coatora. No mandado de segurança, como toda e qualquer ação, admite-se a intervenção assistencial, da autoridade pública, do poder público, e necessariamente do terceiro interessado. Há uma lesão a direito líquido e certo, instaurando-se uma controvérsia, que não se esgota na declaração da ilegalidade do ato, dotada a sentença de certa executoriedade, ainda que restrita. No plano jurídico-processual, não há distinção entre ação fundada em direito privado ou pela ação fundada em direito público, quando se cuida de reparação de direito individual. A ação sempre é um direito público, direito subjetivo público dirigido contra o Estado, a fim de obter, através do órgão jurisdicional, a justa composição da lide. E isto somente pode ser obtido, como nas ações em geral, por intermédio de profissional habilitado (CPC, art. 36), à diferença, portanto, do que ocorre com o *habeas corpus*, para cuja impetração é dispensável a outorga de mandato a advogado constituído. Encerrando a lide, a sentença final ou é favorável ou é desfavorável à parte. A parte a quem a sentença favorece é vencedora. A parte a quem a sentença não favorece, ou cuja pretensão deixou de acolher, é vencida. De modo que, aqui, a parte vencida, na técnica da nossa moderna legislação processual, é aquela que não obteve sentença favorável, mas que obteve uma sentença contrária. E estes conceitos se ajustam tanto ao impetrante como à autoridade impetrada. Nem encontra óbice a esse entendimento o fato de poder limitar-se a intervenção da autoridade coatora às informações administrati-

vas, pois estas até mesmo podem ter sido omitidas, o que não se impede, como no caso da revelia, de reconhecimento de pretensão resistida”.

O Prof. MAURILIO WAGNER DE PAULA REIS, em trabalho intitulado “Os honorários na ação de mandado de segurança” (*in* “Mandados de Segurança e de Injunção”, coordenado pelo eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, p. 332), anota um lado a mais pois que “não se pode olvidar o art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 — as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Ora, no momento em que o terceiro tem que se valer do Judiciário para assegurar direito líquido e certo, é evidente que a autoridade coatora está a lhe causar dano”.

Na mesma linha CELSO RIBEIRO BASTOS (*in* “Do Mandado de Segurança”, 2ª ed., Saraiva, 1982, págs. 20/21) quando leciona que “a nossa posição é no sentido de que o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência. A razão é que embora a Lei nº 1.533 alije o Código de Processo Civil, nas matérias por ela reguladas, nela nada consta acerca de honorários advocatícios, pelo que tem-se que necessariamente aplicar à espécie as leis genéricas do processo civil. Assim já devia ser antes mesmo do atual Código de Processo Civil. Não cremos que ele tenha inovado o tema. A referência freqüente feita pela jurisprudência ao surgimento do novo Código afigura-se-nos mais como um pretexto para ensejar a correção de um entendimento cujo desacerto já se fazia patente do que o reflexo de uma autêntica alteração do direito objetivo. Sobre ser juridicamente a tese correta, a condenação em honorários é também a solução mais conveniente. Por um lado, reprime a utilização abusiva da medida. De outra parte, restaura um princípio básico de injustiça, segundo o qual ninguém deve arcar com os ônus decorrentes da ilegalidade alheia. O vencedor da segurança já se viu forçado a recorrer ao Judiciário para fazer valer um direito seu, líquido e certo. Os incômodos dessa iniciativa já são em si mesmos injustificados e irreparados. Como fazê-lo arcar ainda com as despesas com o seu patrono?”.

Outros e outros doutrinadores, igualmente de reconhecido saber, perfilam nessa mesma corrente.

Ademais, deve-se sublinhar que o tema inquieta igualmente a jurisprudência, pois que são numerosos os julgados demonstradores de inconformismo com a sobredita Súmula 512.

Aliás, como lembra YUSSEF SAID CAHALI, em sua obra indicada (p. 734), “a simples insistência com que nossos Tribunais têm sido continuamente provocados para manifestação a respeito dos honorários advocatí-

cios em mandado de segurança já revela a ânsia revisionista projetada pela insatisfação do critério jurisprudencial que tem prevalecido”.

Devo assinalar que os eminentes Ministros DJACI FALCÃO e OSCAR CORRÊA igualmente guardavam o convencimento pessoal da aplicação de honorários de sucumbência em mandado de segurança, apenas se conformavam ao comando do verbete indicado.

Se maior rebeldia não se constata é porque, certamente, a simples existência da pré-falada Súmula já inibe o magistrado para não se lançar contra ela e formular novas reflexões sobre o tema.

Mas, aqui e agora, não é o caso, visto que, como afirmei acima, a ordem constitucional instalada em 1988, deslocou, para esta Colenda Corte, a competência para apreciar, em definitivo, a matéria, por isso não devendo, necessária ou simplesmente, recepcionar a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal do tempo em que a ele estava destinado o deslinde final das questões infraconstitucionais, por mais se reconheça — como reconheço — sabedoria e juridicidade nas suas decisões.

Entendo, por luzes que me foram trazidas pelo ilustre Prof. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, que a atividade judicante importa em que se entenda que o processo judicial não encerra surpresas sucessivas, como um jogo aleatório e misterioso, pois é uma atividade conseqüente e previsível, dentro de segura orientação e de constante evolução.

Todavia, como coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que vão se tornando tradicionais, para atualizar o conteúdo da Lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável.

O saudoso Professor NELSON SAMPAIO lecionava que as decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito, sem contudo, abrir a porta ao arbítrio judicial.

O ato de aplicar a lei ao caso concreto não se resume à subsunção, à pragmática das sentenças judiciais anteriores mas que se tenha também como presentes os ensinamentos relevantes da doutrina científica do Direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados.

Através de tais operações, não tomará o Juiz liberdades permissivas com a Lei, decidindo contra o seu comando, mas, ao estabelecer, em atividade recriadora, a norma regente do caso concreto, dentre as várias opções interpretativas que se oferecerem ao seu espírito, escolherá aquela que mais completamente realize o ideal do justo.

Com efeito, não vejo na lei do mandado de segurança nenhum dispositivo que restrinja, explicitamente, a aplicação do princípio da sucumbência. A sua exclusão decorre de criação doutrinária que afasta — e a meu sentir, erroneamente — a aplicação da regra geral contida no Código de Processo Civil. A perda da causa é o único pressuposto para que seja imposta a condenação da verba cogitada, não mais sendo ela resultante de culpa ou dolo processual.

Não é lógico nem é justo que o vitorioso na contenda, depois de ter direito líquido e certo agredido, após passar por todos os conhecidos e naturais aborrecimentos, senão vexames, sempre presentes, ínsitos mesmos, em todas as pelejas judiciais, ainda sofra uma diminuição patrimonial, tendo que arrostar com a remuneração do trabalho do seu patrono.

Ademais, condenar o vencido em todas as parcelas da sucumbência, é, sem dúvida, a solução mais conveniente, na medida em que, por um lado, refreia o uso impertinente do *mandamus* pelo particular, e, por outro, estimula a autoridade a decidir, em instâncias administrativas, de modo mais refletido, sobre postulações eventualmente envolvidas de direito líquido e certo.

Com tais considerações, conheço do recurso para lhe negar provimento, mantendo a verba honorária estabelecida pelo julgado sob exame.

#### VOTO VENCIDO (VOGAL)

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, *data venia*, fico vencido. Sempre entendi que, em sendo o procedimento do mandado de segurança disciplinado em lei específica (1.533/51) e sendo esta silente acerca dos honorários, estes são incabíveis na ação mandamental. Este é o entendimento cristalizado, em súmula, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Verbete 512), reiterado após o advento do atual Código de Processo Civil, do qual não vejo argumentos de peso, que possam infirmá-lo. Dou provimento ao recurso, com a vênua dos que pensam em contrário.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 17.124-0 — RS — Relator: Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. Advs.: Susana Vieira Damia-

ni e outro. Recda.: Vera Miranda Ritter Souto. Advs.: Ana Lucia Lopes e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, negou provimento ao recurso (em 09.12.92 — 1ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



RECURSO ESPECIAL Nº 17.955-0 — PR  
(Registro nº 92.2329-0)

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

Recorrentes: *Djalma Corrêa e cônjuge*

Recorrido: *Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S.A. — em liquidação extrajudicial*

Advogados: *Drs. Wanderley Pavan e Clea Mara Luvizotto e outro*

**EMENTA: NOMEAÇÃO À AUTORIA. RECUSA PELO AUTOR. PRAZO DA CONTESTAÇÃO PELO NOMEANTE.**

**Nos termos do art. 67 do Código de Processo Civil, cabe ao Juiz assinar ao nomeante novo prazo para contestar, prazo este que lhe será restituído íntegro e completo, a partir do momento em que para isso for intimado.**

**Recurso especial conhecido e provido.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do rela-

tório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Custas, como de lei.

Brasília, 2 de fevereiro de 1993 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Na ação de imissão na posse que lhes move a “Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S/A”, Djalma Corrêa e sua mulher nomearam à autoria a “Cia. de Automóveis Mayrink Góes”. Recusada a nomeação pela autora, o MM. Juiz de Direito proferiu o seguinte despacho:

“Indefiro o pedido feito a fls. 20-21. Especifiquem provas, querendo” (fls. 21).

Contra essa decisão, que apenas lhes facultou a especificação de provas, mas implicitamente negou a restituição do prazo para oferecimento da contestação, os réus interpuseram o recurso de agravo de instrumento, a que o Tribunal de Alçada do Paraná negou provimento, em Acórdão que porta a ementa seguinte:

“NOMEAÇÃO À AUTORIA — ARTIGO 67 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — RECUSA DO AUTOR.

Uma vez recusada a nomeação nos termos do artigo 65 do Código de Processo Civil, será o nomeante intimado da recusa e desta intimação começa a fluir o prazo para a sua defesa. Recurso improvido” (fls. 49).

Segundo o julgado, uma vez recusada a nomeação, achava-se aberto automaticamente o prazo para a apresentação da defesa.

Inconformados, os réus manifestaram recurso especial com arrimo nas alíneas *a* e *c* do permissor constitucional, alegando vulneração do art. 67 do CPC e dissonância interpretativa com aresto do Tribunal de Justiça do Paraná. Insistiram os recorrentes na assertiva de que, ao facultar a especificação de provas, o Dr. Juiz de Direito não lhes devolveu o prazo para contestação.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido, subindo em seguida os autos a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Reza o art. 67 do Código de Processo Civil:

“Quando o autor recusar o nomeado, ou quando este negar a qualidade que lhe é atribuída, assinar-se-á ao nomeante novo prazo para contestar”.

Em verdade, o MM. Juiz de Direito deixou de observar o aludido preceito legal. Ao invés de assinar novo prazo de defesa ao nomeante, o MM. Juiz de Direito ordenou a especificação de provas, ocasionando aí ao menos tumulto ao processo.

Pontes de Miranda deixara, a propósito, assinalado:

“O prazo para a contestação estava aberto quando houve a nomeação à autoria, de modo que deixou de ser feita a contestação. Não tendo ocorrido a entrada no processo do chamado à autoria ficando na relação jurídica processual o demandado, tem o juiz de assinar ao nomeante novo prazo para contestar” (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II, pág. 109, ed. 1973).

Do mesmo teor o ensinamento do Prof. José Frederico Marques, para quem:

“Desde que o processo deva continuar contra o nomeante, ou porque o autor recusou o nomeado, ou porque este negou a qualidade que lhe foi atribuída, assinar-se-á ao nomeante novo prazo para contestar (Código de Processo Civil, art. 67), prazo esse que será restituído, íntegro e completo, a partir do momento em que para isso for intimado” (Manual de Direito Processual Civil, vol. 1, pág. 296, 12ª ed.).

Há que se conceder, pois, novo prazo para contestar, não bastando, como estabeleceu o Acórdão recorrido, a simples intimação acerca da recusa da nomeação à autoria. A abertura do mencionado prazo há de ser explícita e, além do mais, no caso em tela, ocorreu o indicativo de que se suprimira a exigência da lei, com a determinação às partes de especificação das provas.

Forçoso é reconhecer, portanto, a afronta da norma inscrita no art. 67 do CPC.

Restou tão-somente inviabilizado o pretense dissídio pretoriano ante o descumprimento do preceituado no RISTJ (art. 255, § 2º).

Ante o exposto, conheço do recurso pela alínea *a* do autorizativo constitucional, e dou-lhe provimento para declarar a nulidade do processo a partir do despacho de fls. 21 destes autos (fls. 29 do feito original), de forma a ser restituído expressamente aos réus o prazo de defesa.

É como voto.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Estou de inteiro acordo com o voto do eminente Ministro-Relator, que bem esclareceu um ponto a respeito da intervenção de terceiros, sobre o qual tem pairado algumas dúvidas.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 17.955-0 — PR — (92.2329-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Rectes.: Djalma Corrêa e cônjuge. Adv.: Wanderley Pavan. Recdo.: Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S/A — em liquidação extrajudicial. Advs.: Clea Mara Luvizotto e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (em 02.02.93 — 4ª Turma).

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

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



## RECURSO ESPECIAL Nº 18.380-0 — DF (Registro nº 92.0002836-5)

Relator para o Acórdão: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Relator originário: *O Senhor Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Prodoctor Minas Produtos Farmacêuticos Ltda.*

Recorrida: *União Federal*

Advogados: *José Carlos Graça Wagner e outros*

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS). NATUREZA JURÍDICA. LEI COMPLEMENTAR Nº 7/70. SUA ALTERAÇÃO ATRAVÉS DE DECRETO-LEI. POSSIBILIDADE.**

O PIS, na vigência da Constituição pretérita, segundo escólio da egrégia Suprema Corte de Justiça, é uma contribuição social (e não tributo), não se lhe aplicando o princípio constitucional da anterioridade.

Não se revestindo, as contribuições sociais para o PIS, de natureza tributária, e, de consequência, não exigindo tratamento legislativo específico ou diferenciado, elas (contribuições) poderiam ser alteradas, no seu percentual e destinação, através de decreto-lei (no caso, os de nºs 2.445 e 2.449, de 1988), sem ofensa ao princípio constitucional da hierarquia das leis.

As contribuições sociais destinadas ao PIS, pela sua natureza e objetivos, constituem matéria de finanças públicas, podendo ser instituídas ou alteradas, no curso de sua vigência, por via do decreto-lei (Constituição de 1967, artigo 55, II).

As razões de urgência ou de interesse público relevante previstas na Constituição Federal são de juízo exclusivo do Presidente da República, cabendo ao Congresso considerá-las ou não, tornando-se superada a questão, com a aprovação implícita ou explícita do decreto-lei, inapreciável, portanto, na esfera do Judiciário.

Recurso a que se nega provimento. Decisão por maioria de votos, vencido o Ministro Relator.

### ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Exmo. Ministro Relator, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Gomes de Barros, Milton Pereira e Cesar Rocha.

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de junho de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator para o Acórdão.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: PRODOCTOR MINAS PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. ajuizou ação contra a União Federal, objetivando eximir-se do recolhimento das contribuições devidas ao PIS, com base na receita operacional bruta, visto serem inconstitucionais os Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988.

Em primeira instância o pedido foi julgado improcedente, restando confirmada a sentença pelo E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade aos Decretos-leis apontados (fls. 133/138).

Opostos embargos declaratórios, foram os mesmos rejeitados.

Inconformada, a autora interpôs recurso especial apoiado no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da CF, alegando negativa de vigência ao art. 97 do CTN, bem como, divergência jurisprudencial com decisões do E. STF e desta C. Corte.

Sustenta, em síntese, que de acordo com o princípio da hierarquia das leis, um Decreto-lei (2.445/88) não pode alterar ou revogar uma Lei Complementar (07/70) e, ainda, que o referido Decreto perdeu sua eficácia, face ao art. 25, § 2º, do ADCT, porquanto o DL nº 48 que o ratificou foi aprovado fora do prazo de 180 dias.

Prossegue, aduzindo que tomar como base de cálculo a receita operacional bruta é contrária ao mandamento constitucional que a vincula ao lucro.

Contra-razões às fls. 228/233.

Admitido o recurso (fls. 235/237), subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

## VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Entendeu o v. acórdão recorrido que o critério estabelecido pela Lei Com-

plementar nº 07/70, de contribuição para o Programa de Integração Social — PIS, para o fundo de participação por empresas como a recorrente, de 5% (cinco por cento) sobre o valor do imposto de renda devido, só prevaleceu no exercício de 1988, passando a vigorar, a partir de janeiro de 1989, o disposto no Decreto-lei 2.445, de 29 de junho de 1988, que fixou em 0,65% esta contribuição sobre a receita operacional bruta.

Cinge-se a questão em se saber se o Decreto-lei nº 2.445/88 podia alterar a Lei Complementar nº 07/70. A nosso ver, isto não é possível, porque, mesmo que referido Decreto-lei fosse considerado uma lei ordinária, não teria ele força para se sobrepor a uma Lei Complementar, de hierarquia superior. A Lei Complementar, nos termos do art. 5º da Constituição Federal anterior, só era aprovada por maioria absoluta dos votos dos membros do Congresso Nacional e só pode ser alterada por outras Leis Complementares ou pela Constituição Federal. Há que se obedecer ao princípio da hierarquia das Leis. Por isso, o critério de fixação da contribuição para o PIS, de 5% sobre o valor do imposto de renda, estabelecido pela Lei Complementar nº 07/70, só por outra Lei Complementar poderia ser alterado. Continua em vigor o art. 3º, § 2º, da citada Lei Complementar 07/70, que prevalece sobre o disposto no art. 1º do Decreto-lei 2.445/88.

As demais questões abordadas são de índole constitucional e não podem ser apreciadas em sede de recurso especial.

Conheço do recurso pela letra *a* e dou-lhe provimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 18.380-0 — DF — (92.0002836-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Prodoctor Minas Produtos Farmacêuticos Ltda. Advs.: José Carlos Graça Wagner e outros. Recda.: União Federal. Sustentaram oralmente: os Drs. Antônio Cláudio Guimarães do Canto, pelo recorrente e Lindemberg da Mota Silveira, pelo recorrido.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator conhecendo do recurso e lhe dando provimento, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Aguarda o Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros (em 11.03.92 — 1ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

#### VOTO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: A pendenga gira em torno da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS),

e, especificamente, se ela apresenta feição tributária, devendo, na sua instituição, observar-se o princípio da anterioridade, tendo em vista que os impostos só se tornam exigíveis quando estabelecidos em lei que seja publicada até 31 de dezembro, para vigor no exercício subsequente. Discute-se, ainda, se os Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, poderiam alterar, no seu *quantum* e na forma de pagamento, as contribuições para o PIS, já que instituídas, inicialmente, através de lei complementar (a de nº 7/70).

Em outras oportunidades, em julgamentos desta egrégia Turma, já me posicionei no sentido da constitucionalidade dos decretos-leis invocados, sobre entender que as contribuições para o PIS, com o advento da Emenda Constitucional nº 8/77, perderam a feição tributária e que, não exigindo a Constituição a edição de lei complementar para a criação dessas contribuições, elas poderiam ter raiz em lei ordinária, ou, por outra, nada impede que seja instituída ou alterada a sua imposição, por decreto-lei.

Malgrado ter sido essa matéria controvertida nos Tribunais, tenho-a como pacificada depois do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental nº 96.932, relator o Ministro ALFREDO BUZOID, e no Recurso Extraordinário nº 103.089 (Diário da Justiça de 15 de abril de 1988), da relatoria do Ministro ALDIR PASSARINHO. Naqueles precedentes, a egrégia Suprema Corte afastou, de uma vez por todas, todos os argumentos tendentes a declarar a ineficácia dos Decretos-leis de nºs 2.445 e 2.449/88, sob color de serem inconstitucionais. Examinada, pois, a matéria, pelo Pretório Excelso, em todos os seus aspectos, limito-me, neste despretencioso voto, a transcrever as conclusões a que chegou a mais alta Corte de Justiça:

1 — “O PIS é uma contribuição social e não um tributo, não se lhe aplicando o princípio constitucional da anterioridade (art. 153, § 29, da CF de 1967/69), nem as restrições do art. 21, § 1º, que se refere a imposto;

2 — As alterações determinadas pelos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449/88 dispensam lei complementar, eis que esta só se reveste de tal caráter em relação à matéria cujo regramento imprescinde de tratamento legislativo especial. O PIS deixou de ser tributo após a Emenda Constitucional nº 08/77;

3 — O PIS, face a sua natureza, arrecadação, gestão e objetivos, constitui matéria de finanças públicas, podendo ser tratado através de Decreto-lei, nos termos do art. 55, II, da Constituição revogada;

4 — Não descaracteriza o PIS, de modo a tornar inconstitucional a sua gestão, o fato de a nova base de cálculo estabelecida pelos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449/88 não representar especificamente o lucro, porém a receita operacional bruta;

5 — As razões de urgência ou de interesse público relevante são de juízo exclusivo do Presidente da República, cabendo ao Congresso Nacional considerá-las ou não, no prazo de sessenta dias previsto no art. 55, parágrafo único, da Constituição, tornando-se superada a questão com a aprovação implícita ou explícita, sendo inquestionável, pelo Judiciário, essa questão da urgência ou relevância;

6 — O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 25, § 1º, incisos I e II, não exige sejam os Decretos-leis aprovados pelo Congresso Nacional no prazo de cento e oitenta (180) dias, a contar da promulgação da Constituição de 1988, mas, sim, que haja a sua apreciação dentro daquele lapso temporal, fato ocorrente na espécie;

7 — Arguição de inconstitucionalidade rejeitada” (**Diário da Justiça** de 20 de junho de 1991, página 14.331, seção II).

Como se observa, a questão da inconstitucionalidade dos Decretos-leis 2.445 e 2.449 já foi repelida pela Suprema Corte, a que compete, nestes casos, como guardião da Constituição, dizer a última palavra. Afastada, assim, a eiva de ineficácia dos decretos em causa, não nos resta senão determinar o seu cumprimento, já que vigentes em sua plenitude.

Não vejo, assim, como desconsiderar as decisões da Suprema Corte no dizente à constitucionalidade dos decretos em causa, razão por que, com a vênia do nobre Ministro Relator, nego provimento ao recurso.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 18.380-0 — DF — (92.0002836-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Prodoctor Minas Produtos Farmacêuticos Ltda. Advs.: José Carlos Graça Wagner e outros. Recda.: União Federal.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira (em 11.05.92 — 1ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

## VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO MILTON PEREIRA: ouvindo fortes argumentos enraizados na ordem constitucional e nos lindes da legalidade, como sustentação dos votos proferidos, quanto ao mérito da questão jurídica debatida — contribuições devidas ao PIS, com base na receita operacional bruta —, a foco de objetiva exigência emergida dos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, fui atraído para o exame particular, valendo-me da abertura regimental do pedido de vista.

Satisfeito o meu propósito, trago ao conhecimento da Turma as minhas observações, anotando que, no universo delas, atento para não me fixar exclusivamente no leito da constitucionalidade, circunscrevendo-me a esta via especial —, deti-me em saber, quanto aos mencionados Decretos-leis, versadores do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) e do Programa de Integração Social (PIS), natureza das contribuições e das suas conseqüências jurídicas. Nessa verificação, evidenciou-se que o PIS atrelado na Lei Complementar nº 07, de 07.07.1970, ditou obrigação administrativa, em dinheiro, com destinação específica (art. 10, LC 7/70). No percurso amplo da sua natureza comemore-se:

— “... embora regulamentando um dispositivo constitucional incluído na ordem econômica e social, como direito dos empregados, não constituem, as normas da Lei Complementar nº 7/70, normas de Direito do Trabalho”... “Não se estabelece nenhum vínculo entre a empresa e o Estado e outro, entre a empresa e o empregado, mas, isto sim, um vínculo entre a empresa e o Estado e outra, entre o Estado e os empregados”... “A contribuição para a formação do PIS-PASEP recolhida pelas empresas tem, pois, natureza tributária. A relação que se estabelece entre o Estado e as empresas contribuintes é uma relação jurídica Tributária que se extingue com o depósito dos valores devidos junto à Rede Bancária autorizada a recebê-los”. (FÁBIO LEOPOLDO DE OLIVEIRA — *in* Caderno de Pesquisas Tributárias nº 2 — Contribuições Especiais — Fundo PIS-PASEP — ed. Resenha Tributária, 1977 — págs. 170/171).

Detalhe-se, todavia, no espelho das realidades, que o fundo PIS-PASEP constitui recursos de origem dúplice (pública e privada), sob gestão pública, no círculo amplo das “funções públicas”, em razão da

matéria, então, se poderia ser afiançado pelo Decreto-lei, com edição concorrente, pelo Presidente da República (art. 55, Constituição Federal/1969) ou por decisão do Congresso Nacional (art. 43, Constituição Federal/1969). A respeito, merece reflexão a lição de GOMES CANOTILHO — *in* Direito Constitucional — Editora Livraria Almedina — Coimbra — 4ª ed., 1989, págs. 523 e 649).

Mas, traçadas essas ligeiras linhas gerais grafadas sob a inspiração de que está a se falar sobre os Decretos-leis, no particular da sua natureza jurídica, convém comemorar que o Egrégio Supremo Tribunal Federal assentou que, a partir da Emenda Constitucional nº 8/77, a multicitada contribuição não tem natureza tributária, por ter ficado excluída da categoria de tributos (RE nº 100.790-SP — Rel. Min. FRANCISCO REZEK — *in* RTJ 120/1.190).

Como bem sinalado pelo primeiro voto dissidente no início do julgamento deste recurso, quando relatou o Agravo Regimental nº 96.932 no RE nº 103.089 (*in* DJU de 15.04.88), na Suprema Corte, o saudoso Ministro Alfredo Buzaid, com lucidez, a respeito do tema, ditou essas conclusões:

“1 — “O PIS é uma contribuição social e não um tributo, não se lhe aplicando o princípio constitucional da anterioridade (art. 153, § 29, da CF de 1967/69), nem as restrições do art. 21, § 1º, que se refere a imposto;

2 — As alterações determinadas pelos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449/88 dispensam lei complementar, eis que esta só se reveste de tal caráter em relação à matéria cujo regramento impescinde de tratamento legislativo especial. O PIS deixou de ser tributo após a Emenda Constitucional nº 08/77;

3 — O PIS, face a sua natureza, arrecadação, gestão e objetivos, constitui matéria de finanças públicas, podendo ser tratado através de Decreto-lei, nos termos do art. 55, II, da Constituição revogada;

4 — Não descaracteriza o PIS, de modo a tornar inconstitucional a sua gestão, o fato de a nova base de cálculo estabelecida pelos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449/88 não representar especificamente o lucro, porém a receita operacional bruta;

5 — As razões de urgência ou de interesse público relevante são de juízo exclusivo do Presidente da República, cabendo ao Congresso Nacional considerá-las ou não, no

prazo de sessenta dias previsto no art. 55, parágrafo único, da Constituição, tornando-se superada a questão com a aprovação implícita ou explícita, sendo inquestionável, pelo Judiciário, essa questão da urgência ou relevância.

6 — O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 25, § 1º, incisos I e II, não exige sejam os Decretos-leis aprovados pelo Congresso Nacional no prazo de cento e oitenta (180) dias, a contar da promulgação da Constituição de 1988, mas, sim, que haja a sua apreciação dentro daquele lapso temporal, fato ocorrente na espécie;

7 — Arguição de inconstitucionalidade rejeitada” (Diário da Justiça de 20 de junho de 1991, pág. 14.331, Seção II).

Essa compreensão, firmou orientação que não pode ser desprezada, à vista ampla de que foi estabelecido pela Corte competente para interpretar a Constituição. Demais, é questão superada na vigência da atual Constituição (arts. 149 e 195), lembradas as datas de edição dos aludidos Decretos-leis, deixando altaneiro o **princípio da anterioridade** (art. 195, § 2º, CF/88).

Nessa linha argumentativa, localizada a fonte da instituição das **contribuições em tela** (art. 165, V, CF/1967), ressoa que poderiam ser criadas por lei ordinária (EC 8/77, art. 47, X — CF/67), ou por normas de equivalência legal: *v.g.*: Decretos-leis (art. 55). Donde colacionar a conclusão de que a LC 7/70 poderia — como foi — ser modificada por decreto-lei.

Em relação à **modificação da base de cálculo**, decorrente dos debatidos Decretos, pode ser alinhavado que o critério anterior não guardava a “justiça fiscal” da atual, regido por critérios norteados por razoável **isonomia**, igualando as empresas que arrecadam sobre o **lucro operacional**, fugindo de variações não operacionais. O conceito de **lucro** — referentemente ao seu conceito — não tem agasalho na Constituição, mas, na **lei comum**. Nessa esteira, a **base de cálculo** não pode ser malsinada como ilegítima, de vez que não ofende a Lei Maior no tocante aos princípios voltados à atividade econômica, espriando-se que a legislação se compatibiliza, com o fim político, inclusive, caminhando pelo desejado liame constitucional da participação nos lucros.

Feitas essas considerações, lembrados os substanciosos votos antecedentes e, atualmente, bem examinada a questão, conforme os precedentes da jurisprudência, apenas circunscrevendo-me a firmar convencimento, a final, externando penhorada vênica por discordar do eminente Relator, conhecendo do recurso, voto acompanhando o Senhor Ministro

Demócrito Reinaldo, conseqüentemente, negando provimento ao recurso.

É o voto-vista.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 18.380-0 — DF — (92.0002836-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Prodoctor Minas Produtos Farmacêuticos Ltda. Advs.: José Carlos Graça Wagner e outros. Recda.: União Federal.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro-Relator, negou provimento ao recurso (em 15.06.92 — 1ª Turma).

Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



### RECURSO ESPECIAL Nº 19.092-0 — PR (Registro nº 92.4161-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Lauro Antunes Transportes Ltda.*

Recorrido: *Bradesco Seguros S/A*

Advogados: *Joaquim Alves de Quadros e Paulo Cesar Braga Menezes e outros*

**EMENTA: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. DISSÍDIO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO MAS IMPROVIDO.**

**A culpa do transportador é presumida, a ele cabendo o ônus de provar sua isenção da responsabilidade por força de vício da mercadoria, caso fortuito ou força maior.**

### ACÓRDÃO

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

votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso especial pela alínea *c*, mas em lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade.

Custas, como de lei.

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

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Em ação de ressarcimento de seguro, a ré, além de outras matérias, alegou a prescrição da pretensão, afastada pelo acórdão ora impugnado.

Daí o presente recurso especial, onde a vencida, com suporte nas alíneas *a* e *b*, do permissivo constitucional, suscita a contrariedade do art. 219, III, do CPC, e dissídio acerca da prova da culpa da transportadora.

Em longa e bem fundamentada decisão foi o recurso admitido.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. DISSÍDIO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO MAS IMPROVIDO.

A culpa do transportador é presumida, a ele cabendo o ônus de provar sua isenção da responsabilidade por força de vício da mercadoria, caso fortuito ou força maior.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): A respeito da prescrição decidiu o acórdão, consoante se lê na ementa parcialmente transcrita:

“PRESCRIÇÃO — AÇÃO REGRESSIVA DE SEGURADORA CONTRA TRANSPORTADORA DE MERCADORIAS — PRESCRIÇÃO ÂNUA — APLICAÇÃO DO DECRETO 2.681, DE 1912 E A SÚMULA 151 DO STF —

## **PRESCRIÇÃO PORÉM NÃO OPERADA — DEMORA NA CITAÇÃO NÃO IMPUTÁVEL AO AUTOR.**

A ação regressiva de seguradora sub-rogada contra transportadora responsável pelos danos na carga transportada, prescreve em um ano, aplicáveis que são à hipótese o Decreto 2.681/12 e a Súmula 151 do STF, aplicáveis aos transportes terrestres em geral, conforme reiterada jurisprudência. Ocorre que sub-rogando-se a seguradora nas ações do segurado, sujeita-se ela ao mesmo prazo prescricional das mesmas.

No entanto, não se reconhece a prescrição quando, aforada a ação antes de operada esta, a demora na citação não pode ser imputada ao autor” (fls. 80/81).

Com essa justificativa não se pode ter por contrariado o art. 219, III, do CPC.

Quanto ao mais, decidiu:

**“RESPONSABILIDADE CIVIL — TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCADORIAS — DANOS À CARGA — AÇÃO REGRESSIVA CONTRA O TRANSPORTADOR — CULPA PRESUMIDA DESTA — APELAÇÃO PROVIDA.**

A culpa do transportador é presumida nos termos do art. 103 do Código Comercial, só eximindo-a a prova indubitosa de que os danos à carga ocorreram em razão do caso fortuito ou força maior” (fls. 81).

Exatamente sobre este tema revela-se o dissenso pretoriano, a respeito do qual na decisão da Presidência do Eg. Tribunal de Alçada do Paraná foram efetuadas as seguintes considerações:

“O entendimento do acórdão recorrido, quanto a esta questão, vai ao encontro da doutrina de Aguiar Dias, quando diz:

“Presume-se a culpa por motivos de lógica jurídica. Aos particulares é difícil, senão impossível provar essa culpa. Para isso seria necessário, quase sempre, penetrar a organização íntima da empresa. A estrada é, pelo contrário, facilmente exercitável a defesa, desde que tenha alguma, porque dispõe de elemento em que se pode basear. Acresce-se que, tratando-se de contrato e ao devedor que incumbe, em princípio, provar o motivo que o escuse pelo não cumprimento da prestação” (Responsabilidade Civil, Forense, 1973, vol. I, pág. 235, nº 107).

Também Fran Martins escreve:

“A isenção da responsabilidade do condutor ou transportador nos danos verificados por vício próprio da mercadoria, caso fortuito ou força maior está no art. 1º, nºs 1, 2 e 3, do Dec. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, e no art. 168, letra a, do Regulamento Geral dos Transportes. A prova, entretanto, de que os danos provieram desses fatos cabe ao transportador. Se, contudo, se provar que para a ocorrência dos danos por vício próprio da coisa, caso fortuito ou força maior houver negligência ou culpa do transportador, esta passará a responder pelos prejuízos, uma vez que os danos não se teriam verificado houvesse ele adotado as medidas de cuidado que tinha o dever de praticar como transportador...” (Contratos e Obrigações Comerciais, Forense, Rio de Janeiro, 1981, pág. 285, nº 12-2).

Neste sentido, aliás, já decidiu o 1º TACivSP: “A responsabilidade do transportador, tal qual um depositário, é sempre presumida, amparada pela teoria da culpa sem prova, que tem seu nascedouro na infração das regras preestabelecidas da obrigação em si — responsabilidade, essa, que se origina não da culpa aquiliana, mas sim do contrato firmado e não cumprido. A ocorrência das excludentes de tal responsabilidade (caso fortuito ou força maior) somente pode ser reconhecida quando realmente ocorram a imprevisibilidade e a irresistibilidade do evento, eliminando totalmente a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato” (RT 620, págs. 119/120)” (fls. 122/123).

Não há dúvida quanto a ser esta a melhor doutrina.

A culpa do transportador é presumida, a ele cabendo o ônus de provar sua isenção da responsabilidade por força de vício da mercadoria, caso fortuito ou força maior.

Diante do exposto conheço parcialmente do recurso em face do dissídio, mas para negar-lhe provimento.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.092-0 — PR — (92.4161-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Lauro Antunes Transportes Ltda. Advogado: Joaquim Alves de Quadros. Recdo.: Bradesco Seguros S/A. Advogados: Paulo Cesar Braga Menescal e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial pela alínea c, mas lhe negou provimento (em 30.06.92 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 19.764-0 — SP  
(Registro nº 9255990)

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

Recorrente: *Laura Sarazua Orsini*

Recorrida: *Mitra Diocesana de Marília*

Advogados: *Júlio Cesar Brandão e outros, e Clito Fornaciari Júnior e outro*

**EMENTA: CIVIL. TESTAMENTO PARTICULAR. FORMALIDADES. TESTEMUNHA SÓCIA DE ENTIDADE LEGATÁRIA.**

**A regra referente à proibição de ser o legatário testemunha no testamento é de interpretação estrita, não atingindo a sócio de entidade beneficiária da liberalidade.**

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Recorre Laura Sarazua Orsini, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo que deu provimento a agravo de instrumento para homologar testamento particular determinando o seu cumprimento, sendo ora recorrida a Mitra Diocesana de Marília.

Sustenta a recorrente ter o acórdão contrariado os arts. 1.650 e 1.645 do Código Civil ao decidir pela validade do testamento particular onde legatário foi testemunha.

Recebido e processado o recurso vieram os autos a este Tribunal, onde o Ministério Público opina pelo não provimento do mesmo.

É como relato.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A circunstância de que uma das testemunhas do testamento particular era sócia da entidade a quem deixado o legado não se apresenta capaz de dizer nula a disposição de última vontade do testador. É que a proibição do art. 1.650, V, do Código Civil, diz com a proibição de figurar como testemunha o próprio legatário. No caso, o legado é em favor da Cúria Diocesana de Marília, com quem não se confunde a pessoa do sócio dessa entidade, como está no art. 20 do Código Civil.

PONTES DE MIRANDA escreve, a propósito das exigências de forma dos testamentos:

“Por defeito formal de pouca importância, seria péssima política jurídica romper-se o testamento de quem não atribuía ao legislador tão ríspido formalismo. Ora, as exigências legais atendem ao intuito de assegurar, e não ao de dificultar as declarações de última vontade...”

Quando as regras da lei não são claras a respeito da forma dos testamentos, entende-se que exigem o mínimo possível.

Na dúvida, decide-se a favor do testamento. Evitem-se, quanto possível, as nulidades por motivo de forma.” (TRATADO — tomo LVIII, pág. 282, 3ª ed., RT. 1984).

Assim é, quando há, efetivamente, desobediência à formalidade essencial do testamento, muito mais será quando, em realidade, infrin-

gência alguma há à norma proibitiva do art. 1.650, V, do Código Civil, que não contém cominação de nulidade, senão da deixa ou legado, como está no art. 1.719, II, do mesmo diploma, ou seja, importaria em impedir a capacidade de ser legatário o que figure como testemunha.

Aqui, no entanto, não é o legatário quem figura como testemunha, mas um seu associado, como pessoa física, sem interesse algum na captação do benefício, destinado que é a entidade sem finalidade lucrativa, mas, notoriamente, assistencial e religiosa, que nada destina a seus administradores e sócios.

A interpretação da lei, em casos que tais, há de ser feita estritamente, de sorte que não atinge a proibição de ser testemunha senão o próprio legatário e jamais quem a ele esteja ligado, ainda que por parentesco, segundo as lições de SILVIO RODRIGUES e CARLOS MAXIMILIANO, expostas no acórdão recorrido.

Não exige o art. 1.645, como quer o recorrente, que o testamento particular, escrito e assinado pelo testador, seja lido, ao mesmo tempo, para todas as testemunhas, como já decidiu esta Turma, no REsp nº 1.422-RS, relatado pelo Sr. Ministro GUEIROS LEITE, e cuja ementa está transcrita no pronunciamento do Ministério Público. Demais disto, o fundamento do recurso repousa na prova que se diz colhida no processo, a cujo reexame não serve o recurso especial.

Não fora assim, é certo que o acórdão contém fundamento outro, de natureza legal, posto que fez aplicação analógica, bem ou mal, mas como fundamento próprio, do art. 1.648 do Código Civil, o que se apresentaria suficiente para manter a decisão que validou o testamento, já que não atacado pelo recurso especial.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.764-0 — SP — (9255990) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Laura Sarazua Orsini. Advs.: Júlio Cesar Brandão e outros. Recda.: Mitra Diocesana de Marília. Advs.: Clito Fornaciari Júnior e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 30.11.92 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 19.855-0 — SC

(Registro nº 92.0005773-0)

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

Recte.: *Café Otto Indústria e Comércio de Café Ltda.*

Recda.: *Metalúrgica Schiffer S/A*

Advogados: *Drs. Cesar Luis da Silva e outros, e Rivadávia Borba*

**EMENTA: ERRO MATERIAL.**

O recurso especial não é próprio para correção de possível erro material incrustado na decisão recorrida.

**Recurso não conhecido.**

**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, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro, votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1992 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação ordinária de cobrança referente à quantia de Cz\$ 280.000,00 (duzentos e oitenta mil cruzados) representada por duplicata vencida em 22.11.87.

A decisão de 1ª Instância julgou procedente a ação, e veio a ser confirmada pela Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina nos seguintes termos:

“Confirma-se, pois, a sentença apelada, que julgou procedente a ação, condenando a ré a pagar à autora a importância de Cz\$ 280.000,00, atualizada a partir da citação, despesas e honorários de 20% do valor da condenação” (fls. 103).

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, sustentando que houve erro material quanto ao valor da condenação, pois a sentença se refere a cruzados novos, e o aresto, ao mantê-la, estabeleceu a quantia em cruzeiros. Para tanto, aponta como violados os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial (fls. 105 a 111).

Pelo despacho de fls. 113 a 114 foi o recurso admitido, subindo os autos a esta Corte.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O recurso insurge-se contra a parte dispositiva do acórdão, entendendo o recorrente que houve “erro material”, quanto ao valor da condenação que foi fixada em cruzeiros, quando deveria ter sido em cruzados, conforme consta da inicial e determinada pelo Juízo de primeiro grau, cuja decisão veio a ser confirmada.

Em havendo erro material, caberia à parte opor embargos de declaração a fim de que o Tribunal prolator da decisão a aclarasse, ou mesmo, conforme jurisprudência mais benéfica, peticionasse, ao relator, para tal.

No caso, não há falar em ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC, porquanto incorre decisão *extra petita*.

Com relação ao dissídio jurisprudencial, melhor sorte não socorre ao recorrente, porquanto os paradigmas foram trazidos através de ementas e repositórios não oficiais ou autorizados, descumpridas, assim, as formalidades previstas na Súmula 291 do Supremo Tribunal Federal e no art. 255 do RISTJ.

*Ex positis*, não conheço do presente recurso.

## VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho o Sr. Ministro Relator, não conhecendo do recurso pelo dissídio e pela alínea *a*, observando, no entanto, que, em se tratando de erro material, o mesmo, a qualquer momento, pode ser corrigido, nos termos da legislação vigente.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro-Relator, com os acréscimos do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Acompanho o Sr. Ministro-Relator, com o adendo do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.855-0 — SC — (92.0005773-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Café Otto Indústria e Comércio de Café Ltda. Advogados: Cesar Luis da Silva e outros. Recda.: Metalúrgica Schiffer S/A. Advogado: Rivadávia Borba.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 29.06.92 — 4ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



## RECURSO ESPECIAL Nº 20.095-0 — SP (Registro nº 92.0006186-9)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrentes: *Edmundo Rossi Cuppoloni e cônjuge*

Recorrido: *Eletro Acos Marconi Ltda.*

Interes.: *Haroldo Guilherme Vieira Fazano*

Advogados: *Drs. Carlos Cyrillo Netto e outros, e Haroldo Guilherme Vieira Fazano*

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL — LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ — DESERÇÃO — MATÉRIA DE PROVA.**

**I — A sanção que resulta da litigância de má-fé impõe-se quando consta apurado haver sido alterado o estado de fato da coisa litigiosa.**

**II — Se decretada a deserção do recurso, desse ato não resulta nenhum prejuízo ao recorrente, cabe aplicar-se o princípio que proclama que quando do ato acoimado de vício não resulta em gravame para o recorrente, tal defeito não deve ser impugnado (*pas nullité sans grief*).**

**III — Matéria de prova não se reexamina em Especial (Súmula 07 do STJ).**

**IV — Recurso conhecido e improvido.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso especial pela alínea c, mas em lhe negar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de maio de 1992 (data do julgamento).

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

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER:** Cuida-se de ação de reintegração de posse, em fase de liquidação por arbitramento.

O acórdão concluiu forte em que se impõe penalidade por litigância de má-fé, eis que, aproveitando-se os executados de decisão que lhes fora favorável, modificaram o estado dos bens, dificultando a perícia e causando inúmeras dúvidas no bojo dos autos. E nos Declaratórios, suprindo-se omissão, entendeu a Câmara julgadora que, recolhido o preparo no seu todo por uma das partes, não há óbice ao conhecimento do recurso.

Inconformados com tal fundamentação, os recorrentes apresentam Especial, onde, com arrimo nas letras *a* e *c*, dizem que, no seu entender, o aresto, ao decidir como decidiu, feriu regras processuais, consubstanciadas nos artigos 16; 18 e 519 do CPC, bem como dissentiu de paradigmas que indicam às fls. 2.011/2.020.

No exame dos pressupostos de admissibilidade (fls. 2.025), o apelo foi deferido pela alínea *c* e parcialmente pela *a*.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Não há como se acolher tenha o aresto hostilizado negado vigência aos artigos 16 e 18 do CPC.

Trata-se de litigância de má-fé e o acórdão recorrido apreciou e condenou os réus a tal sanção, após apurar, nos autos, inclusive à base de conclusão pericial, que os executados alteraram o estado de fato da coisa litigiosa.

Tomou, do Julgado (fls. 1.989), o aspecto em que o em. Relator do Tribunal *a quo* expressa essa situação.

“Ora, é inegável ter havido alteração no estado dos bens, sem que houvesse qualquer determinação judicial, como anotou o perito judicial (fls. 1.511/1.513) e, admitem os apelantes, tanto que afirmaram nas suas razões de recurso que “se viram obrigados a gastar uma fortuna — o que tinham e o que não tinham — para restaurar os bens... (fls. 1.928)”

Bem se vê que o tema para ser reexaminado, necessário se torna revolver matéria fática. Tal atitude não tem acolhida na via estreita do Especial, porque encontra óbice na Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à pretendida infringência do artigo 519 do CPC, discussão omitida no Julgado mas suprida pelos Declaratórios, manifesta-se bem elucidada no *decisum*.

Esclarecendo esse ponto, o ilustre Prolator sustenta (fls. 2.002) “... que ao indeferir o pedido de deserção fê-lo a Turma Julgadora, por entender que recolhido o preparo no seu todo por uma das partes, não há óbice ao conhecimento do recurso, tendo em vista a Lei nº 4.952, de 27 de dezembro de 1985, visto que “a taxa paga por um aproveita a todos” (cf. “O Novo Sistema de Custas Judiciais”, Bruno Afonso de André, Ed. Sarai-va, pág. 28).”

No que se refere a essa alegação, não se tem como agasalhar o reclamo dos recorrentes, até porque a apelação da exequente não foi acolhida.

Veja-se corroborada essa afirmativa neste tópico do *decisum* (fls. 1.991):

“Com estas considerações, negam provimento ao recurso da exequente apelante e dão provimento em parte ao recurso dos executados apelantes, tão-só para excluir da condenação a verba de NCz\$ 45.696,00, concernente à mencionada Ponte Rolante, mantida no mais a respeitável decisão pelos seus próprios fundamentos.”

Do expendido, torna-se evidente que a Segunda Câmara, ao confirmar a fundamentação da sentença, negando provimento à apelação da ora recorrida e provendo a dos agora recorrentes, nenhum gravame de ordem processual causou aos postulantes do Especial.

O recorrente, no apelo excepcional, não reclama nenhum prejuízo, nem poderia fazê-lo, haja vista que vencedores parcialmente na sua apelação, enquanto o exequente ora recorrido teve improvido o tal recurso.

É manifesto que, *in casu*, ter sido decretado deserto o recurso, ou não, não acarretou prejuízo algum ao recorrente.

Princípio assente é que se do ato acoimado de vício não resulta em gravame para o recorrente, tal defeito não deve ser proclamado.

É a regra *pas nullité sans grief*. Liebman, discorrendo sobre nulidades, adverte que:

“... Igualmente evidente es que la parte en cuyo interés está establecido el requisito que falta no puedo poner de relieve la nulidad, si no ha experimentado algún daño por ello, porque esto significa que el acto ha alcanzado igualmente su finalidad, con la consecuencia de que no se ha producido ninguna nulidad (art. 156)” (Manual de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pág. 198, tópico 119).

Daí que não há como admitir violado o art. 519 do CPC como pretendem os recorrentes.

Por tais fundamentos, configurado o dissídio, quanto à deserção, com Acórdão do Colendo Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.095-0 — SP — (92.0006186-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Rectes.: Edmundo Rossi Cuppoloni e cônjuge.

Advs.: Carlos Cyrillo Netto e outros. Recdo.: Eletro Acos Marconi Ltda. Advogada: Sônia Maria de Oliveira Piraja. Interes.: Haroldo Guilherme Vieira Fazano. Advogado: Haroldo Guilherme Vieira Fazano.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial pela alínea c, mas lhe negou provimento (em 12.05.92 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



### RECURSO ESPECIAL Nº 20.148-6 — MG

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Carrefour Comércio e Indústria Ltda.*

Advogados: *Drs. Marconi Bastos Saldanha e outros*

Recorrido: *Banforte — Banco de Fortaleza S/A*

Advogado: *Luiz Epelbaum*

Recorrida: *Comercial Alterosa Importadora e Exportadora Ltda.*

Advogados: *Drs. Juvenil Alves Ferreira Filho e outro*

**EMENTA:** *Processo Civil. Cautelar de sustação de protesto. Declaratória principal. Duplicatas não aceitas. Suprimento. Prova da ocorrência da compra e venda mercantil. Art. 15, II, da Lei 5.474/68. Inexigibilidade. Valoração de prova. CPC, arts. 374, 372 e 389. Relação endossante-endossatário. Recurso conhecido e provido.*

I — O telex passado entre sacado e banco endossatário, atestando o recebimento das mercadorias, não constitui “documento hábil” para os fins do disposto no art. 15, II, b, da Lei das Duplicatas, salvo se acompanhado de prova inequívoca da autoria das declarações nele contidas (art. 374, CPC).

II — Não havendo satisfatória comprovação da realização do negócio mercantil subjacente, impen-  
de declarar-se a inexigibilidade das duplicatas em

**relação ao sacado, embora válidos seus efeitos no que tange ao exercício do direito de regresso pelo banco endossatário contra o sacador endossante.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer dos recursos e em dar-lhes provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de junho de 1992 (data do julgamento).

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

## EXPOSIÇÃO

**MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO:** Trata-se na espécie de medida cautelar de sustação de protesto e ação declaratória atempadamente ajuizada, objetivando o autor, “Carrefour Comércio e Indústria Ltda.”, por meio da principal, o reconhecimento da ineficácia de duplicatas que afirma simuladas, sem a necessária correspondência a contrato de compra e venda mercantil.

Figuram como réus, em ambos os feitos, a empresa “Comercial Alterosa Importadora e Exportadora Ltda.”, emitente das duplicatas, e o “Banco de Fortaleza S/A” — “Banfort”, ao qual foram referidos títulos enviados para desconto. Sustentam estes, em síntese, que as cártulas em questão foram remetidas para aceite e não devolvidas pelo autor, trazendo, como prova da realização do negócio, fotocópia, sem autenticação, de recibos de entrega destacados de notas fiscais e dois telex dirigidos ao Banfort, atestando o recebimento das mercadorias pelo “Carrefour”.

O MM. Juiz, consignando ter restado inatendido pelos réus despachos determinando a juntada dos originais dos recibos de entrega, visando à realização de perícia grafotécnica requerida pelo autor, bem assim terem os mesmos postulado o julgamento antecipado da lide, proferiu sentença dando pela procedência de ambos os pedidos, considerando não comprovado o recebimento das mercadorias.

Interpostas apelações, a eg. Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais acolheu, por maioria, as impugnações recursais deduzidas pelos litisconsortes passivos, lastreando-se nos telex enviados pelo “Carrefour” ao banco endossatário, posto que os canhotos de entrega, vindos aos autos em cópia *xerox* não autenticada, foram considerados anódinos e sem valor probatório. Do voto condutor, da lavra do em. Juiz Roney Oliveira, colho a tese vencedora:

“O comprador não aceitou as duplicatas nem as devolveu ao Banco apresentante, no decêndio do art. 7º da Lei nº 5.474, de 19.07.68.

Tal conduta omissiva equivale à tácita aceitação dos títulos, que, antes de executados, foram levados a protesto por falta de aceite, aviando o apelado a medida cautelar da sustação”.

Por outro lado, o ilustre Juiz Schalcher Ventura, prolator do voto vencido, acenando com a circunstância de os telex terem sido inquinados de falsos pelo autor e, outrossim, não terem sido passados entre vendedor e comprador, mas sim entre este e a instituição bancária, assim concluiu:

“Resumindo, o telex, no caso, só pode ser aceito como início de prova, sujeito ao debate em processo de conhecimento e não como documento hábil a solidificar a executoriedade de um documento cambial. O protesto não consubstancia um prejuízo e outrossim, não foi comprovada a fatura, da qual derivaria a duplicata e respectivo registro.

Desta exposição, nego provimento à 1ª Apelação. O título deverá desembocar no rito do ordinário, se possível. Mantenho a sentença”.

Interpôs o Carrefour embargos infringentes, pugnando por que prevalecesse esta segunda orientação. Negou-se-lhes, contudo, provimento, vencidos os em. Primeiro e Terceiro Vogais, em acórdão único, que integra os autos de ambos os feitos.

Contra tal acórdão é que o Carrefour se insurge, via recurso especial, alegando violação dos arts. 15, II, da Lei 5.474/68, e 374, CPC, além de dissídio jurisprudencial com julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado *in* RT 452/77.

Em contra-razões, após pugnar pelo não conhecimento do apelo, argumenta o banco recorrido que os telex, acompanhados de outras evidências, como, por exemplo, o pagamento de algumas duplicatas inseridas na relação constante da mensagem telegráfica, constituem meio hábil de prova de entrega das mercadorias. E aduz que ao recorrente compe-

tia o ônus de provar não terem sido os telex emitidos por seu preposto (art. 389, CPC).

Admitido o apelo na origem, subiram os autos, que neste Tribunal recebeu dupla distribuição, sob os números 20.148-6 (autos da ação principal) e 20.212-0 (autos da ação cautelar).

É o relatório, para ambos os feitos.

## VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Ressalta na pretensão do recorrente o exame da valoração da prova.

Consiste a questão, em síntese, na determinação do que se deva entender por “documento hábil”, tal como inserida a expressão no contexto da Lei 5.474/68. O artigo 15 desse diploma estatui:

“Art. 15. A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:

I — .....

II — de duplicata ou triplicata não aceita, conquanto que, cumulativamente:

a) haja sido protestada;

b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria;

c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei”.

Quanto às alíneas *a* e *c*, dúvida alguma remanesce nos autos. Encaminhadas as duplicatas ao sacado, “Carrefour”, este não as devolveu no prazo marcado pela lei, tampouco oferecendo as razões de recusa do aceite. Levados a protesto os títulos, adveio o ajuizamento das duas demandas.

O Tribunal de origem entendeu que os telex expedidos pelo “Carrefour”, em resposta à consulta formulada pelo banco endossatário, atestando o recebimento das mercadorias, com menção, inclusive, dos números das notas fiscais, das duplicatas e respectivas datas de vencimento, constituem “documento hábil” para os fins do disposto no inciso *b* do referido artigo 15.

Cabe, aqui, tecer algumas considerações sobre a tese, adotada como razão de decidir pelo v. acórdão recorrido, segundo a qual a não devolução do título pelo sacado induziria à presunção de aceite tácito.

Entendo não possa ela prevalecer diante do que expressamente dispõe o referido preceito legal.

Exige este que, **cumulativamente**, haja protesto, exista documento comprobatório da realização da compra e venda mercantil e, por fim, não tenha havido recusa do aceite. A ocorrência dessa última circunstância, pois, considerada isoladamente, não tem o condão de autorizar conclusão pela ocorrência de aceite tácito. O suprimento do aceite, além do protesto e falta de recusa, exige a apresentação de prova da entrega e recebimento da mercadoria. Nesse sentido, o aresto trazido como divergente pelo recorrente.

No cerne da questão, indaga-se: os telex, passados pelo sacado ao banco endossatário, cujo conteúdo certifica a entrega das mercadorias, constituem prova suficiente e idônea?

Quanto ao particular, sustenta o recorrente, colacionando diversas citações doutrinárias, que a assinatura é elemento indispensável ao reconhecimento da autenticidade do documento e, ademais, que o legislador, ao admitir a execução sem aceite, o fez por considerar que a assinatura aposta no documento comprobatório do recebimento da mercadoria equivale à assinatura na própria duplicata. Assim, conclui o recorrente, não sendo possível, pela simples cópia dos telex, aferir-se de forma indubitosa a autoria das declarações neles contidas, impõe-se desconsiderá-los como documento.

Conforme ressaltado pelos magistrados que proferiram os votos vencedores, as evidências parecem indicar tenha ocorrido o efetivo recebimento das mercadorias pelo recorrente, haja vista terem sido as mensagens enviadas de seu telex e em horário comercial (9:46 — telex nº 001/88; e 10:56 — telex nº 002/88).

Cumpre, entretanto, atentar para o disposto no art. 374 da lei instrumental civil, tido por violado pelo recorrente:

“Art. 374 — O telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão tem a mesma força probatória do documento particular, **se o original constante da estação expedidora foi assinado pelo remetente**” (grifei).

É de ponderar-se que, mesmo tendo as mensagens em questão sido expedidas do telex do “Carrefour”, possam elas não terem sido determinadas pelo gerente do setor de mercearia que consta como emitente. Em realidade, qualquer pessoa, munida de certo conhecimento relativo à

operação de aparelho de telex, bem assim do código do destinatário, pode enviar comunicação de qualquer teor. Ou ainda, mesmo não tendo o referido conhecimento técnico, pode essa pessoa induzir o empregado que trabalha no respectivo setor a emitir a mensagem, como se tivesse sido determinada pelo preposto credenciado.

Por tais razões é que este tribunal, analisando caso semelhante, envolvendo transmissão via *fax*, já teve oportunidade de decidir:

“Não cumpre a autenticação de documento transmitido por *fax* a circunstância de haver sido utilizado aparelho de assinatura do expedidor (AgRg no Ag nº 6.991-RJ, rel. o Sr. Ministro Dias Trindade, DJ de 1º.07.91).

*In casu*, observe-se, o “Carrefour” logrou cumprir o que lhe competia, argüindo em contestação não ter sido sua a responsabilidade pela emissão dos telex, requerendo a produção de provas. Asseverou, peremptoriamente, que “tal mensagem não foi transmitida pelo “Carrefour” ...” (fls. 66 dos autos da cautelar). Restou, pois, atendido o disposto no art. 732, CPC, *verbis*:

“Art. 372 — Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar, no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiros”.

A assinatura é que efetivamente comprova a procedência e responsabilidade pelas declarações contidas no documento. Nesse sentido, o magistério de Pontes de Miranda:

“As estações telegráficas, radiográficas, ou quaisquer outras têm de exigir que o transmissor assine o original. Seria de graves conseqüências que se não pudesse apurar quem, na verdade, passou o telegrama, ou o radiograma, ou outro meio de transmissão. Pode acontecer que o assinante, mesmo na presença do empregado da expedidora, não tenha posto o seu nome, mas sim o de outrem, ou que o transmissor tenha usado de alguém para levar ao telégrafo, ou a qualquer expedidora, o original devidamente assinado por ele, ou com o nome de outrem. Mais ainda: que o transmissor seja pessoa jurídica e conste do original nome que seria o de algum órgão, ou representante, e não fosse verídica a assinatura. Por aí se chega a muitos problemas que se referem à força probatória dos telegramas, radiogramas e outros meios de transmissão” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo IV, Forense, 1974, nota 1 ao art. 374, p. 351).

Também assim Moacyr Amaral Santos, ao tecer considerações sobre o telegrama:

“Como todo o documento particular, ainda que autenticado (art. 374, parágrafo único), está sujeito ao ato de reconhecimento (art. 372), cuja significação é no telegrama mais relevante, dada a natureza desse meio de prova. Por isso que o telegrama é cópia da tradução do despacho, e essa cópia pode ser eivada de erros, provenientes do próprio ato de copiar; da transmissão do despacho da estação emissora à receptora; ou provenientes da tradução do despacho por esta; e ainda porque o destinatário pode ter motivos para duvidar até mesmo da identidade do expedidor; e, mais, atendendo-se à circunstância de os funcionários das estações transmissora e receptora não serem depositários da fé pública, de forma que não podem autenticar o telegrama — os usos e costumes, na falta de legislação expressa, estabeleceram o princípio segundo o qual o telegrama fica sempre dependendo de prova da autenticidade, quando contestada” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. IV, Forense, 2ª ed., 1977, nº 154, pp. 194/195).

Na mesma diretriz, Humberto Theodoro Júnior, ao enfaticamente asseverar:

“A autenticidade das declarações de vontade manifestadas através de telegramas, radiogramas ou qualquer outro meio similar de transmissão, é dada pela assinatura do remetente no original constante da estação expedidora (art. 374, *caput*, a qual poderá ser reconhecida por tabelião (art. 374, parágrafo único)” (“Curso de Direito Processual Civil”, vol. I, Forense, 5ª ed., 1989, nº 449, p. 486).

Relativamente à necessidade de reconhecimento de firma, em se tratando de meios de transmissão, esta Turma assim se manifestou:

“A exigência de reconhecimento da firma se justifica nos casos de petições interpostas por telegrama ou telex, podendo ser dispensada nos casos de petições manifestadas pelo sistema *fax*, pois nas cópias por *fax* consta a imagem gráfica da assinatura do advogado, passível de confrontação com as assinaturas constantes dos autos. Todavia, por segurança e como as cópias *fax* podem com o tempo sofrer esmaecimento, deverá o peticionário providenciar a breve apresentação do original da petição. Harmoniza-se, assim, o uso de técnicas modernas com as necessidades de segurança processual” (AgRg no REsp 2.705-MT, rel. o Sr. Ministro Athos Carneiro, DJ de 10.06.91).

Especificamente sobre o art. 15, II, *b*, da Lei das Duplicatas, os doutrinadores têm entendido que a assinatura no recibo de entrega deve ser considerada como equivalente à que teria sido aposta no local da cártula destinado ao aceite. Wilson Campos Batalha, sufragando essa orientação, leciona:

“A assinatura no documento comprobatório do recebimento da mercadoria (parte destacada e assinada da nota fiscal, ou documento que comprove o recebimento) equivale ao aceite, salvo se houver expressa comunicação de recusa, fundada em motivo previsto em lei”.

*omissis...*

“Portanto, a execução por título extrajudicial compete à duplicata ou triplicata aceita, ainda que não protestada; compete à duplicata ou triplicata não aceita, desde que protestada e acompanhada da prova de entrega e recebimento da mercadoria, salvo se o sacado houver comprovadamente recusado o aceite explicitando os motivos da recusa, dentre os enumerados pelo art. 8º (avaria, não recebimento, vícios, defeitos e diferenças na quantidade ou na qualidade, divergência nos prazos e nos preços).

Fora desses casos não ocorre título executivo extrajudicial e o crédito só pode ser exigido por ação ordinária” (“Títulos de Crédito”, Forense, 1ª ed., 1989, nº 4.211, p. 278/279).

Os recibos de entrega, embora carreados aos autos, o foram por cópia *xerox* não autenticada, despida de valor probatório. Determinada pelo juiz singular a juntada dos originais, os recorridos permaneceram inertes. Tampouco vieram as notas fiscais respectivas.

Entendo que o telex, ainda que passado entre sacado e sacador, somente teria força probante caso houvesse possibilidade de, inequivocamente, atestar a autoria de seu conteúdo pela assinatura constante do original enviado ao operador de telex do próprio “Carrefour” ou, quando não, por meio de instrução probatória através da qual se pudesse averiguar as reais circunstâncias em que os mencionados telex foram passados.

Tal prova competia aos recorridos, a teor do que estabelece o art. 389, II, CPC:

“Art. 389 — Incumbe o ônus da prova quando:

I — .....

II — se tratar de contestação de assinatura à parte que produzir o documento”.

Preferiram os réus-recorridos, contudo, protestar pelo julgamento antecipado da lide, afirmando que não tinham outras provas a produzir.

No que concerne à alegação dos recorridos, no sentido de que o “Carrefour” já havia pago algumas das duplicatas que lhe tinham sido remetidas, não colhe prosperar. Nada obsta que alguns dos títulos tenham sido emitidos guardando correspondência com vendas efetivamente realizadas e outros tantos não, visando, exatamente, a acobertar e dar aparência lúdima a procedimento fraudulento.

Outrossim, é ainda de se consignar que há nos autos, segundo consta dos votos vencidos, circunstância que dá ensanchas e fundadas dúvidas sobre a autenticidade dos referidos telex. É que vêm encimados pelos números 001 e 002. Realmente causa estranheza que a empresa do porte do recorrente só em agosto de 1988 tenha emitido as primeiras comunicações via telex daquele ano, salvo hipótese de erro material, cuja ocorrência não restou comprovada.

Em conclusão, os telex, tal como vieram aos autos, estão despidos da necessária autenticidade em relação à autoria das declarações nele existentes, pelo que, a meu juízo, não configuram “documento hábil” da entrega e recebimento da mercadoria, na forma como preconizada pela alínea *b* do inciso II do art. 15 da Lei 5.474/68.

Assim, tenho que as duplicatas levadas a protesto pelo banco endossatário se mostram inexigíveis em relação ao sacado, dada a não comprovação nestes autos da compra e venda mercantil subjacente, não obstante válidas entre sacador-endossante e banco-endossatário, litisconsortes passivos, ora recorridos, regulando o vínculo que em razão das mesmas entre ambos existe, consoante entendimento adotado por esta Corte nos REsps 2.166-RS (DJ de 25.06.90), 505-RJ (DJ de 16.10.89) e RMS 723-SP (DJ de 11.03.91).

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para declarar a inexigibilidade das duplicatas em relação ao recorrente e, assim, confirmando em definitivo a liminar de sustação de protesto, determinar o seu cancelamento.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, ponho-me de acordo com o voto do eminente Sr. Ministro-Relator. Segundo depreendi, o cerne da questão está em saber se foi comprovada a efetiva entrega da mercadoria. No caso em tela, o meio de prova para tal é constituído de telex, que teriam sido emitidos pelo próprio sacado, ou seja, o Carrefour.

Há dúvida, porém, sobre a autenticidade dos referidos telex. Penso que realmente não se trata de elemento hábil, como evidenciou o eminente Relator. Considero, portanto, que, no caso, não se deu aplicação escoreita ao art. 15, inciso II, da Lei nº 5.474, bem como o art. 374 do Código de Processo Civil.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

#### VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, no caso, não se está a fazer reexame de prova, até porque nos limites angustos do recurso especial tal não é permitido, estando a matéria, inclusive, sumulada nesta Corte. Faz-se, isto sim, a verificação do valor probatório da prova, o que, no dizer de Xavier de Albuquerque,

“é diverso da interpretação desta, que diz respeito ao conteúdo da conclusão que se extrai dos meios probatórios apresentados.”

Isto posto e considerando o que se encontra no art. 374 do CPC, acompanho o eminente Ministro-Relator.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.148-6 — MG — Relator: Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Carrefour Comércio e Indústria Ltda. Advs.: Marconi Bastos Saldanha e outros. Recdo.: Banforte — Banco de Fortaleza S/A. Adv.: Luiz Epelbaum. Recda.: Comercial Alterosa Importadora e Exportadora Ltda. Advs.: Juvenil Alves Ferreira Filho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu dos recursos e deu-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 16.06.92 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 20.828-6 — SP

(Registro nº 92.0007967-9)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Bertolino Leandro Nogueira*

Advogada: *Dra. Vera Lúcia Casadei*

**EMENTA: REsp — PENAL — MULTA — CORREÇÃO MONETÁRIA — TERMO INICIAL** — Em decorrência do princípio da presunção de inocência (Const., art. 5º, LVII), o *status* de condenado se forma com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Até então, incabível o cumprimento da pena. O art. 49, § 1º, CP, tem como pressuposto a infração penal. O art. 49, § 2º, CP, por sua vez, o não pagamento da multa. Esta pode ser recolhida dentro de dez dias depois do trânsito em julgado (CP, art. 50). A correção monetária começa a incidir escoado o prazo para o recolhimento, ou seja, a partir do 11º (décimo primeiro) dia do encerramento do processo.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, em não conhecer do Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros Pedro Acioli e Costa Leite. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Cândido.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de junho de 1992 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra v. acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, negando provimento a Agravo em Execução.

O Recorrente, com base no disposto no art. 105, III, da Constituição da República, argúi divergência jurisprudencial.

O Recorrente pretende a reforma da decisão recorrida para que seja

determinada a correção monetária da pena de multa, aplicada a Bertolino Leandro Nogueira pelo MM. Juízo de Direito da Comarca de Quatá, em sentença transitada em julgado, a partir da data do delito.

O MM. Juízo das Execuções Criminais da Comarca de Quatá determinou que a correção monetária incidisse a partir da citação do reeducando para a execução (fls. 20).

O v. acórdão negou provimento ao agravo, confirmando a decisão do MM. Juízo da Execução (fls. 34/36).

O Recorrente, em suas razões de recurso, sustenta: "Assim decidindo, a Colenda Turma Julgadora deu ao referido texto de lei federal interpretação divergente daquela que lhe foi emprestada por decisões dos Egrégios Tribunais de Justiça de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, autorizando, assim, a interposição do **Recurso Especial**, com fundamento na alínea c do permissivo constitucional" (fls. 40/41).

O despacho do ilustre Presidente do Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial com fundamento na alínea c (fls. 54).

Parecer do Ministério Público Federal, subscrito pelo ilustre Procurador da República, Dr. João Gualberto Garcez Ramos, a final assim se manifestando: "Portanto, este órgão do Ministério Público Federal requer que seja negado provimento ao recurso especial, **cuidando esse e. Superior Tribunal de Justiça de estabelecer, no acórdão, o procedimento correto dos juízes criminais na fixação da pena de multa**" (fls. 61/67).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O mérito do recurso trata de tema que tem gerado polêmica nos tribunais. Três soluções são ofertadas: a) a correção monetária é calculada da data da infração penal; b) do trânsito em julgado da decisão condenatória; c) da citação do réu para a execução. Aliás, a matéria suscitou opiniões, embora minoritárias, da inconstitucionalidade do dispositivo por trazer insegurança e aleatoriedade do *quantum* da condenação.

De início, de passagem, lanço meu entendimento da perfeita adequação da lei à Constituição. O valor da multa é certo, satisfaz à anterioridade da lei penal porque juridicamente determinado e conhecido. Variável somente o *quantum* dada a desvalorização da moeda. Aliás, o

critério — dias/multa — busca, exatamente, manter atualizado o valor, em homenagem à eficácia da norma.

De outro lado, o tema repousa na teoria geral da punibilidade. Urge distinguir, outrossim, cominação, aplicação e execução da pena. Momentos distintos e importantes para a solução deste recurso.

A cominação, sabe-se, é a definição legal da pena; a aplicação, fixação no caso concreto, e a execução, por sua vez, satisfação da condenação.

A infração, de outro lado, é divisada em dois planos: a *fattispecie in abstracto* e a *fattispecie in concreto*.

Na espécie, interessa somente a última.

Em sendo assim, considere-se o princípio da presunção de inocência (Const., art. 5º, LVII): Alguém só é considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, porque o *status* de condenado, nesse momento, tem o seu início, somente a partir de então, surge o título executório penal.

No particular, firma-se a jurisprudência desta Turma, de que são exemplos:

**“RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRISÃO CAUTELAR.**

A presunção de inocência, princípio constitucional (art. 5º, LVII), significa que a sanção penal somente pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não se confunde com a prisão cautelar, que antecede àquela. Assim se explica por sua natureza processual (Constituição, art. 5º, LXI)”. (RHC Nº 1.184-RJ, Rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO).

**“RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA.**

A presunção de inocência (Const., art. 5º, LVII) é relativa ao Direito Penal, ou seja, a respectiva sanção somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não alcança os institutos de Direito Processual, como a prisão preventiva. Esta é explicitamente autorizada pela Constituição da República (art. 5º, LXI)”. (RHC nº 1.322-PR, Rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO).

O Supremo Tribunal Federal orienta-se no mesmo sentido. Ilustrativamente a seguinte decisão:

“Pena de prisão simples; condenação mantida em apelação por acórdão não publicado; inadmissibilidade de expedição do mandado de prisão.

Quando, condenado em primeira instância o réu se tenha livrado solto, por força de *habeas corpus*, mantida a decisão condenatória em grau de recurso, o mandado de prisão só poderá ser expedido após o trânsito em julgado da condenação.” (HC 69.166-8 — DJ de 22.05.92, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

O art. 49, § 2º, do Código Penal, tem a seguinte redação:

“O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária”.

Observe-se, a lei escreve — “quando da execução”.

O argumento é útil, entretanto, por si só frágil porque meramente gramatical.

Impõe-se interpretação lógica.

O valor do dia-multa considera “o maior salário mínimo mensal ao tempo do fato” (CP, art. 49, § 1º). Aqui reside a cominação da pena.

Não faria sentido o parágrafo seguinte, prevendo correção, fixando o momento *a quo*, tratar da matéria, se tivesse por objeto a cominação mesma. A cláusula temporal evidencia mencionar outra hipótese.

O art. 49, § 1º, tem como pressuposto a infração penal.

O art. 49, § 2º, tem como pressuposto o não pagamento da multa, compelindo o Estado a promover a execução.

Abarcam, pois, duas situações jurídicas distintas, inconfundíveis.

Nem poderia sê-lo diferente. Caso contrário, afrontar-se-ia o princípio da isonomia. A pena, em caso de processo encerrado no prazo legal, seria uma: quando demorasse, outra. E mais, diga-se, se após longo tempo, declarada nulidade não provocada pelo réu, o valor seria diferente. Enfim, o valor da pena pecuniária restaria sujeita a uma condição suspensiva. Efetivamente, sem cabimento. Aí, sim, haveria a insegurança e a incerteza que o princípio da anterioridade almeja evitar.

A pena cominada é resposta ao delito. A correção, ao contrário, recrudescer a sanção para o condenado porque, no prazo legal, não recolhe a multa.

Essa asserção encontra respaldo na Lei nº 7.210/84 — Lei de Execução Penal — cujo art. 164 dispõe:

“Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora”.

O título executório é a sentença condenatória trânsita em julgado. A partir daí, e só então, o Estado pode exigir o recolhimento da multa.

A obrigação decorrente da condenação nasce com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Despiciendo anotar — nos estritos limites da condenação.

Cumpre distinguir o termo *a quo* da obrigação de pagar a multa, do dia da citação da execução.

O primeiro é o trânsito em julgado da sentença condenatória. A partir de então, o condenado tem dez dias para recolher a multa.

O art. 50, do Código Penal, comanda:

“A multa deve ser paga dentro de 10 dias depois de transitada em julgado a sentença”.

Assim, somente depois de escoado esse tempo, o Estado poderá exigir o pagamento, nos termos do art. 164 da Lei nº 7.210/84.

O valor da multa será atualizado, quando da execução (CP, art. 49, § 2º).

Em sendo assim, a correção monetária começa a incidir quando o condenado não cumprir a condenação, ou seja, a partir do 11º (décimo primeiro) dia do trânsito em julgado.

A execução pressupõe não recolhimento espontâneo.

A citação, por sua vez, é apenas comunicação judicial ao condenado da exigência do pagamento.

A execução penal não se confunde com a execução cível. A primeira expressa sanção retributivo-preventiva. A segunda, reparatória de perdas e danos. Para aquela, a lei fixa a data do recolhimento. A última, porque envolve direito disponível, depende da manifestação de vontade do credor.

Mais uma observação se faz útil. Trânsito em julgado, logicamente, para ambas as partes. Até então, inexistente obrigação do réu, nem ao Estado é facultado exercer o poder da execução criminal.

Não conheço do recurso especial.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.828-6 — SP — (92.0007967-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recte.: Ministério Público do Estado de

São Paulo. Recdo.: Bertolino Leandro Nogueira. Advogada: Vera Lúcia Casadei.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 23.06.92 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite e Pedro Acioli. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Cândido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro COSTA LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 20.845-6 — SP  
(Registro nº 92079903)

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

Recorrente: *Saulo Fagundes de Souza*

Recorrido: *Victor Ottone Mastrorosa*

Advogados: *Drs. Antonio Settani e Antonia Mastrorosa e outros*

**EMENTA:** Prazo para interpor recurso. Apelação. Sistema de protocolo integrado. Não se revela intempestiva a apelação apresentada, em foro diverso daquele por onde tramitava a ação, pelo sistema do protocolo integrado, apesar do seu entranhamento nos autos ter se verificado além do prazo. Considera-se como data da interposição a da entrega da petição no protocolo integrado. Hipótese em que, por assim não considerar, o acórdão ofendeu o art. 508 do Cód. de Pr. Civil. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

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

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Foi o recurso especial admitido por este despacho do Presidente Ruyter Oliva, do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“O venerando acórdão de fls. 120/122, complementado pelo de fls. 129/131, não conheceu da apelação interposta contra a sentença que julgou procedente esta ação de despejo para uso de descendente.

Interpõe o locatário recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, sob a alegação de que o venerando aresto contrariou os artigos 508 e 514, parágrafo único, do Código de Processo Civil, na medida em que, desconsiderando o sistema do protocolo integrado, previsto no Provimento 339, do Conselho Superior da Magistratura, deu como extemporâneo o recurso interposto. Indica julgados para confronto.

Intimada, a parte contrária apresentou contra-razões às fls. 159/162.

O recurso merece prosseguir.

O venerando aresto guerreado não conheceu do recurso interposto na medida em que, utilizado o sistema do protocolo integrado; não foi protocolizado no juízo de origem dentro do prazo legal. Equacionou a questão nos seguintes termos:

‘Esta Câmara vem decidindo, com esteio nos esclarecimentos de Theotônio Negrão na nota 17 ao artigo 508, pág. 274, RT, 20ª edição, que recurso assim apresentado é intempestivo (cf. Ap. 292.812/0, em que figurou o signatário como relator), pois a unificação dos serviços de protocolo apenas assegura ao interessado a comodidade de apresentar seu recurso em qualquer comarca, correndo, porém, o risco da intempestividade, se a petição der ingresso fora do prazo no protocolo competente’ (fls. 121).

Desse modo, verifico que, quanto a invocada ofensa ao artigo 508 do Estatuto de rito, conveniente é a manifestação sobre a

apontada vulneração, tendo em vista que, na visão do recorrente, o prazo de quinze dias previsto nesse dispositivo foi respeitado, porquanto o recurso foi protocolado durante o período, conforme lhe faculta o mencionado Provimento.

Assim sendo, não obstante a razoabilidade da interpretação conferida nesta instância à questão federal ora suscitada, presentes os pressupostos constitucionais a ensejar a abertura da via especial, já que a aplicação da Súmula 400 do Pretório Excelso vem sendo rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça (cf. Ag 5.474-RJ — STJ — 3ª T. — Rel. Min. Gueiros Leite — J. em 24.10.90 — DJU de 5.11.90, pág. 12.454; Ag 15.786-SP — STJ — 1ª T. — Rel. Min. Demócrito Reinaldo — J. em 3.2.92 — DJU de 12.2.92, pág. 999).

Sob o pálio da alínea *c*, tem-se como caracterizado o dissídio unicamente com relação ao julgado do Tribunal de Justiça deste Estado, que preconizou entendimento no sentido da tempestividade do recurso quando utilizado o protocolo integrado, em discrepância do posicionamento adotado nestes autos. Quanto ao aresto inserto na JTA 48/65, não apresenta adequação à matéria tratada no caso vertente, e as demais cópias anexadas referem-se ao tema do prequestionamento como requisito para a admissão dos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores.

Pelo exposto, defiro o recurso especial, pelas alíneas *a* e *c* do dispositivo constitucional. Remetam-se os autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça.”

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): A exemplo do despacho original, creio que o acórdão recorrido maltratou o art. 508, ao dar pela intempestividade da apelação, cuja petição o réu entregou no protocolo do Foro Regional de Vila Prudente, no último dia do prazo, e que veio ter aos autos três dias após, no Foro Regional de Santana, onde proferida a sentença.

Procedeu o apelante, conforme alegou já nos embargos de declaração, em conformidade com o Provimento nº 339/88, do Conselho Superior da Magistratura, que, ao dispor sobre a unificação e integração dos protocolos existentes nas diversas comarcas do Estado, autorizou, pelo art. 1º, “os protocolos dos Foros do Estado a receber petições dirigidas a

outras Comarcas do Estado”. Isto é, já que assim permitido, o apelante protocolizou em foro diverso a sua petição de recurso.

Sobre o sistema disciplinado pelo Provimento nº 339/88, estive lendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça paulista no MS 120.682, publicado na RT 650/79, onde resultou concedida a segurança por maioria de votos, conforme essa ementa, qual a publicação:

“Recurso — Apelação — Prazo — Sistema de protocolo integrado — Interposição tempestiva fora da comarca de origem — Entrada no tribunal, entretanto, além do prazo recursal — Termo determinado pela entrega da peça no sistema integrado, e não pela chegada à Corte estadual — Protocolos dos foros do Estado que são extensão da secretaria do tribunal de justiça — Legalidade do Provimento CSM 339/88 regulador da matéria, vez que não implica dilação do prazo judicial — Norma que gera direito subjetivo processual passível de proteção via mandado de segurança — *Writ* concedido para anular a decisão que não conheceu do recurso por intempestividade — Declarações de votos vencedor e vencidos.

Não padece do vício de intempestividade a apelação interposta tempestivamente fora da comarca de origem, pelo sistema de protocolo integrado, embora com entrada no tribunal de justiça além do prazo. Considera-se como data da interposição a da entrega da peça no protocolo integrado, posto que os protocolos dos foros do Estado são extensão da Secretaria da Corte estadual.

O Provimento 339/88 do Conselho Superior da Magistratura regula a simples unificação e integração dos diversos protocolos existentes no Estado. Nisto não há extrapolação de sua esfera de competência. O Conselho Superior da Magistratura não legislou a respeito de matéria processual, e muito menos dilatou prazo judicial.

Tal norma gera direito subjetivo, perfeitamente amparável por mandado de segurança.

Não se pode deixar de considerar que incorreria o Judiciário em profunda deslealdade ao admitir a utilização de determinados meios para a facilitação do desempenho profissional dos advogados e, ao depois, proclamar, ele próprio, a invalidade dos meios proporcionados.” MS 120.682-1 — 1º Gr. Cs. — j. 24.10.89 — rel. Des. Yussef Cahali.”

É de se ler, na publicação da RT-650 com gosto e real proveito, as diversas declarações de votos vencedores e vencidos.

De minha parte, sem emitir juízo de mérito sobre o sistema do chamado protocolo integrado (emissão dispensável, para a solução do caso), sensibilizou-me o tópico final da ementa do MS 120.682, da RT 650, quanto à posição do Judiciário paulista, na condição de instituidor do protocolo. Vale dizer, se o sistema foi implantado para facilitar o trabalho dos advogados (“... foi a implantação de protocolos em todas as comarcas, facilitando o trabalho dos advogados, que na própria sede judiciária em que se encontram podem despachar suas petições, dirigidas a autoridades judiciárias dos vários pontos do Estado. Trata-se de medida de ordem prática muito grande, de enorme e reconhecida utilidade”, do voto do Desembargador Luís de Macedo, na RT-650, pág. 83), não harmonizaria com a sua finalidade restringir o acesso ao sistema. Daí, para o caso de que estamos cuidando, parecer-me recomendável solução diversa da adotada pelo acórdão recorrido. Conquanto a apelação tenha chegado ao juiz da sentença dois ou três dias após o prazo previsto em lei para a sua interposição, o certo é que a petição deu entrada em tempo no protocolo de outro foro. Assim, não o é intempestiva, como não o seria em casos análogos, a apelação, porque o apelante, valendo-se de permissão instituída pelo Judiciário (e confiou nela!), apresentou a sua petição em foro diverso, mas a apresentou, ou a protocolizou, no prazo dos quinze dias do art. 508. Em resumo, é válida a apresentação, ou o protocolo.

Lembro-me que temos decidido (somente para acréscimo) da seguinte forma:

“Processo civil. Recurso. Interposição sem devolução dos autos. Exegese dos arts. 195 e 514, CPC. Recurso conhecido pelo dissídio e provido.

I — A não devolução oportuna dos autos ao Cartório deve merecer do Juiz as providências cabíveis, com o objetivo de coibir de forma enérgica a malícia e os atos praticados em prejuízo da boa aplicação da lei e da exata observância dos trâmites processuais.

II — Eventual devolução tardia dos autos não deve penalizar a parte, cujo recurso foi oportunamente protocolado.” (REsp 2.706, Sr. Ministro Sálvio Teixeira, *in* DJ de 18.6.90).

“Civil/Processual. Apelação. Prazo. Retenção de Autos.

Não é intempestiva a apelação apresentada no prazo, ainda que os autos do respectivo processo restem retidos em

poder do advogado da apelante.” (REsp 2.987, Sr. Ministro Dias Trindade, *in* DJ de 18.2.91).

“2. Apresentada em cartório a contestação, no prazo legal, não tem relevância o fato de somente após o dito prazo, devolver o advogado os autos que retirara.” (REsp 4.179, Sr. Ministro Dias Trindade, *in* DJ de 18.3.91).

“Apelação. Interposição (CPC, art. 514 e parágrafo único). Prazo. Devolução dos autos. Não há de ser considerada tardia a apelação se a petição de sua interposição veio a tempo, embora os autos não o tenham vindo. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 10.441, Sr. Ministro Nilson Naves, *in* DJ de 5.8.91).

Conheço do recurso especial e lhe dou provimento, a fim de que, afastada a razão da sua intempestividade, a apelação seja conhecida, como for de direito.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.845-6 — SP — (92.079903) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recte.: Saulo Fagundes de Souza. Advogado: Antonio Settanni. Recdo.: Victor Ottone Mastrorosa. Advogados: Antonia Mastrorosa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 30.06.92 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 20.982-5 — MG

(Registro nº 92.0008400-1)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Relator designado: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Uirapuru Iate Clube*

Recorridos: *Feliciano Fantini e outros*

Advogados: *Drs. Carlos Augusto Sobral Rollemberg e outros, e Jacob Lopes de Castro Máximo e outros*

**EMENTA: Condição potestativa**

**Não é vedada em lei a condição simplesmente potestativa. Inexiste, pois, proibição a que a eficácia do ato esteja condicionada a acontecimento futuro, cuja realização dependa do devedor ou possa ser por ele obstada. Defesa é a condição meramente potestativa, correspondente à fórmula *si volam*, que esta retira a seriedade do ato, por inadmissível que alguém queira, simultaneamente, obrigar-se e reservar-se o direito de não se obrigar.**

**Ilícitude que, entretanto, se reconhece da cláusula de estatuto de associação civil, a vedar o direito de voto a determinada categoria de associados, condicionando-o a fato que lhes é absolutamente estranho. Infringência do disposto no artigo 1.394, primeira parte, do Código Civil. Decisão, nesse ponto, tomada pelo voto médio.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, em conhecer do recurso especial, vencidos os Srs. Ministros Relator e Waldemar Zveiter, e, pelo voto médio, em dar-lhe provimento, em parte. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de novembro de 1992 (data do julgamento).

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

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): UIRAPURU IATE CLUBE interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105,

III, *a e c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Sexta Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que deu parcial provimento à apelação interposta pelo mesmo, em autos de ação movida por FELICIANO FANTINI e OUTROS, objetivando invalidar cláusulas estatutárias da referida sociedade civil, por serem cláusulas potestativas puras.

Sustenta negativa de vigência ao Código Civil em seus arts. 19, III, por introduzir modificações na estrutura social privada fora da previsão estatutária; 1.394, dando-lhe extensão que o mesmo não possui; e 115, por considerar puramente potestativas cláusulas que são na verdade simplesmente potestativas. Sustenta ainda dissídio jurisprudencial.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Embora não tenha o acórdão cogitado da aplicação do art. 19, III, do Código Civil, nem se prestem a suprir a falta de prequestionamento os embargos de declaração, em que se disse existente omissão a respeito, posto que, em realidade, não foi essa matéria devolvida no recurso de apelação e, por conseguinte, sobre ela não cabia manifestação do órgão julgador de segunda instância. E os embargos de declaração somente podem trazer a exame do órgão de que emana o acórdão, a título de omissão, o que, em verdade tenha sido devolvido. Mas, dizia, embora o acórdão não tenha cogitado do tema, é evidente que o acórdão não teria contrariado o dispositivo em tela, ao fazer incidir o art. 115, dizendo potestativa pura condição para o exercício de voto prevista em regra estatutária e nem, ao reconhecer direito de voto, aliás não negado no Estatuto, com assento no art. 1.394, todos do Código Civil, posto que não impôs reforma dos estatutos quanto à administração do ente recreativo em causa.

Os estatutos não estabelecem categoria de sócio sem voto, como estaria em seu direito fazê-lo, antes assegura esse direito a todos os sócios, distinguindo-os em fundadores e proprietários, melhor seria dizer, sócios-proprietários fundadores e sócios simplesmente proprietários, mas assentam, em seus arts. 8º, 22 e 42, as restrições ao uso do direito de voto e de participação dos segundos, que a transcrição indica:

“Art. 8º — São direitos dos sócios:

- a) — *participar das assembléias, votar e ser votado;*
- b) — *apresentar, nas assembléias, proposições de interesse do UIC;*
- c) — *utilizar e freqüentar a sede de suas dependências e participar de reuniões, festas e diversões, nos limites do regimento interno;*
- d) — *apresentar candidatos a sócios.*

§1º — *Os sócios-proprietários só poderão exercer os direitos referidos nas letras a), b) e c) deste artigo quando se perfizerem todas as seguintes condições:*

I — *existirem, 4.900 sócios-proprietários com cotas integralmente pagas e aceitos pela Diretoria;*

II — *estiver terminada a construção do UIC;*

III — *for o UIC inaugurado oficial e totalmente.*

§2º — *Somente os sócios fundadores exercerão todos os direitos acima referidos neste artigo antes de ficar completo o quadro de 4.900 sócios-proprietários com suas cotas integralmente pagas.*

.....  
 Art. 22 — *A Assembléia Geral reunir-se-á:*

.....  
 b) — *extraordinariamente, em qualquer época, quando convocada pela Diretoria, Conselho Fiscal ou por sócios que representem 2/3 do corpo social, para examinar e decidir sobre qualquer assunto de sua competência.*

.....  
 Art. 42 .....

§ 2º — *Esta 1ª Diretoria e este 1º Conselho Fiscal são provisórios e seu mandato durará até quando se perfizerem todas as seguintes condições:*

I — *existirem 4.900 sócios-proprietários com cotas integralmente pagas e aceitos pela Diretoria;*

II — *estiver terminada a construção do UIC;*

III — *for o UIC inaugurado oficial e totalmente”.*

Afirma a recorrente que essas condições não são daquelas que se podem dizer defesas no nosso ordenamento jurídico, porque se incluem entre as chamadas condições simplesmente potestativas e não potestativas puras, daí porque, prevista na lei da sociedade, que são os seus estatutos, obrigam aos associados.

Estou, no entanto, não obstante as lições dos pareceres que foram anexados ao recurso, em que não é caso de se haver criado categoria de sócio sem direito a voto, como acima visto, mas de restrição oposta ao direito de voto, cuja realização somente se dará se assim o desejar a Diretoria Provisória, bastando que não aprove a admissão de sócios até atingir o número indicado, o que está na sua livre apreciação, não mencionadas condições objetivas para essa admissão.

É certo, como consta do acórdão, que o número de associados proprietários, não fundadores, vem crescendo, desde a fundação do clube, mas, em termos tais que, a continuar a mesma proporção, mais de dois séculos serão necessários para que se atinja o número imposto como condição para o exercício dos direitos dos sócios, estatutariamente assegurados, a significar que se apresentam inatingíveis as condições estabelecidas nos estatutos, exatamente porque dependem do arbítrio da atual diretoria, que, em mais de 24 anos de existência do clube, ainda permanece a mesma, no dizer sócios, autores da presente ação.

Ora, a organização social não prescinde do respeito à lei civil, vedativa da imposição de condições potestativas, como as que foram inseridas nos estatutos, por mais lei que representem eles, para a vida *interna corporis* de sociedade civil.

E reconhecendo como condições defesas, o acórdão não contrariou o art. 115 do Código Civil, antes lhe deu correta aplicação.

Não há, do mesmo modo, a alegada contrariedade ao art. 1.394 do Código Civil, posto que não lhe nega a acórdão o caráter dispositivo, ao proclamar o direito devoto aos sócios proprietários, até porque esse direito está estabelecido nos próprios estatutos da entidade recorrente, como se viu acima, apenas se impuseram condições que se vinculam ao inteiro arbítrio da Diretoria Provisória, já com mais de 24 anos de provisoriedade, para a sua realização, seja a referente ao número de sócios proprietários, por ela aceitos, seja no que tange à realização de obras para o conclusão e inauguração oficial e total das instalações, sem indicação de parâmetros objetivos para sua constatação.

O dissídio não está evidenciado, porquanto são diversas as situações de fato em que se embasaram os acórdãos em confronto: aqui, há direito de voto, mas sujeito à condição potestativa pura; ali, se disse do direito de associado indicar os dirigentes; aqui, não se posicionou o acórdão em dizer cogente o art. 1.394; ali, se diz a mesma coisa, ou seja, que tal regra é meramente dispositiva. Isto no que tange ao acórdão do Supremo Tribunal Federal, por indicado repositório considerado como oficial, para o fim, por nosso Regimento Interno — RTJ, posto que o acórdão de São Paulo, não pode ser considerado, uma vez que não obedeceu

o recorrente às determinações regimentais para a demonstração do dissídio. É de dizer, embora, que não se apresentam idênticas ou assemelhadas as situações de fato entre os acórdãos.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

### ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Sr. Presidente, a cláusula que meu voto teve como potestativa pura é o § 1º do art. 8º, quando na sua parte final deixa ao puro arbítrio da diretoria a admissão de sócios: (lê)

“Os sócios-proprietários só poderão exercer os direitos:

1º — quando existirem 4.900 sócios-proprietários com quotas integralmente pagas e aceitos pela diretoria.”

Então, ficou nas mãos da diretoria aceitar ou não qualquer sócio. Não há qualquer condição objetiva que diga que o sujeito que tenha tais e tais condições seja admitido; é puro arbítrio da diretoria. Por isso, entendi que a cláusula é potestativa pura e vedada pelo direito.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.982-5 — MG — (92.0008400-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Uirapuru Iate Clube. Advogados: Carlos Augusto Sobral Rollemberg e outros. Recdos.: Feliciano Fantini e outros. Advs.: Jacob Lopes de Castro Máximo e outros.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Waldemar Zveiter, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Cláudio Santos. Aguardam os Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro (em 23.06.92 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

### VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Senhor Presidente, Senhores julgadores, trata-se de questão pertinente à declaração de

invalidez de uma cláusula estatutária, do ato constitutivo do Uirapuru Iate Clube. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais considerou a cláusula potestativa, declarando-a, portanto, sem validade. S. Exas. o Eminentíssimo Ministro Relator, Sr. Ministro Dias Trindade, e o Sr. Ministro Waldemar Zveiter não conhecerem do recurso, por entender que não há, na decisão recorrida, qualquer contrariedade ao art. 115 do Código Civil. O citado artigo dispõe o seguinte:

“São lícitas, em geral, todas as condições que a lei não vedar expressamente. Entre as condições de defesa se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes”.

Sustenta a recorrente, lastreada em pareceres de notáveis juristas, vedar esse dispositivo a cláusula potestativa pura e não a cláusula potestativa simples e que, no caso, tratar-se-ia de uma cláusula dessa última natureza, potestativa simples, porquanto a disposição estatutária não estaria condicionada somente à vontade da Diretoria do clube, mas, também, a eventos estranhos a esse arbítrio.

Diz o art. 8º:

“São direitos dos sócios, § 1º: os sócios proprietários só poderão exercer os direitos referidos nas letras *a* e *b* deste artigo quando se perfizerem todas as seguintes condições: (I) existirem 4.900 (quatro mil e novecentos) sócios proprietários com cotas integralmente pagas e aceitos pela Diretoria; (II) estiver terminada a construção do UIT e (III) for o UIC inaugurado oficial e totalmente” (fls. 770).

S. Exa. o Eminentíssimo Ministro Relator, argumentou que a condição da existência de 4.900 sócios-proprietários, o que geraria o direito aos demais sócios-proprietários de exercerem todas as faculdades de associados, dependeria de uma aceitação, por parte da diretoria, de novos socios, o que daria a essa mesma diretoria — escolhida pelos sócios-fundadores atuais, que são os únicos que podem votar e ser votados —, possibilidade de deixar ou não que aquele número fosse atingido.

É o que leio em trecho do voto do Eminentíssimo Sr. Ministro Relator.

Com esses fundamentos, entende S. Exa., o Sr. Ministro Relator, que o acórdão não contrariou o art. 115 do Código Civil.

Argumenta a recorrente, entretanto, que em doutrina — e isso não é negado tampouco pelo Sr. Ministro Relator —, há diferença reconhecida entre a cláusula potestativa pura, que seria aquela pelo direito, e a potestativa simples.

Têm razão nessa parte. Realmente os mestres dizem que “simplesmente potestativa é aquela que depende de um esforço maior que o sim-

ples uso do arbítrio”, e, no caso, realmente, a condição do surgimento de pessoas interessadas em serem ou não sócias desse clube.

O Tribunal de Justiça do Paraná tem uma decisão muito interessante sobre a condição potestativa simples, que é aceita pelo Direito. Nessa decisão, citada por Carlos Alberto Dabus Maluf em “As condições do Direito Civil”, lê-se:

“Quer se trate da simples “condição potestativa pura” quer se trate da “condição potestativa simples” a condição potestativa simples será nenhuma desde que ultrapasse os limites ético-sociais, jurídicos ou econômicos, arranhando a autonomia da declaração da vontade das partes, contrárias, no mesmo passo à moral, aos princípios de ordem pública, e de consequência, ao uso e costumes imemoriais” (pág. 34).

Esta decisão está, também, na Revista dos Tribunais nº 335, pág. 321.

Vê-se, então, que naquela decisão o Tribunal do Paraná equiparou a cláusula potestativa simples — que me parece ser o caso — à cláusula potestativa pura, quando constatadas situações que contrariem a moral, os princípios de ordem pública e os usos e costumes. Nesse ponto, divirjo do Eminentíssimo Ministro Relator, com todo respeito, pedindo minhas vênias, porque, em se tratando de um clube social, parece-me que não há de se ter em conta esses elementos. Na verdade, a cláusula não viola princípios de ordem pública. Sei que a moral é uma só em qualquer circunstância, mas se se tratasse de um outro tipo de sociedade talvez eu até não me atrevesse a divergir dos eminentes Colegas que já se pronunciaram sobre o assunto; se fosse uma sociedade comercial, ou um ato de qualquer natureza, um testamento, enfim, qualquer outro tipo de declaração de vontade, eu não ousaria distanciar-me da linha adotada pelo eminentíssimo Sr. Ministro Relator.

No caso, cuida-se, todavia, de um clube, com estatuto previamente estabelecido, e o associado ingressa na agremiação sabendo daquelas condições e tendo conhecimento de que apenas votará ou será votado, ainda que no ano 2000, conforme salientou o Sr. Ministro Relator, se verificada a condição. Ainda que sabedor disto, o associado que ingressa no clube nestas condições se manifesta de conformidade, e a cláusula em si não está sujeita exclusivamente ao arbítrio da diretoria ou dos sócios-fundadores, porque se aparecerem novos interessados em se associar, como inclusive, a AMAJIS — segundo consta dos autos, a AMAJIS tem um convênio com este clube, e naturalmente, os Juizes o freqüentam por força deste convênio, não como associados, mas via AMAJIS —, parece-me que a lesividade não é tão intensa, a ponto de se admitir que a cláusula não tenha qualquer efeito ou que seja nula.

Por essas razões, Srs. Ministros, pedindo mais uma vez vênia ao Eminentíssimo Sr. Ministro Relator e ao Sr. Ministro Waldemar Zveiter, conhecimento do recurso, por entender que a decisão atentou contra a disposição prevista no art. 115 do Código Civil.

Voto, pois, no sentido de conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.982-5 — MG — (92.0008400-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Uirapuru Iate Clube. Advogados: Carlos Augusto Sobral Rollemberg e outros. Recdos.: Feliciano Fantini e outros. Advs.: Jacob Lopes de Castro Máximo e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Cláudio Santos conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Nilson Naves. Aguarda o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (em 1º.09.92 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

#### VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: O Sr. Ministro Dias Trindade assim relatou o recurso especial, de que não conheceu, em seu voto. Pelo visto, a questão, em sua essência, tem a ver com o disposto no art. 115 do Cód. Civil. Discute-se sobre a natureza de cláusula estatutária, se potestativa pura, se potestativa simples ou mista. Disse o acórdão local, neste trecho do voto do Sr. Relator: “O *quantum* da potestatividade embutida naquelas disposições dirá qual a sua espécie: se pura, a razão é dos apelados; se simples ou mista, do apelante” (apelados, os autores e apelante, o réu). Para o Sr. Ministro Cláudio Santos, as cláusulas em foco não teriam a natureza potestativa pura, porque não atingiriam princípios de ordem pública, não estariam dotadas, em resumo, de tanta lesividade. Disse S. Exa. no trecho final de seu voto (lê).

Após ter pensado sobre o assunto em debate, quero me colocar ao lado do voto do Sr. Ministro Cláudio Santos. Portanto, para assim me posicionar, peço licença ao Sr. Relator, bem como ao Sr. Ministro Waldemar Zveiter, que já acompanhou S. Exa. Conheço, pois, do recurso especial e lhe dou provimento.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.982-5 — MG — (92.0008400-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Uirapuru Iate Clube. Advogados: Carlos Augusto Sobral Rollemberg e outros. Recdos.: Feliciano Fantini e outros. Advs.: Jacob Lopes de Castro Máximo e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Nilson Naves conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (em 15.09.92 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DIAS TRINDADE.

### VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Centrou-se a discussão no tema pertinente à existência de condição potestativa, vedada por lei. O acórdão, e os votos até aqui proferidos, que o mantiveram, entenderam que tem aquela natureza a cláusula dos estatutos da sociedade ora recorrente, a fazer depender o exercício de certos direitos, por parte dos associados não fundadores, da circunstância de que o número total de sócios chegue a 4.900. E assim entendendo, consideraram a disposição como inválida. Teve-se como periférica a questão relativa à possibilidade legal de vedar-se aos sócios aquele direito.

Permito-me, com a devida vênia, discordar, tanto da parte em que se afirmou inválida a cláusula, como daquela em que reputada sem relevo negar-se o direito de voto.

O argumento basilar, para ter-se como incidente o disposto na parte final do artigo 115 do Código Civil, está em que seria atribuição da diretoria permitir o ingresso de novos associados, não havendo, para isso, qualquer critério estabelecido. Desse modo, ser-lhe-ia dado impedir, indefinidamente, a realização da condição.

Diz a lei que defesa é a condição que sujeite a eficácia do ato ao arbítrio de uma das partes. Pacífica a doutrina em reconhecer que inadmissível a que for meramente potestativa, não a simplesmente potestativa. E a distinção tem grande significado.

Não se pode ter como critério distintivo, e peço vênia para começar a divergir, o simples fato de que o implemento da condição vincule-se à vontade da parte. Assim fosse, não se distinguiriam as duas espécies de condições potestativas. Ambas se caracterizam exatamente pela dependência da vontade de quem emitiu a declaração. Faltasse esse requisito, não teria aquela natureza. Esse o entendimento geralmente aceito. Mencione-se, como exemplo, o que se encontra na obra de PLANIOL-RIPERT, a propósito do direito francês:

*“La condition potestative est. d’après l’art. 1.170, celle qui fait dépendre l’exécution de la convention d’un événement qu’il est au pouvoir de l’une ou de l’autre des parties contractantes de faire arriver ou d’empêcher.” — Traité Pratique de Droit Civil Français — Paris 1931 — t. VII — p. 335.*

A condição puramente potestativa vedada é aquela cuja realização prende-se tão-só e diretamente ao querer da parte. Corresponde à fórmula “se eu quiser”. Nessa classe encontra-se a condição que desse modo se exprima ou que consista em ato tão simples e destituído de conseqüências que a isso possa ser equiparado.

Tais condições não se admitem porque, à toda evidência, retiram a seriedade do ato. Não é razoável aceitar-se que alguém queira, simultaneamente, obrigar-se e reservar-se o direito de não se obrigar.

Coisa diversa sucede quando a eficácia do ato jurídico condiciona-se a um fato, estranho a ele, não importando que sua realização possa ser obstada ou dependa da vontade do devedor. Envolverá que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa, alcançando-se ou não, em conseqüência, determinado resultado, distinto do ato sob condição. Assim é que, ao contrário do que se afirmou nos autos, são válidas, pois simplesmente potestativas, as condições mencionadas por CARVALHO SANTOS (se eu viajar a Paris, se eu casar, se eu vender minha casa). Claro que a simples vontade do devedor poderá impedir se realize a condição. Por isso mesmo considera-se potestativa. Não, entretanto, meramente potestativa. Vale citar, a propósito, o que assinala GIOGI:

*“Anche nell’ipotesi, in cui il debitore abbia legata la sua volontà all’esecuzione di un fatto esterno, che sia in sua facoltà il compiere o non compiere, l’obbligazione è valida, perchè non potendo egli svincolarsi, se non a costo di esquire o di omettere quel dato fatto, l’obbligazione non dipende più dal mero arbitrio. E qui indifferente, se il debitore siasi o no riservato il giudizio sui risultati del fatto medesimo.” — Teoria delle Obligazioni — 7ª ed. — Turim — vol. IV, p. 372.*

No caso dos autos, a cláusula questionada sujeita o direito de voto a que se alcance um certo número de sócios. Verdade que isso poderá ser estorvado pela diretoria. Há um conteúdo potestativo, não, entretanto, puramente potestativo. Note-se que, na hipótese em exame, ainda se poderia encontrar campo para incidência do disposto no artigo 120 do Código Civil. Verificando-se que se colocam óbices ao ingresso de novos associados, sem que o justifique o interesse da associação, podendo-se vislumbrar procedimento malicioso, lícito pretender-se que a condição estaria realizada.

Entendo, pois, inexistir a alegada proibição legal. E esse entendimento mais se reforça se se tiver em conta a peculiaridade da situação concreta. Admita-se que os estatutos simplesmente vedassem o voto a outros que não os fundadores. Não haveria como vislumbrar qualquer ofensa ao artigo 115. Induvidoso, entretanto, que, facultativo àqueles sócios reformar os estatutos, estaria a seu inteiro alvedrio ampliar o direito para todos os demais. Nenhuma a ilicitude. Se assim é, a disposição estatutária que se limitasse a explicitar que, por reforma dos estatutos, o direito de voto poderia ser concedido a todos, seria de ter-se como inteiramente supérflua mas não como ilegal. Continuará ao arbítrio dos fundadores. Não se percebe por que não seria viável restringir esse arbítrio, estabelecendo que, verificadas certas condições, dar-se-ia de logo a ampliação do quadro dos que teriam direito ao sufrágio.

Insisto, pois, em que não vejo ilicitude. De qualquer sorte, entretanto, se a detectasse, não lhe poderia reconhecer o resultado que se indicou nos autos.

A condição meramente potestativa, já se mencionou e é reconhecido pacificamente, considera-se inaceitável por retirar a seriedade do ato. A consequência não é a de ter-se como não escrita a condição, mas de acarretar a nulidade do ato condicionado. Não de reputar-se juridicamente impossíveis e estão contempladas na segunda parte do artigo 116 do Código Civil.

Nada de especial, note-se, nesse tratamento das condições puramente potestativas. No Digesto já se lê que as que se traduzissem no simples querer da parte fariam nula a obrigação (*Sub hac conditione, si volam, nulla fit obligatio* — D XLIV, VII, 8). E uma rápida consulta a algumas legislações estrangeiras mostra que essa exegese, para o direito brasileiro, não o faria isolado. Assim, o artigo 1.355 do Código italiano, 1.115 do espanhol e 1.174 do francês.

Desse modo, não se poderia mesmo, a meu sentir, acolher o pedido, com base na alegada existência de cláusula potestativa.

Outra questão, porém, se coloca. Conhecido o recurso e cuidando-se de aplicar o direito à espécie (RISTJ, art. 257), há que se ter em conta o disposto no artigo 1.394 do Código Civil, aliás expressamente referido na inicial. Discutiu-se a respeito da natureza da norma que ali se contém e o tema importe para a decisão da causa. Trata-se de saber-se a regra enunciada, de que todos os sócios têm direito de votar nas assembleias gerais, é de direito cogente ou pode ser afastada por disposição estatutária.

Está-se diante de matéria a cujo respeito nem sempre é fácil ao intérprete uma conclusão tranqüila. Por vezes a lei deixa clara sua natureza, outras vezes não. A nulidade ora é cominada, ora não o é. Pesquisar quanto ao caráter do interesse protegido, para verificar se envolve algo que se deva supor objeto da especial tutela do Estado, é caminho que pode não levar a resultados seguros. O legislador afere previamente quanto à relevância do interesse, com base em critérios que podem não ser transparentes.

O exame do invocado artigo do Código Civil, entretanto, basta, a meu ver, para apontar o objetivo da lei. Ali se encontram duas normas. Uma primeira, estabelecendo o direito de todos os sócios votarem nas assembleias gerais. Outra, dispondo sobre o modo pelo qual seriam tomadas as deliberações. Relativamente a esta, empregou-se fórmula usual para explicitar seu caráter simplesmente dispositivo (“salvo estipulação em contrário”). Parece-me certo que se, no mesmo artigo de lei, aliás com um só período, afirmou-se que dispositiva uma norma e a outra não, é porque não se quis a ambas tratar de modo idêntico. Não se justificaria que restrita a ressalva à segunda parte, caso se pretendesse tê-la como condicionadora da incidência de ambas.

Não há, ademais, qualquer despropósito em que a lei haja visado a tutelar a situação dos sócios, resguardando um direito que a doutrina costuma indicar como lhes sendo inerente. Não se argumente com a circunstância de, no campo do direito comercial, ser possível negar-se ao sócio a possibilidade de votar. Ali existem peculiaridades. E se é verdade que a lei das sociedades por ações previu a possibilidade de se deixar de atribuir o direito de voto aos titulares de ações preferenciais, fê-lo por disposição expressa, e cuidou de estabelecer reservas para não os deixar desamparados, se atingidos no que mais importa ao investidor, que é a percepção de dividendos.

Induvidoso que se pode condicionar o exercício do direito de voto ao atendimento de certos requisitos, notadamente os pertinentes ao adimplemento dos deveres sociais. Assim, nada há de irregular em que seja negado aos em atraso com suas contribuições. Não é possível, entretan-

to, simplesmente estabelecer que não terão aquele direito ou que seu exercício se vincule à verificação de fato que lhes é inteiramente estranho.

Tenho como inválida, por conseguinte, a norma do artigo 8º, §§ 1º e 2º, dos estatutos, na medida em que restringe o direito de participar das assembléias e nelas votar. As demais que foram impugnadas não infringem disposição cuja observância seja inarredável. Note-se, aliás, que, podendo votar nas assembléias, também as poderão convocar, observando o que se determina na letra *b* do artigo 22. Estará aberto o caminho para a reforma de quaisquer outras cláusulas estatutárias, desde que se obtenha a anuência de dois terços dos sócios.

Concluindo, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para os fins expostos.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.982-5 — MG — (92.0008400-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Uirapuru Iate Clube. Advogados: Carlos Augusto Sobral Rollemberg e outros. Recdos.: Feliciano Fantini e outros. Advs.: Jacob Lopes de Castro Máximo e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial, vencidos os Srs. Ministros Relator e Waldemar Zveiter, e, pelo voto médio, deu-lhe provimento em parte. Relatará o acórdão o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (em 10.11.92 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 21.282-4 — SP

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Benedito Laurindo da Silva*

Recorrido: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Darcy de Carvalho Braga, Cícero Silveira Vianna e outros*

**EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. LAUDO PERICIAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.**

O benefício da aposentadoria por invalidez acidentária, decorrente de acidente no trajeto, é concedido a partir da perícia feita em Juízo, que constatou a incapacidade.

Não demonstrada a divergência de julgados e não ocorrendo violação à lei, faltam condições para conhecimento do recurso especial.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Custas, como de lei.

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

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

**RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto, em ação acidentária movida contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, por BENEDITO LAURINDO DA SILVA, com fundamento no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

Alega o autor negativa de vigência aos arts. 13, parágrafo único, do Decreto 79.037/76, e 232, parágrafo único, do Decreto 83.080/79, porque concedido o benefício da aposentadoria por invalidez acidentária, somente a partir do laudo judicial (12.03.90) que apurou a incapacidade permanente e não na data da alta securitária (23.06.87).

Intimada a parte contrária, decorreu, *in albis*, o prazo para contrarrazões. Opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo indeferimento do apelo.

Às fls. 183/184 o ilustre Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu a formação do recurso, tão-somente pela letra *a*.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Sr. Presidente, cuida a hipótese de fixar o termo inicial do benefício da aposentadoria por invalidez acidentária, na hipótese em que administrativamente foi deferido o auxílio-acidente quando da alta médica do obreiro considerado não suscetível de reabilitação em face dos fatores secundários (oligofrenia, pé equino e desvio em varum dos joelhos) somados aos fatores principais (acidente de percurso que produziu seqüelas incapacitantes em ambas as pernas).

Conforme consta dos autos, o recurso foi admitido apenas pela ofensa à lei (fls. 183/184).

E não poderia mesmo ser processado com fundamento no alegado dissídio de jurisprudência, seja porque o acórdão apontado como paradigma é do mesmo Tribunal que expediu o acórdão recorrido, seja porque o recorrente limitou-se a citar apenas o repositório oficial, sem mencionar os números e mostrar a própria divergência.

Quanto à alegada violação de lei, também não merece melhor destino.

Em primeiro lugar, como bem se aponta no parecer do Ministério Público estadual, o operário argumenta com ofensa a dispositivo regulamentar, que não autoriza o recurso especial. Além disso, o acórdão examinou a questão a partir da prova produzida, sem sequer se referir ao dispositivo supostamente ofendido; falta, assim, o indispensável prequestionamento do tema. Saliente-se, também, que a valoração crítica da prova visando o reexame da decisão é de fato estranho ao terreno do recurso especial (Súmula 7/STJ).

De resto, somente em juízo foi constatada a incapacidade permanente, que decorre do acidente *in itinere*.

Do exposto, inexistente a divergência e a violação de lei, não há como prosperar o recurso, pelo que dele não conheço.

É o voto.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.282-4 — SP — Relator: Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Benedito Laurindo da Silva. Adv.: Darcy de Carvalho

Braga. Recdo.: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. Advogados: Cícero Silveira Vianna e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 03.03.93 — 2ª Turma).

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

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



### RECURSO ESPECIAL Nº 23.028-0 — SP

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Beatriz Mattar Saigh*

Recorrido: *Edgard Nassif Saigh*

Advogados: *Drs. Fernanda G. H. Guerra de Andrade e outros, e Marisa Schutzer Del Nero Poletti e outros*

#### **EMENTA: PROCESSUAL E CIVIL — AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE ALUGUERES — DIVÓRCIO LITIGIOSO — PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS.**

**I — Legítimo buscar o cônjuge-varão, mediante ação judicial, arbitramento de alugueres, referente a imóvel deferido à consórcia e filhos, mormente quando o marido, no divórcio litigioso, obrigou-se a pensão alimentícia e reside em imóvel locado. Tal revisão é acolhida pela jurisprudência do STJ.**

**II — Recurso não conhecido.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial. Participaram do julga-

mento os Senhores Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Cláudio Santos.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de novembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuida-se de ação ordinária de arbitramento de alugueres.

A hipótese *sub judice* consiste em que Edgard Nassif Saigh, autor e ora recorrido, postulou ação de divórcio litigioso contra sua consorte Beatriz Mattar Saigh, recorrente, antecedida a ação de cautelar de separação de corpos.

Já antes da propositura da ação, o cônjuge, ausente do lar (residência de propriedade comum), *sponte sua* e com consentimento da consorte, a esta e aos filhos de ambos decidira pensioná-los.

Indo residir em imóvel sob locação o que lhe acarreta expressivo decréscimo em seu orçamento, enquanto, por outro lado, sua ex-consorte, na companhia da qual permanecem os filhos, porque residindo no imóvel comum, remanesce sem tal ônus.

Em face desse quadro fático, ajuizou contra a ora recorrente ação de arbitramento de alugueres, por via da qual pretende a revisão e compensação desses valores.

Saneado o processo, a recorrente Beatriz Mattar Saigh agravou-o de instrumento, eis que rejeitada sua preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

O acórdão, que julgou o agravo, decidiu forte em que (fls. 96), quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo, mormente quando o imóvel pertence a ambos e está ocupado por um só deles. Isso basta para tornar possível a pretensão, em abstrato.

Contra esse entendimento, apresenta a recorrente o Especial de fls. 118/131, onde, com arrimo nas letras *a* e *c* do permissivo, diz violados os artigos 266; 267 e 1.611 e parágrafos do Código Civil, bem como sustenta que o aresto discrepou dos precedentes que indica.

No exame dos pressupostos (fls. 146), o apelo foi deferido pela letra *a*.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator):  
Admito o recurso pela letra *a*.

Do acórdão prolatado pela Oitava Câmara Civil, recolho as razões de decidir com que se louvou o eminente Prolator ao concluir seu voto.

Diz o eminente Relator (fls. 95/96):

“Está correta a decisão agravada, não se podendo falar em impossibilidade jurídica do pedido. Com efeito, afastado do lar, em consequência de acordo amigável celebrado com a mulher, pleiteia o marido o arbitramento do valor locativo do imóvel comum por ela ocupado. Esta pretensão, ao contrário do que entende a agravante, nada tem de juridicamente impossível. Há possibilidade jurídica, na lição de Moacyr Amaral Santos, “quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo” (Primeiras Linhas, Saraiva, 5ª ed., 1º vol., pág. 145).

Ora, se o imóvel pertence a ambos e é ocupado apenas por um deles, perfeitamente lícita a pretensão de arbitramento de um valor locativo. Todas as considerações feitas pela agravante, sobretudo querendo distinguir condomínio de comunhão, são irrelevantes. O que importa é que o imóvel pertence a ambos e está ocupado por um só deles. Isto basta para tornar juridicamente possível a pretensão, em abstrato. Bem rejeitada, portanto, a preliminar.”

A proposição em que se apoiou o eminente julgador está corretamente colocada e até se consubstancia no ensinamento que Amaral Santos verte sobre o tema.

Ademais, a pretensão do recorrido é legítima, posto que é direito próprio (dele) ver sua obrigação de prestador de alimentos adimplida com a força da renda que percebe e sem sacrificar sua subsistência e, para o caso, a ação de que se cuida é adequada.

Para reforçar o argumento, trago à balha o precedente REsp nº 6.986-SP, de minha relatoria, onde ressalto o aspecto.

No paradigma, frisei que o imóvel de propriedade do ex-casal foi destinado, no ajuste, à moradia dos filhos na companhia do pai, a quem se deferiu sua guarda, tendo-se como implícita nela a contribuição do cônjuge mulher para a manutenção dos menores já que, de sua vez, também, recebe de seu ex-cônjuge pensão alimentícia.

Por isso que se razões existissem para modificá-la só por ação própria na qual haveria o Juiz de aplicar o binômio possibilidade/necessidade das partes para proferir decisão que o compatibilizasse.

No caso dos autos, em face desse lineamento, é de ter-se como legítimo o interesse que, ao ora recorrido, é deferido pelo ordenamento jurídico no sentido de ver dirimida, via Judiciário, sua pretensão.

O aresto recorrido decidiu preso a esta linha de pensamento, por isso que correto.

Não ocorre, portanto, na espécie, as imputadas violações legais.

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 23.028-0 — SP — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Beatriz Mattar Saigh. Advogados: Fernanda G. H. Guerra de Andrade e outros. Recdo.: Edgard Nassif Saigh. Advogados: Marisa Schutzer Del Nero Poletti e outros.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Nilson Naves não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Aguarda o Sr. Ministro Dias Trindade (em 15.09.92 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

### VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Observo, de início, que não se trouxeram para os autos do agravo todos os elementos que se recomendava devessem compor o instrumento. Com efeito, questiona-se quanto à possibilidade jurídica do pedido e a agravante, ora recorrente, não cuidou de pedir o traslado da inicial. O rótulo dado — ação ordinária de arbitramento de aluguéis — não esclarece suficientemente o pedido. Visasse a demanda, simplesmente, ao arbitramento, seria inviável. Estar-se-ia diante de pretensão tendente a obter estimativa do valor locativo de um imóvel, o que não é possível. Incidiriam as observações constantes do voto do Desembargador César Peluso e que, por cópia,

vieram para os autos (fls. 84 e 87 — as folhas estão fora de ordem). A prestação jurisdicional há de referir-se a uma relação jurídica e não a um simples fato, com a só exceção da autenticidade ou falsidade documental.

Da leitura de diversas peças dos autos pode-se concluir, entretanto, que o ora recorrido pretende haver um crédito, correspondente a metade do valor daqueles aluguéis. Está a questão em saber se isso é possível, sendo as partes casadas em comunhão universal de bens.

Em princípio, a resposta haveria de ser negativa. Ressalvadas as hipóteses de que cogita o artigo 263 do Código Civil, comunicam-se bens e dívidas passivas dos cônjuges. Desse modo, salvo hipóteses excepcionais, como tratar-se de obrigação alimentar, não me parece viável, em regra, possam os cônjuges, no regime em exame, figurar como credor e devedor em uma dada relação. Em virtude da comunhão, a dívida de um seria também do outro, o mesmo dizendo-se do crédito.

Duas circunstâncias, entretanto, particularizam a hipótese em julgamento, como se procurará mostrar.

A comunhão de bens supõe que a ambos os cônjuges seja dado deles usufruir. Os respectivos frutos entram para o acervo comum; marido ou mulher não podem pretender exclusividade na sua utilização. No caso isso não ocorre. Em virtude da separação de corpos, ficou vedado ao marido valer-se, para moradia, da casa de propriedade do casal. Determinado bem teve seu uso restrito à mulher.

A peculiaridade apontada não seria capaz, sozinha, de fazer admissível a demanda. Subsistiria o empecilho derivado da impossibilidade, já apontada, de, no regime da comunhão, haver relação de débito e crédito. Releva, porém, outro fato. Houve separação de corpos cautelar, estando em curso ação para fazê-la definitiva. Como salientado nas razões do recorrido, a sentença que julgar a separação judicial retroage, em seus efeitos, à data da decisão que houver concedido a cautelar (Lei 6.515/77 — art. 8º). Com base nesse dispositivo, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, e o acórdão foi citado no memorial ofertado, que não se comunicam direitos e obrigações, individualmente contraídos pelos cônjuges separados cautelarmente. Naquele caso negou-se direito a participar de herança percebida após a separação de corpos (RE 109.111 — RTJ 121/756).

Considero, em vista do que ficou dito, seja possível reconhecer o direito do marido a receber aluguéis pelo uso do imóvel. Direito, entretanto, sujeito à condição suspensiva de que ocorra a separação. Não se trata, aqui, de sentença condicional, vedada pelo artigo 641 do CPC. O direito é que, no caso, é condicional.

Com as observações acima, afirmando a apontada condição suspensiva, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 23.028-0 — SP — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Beatriz Mattar Saigh. Advogados: Fernanda G. H. Guerra de Andrade e outros. Recdo.: Edgard Nassif Saigh. Advogados: Marisa Schutzer Del Nero Poletti e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 24.11.92 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 23.351-7 — RJ

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Creusa Marcelino da Silva*

Advogados: *Drs. Pedro Paulo Antunes de Siqueira e outros*

Recorrida: *Cia. Brasileira de Trens Urbanos — CBTU-STU-RJ*

Advogado: *Dr. Marcelo José Vianna*

**EMENTA:** *Direito Civil. Responsabilidade civil. Ilícito contratual. Indenização por morte. “Pingente”. Queda de trem em movimento. Culpa presumida. Art. 17 da Lei (Decreto Legislativo) nº 2.681/12. Doutrina. Precedentes do Tribunal. Clandestinidade não demonstrada. Recurso provido.*

**I —** *Falecendo passageiro, em razão de queda ocorrida quando em movimento o comboio, há culpa presumida da empresa ferroviária, somente elidida pela demonstração de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima (art. 17 do Decreto 2.681/12).*

**II — Nos casos de “pingente”, porque dever contratual da companhia transportadora impedir que pessoas viajem com parte do corpo projetada para o lado de fora do veículo, afastada resta a possibilidade de culpa exclusiva da vítima.**

**III — A condição de viajante clandestino, em se tratando de transporte coletivo urbano, deve ser comprovada pela empresa transportadora, militando em favor de quem viaja a presunção de que o faz como regular passageiro.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e em dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro. Ausente, por motivo justificado, o Ministro Fontes de Alencar.

Custas, como de lei.

Brasília, 1º de setembro de 1992 (data do julgamento).

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

### EXPOSIÇÃO

**MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO:** Cuida-se de ação indenizatória promovida pela recorrente, pleiteando composição de danos morais e patrimoniais sofridos em razão do falecimento de seu filho, como consequência de haver caído de um dos trens de propriedade da recorrida, Cia. Brasileira de Trens Urbanos — CBTU-STU-RJ.

O MM. Juiz, analisando a espécie, após consignar a circunstância de que a vítima viajava pendurada na porta do trem, em atitude imprudente, deu pela improcedência do pedido, dada a não comprovação da efetiva culpa da ré, necessária à sua responsabilização pelo evento. A final, assinalou:

“No caso, não há a responsabilidade presumida. Não basta a condição de passageiro quando há registro de imprudência da vítima e a única prova apresentada pela Autora é de um amigo

e também vítima na mesma ocasião, havendo assim até interesse na solução do litígio”.

Interposta apelação, a eg. Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro negou-lhe provimento, em decisão assim ementada:

“Responsabilidade civil. Culpa objetiva. Não caracterizado o contrato de transporte, de cuja má execução teria emergido o dano, improcede a pretensão indenizatória”.

Da fundamentação, colho excerto que sintetiza as razões de decidir:

“Se, entretanto, admitir-se como verídica a versão constante do registro policial da ocorrência, para o qual, diga-se, contribuiu a testemunha ouvida a fls. 236, onde consta que a vítima viajava como pingente, estará configurada, como assentou o duto sentenciante monocrático, a culpa exclusiva da vítima, a elidir a responsabilidade da transportadora, como dispõe o art. 17 do Decreto Federal nº 2.681, de 7.12.1912, isto se não se quiser considerar o pingente como viajante clandestino”.

Inconformada, com arrimo nas alíneas *a* e *c* do autorizativo constitucional, a autora manifestou recurso especial, alegando dissídio e violação do art. 17, II, do Decreto Legislativo 2.681/12, na medida em que, segundo entende, esse dispositivo impõe responsabilidade à transportadora por acidentes envolvendo “pingente”. Cita, em apoio a essa tese, acórdão do Supremo Tribunal Federal, publicado na RTJ 100/807, no qual restou assentado que “esse decreto estabelece a responsabilidade das estradas de ferro pelos desastres ocorridos em suas linhas em critério nitidamente objetivo”. Aduz, ainda, que a alegação de imprudência da vítima não elide a responsabilidade da recorrida, que age com culpa ao permitir viajantes fora dos assentos e locais adequados da composição. Colaciona, nesse sentido, julgado também do Excelso Pretório, estampado na RTJ 48/204, além de outros acórdãos, estes, porém, sem indicação do repositório autorizado de que extraídos, ausente, ademais, a devida autenticação na única cópia acostada.

Sem contra-razões, foi o apelo inadmitido na origem, subindo os autos por força de agravo a que dei provimento.

É o relatório.

## VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Da moldura fática fixada pela sentença e pelo acórdão recorrido restou comprovado que

o filho da recorrente, à época contando 16 (dezesesseis) anos de idade, viajava como “pingente” no comboio ferroviário da recorrida quando da queda que ocasionou a sua morte.

Conquanto o acórdão recorrido, sem convicção conclusiva, tenha feito referência à possível clandestinidade, tal circunstância, conforme se depreende do próprio contexto da decisão atacada, não ficou demonstrada, incumbência que, diga-se, caberia à ré-recorrida, na medida em que milita, em favor de quem viaja, a presunção de que o faz na condição de passageiro, mormente em se considerando que, na maioria dos casos de transporte urbano, o bilhete de passagem fica retido pela companhia transportadora.

José de Aguiar Dias, fazendo referência a Mazeaud et Mazeaud, menciona interessante precedente alienígena sobre o tema:

“Citam estes autores uma decisão do Tribunal de Lião, de 14 de junho de 1933, no sentido de que o simples fato de, após o desastre, não poder o viajante ferido apresentar passagem, não prova que ele viajasse sem ela” (“Da Responsabilidade Civil”, vol. I, Forense, 7ª ed., 1983, Título III, Cap. I, Seção Única, nº 106, p. 202, nota 408).

Outrossim, o fato de o menor estar viajando como “pingente”, a teor do que atesta o boletim de ocorrência de fls. 8 e 8 v., não induz à conclusão de não haver adquirido o bilhete de transporte. Tal silogismo não encontra sustentação segura na realidade, vez que, como cedo, nosso sistema de condução coletiva, nos grandes centros urbanos, é precário e deficiente, obrigando, não raras vezes, que o usuário o utilize de forma inadequada e insegura, colocando em perigo a própria vida. Ademais, da sentença consta como configurado o fato de que a vítima ocupava a condição de passageiro (fls. 288).

**Em resumo**, o que de concreto se afirmou em 1º e 2º graus foi que, viajando como “pingente”, o filho da recorrente se houve com imprudência, sendo de atribuir-lhe culpa exclusiva pelo sinistro, afastada, assim, a responsabilidade da transportadora.

Tal raciocínio, que envolve nítida valoração da prova, não se coaduna com a orientação já sufragada por esta Corte, no sentido de que:

“A ferrovia não se exime de responsabilidade ao atribuir culpa exclusiva ao viajante “pingente”, pelo acidente que o vitimou, dado que presta o serviço em condições de não obrigar aos que tem necessidade de usá-lo a viajar em condições perigosas e nem vigia para que tal não se verifique (Art. 17, Decreto-lei 2.681 de 07/12/12)” (REsp 10.911-

RJ, DJ de 19.08.91, relator o Senhor Ministro Dias Trindade).

À companhia ferroviária, não resta dúvida, cumpre impedir que pessoas viajem do lado de fora do comboio.

É dever do transportador preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino, pelo que se lhe impõe adotar as medidas necessárias a tanto. Assim não sendo, o que se deduz do só fato de passageiros estarem sendo transportados do lado de fora, com inegável risco de vida, impende atribuir-se, por ilícito contratual, plena e exclusiva responsabilidade pela ocorrência do evento.

Havendo infringência do contrato de transporte, a transportadora somente se exime de responsabilidade, a teor do art. 17 do Decreto Legislativo nº 2.681/12, provando culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. A não ser assim, como, repita-se, nos casos em que consente que passageiros viajem “pendurados”, com parcela do corpo projetada para a parte externa do veículo, assume total responsabilidade civil, com fundamento na culpa presumida.

A propósito de tais considerações, o mesmo José de Aguiar Dias tece os seguintes comentários:

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

Observa o insigne Carvalho de Mendonça que, nessa lei, o que se tem em vista não são as cautelas e providências tomadas pela empresa no propósito de desobrigar-se do contrato, mas o resultado útil. Verificado o dano, a única hipótese da liberação está na prova de uma das causas taxativamente enumeradas na lei como eliminatórias da culpa presumida do inadimplemento do contrato.

Por esse tom se pronuncia o eminente Espínola, que frisa, no Decreto nº 2.681, o fato de não inovar em matéria de responsabilidade do transportador, o que fora posto em relevo pelo relator do projeto, que afirmou a persistência da regra geral da responsabilidade contratual, a saber, que ao devedor cabe provar o justo motivo que impediu o cumprimento do contrato. Quando, no art. 17, a Lei de 1912 estabelece a presunção de culpa contra o transportador, fá-lo “para melhor acentuar que

lhe incumbe a prova de que não houve culpa sua...”, porque o condutor é “contratualmente obrigado a transportar com segurança o passageiro ou a coisa...”.

..... *Omissis* .....

“Se a estrada só se exonera provando caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, bem é de ver que não pode alegar que a vítima foi imprudente, por exemplo, por permanecer na plataforma do carro, quando isso se deva ao excesso de lotação. Assim foi decidido no regime do Decreto nº 1.930, de 1857, cujos arts. 82 e 86 proibiam a venda de bilhetes além da lotação, e assim deve ser julgado ainda hoje, pois, no art. 105 do Decreto nº 15.673, de 7 de setembro de 1922, se encontra disposição idêntica:

“A estrada é obrigada a fornecer em cada trem o número de lugares correspondentes aos bilhetes vendidos”.

..... *Omissis* .....

“A responsabilidade da estrada é sempre excludente da responsabilidade do viajante...” (*op. cit.*, nº 109, ps. 211/214).

E, em outra passagem:

“A obrigação de incolumidade implica, para o transportador, no correspondente direito de proibir ao viajante todos os movimentos que o possam colocar em perigo” (*op. cit.*, nº 106, p. 204).

Destarte, mesmo havendo culpa concorrente da vítima e do transportador, isso em se admitindo que o passageiro viajava como “pingente” por opção e não por imposição decorrente de superlotação, cabe à companhia ferroviária integral responsabilidade pela recomposição dos danos havidos, dado que advindos de inadimplemento contratual. Não dessa forma, porém, se fosse o caso de clandestinidade. Nessa hipótese — reafirme-se, não verificada *in casu* — entendo que a culpa concorrente, derivada da conjugação da imprudência da vítima e da falta de vigilância do transportador, conduziria a uma repartição proporcional da responsabilidade.

No caso dos autos, tem-se, numa análise valorativa da prova produzida, que a empresa transportadora, ao não oferecer condições adequadas e seguras de transporte, obrigando ou permitindo que o usuário se conduzisse “pendurado” no trem, infringiu o contrato de transporte, não havendo cogitar-se, na hipótese, de culpa exclusiva da vítima.

Nesse sentido o REsp nº 3.951-SP, desta Turma, relator o Sr. Ministro Athos Carneiro, de cuja ementa se extrai:

“Responsabilidade civil. Estrada de ferro. Queda de passageiro. Juros de mora a partir da citação.

Culpa contratual da ferrovia, pelo inadimplemento da obrigação de transportar incólume o passageiro até o local de destino” (DJ de 10.01.90).

Também assim, reconhecendo em casos tais a culpa presumida da empresa transportadora, o REsp nº 1.753-SP, DJ de 19.03.90, da eg. Terceira Turma, relator o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Em face do exposto, na linha dos precedentes e da orientação doutrinária referida, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão, julgar parcialmente procedente a pretensão indenizatória, condenando a ré recorrida ao pagamento de:

a) pensão mensal equivalente a 2/3 do salário mínimo, corrigida e acrescida de 13º salário, desde a data do acidente até a data do falecimento da recorrente ou até a data em que a vítima completaria sessenta e cinco anos (prevalecendo o termo que primeiro ocorrer, segundo entendimento da Turma, dentre outros, no REsp nº 3.782-SP (DJ de 1º.10.90, relator o Sr. Ministro Athos Carneiro), e no REsp nº 20.163-2-RJ (DJ de 08.06.92, de minha relatoria);

b) indenização por dano moral (Súmula/STJ, verbete 37; REsp nº 8.768-SP, relator o Sr. Ministro Barros Monteiro), que, dada a condição da recorrente, arbitro em Cr\$ 2.000.000,00 (dois milhões de cruzeiros) corrigidos a partir desta data;

c) juros compensatórios de 6% a.a., contados da data que devida cada prestação;

d) juros moratórios de 6% a.a., a partir da citação, a teor do que decidido nos REsps 3.951-SP e 9.753-SP.

Dado que a autora decaiu de parte mínima do pedido, relativa às despesas de luto, funeral e sepultura, não concedidas porque não comprovadas, condeno a ré-recorrente, ainda, ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor das parcelas vencidas, acrescidas de doze vincendas (cf. REsp nº 7.009-MG, DJ 19.08.91, relator também o Sr. Ministro Barros Monteiro).

É como voto.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, estou de acordo com o Sr. Ministro-Relator, em face dos precedentes desta Turma.

No caso, parece-me bem definida a culpa da estrada ao infringir o seu dever de transportar com segurança o passageiro.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Eminentemente colegas, comungo do mesmo ponto de vista, fazendo, todavia, uma observação: a de que não estenderia a responsabilidade das estradas de ferro aos casos daqueles jovens que, mesmo tendo comprado passagem, teimam em se “divertir” no teto dos trens, praticando o que se tem chamado vulgarmente de ‘surfismo’ ferroviário. Estas pessoas assumem inteiramente o risco pelos acidentes que lhes possam ocorrer.

Com essa ressalva, acompanho o eminente Ministro-Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 23.351-7 — RJ — Relator: Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Creusa Marcelino da Silva. Advs.: Pedro Paulo Antunes de Siqueira e outros. Recda.: Cia. Brasileira de Trens Urbanos — CBTU-STU-RJ. Advogado: Marcelo José Vianna.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 1º.09.92 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



## RECURSO ESPECIAL Nº 23.602-6 — SP

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Banco Itaú S/A*

Advogados: *Drs. Márcio do Carmo Freitas e outros*

Recorrido: *Wilson Nóbrega de Almeida*

Advogados: *Drs. Wilson Nóbrega de Almeida e outros*

**EMENTA:** *Direito Civil. Indenização. Estacionamento em agência bancária. Furto de motocicleta. Responsabilidade pela guarda da coisa. Procedimento inadequado. Inocorrência de prejuízo. Nulidade não acolhida. Princípio da instrumentalidade. Recurso desprovido.*

I — Mesmo que não se descortine a figura contratual do depósito, responsável é o banco por furto de veículo ocorrido em seu estacionamento, colocado à disposição da sua clientela em atenção aos seus objetivos empresariais.

II — Simples avisos de não responsabilidade não têm o condão de eximir o dono do estacionamento do seu dever de conservação do bem confiado à guarda e à diligência habituais com o que é seu.

III — Se inócurre prejuízo, recomenda o princípio da instrumentalidade que não se deve anular o processo apenas por inobservância do procedimento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e em negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Athos Carneiro e Fontes de Alencar. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de outubro de 1992 (data do julgamento).

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

## EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Em ação de indenização movida por proprietário de motocicleta furtada em estacionamento de agência bancária, foi o pedido julgado procedente, tendo o réu interposto agravo retido contra o afastamento de preliminar de indeferimento da petição inicial.

O eg. Tribunal de Justiça de São Paulo não conheceu do agravo retido, por intempestivo, e deu parcial provimento à apelação apenas para alterar o termo *a quo* da correção monetária.

Opostos embargos declaratórios, foram eles recebidos para se ter por tempestivo o agravo, que veio a ser desprovido sob o seguinte fundamento:

“Ocorre que, embora inadequado o rito, nenhum prejuízo houve para o réu.

A demanda, de toda singeleza, bem assim sua instrução. Apresentou o demandado ampla defesa, e produziu as provas que quis. O erro de forma do processo, pois, de ordem a não viciar qualquer de seus atos (art. 250 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil)”.

Inconformado, interpôs o embargante recurso especial com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência aos artigos 159, 1.265 e 1.266, do Código Civil e 295, V, do Código de Processo Civil, além de dissídio pretoriano.

Sustenta o recorrente não ser responsável pelo furto por ser o estacionamento mera cortesia, conforme placas afixadas no local, e, ainda, por inexistência de contrato de depósito, não tendo recebido o veículo ou suas chaves.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

## VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Preliminarmente, desacolho a alegada violação ao art. 295, V, CPC, haja vista que, conforme assinalado pelo em. 3º Vice-Presidente do Tribunal de origem, Des. Yuseff Said Cahali, no exercício do juízo de admissibilidade, “a circunstância do feito ter obedecido o rito sumaríssimo não acarretou a qualquer das partes nenhum prejuízo, especialmente ao réu, que produziu ampla defesa, utilizando todos os meios de prova que entendeu necessários ao resguardo de sua posição”.

A propósito, já tive oportunidade de escrever:

“A matéria relativa à fungibilidade ou não dos ritos (inc. V) continua polêmica. Ganha terreno, no entanto, com fincas no princípio teleológico e na instrumentalidade do processo, o entendimento segundo o qual o juiz deve corrigir, sempre que

possível (art. 250), uma vez que a escolha do rito não fica a critério da parte. Mas, por outro lado, não se deve anular o processo se a conversão não se fez, em face do disposto nos arts. 244 e 250, parágrafo único. Nesse sentido, a conclusão do V Encontro dos Tribunais de Alçada, Rio, 1981, e o RE 92.676 (Ajuris 22/143)” (Código de Processo Civil Anotado, Saraiva, 4ª ed., 1992, art. 295, ps. 183/184).

Quanto ao mérito, releva assinalar que a matéria já foi amplamente debatida nas duas Turmas que compõem a Segunda Seção (Direito Privado) deste Tribunal, tendo ambas chegado ao entendimento de que a empresa que oferece ao cliente, ainda que gratuitamente, estacionamento de veículos, responde pelo prejuízo sofrido pelo proprietário do veículo em caso de furto, posto que manifesto o interesse econômico desta em oferecer estacionamento, visando atrair clientela.

Neste sentido, o REsp nº 4.582, relatado pelo Min. Waldemar Zveiter, assim ementado:

“Civil — Indenização — Contrato de depósito para guarda de veículos — Estacionamento — Furto.

I — Comprovada a existência de depósito, ainda que não exigido por escrito, o depositário é responsável por eventuais danos à causa.

II — Depositado o bem móvel (veículo), ainda que gratuito o estacionamento, se este se danifica ou é furtado, responde o depositário pelos prejuízos causados ao depositante, por ter aquele agido com culpa *in vigilando*, eis que é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence (art. 1.266, 1ª parte, do Código Civil)”.

Dentre outros, confirmam-se, desta Turma, o REsp 4.805-RJ (DJU de 05.08.91), relatado pelo Sr. Ministro Fontes de Alencar, assim ementado:

“Estacionamento. Furto de veículo. Indenização.

I — A empresa que oferece ao cliente, ainda que gratuitamente, estacionamento de veículos, responde pelo prejuízo sofrido pelo depositante em caso de furto da coisa depositada.

II — Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

III — Recurso especial não conhecido.

IV — Unânime”.

Também desta Turma o REsp 4.111-SP, relatado pelo Sr. Ministro Bueno de Souza (DJU de 11.11.91), pertinente na tese, embora versando sobre *shopping center*, dele se colhendo:

“Não há como reconhecer-se, como dito na contestação de fls. 55, que, sendo gratuito o estacionamento, inexistente o dever de reparar o dano. Não será o pagamento direto pelo estacionamento que irá definir a responsabilidade, mas o conjunto de circunstâncias em que ele se opera. Tampouco, como dito no parecer de fls. 109 (especialmente fls. 129 e seguintes) que a responsabilidade não existe porque o veículo permaneceu na posse do seu motorista, não tendo sido entregue ao réu. Ora, não é só a entrega da chave do carro, ou o fornecimento de *ticket* ao motorista, que configura o dever de zelar pela guarda do veículo”.

..... *Omissis*.....

A facilidade de estacionamento oferecida aos clientes é fator decisivo para que se alcance o grande volume de vendas que notoriamente ali se registra, diariamente. Qual a outra razão, de resto, que justificaria a existência do imenso pátio em área tão valorizada?”.

Razão não assiste ao banco-recorrente, por outro lado, quando alega sua não responsabilidade em face da inexistência de contrato de depósito, por não ter recebido o veículo, nem suas chaves, quando cediço que a tradição, *in casu*, se perfaz com o estacionamento do veículo pelo cliente e não quando de sua entrega ou de suas chaves.

Certo é que esta Turma tem evoluído em seu entendimento, após maiores reflexões, para descortinar, em situações similares à versada nos autos, não propriamente a figura do contrato de depósito, mas sim responsabilidade pela guarda do veículo em decorrência de uma prestação de serviço.

Relativamente ao alerta do banco de que não se responsabilizava pelos danos ocorridos nos veículos durante o período em que os mesmos estivessem no estacionamento, sem embargo de opiniões em contrário, não se apresenta o mesmo idôneo para afastar o dever indenizatório. Assim, não pode a empresa, por meio de simples avisos de não assunção de responsabilidade, eximir-se do seu dever de ter na guarda e conservação da coisa confiada ao cuidado e à diligência habituais com aquilo que é seu. Se assim fosse, os depositários, ao firmarem contrato de depósito, inseririam cláusulas eximindo-os de responsabilidade por furto e, assim, fariam *tabula rasa* do disposto no art. 1.266 do Código Civil.

Conforme assinalou o acórdão recorrido, “nada importa que pretenda eximir-se de responsabilidades, afixando cartazes e avisos em tal sentido. Logrando proveito com o fornecimento de local para estacionar, não pode o proprietário do estabelecimento comercial livrar-se, por prática unilateral, da responsabilidade pela guarda de seu próprio local”.

À luz do exposto, desprovejo o recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 23.602-6 — SP — Relator: Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Banco Itaú S/A. Advs.: Márcio do Carmo Freitas e outros. Recdo.: Wilson Nóbrega de Almeida. Advs.: Wilson Nóbrega de Almeida e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Athos Carneiro e Fontes de Alencar (em 20.10.92 — 4ª Turma).

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 24.259-2 — RJ

(Registro nº 92.0016759-4)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Ruth Dunshee de Abranches*

Recdo.: *Walter Amendola*

Advogados: *Drs. Antônio Becker Lima e outro, e Walter Mendes da Silva e outros*

#### EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL

1. A revisão do valor locatício, por acordo entre as partes, mormente quando exorbita os níveis da previsão contratual ou legal, acarreta a interrupção do prazo para a propositura da ação revisional.

2. Precedentes desta Corte.

**3. A pretensão de reexame de prova é incompatível com a instância especial (Súmula 07, STJ).**

**4. Cabível a interposição de embargos infringentes quando a dissidência lavra sobre preliminar do próprio mérito da demanda.**

**5. Recurso especial não conhecido.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Senhores Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Barros Monteiro. Ausente, por motivo justificado, o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo.

Custas, como de lei.

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

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

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Adoto como relatório, por sua explicitude, o r. despacho da lavra do ilustre Presidente do Tribunal *a quo*, Juiz MIGUEL PACHÁ (fls. 146/149), *verbis*:

“Trata-se de recurso especial fundado no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal.

Versa a hipótese sobre ação revisional de aluguel residencial julgada procedente, conforme sentença de fls. 79/80.

Inconformado, apelou o locatário, renovando em preliminar, o agravo retido de fls. 37/39, que objetivava a extinção do processo, nos moldes do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, pela impossibilidade jurídica do pedido sob o fundamento de que o ajuste consensual, com menos de cinco anos inviabiliza o pedido revisional, consoante o disposto na regra do artigo 49 da Lei 6.649/79.

A Egrégia Segunda Câmara deste Tribunal decidiu, por maioria, preliminarmente, em negar provimento ao agravo e, no mérito, por unanimidade em negar provimento à apelação.

A ementa do v. acórdão expõe a seguinte fundamentação:  
“Apelação Cível. Revisão de aluguel. Locação residencial.

O acordo, à guisa de reajuste do aluguel, realizado ao longo do quinquênio não impede o ajuizamento da revisional.

Agravo retido desprovido.

Aluguel arbitrado à ótica de segura prova pericial. Sentença recorrida em sintonia com os parâmetros legais. Apelação desprovida.”

O voto vencido do ilustre Juiz Revisor, com relação à matéria contida no agravo retido, conclui que:

“Dissenti, *data respecta*, da douta maioria, votando pelo agasalhamento do agravo retido de fls. 37/39, para extinguir o processo, nos termos do art. 267, VI, do Cód. Proc. Civil, pela impossibilidade jurídica do pedido.

Fi-lo por entender, à luz da regra do § 5º do art. 49 da Lei 6.649/79 que, o ajuste consensual, com menos de cinco anos, inviabiliza a ação revisional.”

Irresignado, com respaldo no voto vencido prolatado em relação à preliminar argüida por via do referido agravo retido, interpõe o locatário o recurso de embargos infringentes, os quais foram acolhidos por maioria de votos, pelo Colendo Quarto Grupo de Câmaras deste Tribunal, com aresto assim ementado:

“EMBARGOS INFRINGENTES. São cabíveis quando a divergência diz respeito apenas a matéria contida no agravo retido pouco importando que no mérito a decisão tenha sido tomada por unanimidade. O art. 49, § 5º, da Lei do Inquilinato só permite a revisão do aluguel após transcorridos 05 anos do último acordo que, presume-se, tenha sido feito ao preço de mercado, porque aceito pelo locador.”

Os embargos declaratórios interpostos foram rejeitados.

Inconformada e sustentando violação dos artigos 530 do Código de Processo Civil, e 17 e parágrafos da Lei nº 8.178/91, bem como dissídio jurisprudencial, pretende a autora-locadora, através do presente apelo especial, a reforma do *decisum* prolatado pelo Egrégio 4º Grupo de Câmaras deste Pretório.

Quanto à fundamentação do recurso com fincas na alínea c do permissivo constitucional, improsperável afigura-se a

pretensão recursal, uma vez que desobedecida a regra insculpida no artigo 255 e seus parágrafos do Regimento Interno do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, eis que limitou-se a recorrer, a mera citação numérica de recursos especiais sem as transcrever, sem colacionar as suas cópias autenticadas e sem proceder, destarte, à competente demonstração analítica da discrepância argüida.

Aliás, ressalte-se que a única ementa transcrita consta de publicação em repositório não oficializado.

No que concerne à pretendida infringência do artigo 17 (e parágrafos) da Lei 8.178/91, verifico que, igualmente, não merece ser acolhida a irresignação especial, posto que o Colegiado, ao contrário do alegado, apreciou a matéria à luz da legislação vigente ao tempo da propositura da ação.

Entretanto, quanto à alegada violação do artigo 530 do Código de Processo Civil, entendo deva ser admitido o recurso.

Com efeito, cuida-se de questão altamente controvertida na doutrina e a jurisprudência dominante inclina-se no sentido de que, realmente são incabíveis embargos infringentes sobre decisões que julgam, por maioria, o recurso de agravo retido.

A matéria foi objeto de amplo prequestionamento.

Destarte, verificando presentes os demais pressupostos viabilizadores da abertura da instância excepcional, quais sejam a exposição da controvérsia em toda a sua plenitude e a presença do *fumus boni iuris*, admito o recurso para que a *quaestio* seja submetida à elevada apreciação da Superior Corte de Justiça.”

## VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, o estudo dos autos revela que a própria inicial contribui para a incerteza, relativamente ao modo como se conduziram as partes, no tocante ao valor dos aluguéis. De fato, lê-se, à fl. 2:

“Durante a vigência do pacto, acertaram as partes, independentemente de reajustes contratados, alguns outros, todos destinados a repor o valor da moeda representada pelo aluguel mensal, vilmente defasado em função dos altos índices de inflação que, historicamente, vêm solapando a economia nacional.”

Ao contestar a revisional de aluguel, o locatário (agora recorrido), por sua vez, em preliminar, argüiu a carência de ação, segundo o art. 267, VI, do Código de Processo Civil, precisamente ao argumento de que “o último acordo... resultou no aumento do aluguel, acima dos índices permitidos por lei”... (fls. 15).

2. Repelida essa preliminar pelo r. despacho saneador (fls. 32), dele recorreu o locatário (fls. 31), ficando o agravo retido nos autos.

3. A r. sentença, em que o D. Juiz não mais se deteve nessa questão, julgou procedente a demanda; e o v. acórdão recorrido, ao desprover a apelação, primeiramente negou provimento àquele agravo; e, em seguida, acentuou (fls. 102):

“A sentença recorrida está correta, fiel aos parâmetros legais, tendo apreciado a hipótese com segurança.

Por outro lado, é preciso reconhecer, se o aluguel estimado excede do pretendido, que a hipótese é de revisão de aluguel que não impõe ao locador o dever de formular uma proposta concreta, conforme salientou a sentença recorrida. No mais, o decisório monocrático deu à demanda a solução que se impunha, coerente com a prova dos autos, à ótica do gizamento legal medular.”

4. Entretanto, o d. voto divergente ensejou embargos infringentes, ao resumir (fls. 103):

“Dissenti, *data respecta*, da douta maioria, votando pelo agasalhamento do agravo retido de fls. 37/39, para extinguir o processo, nos termos do art. 267, nº VI, do Cód. Proc. Civil, pela impossibilidade jurídica do pedido.

Fi-lo por entender, à luz da regra do § 5º do art. 49 da Lei 6.649/79 que, o ajuste consensual, com menos de cinco anos, inviabiliza a ação revisional.

Como se verifica a fls. 19, houve ajuste verbal, confirmado por instrumento epistolar, através do qual o valor do aluguel foi reajustado a partir de março de 1988, com modificação, inclusive, da cláusula de periodicidade dos reajustes futuros.

Assim, só em março de 1993, quando decorrido um lustro do ajuste consensual, poderia ser ajuizada a ação revisional, a teor do já aludido § 5º do art. 49 da Lei do Inquilinato.”

5. Ao prover estes embargos, o eg. Tribunal *a quo* decidiu (fls. 123):

“Não assiste razão à embargada quanto ao cabimento dos presentes embargos infringentes.

O art. 530 do Código de Processo Civil estabelece caber embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória, aduzindo ainda que se o desacordo for parcial, que os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Ora, o julgamento da apelação encerra “um todo”, começando pelo julgamento do agravo retido, a respeito do qual houve divergência.

No julgamento total da apelação ocorreu divergência, visto que, em relação ao agravo, não houve maioria, ocorrendo unanimidade somente em relação ao mérito.

Os embargos, portanto, cabiam em relação ao desacordo ocorrido, em parte, do julgamento da apelação, aliás, matéria prejudicial que, se aceita, liquidaria com o mérito da questão.

Quanto aos embargos oferecidos temos como procedentes, pois os argumentos desenvolvidos pelo douto juiz vencido estão corretos.”

6. Como se vê, por uma parte, o v. acórdão agora hostilizado deixou definido o que concerne ao teor dos fatos, em termos de ter havido acordo sobre atualização do valor locatício, hábil a impedir, antes do implemento do interstício legal, o ajuizamento da causa. E sobre este aspecto, não se pode reabrir a controvérsia, no âmbito do recurso especial, ao teor da Súmula 07 desta Corte, *verbis*:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Por outra parte, não prospera a objeção, segundo a qual a discrepância verificada no v. acórdão da apelação não daria oportunidade aos embargos, por virtude do tema do agravo retido, ocorre (como assinalado pelo v. acórdão recorrido) que a questão então reexaminada (objeto da discrepância) é preliminar do próprio mérito, de modo a inviabilizar a propugnada nulidade da última decisão, por exorbitantes dos fins daqueles embargos.

Eis porque não aproveita à recorrente o entendimento sempre reiterado nesta Corte, de que os meros reajustes legalmente autorizados, não impedem nem procrastinam a ação revisional. (REsps 9.455-SP, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, DJU 03.06.91, 4.149-SP, de que fui Relator, DJU 25.05.92).

Anote-se, enfim, que a recorrente já dispõe, desde a entrada em vigor da Lei 8.245, de 18.10.91, de outra via mais enérgica e eficaz para tutela do direito que alega (e que o exame dos autos, em princípio, encoraja).

Eis porque, à falta da alegada contrariedade à lei, e não ocorrendo o apontado dissídio, não conheço do recurso.

É como voto.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.259-2 — RJ — (92.0016759-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Ruth Dunshee de Abranches. Advogados: Antônio Becker Lima e outros. Recdo.: Walter Amendola. Advs.: Walter Mendes da Silva e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 30.11.92 — 4ª Turma).

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

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



### RECURSO ESPECIAL Nº 25.057-6 — RJ

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

Recorrente: *José Plínio de Souza Neto*

Recorrido: *Instituto Nacional do Seguro Social*

Advogados: *Drs. Luiz Eduardo Peregrino Fontenelle e Neuza Rodrigues de Oliveira*

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DE PROVA DE COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO (CAT) ANTES DA LEI 8.213/91.**

**Para a propositura da ação acidentária, não é necessário o exaurimento da via administrativa. Por outro lado, a exigência de instruir-se a inicial com prova de notificação à Previdência Social, através da**

**CAT, surgiu apenas com a edição da Lei nº 8.213/91, que não tem efeito retroativo.**

**Recurso especial conhecido e provido para determinar-se o prosseguimento do processo.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e em dar-lhe provimento, para cassar o acórdão e determinar o prosseguimento do processo. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Ministro Flaquer Scartezini.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de setembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro COSTA LIMA, Presidente em exercício. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O despacho de admissibilidade, da lavra do ilustre Vice-Presidente do Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio de Janeiro, assim expõe a espécie:

“Trata-se de recurso especial fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Carta Magna.

Cuida a espécie de ação acidentária movida em face do INSS, objetivando o acidentado a obtenção de benefício previdenciário por se achar com sua capacidade laborativa reduzida.

O Juiz monocrático indeferiu a petição inicial sob o fundamento de que o obreiro acidentado deveria ter comunicado o acidente ou a doença profissional ao INSS, para caracterização do seu interesse de agir.

A E. 7ª Câmara deste Tribunal confirmou a decisão de 1º grau por seus próprios fundamentos.

Com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, alega o recorrente que o acórdão vulnerou os artigos 14 e 19 da Lei nº 6.367/76, bem como o artigo 284 do CPC.

Argumenta com fincas nos referidos dispositivos legais que a obrigação de comunicar o acidente ao órgão previdenciário é da empresa e que, também a ação acidentária é igual às demais, não exigindo a prévia provocação da autarquia.

Ademais, com relação à pretendida infringência do artigo 284 do Estatuto Processual Civil, acrescenta que o juízo de 1º grau, antes de indeferir a inicial, deixou de assinalar o prazo previsto naquele dispositivo legal para que o autor suprisse qualquer omissão existente, capaz de dificultar a apreciação do mérito da causa.

Ressalta, ainda que o artigo 19 da Lei nº 6.367/76 revogou o artigo 5º da Lei nº 5.316/67 que só permitia a propositura da ação de acidentes, depois de requerido o benefício na via administrativa.

No que concerne à alínea c da norma constitucional autorizadora do especial traz o recorrente à colação aresto do E. Supremo Tribunal Federal comprobatório da dissidência.

Diante do amplo do prequestionamento da matéria, à luz dos dispositivos legais invocados, entendo bem demonstrada a controvérsia verificando, na espécie, a presença do *fumus boni iuris*, razão pela qual admito o recurso, a fim de que a questão seja submetida a elevada apreciação da Superior Corte de Justiça” (fls. 109/110).

É o relatório.

## VOTO

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DE PROVA DE COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO (CAT) ANTES DA LEI 8.213/91.**

Para a propositura da ação acidentária, não é necessário o exaurimento da via administrativa. Por outro lado, a exigência de instruir-se a inicial com prova de notificação à Previdência Social, através da CAT, surgiu apenas com a edição da Lei 8.213/91, que não tem efeito retroativo.

Recurso especial conhecido e provido para determinar-se o prosseguimento do processo.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Esta Corte tem, reiteradamente, decidido ser desnecessário o exaurimento da via administrativa para a propositura de ação de acidente do trabalho (REsp 13.995-SP, DJ 02.12.91; REsp 15.633-RJ, DJ 22.6.92; REsp 19.309-SP, DJ 1º.6.92).

Por outro lado a exigência de instruir-se a inicial com prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através da CAT, surgiu apenas com a edição da Lei 8.213/91, art. 129, II, não sendo possível aplicar-se, retroativamente esse preceito.

Vejo, pois, no caso, negativa de vigência aos arts. 14 e 19 da Lei 6.367/76 e divergência com o acórdão trazido à colação.

Diante do exposto, conheço do recurso pelas letras *a* e *c* do permissivo constitucional e dou-lhe provimento para cassar o acórdão, determinando o prosseguimento do processo.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.057-6 — RJ — Relator: Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo. Recte.: José Plínio de Souza Neto. Adv.: Luiz Eduardo Peregrino Fontenelle. Recdo.: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. Adva.: Neuza Rodrigues de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para cassar o acórdão e determinar o prosseguimento do processo (em 02.09.92 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Edson Vidigal, Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Flaquer Scartezini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro COSTA LIMA.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 26.227-0 — CE

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorridos: *Maria Solange Marques Alves e outros*

Advogados: *Drs. Virgínia Barbosa Leal e outros, e Sebastião Cordeiro Moreira e outro*

**EMENTA: ADMINISTRATIVO — SERVIDOR PÚBLICO REGIDO PELA CLT POSTERIORMENTE INVESTIDO EM CARGO PÚBLICO (LEI Nº 8.112/90 — ART. 243) — DIREITO À MOVIMENTAÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA.**

A transferência dos ex-servidores “celetistas” para o regime estatutário (Lei nº 8.112/90 — art. 243) operou-se em dois momentos: a extinção do vínculo contratual trabalhista (despedida) e a investidura dos servidores despedidos, em cargos públicos, sob regime estatutário de submissão unilateral.

Houve, assim, “despedida sem justa causa” (CLT — arts. 477 e segts.) outorgando-se aos “ex-celetistas” direito de movimentar suas contas no FGTS (Lei nº 8.036/90 — art. 20, I).

O dispositivo contido no enunciado nº 178 da Súmula do saudoso TFR permanece coerente com o Direito positivo.

O art. 6º da Lei nº 8.162/91 guarda, em seu *caput*, caráter explicitativo, deixando clara a possibilidade de movimentação do FGTS em caso de aposentadoria e aquisição de casa própria. Nele não se contém vedação alguma.

A vedação inscrita no § 1º do referido art. 6º dirige-se a hipóteses em que tenha ocorrido “conversão de regime”.

Não incide quando o vínculo trabalhista foi extinto — não modificado.

## ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de dezembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Tribunal Regional Federal da Quinta Região confirmou sentença, em acórdão assim resumido:

“ADMINISTRATIVO. FGTS. SERVIDOR REGIDO PELA CLT. MUDANÇA DE REGIME. SÚMULA Nº 178-TFR. APLICAÇÃO. DIREITO À MOVIMENTAÇÃO DA CONTA VINCULADA.

“Resolvido o contrato de trabalho com a transferência do servidor do regime da CLT para o estatutário, em decorrência da lei, assiste-lhe o direito de movimentar a conta vinculada do FGTS.” (Súmula nº 178 — TFR).

Aplicação do verbete supratranscrito, uma vez que as Leis nºs 7.839/89 e 8.036/90 não trataram especificamente do tema — mudança de regime.

Vedação ao saque dos valores depositados nas contas do FGTS prevista apenas na MP 286, de 14.12.90, convertida na Lei nº 8.162/91, sendo, portanto, posterior à instituição do regime jurídico único, quando os servidores já haviam ingressado no regime estatutário e, conseqüentemente, adquirido o direito à movimentação das contas.

Inocorrência de descumprimento da Lei nº 8.076/90.

Preliminar de impropriedade da via processual eleita, de ilegitimidade passiva *ad causam* da CEF e do litisconsórcio passivo necessário da União Federal rejeitada.

Apelação e remessa oficial improvidas”, fls. 227, *sic*.

A Caixa Econômica Federal interpôs recurso especial. Afirma que o Acórdão infringiu o art. 20, inciso VIII, da Lei nº 8.036/90.

Sustenta, também, que o acórdão divergiu de arestos provenientes de outros tribunais.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: ADMINISTRATIVO — SERVIDOR PÚBLICO REGIDO PELA CLT POSTERIORMENTE INVESTIDO

EM CARGO PÚBLICO (Lei nº 8.112/90 — art. 243) — DIREITO À MOVIMENTAÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA.

A transferência dos ex-servidores “celetistas” para o regime estatutário (Lei nº 8.112/90 — art. 243) operou-se em dois momentos: a extinção do vínculo contratual trabalhista (despedida) e a investidura dos servidores despedidos, em cargos públicos, sob regime estatutário de submissão unilateral.

Houve, assim, “despedida sem justa causa” (CLT — arts. 477 e segts.) outorgando-se aos “ex-celetistas” direito de movimentar suas contas no FGTS (Lei nº 8.036/90 — art. 20, I).

O dispositivo contido no enunciado nº 178 da Súmula do saudoso TFR permanece coerente com o Direito positivo.

O art. 6º da Lei nº 8.162/91 guarda, em seu *caput*, caráter explicitativo, deixando clara a possibilidade de movimentação do FGTS em caso de aposentadoria e aquisição de casa própria. Nele não se contém vedação alguma.

A vedação inscrita no § 1º do referido art. 6º dirige-se a hipóteses em que tenha ocorrido “conversão de regime”. Não incide quando o vínculo trabalhista foi extinto — não modificado.

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Mantenho entendimento generoso, no que respeita à comprovação do dissídio pretoriano.

Para mim, a transcrição de ementas pode bastar, se dos respectivos textos resultar evidente o descompasso de teses, sobre determinada questão de direito federal.

Na hipótese destes autos, a Recorrente transcreveu duas ementas onde, simplesmente, se afirma que a singela mudança de regime jurídico a que está submetido o Servidor Público, não autoriza o levantamento de depósito no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Nelas não há referência ao preceito legal supostamente agredido.

Nem mesmo aponta o repositório oficial em que se encontram publicados os respectivos acórdãos, na íntegra.

A Recorrente foi displicente.

Não posso conhecer do recurso pelo permissivo da alínea c.

Conheço-o, entretanto, pela alínea *a*.

Trava-se discussão em torno do levantamento de depósito em contas vinculadas ao FGTS, por ex-empregados públicos cujos vínculos contratuais trabalhistas com a União Federal foram extintos, por efeito da Lei nº 8.112/90.

O litígio tem origem no art. 243 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, expresso nestes termos:

“Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.462, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§ 1º. Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.”

Em situações semelhantes, ocorridas anteriormente, o Tribunal Federal de Recursos firmou o entendimento, reduzido ao Verbete nº 178 da Súmula de sua jurisprudência, de que:

Resolvido o contrato de trabalho com a transferência do servidor do regime da CLT para o estatutário, em decorrência da lei, assiste-lhe o direito de movimentar a conta vinculada do FGTS.”

A Súmula 178 colocou termo em longa pendência, fundada na circunstância de que a Lei nº 5.107/66, então vigente, não previa a hipótese.

Agora, a discussão ressurgiu, com a afirmação da Caixa Econômica, no sentido de que os ex-empregados, atuais ocupantes de cargos públicos, não podem resgatar suas cotas no Fundo de Garantia.

Semelhante assertiva finca-se no argumento de que o art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, relaciona, exaustivamente, as hipóteses em que se permite a movimentação do FGTS. O referido artigo 20 arrola dez hipóteses, das quais destacaria duas que guardam vínculo de pertinência com nossa controvérsia. Diz aquele dispositivo:

“Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I — despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior, comprovada com pagamento dos valores de que trata o artigo 18;

.....  
VIII — quando permanecer 3 (três) anos ininterruptos, a partir da vigência desta Lei, sem crédito de depósitos”.

A Recorrente assevera que os ex-empregados da União somente poderão movimentar suas cotas, quando se adimplir o requisito do inciso VIII. Vale dizer, três anos após a investidura nos cargos públicos.

Reforça tal argumento, com o preceito contido no art. 6º da Lei nº 8.162, de 8.1.91, assim enunciado:

“Art. 6º. O saldo da conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), do servidor a que se aplique o regime da Lei nº 8.112, de 1990, poderá ser sacado nas hipóteses previstas nos incisos III a VII do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

§ 1º. É vedado o saque pela conversão de regime.”

Em relação à Lei nº 8.162/91, observe-se que ela é posterior à Lei nº 8.112/90. Quando esta entrou em vigência, o direito à movimentação do FGTS era regido pelo art. 20 da Lei nº 8.036/90.

Assim, se o referido art. 20 outorgava ao ex-celetista o direito de movimentar, desde logo, sua conta no FGTS, não poderia a Lei posterior restringi-lo, sem agredir direitos adquiridos (Lei de Introdução ao Código Civil — art. 6º).

Para maior segurança de argumentação, é oportuno definir o fenômeno ocorrido com os servidores regidos pela CLT.

A teor do art. 243 da Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos, estes servidores viram extinguir-se o vínculo contratual que mantinham com o Estado e submeteram-se ao regime estatutário de subordinação unilateral.

A mudança de regime operou-se através de dois momentos: a extinção da relação contratual trabalhista (celetista) e a investidura dos ex-empregados em cargos públicos estatutários.

Para afastar dúvidas manifestadas na interpretação da mudança de regime, o Legislador emitiu preceito explicativo, que inseriu no art. 7º da Lei nº 8.162/91, nestes termos:

“Art. 7º — São considerados extintos, a partir de 12 de dezembro de 1990, os contratos individuais de trabalho dos servidores que passaram ao regime jurídico instituído pela Lei

nº 8.112, de 1990, ficando-lhes assegurada a contagem de tempo anterior de serviço público federal para todos os fins, exceto:

I — anuênio;

II — incorporação de gratificação de que trata o art. 62 da citada lei;

III — licença-prêmio por assiduidade.”

Ocorreu, assim, resilição do vínculo contratual de emprego, por ato do empregador, sem que o empregado desse causa.

Houve, em outras palavras, o fenômeno a que o Direito do Trabalho denomina “despedida sem justa causa”.

Ora, se houve “despedida sem justa causa” os ex-celetistas adquiriram o direito de movimentar suas contas vinculadas no FGTS. Tal direito lhes foi outorgado pelo art. 20, I, da Lei nº 8.036/90.

Se assim ocorreu, o dispositivo contido na Súmula nº 178 do saudoso Tribunal Federal de Recursos permanece coerente com o direito positivo.

Quando o aplicou, o Acórdão recorrido, longe de agredir o art. 20 da Lei 8.036/90, deu fiel execução a seu inciso I.

Dir-se-ia que o art. 6º da Lei nº 8.162/91, somente permite o saque do FGTS nas hipóteses previstas nos incisos III e VII do art. 20 da Lei nº 8.036.

Semelhante assertiva é incorreta.

O art. 6º da Lei superveniente ao “regime único” tem, em seu *caput*, caráter explicativo, deixando clara a possibilidade de movimentação do FGTS, em casos de aposentadoria e aquisição de casa própria. Nele não se contém vedação alguma.

Nego provimento ao recurso.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 26.227-0 — CE — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Advogados: Virgínia Barbosa Leal e outros. Recdos.: Maria Solange Marques Alves e outros. Advogados: Sebastião Cordeiro Moreira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 16.12.92 — 1ª Turma).

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

Impedido o Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha.  
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



RECURSO ESPECIAL Nº 27.002-2 — SP  
(Registro nº 92.0022624-8)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José Cândido*

Recorrente: *Distribuidora de Miudezas de Santo André Ltda.*

Recorrido: *Sanco-Sotenge S/A Construções e Empreendimentos*

Advogados: *Luiz Gonzaga Signorelli e outro, e José Rogério Cruz e Tucci e outros*

**EMENTA: RECURSO ESPECIAL. GREVE. SUSPENSÃO DE PRAZO. PROTOCOLO INTEGRADO. FACULTADA À PARTE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO UTILIZANDO O PRAZO DILATADO PELO JUÍZO.**

A interposição de recurso no protocolo integrado não revoga a vantagem oriunda da suspensão de prazo, ocorrente no fórum de origem, em virtude de greve, facultando-se à parte utilizar-se da prorrogação do prazo também no protocolo integrado.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer e em dar provimento ao recurso especial, na conformidade dos votos e notas taquigráficas constantes dos autos. Votaram os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro e Adhemar Maciel.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de dezembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Adoto o relatório de fls. 480:

“O venerando acórdão de fls. 458/461, complementado pelo de fls. 468/469, no que ora interessa, não conheceu da apelação interposta pela autora, nesta ação renovatória julgada procedente, por intempestiva.

Interpõe a autora-locatária recurso especial com fundamento no artigo 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, sob a alegação de que o venerando aresto negou vigência aos artigos 181, § 1º, 183 e 184, § 1º, I, do Código de Processo Civil, na medida em que não considerou a suspensão do prazo para interposição de recurso durante a greve dos funcionários do fórum de Santo André. Aponta julgado para confronto.

Intimada, a parte contrária apresentou contra-razões às fls. 475/478”.

Após manifestar-se sobre a inadmissibilidade do recurso, prossegue o ilustre Presidente do Tribunal de Alçada Civil a narrativa, *in verbis*:

“Não conhecida sua apelação porque extemporânea, a recorrente opôs embargos de declaração sob a alegação de que o edifício do fórum estivera fechado na data em que deveria ter protocolado o recurso, ante a greve de funcionários do Poder Judiciário. Dispôs o decisório impugnado, porém, que, *in verbis*:

“Se se protocolou a apelação, em 15/05/90, é óbvio que a mesma poderia haver sido protocolada, em 14/05/90, já que ambos esses dias estão compreendidos no período, a que se refere a certidão do Sr. Escrivão (fls. 409)” (fls. 469)” (fls. 480-481).

Termina o despacho opinando para que se conheça do recurso com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, mas não pela alínea *c*, por falta de transcrição dos trechos dos julgados confrontados.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. GREVE. SUSPENSÃO DE PRAZO. PROTOCOLO INTEGRADO. FACULTADA À PARTE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO UTILIZANDO O PRAZO DILATADO PELO JUÍZO.

A interposição de recurso no protocolo integrado não revoga a vantagem oriunda da suspensão de prazo, ocorrente no fórum de origem, em virtude de greve, facultando-se à parte utilizar-se da prorrogação do prazo também no protocolo integrado.

Recurso provido.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O recorrente usou da faculdade de utilização do protocolo integrado. Tal fato não elide o direito a usufruir da dilatação do prazo, ocorrente no fórum por onde corre o feito. Ou seja, dilatado o prazo neste, o mesmo ocorre quanto ao fluente no protocolo integrado.

No caso dos autos, o prazo que venceria no dia 14, mas foi dilatado pela greve, conforme certidão inserta nos autos, não poderia considerar-se findo naquela data, como se greve não houvesse, pela simples utilização do protocolo integrado. Caso contrário, a parte estaria sendo punida por estar utilizando de uma faculdade destinada a facilitar-lhe o acesso à Justiça.

Quanto à alínea c, não obstante a falta de transcrição dos trechos conflitantes do acórdão paradigma, a ementa reveste-se de sentido cristalino, ajustando-se perfeitamente ao tema sob debate.

Isto posto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.002-2 — SP — (92.0022624-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recte.: Distribuidora de Miudezas de Santo André Ltda. Advs.: Luiz Gonzaga Signorelli e outro. Recdo.: Sanco — Sotenge S/A Construções e Empreendimentos. Advs.: José Rogério Cruz e Tucci e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 18.12.92 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Aciole.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 27.028-9 — SP

(Registro nº 92.0022669-8)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Raul Juan Golifman (réu preso)*

Advogado: *Dr. Carlos Vico Manas — Defensor Público*

**EMENTA: RESP — PENAL — EXECUÇÃO PENAL — CRIME CONTINUADO — PENA — UNIFICAÇÃO — HABITUALIDADE CRIMINOSA** — O crime continuado é modalidade de concurso material. O Código Penal sufragou a teoria objetiva (art. 71). Levam-se em conta as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes para os crimes subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. O instituto resultou do trabalho dos praxistas e glossadores que buscavam, conforme, mais tarde, passou a ser chamada “Política Criminal”, evitar a aplicação da pena de morte, na reiteração do crime de furto de pequeno valor. Os códigos, concomitantemente, disciplinam a *habitualidade criminosa*. A habitualidade é incompatível com a continuidade. A primeira recrudescer, a segunda ameniza o tratamento penal. Em outras palavras, a culpabilidade (no sentido de reprovabilidade) é mais intensa na habitualidade do que na continuidade. Em sendo assim, jurídico-penalmente, são situações distintas. Não podem, outrossim, conduzir ao mesmo tratamento. O crime continuado favorece o delinqüente. A habitualidade impõe reprovação maior, de que a pena é expressão, finalidade (CP, art. 59, *in fine*) estabelecida segundo seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Na continuidade, há sucessão circunstancial de crimes. Na habitualidade, sucessão planejada, indiciária do *modus vivendi* do agente. Seria contraditório, instituto que recomenda pena menor ser aplicada à hipótese que reclama sanção mais severa. Conclusão coerente com interpretação sistemática das normas do Código Penal.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, em conhecer do recurso especial e em lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministros José Cândido e Pedro Acioli.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de outubro de 1992 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra v. acórdão do Terceiro Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Revisão Criminal pleiteada por Raul Juan Golifman.

O Recorrente com base no art. 105, III, da Constituição Federal, argüi contrariedade de lei federal e divergência jurisprudencial (fls. 52/68).

O Recorrente pretende seja restabelecida a condenação do recorrido como firmada em primeiro grau.

O v. acórdão da Revisão Criminal (fls. 33/37) decidiu unificar as penas aplicadas em seis condenações por roubo qualificado pelo uso de armas e concurso de agentes, por reconhecer a continuidade delitiva, assim especificadas:

“Por isso mesmo, são estabelecidas duas séries distintas: na primeira, são colocados os crimes dos Processos nºs 81/82, da Décima Segunda Vara Criminal de São Paulo, de 8 de janeiro de 1982 e 4.646/82, de São Bernardo do Campo, de 15 de janeiro do mesmo ano, fixando a pena-base na quantidade deste último (seis — 6 — anos e oito — 8 — meses de reclusão), aumentada de um sexto, para encontrar-se o final definitivo de sete (7) anos, nove (9) meses e dezoito (18) dias de reclusão, e na segunda, encaixando-se os outros quatro casos, de crimes cometidos em 9, 12 e 27 de fevereiro e 1º de março, todos do ano de 1982,

com a pena-base maior, de seis (6) anos e oito (8) meses de reclusão, acrescida de metade, por causa de quantidade de delitos, atingindo-se o final de dez (10) anos de reclusão, e o total, de ambas as séries, de dezessete (17) anos, nove (9) meses e dezoito (18) dias de reclusão” (fls. 36).

O Recorrente sustenta que o v. acórdão negou vigência ao art. 71 do Código Penal, além de haver divergido de julgados do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, e outros.

Parecer do Ministério Público Federal, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 89/92).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O crime continuado, consoante o disposto no art. 71 do Código Penal, reúne, em unidade jurídica, prática de 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.

Na doutrina pátria, registre-se, a lei nacional sufragou a teoria objetiva, ou seja, contenta-se com a semelhança do aspecto objetivo, desprezando-se, para tal fim, o contexto subjetivo.

BASILEU GARCIA, crítico dessa concepção, observa, apesar disso, tornar-se necessário recorrer ao elemento subjetivo a fim de reunir a pluralidade em unidade. Alguns autores, não obstante a impropriedade técnica, afirmam que o crime continuado é uma ficção jurídica. Definição normativa, entretanto, jamais é ficção. É realidade do Direito. A impropriedade decorre da concepção de o jurídico dever sempre reproduzir o naturalístico.

Ainda que se raciocine no âmbito da concepção objetiva, a interpretação do art. 71, CP, não pode ser literal. Urge considerar a íntegra da situação jurídica.

A continuidade traduz idéia de seqüência, repetição de condutas, todavia com um nexos comum, como elemento básico, unificador.

Sem levar o raciocínio, à moda da teoria objetivo-subjetiva, ou como ocorre com a legislação italiana que impõe para o instituto *il medesimo disegno criminoso*, cumpre interpretar a cláusula legal “devem os sub-

seqüentes ser havidos como continuação do primeiro”. Sem considerar ainda a imagem de Roberto Lyra de o crime continuado ser “um livro escrito em capítulos”, impede divisar, na pluralidade, conexão das várias condutas.

Não vou a ponto de levar em consideração, elegendo elemento constitutivo, o elemento subjetivo, ou seja, o agente elaborar plano delituoso, escolhendo a prática de mais de um crime. Se assim o fizesse, incluiria requisito a mais na lei, vale dizer, o elemento moral.

Apesar dessa ressalva, exigir-se-á que a pluralidade se desenvolva no mesmo contexto, legalmente definido pelos elementos objetivos.

Arriscaria um exemplo. Uma pessoa pratica furto. Em seguida, circunstancialmente, é estimulado para realizar outra subtração. Embora não houvesse planejado as duas infrações, todavia, objetivamente, próximas e semelhantes, por inspiração histórica, o Código Penal confere tratamento mitigado.

Diferente, contudo, se o agente elege a criminalidade como *modus vivendi*.

Os códigos que adotam o crime continuado não descartam a chamada criminalidade habitual. Nesta, o agente comete o crime reiteradamente.

A habitualidade é incompatível com a continuidade.

A primeira recrudescer, a segunda ameniza o tratamento penal. Ou, em outras palavras, a culpabilidade (no sentido de reprovabilidade) é mais intensa na habitualidade do que na continuidade.

Em sendo assim, jurídico-penalmente, são situações distintas. Não podem, outrossim, conduzir ao mesmo tratamento jurídico.

O crime continuado favorece o delinqüente. A habitualidade impõe reprovação maior, de que a pena é expressão.

Em se projetando estas considerações para o plano da experiência, evidencia-se, a análise do comportamento do condenado (não se confunde com a definição do elemento subjetivo do crime) é muito importante, talvez fundamental.

Evidenciado que a pluralidade de infrações penais conformam mera eventualidade, poder-se-á sufragar a continuidade. Ao contrário, ao traduzir projeto de vida para a criminalidade, configura-se a habitualidade.

Na continuidade, há sucessão ocasional ou limitada de crimes. Na habitualidade, sucessão planejada, ilimitada de delitos.

Nesse sentido, dever-se-á interpretar o art. 71, parágrafo único, do Código Penal, introduzido, aliás, pela reforma, Lei nº 7.209/84.

Não é possível de um instituto benéfico, extrair-se-á sanção mais rigorosa, como é contraditório do instituto mais severo resultar pena mais branda.

Não se pode perder de vista, o crime continuado é modalidade do concurso material, como também acontece na habitualidade.

Em sua origem histórica, o crime continuado resultou do que, mais tarde, passou a ser chamado Política Criminal. Os praxistas e glosadores impressionaram-se com a pena capital imposta ao agente do furto, de pequeno valor, na segunda reincidência. Daí os referidos autores referirem-se à ficção jurídica.

A Política Criminal moderna registra nítida distinção entre a culpabilidade exacerbada e a culpabilidade mitigada, a fim de distinguir situações.

Nesse contexto se coloca o art. 59 do Código Penal, ao evidenciar a finalidade da pena, ou seja “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

O crime, pois, é elemento fundamental na individualização da pena. Constitui roteiro indispensável para definir a qualidade e a quantidade da *sanctio iuris*.

O pormenor, aliás, definição normativa, não pode ser descurado quando se define a pena. Confirma, pois, a asserção anterior de a culpabilidade exacerbada atrair sanção mais grave, e a culpabilidade mitigada conduzir à sanção mais branda.

O Código Penal português torna explícito, o que está implícito no Código Penal brasileiro.

Merece transcrição o art. 30,2 daquele texto:

“Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma “essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”.

No caso dos autos, realço esta passagem do v. acórdão recorrido:

“Os crimes todos, que constam da relação trazida com a inicial, são de roubo com uso de armas e concurso de agentes. Nos dois primeiros, houve pluralidade de parceiros e nos outros

quatro que se seguiram, pela ordem cronológica, o peticionário agiu sempre com um só comparsa, o co-réu Rafael Nunes Braga, invariavelmente com ele condenado.

Assaltavam suas vítimas sempre de forma semelhante, intimidando-as com armas de fogo que empunhavam e toda vez em bairros desta Capital, salvo em uma oportunidade, em que os fatos se passaram na cidade de São Bernardo do Campo, que pode ser considerada como bem próxima a São Paulo, fazendo parte, como se sabe, da chamada "Grande São Paulo". É cidade praticamente contígua a São Paulo, não havendo solução de continuidade entre os territórios de ambas, que são comuns e de uma sendo possível o indivíduo locomover-se à outra em poucos minutos.

Já se decidiu, uma sementeira de vezes, que não impede a idéia de continuidade o serem os crimes levados a efeito em cidades próximas ou vizinhas.

A única dificuldade para a fixação da continuidade, na espécie, entre as seis ocorrências, está no fator temporal, pois a jurisprudência levou anos a fio para, nesse ponto, inadmitir continuação quando há entre os vários crimes hiato superior a trinta dias. Não se pode, assim, entender como continuados os crimes de 8 de janeiro e nove de fevereiro de 1982. Por isso mesmo, são estabelecidas duas séries distintas: na primeira, são colocados os crimes dos Processos nºs 871/82, na Décima Segunda Vara Criminal de São Paulo, de 8 de janeiro de 1982 e 4.646/82, de São Bernardo do Campo, de 15 de janeiro do mesmo ano, ficando a pena-base na quantidade deste último (seis — 6 — anos e oito — 8 — meses de reclusão), aumentada de um sexto, para encontrar-se o final definitivo de sete (7) anos, nove (9) meses e dezoito (18) dias de reclusão, e na segunda, encaixando-se os outros quatro casos, de crimes cometidos em 9, 12 e 27 de fevereiro e 1º de março, todos do ano de 1982, com a pena-base maior, de seis (6) anos e oito (8) meses de reclusão, acrescida de metade, por causa de quantidade de delitos, atingindo-se o final de dez (10) anos de reclusão, e o total, de ambas as séries, de dezessete (17) anos, nove (9) meses e dezoito (18) dias de reclusão.

Não é porque, na espécie, o peticionário tem sido dedicado ao cometimento de crimes os mais diversos, registrando inúmeras outras condenações, além das que estão unificando, que se

deve aceitar não caracterizada, naquelas seis infrações, uma continuação, tal qual a define o art. 71 do Código Penal.

Em caso muito parecido ao presente, assim já teve oportunidade de decidir o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal: “A conduta criminosa do agente, a sua personalidade, a prática de crime de roubo e finalmente viver o agente desse meio, não excluem a obtenção do benefício da unificação de penas, circunstâncias imprevistas pela lei, até porque o instituto da continuidade só poderia destinar-se ao criminoso reiterado, caso contrário perderia seu objeto” (“Revista de Julgados e Doutrina”, relator Juiz Ribeiro dos Santos, IMESP, nº 3)” (fls. 35/37).

*Data venia*, os autos evidenciam habitualidade criminosa. Incompatível com o crime continuado.

Essa constatação é conciliável com o Recurso Especial. Não se está a revolver o conjunto probatório. Faz-se, sim, constatação do fato, pois o Direito não é só norma. É norma e fato valorados.

Em havendo habitualidade, maior é a reprovação. Logicamente, não atrai instituto *mitior*, como é o crime continuado.

Conheço do recurso. Dou-lhe provimento para, *data venia*, cassar o v. acórdão recorrido e restabelecer a condenação do recorrido como firmada em primeiro grau.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.028-9 — SP — (92.0022669-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Raul Juan Golifman (réu preso). Advogado: Carlos Vico Manas — Defensor Público.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 26.10.92 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros José Cândido e Pedro Acioli.  
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 28.509-8 — RS

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

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorridos: *Myl 'G' Indústria e Comércio de Confeções e Representações Ltda. e outro*

Advogados: *Jurandir Fernandes de Sousa e outros, e René Schwen-  
gber e outros*

**EMENTA: JUROS. FINANCIAMENTO BANCÁRIO ATRAVÉS DE MERO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL.**

O Superior Tribunal de Justiça, após período inicial de divergência, adotou entendimento permissivo da capitalização até mensal dos juros, mas isso em existindo expresso dispositivo de lei que a admita, como para os créditos rurais o art. 5º do Dec.-lei 167/67; para os créditos industriais o art. 5º do Dec.-lei 413/69, e para os créditos comerciais o art. 5º da Lei 6.840/80. A não ser assim, vige a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, não revogada pela Súmula 596 do mesmo pretório (RTJ, 124/616).

Recurso especial não conhecido.

**ACÓRDÃO**

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de dezembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

**RELATÓRIO**

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de embargos opostos por MYL "G" INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E REPRESENTAÇÕES LTDA. e OUTRO à execução (contrato de abertura de crédito) que lhes move o BANCO DO BRASIL S/A,

julgados procedentes, em parte, no juízo monocrático. Apreciando apelações de ambas as partes, a eg. 6ª Câmara Civil do TARGS, por unanimidade de votos, negou provimento aos recursos.

Irresignado, o Banco interpôs recurso especial pelas alíneas *a* e *c* do permissor constitucional, sob alegação de ofensa à Lei 4.595/64, bem como divergência jurisprudencial e com a Súmula 596/STF. Alega, em suma, a possibilidade da capitalização mensal dos juros convencionalizada pelas partes, quando autorizada por lei. Sustenta, inclusive, que não há cumulação, no título, de correção monetária e comissão de permanência: “na verdade, deu-se à correção monetária, acumulada com os juros da inadimplência, a denominação de comissão de permanência” (fls. 121/122).

O eminente Presidente do Tribunal de origem admitiu o recurso pela alínea *c*.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Em primeiro lugar, é de assinalar que não cabe a esta Corte perquirir se houve ou não a cumulação de comissão de permanência com correção monetária, matéria em que prevalece o entendimento adotado na instância de origem, sendo incabível em recurso especial analisar o conjunto probatório e os cálculos efetuados. Diga-se que a jurisprudência remansosa desta Corte não admite a cumulação de comissão de permanência e correção monetária — Súmula nº 30.

Quanto à possibilidade de capitalização dos juros no mútuo bancário, a questão foi sobremodo controvertida. As Turmas componentes da eg. 2ª Seção, encerrando período inicial de divergências, adotaram, no REsp 13.098, relator o em. Ministro CLÁUDIO SANTOS, entendimento no sentido da admissibilidade de capitalização no mútuo rural, através de cédula de crédito rural, pois, “a disposição especial do art. 5º do Decreto-lei nº 167/67 excepciona a regra proibitória estabelecida no artigo 4º da chamada ‘Lei de Usura’,” esclarecido em embargos de declaração que “os juros dos empréstimos ajustados através de cédulas de crédito rural podem ser capitalizados mensalmente, dès que pactuado na forma determinada pelo Conselho Monetário Nacional”. Assim também esta 4ª Turma, *v.g.* nos REsp nºs 23.314 e 24.241, rel. o em. Min. BARROS MONTEIRO, e 28.037, de que foi relator o em. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO; a eg. 3ª Turma, no REsp nº 20.561, rel. o Min. EDUARDO

RIBEIRO. No mesmo sentido tem sido julgado em se cuidando de execuções fundadas em cédulas de crédito industrial, face ao Dec.-lei 413/63 e seu art. 5º, disposição especial estendida às cédulas e notas de crédito comercial pelo art. 5º da Lei nº 6.840/80 — vide, *v.g.*, REsp nº 20.599, rel. o em. Min. WALDEMAR ZVEITER. Todavia, o afastamento do anatocismo dependerá sempre de permissão legal, como ocorre no relativo aos títulos representativos de créditos rurais, comerciais e industriais.

No caso, ora em julgamento, o título executivo é um “contrato de abertura de crédito fixo” (anexo, fls. 7), sem a emissão de cédula de crédito ou de nota de crédito nos termos da legislação já citada. Portanto, permanece a proibição de capitalização de juros, do anatocismo enfim.

O recorrente aponta, pela alínea *c*, aresto do colendo STF, relator o em. Min. NÉRI DA SILVEIRA, *in* RTJ 115/1.270, j. em 08.03.83; mas a hipótese, pela leitura do douto voto condutor, limitava-se a perquirir da possibilidade de o estabelecimento de crédito cobrar ‘taxa de serviço’, cuja soma com os juros excedia os 12% ao ano. Já no RE nº 100.336, rel. o mesmo ilustre magistrado, *in* RTJ 124/616, restou evidenciado, pela ementa e pelo voto, com remissão a precedentes, que “a capitalização semestral de juros, ao invés da anual, só é permitida nas operações regidas por leis ou normas especiais, que expressamente o autorizem ... (*omissis*) ... A Súmula 596 não afasta a aplicação da Súmula 121...”.

No pertinente ao aresto do eg. TJMS, não foi realizado o devido confronto analítico, de molde a verificar-se se o mesmo incidiu, ou não, em hipótese regida por leis especiais, permissivas do anatocismo.

Ante o exposto, por ambas as alíneas do permissor constitucional não conheço do recurso.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.509-8 — RS — Relator: Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Jurandir Fernandes de Sousa e outros. Recdos: Myl ‘G’ Indústria e Comércio de Confecções e Representações Ltda. e outro. Advs.: René Schwengber e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 15.12.92 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 29.044-6 — RS  
(Registro nº 92.283411)

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

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorrido: *Ayrton Sampaio de Oliveira*

Advogados: *Drs. Davi Duarte e outros, e Ivo Pereira da Cruz e outros*

**EMENTA: CIVIL/PROCESSUAL. PLANO BRES-  
SER. CADERNETA DE POUPANÇA. SEGURO INFLA-  
ÇÃO.**

**As novas regras relativas ao crédito do seguro-  
inflação para corrigir os saldos de cadernetas de  
poupança expressamente se referem ao mês de julho  
de 1987, de sorte a preservar o direito dos depositan-  
tes a ter creditados os valores relativos ao IPC para  
corrigir os saldos de contas com datas do mês de ju-  
nho, por mais elevados do que os da variação da LBC.**

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de novembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, recorre a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL — CEF, de acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou

provimento à apelação interposta em ação promovida por AYRTON SAM-PAIO SILVEIRA, objetivando obter rendimentos da conta de poupança referente ao mês de junho/87, pela variação integral do IPC, acrescidos de juros.

Sustenta o recorrente ter o acórdão negado vigência ao art. 1º do Decreto-lei 2.311, de 23.12.86, que deu nova redação ao art. 12 do Decreto-lei 2.284/86. Alega divergência jurisprudencial.

Recebido e processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal. É como relato.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Sobre os temas deduzidos neste recurso, esta Turma já teve oportunidade de julgar, ao apreciar o Recurso Especial nº 5.308-RS, de que fui relator, que reproduzo:

“Os recorridos propuseram ação de cobrança, visando a obter da aqui recorrente, o crédito em suas contas de poupança do chamado seguro inflação, correspondente ao mês de junho de 1987 em função do percentual de crescimento do IPC, maior do que o das LBC que lhes foi creditado.

Obtiveram vitória em primeiro grau e, na apelação, foi a sentença reformada, por maioria, ensejando embargos infringentes, recebidos pelo órgão julgador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O recurso especial é fundado em negativa de vigência de normas federais e dissídio jurisprudencial, dividindo-se em duas partes: a) preliminar de ilegitimidade passiva para a causa, por não captar o BANCO BAMERINDUS DO BRASIL S/A depósito de poupança, mas, sim a empresa, do mesmo grupo, sob a razão BAMERINDUS S/A CRÉDITO IMOBILIÁRIO, tendo, nesta parte, como ofendidos os dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil constantes do relatório; b) a aplicação dos indicadores acolhidos no acórdão importa em negativa de vigência do Decreto-lei 2.284/87, em seu art. 12, na redação dada pelo Decreto-lei 2.311 e o art. 16 do Decreto-lei 2.335/87; c) o dissídio seria com relação à exegese desses decretos-leis.

Embora entenda que legitimada para a ação é a parte que figura na relação de direito material, que suportará os efeitos

da sentença, contudo, no caso em exame, a preliminar veio a ser argüida após as razões de apelação e sem que demonstrasse a ora recorrente, de qualquer modo, que envolvida na relação de direito material, no que diz com a captação de depósito em cadernetas de poupança, seria outra empresa que não a própria ré e aqui recorrente.

Ora, a argüição se apresenta, deste modo, solteira de suporte fático, como destacou o acórdão recorrido, que teve a recorrente como legitimada para a ação, ante a aparência com que se lança no mercado, com a utilização de farta propaganda, a induzir a prestação de serviços diversos, inclusive o de captação de poupança, sem a individuação do ente particular que nesse setor opera, até porque o faz em estabelecimento único nas cidades do interior do país, com a utilização de estrutura e corpo de empregados únicos.

Não é que adote, no caso, a doutrina da desconsideração, ainda em caráter analógico, mas, sobretudo, porque, como aqui ocorreu, a empresa, que atuaria como cabeça do grupo, veio aos autos e produziu a defesa que aproveitaria o próprio grupo econômico, como um todo, discorrendo, com proficiência, a respeito do tema em discussão, de sorte a ter como defendido o seu próprio interesse na solução da demanda.

E é de levar em linha de consideração, na espécie em exame, que dos papéis com que os autores instruíam sua ação, consta como tendo atuado nessa captação o próprio BANCO BAMERINDUS DO BRASIL S/A, não tendo, para o fim aqui perseguido, relevo que, escrituralmente, os valores captados e os rendimentos creditados se efetivem em nome de outra empresa do grupo econômico, que se apresentam como um todo, em sua caracterização de banco múltiplo, tão utilizada nos negócios que empreendem.

Não vejo, portanto, onde o acórdão tenha ofendido aos princípios que cuidam, em nossa lei civil, da solidariedade, da conversão em perdas e danos da obrigação não cumprida ou das obrigações pelas dívidas da sociedade, quando contraída por todos os sócios ou por algum deles, em virtude de mandato social (arts. 896, 1.056 e 1.395 do Código Civil).

Reconhecida, nestes termos, a legitimidade da recorrente para figurar no pólo passivo da demanda, não há como aplicar o art. 267 do Código de Processo Civil.

Em relação ao mérito, tenho que o acórdão recorrido bem decidiu a causa, por isso que, o Decreto-lei 2.336, de 15 de junho

de 1987, somente estabeleceu modificação sobre o tema em discussão, a partir do mês de julho, como expressa o seu art. 18, de sorte que, além de não poder atingir a situações anteriormente consolidadas, pois já se encontraria acobertado o direito dos recorridos, segundo as regras anteriores, a norma nova se destinava a só abranger os créditos relativos ao mês a que expressamente visou.

Não tem, assim, qualquer influência para o desate da causa, a circunstância de haver norma em branco, a ser preenchida mediante resolução do Conselho Monetário Nacional, na definição dos indicadores que definiram os valores do chamado seguro-inflação, para corrigir os depósitos de poupança, porque tais resoluções não poderiam atingir a situações reguladas, na mesma data em que tal resolução veio a ser baixada, por normas legais e de modo a definir sua aplicação somente para o mês seguinte, ou seja, julho de 1987.

A regra vigente, para os créditos correccionais dos depósitos em cadernetas de poupança, para o mês de junho de 1987 era, por conseguinte, aquela que mandava aplicar a variação das letras do Banco Central ou o Índice de Preços ao Consumidor, o que se apresentasse mais elevado, como bem definido no acórdão recorrido”.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.044-6 — RS — (92283411) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Advogados: Davi Duarte e outros. Recdo.: Ayrton Sampaio Silveira. Advs.: Ivo Pereira da Cruz e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 24.11.92 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 29.756-8 — RJ

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Maria Cecília de Castro Garotti*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Advogados: *Drs. José Antonio Grillo Ivo e outros, e José Alexandre Passos Filho e outros*

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. INCONSTITUCIONALIDADE DO DL 2.288/86. ANUALIDADE. PREVALÊNCIA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA RELATIVA AO ANO DE 1987. HONORÁRIOS POR SUCUMBÊNCIA — CÁLCULO PELO VALOR DA CONDENAÇÃO.**

Declarada que foi a inconstitucionalidade da norma que ensejou a prestação pecuniária, relativa a empréstimo compulsório sobre aquisição de veículo automotor, não há que falar em princípio da anualidade, para fazer incidir dita cobrança no ano subsequente (AMS 116.582-DF — TFR — Rel. Ministro Pedro Acioli).

O cálculo dos honorários relativos à condenação por sucumbência devem tomar como referência o valor da condenação, não aquele atribuído à causa (art. 20 do CPC).

**Recurso provido.**

### ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de dezembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Recurso especial interposto por Maria Cecília de Castro Garotti, com

base na alínea c da permissão constitucional. Dirige-se contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que em ação de repetição de indébito, que objetiva a restituição de importâncias recolhidas, a título de empréstimo compulsório, instituído pelo DL 2.288/86, pela aquisição de veículo automotor, declarou devidos os recolhimentos relativos ao ano de 1987.

A recorrente alega, em síntese, divergência jurisprudencial dada à matéria.

É o relatório.

## VOTO

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. INCONSTITUCIONALIDADE DO DL 2.288/86. ANUALIDADE. PREVALÊNCIA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA RELATIVA AO ANO DE 1987. HONORÁRIOS POR SUCUMBÊNCIA — CÁLCULO PELO VALOR DA CONDENAÇÃO.**

Declarada que foi a inconstitucionalidade da norma que ensejou a prestação pecuniária, relativa a empréstimo compulsório sobre aquisição de veículo automotor, não há que falar em princípio da anualidade, para fazer incidir dita cobrança no ano subsequente (AMS 116.582-DF — TFR — Rel. Ministro Pedro Acioli).

O cálculo dos honorários relativos à condenação por sucumbência devem tomar como referência o valor da condenação, não aquele atribuído à causa (art. 20 do CPC).

Recurso provido.

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Aprecia-se, mais uma vez, hipótese relativa à restituição de empréstimo compulsório, instituído pelo DL 2.288/86, incidente sobre a aquisição de veículo automotor.

O acórdão contraditado, da Terceira Turma do TRF da 2ª Região, reformou a Sentença de 1º grau nestes termos:

**“TRIBUTÁRIO — EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS — DECRETO-LEI Nº 2.288, DE 27-07-86.**

O Tribunal Pleno (TRF — 2ª Região), em sessão de 5-4-90, por maioria absoluta, declarou a inconstitucionalidade do art. 14, primeira parte, do Decreto-lei nº 2.288/86 (Processo nº 89.02.08416-7 — Argüição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível).

Indevido o empréstimo compulsório quando recolhido no exercício de 1986, ano em que foi instituído, e devido se o depósito do mesmo ocorreu nos anos posteriores.

Honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da causa.

Apelação provida e prejudicada a remessa oficial, em decisão unânime” (fls. 56).

Invocando a decisão do Pleno, afirmaram-se devidos os recolhimentos relativos ao ano de 1987, entendendo-se “legítimas as cobranças por não ferirem o princípio da anualidade tributária”.

Pacificada está a matéria no âmbito jurisprudencial.

A decisão do extinto Tribunal Federal de Recursos, na argüição de inconstitucionalidade, AMS 116.582-SP, Rel. Min. Pedro Acioli, não deixa margem à apreciação do princípio da anterioridade, vez que o que se declarou foi a inconstitucionalidade da norma legal, que criou a prestação pecuniária relativa ao compulsório sobre aquisição de veículo automotor, art. 10 do DL 2.288/86 (decisão Plenária de 13-10-88). Nesse sentido decidiu sempre aquele Tribunal, jamais reputando inexigível a prestação pecuniária, apenas, no exercício em que instituída.

Em reforço à tese sob exame, na apreciação do RE 121.336-CE, Plenária de 11-10-90, STF, o Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, assim concluiu seu voto:

“Declaro, pois, incidentalmente a inconstitucionalidade das normas do DL 2.288, de 23-07-86, que dizem respeito exclusivamente ao empréstimo compulsório na aquisição de veículos, que está em causa (no parágrafo único do art. 10, a frase “bem como dos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários”, e o art. 11, II, III e IV, e arts. 13 e §§ 15, 16, § 2º), não obstante a sua revogação pelo DL 2.340, de 26-6-87, que fez cessar, a partir do dia seguinte ao de sua publicação, a exigência do empréstimo compulsório sobre a aquisição de automóveis de passeio e utilitários.”

No respeitante à honorária sua incidência se dá sobre o valor da condenação — § 3º do art. 20 do CPC — e não necessariamente sobre o valor da causa, como referido no acórdão, salvo quando coincidentes;

assim, a exemplo, o voto do Ministro Xavier de Albuquerque, no RE 80.173, de que foi Relator:

“O acórdão recorrido foi proferido em 6-5-74, quando já se achava em vigor o novo Código de Processo Civil. Havendo ele julgado a causa de novo e por inteiro, inclusive no tocante à fixação dos honorários, não podia deixar de atender, nesse último ponto, ao disposto no art. 20, § 3º, desse diploma, cuja inaplicação parece coincidente.”

Daí se fazendo conseqüente acórdão assim ementado:

“Honorários de advogado. A partir da vigência do novo Código de Processo Civil (art. 20, § 3º), **incidem sobre o valor da condenação, e não sobre o valor dado à causa.** Recurso extraordinário parcialmente conhecido e provido” (STF, DJ de 13-12-1974, RE referido), grifei.

Assim expondo, comungo com o entendimento já consagrado, pela inconstitucionalidade da cobrança do empréstimo compulsório a que se alude. Conheço do recurso para lhe dar provimento, restabelecendo-se a sentença.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.756-8 — RJ — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Maria Cecília de Castro Garotti. Advs.: José Antonio Grillo Ivo e outros. Recda.: Fazenda Nacional. Procs.: José Alexandre Passos Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (em 16.12.92 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Pereira, Cesar Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



RECURSO ESPECIAL Nº 29.897-4 — RJ

(Registro nº 92307752)

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

Recorrente: *Transportadora Remon Ltda.*

Recorrido: *Francisco Toledo Saladini*

Advogados: *Drs. Cláudio Lacombe e outros, e Luiz Bernardo Rocha Gomide e outros*

Sust. oral: *Dr. Cláudio Lacombe (pela recorrente)*

**EMENTA: COMERCIAL. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. AQUISIÇÃO DE QUOTAS. APURAÇÃO DE HAVERES. DIREITO DO SÓCIO.**

A ação de apuração de haveres em sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada cabe somente a quem dela seja sócio, não se equiparando a tal quem adquire quotas de outro sócio, ainda que por partilha em dissolução de casamento pelo regime da comunhão de bens.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso especial e em lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de dezembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, recorre a TRANSPORTADORA REMON LTDA., de acórdão proferido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que deu provimento à apelação interposta por FRANCISCO TOLEDO SALADINI, ora recorrido, e julgando prejudicado o apelo da recorrente, em ação para apuração de haveres de sócio cotista de sociedade familiar.

Sustenta o recorrente ter o acórdão contrariado os arts. 334 e 301 do Código Comercial e art. 6º do Código de Processo Civil.

Recebido e processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal. É como relato.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Afasto, de logo, a alegação de contrariedade ao art. 6º do Código de Processo Civil, porquanto o autor não litiga por direito alheio, mas, ao contrário, por direito próprio, decorrente da aquisição, por partilha, das quotas na sociedade limitada, de que é sócia sua ex-cônjuge.

O fato da partilha, contudo, não faz sócio o ex-marido da sócia, dado que não é apenas a aquisição de quotas que impõe a admissão societária, pois que necessário se apresenta o consentimento dos demais sócios e, em complementação, o arquivamento na Junta Comercial da alteração do contrato.

O negócio resultante da aquisição, por qualquer modo, teria de ser considerado entre o sócio de quem foram adquiridas as quotas e o adquirente, sendo, assim, *inter allios*.

No caso, antes da dissolução do casamento, não obstante a comunhão do regime de bens, o marido não era sócio da empresa, mas sua mulher, com maior razão, após a partilha das quotas, sócio não é o seu adquirente.

E a ação de apuração de haveres é próprio do sócio, como está no art. 15 do Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada: "Assiste aos sócios", diz essa regra.

Assim, ao ter por legitimado para o exercício dessa ação o detentor de quotas, que não é sócio da empresa-recorrente, contrariou o acórdão esse dispositivo legal, como o que se contém no art. 334 bem assim o art. 301, ambos do Código Comercial, pois que considerou como sócio quem não foi admitido como tal pelos demais sócios e não tem título de sócio, mediante arquivamento de alteração do contrato social na Junta Comercial.

O dissídio se acha comprovado, posto que, em situação semelhante, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão publicado na Revista dos Tribunais, decidiu pela carência de ação da ex-esposa para integrar-se em sociedade de que participava o seu ex-cônjuge, exatamente em função da partilha de quotas, decorrentes da dissolução do casamento.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para modificar o acórdão recorrido e negar provimento à apela-

ção do autor, determinando que o órgão julgador de segundo grau decida a apelação da ré, que foi tida por prejudicada.

### VOTO — VOGAL

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, também comungo com a posição do nobre Relator.

Recebi o memorial do eminente Advogado, Dr. Cláudio Lacombe, e destaquei nas minhas anotações estes pontos: a sociedade, que embora possa ser tida, dependendo das suas características, como sociedade de capital, é nitidamente considerada no Direito Brasileiro como sociedade de pessoas, daí a exigência da *affectio societatis*, pelo menos na sua formação. Seria absolutamente estranhável que se impingisse, por sucessão, ao quadro social aquele que, não tendo participado da sua formação, viesse a receber parte dessas cotas. Notadamente, como no caso ocorrente, quando se trata de uma sociedade familiar, como ficou demonstrado no memorial.

Acompanho o nobre Relator.

### VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, na verdade todos os critérios para a classificação das sociedades comerciais são falhos. O melhor deles, talvez, seja aquele que divide as sociedades comerciais segundo a responsabilidade dos interessados, sejam eles chamados sócios ou acionistas. O fato é que esta classificação de sociedades em sociedade de pessoas e de capitais, é o critério menos jurídico de todos, porque, na verdade, a constituição de uma sociedade depende sempre de pessoas naturais e para elas devem fluir capitais. Por outro lado, a sociedade por cota de responsabilidade limitada jamais poderia ser considerada uma sociedade exclusivamente de capitais, sobretudo porque é constituída através de contratos e para a prática desses atos, logicamente, há de haver a convergência de vontade das pessoas que participaram do ato.

Portanto, estou de pleno acordo com o pensamento do Sr. Ministro-Relator, entendendo que, quando muito, se poderia admitir a existência de uma sociedade à margem entre aqueles que se tornaram detentores daquela cota ou daquelas cotas de capital, por força da partilha. O ingresso de um estranho na sociedade, entretanto, no caso concreto, dependeria do consentimento dos demais.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A questão é bastante controvertida, como o Ministro Cláudio Santos salientou. Não empresto adesão ao entendimento de que a cessão das cotas depende sempre do consentimento dos demais sócios. Parece-me que depende do exame do ato constitutivo da sociedade saber se se deu preponderância ao caráter da participação das pessoas ou simplesmente do aporte de capitais. Entendo até que as cotas, em princípio, podem ser cedidas. O contrário, entretanto, poderá resultar do contrato. É o que sucede no caso, como se salientou.

Nas circunstâncias, pois, tenho como adequada a solução dada, com a invocação do disposto no art. 334 do Código Comercial.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.897-4 — RJ — (92307752) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Transportadora Remon Ltda. Advogados: Cláudio Lacombe e outros. Recdo.: Francisco Toledo Saladini. Advs.: Luiz Bernardo Rocha Gomide e outros. Sustentou oralmente o Dr. Cláudio Lacombe, pela Recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 14.12.92 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.



## RECURSO ESPECIAL Nº 30.232-1 — CE

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Advogados: *Virgínia Barbosa Leal e outros*

Recorridos: *Francisco Édson de Oliveira e outros*

Advogado: *Ivancy L. M. de Alencastro*

**EMENTA: RECURSO ESPECIAL. FGTS. OPÇÃO RETROATIVA. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. LEGISLAÇÃO PERTINENTE. REPRISTINAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES.**

**1. Os optantes pelo FGTS, nos termos da Lei nº 5.958/73, têm direito à progressividade dos juros estabelecida no art. 4º da Lei 5.107/66.**

**2. Caso contrário, seria inócuo o incentivo à opção retroativa pelo regime do Fundo de Garantia.**

**3. Não há que se falar em repristinação com referência às Leis 5.107/66, 5.705/71 e 5.958/73.**

**4. Recurso improvido.**

**ACÓRDÃO**

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

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de dezembro de 1992 (data do julgamento).

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

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de agravo de instrumento da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL contra despacho denegatório de recurso especial que determinei fosse autuado como tal por conter os elementos necessários ao julgamento do apelo retido no *a quo*.

O acórdão do TRF da 5ª Região, contra o qual foi manifestado o recurso especial, está assim ementado:

“FGTS. Juros. Capitalização. Lei nº 5.958/73. Opção retroativa.

1. Não tem sentido negar a aplicação da capitalização dos juros nas contas de FGTS, de acordo com o sistema

introduzido pela Lei 5.107/66, aos empregados optantes com efeito retroativo nos termos da permissibilidade contida pela Lei 5.958/73.

2. A inexistência de qualquer ressalva na Lei 5.958/73 deve conduzir o intérprete a não entendê-la de modo restritivo aos empregados que optaram retroativamente pelo FGTS, desde que se encontrassem em seus empregos antes da vigência da Lei 5.107/66.

3. No caso, os juros de mora devem ser calculados de forma progressiva, aumentando-se o percentual de acordo com o tempo de serviço, conforme a Lei 5.107/66.

4. Apelação provida” (fl. 34).

Fundamentando-se na alínea *a* do inciso III ao art. 105 da Constituição Federal, a recorrente alega negativa de vigência à Lei 5.705/71 que alterou o art. 4º da Lei 5.107/66, estabelecendo a taxa única de 3% a.a. para a capitalização dos juros nas contas vinculadas do FGTS. Sustenta ainda que a Lei 5.958/73 não reprimiu o referido art. 4º da Lei 5.107/66, por isso que o acórdão negou também vigência ao art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Cód. Civil.

Contra-razões dos opositores às fls. 11/24.

Procedida a reautuação do recurso, dispensei o pronunciamento da Subprocuradoria-Geral da República, na forma do art. 256/RISTJ.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Tenho ponto de vista firmado sobre a matéria, manifestado no voto que proferi no REsp 16.064-DF, acolhido unanimemente por esta Egrégia Turma, que faço juntar e adoto como razão de decidir, para conhecer do recurso e lhe negar provimento.

## ANEXO

“RECURSO ESPECIAL Nº 16.084 — DF

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Discute-se, nestes autos, se os optantes pelo FGTS com efeito retroativo, na

forma da Lei 5.958/73, têm direito à capitalização progressiva dos juros, como estabelecido na Lei 5.107/66, ou à taxa única (3% a.a.), prevista na Lei 5.705/71.

A matéria já se cristalizara em vários julgados do extinto TFR em prol da primeira hipótese, pelo simples fato de que a Lei 5.958/73, ao possibilitar a retroatividade da opção, o fez sem qualquer restrição à progressividade contida no diploma criador do Fundo de Garantia (5.107/66). Esta orientação seguida pelo acórdão recorrido foi também adotada em alguns julgamentos deste STJ, haja vista o REsp 19.910-0-PE. A recorrente, entretanto, insiste na tese de que a Lei 5.958/73 não repristinou o art. 4º da Lei 5.107/66, alterado pela Lei 5.705/71, cabendo, por isso, ligeira digressão em torno do assunto.

Como sabido, dá-se a repristinação quando uma lei é revogada total (**ab-rogação**) ou parcialmente (**derrogação**) por outra e esta é revogada por uma terceira. Indispensável ao ressurgimento dos preceitos primeiramente abolidos, segundo a doutrina, é que a última lei o faça de modo expresso; do contrário, permanecerão sem efeito.

A propósito, leciona o nunca esquecido CARLOS MAXIMILIANO:

“Na dúvida, não se admite a ressurreição da lei abolida pela ultimamente revogada. Exige-se o propósito restaurador, a declaração expressa, a *legge repristinatoria*, dos italianos.

“Parece que esta é a melhor doutrina, aplicável, todavia, com uma ressalva: se a lei eliminada de modo expresso, ou tácito, não **ab-rogava**, apenas **derrogava**, outra, com introduzir uma exceção ao seu preceito amplo; há de ser consequência da última norma revocatória fazer prevalecer, na íntegra, a primitividade abolida em parte. Assim acontece, por se dever sempre, na dúvida, optar pela regra geral. Ressurge esta logo que se extingue a exceção.” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 8ª ed., Freitas Bastos, pág. 378).

É essencial à ocorrência da repristinação que as leis em exame apresentem a característica de serem **revocatórias**, sucessivamente, uma da outra. No caso em espécie, a Lei 5.958/73 não revogou a anterior, de nº 5.705/71, porque com esta não se antagoniza. Apenas incentivou a opção retroativa aos refratários ao regime do FGTS, acenando com vantagens da Lei 5.107/66, dentre as quais, obviamente, a progressividade dos juros. Veja-se que a opção além do prazo estabelecido no § 1º deste diploma já fora prevista no § 3º do mesmo artigo. Aqueles que elegeram o sistema do Fundo de Garantia em data posterior à da publicação da Lei 5.705/71, 22 de setembro de 1971, e foram atingidos pela unicidade da taxa de juros (3%), permaneceram nesta situação a despeito da Lei 5.958/73 que apenas restabeleceu o critério da progressividade para quem o

fizesse em caráter retroativo. E tanto era vontade do legislador estender a vantagem do diploma primitivo, sem restrições, aos que optassem retroativamente que permitiu aos já optantes retroagirem, também, sua escolha pelo regime do FGTS, estabelecendo, no § 1º ao art. 1º da Lei 5.958/73,

“O disposto neste artigo se aplica também aos empregados que tenham optado em data posterior à do início da vigência da Lei 5.107, retroagindo os efeitos da nova opção a essa data ou à da admissão”.

Sendo assim, mesmo os que tivessem optado depois de 22.09.71 (data da vigência da Lei 5.705) poderiam obter o favor da progressividade por força da retroatividade da escolha. Veja-se, ainda, que esta própria lei (5.705/71) resguardou expressamente o direito à taxa progressiva aos que haviam optado antes da sua publicação.

Por tudo isso, na esteira do raciocínio desenvolvido pelos e. Ministros William Patterson — AC 97.970; Elmar Campos — RO 3.807 e Garcia Vieira — REsp 19.910, para citar apenas alguns, inclino-me por admitir não ser o caso propriamente de repristinação do art. 4º da Lei 5.107/66, mas sim de retroação dos efeitos da opção exercida em data posterior, facultada por lei especial, assecuratória dos mesmos direitos conferidos àqueles que elegeram o regime do FGTS dentro no prazo original. Se assim não fosse, a retroatividade da opção seria inócua porque seus efeitos se produziriam na mesma data em que manifestada, o que não é verdade.

Por esses motivos, conheço do recurso pela letra c mas lhe nego provimento.”

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.232-1 — CE — Relator: Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Adv.: Virgínia Barbosa Leal e outros. Recdos.: Francisco Édson de Oliveira e outros. Adv.: Ivancy L. M. de Alencastro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 09.12.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Ministros Américo Luz, Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 31.710-5 — SP

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Antonio Minatel*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *José Luiz Matthes e outro, e Elizabeth Jane Alves de Lima e outros*

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS. RECURSO ESPECIAL.**

**COISA JULGADA. DECISÃO ADMINISTRATIVA. ARTIGO 100, INCISO II, COMBINADO COM O PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.**

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO CONFIGURADO. FALTA DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.**

Cuidando-se de decisão administrativa, cujos efeitos não se estendem ao processo judicial, não procede a alegação de coisa julgada.

Amparando-se o recurso em dispositivo constitucional específico (letra *a*, III, artigo 105, CF), não merece apreciação o dissídio jurisprudencial invocado, ainda mais que não está analiticamente demonstrada a divergência.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Custas, como de lei.

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

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto por Antônio Minatel, tirado nos autos de embargos à execução fiscal julgados improcedentes, com a condenação do embargante-vencido nas custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor do débito.

Fundamenta o apelo na argüição de vulneração ao artigo 100, inciso II, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, para que sejam cancelados os juros, multa e correção, e dissídio pretoriano no que concerne à imposição de correção monetária da verba honorária, sustentando que o termo inicial deveria ser a data da prolação da sentença.

O recurso especial, entretanto, mesmo alegando divergência jurisprudencial, apóia-se tão-somente na letra *a* do permissivo constitucional.

Contra-razões às fls. 215-v./216.

Indeferido o processamento do recurso (fls. 218/220), subiram os autos a esta Colenda Corte em razão do provimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se, segundo atesta o relatório, de improcedência de embargos opostos à execução fiscal, em que não se reconheceu direito de ICM, em hipótese de diferimento do tributo e fixou-se a verba honorária em percentual sobre o valor da execução.

O recorrente, ao alegar coisa julgada, com base no art. 100, II, combinado com o parágrafo único do Código Tributário Nacional, sustenta que, através de decisão proferida por órgão julgador administrativo (5ª Câmara do Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo), foi reconhecida a legitimidade à pretensão de sua empresa.

Não procedem os argumentos apresentados, como bem assinalou o acórdão recorrido, ao afirmar que “a alegação da coisa julgada não tem

fundamento legal. Cuida-se de uma decisão administrativa, cujos efeitos não se estendem ao processo judicial. Acrescente-se que no processo administrativo que deu origem ao crédito objeto da execução ora embargada, a decisão administrativa foi desfavorável à apelante, eis que mantida a decisão que manteve a ação fiscal” (fls. 191).

Além disso, verifica-se que a recorrente, no recurso especial, já não se insurge quanto ao não reconhecimento, de seu alegado crédito. Volta-se contra os acréscimos impostos pela decisão (juros, multa e correção). Ora, se não dispunha de crédito, o creditamento era indevido, não se aplicando a norma do art. 100 do Código Tributário.

Por outro lado, no que se refere ao alegado dissídio jurisprudencial, o recorrente, em suas razões, escorou-se, apenas na letra *a* do art. 105, inciso III, da Constituição Federal — contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência — vem podendo, a rigor, ser apreciado o aspecto da divergência. Contudo, como ficou assinalado em caso semelhante, recentemente julgado nesta Turma (REsp nº 29.145-SP, em 10.02.92), alegando divergência com manifestações do Supremo Tribunal, mencionou o recorrente duas decisões, transcrevendo pequeno tópico dos votos dos respectivos relatores. Pelo que se pode concluir desses poucos elementos, a matéria ali tratada é inteiramente diferente da versada nestes autos. Enquanto lá se cuidou da fixação de honorários em decisão condenatória, a questão aqui cuida de incidência dos honorários nos embargos à execução fiscal julgados improcedentes; não houve condenação, mas fixação sobre o valor do débito, o que tem sido, aliás, admitido (REsp nº 2.870-MS — Min. Athos Carneiro).

Diante de todo o exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.710-5 — SP — Relator: Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Antonio Minatel. Advs.: José Luiz Matthes e outro. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Elizabeth Jane Alves de Lima e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 1º.03.93 — 2ª Turma).

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

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