

RECURSO ESPECIAL E EMBARGOS

RECURSO ESPECIAL Nº 269 — RS
(Registro nº 890008570-0)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*
Recorrentes: *Alfredo Maurício Barbosa Borges e outros*
Recorridos: *Rui Afonso Teixeira e outros e Ruth Teresa Bier Teixeira*
Advogados: *Mathias Nagelstein, Aristides Dutra Boeira e outros e Ilsa Brans*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL — INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE — AÇÃO DECLARATÓRIA — RELAÇÃO AVOENGA.

I — Conquanto sabido ser a investigação de paternidade do art. 363, do Código Civil, ação personalíssima, admissível a ação declaratória para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô que, como testemunha, firmou na certidão de nascimento dos autores a declaração que fizera seu pai ser este, em verdade seu avô, caminho que lhes apontara o Supremo Tribunal Federal quando, excluídos do inventário, julgou o recurso que interpuseram.

II — Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de abril de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Propuseram Alfredo Maurício Barbosa Borges e outros, filhos de Aldrovando Leão Borges, pré-morto e suposto filho natural de Flaubiano Machado Teixeira, AÇÃO DECLARATÓRIA EM RELAÇÃO AVOENGA, cumulada com PETIÇÃO DE HERANÇA contra os legítimos herdeiros — netos do Sr. Flaubiano.

A sentença de 1º grau extinguiu o processo sem julgamento do mérito (art. 267, inciso VI, do CPC), decretando carência de ação para os autores, ao fundamento, em abreviado, de que a investigação de paternidade é ação personalíssima, cabente, portanto, aos filhos do suposto pai e não aos netos (fls. 173/180).

Inconformados, recorreram os autores, sustentando ser possível sua pretensão eis que a declaratória proposta tem por finalidade dirimir dúvidas nascidas de um acórdão do STF quando apreciou, em Recursos Extraordinários, a habilitação intentada pelos autores, no processo de inventário de Flaubiano Machado Teixeira.

O acórdão da 4ª Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça-RS, por maioria de votos, proveu o recurso para que a ação prosseguisse (fls. 264 a 279).

Em embargos infringentes a Colenda 2ª Câmara Civil daquele Tribunal, ainda por maioria de votos, cassou o acórdão restabelecendo a sentença.

Recorreram, então, extraordinariamente, os autores, com fundamento nas alíneas *a* e *d*, inciso II, art. 119, da CF anterior, e art. 105, *a* e *c*, inciso III, da Carta em vigor.

Entendendo configurada a divergência do aresto com o acórdão padrão oferecido pelos recorrentes do Egrégio Tribunal de Justiça do Ceará, cujo trecho transcrevem às fls. 397, admitindo-o o ilustre Presidente do Tribunal, com fundamento na letra *d* da Constituição de 1969.

Nas razões do recurso reiteram os argumentos expendidos, acentuando que o texto do art. 363, do Código Civil, não contém expressão adverbial limitativa (“só, somente, apenas, tão-só... vedado, proibido a outrem...”), usada em outros dispositivos como nos artigos: 315, parágrafo único; 316; 317; 340; 342; 344; 356; 364... e outros que enumeram.

A douta Subprocuradoria da República em parecer do Dr. José Ribamar de Castro Viana oficia, em preliminar, pelo não conhecimento do recurso. Vencida, por seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Aliharam os recorrentes, em suas razões de recurso:

a) contrariedade ao art. 153, § 4º, da CF/69, que vedava a Lei excluísse da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual;

b) contrariedade ao item 30 do art. 5º da CF/88, que garante o direito de herança, e § 6º do art. 227 da mesma Constituição, que atribuiu a todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, os mesmos direitos e qualificações, vedando quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação;

c) negativa de vigência ao art. 4º, do CPC, que diz poder o interesse do autor limitar-se à declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica;

d) negativa de vigência ao art. 175, do Código Civil, que diz a todo direito corresponder uma ação que o assegura;

e) negativa de vigência aos artigos 4º e 5º, LICC, em combinação com o art. 126, do CPC, que prescreve o dever de sentença e o de aplicar a Lei segundo seus fins sociais e, finalmente;

f) discrepância com o referido acórdão do Tribunal de Justiça do Ceará, publicado na Revista de Doutrina e Jurisprudência nº 80, pág. 371, que julgando hipótese semelhante, entendera que a neta natural tinha direito aos bens do avô falecido.

Examino, assim, a pretensão.

É sabido que a admissão do extraordinário, hoje especial, que também o é, no que pertine à matéria infraconstitucional, por um só fundamento, não prejudica seu conhecimento por qualquer dos outros, desinfluyente, tenha ou não, interposto o recorrente agravo do despacho denegatório na parte em que não o admitiu.

Embora o acórdão paradigma, cujo trecho transcreveram os recorrentes às fls. 397, não se possa ter como de absoluta identidade com o da hipótese versada nestes autos, o *thema decidendum*, entretanto, afina-se com a pretensão do direito de ação deduzida pelos recorrentes a verem declarada a relação de parentesco com o suposto avô.

Colhe-se do trecho referido: “Outro tanto, por abrandamento e, confesse-se, melhor interpretação do artigo em causa, sucede com relação ao apregoado personalismo do direito do filho à investigação. Embora se diga personalíssimo o direito do filho de investigar a paternidade, sofre a princípio exceções, já quando se permite a continuação da ação por seus herdeiros, já quando se agasalha petição de herança, praticada por dependentes, mormente se não houver violência à real intenção da lei. Esta, como sabido, tem em vista evitar a quebra de sigilo, nos casos de estado, protegendo a modéstia, o pudor e a vergonha. Mas, se o fato é conhecido e publicado, se o próprio filho é quem proclama o seu estado — não tendo, como no caso presente, demandado seu reconhecimento, por vê-lo considerado por seu genitor, tanto que o acolheu sob o seu próprio teto e lhe deu a posse de estado — claro poder a autora, sem ofensa à lei, investigar a paternidade de sua mãe, mormente quando o faz para o só efeito de, mediante representação, receber a herança devida.”

Ora, os autores ajuizaram esta ação que dominaram “Declaratória em Relação Avoenga, cumulada com petição de herança”, objetivando obter, judicialmente, declarada a condição de herdeiros netos de Flaubiano Machado Teixeira, concorrendo, assim, à herança de seu digno avô paterno.

Isso porque, ainda é dos autos, em suas certidões de nascimento Flaubiano Machado Teixeira figurava como avô paterno declarado por Aldrovando Leão Borges, pai dos recorrentes, servindo de testemunha o próprio suposto avô Flaubiano (certidões fls. 4 a 6).

De notar que tais fatos, ocorridos na Comarca de Lavras do Sul, ganharam, por óbvio, a notoriedade dos cidadãos daquela Comarca. Falecido Flaubiano Machado Teixeira, os autores, então, ingressaram nos autos de seu inventário e, impugnada sua habilitação, a matéria foi ao exame do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Aquele Egrégio sodalício assim se manifestou, sobre a matéria, no voto do eminente Ministro Moreira Alves, Relator:

“No caso, não se trata de reconhecimento voluntário feito no próprio termo de nascimento do filho ilegítimo, mas, sim, de reconhecimento que decorreria da participação, como testemunha instrumentária, do registro de nascimento de criança cujo pai legítimo declara a testemunha como avô paterno das registradas.” (fls. 35).

E mais adiante:

“De ilações, deduções e inferências não se pode concluir a existência da manifestação de reconhecimento voluntário mediante escritura pública, mas servem elas, apenas, de elementos probatórios para o reconhecimento judicial de filiação, em ação de investigação de paternidade.” (fls. 36).

É do mesmo acórdão o voto do Ministro Cordeiro Guerra:

“Eu admito a extensão implícita do reconhecimento, por outro instrumento que a escritura pública ou o testamento, mas é preciso que seja inequívoco: por exemplo, a doação de um imóvel, mediante escritura pública, ao filho que implicitamente se reconhece, mas é o próprio pai quem faz.

De modo que, pelas considerações expendidas pelo eminente Relator, parece-me simples deduzir que, pelo fato de ele haver testemunhado de uma pessoa amiga uma declaração, verdadeira ou não, não intui o dever legal de contestar o fato. Não se pode ter certeza de que ele se tenha apercebido da caracterização desse fato. No testamento, meio próprio para o reconhecimento de paternidade, mas a condição de filho de criação. Por esse motivo cumpre às vias ordinárias o deslinde da controvérsia.” (fls. 44).

Assim, incontroverso que na matéria de fundo há dissenso entre o acórdão paradigma e o recorrido, face à afirmação contida neste último, já que o voto vencedor do Desembargador João Aymoré está assim consignado:

“Aldrovando Leão Borges teve enquanto vivo o poder de querer se produzisse o efeito jurídico sucessório pela investigação de sua paternidade. Ele desprezou a circunstância de provar ser filho ilegítimo de Flaubiano Machado Teixeira que o tinha como filho de criação. Só a reunião de outras circunstâncias como a certidão de inteiro teor do assento de nascimento, possibilitaria a declaração de vontade de Flaubiano de reconhecer o filho de Aldrovando como seu neto. Se assim fosse necessário se faria obedecer, da LR, os artigos 52 e 54, e ao CPC, art. 364, com a declaração do Oficial de Registro de que o fato ocorreu “em sua presença” e presente se achava a testemunha instrumental tinha como avô paterno, o falecido Flaubiano”.

E tal dissenso se dá porque, enquanto no paradigma se afirma que, sendo público o fato, é possível demandarem os netos o grau de parentesco com o suposto avô, o acórdão recorrido, no voto de seu nobre Rela-

tor, embora admitindo tal publicidade, até por força da que já a dera o acórdão referido do Egrégio Supremo Tribunal Federal, entendeu só cabível a ação se a ele, fato, se seguissem outros para coonestar a declarada situação de netos, constante no registro de nascimento dos autores.

Ora, se assim o é, outra também não é a pretensão dos autores que buscam, nesta via declaratória, estabelecer, com provas hábeis, a legitimidade e certeza de relação de parentesco que lhes afirmou existir Aldrovando, seu pai, tendo como testemunha o próprio avô que considerava a este, Aldrovando, como seu filho, embora dito de criação.

Vedar aos recorrentes o exercício do direito à ação seria negar-lhes a prestação jurisdicional, o que se não afigura nem jurídico nem justo.

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

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

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

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

Por isso penso com razão o eminente Desembargador Flávio Pâncaro da Silva quando, na sustentação de seu voto, afirma não conter o texto do referido artigo 363, do Código Civil, expressão adverbial limitativa (“só, somente, apenas, tão-só, ... vedado, proibido a outrem...”), usada em outros dispositivos, como nos artigos 315, parágrafo único (“o casamento válido só se dissolve...”), art. 316 (“a ação de desquite será ordinária e somente competirá...”) art. 317 (“ação desquite só se pode fundar...”), art. 340 (“a legitimidade do filho só se pode contestar...”), art. 342 (“só em sendo absoluta...”), art. 344 (“cabe privativamente ao marido...”), art. 356 (“a investigação de maternidade só se não permi-

te...”), art. 388 (“só tem direito...”), art. 405 (“o casamento faz certa a paternidade, somente...”), art. 428 (“ainda com autorização judicial não pode o tutor...”), art. 420 (“os imóveis pertinentes aos menores só podem...”) e tantos outros dispositivos cuja enumeração seria fastidiosa. Os que foram referidos dizem sobre o direito de família, segundo enunciado por aquele magistrado, porque neles se revelam, particularmente, os aspectos que o legislador considerou de suma proteção no momento histórico-social da edição do Código Civil, por representarem, na consciência do povo e da nação, princípios basilares da sociedade brasileira da época e, como tais, limitativos do próprio Estado em sua função jurisdicional.

Observe-se que o texto do artigo 363 delimitou as hipóteses em que seria possível demandar o reconhecimento forçado da paternidade: “Se ao tempo da concepção...”; se existir...”; não dizendo, entretanto, somente, ou, só, aos filhos ilegítimos... é possível demandar...”, nem, “somente os filhos ilegítimos têm ação...”.

Penso que hoje quando consigna a Constituição Federal (art. 266, § 3º) que para o efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, além daquela definição sobre os filhos já referidos, impedir-se como se faz no caso presente por escassa maioria que busquem os autores na prestação jurisdicional que invocaram, a tutela do Estado-juiz, para dizer sobre a existência ou inexistência de relação de parentesco cujos indícios ferem em prova documental, quando o próprio Supremo Tribunal Federal apontou-lhes o caminho das vias ordinárias, excluídos que foram da habilitação, como herdeiros, se constituiria demasia incompatível com a necessidade da preservação e manutenção da harmonia e equilíbrio das relações sociais que incumbe ao judiciário resguardar.

Reitere-se que, embora, na matéria de fundo envolva a discussão o grau de parentesco do pai dos recorrentes com o seu alegado avô, em verdade trata-se de ação declaratória, meio adotado pelos autores para que diga o judiciário existir ou não a relação material de parentesco com seu suposto avô, que, como testemunha, firmou na certidão de nascimento dos autores, a declaração que fizera seu pai ser este, em verdade seu avô, caminho que lhes apontara o Supremo Tribunal Federal quando, excluídos do inventário, julgou o recurso que interpuseram.

Tais os fundamentos pelos quais conheço do recurso pela letra c e dou-lhe provimento para restabelecer o acórdão da Egrégia 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconheceu legitimidade aos ora recorrentes para propositura desta ação declaratória,

prossequindo o Dr. Juiz em seus demais termos decidindo-a como de direito, invertidos os ônus da sucumbência.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: O recurso foi conhecido pelo dissídio, letra *c*, do permissivo constitucional vigente. E foi apresentado como julgado dissidente uma decisão do Tribunal de Justiça do Ceará, publicado na Revista de Jurisprudência e Doutrina (volume 80).

Em face da ausência de melhores elementos no recurso, tocante ao número da apelação, e o nome do Relator, pedi vista e procurei a origem dessa decisão divergente, sendo informado, por Colegas Desembargadores, de que o volume citado tratava-se de um índice. Finalmente, encontrei-o na nossa Biblioteca.

Os recorrentes postulam o conhecimento pelo dissídio e fazem referência expressa ao julgado divergente do Tribunal de Justiça do Ceará, publicado no citado repertório, página 371. E aí já começa a dificuldade, pois como disse, este volume 80 traz um índice alfabético remissivo, que começa na página 477, relativo às letras *e* e *j* do alfabeto. Procurei no dito volume, exatamente, no verbete sobre investigações de paternidade — assunto do qual se trata — e não encontrei, na verdade, nada que se referisse a esse julgado.

Existem referências a alguns acórdãos nesse verbete: acórdão do Supremo Tribunal Federal, de outros Tribunais Estaduais e do Ceará, obviamente. Mas não consta nenhum relativo ao tema aqui discutido, ou seja, da carência de ação para a promoção de ação de investigação de paternidade por parte do neto. Examinando os autos, verifiquei que, certamente os recorrentes valeram-se de uma referência que está nos próprios autos.

No julgamento dos embargos infringentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Desembargador Flávio Pâncaro da Silva, ao proferir seu voto, falou naquela decisão. Diz ele: “O Tribunal de Justiça do Ceará, julgando hipótese semelhante, entendeu que a neta teria direito aos bens do avô já falecido, assim pronunciou-se aquele Colegiado.” Então transcreve um trecho quer seria da mesma decisão, terminando por, entre parênteses, fazer menção ao nome da Revista, como disse, Jurisprudência e Doutrina 80/371. Esta era também a posição do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Minas Gerais — Forense 31/169), diz o mencionado julgador.

O recurso extraordinário, entretanto, invoca o dissídio que existiria entre a decisão recorrida e aquele acórdão do Tribunal de Justiça do

Ceará. Entretanto, não tenho como comprovada a divergência, tanto mais que o repertório jamais foi tido como oficial.

Por isso, não vejo como se possa conhecer do recurso, e lamento, inclusive, não conhecê-lo, porque não conhecendo não estaremos enfrentando a belíssima tese que o douto e eminente Relator, no seu erudito voto, trouxe à nossa consideração.

De modo que, peço vênia, para discordar de S. Exa. e não conhecer do recurso.

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: O presente recurso foi interposto pelos dois fundamentos constitucionais (art. 105, III, letras *a* e *c*, CR), mas com o mesmo objeto, isto é, o julgamento da ação no mérito, vencida a carência.

A digna presidência do egrégio Tribunal de origem admitiu o recurso apenas pela letra *c*.

Acho que esta Corte pode reexaminar os fundamentos da admissibilidade na amplitude de sua jurisdição, que a presidência do Tribunal *a quo* não pode limitar.

As Súmulas 292 e 528, do STF, são nesse sentido, pela dispensa do agravo de instrumento sem que ocorra preclusão. No caso, aliás, os recorrentes reiteraram todas as questões jurídicas envolvidas, “em face da devolução do exame integral do apelo extremo a essa Corte de Justiça” (fls. 460).

Como estamos implantando as trilhas de atuação do REsp, devemos aproveitar o que já está feito, como é o caso dessas súmulas, mas apenas quanto aos pressupostos de admissibilidade do REsp, de acordo com alguns precedentes do próprio STF e sob a orientação do saudoso Ministro VITOR NUNES LEAL (ERE nº 31.489/SP, RTJ 46/700).

Verifico que a decisão recorrida desprezou a fundamentação pela letra *a*, no tocante aos arts. 75, CC; 4º e 5º, Lei de Introdução ao CC; 4º e 126, do CPC — porque o venerando acórdão recorrido lhes teria dado interpretação razoável (fls. 426).

Como não adoto esse critério, que promana da Súmula nº 400, reexaminado a decisão recorrida nessa parte, fixando-me, tão-só, no art. 4º, do CPC, que acho ter sido violado pelo acórdão nos embargos infringentes.

Decidiu-se ali que os netos não teriam ação para declarar a relação avoenga no inventário dos bens deixados pelo avô. Apenas o filho pode investigar a paternidade, como um direito de natureza personalíssima (CPC, art. 4º; CC, art. 363).

Esse art. 4º, do CPC, cogita do interesse do autor à declaração sobre a existência ou inexistência de u'a relação jurídica. Para propô-la basta esse interesse, razão pela qual se tem resistido ao trancamento da ação declaratória com base nos arts. 267 e 295, do mesmo Código. É de tal sorte essa resistência, que até mesmo em relação aos direitos prescritos a declaratória pode prosperar. Vê-se, pois, que é bem amplo o campo de atuação da declaratória, de modo a evitar-se o seu trancamento apresado ou prematuro.

É lógico e jurídico, porém, que estejam presentes as condições capazes de permitir ao juiz apreciar o mérito, ainda que venha a decidir contra a pretensão do autor. A legitimidade para a causa é uma delas e exatamente a que o venerando acórdão sustenta inexistir.

Fê-lo, porém, por maioria exígua e em grau de embargos infringentes, deixando entrever a renhida disputa dos votantes. Assim é que o voto vencedor na apelação sustentou que a prova documental autorizaria que se tivessem os autores por legitimados a buscar uma declaração. Sobre a pretensão deles, de terem uma declaração da Justiça sobre quem teria sido o seu avô paterno. Ao julgador pareceu que possuíam eles plena legitimidade e que a prova examinada os autorizaria a postular declaração formal a respeito do que passaria a ser estudado e decidido, não lhes devendo ser negada, de plano, tal pretensão.

Bem salientou, igualmente, o Ministro WALDEMAR ZVEITER, do que colheu nos autos, que nas certidões de nascimento dos autores figurava FLAUBIANO MACHADO TEIXEIRA como avô paterno, declarado por ALDROVANDO LEÃO BORGES, pai deles, e servindo de testemunha o próprio FLAUBIANO. O ingresso dos autores no inventário do pretendido avô foi impugnado. E, indo os autos ao STF, ressalvaram os Ministros MOREIRA ALVES (relator) e CORDEIRO GUERRA, a via ordinária em ação de investigação de paternidade.

Sendo escassa nos pretórios a declaração de relação avoenga em face do art. 363, do CC, não foi possível trazer aos autos divergência a ensejar o recurso pela letra c. Para tanto não serviria o acórdão indicado, do Tribunal de Justiça do Ceará, e que o não menos ilustre Ministro CLÁUDIO SANTOS glosou no seu voto vista, por não ter como comprovada a fonte.

Deste modo, divido-me no voto para, com o Sr. Ministro Relator, conhecer do recurso, embora pela letra a; e com o Sr. Ministro CLÁUDIO SANTOS, para rejeitar o dissídio.

Enfim, no PROVIMENTO acompanho o relator.

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Sr. Presidente, V. Exa. abordou, no seu voto, um aspecto que, confesso, passou-me despercebido, não por desatenção, mas por entender que, pelo menos dentro do meu íntimo, não me caberia pôr em dúvida a citação feita pelo acórdão no que pertine ao dissenso.

Em princípio, não tendo sido o dissenso alegado pela parte — e quando é pela parte, a meu ver, cumpre uma averiguação mais profunda — mas sim pelo próprio julgado, tomei-o como veraz. É verdade que o Ministro Cláudio Santos, no seu pedido de vista, fez ver à Corte que, ao perquirir sobre a existência ou não do acórdão citado, não encontrou elementos suficientes no repertório referido, encontrando o volume na nossa biblioteca. Pode ser que tenha ocorrido um equívoco na citação feita pelo Eminentíssimo Desembargador-Relator. Mas, com este fundamento, e da forma com que V. Exa. o abordou, não tenho nenhum constrangimento, ao contrário, até com grande prazer, adiro, nesta parte, ao voto de V. Exa. para conhecer, por ambos os fundamentos; conheço também pela letra *a* e mantenho o meu voto quanto ao mais.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trago a espécie à memória da Turma lendo o relatório do Sr. Ministro Waldemar Zveiter (lê). Pelo voto que tenho em mãos, S. Exa., na sessão de 31.10, conheceu do recurso pela alínea *d*, hoje alínea *c*, e deu-lhe provimento. Acaso fosse este o único fundamento do recurso, ousaria divergir de S. Exa., para não conhecer do recurso, a exemplo do Sr. Ministro Cláudio Santos. Sucede, no entanto, que o recurso foi também interposto pelo permissivo da alínea *a*, embora só tenha obtido seqüência, na Origem, pelo permissivo da alínea *c*. Neste ponto, recordando as Súmulas 292/STF e 528/STF, anotou o Sr. Ministro Gueiros Leite, em atenção ao art. 4º, do Cód. de Pr. Civil:

“Verifico que a decisão recorrida desprezou a fundamentação pela letra *a*, no tocante aos arts. 75, CC; 4º e 5º, Lei de Introdução ao CC; 4º e 126, do CPC — porque o venerando acórdão recorrido lhes teria dado interpretação razoável (fls. 426).”

.....

“Esse art. 4º, do CPC, cogita do interesse do autor à declaração sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Para propô-la basta esse interesse, razão pela qual se tem resistido ao trancamento da ação declaratória com base nos arts. 267 e 295, do mesmo Código. É de tal sorte essa resistência, que até mesmo em relação aos direitos prescritos a declaratória pode prosperar. Vê-se, pois, que é bem amplo o campo de atuação da declaratória, de modo a evitar-se o seu trancamento apressado ou prematuro.

É lógico e jurídico, porém, que estejam presentes as condições capazes de permitir ao juiz apreciar o mérito, ainda que venha a decidir contra a pretensão do autor. A legitimidade para a causa é u'a delas e exatamente a que o venerando acórdão sustenta inexistir.”

Foi também o assunto percebido pelo Sr. Relator, que, em seu voto, averbou:

“Ora, se assim o é, outra também não é a pretensão dos autores que buscam, nesta via declaratória, estabelecer, com provas hábeis, a legitimidade e certeza de relação de parentesco que lhes afirmou existir Aldrovando, seu pai, tendo como testemunha o próprio avô que considerava a este, Aldrovando, como seu filho, embora dito de criação.

Vedar aos recorrentes o exercício do direito à ação seria negar-lhes a prestação jurisdicional, o que se não afigura nem jurídico nem justo.”

Estou de acordo com as observações acima declinadas. Parece-me, por igual, que a decisão recorrida maltratou o aludido art. 4º, inciso I.

Preocupou-me outro ponto. Em autos de inventário, os ora recorrentes obtiveram habilitação, mas o Supremo Tribunal Federal, reformando a decisão de segundo grau, remeteu as partes às vias ordinárias. O resultado disso é esta ação, que sei lá se poderia terminar por sentença de carência. Anotou o Desembargador Décio Antônio Erpen:

“Ora, de tudo se deduziu que o meio de reconhecimento não era eficaz, mas se abriram as portas de um contraditório através de um processo de conhecimento.

Como poderemos nós agora nos sobrepor a uma decisão do Pretório Excelso e trancar as portas das vias ordinárias para onde foram remetidas as partes?”

Dando um passo, fico com aqueles votos, do Tribunal *a quo* e deste Superior Tribunal, que reconhecem a legitimidade dos autores. O direito em causa, malgrado o seu aspecto personalíssimo, admite exceções. Uma delas é o da ação continuar em nome dos herdeiros, morrendo o investigante antes de proferida a sentença. Vejo, aí, que a lei não veda possa o neto ajuizar a ação.

Acredito, pois, que a ação há de continuar, como acabou decidindo no acórdão da apelação. Conheço do recurso pela alínea *a* e dou-lhe provimento.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, com a devida vênua, não me parece pertinente a invocação do art. 4º, do Código de Processo Civil.

Na verdade, esse dispositivo da Lei Processual apenas consagra, em nosso direito, a admissibilidade em tese da ação simplesmente declaratória e o contrário não foi afirmado pelo acórdão recorrido. Ocorre que se aquela norma contempla a admissibilidade, em princípio, do pedido declaratório, será mister verificar concretamente, não só se existe o interesse de agir, numa situação determinada, mas também se presentes as demais condições da ação, entre elas a legitimidade para a causa.

O art. 363, do Código Civil, regula ação personalíssima, que não cabe mais que ao filho. A circunstância de poder ter prosseguimento com seu herdeiro não infirma a regra. É necessário que aquele que se pretende filho tenha iniciado a ação. Isto feito, admite-se que seus herdeiros possam a ela dar seguimento. Nega-se que a iniciativa da ação possa caber a outro. Isto a meu ver, está claro no art. 363 e é o que proclama a doutrina, de maneira uniforme. Nem me parece relevante a circunstância, salientada nos autos, de aquele artigo não excluir expressamente a legitimidade de outros para pleitear a declaração de paternidade. Esta fica excluída pelos próprios termos da lei. Para admiti-la seria necessário que de outra norma isso pudesse resultar, pena de ter-se como sem sentido o texto em exame.

Não se trate aqui de negar a prestação jurisdicional. Existe prestação jurisdicional também quando se afirma que falta ao autor uma das condições da ação.

Também, não encontro, *data venia*, nenhum obstáculo na circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter remetido os interessados às vias ordinárias. Isto significa, apenas, que aquela Corte entendeu que a

matéria não era suscetível de exame dentro dos autos de inventário. Entretanto, não afirmou, nem poderia afirmar, porque o momento seria inadequado, que o ora autor pudesse pretender a questionada declaração.

Por conseguinte, não conheço do recurso pela letra *a*, e o eminente Ministro Cláudio Santos demonstrou a impossibilidade dele ser conhecido pela letra *c*. Acompanho S. Exa. o Ministro Cláudio Santos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 269 — RS — (89.0008570-0) — Rel.: Ministro Waldemar Zveiter. Rectes.: Alfredo Maurício Barbosa Borges e outros. Recdos.: Rui Afonso Teixeira e outros e Ruth Teresa Bier Teixeira. Advs.: Drs. Henrique Fonseca de Araújo e Mathias Nagelstein e outros e Aristides Dutra Boeira e outros e Ilsa Brans.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Senhor Ministro Nilson Naves, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento. Votaram com o Senhor Ministro Relator, Gueiros Leite e Nilson Naves, vencidos os Senhores Ministros Cláudio Santos e Eduardo Ribeiro. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Relator, Gueiros Leite e Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 608 — SP (Registro nº 89.98705)

Relator Originário: *Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*
Relator p/Acórdão: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*
Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*
Advogados: *Drs. Vera Lúcia S. F. Muniz de Souza e outros*
Recorrida: *Centrais Elétricas Matogrossenses S/A*
Advogados: *Drs. Roberto Muneratti Filho e outros*

EMENTA: TRIBUTÁRIO — ICM — ISENÇÃO.

A isenção concedida tendo em vista projeto de interesse nacional não pode ser alterada por convê-

nio posterior àquele que a previu e nem em atenção ao artigo 178, do CTN, que se refere aos casos comuns.

Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, 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, 06 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente e Relator p/Acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por CENTRAIS ELÉTRICAS MATOGROSSENSES S/A contra ato do Sr. Delegado Regional Tributário da grande São Paulo, objetivando o reconhecimento da não incidência do ICM sobre as saídas de equipamentos necessários à implantação de projeto de interesse nacional, com amparo no Decreto-lei nº 1.335/74 e no convênio ICM nº 09/75, antes, portanto, de ocorrida alteração decorrente do convênio ICM nº 11/81.

Em primeira instância, a segurança foi concedida (fls. 193/199), restando confirmada a sentença pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 229/231).

Considerou o douto voto condutor do v. acórdão recorrido *in verbis*:

“Com efeito, não se coloca em dúvida que a isenção constitui benefício revogável, quando não condicionada, ou subordinada a prazo certo, conforme resulta do artigo 178, do Código Tributário Nacional.

Acontece, porém, que, na hipótese, a isenção resultou de diplomas legais que visaram beneficiar projetos de interesse nacional, conforme decorre dos dizeres do artigo 1º, do Decreto-lei nº 1.335/74, e do Decreto-lei nº 1.398/75, ambos concedendo

benefícios fiscais no âmbito Federal, sendo certo que essa mesma razão que inspirou os aludidos diplomas federais fundamentou, também o Convênio de ICM 09/74, firmado em Brasília.

Ora, sendo assim, a isenção resultante do Convênio citado não pode ser considerada pura e simples, sujeita a revogação livre e imediata, dado seu propósito de, como soa a linguagem dos diplomas legais invocados, permitir ou incentivar a implementação de determinados projetos, desde que preenchidas condições expressamente referidas nos aludidos textos legais.

No caso, está bem demonstrado que a impetrante satisfaz todas as condições reclamadas para o gozo daquele benefício.

A revogação da isenção, por conseguinte, não podia ser imediata, pois, uma vez iniciada a execução do projeto, é evidente que o benefício deverá vigorar até o seu termo final, sob pena de se ver frustrado o empreendimento que o legislador quis favorecer e incentivar.”

Inconformada, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário com argüição de relevância, com apoio ao artigo 119, III, *a*, da ordem constitucional precedente, sob alegação de violação do artigo 23, II, § 6º, da Constituição Federal anterior, artigo 1º da Lei Complementar nº 24/75, e artigo 111, do CTN.

Sustenta a recorrente perfeitamente válida a revogação do benefício, visto não ter sido concedida por prazo certo nem em função de determinadas condições.

Aduz a inexistência de direito adquirido, argumentando que o Convênio ICM 09/75 não garantiu em nenhuma cláusula a manutenção da isenção de ICM enquanto perdurasse a execução do projeto.

Conclui afirmando que o Convênio ICM nº 11/81 restringiu o alcance do Convênio ICM 09/75, abolindo a isenção de ICM nas situações que especificou e o Convênio nº 24/81, por sua vez, ressaltou situações de fato, garantindo a isenção para os fornecimentos contratados até 31/12/81, desde que tenham sido objeto de comunicação (fls. 233/242).

Indeferido o extraordinário (fls. 249/250), os autos subiram ao C. STF em razão do provimento do agravo de instrumento.

Naquela Excelsa Corte o recurso foi convertido em especial no que se refere à matéria infraconstitucional, com ressalva da competência da Corte Suprema para o julgamento da questão constitucional ventilada (fls. 294).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 298/300).

É o relatório.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Pelo Convênio ICM 09/75, de 15/4/75, os Estados signatários concordaram em “conceder isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) nas saídas de máquinas e equipamentos nacionais, promovidas no mercado interno pelos respectivos fabricantes...”, se estas máquinas e equipamentos se destinassem “à implementação de projetos que consultem ao interesse nacional”. O Convênio ICM 11/81 revogou do item I da Cláusula primeira do Convênio 09/75 a expressão:

“... ou advinhas de financiamentos de programas governamentais de crédito ou ainda provenientes de recursos próprios do investidor quando resultante de lucros não atribuídos, chamada de capital ou incorporação de reservas voluntárias” e, também, o seu parágrafo primeiro.

O Convênio ICM 24/81, de 10/12/81, que revogou as cláusulas terceira e quarta do Convênio 09/75, estabeleceu, em sua cláusula primeira, que:

“As alterações introduzidas no Convênio ICM nº 09/75, de 15 de abril de 1975, pelo Convênio ICM 11/81, de 23 de outubro de 1981, não se aplicam aos fornecimentos contratados até 31 de dezembro de 1981”. Nesta data, 31/12/81, exauriu-se a eficácia do Convênio 09/75 e a impetrante pretende obter, com base nele isenção nas saídas de máquinas e equipamentos, promovidas vários anos depois de 31 de dezembro de 1981 e de sua revogação pelo Convênio ICM 26/83.

Embora o Convênio 09/75 tenha assegurado a isenção por prazo indeterminado, ela valeu apenas até 31/12/81, data em que ele perdeu a eficácia.

Na espécie, a isenção que não foi concedida por prazo certo e nem sob condições, podia ser revogada a qualquer tempo (artigo 23, § 6º, da CF anterior e artigo 178, do CTN). A isenção concedida por um Convênio (09/75) pode, perfeitamente, ser revogada por outro convênio. Não existe, a nosso ver, direito adquirido à referida isenção porque se trata de isenção pura e simples, sem prazo certo, sem condição onerosa e a impetrante sequer provou que as máquinas e equipamentos nacionais, adquiridos vários anos depois da revogação do Convênio 09/75, se destinam mesmo a seu projeto e qual seria o prazo para a conclusão deste. É lógico que não se pode pretender a isenção eternamente e autorização

para aquisição de máquinas e equipamentos, sem se fixar um prazo limite. Aliás, consta do Ato Declaratório 502, de 10 de dezembro de 1980 (docs. de fls. 25/26), que o projeto de expansão da impetrante se refere ao período de 1980/1984.

A questão é muito conhecida desta Corte e do Colendo Supremo Tribunal Federal. O STJ, nos Recursos Especiais números 537-SP, DJ de 13/11/89, 686-SP, DJ de 30/10/89, 1.841-SP, DJ de 16/4/90, e 2.356-SP, entendeu que a isenção concedida a projeto de interesse nacional não pode ser revogada por Convênio posterior. Já no Recurso Especial nº 802-RJ, DJ de 06/11/89, entendeu a Segunda Turma ser irrevogável a isenção, se não foi concedida por prazo certo ou sob condição. Esta decisão foi unânime.

Nossa Corte Maior, nos Recursos Extraordinários nºs 105.486-7-MG, Relator Eminentíssimo Ministro Oscar Corrêa, DJ de 30/8/85, e 104.504-3-MG, Relator Eminentíssimo Ministro Octávio Gallotti, julgamento de 06/9/85, já entendia que a isenção prevista no Convênio 09/75 é isenção pura e simples, sem ônus ou contraprestação e foi revogada pelo Convênio 24/81. A Ementa do primeiro foi a seguinte:

“EMENTA — ICM — Isenção prevista no Convênio 9/75 e revogada em convênio posterior — 24/81 — na vigência do qual se verifica a saída de máquinas e equipamentos adquiridos.

Isenção pura e simples, sem ônus ou contraprestação.

Incidência imediata e revogabilidade admitida.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.”

Na decisão plenária, no RE nº 113.149 e no RE nº 119.223-SP, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 09/02/90, a Excelsa Corte firmou o entendimento de que referida isenção pode ser revogada.

A ementa deste último acórdão foi a seguinte:

“EMENTA — ICM — Isenção prevista para a saída das máquinas e equipamentos adquiridos para projetos de obra de interesse público, em execução.

Convênios. 9/75, 11/81 e 24/81. Revogação dessa isenção.

— Ao terminar o julgamento do Recurso Extraordinário nºs 113.149, o plenário desta Corte dirimiu a controvérsia existente entre suas Turmas, decidindo: “quem tem direito à isenção em causa não é o “contribuinte de fato”, ou seja, o comprador das máquinas e equipamentos nacionais

destinados a implementação de projetos que consultem aos interesses do país, mas, sim, o “contribuinte de direito”, que é o fabricante deles”. A este não se exige que assuma qualquer obrigação em contrapartida da isenção, nem lhe é ela concedida por prazo determinado. Portanto, essa isenção, por não ser condicionada, nem a termo, para o seu titular, pode ser revogada a qualquer tempo, inexistente direito adquirido a ela.”

No mesmo sentido são os seguintes precedentes: AGA nº 128.368-RJ, DJ de 09/02/90, RE nº 109.230-MG, DJ de 23/02/90, RE nº 115.443-SP, DJ de 23/02/90, RE nº 117.951-RJ, DJ de 23/02/90, RE nº 116.848-SP, DJ de 20/4/90, RE nº 117.891-RJ, DJ de 20/4/90, RE nº 114.740-SP, DJ de 27/4/90, RE nº 118.995-SP, DJ de 15/6/90, AGA nº 127.794-RJ, DJ de 15/6/90, AGA nº 124.634-SP, DJ de 22/6/90, AGA nº 128.228-SP, DJ de 22/6/90, RE nº 116.585-SP, DJ de 29/6/90, RE nº 117.907-SP, DJ de 31/8/90.

Peço vênia aos que pensam em sentido contrário para me filiar à corrente vencedora no Colendo Supremo Tribunal Federal.

Conheço do recurso por violação aos artigos 111 e 178 do CTN e por divergência e lhe dou provimento.

Remetam-se os presentes autos ao STF para o julgamento da matéria constitucional.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Respeitosamente discordo do eminente Ministro Relator em cumprimento às decisões anteriores da 1ª Turma, a exemplo e modo do acórdão proferido no REsp 837-SP, in DJ 06.11.89, Rel. Min. Armando Rollemberg, cuja ementa foi a seguinte:

“Tributário — ICM — Isenção.

A isenção concedida tendo em vista projeto de interesse nacional não pode ser alterada por convênio posterior àquele que a previu e nem em atenção ao artigo 178 do CTN, que se refere aos casos comuns.

Recurso especial desprovido”.

Naquela ocasião prefeiri votos de adesão na conformidade de outros que fiz na condição de Relator.

Assim, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Senhor Presidente, peço vênua ao eminente Ministro-Relator para acompanhar o não menos eminente Ministro Armando Rollemberg, posto que sempre me filiei à corrente jurisprudencial no sentido de que a isenção concedida a projetos de interesse nacional não pode ser alterada por convênios posteriores àquele que a estabeleceu. Neste sentido, confira-se o REsp nº 4.021-SP, cujo voto farei juntar.

É o meu voto.

ANEXO — RECURSO ESPECIAL Nº 4.021 — SP (REG. 9066417)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O v. aresto recorrido ao confirmar o *decisum* de primeiro grau, fê-lo nos seguintes termos:

“Os Atos Declaratórios referidos na inicial asseguraram às impetrantes os benefícios fiscais previstos no Decreto-lei nº 1.335, de 1974, com a redação do Decreto-lei nº 1.398, de 1975, nas aquisições de máquinas e equipamentos vinculados a projeto havido como de interesse nacional. Daí haver a requerente se habilitado ao gozo dos estímulos fiscais de âmbito estadual, previstos no Convênio nº 9/75.

A hipótese é, à toda evidência, de isenção condicionada, concedida a prazo certo. E é até intuitivo que as empresas contavam com esse incentivo, para a realização dos referidos projetos.

Incidente, dessorte, a regra do art. 176, do Código Tributário Nacional, segundo a qual sua revogação é inviável, pena de violação de direito adquirido.

Em relação às impetrantes, pois, não havia como atribuir efeitos aos Convênios nºs 11 e 24/81.

Nesse sentido, aliás, sempre foi a jurisprudência desta Colenda Corte (“RJTJESP” — 93/151; 89/153 etc.).

Do exposto, incorporado o relatório constante dos autos, rejeitam a matéria preliminar e por maioria, negam provimento aos recursos.” (Fls. 311/312).

Tenho como escoreita a decisão supratranscrita, pois afina-se à jurisprudência desta Corte, consoante se vê dos seguintes precedentes, *verbis*:

“TRIBUTAÇÃO. PROJETO DE INTERESSE NACIONAL. ISENÇÃO DO ICM. CONVÊNIO ICM — 9/75.

— Pretendida revogação do benefício fiscal por convênios posteriores. Impossibilidade.

— Recurso desprovido.

— Remessa dos autos ao STF.”

(REsp nº 537-SP, Reg. 8995838, Rel. Min. AMÉRICO LUZ, 2ª Turma, unânime, *in* DJ de 13.11.89).

“TRIBUTÁRIO. ICM. ISENÇÃO. CONVÊNIOS. PROJETOS DE INTERESSE PÚBLICO. CTN. ART. 178.

I — Isenção de ICM concedida tendo em vista projetos de obra de interesse público, assim mediante condição. Convênios posteriores, que contêm novas condições para a concessão da isenção, não revogam aquela, já que em execução o projeto.

II — Recurso não conhecido (letra *a*) e conhecido e improvido (letra *c*).

(REsp nº 792-SP, Reg. 89102010, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, 2ª Turma, unânime, *in* DJ de 12.02.90).

“TRIBUTÁRIO. ICM. ISENÇÃO.

A isenção concedida tendo em vista projeto de interesse nacional não pode ser alterada por convênio posterior àquele que a previu e nem em atenção ao art. 178 do CTN, que se refere aos casos comuns. Recurso desprovido.”

(REsp nº 2.362-SP, Reg. 9019869, Rel. Min. ARMANDO ROLLEMBERG, 1ª Turma, unânime, *in* DJ de 25.06.90, pág. 6.025).

No mesmo sentido confira-se, *inter plures*, os seguintes arestos: REsp nº 2.356-SP (9019796), Rel. Min. Armando Rollemberg, *in* DJ de 06.08.90, pág. 7.321/2; REsp nº 468-SP (8992120), Rel. Min. PEDRO ACIOLI, *in* DJ de 28.05.90, pág. 4.725; REsp N° 744-SP (89100319), Rel. Min. MIGUEL FERRANTE, *in* DJ de 12.03.90, pág. 1.701, entre outros.

Isto posto, por compartilhar da mesma orientação, isto é, a isenção de ICM concedida tendo em vista projeto de interesse nacional não pode ser alterada por convênios posteriores que previram novas condições para

concessão da isenção, não conheço do recurso pela letra *a* e, pela letra *c*, dele conheço mas lhe nego provimento.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, também peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para acompanhar o voto de V. Exa., já que o Convênio 09 concedeu à recorrida um direito por prazo indeterminado, é evidente que enquanto não terminar o trabalho para o qual ela obteve essa isenção, não pode ser revogada. É direito adquirido, até terminar esse trabalho.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 608 — SP — (8998705) — Relator originário: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Relator p/acórdão: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrida: Centrais Elétricas Matogrossenses S/A. Advogados: Drs. Vera Lúcia S. F. Muniz de Souza e outros e Roberto Muneratti Filho e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao recurso. Vencido o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira que lhe dava provimento (em 06.03.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli, Geraldo Sobral e José de Jesus. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.197-0 — SP

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha*

Recorrente: *Lanches Luna Bar Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. José Gabriel Moyses, Vera Lúcia S. F. Muniz de Souza*

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICM. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS EM RESTAURANTES

E CONGÊNERES. BASE DE CÁLCULO. LEI ESTADUAL. DEFICIÊNCIA. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

— Segundo o entendimento predominante, a lei estadual deve diferenciar o preço dos serviços do valor das mercadorias, circunscrevendo a base de cálculo a este último. A não observância desta distinção leva à impossibilidade da cobrança do tributo.

— Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de setembro de 1992 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o contribuinte inconformado interpôs, sob a égide da Constituição pretérita, tempestivo recurso extraordinário, com arguição de relevância da questão federal, que foi, oportunamente, impugnado pela Fazenda do Estado.

O *decisum* censurado, mantendo sentença denegatória de segurança, proclamou a tese da legitimidade da incidência do ICM sobre o fornecimento de alimentos e bebidas em bares e restaurantes, a teor da Lei Estadual nº 440/74, com a redação dada pela Lei nº 2.252/79.

Deferido o processamento do recurso extraordinário, os autos ascenderam ao Colendo Supremo Tribunal Federal, onde, com a instalação da nova ordem constitucional, exarou-se despacho determinando a remessa dos autos a esta Corte para exame da matéria infraconstitucional

contida no extraordinário originariamente interposto, neste aspecto, transformado, *ipso iure*, em especial. Solicitou-se, após o julgamento, a devolução àquela Corte para a apreciação do recurso na parte persistente como extraordinário.

O recorrente, no âmbito da competência deste Tribunal, afirma a falta de previsão legal para a base de cálculo do ICM sobre o fornecimento em questão. Aponta como violados os arts. 97, IV, 108, § 1º, e 114, do Código Tributário Nacional, além da divergência jurisprudencial, inclusive com o Verbete nº 574 da Súmula/STF.

O douto Ministério Público Federal emitiu parecer pelo conhecimento e provimento do recurso, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): Debate-se a legitimidade da cobrança do imposto sobre circulação de mercadorias — ICM — no fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares, com base na Lei Estadual nº 2.252/79.

Tenho entendimento pessoal sobre o assunto, no sentido de que mesmo antes da Constituição de 1988, o Decreto-lei nº 406/68, art. 8º, § 2º, conferia aos Estados a possibilidade de tributarem a operação mista — fornecimento de mercadoria com prestação de serviço — sendo a base de cálculo o valor total da operação, conforme explicitarei no voto vencido por mim proferido, em hipótese semelhante, no julgamento do REsp nº 11.693-SP, cujas razões peço vênha para transcrever:

“Cuidam os autos de polêmica questão conquanto já em vias de pacificado entendimento na Conspícua Primeira Seção deste Tribunal.

Debate-se a legitimidade da cobrança do Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias — ICM, hoje Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação — ICMS, no fornecimento de alimentos e bebidas em restaurantes, bares e estabelecimentos congêneres.

Três questões despontam no deslinde da controvérsia:

em tela caracteriza operação relativa a circulação de mercadoria, tributável pelo Estado (artigo 155, inciso I, alínea b,

CF/88 — artigo 23, inciso II, CF/69), ou prestação de serviço, hipótese em princípio destinada à incidência do ISS, da competência municipal (artigo 156, inciso IV, CF/88 — artigo 24, inciso II, CF/69).

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

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

Cumpra, a princípio, a análise da legislação pertinente.

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

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

...

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

O Decreto-lei n° 406/68, que “estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza”, em seu artigo 1º, inciso III, dispõe:

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

...

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

Estatui o § 2º do artigo 8º do citado Decreto-lei, com a redação conferida pelo Decreto-lei n° 834/69:

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

§ 1º. Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

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

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

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

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

I — imposto sobre:

...

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

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

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

...

IX — incidirá também:

...

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

Tal competência municipal está assim disciplinada no artigo 156:

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

...

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

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

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

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

No caso, porém, do fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes, seria necessário revogar o art. 1º, III, do Decreto-lei regulamentador do ICM e do ISS, que estabelece ser este fato gerador do ICM, assim como o art. 2º do Convênio ICMS 66/88.

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

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

A própria Constituição prevê a existência de serviços, além dos de transporte e comunicação, não compreendidos na competência municipal (alínea b, inciso IX, § 2º, artigo 155).

Dá a conclusão de que os serviços não inseridos na Lista de Serviços, instituída em Lei Complementar, durante a vigência desta, estão excluídos da competência municipal.

E se, não compreendidos na competência tributária dos Municípios, mas presentes no fornecimento de mercadorias, por força do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b, poderá incidir o ICMS.

Instalado o novo Sistema Tributário Nacional, decorridos os cinco meses da promulgação da Carta Magna de 1988 — artigo 34, caput, do ADCT —, celebrou-se, na ausência da Lei Complementar necessária à instituição do ICMS, de acordo com a previsão contida no § 8º do último referido artigo, o Convênio nº 66, de 14 de dezembro de 1988, publicado no DOU em 16.12.88, estabelecendo normas provisórias destinadas a regular a instituição do ICMS, prevendo, no que pertine:

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

...

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

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

...

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

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

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

Estas normas são de fundamental importância, cuja leitura evidencia que o fornecimento em questão é fato gerador do ICMS, não importando seja ele prestação de serviço ou circulação de mercadoria ou ambos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

...

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

Se a legislação paulista, em tempos passados, não previa a base de cálculo deste imposto — o que originou a reiterada jurisprudência, cristalizada no Verbete nº 594 da Súmula do Colendo Supremo Tribunal Federal, sob a vigência da Consti-

tuição pretérita — isso hoje já não mais ocorre, ainda que se questione sobre sua amplitude, pois que deficiência não é inexistência.

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

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

É verdade que predomina o entendimento segundo o qual a natureza jurídica do fornecimento de alimentos e bebidas em bares e restaurantes é de prestação de serviços e não circulação de mercadorias.

Com efeito, observou o Eminentíssimo Ministro Cordeiro Guerra no julgamento do RE n^o 105.528:

“Na espécie, o restaurante e o bar ou similares, não vendem mercadorias, servem bebidas, refeições. Não há circulação de mercadorias mas prestação de serviços.

De fato, os restaurantes não dão saída a mercadorias: carne, arroz, batatas, etc., antes a consomem, ainda que não vendam todos os bifés com fritas aos seus fregueses. As garrafas não são vendidas, mesmo quando seu conteúdo é consumido no local ou estabelecimento que as fornece.

A rigor, o fornecimento é o produto de consumação ou transformação das mercadorias. Essas não circulam, são incorporadas à prestação de serviços.” (RTJ 118/292).

Na mesma linha de raciocínio, a já conhecida lição do Prof. Roque Antônio Carraza, citada pelo Eminentíssimo Ministro Gomes de Barros em seu voto sobre a matéria, cujo teor transcrevo:

“Na real verdade, ninguém vai a um restaurante com o fito de comprar mantimentos (do mesmo modo que ninguém vai a uma boate para comprar bebidas). Pelo contrário, é evidente que quem procura um restaurante, vai em busca de um serviço, que se perfaz não só com o fornecimento de alimentos, senão, também, de bebidas, de cigarros, de fósforo e, eventualmente, até de flores. Em outros termos, mais técnico, o bem (o alimento) não é objeto do contrato que se celebra entre o restaurante e o freguês; o objeto deste contrato é o esforço pessoal (o serviço). Isto, diga-se de passagem, explica porque um prato que, num bar, custa Cr\$ 100,00, vem a custar, num restaurante mais sofisticado Cr\$ 700,00, embora os ingredientes que o compõem sejam os mesmos (ou praticamente os mesmos). É o esmero do serviço (do preparo) que determina esta bruta diferença de preço e, não, o custo dos alimentos fornecidos para compor o prato.” (*A Inconstitucionalidade do art. 1º, III, do Decreto-lei 406/68 — in Revista de Direito Tributário nº 6 (21-22), pág. 42*)”.

Na esteira dessas considerações chega-se à distinção entre duas modalidades de obrigação: a de dar, que, a princípio, estaria gravada pelo ICM, hoje ICMS; e a de fazer, sujeita ao ISS, o que estaria a justificar a inconstitucionalidade da incidência do ICM sobre o fornecimento, por se tratar de prestação de serviço, configurando, destarte, invasão de competência.

Neste aspecto, mutatis mutandis, a abalizada opinião do saudoso Desembargador Serpa Lopes:

“Explica-se essa inalterabilidade: se o empreiteiro fornece os materiais, não são estes em si o objeto do contrato, senão a matéria lavrada, trabalhada e transformada pelo trabalho do homem. É este trabalho que surge no antepiano de modo que, mesmo quando o empreiteiro fornece o material, o contrato de empreitada continua qualificado como tal, abrangendo, em princípio, duas obrigações: a de fazer, lavrando a coisa, e, como consectário lógico desta primeira, a de entregá-la ao dono da coisa. Esta entrega não está vinculada à obrigação de dar, senão à de fazer, como um meio para o seu cumprimento”. (*Curso de Direito Civil, vol. 4, págs. 141/142, 2ª ed.*)

A distinção, contudo, não gera os efeitos pretendidos. Ao contemplar a legislação, verifica-se que, de maneira geral, uma

de duas: ou os serviços absorvem o fornecimento de mercadorias, incidindo, no valor total, o ISS; ou, se cuidando de serviço não especificado na Lista, o fornecimento da mercadoria absorve a prestação de serviço, sendo a operação tributada pelo ICMS, antigo ICM, e, da mesma forma, sendo a base de cálculo o valor total da operação.

Eventual imprecisão técnica do legislador em considerar predominante, em tal ou qual evento, tal e qual aspecto, não tem o condão de prejudicar a incidência do tributo.

É certo que não se pode tributar sem amparo legal, vale dizer, não se pode ter como legítima a cobrança de tributo sem expressa previsão na lei. Isto, aliás, é remansoso nas jurisprudências desta Corte e do STF.

O ponto, contudo, não é este. A lei existe e prevê fato gerador e base de cálculo, respaldada, hodiernamente, no artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b, CF. Isto é ilegítimo?

Poder-se-ia, então, indagar quanto à validade da citada norma.

Anoto que não configura ilegitimidade ou inconstitucionalidade o simples fato de se ter como operação relativa à circulação de mercadoria o que seria prestação de serviço. Enfatizo que, neste caso, ainda que se tenha inexata acepção da natureza do fato, consubstanciado em fluxo significativo de riqueza que se quer tributar, isto, por si só, não invalida a pretensão fiscal.

*Ademais, **data venia** das ilustres e doutas opiniões em contrário, não há invasão de competência. A Constituição prevê esta hipótese, declarando que o ICMS incide **TAMBÉM** (isto é, não há relação com os serviços identificados na alínea **b** do inciso I do artigo 155) “sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios” (artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea **b**).*

De igual forma, o mesmo dispositivo estabelece que, em tais situações, a base de cálculo do imposto deve englobar o valor da prestação do serviço (“valor total da operação”). Isto porque, não havendo tributação pelo Município, se também não houvesse incidência do ICMS, estaria a categoria econômica de que se cuida, a desfrutar de inaceitável privilégio, para não dizer “isenção”, em desfavor dos milhares de beneficiários da

receita estadual, em prol do enriquecimento injustificado daqueles que não recolhem o ISS e não querem pagar o ICMS, que, certamente, é cobrado do consumidor.

Insisto que a competência municipal se limita aos serviços de qualquer natureza definidos em lei complementar, ressalvado os do artigo 155, inciso I, alínea b.

Se a lei complementar não prevê determinado serviço como tributável pelo ISS municipal, legítima será a incidência do ICMS, nos termos do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b. Não se configurando, de outra parte, a por vezes sustentada invasão de competência.

*Nem se alegue que se estaria frente a um **bis in idem**. É que o Estado só pode tributar na inexistência da tributação municipal. Somente nesta hipótese poderá instituir e cobrar o ICMS sobre o serviço simultâneo ao fornecimento de mercadorias.*

E mais: o nome do imposto representado pela sigla ICM/ICMS é "imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias...", donde se depreende claramente que o legislador incluiu na hipótese de incidência não só a circulação, mas, também, as operações a ela concernentes, razão pela qual não refoge ao seu âmbito o serviço envolvido.

Aliás, restringir a competência dos Estados aos serviços de transporte e de comunicação importaria em negar por completo a possibilidade de os Estados tributarem operações mistas, em frontal violação ao artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b.

Ademais, não há, a rigor, operação relativa à circulação de mercadoria que não esteja intrinsecamente relacionada a certa atividade classificável como "serviço". Da mesma forma, diversos serviços sujeitos ao ISS demandam a utilização de mercadorias e nem por isso se invalida ou se tem como inconstitucional a incidência do referido imposto.

Por estas razões, tenho como legítima tanto a incidência do ICMS como, também, a cobrança do ICM, a partir da Lei paulista nº 5.886/87, que, de forma inequívoca, estabeleceu a base de cálculo para o fornecimento, que já era previsto pelo Decreto-lei nº 406/69, como fato gerador do ICM.

Cobra relevo, ainda, a inadequação, à espécie, da jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, neste aspecto, anterior, não só no tempo, como na realidade jurídica.

Essa assertiva, aliás, é prestigiada pelo judicioso entendimento do eminente Ministro Marco Aurélio, contido em recente decisão, publicada no DJ de 1º/7/92, página 10.575, que negou provimento a agravo manifestado da inadmissão de recurso extraordinário interposto contra v. acórdão proferido por esta Corte, acolhendo tese contrária ao contribuinte, assentando:

“Admitir-se que, na hipótese, a Agravante não esteja sujeita, quer ao Imposto sobre Serviços, quer ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias, é conferir-lhe isenção total e absoluta não prevista em lei, com ilimitados e inaceitáveis prejuízos para o Estado e para a própria sociedade. É oportuno frisar, por último, que não guarda sintonia com o quadro dos autos a jurisprudência sumulada desta Corte — Verbete nº 574, que pressupõe a inexistência de lei estadual que estabeleça a cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurante ou estabelecimento similar.”

Todavia, tenho ficado reiteradamente vencido, razão pela qual me curvo à douta maioria, dando provimento ao recurso, na linha de argumentação expendida pelo Eminente Ministro Demócrito Reinaldo no julgamento do REsp acima referido, do seguinte teor:

“Apesar dos já numerosos precedentes desta e da Suprema Corte de Justiça, é tormentosa a matéria discutida nestes autos, havendo divergência entre votos de Ministros e dissonância no entendimento da Primeira e Segunda Turmas.

A controvérsia está em saber-se se é lícita a cobrança do imposto sobre circulação de mercadorias (ICM) sobre o fornecimento de alimentação e bebidas, em bares e restaurantes, tomando-se como base de cálculo, para incidência daquele tributo o montante equivalente ao serviço adjunto ao das mercadorias, ou, de outra feita, se é necessária a distinção (ou separação) legal entre o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços.

Examinando detidamente essa questão, verifiquei que, tanto aqui como no Pretório Excelso, a jurisprudência predominante é no sentido de considerar ilegítima a exigência do ICM sem que haja distinção na lei pertinente, que, ao fixar a base de cálculo, terá de fazê-lo distinguindo do valor da mercadoria fornecida o correspondente à prestação de serviços.

É que, segundo norma constitucional, compete aos Municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza.

Esses serviços, como é de comezinho entendimento, não podem ser tributados pelo ICM, porquanto este, por definição da Lei Maior, tem como fato impondível a circulação de mercadorias. Esse raciocínio, resultante da interpretação, em conjunto, da Constituição e das leis definidoras do imposto, conduz o intérprete a um só entendimento, o de que "a alimentação servida em restaurantes não implica uma operação de circulação, mas, pelo menos predominantemente, numa prestação de serviços".

Os julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal são no sentido seguinte:

'A lei estadual deve distinguir o preço dos serviços do preço das mercadorias, erigindo este em base de cálculo do ICM. A ausência de legislação neste sentido torna impossível a cobrança do mencionado tributo' (RTJ 109/1.211).

'ICM. Fornecimento de alimentos, bebidas e mercadorias semelhantes em restaurantes e bares ao lado da prestação de serviços. Inexistência de lei estadual estabelecendo a base de cálculo específica, de modo a se distinguir o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços. Precedentes do STF. RE provido' (DJ de 16.05.86).

Ainda em decisórios mais recentes, analisando hipóteses idênticas, proclamou por seu turno este Colegiado:

"Tem-se, assim, que a Corte não acolhe a tese da tributação de operações mistas, pela qual o imposto incide abrangentemente sobre o fornecimento de mercadorias e serviços. O imposto há de ter por base de cálculo apenas a mercadoria fornecida, abstraída do valor dos serviços necessários para tanto' (DJ de 26.6.89).

Em seu explicativo voto condutor, ressaltou o Ministro CARLOS MADEIRA:

'O que malfeire a lei federal, na tributação pelo Estado, é a abrangência dada à base de cálculo do imposto, incluindo nele o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços. Embora o último imposto incida sobre a operação mista, há que deduzir do valor dela o que é estranho à base impondível. Daí porque é havida como ilegítima a cobrança do ICM, na forma pretendida pelo Estado.'

Em outras oportunidades, reafirmou o STF, sobre essa mesma matéria:

'No fornecimento de bebidas e alimentação em bares e restaurantes há venda de mercadorias e prestação de serviço. A lei estadual deve distinguir o preço dos serviços do

das mercadorias, erigindo este como base de cálculo do ICM. A ausência de legislação neste sentido torna impossível a cobrança do mencionado tributo' (RTJ 114/696; 117/427; 116/1.222).'

De outra feita, a egrégia Primeira Seção deste sodalício, em oportunidades diversas, tem-se manifestado no mesmo sentido. Trago, pois, como adminículo ao meu voto, o entendimento prevalecente nesta egrégia Corte, a começar pelo que se decidiu, nos embargos de divergência no Recurso Especial nº 496, com a ementa a seguir:

'O que se exige, pois, é que seja fixada, na lei, a base de cálculo própria da hipótese de incidência específica — fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares — não sendo aceitável o que a legislação fez, equiparando, analogicamente, a saída de mercadorias, com o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias.'

Também no Recurso Especial nº 11.460-SP, sendo Relator o nobre Ministro PÁDUA RIBEIRO, ficou claramente estabelecido:

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

Parece-me tranqüilo que este entendimento prevalece inclusive depois da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ainda que consideradas as normas da Constituição vigente, deve ressaltar-se que a Carta, em seu artigo 156, IV, cometeu aos Municípios a competência para instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, I, b, ou seja, sobre serviços que não sejam de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicações. Em outras palavras, os serviços de qualquer natureza, exceto os que a Constituição mesma define, estão fora da incidência do atual imposto sobre a circulação de mercadoria e serviços (ICMS).

*Essa **quaestio juris** já foi exaustivamente apreciada, por exemplo, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 158.012-2, em que se chegou à conclusão seguinte:*

'Dado que a Constituição Federal (de 1988) atribui aos Municípios competência para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência dos Estados, é de elementar evidência que circunscreveu esse âmbito de competência aos fatos incluídos no

conceito de serviços. Os serviços de competência dos Estados são única e exclusivamente os de transporte de natureza não estritamente municipal e comunicações. Afora estes, todos os serviços de qualquer natureza são tributáveis pelos Municípios. A Lei Estadual nº 5.886/87, ao estabelecer que a base de cálculo será o valor da operação de que decorrer a saída ou o fornecimento da mercadoria, manteve a mesma eiva do texto anterior do inciso I do art. 19 da Lei Estadual nº 2.252/79, ou seja, a alusão genérica ao valor da operação, de que decorre a saída ou o fornecimento da mercadoria, sem destacar, para a exclusão do ICM, o *plus* acrescido pelos serviços embutidos no preço da mesma.'

Ao que entendo, ao invés de acolher a tese em contrário, a Constituição de 1988 encerrou, em definitivo, as dúvidas que, por acaso, existissem, porquanto permitiu, aos Estados, cobrar unicamente o ICMS sobre serviços de transporte e comunicações e, por via de consequência, excluindo desse ônus tributário os serviços prestados em restaurantes, bares e estabelecimentos similares.

Continua, pois, a prevalecer o entendimento predominante na jurisprudência, o de que 'é impossível, na imposição do ICM, tomar-se como base de cálculo o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias (em bares e restaurantes e similares) consorciado com a prestação de serviços'."

Por estas razões, dou provimento ao recurso. Prejudicada, em consequência, a parte do recurso remanescente como extraordinário, deixo de ordenar a remessa ao Colendo Supremo Tribunal Federal.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.197-0 — SP — Relator: Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha. Recte.: Lanches Luna Bar Ltda. Adv.: José Gabriel Moyses. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogada: Vera Lucia S. F. Muniz de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 02.09.92 — 1ª Turma).

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL

Nº 2.678-0 — MG

(Registro nº 90.0010588-9)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Relator designado: *Ministro Eduardo Ribeiro*

Embargante: *Banco Bradesco de Investimento S/A*

Embargados: *Afonso Henrique Lopes Madureira e outro*

Advogada: *Dra. Maria da Piedade B. Neves Mariano*

EMENTA: Embargos de divergência.

Hipótese em que o dissenso não se configurou, em vista das peculiaridades do caso concreto.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, que conhecia e o recebia, em parte, em não conhecer dos embargos. Votaram com o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro os Srs. Ministros Athos Carneiro, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, nesta assentada, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de junho de 1992 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator designado.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: À guisa de relatório, transcrevo o despacho admissivo do recurso (fls. 195/196):

“Os presentes embargos de divergência foram interpostos contra decisão da colenda Terceira Turma, proferida no julgamento do REsp 2.678-MG, Relator o Senhor Ministro NILSON NAVES, tendo o acórdão gerado a seguinte ementa (fls. 141):

“Aval. Nota promissória. Contrato de financiamento. Responsabilidade do avalista. 1. O aval é instituto próprio do direito cambial. 2. O avalista responde, somente, pelas obrigações oriundas do título. 3. Em contrato de mútuo, a assinatura não é a de avalista. 4. Recurso especial conhecido pela alínea c, porém improvido.”

O acórdão-padrão em que se fundamenta o recurso é oriundo da colenda Quarta Turma, Relator o Senhor Ministro BARROS MONTEIRO, REsp 2.773-MG, assim ementado (fls. 153):

“EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA VINCULADA A CONTRATO DE MÚTUO. OBRIGAÇÃO ASSUMIDA POR AVALISTA. É responsável pelos encargos convencionados o avalista de nota promissória, que também firma o contrato de mútuo com a instituição financeira na qualidade de devedor solidário.

Recurso Especial conhecido pela alínea c do permissivo constitucional e provido.”

Assim, ante o teor das decisões emanadas de órgãos colegiados diversos componentes desta Segunda Seção, admito os embargos para discussão. Dê-se vista ao embargado para, querendo, oferecer impugnação no prazo de 15 (quinze) dias.”

Sem impugnação, encaminhei o feito à pauta desta sessão.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Três são as diferentes situações jurídicas em que os executados, simultânea ou separadamente, resultam contemplados e qualificados nos arestos postos em confronto: a) ou como meros avalistas e, assim, devedores e responsáveis, tão-somente, nos termos do direito cambial e, portanto, alheios a obrigações decorrentes de outro título jurídico; b) ou, apenas, como devedores solidários, ao lado do emitente, única e exclusivamente em decorrência de seu comparecimento, nessa qualidade, em contrato de financiamento (mútuo de dinheiro); c) ou, ainda, cumulativamente, avalistas do emitente de título de crédito e, bem assim, como devedores solidários, ao lado do mutuário, em contrato de financiamento.

2. A ementa do v. acórdão embargado se ajusta, rigorosamente, à primeira alternativa, uma vez que não admite simultânea responsabilização do mesmo executado (como avalista e, também, como devedor solidário). É reler a ementa do aresto:

“Aval. Nota promissória. Contrato de financiamento. Responsabilidade do avalista. 1. O aval é instituto próprio do direito cambial. 2. O avalista responde, somente, pelas obrigações oriundas do título. 3. Em contrato de mútuo, a assinatura não é a de avalista. 4. Recurso especial conhecido pela alínea c, porém improvido.”

3. Mostram os autos que o estabelecimento de crédito (Bradesco) moveu execução fundada em nota promissória emitida em razão de contrato de financiamento de capital de giro, chamando a juízo, conjuntamente, o devedor principal (mutuário), emitente do título e os avalistas, figurantes no contrato como devedores solidários.

Rejeitados, por inteiro, seus embargos, os executados apelaram, colhendo êxito parcial, pois o v. acórdão unânime da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (Fls. 60 e ss.) acolheu os embargos para que a execução contra o avalista tenha suporte, tão-somente na nota promissória, cujo valor é acrescido de juros de 6% ao ano e correção monetária da Lei 6.899/81, com expressa exclusão, portanto, de comissão de permanência, multa e outras verbas previstas no contrato, sem prejuízo de que a execução contra a emitente, possa prosseguir, pelas verbas contempladas no contrato, repartindo as verbas da sucumbência em 70% para os executados e 30% para a exequente.

4. A inicial da execução, não obstante, é expressa (fls. 2/3 dos autos):

“O Suplicante concedeu à primeira Suplicada um financiamento no valor de Cz\$ 432.000,00 (quatrocentos e trinta e dois mil cruzados), conforme contrato de Capital de Giro com Taxa Variável, celebrado em 03.04.87, para ser restituído o principal, juros à taxa de 40% a.a., mais rendimento que for atribuído a variação das Letras do Banco Central (LBC-Fiscal), no período de 03.04.87 a 03.06.87, data esta em que os Suplicados deveriam efetuar o pagamento.

Em representação da dívida a financiada emitiu e os demais Suplicados avalizaram a inclusa nota promissória de inteiro efeito cambial, com vencimento em 03.06.87, no valor de Cz\$ 648.000,00 (seiscentos e quarenta e oito mil cruzados).

Ocorre que os Suplicados deixaram de efetuar o pagamento da prestação vencida em 03.06.87, que acrescida dos juros à taxa de 40% a.a., mais rendimento que for atribuído à variação das Letras do Banco Central (LBC-Fiscal), no período de 03.04.87 a 03.06.87, importa em Cz\$ 648.000,00 (seiscentos e quarenta e oito mil cruzados).”

5. Como se vê, não se há de considerar a postulação do exequente como tecnicamente exemplar; não se lhe pode, porém, negar suficiente clareza, no dizer que a ação de execução é dirigida a diversos devedores, por diferentes títulos, todos eles compatíveis uns com outros (a saber, o contrato formalizado em instrumento particular e o título de crédito avalizado pelos coobrigados no contrato).

6. O recurso especial aponta contrariedade aos artigos 896 e 904 do Cód. Civil, acentuando, precisamente, a solidariedade das obrigações assumidas no contrato (fls. 65 e ss.); bem como dissídio jurisprudencial suficientemente configurado, não somente quando se reporta ao julgado unânime da Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, na AC 357.064, de que foi Relator o ilustre Juiz MARCONDES MACHADO (fls. 76), como ao aludir a numerosos arestos semelhantes.

7. O d. voto condutor do v. acórdão embargado, no relevante para o exame destes embargos, expõe (fls. 128/131):

“De fato, ao contrário do acórdão recorrido, nos padrões ficou estabelecido que a responsabilidade é ampla, isto é, também “por importâncias outras que não somente aquela constante do título”. Por exemplo, na Ap nº 357.055, de São Paulo, do 1º Tribunal de Alçada Civil: “Nesta Câmara, pacífico é o entendimento no sentido de que o avalista, que também assina o contrato, o faz como garante, respondendo, conseqüentemente, pelos encargos contratuais, se por eles se obrigou”.

Porém, nego-lhe provimento.

O assunto em foco transcrito pelo Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, para o Ag 75.802, em grau de agravo regimental, com julgamento no ano de 1979, *in* RTJ-91/145, o Sr. Ministro Rafael Mayer escreveu essa ementa: “Aval Nota promissória vinculada a contrato de financiamento. Juros e comissão de permanência. Responsabilidade do avalista. Lei 4.598/64. Súmula 400. Decisão que, ao exonerar de responsabilidade o avalista por entender que o aval não se confunde com a fiança, se não deu a melhor interpretação, diante do caso concreto, interpretou razoavelmente a prova constante dos autos. Dissídio jurisprudencial incorrente. Agravo regimental a que se nega provimento”. Em seu voto, S. Exa. recolheu tópicos do despacho do Juiz Francisco Negrisollo, que transcrevo:

“Com efeito, o aval é instituto específico do direito cambial. Não é obrigação solidária, mas autônoma. Não se confunde com a fiança nem se pode dizer o avalista, em razão

de sua responsabilidade específica, bem definida, um 'garante', como se dizia no direito antigo.

O fato de ter o avalista também assinado o contrato de financiamento, obrigando-se a dar o aval, nada acresce à sua responsabilidade de avalista. E, no contrato, nem a própria apelante sustentou equiparar-se ele a fiador. Assim, pois, se executasse o contrato, seria nenhuma a responsabilidade do 'avalista'. E se executa a promissória, ao contrato vinculada, essa responsabilidade só se atém com a sua condição de dador de aval. Nada mais."

Pelo visto, o Juiz paulista deixou claro a natureza do aval, não respondendo o avalista senão pela obrigação própria e decorrente do título cambial.

Noutro precedente, o RE 96.909, julgado no ano de 1982, *in* RTJ 103/1.283, decidiu o Supremo, pela sua 1ª Turma, conforme essa ementa, redigida pelo Sr. Ministro Soares Muñoz: "Não havendo o avalista, em documento à parte, se responsabilizado por outra importância além da mencionada na cártula, não lhe pode ser cobrada a comissão de permanência. Precedentes: RE 92.483; Ag (AgRg) 75.802 e RE 94.817-SP. Recurso extraordinário conhecido em parte e desprovido". Ora, — afirma um dos acórdãos aqui trazidos pelo recorrente —, se o avalista, ao contrário do que se encontra disposto no RE 96.909, assinou o contrato de financiamento, responsabilizou-se por todas as obrigações, isto é, as do contrato e as do título. Mas, em dois outros julgados do Supremo, ambos da 1ª Turma, de 1984 e 1985, ficou assentado que o avalista responde pelas obrigações de cártula. Eis as ementas:

"Execução. Nota promissória. Avalista. Exigência incabível de acréscimos relativos à comissão de permanência e multa contratual. O avalista responde, somente, pelas obrigações que na cártula se contêm. Precedentes do STF, especialmente, RE 95.917-3-SP. Recurso extraordinário não conhecido." (*in* RTJ 123/1.046, Sr. Ministro Néri da Silveira).

"Execução. Nota promissória. Contrato de mútuo. Avalista. O avalista responde, somente, pelas obrigações que na cártula se contêm. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e, parcialmente provido, para excluir, da condenação, as parcelas relativas a juros contratuais e pena convencional. O avalista há de responder, entretanto, pelos

juros de mora e correção monetária.” (in RTJ 124/1.126, Sr. Ministro Néri da Silveira).

Penso que o acórdão recorrido deu a melhor solução à espécie, semelhantemente ao caso paulista objeto do Ag 75.802, in RTJ 91/145. Com efeito, é o aval instituto próprio do direito cambial, como garantia autônoma. “O aval é garantia especialíssima de Direito Cambiário. Não se confunde com a fiança, que é garantia acessória da obrigação principal”, conforme Tavares Paes, “O Aval...”, RT, pág. 11. “O aval — instituição de direito cambial — tem por finalidade garantir o pagamento da letra de câmbio e da nota promissória, assim como de outros títulos (cheques e duplicata) em parte assimilados aos cambiais”, segundo João Eunápio Borges, “Do Aval”, Forense, pág. 15. De acordo com a Lei nº 2.044/08, art. 14, segunda parte: “Para a validade do aval, é suficiente a assinatura do próprio punho do avalista ou do mandatário especial, no verso ou no anverso da letra”. No verso ou no anverso da letra, repito.

De conseguinte, responde o avalista pelas obrigações decorrentes do aval. E somente por elas. Não há de responder, como avalista, por obrigações oriundas de contrato de mútuo, mesmo que tenha a si vinculado a letra, pois a sua assinatura aí, no contrato, não é a de avalista, mas sim de outra natureza. Talvez a de testemunhar a realização do negócio, como lembrou o aresto local.

Pelo que disse, conheço do recurso especial pela alínea c, porém nego-lhe provimento.”

8. Não há negar que a opção efetuada, na espécie, pela egrégia Terceira Turma, decidindo por maioria, foi no sentido da primeira alternativa que inicialmente esbocei, a refletir, ao que parece, os primeiros pronunciamentos a propósito do tema.

Desse entendimento, efetivamente, discrepou o eminente Ministro WALDEMAR ZVEITER, cujo votô está assim resumido (fls. 132):

“Sr. Presidente, peço vênha ao Eminentíssimo Ministro-Relator, porque já tenho voto proferido nessa matéria, para ficar com a posição adotada pelo Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro, que conhecia e dava provimento ao recurso.”

9. O escopo destes embargos de divergência está resumido nestes termos (fls. 151):

“No julgamento de mérito destes embargos de divergência, certo que os eminentes Senhores Ministros, integrantes dessa

egrégia Seção, acolherão a tese eleita pela egrégia Quarta Turma, que, *data venia*, perfilha a melhor exegese dos textos legais aplicáveis e é referendada pela reiterada jurisprudência dos nossos mais autorizados Colégios Judiciários, notadamente pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, como consigna inclusive o acórdão divergente.

Acolhendo estes embargos, essa Egrégia Corte uniformizará jurisprudência que doravante será obedecida pelos Tribunais e Juízes inferiores, para geral tranqüilidade, tornando certo que nada impede que o avalista da nota promissória, se vincula também ao contrato que lhe deu origem, como devedor solidário, ficando assim responsável também pelas verbas não cambiais mas que foram contratualmente pactuadas.

Releva observar que, posteriormente ao acórdão recorrido, decisões da egrégia TERCEIRA TURMA passaram também a perfilhar a tese eleita pela QUARTA TURMA, como se vê dos documentos anexos, cópias de acórdãos proferidos no julgamento dos REsp nºs 2.944; 2.946; 2.405.”

10. A divergência na interpretação do direito em tese está suficientemente configurada e documentada nos autos, pois, do d. voto do eminente Ministro BARROS MONTEIRO, trazido como paradigma, constam estes dizeres (fls. 157 a 158):

“O julgado recorrido deu como inexigíveis as parcelas alheias à nota promissória, tais como a multa contratual, a comissão de permanência e os juros fixados acima da taxa legal. Assim decidindo, entrou em divergência interpretativa com os seguintes arestos provenientes do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, anexados por cópia aos autos: Apelações nº 357.064 (fls. 57/59); nº 357.055 (fls. 60/63); nº 375.100 (fls. 64/66) e nº 377.338 (fls. 73/77). Estas decisões assentaram que, se o avalista comparece e assina o contrato, fá-lo como garante, respondendo conseqüentemente pelos encargos a que se obrigou. Da Apelação nº 375.100, extrai-se este expressivo excerto: “quando o avalista somente assina o título, só se responsabiliza pelo valor nele constante, aí realmente nada deve responder por verbas contratuais. Mas, quando comparece ao contrato, o aceita juntamente com o devedor principal, sem qualquer ressalva passa a ser o garante das obrigações assumidas e avalista do título. São posições distintas que se somam. Sabia ele qual a real obrigação assumida no contrato, aceitou-a por inteiro e agora dela não pode se afastar, se o credor aqui só fez o financiamento em atenção ao garante que lhe pareceu bom” (fls. 66).

Conheço, assim, do recurso, e dou-lhe provimento, uma vez que, na espécie presente, o embargante-executado assinou não só a cambial, mas também o contrato de financiamento, na primeira como avalista; no segundo como garantidor e devedor solidário. E é certo que ambos os títulos são objeto da execução.

A esta orientação não é infensa a jurisprudência do Excelso Pretório, conforme se depreende a *contrario sensu* dos precedentes que se acham estampados nas RTJ 103/772 e 107/282: se o avalista se obriga na qualidade de garante em contrato à parte firmado com a instituição bancária, responde pelos encargos ali assumidos. Tal diretriz restou reafirmada em julgamento posterior (RE nº 95.277-2-RJ, relator Ministro Néri da Silveira).

Azevedo Franceschini, por sua vez, anota em sua obra "Títulos de Crédito" inúmeros julgados no sentido da admissibilidade da cobrança de verbas acessórias convencionadas em pacto adjeto juntamente com o principal, representado pela cambial. Entre eles ressei o aresto identificado sob o Verbete nº 4.690, que assim dispôs:

"É admissível a cobrança executiva de multa e juros, instituídos em pacto adjeto à nota promissória." — 'Quanto aos juros e a multa tem-se admitido que é possível a cobrança dessas verbas, desde que previstas em pacto adjeto. Esse pacto não prejudica a regular existência da cambiabilidade do título em cobrança.

O MM. Juiz salientou, com razão, que o que a lei veda é a inserção de tais cláusulas 'no título' tendo-as como não escritas, sem prejuízo, entretanto, da obrigação principal.

Nada impede, porém, que, simultânea e paralelamente, assumo o devedor cambiário outras quaisquer obrigações em cláusulas constantes de instrumento anexo ao título decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal (Rev. dos Tribunais, vol. 291/862).

No mesmo sentido tem sido a manifestação do Colendo Tribunal de Justiça (Rev. dos Trib., vols. 287/292, 294/252 e 305/317).

Igual a lição de WHITAKER ao admitir a validade das cláusulas extracambiárias, visto que a declaração constante do pacto adjeto constitui manifestação resultante de 'relações extracambiárias' que tem inteiro vigor (*op. cit.*; 5ª ed., nota 101). (AC de 29.09.1961, da 6ª Câm. Civ. do Trib. de

Just. de São Paulo, na Ap nº 105.415, da Comarca de Itapira — Rel. Des. A. MÉDICI FILHO — in 'Rev. dos Trib.', vol. 323, págs. 179/181.

Foi o aresto mantido em embargos por ac. de 15.12.61, rel.: Des. DJALMA P. FRANCO — in 'Rev. dos Tribs.', vol. 336, pág. 122.' (vol. IV, págs. 1979/1980, 2ª ed.).”

11. É bem verdade que, após a interposição destes embargos, esta Segunda Seção uniformizou a jurisprudência deste Tribunal quanto à matéria aqui controvertida, com a edição, em 12.06.91, da Súmula 26, que soa do seguinte modo:

“O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.”

12. Como quer que seja, os presentes embargos não resultam prejudicados, no ponto em que postulam as conseqüências práticas, para o caso concreto, do entendimento já consolidado.

Conheço, pois, destes embargos.

E, atendendo à alusão quase imperceptível ao escopo principal do recurso, que há de ser a decisão que se pretende diversa, da causa, tenho para mim que não se há de pôr em dúvida que é este o objetivo do recurso.

Daí que meu voto é para receber, em parte, os embargos, ou seja: para cassar o v. acórdão embargado e, assim, restabelecer a r. sentença que rejeitou *in totum*, os embargos à execução.

Em conseqüência, esta deverá prosseguir, tal como proposta, salvo no que concerne à comissão de permanência excluída pelo v. acórdão da apelação, porque, sobre isso, não há nos autos qualquer recurso e, por conseguinte, a decisão, no particular, é amparada pela preclusão. Neste sentido é a Súmula 30.

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

● SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, o julgamento destes embargos é imperioso, a despeito de termos já na súmula da jurisprudência da Corte, a ementa, *verbis*:

“Súmula 30 — A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.”

Na verdade, é mister decidir o próprio recurso, pois, muito embora, do ponto de vista estritamente técnico-jurídico, o ato de sua interposição não se assinale por todas as desejáveis excelências (o embargante esqueceu-se de explicitar o pedido de reforma da decisão), certo é que não correspondem os embargos à manifestação de mero interesse acadêmico. Estas deficiências técnicas, de qualquer maneira (penso), não impedem o conhecimento do recurso, desde que a divergência está suficientemente configurada e documentada nos autos, como já evidenciei e o intuito do recorrente se desume do conjunto de suas alegações.

Por estas razões, atendo-me ao caso concreto, reitero que conheço dos embargos e lhes dou parcial provimento, a fim de restabelecer a sentença de primeiro grau (aquele que rejeitou os embargos dos executados e contra a qual o banco não recorreu); assegurada, porém, a observância da Súmula 30.

É como voto.

APARTE

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES (Presidente): Senhor Relator, o recebimento dos embargos não estaria em atrito com a Súmula 30?

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, isso se esclarece pela sentença, sem dúvida. Resta considerar os limites dos embargos. Mas, quanto à sentença, posso esclarecer a V. Exa. prontamente. Assim, observo que os embargos suscitaram exclusão da comissão de permanência e a sentença rejeitou totalmente os embargos.

Portanto, admitiu a comissão de permanência. Vejam V. Exas. que, às fls. 30, lê-se assim:

“Face ao exposto, os embargantes pedem a exclusão da comissão de permanência, exclusão de multa, incidência de juros, a taxa legal, etc.”

Pois bem, a sentença rejeitou, pura e simplesmente, os embargos; mas esse tema não foi suscitado nos embargos de divergência.

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES: V. Exa. conhece dos embargos e julga o recurso especial.

O SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Ministro Bueno de Souza, a pretensão deles não é só estender a responsabilidade aos avalistas?

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Sim, esta é a pretensão do embargante.

O SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Então é só para esse efeito: receber os embargos para aplicar a súmula.

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES (Presidente): Acho que, conhecidos os embargos, a Seção julga o recurso especial. Seria caso de provimento em parte...

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, a questão da comissão de permanência não foi tema do recurso especial (porque o Juiz manteve a exigência); não tendo havido recurso dos executados sobre esse ponto. O acórdão de apelação afastou essa verba.

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES (Presidente): O acórdão da apelação afastou a comissão de permanência e a multa. O Banco recorre e quer responsabilizar o avalista por essas duas verbas. Talvez tenha direito quanto à multa...

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Penso que podemos prover, em parte, pois o acórdão da apelação mandou excluir a comissão de permanência. Houve recurso especial que, embora conhecido, não foi provido.

O SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Se recebesse em parte, exclusivamente para, de acordo com a Súmula 26, dar responsabilidade ao avalista.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Nessa consonância, explícito que conheço e recebo, em parte, os embargos, para submeter a espécie aos dizeres da Súmula 30, *verbis*:

“Súmula 30 — A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.”

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE: Recebe em parte mas mantém essa parte do acórdão que não foi objeto de recurso.

EXTRATO DA MINUTA

EDiv no REsp nº 2.678-0 — MG — (90.0010588-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Embte.: Banco Bradesco de Investimento S/A. Embdoç.: Afonso Henrique Lopes Madureira e outro. Adv.: Gilberto Claudio Hoerlle e outros, Maria da Piedade B. Neves Mariano.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo dos embargos e os recebendo, em parte, pediu 'VISTA' o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (em 12.02.92 — 2ª Seção).

Aguardam os Srs. Ministros Dias Trindade, Athos Carneiro, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: De há muito firmou-se a jurisprudência da 3ª Turma deste Tribunal no mesmo sentido do acórdão indicado como paradigma. O caso, entretanto, apresenta peculiaridade.

O julgado da Egrégia 4ª Turma, indicado nos embargos, deixou expresso que em ambos os títulos — contrato e promissória — compareceu o executado, “num como garantidor e devedor solidário, noutro como avalista.”

O acórdão embargado corresponde a julgamento de que participaram quatro juízes. O Ministro Waldemar Zveiter, mencionando, aliás, voto por mim proferido, ficou vencido, admitindo a responsabilidade ampla do embargado porque, “no contrato, ele assume, solidariamente, todas as obrigações”. O Ministro Gueiros Leite admitiu que havia, no caso, garantia suplementar e que os intervenientes seriam garantidores solidários. Acrescentou, porém, tratar-se de “deformação negocial”, aí vendo “operação exótica que deve acabar”. Por isso negou provimento ao especial. Vê-se, pois, que dois dos votantes tiveram como existente a solidariedade no débito, embora concluindo de maneira diferente.

Já o relator, Ministro Nilson Naves, assim concluiu seu voto:

“De conseguinte, responde o avalista pelas obrigações decorrentes do aval. E somente por elas. Não há de responder como avalista, por obrigações oriundas de contrato de mútuo, mesmo que tenha a si vinculado a letra, pois a sua assinatura aí, no contrato, não é a de avalista, mas sim de outra natureza. Talvez a de testemunhar a realização do negócio, como lembrou o aresto local.”

O Ministro Cláudio Santos acompanhou o relator, tendo salientado:

“Não explicou, claramente, o banco recorrente a solidariedade daquele avalista, quanto às obrigações contratualmente assumidas, fato que só poderia ser, quiçá, apurado através de exame de prova ou, quem sabe, via interpretação de cláusula contratual.”

Isso, após haver observado nos debates:

“Neste caso, realmente, o Sr. Ministro Nilson Naves tem toda razão, porque o avalista também assinou o contrato, mas não está claro em que condição fê-lo. Tanto que o acórdão chegou até a admitir que ele fosse mera testemunha.”

Vê-se que dois dos quatro julgadores salientaram circunstância particular do caso, dizendo com a natureza da intervenção do avalista ao firmar o contrato. Não se teve como devidamente explicitado em que condição o fez. A meu ver, o único voto a consagrar realmente posição divergente foi o do Ministro Gueiros Leite.

Em vista do exposto, peço vênha para não conhecer dos embargos.

PELA ORDEM

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, havendo um pronunciamento no sentido de não conhecer, penso que caberia ao Relator deter-se neste capítulo.

O que, realmente, considerei, foi a existência ou não de conflito entre o modo como a decisão recorrida encarou as conseqüências jurídicas do comparecimento, a dois títulos diversos, da mesma pessoa, em dois instrumentos de dívida.

Não somente me detive no modo como a respeitável decisão recorrida encarou e apreciou as conseqüências jurídicas desse duplo comparecimento, como também no modo como a decisão recorrida, à luz desta consideração, julgou a causa.

Reporto-me, embora sem poder localizá-la de imediato, àquela notável ponderação de ALFREDO BUZAID, quando abordou, em julgado do Supremo Tribunal de que foi Relator, a questão dos limites objetivos de eficácia da coisa julgada. Aquele egrégio e saudoso mestre observou que o que transita em julgado (ou faz a coisa julgada) não são as razões de decidir, mas a decisão. Naquele julgado, verdadeiramente esplêndido a muitos títulos, o saudoso mestre observou que, quando o Juiz arrazoa, é a pessoa que fala; quando, porém, o Juiz decide, é o Estado que se pronuncia.

Por isso, somente a decisão se reveste de autoridade e eficácia.

Foi, evidentemente, à luz de consideração desta natureza que encarei o fato de que, quando esta causa foi decidida, a Segunda Seção, por suas duas turmas, não havia ainda percorrido todas as estações do então controvertido tema. A egrégia Terceira Turma, como quer que seja,

repudiou (ou por este ou por aquele caminho) que, num mesmo conjunto de negócios, a mesma pessoa pudesse responder por suas duas assinaturas (uma vez que, reconhecidamente, estas existem).

Ora, ao se inadmitir esse duplo título de obrigação e de responsabilidade, o fato de se argumentar, deste ou daquele modo, *data maxima venia*, não cresce de importância.

Cumpra verificar, isto sim, se, do julgado embargado, se recolhe entendimento abstrato incompatível com aquele que a súmula, posteriormente, enunciou e que está expresso no acórdão trazido como paradigma.

Pedi a valiosa ajuda do eminente Ministro EDUARDO RIBEIRO, pois S. Exa. acaba de ler seu d. voto, porque não estou completamente seguro de que, abordando o assunto por este prisma, esteja dialogando apropriadamente com seu pronunciamento.

A entender assim, não me parece, portanto, que tenha maior relevo a variada argumentação, mediante a qual todos os votos afinal convergiram, no v. acórdão embargado, na proclamação de uma vontade de lei que importa ao Tribunal proclamar (isto é, de que, comparecendo a mesma pessoa, aqui como avalista e ali como solidária, não possa ser a ambos os títulos demandada).

Esta Corte já decidiu que pode. O acórdão trazido por paradigma adota esta orientação. A egrégia Terceira Turma, agora, estou certo, já não julgaria da mesma forma...

Finalmente, é preciso observar que os embargos de divergência, como tudo o que se faz no Tribunal, não vêm à Corte a título de debate de opiniões; mas, em busca de tutela de um interesse que se sustenta legítimo. O Tribunal, poucas semanas depois desse julgado da egrégia Terceira Turma, fixou-se em que a mesma pessoa pode ser avalista e devedora, solidária e o v. acórdão recorrido sustenta que não pode, pouco importando as tênues variações de enunciados de princípios (que, realmente, não são idênticos, em todos os pronunciamentos).

É o que me parece apropriado e suficiente, no presente momento, quanto à preliminar há pouco suscitada pelo d. voto-vista.

Peço vênias para ultrapassá-la e reiterar o voto já proferido, recebendo os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EDiv no REsp nº 2.678-0 — MG — (90.0010588-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Embte.: Banco Bradesco de Investimento

S/A. Advs.: Gilberto Claudio Hoerlle e outros. Embdos.: Afonso Henrique Lopes Madureira e outro. Adva.: Maria da Piedade B. Neves Mariano.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Relator que conhece dos embargos e os recebe, em parte, e o voto-vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro que não os conhece, pediu "VISTA" o Sr. Ministro Dias Trindade (em 25.03.92 — 2ª Seção).

Aguardam os Srs. Ministros Athos Carneiro, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: O Sr. MINISTRO BUENO DE SOUZA, relator, está em que verificada a divergência, pelas conclusões dos acórdãos, nenhuma relevância têm peculiaridades da colocação do recurso, que sofre de deficiências técnicas, mas não afetam o seu conhecimento.

Já o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO, em seu voto vista, aponta peculiaridades do caso em julgamento, para afastar a existência de dissídio, especificadamente porque somente um dos votos proferidos no julgamento estaria em dissonância com o acórdão trazido a confronto, considerando, ainda que, em seu voto, o Sr. Ministro CLÁUDIO SANTOS fundamentou a recusa de conhecimento do recurso especial, em que necessário seria o reexame da prova e de cláusula contratual, que estariam nas razões de decidir do acórdão recorrido.

Diante dessa oposição dos votos inicialmente proferidos, pedi vista, não obstante tendência a participar da opinião do Sr. Ministro Relator, da necessidade de julgamento dos embargos de divergência, ante a evidência de que, por suas conclusões, o acórdão embargado está em dissonância com o paradigma, da egrégia 4ª Turma.

Examinados os autos, no entanto, verifico que, além das peculiaridades aventadas pelo Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO, uma outra avulsa em desfavor do conhecimento dos embargos.

É que o contrato, que se diz em execução, não permite decisão diferente da que foi adotada pela Terceira Turma, já que dele constam apenas as assinaturas da empresa emitente e de dois dos seus sócios, que também avalizaram a nota promissória, também apresentada a execução, daí a dúvida do acórdão na apelação sobre a qualidade dos signatários do aludido contrato, se devedores coobrigados solidários, se simples testemunhas, também anotada pelo acórdão embargado.

Assim, se tomarmos essas assinaturas no valor de coobrigação solidária, o título se ressentir de formalidade essencial a que possa ser considerado como capaz de aparelhar execução, tal a ausência de assinaturas de duas testemunhas, exigidas no art. 585, II, do Código de Processo Civil; e se entendermos que as assinaturas apostas, sob a rubrica “avalistas”, no contrato, revelam a condição de simples testemunhas, é porque não há a coobrigação solidária, que legitimaria a execução contra essas mesmas “testemunhas”, isso porque não seria possível admitir que no contrato configurassem, ao mesmo tempo como obrigados e testemunhas. Teriam de ser uma coisa ou outra, jamais as duas, ao mesmo tempo.

Vê-se, deste modo, que a instituição financeira embargante não tinha título executivo extrajudicial, segundo as exigências do art. 585, II, do Código de Processo Civil, como ao mais ligeiro exame se pode verificar às fls. 07 do processo de execução, em apenso.

Deste modo, a execução diz respeito apenas à nota promissória que está às fls. 08 do mesmo fôlio, tratando-se, portanto de execução cambial exclusivamente, inexistente que é outro título, de natureza contratual, por lhe faltar formalidade essencial.

Atento a essa peculiaridade do caso em julgamento, é que não encontro divergência a embasar o conhecimento dos presentes embargos.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer dos embargos, acompanhando as conclusões do voto do Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

EXTRATO DA MINUTA

EDiv no REsp nº 2.678-0 — MG — (90.0010588-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Embte.: Banco Bradesco de Investimento S/A. Advs.: Gilberto Claudio Hoerlle e outros, Embdos.: Afonso Henrique Lopes Madureira e outro. Adva.: Maria da Piedade B. Neves Mariano.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Dias Trindade e do voto do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, que não conheceram dos embargos, pediu “VISTA” o Sr. Ministro Fontes de Alencar (em 08.04.92 — 2ª Seção).

Aguardam os Srs. Ministros Athos Carneiro, Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, peço vênia ao Eminentíssimo Ministro-Relator deste caso, o Sr. Ministro Bueno de Souza, para discrepar do seu entendimento e acompanhar os votos dos Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter, que não encontraram a divergência pretendida pela embargante.

Desta forma, Sr. Presidente, acompanho expressamente o primeiro voto discordante, que foi o do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, não conhecendo dos embargos por falta de divergência.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, recordo-me do caso e também me manifesto no sentido do voto que ora vem de proferir o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, recordo-me também do caso. A divergência não se configurou em razão das peculiaridades do Acórdão embargado, ou seja, da base empírica em que o mesmo se assentou. Eis porque não caracterizada a divergência.

Com a devida vênia, não conheço dos embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EDiv no REsp nº 2.678-0 — MG — (90.0010588-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Embte.: Banco Bradesco de Investimento S/A. Adv.: Gilberto Claudio Hoerlle e outros, Embdos.: Afonso Henrique Lopes Madureira e outro. Adva.: Maria da Piedade B. Neves Mariano.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Fontes de Alencar, a Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, que conhecia e o recebia, em parte, não conheceu dos embargos. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (em 10.06.92 — 2ª Seção).

Votaram com o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro os Srs. Ministros Athos Carneiro, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Ausente, nesta assentada, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

RECURSO ESPECIAL Nº 4.338-0 — SP
(Registro nº 90.0007435-5)

Relator: *Ministro Américo Luz*

Recte.: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recdos.: *Alexandrino Alves Camilo e outros*

Advs.: *Lázara Mezzacapa; Maria Thereza Rocha de Assis Moura e outros*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DENUNCIÇÃO DA LIDE. ART. 70, III, DO CPC.

Admissível a denúncia da lide, na hipótese, ao servidor público, pela Fazenda Pública, demandada por ato daquele.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, em dar provimento ao recurso, vencido o Ministro Peçanha Martins. Votaram com o relator os Ministros Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann.

Custas, como de lei.

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

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: A espécie vem sumariada no parecer do Ministério Público Federal nestes termos (fls. 97/98):

“Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, com fundamento no art. 105, inc. III, letra *a*, da Constituição Federal.

O acórdão impugnado (fls. 53/56 e 69/70), dando provimento a agravo de instrumento, indeferiu denunciação da lide formulada pelo recorrente contra o seu funcionário ao fundamento de que como se trata de ação indenizatória fundada em responsabilidade objetiva de pessoa de direito público, por ato de agente (art. 107, *caput*, da Constituição Federal anterior, e art. 37, § 6º, da vigente), não comporta denunciação da lide a este (art. 70, III, do Código de Processo Civil) a qual introduziria questão de culpa desnecessária à satisfação daquele” (fls. 53).

O recorrente, em suas razões de recurso (fls. 73/84), sustenta que a decisão questionada afronta o art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil, que impõe a denunciação da lide em casos como o presente.”

Pelo provimento do recurso é a conclusão do parecer.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Sobre a espécie, assim opina o Ministério Público Federal, em parecer lavrado pelo eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza (fls. 98/99):

“O art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil não comporta a interpretação restritiva que lhe deu o acórdão guerreado, no sentido de não caber denunciação da lide do Estado ao servidor causador do dano, quando a ação indenizatória vier fundada na responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público. A norma processual é muito clara:

“Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

.....
III — àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

O que a regra processual toma como relevante para admitir a denunciação da lide é a relação entre o denunciante e o denunciado: se pela lei ou pelo contrato este estiver obrigado a indenizar àquele, se perder a demanda. Salvo a existência de norma expressa em sentido contrário, a natureza da pretensão pelo autor da demanda originária contra o denunciante não influi na admissibilidade da denunciação.

O argumento, utilizado no acórdão impugnado, no sentido de que a interpretação restritiva preserva os princípios da economia processual e da celeridade processual, *data venia*, não é convincente. São principalmente razões de economia processual que justificam o instituto de que se trata, de modo que não parece razoável invocar as mesmas razões para restringir o seu alcance.

Exatamente porque o art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil não comporta a interpretação acanhada que lhe deu o acórdão questionado, é que os Tribunais brasileiros têm admitido a denúncia da lide ao servidor público, pela Fazenda Pública, demanda por ato daquele (TFR — RDA 147/203, RT 611/128, RBDP 43/118), apesar de não ser considerada, nesta hipótese, obrigatória (TFR — 1ª Turma, AC 64.174-RJ, Rel. Min. Dias Trindade, *in* DJU de 09/10/86, p. 18.801).

Ao considerar inadmissível, no caso, a denúncia da lide, o acórdão impugnado, ao que penso, contrariou o art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil, já que o denunciado está obrigado a indenizar (art. 107, parágrafo único, da CF/67; art. 37, § 6º, da CF/88) a denunciante se esta perder a demanda.”

Hipótese semelhante foi decidida nesta Eg. Turma no REsp nº 4.753-SP, relator o em. Ministro Vicente Cernicchiaro, estando o acórdão, publicado no DJ de 29/9/90, assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL — RESPONSABILIDADE CIVIL — DENÚNCIAÇÃO DA LIDE — O Estado responde pelos prejuízos que seus servidores causarem a terceiro, segundo a responsabilidade objetivo-administrativa. Terá, por sua vez, direito à ação de regresso, caso o funcionário haja atuado com dolo ou culpa. Na denúncia da lide, ação incidental, os fundamentos das demandas devem ser os mesmos. Cumpre, porém, atender a finalidade do instituto, isto é, a celeridade processual. O princípio incide também na espécie. O exame do caso concreto dirá da conveniência do deferimento. Conclusão que se harmoniza considerado o caráter instrumental do processo.”

Do exposto, dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.338 — SP — (90.0007435-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdos.: Alexandrino

Alves Camilo e outros. Advs.: Lázara Mezzacapa, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator (Américo Luz), dando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Aguardam os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins (em 14.08.91 — 2ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Após muito meditar sobre a controvérsia, cheguei à conclusão de que a melhor forma de deslindá-la é a preconizada pelo ilustre Relator: embora a questão culpa não se inclua no âmbito da ação indenizatória, fundada em responsabilidade objetiva de pessoa de direito público, por ato de seu agente (CF/67, art. 107, *caput*; CF/88, art. 37, § 6º), sendo tema cuja indagação interessa apenas à ação regressiva pertinente, tal circunstância, contudo, não afasta a denúncia da lide, prevista no art. 70, III, do CPC, pleiteada pela entidade pública.

Em sentido análogo ao preconizado pelo ilustre Relator, o decidido pela Egrégia Primeira Turma, ao julgar o REsp 594-RS, Relator Ministro Garcia Vieira, cujo acórdão ficou assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL — DENÚNCIAÇÃO À LIDE — AGENTE PÚBLICO CAUSADOR DO DANOS.

É de todo recomendável que o agente público, responsável pelos danos causados a terceiros, integre, desde logo, à lide, apresente sua resposta, produza prova e acompanhe toda a tramitação do processo.

Inexistência de violação à lei federal.

Recurso conhecido pela letra *c* e improvido”.

Isto posto, em conclusão, acompanho o Relator: dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.338-0 — SP — (90.0007435-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogada: Lázara Mezzacapa. Recdos.: Alexandrino Alves Camilo e outros. Advs.: Maria Thereza Rocha de Assis Moura e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Pádua Ribeiro acompanhando o Sr. Ministro-Relator, no que foi secundado pelos Srs. Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann, pediu vista o Sr. Ministro Peçanha Martins (em 24.06.92 — 2ª Turma).

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

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Cuida-se, no caso, de recurso especial manifestado contra acórdão da Egrégia 2ª Câmara Civil do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, que, julgando agravo de instrumento requerido pela Fazenda do Estado, indeferiu a denúncia à lide do seu funcionário, pleiteada em ação ordinária de indenização proposta por ALEXANDRINO ALVES CAMILO E OUTROS.

O eminente relator, Min. Américo Luz, emitiu voto pelo provimento do Recurso.

Data maxima venia tenho opinião divergente.

As Constituições Federais de 1967 e 1988, consagraram, nos seus artigos 107, *caput*, e 37, § 6º, a responsabilidade objetiva de pessoa jurídica de direito público por ato de agente seu.

Diz o citado § 6º do art. 37 da atual Carta Magna:

“6º — As pessoas jurídicas de direito público, e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

É certo que o art. 70, inciso III, do CPC, determina a obrigatoriedade de denúncia à lide “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.”

O extinto TFR, por sua 1ª Turma, sendo relator o eminente Min. Dias Trindade, assentou que, nesta hipótese, a denúncia não seria obrigatória (TFR, 1ª Turma. AC 64.174-RJ *in* DJU de 9.10.86, pág. 18.801).

Os arts. 74 e 75, I, do CPC, por seu turno, impõem:

“Art. 74. Feita a denúncia pelo autor, o denunciado, comparecendo, assumirá a posição de litisconsorte do denunciante e poderá aditar a petição inicial, procedendo-se em seguida à citação do réu.”

“Art. 75. Feita a denunciação pelo réu:

I — se o denunciado a aceitar e contestar o pedido, o processo prosseguirá entre o autor, de um lado, e de outro como litisconsortes, o denunciante e o denunciado;...”.

Com se vê, seja qual for a parte denunciante, dela será litisconsorte necessário o denunciado.

Se assim é, indaga-se, como poderá o agente público, denunciado à lide pelo Estado para responder pelo cometimento de ato ilícito por culpa ou dolo, assumir a posição de litisconsorte do denunciante em ação ordinária na qual o autor deverá tão-somente provar o fato para obter a decretação de ressarcimento do dano sofrido, por isso mesmo que impeça a responsabilidade objetiva do Estado?

Admitir-se possa o denunciado à lide ser processado sem defesa ampla seria contrariar o princípio do contraditório. Submeter-se o A. da ação a instrução da causa por força da ampla defesa do denunciado, corresponderá à frustração do princípio da responsabilidade objetiva do Estado, insculpido na Carta Magna.

Os fundamentos das demandas do Estado e do denunciado à lide não são os mesmos. E a responsabilidade objetiva do Estado foi estabelecida em favor do A., que não pode ser obrigado, no processo, a provar culpa ou dolo do agente público ou ver retardado o julgamento da lide pelo exercício do seu direito de ampla defesa.

Entendendo que não é obrigatória a denunciação à lide do agente público, por inexistir litisconsórcio entre ele e o Estado, divirjo do eminente Min. Relator e nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.338-0 — SP — (90.0007435-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogada: Lázara Mezzacapa. Recdos.: Alexandrino Alves Camilo e outros. Advs.: Maria Thereza Rocha de Assis Moura e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, vencido o Sr. Ministro Peçanha Martins que lhe negava provimento (em 05.10.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 4.905 — MG
(Registro nº 90.0008728-7)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Banco Bradesco S/A*

Recdos.: *Paulo Gonçalves Torres e outro*

Advogados: *Drs. Marcina da Silva Maquine e outros e Eduardo
Ferreira da Silva*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MÚTUO. EXECUÇÃO. PLURALIDADE DE TÍTULOS.

1. “O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.” (Súmula 26 do STJ).

2. “Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio.” (Súmula 27 do STJ).

3. Recurso especial conhecido e provido para determinar que o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação.

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. Vencido, quanto à preliminar de conhecimento, o Senhor Ministro Fontes de Alencar. Votaram com o Relator os Senhores Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Banco Bradesco S/A promoveu execução fundada em títulos de crédito vinculado a contrato, contra devedor principal e avalista (v. autos apensos).

Opostos embargos, conjuntamente, por todos os executados, foram julgados improcedentes (fls. 25/26).

Em grau de apelação, a Quinta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, à unanimidade, decidiu, de ofício, anular a execução.

Eis os fundamentos do v. acórdão (fls. 58/59):

“Tem-se como imprescindível, na espécie em debate, a decretação da nulidade do processo de execução e, em consequência, do processo de embargos.

Com efeito, é cediço no texto da lei, na doutrina e jurisprudência, que a execução tem como pressuposto específico a existência de título judicial ou extrajudicial, líquido, certo e exigível.

No caso *sub judice*, a exordial deixou de atender ao princípio que impõe seja o pedido certo e determinado, como isso baralhando sua pretensão de tal forma que não se sabe se a execução foi do contrato ou da cédula promissorial, daí decorrendo graves consequências, para o reexame da matéria colocada no tablado desta superior instância.

Se a execução é do contrato, esbarra-se com a problemática de não ser ele título líquido, certo e exigível, porque lhe falta a assinatura das duas testemunhas, impostas pelo artigo 585, II, do CPC, e o valor da execução não seria Cz\$ 279.015,39, mas Cz\$ 170.000,00, que é o valor do principal, que nele figura.

Se a execução é de cédula promissorial, o valor da execução é de Cz\$ 279.015,39 e não Cz\$ 170.000,00, constante do contrato e, além do mais, não se poderia incluir naquele valor a taxa de 610% ao ano, a taxa feneratícia de 12% ao ano e a taxa de permanência, porque esses acessórios estão previstos no contrato e não na cédula promissorial, não podendo, assim, integrarem-se no valor desta.

No que se tange ao executado Sebastião Bruno da Silveira, a situação se complica, também, porque ele figura como avalista na promissória, mas como garante no contrato.

Se se executa o contrato, ele teria de responder pelos acessórios ajustados naquela avença; se executado como avalista, na promissória, a responsabilidade por aqueles acessórios não lhe cabe, mas tão-só os próprios dos títulos cambiais e cambiari-formes como juros legais e correção monetária, a partir do vencimento da cártula e nada mais.”

Contra essa decisão, a instituição financeira manifestou recurso especial (fls. 63), com fundamento na letra *a* do permissivo constitucional, sustentando que o v. acórdão recorrido incidiu em erro na valoração jurídica da prova e na definição dos fatos.

Agora a recorrente pretende seja cassada a decisão recorrida, restabelecendo-se a sentença de primeiro grau.

Admitido o recurso (fls. 109/110), subiram os autos a esta Corte.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, não há dúvida de que o v. Acórdão recorrido teve como certo que o recorrente não pode valer-se, para basear a execução, de crédito decorrente de contrato de empréstimo e, bem assim, em nota promissória em razão dele emitida e avalizada.

2. A questão, por conseguinte, se resume em saber se os dois títulos de dívida se excluem reciprocamente ou se, ao contrário, podem coexistir; e, mais ainda, se é possível a execução concomitantemente fundada em ambos.

A propósito, cumpre atentar para os reiterados pronunciamentos desta Corte, compendiados na Súmula de jurisprudência, consoante estes enunciados:

“Súmula 27 — Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio.”

“Súmula 26 — O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.”

No caso vertente, mostram os autos (fls. 07, 07 v. e 08 dos apensos) que tanto o devedor principal como o avalista (na qualidade de devedor solidário), nos termos da cláusula 17ª do contrato de financiamento que subscreveram, assumiram a responsabilidade pelo integral pagamento da dívida.

3. Assim, tenho como apropriada a alusão, pelo recorrente, ao art. 585, I e II, do Código de Processo Civil, a par da alegação de inaplicabilidade do artigo 618, I, do mesmo diploma legal, que o acórdão recorrido fez incidir indevidamente sobre a espécie.

Como já observou, no Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro CUNHA PEIXOTO, “há ofensa à lei, não só quando a decisão denega sua vigência, como quando enquadra erroneamente o texto legal à hipótese em julgamento.” (RTJ 98/324).

Eis porque, *brevitatis causa*, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para restabelecer a sentença do primeiro grau, decotada, porém, a comissão de permanência (Súmula 30 desta Corte).

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, prontifico-me a acolher esta oportuna ponderação de V. Exa. Não poderíamos apegar-nos aos rigores formais do ato de interposição do recurso (segundo penso), quando é torrencial nessa jurisprudência em sentido oposto ao da decisão impugnada, assim se evitando desigualar completamente este caso dos demais, que em tudo a ele se assemelham.

No recurso, pede-se a cassação do acórdão; cuidado, porém, apropriado determinar que o Tribunal de Alçada de Minas Gerais prossiga no julgamento da apelação, pois a anulação do processo *ex officio*, pelo Tribunal *a quo*, deixou sem apreciação a apelação que lhe fora submetida.

ESCLARECIMENTOS

O SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Eminente Relator, verifica-se que o venerando acórdão recorrido, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, anulou o próprio processo de execução, e assim o fez por entender que as questões estavam embaralhadas “de tal forma que não se sabe se a execução foi do contrato ou da cédula promissorial, daí decorrendo graves conseqüências para o reexame da matéria colocada no tablado desta Superior Instância”.

Depois, nele se afirma que o contrato não seria título executivo por faltar-lhe a assinatura das duas testemunhas *ut* artigo 585, II, do CPC.

Quanto à nota promissória, sustenta o aresto que o valor da execução então seria outro, e não se poderia incluir naquele valor as taxas fene-ratícias, taxas de permanência etc., por estarem, tais acessórios, previs-tos no contrato e não na nota cambial.

Como V. Exa., também conheço do recurso porque não me parece ocorra nulidade, na linha de muitos precedentes desta Turma. Se o Tri-bunal de origem entende que um dos dois títulos trazidos à baila, como suporte de execução, não é título executivo, afastará este título e apre-ciará a execução com base no título que sobrou, remanescente. Não se pode afirmar que uma nota promissória não seja um título líquido e certo; pode-se dizer é que o pedido de execução foi feito por valor que não con-soa com o da nota promissória, caso em que os excessos poderão ser oport-unamente decotados pelo Tribunal, em apreciando embargos.

Tenho a impressão, todavia — vou rogar muita vênia ao Eminentе Relator —, que a hipótese não será de restabelecer a sentença, porque se o acórdão de ofício anulou a execução, o Tribunal não terá julgado a apelação interposta pelos executados. Então, há pendente uma apelação interposta pelos executados, recurso este que não recebeu, de mérito, o julgamento do Segundo Grau, porque o Segundo Grau anulou o proces-so. Como estamos entendendo que o processo não é nulo, creio que a solução mais adequada será a de cassar o aresto recorrido, para que o Tribunal se digne apreciar a apelação interposta pelos embargantes.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Pre-sidente, acolho esta ponderação de V. Exa. porque este caso traz o mes-mo propósito de outros tantos casos semelhantes e não poderíamos ape-gar-nos aos rigores formais do ato de interposição, quando é torrencial a nossa jurisprudência, no sentido propugnado, para os casos similares.

Acolho esta ponderação de V. Exa. para, como foi pedido no recur-so, provê-lo, cassar o v. acórdão e determinar que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais prossiga no julgamento do recurso.

O SENHOR MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Eminentе Rela-tor, o recurso especial fundado na alínea *a* indica como violado o art. 618?

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Em outras palavras, a interposição do recurso não é, certamente, um modelo de técnica postulatória; lida, porém, com certa dose de boa vontade, perce-be-se que no desenvolvimento das razões se contém a crítica ao v. acór-dão recorrido, por haver aplicado o art. 618 do Código de Processo Civil, quando o caso não comporta subsunção da espécie a essa disposição le-gal.

O SENHOR MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Então sequer indica com precisão afronta ao art. 618; menciona que a aplicação desse artigo lhe teria trazido prejuízo, mas não indica o dispositivo legal que teria sido violado.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Volto a insistir em que a compreensão do teor da impugnação não se oferece com a desejada clareza; mas, de qualquer modo, resulta perceptível.

O SENHOR MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Mas, o que estou tentando fazer entender é no sentido de que inobstante os precedentes de que tenho participado, se a parte não indica com precisão o dispositivo de Lei Federal que teria sido afrontado pela decisão recorrida, não cabe a esta Corte garimpar no recurso para extrair uma indicação.

O SENHOR MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Mas há uma referência de afronta ao art. 618.

O SENHOR MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Mas não considero o art. 618 afrontado porque o Tribunal o aplicou.

O SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Pediria vênia para observar que cabe recurso especial tanto nos casos em que se não aplicou a norma da lei que incidiu, como também nos casos em que se aplicou norma que não tenha incidido.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Precisamente neste sentido é o precedente do Supremo Tribunal, a que me referi; certo é, sim, que ainda não temos precedentes neste sentido, pelo que me consta.

O SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Creio que sim. Já temos conhecido de recursos, não apenas por não aplicada a lei incidente, mas também pela aplicação daquela que não incidiu, como seria a hipótese.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Penso que não se devia aplicar, Sr. Ministro Fontes de Alencar, porque, dizer que, numa execução proposta com base no contrato e na promissória, não vale pela promissória, porque o valor reclamado não coincide com o que está escrito no título; e não vale pelo contrato, porque o avalista não é quem o assina, é criar um impasse que a espécie não justifica.

Penso tratar-se apenas de jogo de palavras.

Temos apreciado nesta Turma dezenas de casos, em tudo semelhantes; não vejo por que discriminar o caso dos autos, por não ter o recorrente contado com o auxílio de uma peça processual mais diligente.

A afronta, contudo, está na aplicação do art. 618 à espécie que não a admite.

O SENHOR MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Afronta a Lei Federal porque aplicou-se o art. 618. Que Lei Federal ele afrontou?

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): É precisamente este art. 618 o afrontado, porque, como disse certa vez o saudoso Ministro OROZIMBO NONATO, seria “conspícua absurdeza” fazê-lo incidir, na espécie.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, vou aderir ao voto do Eminentíssimo Ministro-Relator por causa dos precedentes nesses casos de Minas Gerais.

Acompanho o Eminentíssimo Ministro-Relator.

VOTO — MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, conhecido que está o recurso, acompanho o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator, na forma com que ele aderiu ao voto do Eminentíssimo Ministro Athos Carneiro.

RETIFICAÇÃO DE VOTO (VENCIDO)

PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, peço vênias para retificar o meu voto, até porque esta Corte tem precedentes no sentido de que o recorrente deve indicar com precisão o dispositivo da Lei Federal que teria sido violado — o que não ocorre no caso presente. Salvo engano de minha parte, há casos precedentes de que fui Relator e do qual foi Relator o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Assim, por essas razões, rogando vênias ao Eminentíssimo Ministro-Relator e aos demais Colegas que já se manifestaram em sentido contrário, não conheço do recurso.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Conheço do recurso, ao fundamento de que a parte manifestou sua inconformidade em relação ao decidido pelo Tribunal *a quo*, não deixando de ter pertinência o art. 618, CPC.

A matéria já é bastante conhecida. Tivemos oportunidade de julgar diversos precedentes no tema.

Com o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, peço vênha ao eminente Ministro Fontes de Alencar para, neste caso, acompanhar S. Exa. o eminente Ministro-Relator. Na hipótese em exame, o recorrente, muito embora sem o devido apuro técnico, indicou a lei federal que reputa malferida, que é o art. 618, inciso I, do Código de Processo Civil.

Conheço do apelo extremo e o provejo também, porquanto houve inegavelmente aplicação errônea da lei ao caso concreto.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.905 — MG — (90.0008728-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Banco Bradesco S/A. Recdo.: Paulo Gonçalves Torres e outro. Advs.: Marcina da Silva Maquine e outros e Eduardo Ferreira da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator; vencido, quanto à preliminar de conhecimento, o Sr. Ministro Fontes de Alencar (em 18.02.92 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.104 — RS

(Registro nº 90.0009176-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Incofarma — Produtos Farmacêuticos e Representações Ltda.*

Recorridos: *Luiz Geraldo Bresciani e outro*

Advogados: *Paulo do Couto e Silva e outros; Frederico Eduardo Sobbe*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE À LEI. PROVIMENTO PARCIAL.

Ação de indenização. Hipótese em que são inaplicáveis os arts. 213 da Lei Falimentar e 75 da Lei de Mercados de Capitais.

O art. 461 do CPC veda a sentença cujo comando depende de condição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso especial em parte e, nesta parte, em dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o relator os Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Nilson Naves. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Waldemar Zveiter, por não ter assistido ao relatório.

Custas, como de lei.

Brasília, 31 de março de 1992 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Ação ordinária de indenização proposta por Incofarma — Produtos Farmacêuticos e Representações Ltda. contra Luiz G. Bresciani e sua ex-mulher Maria Aparecida Garay Bresciani, foi julgada procedente, em parte, para condenar o primeiro réu “ao pagamento da indenização pleiteada na inicial, vertida em moeda nacional à data do ajuizamento da ação, acrescida de juros legais a contar do ato citatório e correção monetária a partir do ajuizamento da demanda” (fls. 490, vol. 2), além dos ônus da sucumbência. Com relação à outra, o processo foi declarado extinto (art. 267, VI, do CPC), recaindo sobre a autora os encargos processuais.

Ao apreciar apelações da promovente e do promovido varão, decidiu o órgão competente do Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.

Responsabilização *ex delicto* e não *ex contractu*.

Tendo ficado demonstrada a atuação culposa do demandado, ao deixar de liquidar o débito para com a demandante em contrato de compra e venda de mercadoria com operação de câmbio para exportação, cabe sua responsabilização *ex delicto*, independentemente do que ficara estabelecido *ex contractu*, cabendo, também, a responsabilização de sua ex-mulher, cuja culpa foi demonstrada de forma evidente pela atuação conivente para prejudicar a autora.

Apelo da demandante provido e do demandado, também, mas em parte.” (fl. 547, vol. 2).

Mas, ao dar provimento parcial à apelação do réu, o fez o Tribunal *a quo* para “reduzir a condenação ao montante a ser apurado em liquidação de sentença por artigos, e correspondente ao valor efetivamente pago pela demandante ao Banco do Brasil em ressarcimento pela antecipação de dólares relativa ao contrato de câmbio, feita a conversão dos dólares em cruzados na data da decretação da concordata e com a condenação em juros legais e em correção monetária a partir das datas dos ressarcimentos ao Banco do Brasil, até a data do efetivo pagamento” (fl. 548, vol. 2).

Apresentados embargos de declaração pelos interessados, ambos foram rejeitados, justificando a Câmara julgadora com relação aos embargos da Incofarma:

“Na verdade, a pretensão da demandante não pode ir além dos prejuízos sofridos, e estes são, realmente, aqueles advindos da cobrança, pelo Banco do Brasil, do adiantamento por efeito do contrato de câmbio.

Também não procede a argumentação da embargante de que o critério adotado para a responsabilização *ex delicto* do demandado não tem atinência ao caso concreto, porquanto a concordatária, no caso, seria a credora e não devedora do demandado. Aqui, trata-se da aplicação de um critério de justiça, porquanto o Banco do Brasil, como credor no contrato cambial, só poderia exigir o valor estabelecido na decisão dos embargos, isto é, com a conversão dos dólares em cruzados na data da decretação da concordata e com a condenação de juros legais e correção monetária a partir das datas dos ressarcimentos ao

Banco do Brasil. Esse critério está fundado em decisão dos egrégios Grupos Cíveis, o 2º Grupo Cível deste Tribunal, em uniformização de jurisprudência a respeito de correção monetária em adiantamentos de contratos de câmbio. Quanto a este aspecto, a embargante não pode alegar surpresa, porquanto a própria magistrada em primeiro grau já julgara, com critério diverso, a mesma matéria, o que não foi objeto de apelo de parte da ora embargante.

Nessas condições, descabe razão à embargante.

Quanto à omissão no que diz com a forma de incidência de correção monetária sobre a parte do crédito da autora, que excede o valor do adiantamento, também descabe razão à embargante, porquanto essa circunstância não foi discutida no ventre dos autos, e somente agora alega a embargante haver valores que correspondem aos títulos de crédito, que não teriam sido objeto do contrato de câmbio. Nem na contradita, alegou a embargante a existência desses créditos, pelo que descabe, agora, fazê-lo.

Nestes termos, eminentes Colegas, meu voto é no sentido de rejeitar também os embargos de declaração opostos pela demandante". (fls. 595/597, vol. 3).

Novos embargos declaratórios foram apresentados por esta, contudo, também rejeitados.

Formulou então a Incofarma o recurso extraordinário de fls. 649/671, em dezembro de 1988, com base nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional, ao qual foi negado seguimento, processada, porém, a arguição de relevância.

Face ao agravo de instrumento por mim provido, sob fundamento de não preclusão da matéria infraconstitucional objeto da arguição de relevância e de desdobramento do recurso constitucional antes referido, o especial foi admitido por entender a presidência não haver como impedir a sua marcha, fundado na alegação de contrariedade ao art. 461 do CPC (decisão de fls. 764/768).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE À LEI. PROVIMENTO PARCIAL.

Ação de indenização. Hipótese em que são inaplicáveis os arts. 213 da Lei Falimentar e 75 da Lei de Mercado de Capitais.

O art. 461 do CPC veda a sentença cujo comando depende de condição.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Afastou o Sr. 1º Vice-Presidente do Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Des. José Barison, a possibilidade de conhecer-se do recurso pelo dissídio, porque não observadas as regras regimentais, no que fê-lo bem.

Por outro lado, justificou:

“O v. aresto recorrido decidiu que só seriam pagáveis os valores em dólares correspondentes à data da decretação da concordata de INCOFARMA, — e não como pretende a demandante, pelos dólares do dia do pagamento da liquidação ou execução posterior, invocando, para tanto, os arts. 75, § 3º, da Lei do Mercado de Capitais, combinado com o art. 213, da Lei de Falências.

A recorrente diz violados esses dispositivos por inaplicáveis à espécie — ação de indenização, e não de cobrança de adiantamento cambial. Postula, então, se dê aplicação à Súmula 562, do STF.

No entanto, como referido no item 2, essa questão envolvendo a correção monetária, já transitou em julgado”. (fl. 767, vol. 04).

Na realidade, ao decidir o Agravo de Instrumento nº 410, do Rio Grande do Sul, assinalei estar precluso o dissídio com a Súmula 562 do STF, porque não foi atacada, no mesmo agravo, a questão. Nada obsta, entretanto, face à admissão preambular do recurso, o exame da aplicação dos arts. 213 da Lei de Falências, e 75, § 3º, da Lei nº 4.278/65, temas claramente abordados na arguição de relevância.

A respeito, leio no voto do relator:

“Assim, a despeito de que o demandado tenha causado prejuízos à demandante, a indenização dos mesmos deve restringir-se ao que realmente tenha sofrido a vendedora e não supostos valores que não foram comprovados devidamente nos autos.

De contrário, tornar-se-ia muito cômoda a posição de credores que, ao invés de exigirem, pelos meios normais, ou sejam,

por aqueles advindos da inadimplência do devedor, o montante do débito e perdas e danos como consectários dos negócios comerciais ou civis, elegendos a responsabilização *ex delicto* para ultrapassar as lindes de uma execução normal mediante processo de execução, ordinária ou sumaríssimo, com base no ajustado negócio jurídico.

No caso, não se pode deixar de sopesar o que os preceitos dos artigos 213, da Lei de Falências, e 75, § 3º, da Lei nº 4.728, que disciplina o mercado de capitais, dispõem a respeito da matéria.

A demandante deixou de juntar a prova de que liquidou o débito relativo à antecipação de dólares por decorrência do contrato de câmbio, referente à exportação das mercadorias, e, como esteve ela sob regime de concordata, é preciso que se estabeleça corretamente quanto efetivamente pagou a esse estabelecimento bancário, valor esse de que serão deduzidos US\$ 154.553,72 de uma compensação (fls. 143 e 144, 146 e 149) e que constituirá a base para fixar-se a condenação. Conseqüentemente, do que tiver liquidado no Banco do Brasil, em ressarcimento dos US\$ 406.442,62, deduzir-se-ão os US\$ 154.553,72, com o que se obtém o montante em dólares que, ao câmbio da data da decretação da concordata, transformados em cruzados (art. 213 da Lei de Falências), constituem o montante da indenização, a que serão acrescidos a correção monetária e os juros legais, mantida a verba honorária de 15% sobre o montante da condenação." (fls. 553/554).

Data venia, não é o caso de aplicar-se tais dispositivos, eis que não se cogita de crédito contra falida ou concordatária, mas de direito de empresa que, por força do prejuízo, foi compelida a requerer concordata, e assim faz jus ao ressarcimento, observado o limite fixado pelo acórdão, em moeda estrangeira, convertida em cruzeiros, na data da efetiva liquidação.

Finalmente, não há como condicionar-se o ressarcimento à prova de pagamento ao Banco do Brasil.

Nesse ponto, a sentença ofende o disposto no art. 461 do CPC, que inadmite sentença incerta ainda quando decida relação jurídica condicional.

Por tais motivos, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para excluir a incidência das regras estabelecidas nos arts. 213 da Lei de Falências e 75, § 3º, da Lei nº 4.278/65, bem assim não estabelecer qualquer condição para a execução do título judicial constituído.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.104 — RS — (90.0009176-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Incofarma — Produtos Farmacêuticos e Representações Ltda. Recdos.: Luiz Geraldo Bresciani e outro. Advs.: Drs. Paulo do Couto e Silva e outros e Frederico Eduardo Sobbe. Sustentou oralmente pela Recorrente o Dr. Paulo do Couto e Silva.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento em parte, pediu vista o Sr. Ministro Nilson Naves. Aguardam os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Dias Trindade (em 19.11.91 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Levada a pedir concordata, em decorrência de ato ilícito dos réus, que culminou no não-pagamento de importância em dólar norte-americano, a autora intentou ação ordinária de indenização, aduzindo, ao final de sua petição:

“41. Em razão do exposto, incidiram os RR. no princípio matriz da responsabilidade delitual que é o art. 159 do C. Civil, e estão obrigados pessoalmente a responder perante a A. pelos prejuízos que lhe causaram.

42. A ação não é, portanto, de cobrança das cambiais aceitas, protestadas e não pagas. Esses títulos servirão apenas como ‘corpo de delito’ do ilícito, para caracterizar e mesmo quantificar a lesão que a demandante sofreu, em razão do comportamento dos demandados.

Requer, pois, respeitosamente, a citação dos RR. no endereço indicado, para acompanharem a presente ação e afinal indenizarem a A. dos prejuízos que lhe causaram, no valor de US\$ 309.888,90 (US\$ 406.442,62 menos o crédito compensado de US\$ 154.553,72), a ser convertido em cruzeiros à data do efetivo pagamento, mais honorários de 20% sobre o valor da condenação, juros e custas.

Com protesto por todo gênero de provas, requer o depoimento pessoal de cada um dos RR.”

2. Da sentença, que julgara procedente em parte a ação (“... julgo procedente, em parte, a ação e condeno Luiz Geraldo Bresciani, ao pagamento da indenização pleiteada na inicial, vertida em moeda nacional à data do ajuizamento da ação, acrescida...”), apelaram Incofarma e Luiz Geraldo, e o acórdão proveu a apelação da autora, para responsabilizar, também, a ré Maria Aparecida, e proveu em parte a apelação do réu, para, em suma, reduzir a condenação que lhe fora imposta, *verbis*:

“Meu voto, assim, é no sentido de, prejudicado o agravo retido e dado provimento ao apelo da autora, dar também provimento, em parte, ao apelo do demandado, para reduzir a condenação ao montante a ser apurado em liquidação de sentença por artigos, e correspondente ao montante efetivamente pago pela autora ao Banco do Brasil em ressarcimento pela antecipação de dólares relativos a contrato de câmbio, feita a conversão dos dólares em cruzados na data da decretação da concordata, e com a condenação em juros legais e em correção monetária, das datas dos ressarcimentos ao Banco do Brasil até a data do pagamento, mais honorários de 15% sobre a condenação.”

3. Neste Tribunal, do exame do recurso especial, interposto pela autora, o Sr. Ministro Cláudio Santos, na sessão em que teve início o seu julgamento, deu-lhe parcial provimento “para excluir a incidência das regras estabelecidas nos arts. 213 da Lei de Falências e 75, § 3º, da Lei nº 4.278/65, bem assim não estabelecer qualquer condição para a execução do título judicial constituído”.

Tocante aos dois pontos do provimento, estou de acordo com S. Exa. Com efeito, inaplicável à espécie o art. 75, § 3º, c.c. o art. 213, referidos, vindo a pêlo, doutra parte, o art. 461, que requer sentença certa, “ainda quando decida relação jurídica condicional”. Eis o voto de S. Exa.: (lê).

4. Sobre a alegação de que teria ocorrido julgamento *extra petita*, a contar do momento em que o acórdão houve por bem “restringir a condenação”, neste passo:

“Todavia, merece provimento, em parte, seu apelo, para restringir a condenação ao valor real do que teve de desembolsar a demandante junto ao Banco do Brasil, pela antecipação dos dólares que lhe fez este estabelecimento bancário. A demandante postula o recebimento do montante em dólares que lhe não pagou a Copertrading Co., mas, como a exportação foi feita por intermédio do estabelecimento oficial, o Banco do Brasil, a

demandante só faz jus ao que efetivamente pagou ao estabelecimento bancário, por não ter a sacada nas letras de câmbio, ou seja, a Copertrading Co., liquidado o débito junto ao tomador, isto é, ao referido Banco do Brasil.”

Alega a recorrente que a questão relativa ao adiantamento (ou ao empréstimo) é estranha à causa de pedir, donde a contravenção ao art. 460 do Cód. de Pr. Civil. Pleiteia seja anulado, nessa parte, o acórdão recorrido. Confiram-se estes dois tópicos do recurso:

“Se a exportadora contraiu empréstimo, ou no banco em que realizou o câmbio ou em outra qualquer fonte, é assunto dela com o financiador, que não pode alterar o *quantum* da inadimplência.

19. Assim, a honorável provisão recorrida julgou pedido diferente do formulado, situou-se *extra petita*, deixando a lesão praticada ao patrimônio da A. à margem de apreciação judiciária, como o exigem os apontados dispositivos das Constituições passada e atual.”

5. Impõe-se, então, saber se o acórdão recorrido, no procedimento restritivo da condenação, teria alterado a causa de pedir, contemplando questão não incluída na *litiscontestatio*, em suma, se teria proferido decisão, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, ao ver da dicação do aludido art. 460. Já ementei, é certo, no REsp 25, in RSTJ-3/1.071, dessa forma: “2. Julgamento *extra petita*. Ocorre, quando o acórdão contempla questão não incluída na *litiscontestatio*. Hipótese em que o tema da correção monetária foi levantado no aresto recorrido, de ofício. Afronta aos arts. 128 e 460, do Cód. de Pr. Civil”.

Parece-me que o acórdão recorrido não proferiu julgamento *extra petita*.

6. Não o proferiu porque não se afastou da *litiscontestatio*, a saber, da controvérsia que se estabelecera entre os contendores. Pedia a autora indenização por prejuízos, à luz do disposto no art. 159 do Cód. Civil, e contestava o réu negando os prejuízos (“em nenhum momento vislumbra-se qualquer atitude do demandado que tenha causado prejuízo à autora, não se enquadrando os fatos nas hipóteses do artigo 159 do C.C.B.”, da sentença, fl. 484). Pois bem, opostas assim em juízo as contradições (entende-se por *litiscontestatio* “a legítima contradição oposta em justiça pelas partes”), era lícito ao acórdão, uma vez reconhecida a responsabilidade dos réus, quantificar o prejuízo, podendo, nessa operação, dar menos do que o valor pedido, e, ao assim proceder, não proferiu decisão de natureza diversa da pedida, ou julgou pedido diferente do formulado. Veja-se de que modo o acórdão da apelação se justificou:

“A despeito de tratar-se de ação para responsabilizar os réus por culpa *ex delicto* e não *ex contractu*, a verdade é que a indenização a que faz jus a demandante se tem de fundar no real prejuízo que sofreu e desse prejuízo ela não comprovou o montante, senão que alegando, apenas que teve de ressarcir o Banco do Brasil pelo adiantamento dos dólares em decorrência do contrato de câmbio, não trouxe nenhum adminículo probatório desses pagamentos ao estabelecimento bancário.

A demandante enfatiza muito a atitude ilícita sob diversos aspectos dos demandados, mas a verdade é que chegou a se associar Álvaro Delacoste Torres, sócio Diretor da demandante, com Luiz Geraldo Bresciani em uma sociedade comercial formada na República Oriental do Uruguai, de nome ‘Montisol Sociedad Anonima’, de que foi principal acionista a Sra. Jane Koops Torres, esposa de Álvaro, fato admitido pela própria demandante ao justificar os repasses de dinheiro feitos por Bresciani da Europa para Álvaro (fls. 186 a 204, 205, 206, 341 e 342).

Também em 20 de maio de 1985, muito depois de vários protestos dos títulos devidos pela Copertrading Co., o acatado economista Artur João Lavies subscreveu um laudo de análise de dados da contabilidade da Incofarma Produtos Farmacêuticos e Representações Ltda., que se destinava a possibilitar elementos para ingressar como sócio na demandante Luiz Geraldo Bresciani (fls. 209 a 257), o que indica que as relações, até então, eram amistosas de autora e réus.

Foi somente ao depois que as relações se deterioraram, tendo Bresciani tentado incriminar os diretores da Incofarma, e, talvez, daí, as acusações mútuas de ilicitude de jogadas de um contra o outro.

Esses fatos evidenciam que a pretensão da demandante, de imputar ações criminosas contra os réus, é manifestação de revide, porquanto se, até depois dos negócios de que dão conta o processo e pelos quais quer a autora responsabilizar os réus pretendia associar-se com o mesmo, não poderia ser tão criminosa a atuação do demandado.

Assim, a despeito de que o demandado tenha causado prejuízos à demandante, a indenização dos mesmos deve restringir-se ao que realmente tenha sofrido a vendedora e não supostos valores que não foram comprovados devidamente nos autos.”

E o acórdão dos embargos de declaração:

“Na verdade, a pretensão da demandante não pode ir além dos prejuízos sofridos, e estes são, realmente, aqueles advindos da cobrança, pelo Banco do Brasil, do adiantamento por efeito do contrato de câmbio.”

7. Era lícito ao acórdão dispor sobre a indenização cabível, se não, caso em que não teria essa liberdade, ver-se-ia na obrigação de acolher o pedido tal como formulado. Ao sobre ela dispor, procedeu, no pormenor, à vista de fatos e provas, não contrariando, destarte, o art. 460 do Cód. de Pr. Civil, razão pela qual, em conclusão, acompanho o voto do Sr. Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.104 — RS — (90.0009176-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Incofarma — Produtos Farmacêuticos e Representações Ltda. Recorridos: Luiz Geraldo Bresciani e outro. Advogados: Drs. Paulo do Couto e Silva e outros e Frederico Eduardo Sobbe.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Nilson Naves, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial em parte e, nesta parte, deu-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 31.03.92 — 3ª Turma).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Waldemar Zveiter, por não ter assistido ao relatório.

Participam do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.440-0 — PR

(Registro nº 90.0010015-1)

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

Recorrente: *Suemitsu Miyamura*

Recorrido: *Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. Luiz Cláudio Roedel Correia e outro e Floriano Galeb*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL — DECISÃO INTERLOCUTÓRIA — DESDOBRAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO — VEDAÇÃO — PRECLUSÃO — DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA — AÇÃO REAL — COMPETÊNCIA.

Acórdão que aprecia, em segundo grau, decisão interlocutória, pode ensejar recurso especial. O termo “causa”, utilizado no art. 105, III, da Constituição Federal, envolve tanto os aspectos substanciais quanto aqueles adjetivos da pendência.

É defeso a quem exerce o juízo de admissibilidade de desdobrar, *ex officio*, um recurso interposto como extraordinário, em dois: um extraordinário, outro ordinário. A preclusão pode, contudo, suprir a deficiência resultante do desdobramento.

A denominada ação de desapropriação indireta, embora trate apenas de indenização, é de natureza real. Assim é, porque o pagamento é pressuposto para que se cancele o direito de propriedade.

O conhecimento do processo de desapropriação indireta compete ao juízo sob cuja competência territorial estiver o imóvel.

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, à unanimidade, afastadas as preliminares, em conhecer e em dar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Ministros Milton Pereira, Demócrito Reinaldo e Garcia Vieira.

Custas, como de lei.

Brasília, 1º de junho 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 Estado do Paraná decidiu Agravo de Instrumento, em acórdão assim resumido:

“Competência. Administração pública. Ato ilícito. Anulação de ato autorizador de ocupação provisória de terras devolutas. Ação proposta para pleitear reparação de dano. Espécie que não se identifica, nem se confunde com aquelas em que ocorreu ocupação, sem indenização, de áreas pelo Poder Público, para implantação de rodovia. Neste último caso está configurada a chamada desapropriação, cuja ação, porque se trata de direito real, deve ser obrigatoriamente proposta no lugar da situação da coisa (cf. CPC, art. 95). Naquela hipótese, porque se cuida de ação pessoal, decorrente de mera indenização, verifica-se a competência pelo domicílio do réu (art. 94).” (fls. 197).

O agravante interpôs recurso extraordinário (fls. 225), desdobrado *ex officio* pelo presidente do Tribunal paranaense, nesta decisão:

“Tendo em vista que a irresignação se encontra fulcrada nos arts. 102, III, letra *a*, e 105, III, letras *a* e *c*, da vigente Carta Magna, e versa, matéria constitucional e infraconstitucional, autue-se como recurso especial e também como recurso extraordinário.” (fls. 240)

A parcela aproveitada como recurso especial afirma que o acórdão negou vigência aos arts. 485, 489 e 493, II, do Código Civil.

O Ministério Público Federal, em Parecer do E. Subprocurador-Geral Eduardo Waver de Vasconcellos Barros recomenda não se conheça do recurso.

Caso venha a ser superada a questão preliminar, o Dr. Vasconcellos Barros sugeriria o provimento do recurso, para se fixar a competência, nos termos do art. 95 do CPC (fls. 283).

É o relatório.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): De início, devo alertar para uma questão preliminar: trata-se de recurso contra acórdão proferido em agravo de instrumento, versando questão relativa a competência.

Esta Turma, contra meu voto, não tem conhecido recursos especiais que não se relacionem com decisões terminativas do processo.

O entendimento majoritário parte do texto em que se expressa o art. 105, III, da Constituição Federal, quando outorga ao Superior Tribunal de Justiça competência para:

“julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios...”

A maioria desta Turma interpreta a expressão “causas”, como referência à lide, ao conflito de pretensões em sua inteireza.

A partir desta exegese, entende a douta maioria, que a “causa” somente é decidida, quando o processo é extinto.

Assim, o recurso especial apenas se faz oportuno, quando a decisão recorrida tenha colocado termo final no processo.

Por isso, não se admite recurso especial contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento.

Discordo deste entendimento, porque, como assinalei em votos anteriores (REsp 13.473-AM e REsp 13.858-ES), a Constituição utiliza a palavra “causa” para se referir à universalidade de interesses envolvidos na demanda. Neste complexo há interesses materiais, imateriais, até processuais.

O termo “causa” é empregado no sentido de “questão”, envolvendo tanto os aspectos substanciais quanto aqueles adjetivos da pendência.

Tanto isto é verdade que, no art. 109, a Constituição refere-se aos juízes federais, dizendo que lhes “compete processar e julgar as causas em que a União, Entidades, etc. ... Mais adiante: “as causas em que Estado estrangeiro”, “as causas fundadas em tratado.”

Evidentemente, nestas referências, o Constituinte não quis dizer que a Justiça Federal pode, somente, conhecer o mérito, sendo-lhe vedado o acesso às questões prejudiciais.

Por outro lado, quando se julga qualquer incidente, está se decidindo uma parcela da causa. Muitas vezes, uma parcela extremamente importante, que é o valor da pretensão jurídica envolvida.

No dizer de Moacyr Amaral Santos, “causa é qualquer questão sujeita a decisão judicial, tanto em processos de jurisdição contenciosa, como em processos de jurisdição voluntária.” (Primeiras linhas, vol. 3º, pág. 161, 11ª ed.).

A etimologia nos ajuda a aprender melhor o significado da palavra.

“**Causa**” provém do latim, onde exprimia **razão, motivo**.

Assim, causa é tudo aquilo que determina a constituição e a natureza de um ser ou de um fenômeno (Dicionário Básico de Filosofia — Japiassu e Marcondes — Zahar Editora — 1990 — pág. 45).

Na terminologia do Direito Processual, causa é o fundamento legal do direito que se quer fazer valer diante da autoridade judiciária (De Plácido e Silva — Vocabulário Jurídico — 3ª ed. — Forense).

A tese de que somente as decisões terminativas ensejam recurso especial conduz a incoerências.

É que existem decisões terminativas onde não se aprecia o pedido.

O art. 267 do Código de Processo Civil arrola algumas destas hipóteses.

Tomemos, para argumentar, aquela prevista no item VI do dispositivo, em que o processo se extingue sem julgamento do mérito “por não concorrer qualquer das condições da ação...”

Nesta hipótese, existe uma decisão terminativa; uma sentença, sujeita à apelação.

No entanto, o acórdão que decidisse tal apelação estaria imune a recurso especial, por não haver decidido a causa.

O absurdo de semelhante conclusão dispensa comentários.

A questão já foi objeto de exame neste Tribunal: a 3ª Turma, conduzida pelo E. Ministro Cláudio Santos, decidiu a propósito:

“Compreende-se por causa decidida em última instância, não apenas a questão de mérito, mas qualquer uma, ainda que incidental” (REsp nº 9.173).

Confortado por este acórdão, rejeito a preliminar e conheço do recurso.

Outra preliminar refere-se ao desdobramento *ex officio* do recurso extraordinário.

Parece-me que semelhante desdobramento não poderia ter ocorrido.

Este Tribunal, em hipótese onde o recurso especial envolve somente questões constitucionais, simplesmente não conhece do recurso. Não o transforma em recurso extraordinário.

A Presidência do Tribunal jamais poderia ter destacado um recurso especial que não foi interposto.

De qualquer modo, o desdobramento ocorreu e não foi atacado por recurso tempestivo. Sobre ele, operou-se preclusão.

Existe, ainda, uma terceira preliminar, suscitada pelo Ministério Público Federal.

O Dr. Vasconcellos Barros diz que o Recurso não pode ser conhecido, “eis que não cogitou o aresto recorrido de tema de direito material, mas exclusivamente processual, decorrente da identificação da *vexata*

quaestio, não haveria assim como reclamar violação de normas do Código Civil, que não foram objeto de prequestionamento.”

Esta preliminar merece acatamento.

De um lado, não foram questionados no acórdão os artigos do Código Civil dados como violados.

De outra parte, a decisão recorrida montou-se no art. 94 do Código de Processo Civil.

Este fundamento não foi questionado pelo recorrente.

A dupla falha conduz ao acolhimento da preliminar. Eis que não se conhece recurso especial:

a) envolvendo questões substanciais não discutidas no acórdão;

b) que não ataca o verdadeiro fundamento da decisão recorrida.

Não conheço do recurso.

No mérito, nego provimento ao recurso.

A questão relativa à ocorrência de desapropriação indireta é despicenda.

Com efeito, o termo “desapropriação indireta” é um eufemismo criado pela jurisprudência, para designar o esbulho praticado pelo Estado.

A teor desta criação pretoriana, há situações em que o esbulho se faz irreversível: o imóvel objeto da usuração — por já se encontrar afetado a destinação pública — não mais pode retornar à posse de seu legítimo dono, por isso, transforma-se a ação reivindicatória ou indenizatória.

Assim, a lide em torno de direito real transforma-se em controvérsia de natureza obrigacional.

Desapropriação indireta conduz a indenização; a ação obrigacional.

Está correto o Acórdão ao definir a competência à luz do art. 94 do Código de Processo Civil.

Nego provimento ao recurso.

PRIMEIRA PRELIMINAR

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA: Sr. Presidente, no particular da preliminar, reservando-me para um exame mais percuciente, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

PRIMEIRA PRELIMINAR

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIERA (Presidente): Lembro-me de um caso que examinamos. Quando há uma decisão sobre o valor da causa, em que o Juiz dá a decisão e é interposto o agravo, que é julgado pelo Tribunal, entendo que não cabe recurso especial.

Agora, neste caso — e o ilustre Advogado lembrou da Tribuna — parece que a decisão pode ser terminativa.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, estou de inteiro acordo com V. Exa., mas somente nesta hipótese, porque venho defendendo reiteradamente que contra decisão proferida em agravo de instrumento que ataca decisão interlocutória, não é cabível o recurso especial.

Tenho voto muito longo a respeito, mas vou me dispensar de lê-lo, inclusive porque essa matéria já se encontra *sub judice* na egrégia Corte Especial, através de embargos de divergência.

É como voto.

VOTO — MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Este recurso tem como real escopo a preocupação com a eventualidade de estar prescrito o direito de ação do recorrente.

Aparentemente, a lide tem caráter obrigacional, pois envolve apenas indenização.

Na verdade, isto não ocorre.

Não se deve perder de vista que o ressarcimento, em tema de desapropriação, antecede o retorno da propriedade ao patrimônio estatal.

Vale dizer: enquanto não houver pagamento, não haverá desapropriação.

Por isso, a vítima da desapropriação indireta, quando aciona o Estado, está defendendo seu direito real.

A indenização é pressuposto para que se verifique o cancelamento do direito de propriedade.

Enquanto não houver pagamento, o direito de propriedade continuará no patrimônio do esbulhado.

Não há, nesta circunstância, como pensar em prescrição do direito de cobrar o ressarcimento.

Na desapropriação indireta apenas é possível conceber a ocorrência de usucapião, desde que se adimplam os requisitos da prescrição aquisitiva.

Verificada a usucapião, o Estado adquire a propriedade. Adquire, porém, a outro título que não a desapropriação.

Assim, tenho como correto afirmar que no processo de desapropriação indireta, discute-se direito real.

A competência para dele conhecer é do juízo sob cuja competência territorial se encontre o imóvel desapropriado.

Dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.440-0 — PR — (90.0010015-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Suemitsu Miyamura. Advs.: Luiz Cláudio Roedel Correia e outro. Recdo.: Estado do Paraná. Adv.: Floriano Galeb. Sustentou oralmente o Dr. Benedito José Barreto Fonseca, pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, afastou as duas primeiras preliminares. A Terceira preliminar foi acolhida pelo Relator. Pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira (em 29.04.92 — 1ª Turma).

Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: No seu relatório o eminente Ministro Gomes de Barros, para julgamento, relatando, destacou três preliminares:

“quanto ao conhecimento do Recurso Especial que não se relacione com decisões terminativas do processo;

desdobramento *ex officio* do Recurso Extraordinário; e não conhecimento do presente recurso, sob a razão de “que não cogitou o aresto recorrido de tema de direito material, mas exclusivamente processual, decorrente da identificação da *vexata quaestio*, não haveria assim como reclamar violação de normas do Código Civil, que não foram objeto de prequestionamento”.

No tocante à primeira, a cavaleiro do entendimento que sustentou em votos anteriores (REsp nº 13.473-AM e 13.858-ES), reiterando que o termo “causa” é empregado no sentido de “questão”, envolvendo tanto os aspectos substanciais quanto aqueles adjetivos da pendência, afastou a referida prefacial, conhecendo do recurso.

Em relação à segunda (desdobramento *ex officio* do Recurso Extraordinário), arrazoando que o desdobramento ocorreu e não foi atacado por recurso tempestivo, operando-se a preclusão, desacolheu essa preliminar.

Sem divergência, pois, essas preliminares ficaram vencidas, restando a última, aceita pelo Senhor Relator com a seguinte fundamentação, *verbis*:

“Esta preliminar merece acatamento.

De um lado, não foram questionadas no acórdão, os artigos do Código Civil dados como violados.

De outra parte, a decisão recorrida montou-se no art. 94 do Código de Processo Civil.

Este fundamento não foi questionado pelo recorrente.

A dupla falha conduz ao acolhimento da preliminar. Eis que não conhece recurso especial:

a) envolvendo questões substanciais não discutidas no acórdão;

b) que não ataca o verdadeiro fundamento da decisão recorrida.

Não conheço do recurso.”

Tolhido por dúvidas, inibidoras de pronta manifestação, pedi tempo regimental para refletir, à vista do caso concreto, sobre os requisitos formais do recurso. Com esse propósito, lançando a rede da pesquisa, levantei que, a par do debate circunscrito à fixação da competência (discussão de índole processual), fluiu relevante tema cativo ao direito material, base na *vexata quaestio* — violação de lei federal — É o que apurei, esmiuçados os autos, com plenitude, desde a decisão agravada (fl. 53), dos

registros na manifestação de fl. 153 — verso —, no provimento judicial conseqüente (fls. 154 e 155), das razões de agravo (fls. 160 e 165), do parecer de fls. 191 a 193, culminando com o venerando acórdão hostilizado; ementa:

“Competência. Administração pública. Ato ilícito. Anulação de ato autorizador de ocupação provisória de terras devolutas. Ação proposta para pleitear reparação de dano. Espécie que não se identifica, nem se confunde com aquelas em que ocorreu ocupação, sem indenização, de áreas pelo Poder Público, para implantação de rodovia. Neste último caso está configurada a chamada desapropriação indireta, cuja ação, porque se trata de direito real, deve ser obrigatoriamente proposta no lugar da situação da coisa (cf. CPC, art. 95). Naquela hipótese, porque se cuida de ação pessoal, decorrente de mera indenização, verifica-se a competência pelo domicílio do réu (art. 94).

Agravo de instrumento desprovido”.

Não estão, pois, sombreados pela ausência os temas cativos ao direito real e ao direito pessoal, questões abertas e continuadas, depois de desdobrado e na decisão que permitiu o seu processamento, nas razões de recurso (fls. 240, 252/253, 262 a 267).

Demonstrado, assim, o suficiente, como motivação recursal, que está inculpada questão afeita ao direito federal. Em sendo assim, no caso, consubstanciado o prequestionamento, está ativa a premissa basilar para o juízo de admissibilidade do recurso.

É fato que, de início, concomitantemente, o recorrente enveredou pela via do Recurso Extraordinário, invocando o art. 102, III, *a*, e, como reforço, na senda do Especial, clamando pelo art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, provocando a respeitável decisão de fl. 240, que mandou fazer o desdobramento. Todavia, é preliminar superada, e, nesta ocasião, não servindo para desmerecer a admissibilidade, ainda porque, examinadas a petição do recurso e a decisão que mandou desdobrá-la, não se descobriu inovação que viciaria a irresignação, ficando restrito à franquia do princípio da utilidade do processo. Mais que isso, pelas suas peculiaridades — desde a interposição recursal —, demonstrando o prequestionamento, não se pode cultuar desmesurado formalismo, que maltrataria a finalidade social do processo; *verbis gratia*:

“Recurso Extraordinário. Prequestionamento. Alcance do instituto.

Impor para configuração do prequestionamento, além da matéria vinculada no recurso, a referência ao número do dispositivo legal pertinente, extravasa o campo da razoabilidade, chegando às raias do exagero e do mero capricho, paixões que devem estar ausentes quando do exercício do ofício judicante.” (Agravo 137.887-5-DF, *in* DJU de 30.03.92 — p. 3.940 — Seção I — STF — Rel. Min. Marco Aurélio).

Com a exposição feita, tenho por presente que a matéria jurídica ao redor de infringência de lei federal e de dissídio jurisprudencial, objeto do mérito recorrido, foi intensamente versada, desenhando nítido perfil do prequestionamento, sob os caracteres dos seus pressupostos formais, viabilizando o Recurso Especial.

Sobressai, dest’arte, que a preliminar sob exame não pode ser acolhida pelo apoio do juízo recusativo de admissibilidade, ficando afastada a incidência das Súmulas 282 e 356 — STF.

Espancadas as dúvidas que me impeliram a pedir vista, pedindo vênua, para dissentir do nobre relator, atual o requisito do prequestionamento, desacolhendo a preliminar examinada, conheço do recurso, a fim de ser considerado o seu mérito.

É o voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Sr. Presidente, depois que proferi esse voto, logo após a sessão, fiz uma reflexão a respeito. Reli o relatório e cheguei à conclusão — e já o havia, inclusive, comunicado ao eminente Ministro Milton Pereira — que eu errara.

Por isso, peço vênua a V. Exa. e à Turma para retratar-me do voto pelo não conhecimento, conhecer do recurso, aderindo às razões desenvolvidas pelo Eminente Ministro Milton Pereira.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Tenho voto no mesmo sentido do voto do Eminente Ministro-Relator, a quem acompanho, e farei juntada de cópia.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL Nº 5.292 — PR
(Registro nº 90.0009602-2)

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. A chamada desapropriação indireta é ação real sobre imóveis, sendo competente o foro da situação da coisa (art. 95 do CPC). Neste sentido são os precedentes do extinto TFR nos Agravos nºs 56.058-RN, Relator Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão, DJ de 26/05/88, e 46.935-DF, Relator Eminentíssimo Ministro Torreão Braz, DJ de 07/11/85, e do Colendo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nºs 70.221-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Osvaldo Trigueiro (RTJ-63/435), 77.158-SP, mesmo Relator (RTJ-66/939), e 102.574-PE, Relator Eminentíssimo Ministro Soares Muñoz (RTJ-112/433).

A incompetência é absoluta, mas só devem ser declarados nulos os atos decisórios (art. 113, § 2º, do CPC). Como no saneador (despacho de fls. 200 v.) decidiu-se acerca de preliminares argüidas pelo réu na contestação, o processo deve ser anulado a partir deste e não *ab initio*, como consta do aresto hostilizado. Nada justificaria a anulação dos atos praticados antes do despacho saneador. Está bem claro pelo § 2º do artigo 113 do CPC que:

“Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos...”

Era tranqüilo no extinto TFR o entendimento de que a incompetência absoluta resulta na nulidade apenas dos atos decisórios (AC nº 141.993-SP, Relator Eminentíssimo Ministro José de Jesus, DJ de 16/12/88, AC nº 96.656-SC, Relator Eminentíssimo Ministro William Patterson, DJ de 11/09/86, MS nº 107.754-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Hélio Pinheiro, DJ de 05/06/86, e Ag nº 45.396-RJ, Relator Eminentíssimo Ministro Washington Bolívar, DJ de 28/05/87.

O Juiz competente é o do foro da situação da coisa (artigo 95 do CPC).

Conheço do recurso apenas pela negativa de vigência ao § 2º do artigo 113 do CPC e dou-lhe parcial provimento para declarar nulos os atos decisórios a partir do despacho saneador de fls. 100.”

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.440-0 — PR — (90.0010015-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Suemitsu Miyamura. Advs.: Luiz

Claudio Roedel Correia e outro. Recdo.: Estado do Paraná. Adv.: Floriano Galeb.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira afastou a terceira preliminar e conheceu do recurso. O Exmo. Sr. Ministro-Relator Gomes de Barros, retificando seu entendimento, também afastou a referida preliminar, no que foi acompanhado pelos Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo. Por unanimidade, deu-se provimento ao recurso (em 01.06.92 — 1ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.635-0 — SP
(Registro nº 90.10563-3)

Relator: *O Senhor Ministro Milton Pereira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Emir Angelino e outros*

Advogados: *Drs. Ana Shirley Macedo Falcão e outro; Antônio Roberto Sandoval Filho*

EMENTA: Administrativo — Vantagem funcional — Cálculo dos adicionais e da “sexta parte” — Inexistência de Ato Administrativo concreto indeferitório da pretensão — Prescrição — Fundo de Direito — Prestações anteriores ao quinquênio — Constituição Estadual, art. 92, VIII — Leis Complementares 180/78 e 201/78 — Decreto Federal nº 20.910/32 — Súmulas 163-TFR e 443-STF.

1. A Constituição renega alteração ditada por Lei Complementar, com fundamento de hierarquia inferior, restando intangido o direito materialmente constituído pela Lei Maior.

2. Inocorrência da prescrição do fundo de direito, sem ato indeferitório concreto da Administração, quanto ao objeto da pretensão deduzida judicialmente. A prescrição, no caso, somente alcança as prestações anteriores ao quinquênio precedente à citação

para a ação. Se existente, ato concreto, nesse eito, (aqui incorrente), se ação é proposta após cinco anos, então a prescrição atingirá o fundo de direito.

3. Na espécie examinada, a repercussão prescricional limita-se às prestações periódicas e sucessivas anteriores à data da citação (art. 3º do Decreto nº 20.910/32).

4. Precedentes da jurisprudência.

5. Recurso não conhecido no pertinente à letra a, do art. 105, III, CF; conhecido e improvido com base na letra c.

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, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de outubro de 1992 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MILTON PEREIRA (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra acórdão do E. Tribunal *a quo* que afastou a prescrição da ação, por entender só atingir as parcelas vencidas, não o direito de servidor estadual.

Alega o Recorrente que o v. aresto impugnado negou vigência ao Decreto 20.910/32 e divergiu de julgados do Colendo Supremo Tribunal Federal (fls. 306/333).

A ilustre Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovisionamento do Recurso Especial (fls. 413/415).

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.
É o relatório.

VOTO

EMENTA: Administrativo — Vantagem funcional — Cálculo dos adicionais e da “sexta parte” — Inexistência de Ato Administrativo concreto indeferitório da pretensão — Prescrição — Fundo de Direito — Prestações anteriores ao quinquênio — Constituição Estadual, art. 92, VIII — Leis Complementares 180/78 e 201/78 — Decreto Federal nº 20.910/32 — Súmulas 163-TFR e 443-STF.

1. A Constituição renega alteração ditada por Lei Complementar, com fundamento de hierarquia inferior, restando intangido o direito materialmente constituído pela Lei Maior.

2. Inocorrência da prescrição do fundo de direito, sem ato indeferitório concreto da Administração, quanto ao objeto da pretensão deduzida judicialmente. A prescrição, no caso, somente alcança as prestações anteriores ao quinquênio precedente à citação para a ação. Se existente, ato concreto, nesse eito, (aqui inócurre), se ação é proposta após cinco anos, então a prescrição atingirá o fundo de direito.

3. Na espécie examinada, a repercussão prescricional limita-se às prestações periódicas e sucessivas anteriores à data da citação (art. 3º, do Decreto nº 20.910/32).

4. Precedentes da jurisprudência.

5. Recurso não conhecido no pertinente à letra *a*, art. 105, III, CF; conhecido e improvido com base na letra *c*.

O SENHOR MINISTRO MILTON PEREIRA (Relator): Inicialmente, com sede no art. 119, III, *a* e *c*, CF/69, com argüição de relevância, o recurso foi interposto na via extraordinária e, na vigência da Constituição de 1988, sem a preclusão da matéria legal, *ipso iure*, convertido em Recurso Especial, quanto à admissibilidade, nos limites objetivos da interposição.

O prequestionamento, sob o enfoque do Decreto nº 20.910/32, tem por motivo a prescrição: se atinge o próprio fundo de direito ou se ape-

nas as parcelas vencidas, anteriores ao quinquênio contado da citação da ação.

Na vigia recursal, provocada pela Fazenda do Estado de São Paulo, por conveniente à compreensão, rememore-se que a ação foi movida por funcionários da Secretaria da Educação, percebendo vantagem funcional instituída pela Lei Complementar nº 169/77, pleiteando incorporá-la aos vencimentos para os efeitos dos cálculos dos adicionais e “sexta parte”, na vereda da Lei Complementar 180/78, não se omitindo o art. 92, VIII, Constituição Estadual.

A respeitável sentença monocrática, com base no art. 269, IV, CPC, julgou extinto o processo, às tantas dispondo:

“... Com efeito, a mencionada gratificação de magistério vigorou até o ano de 1981, quando a Lei Complementar 201 (Estatuto do Magistério) a extinguiu.

Nesta ocasião, a gratificação de magistério, antes de ser extinta, veio a ser considerada pelas novas referências iniciais e finais estabelecidas pela LC 201/78.

Na hipótese dos autos, ao que se percebe, pretendem os autores não o mero recálculo da gratificação de magistério, mas seu restabelecimento como parcela autônoma e destacada dos vencimentos (item *a* do pedido inicial).

Se os autores entenderam que a referida gratificação ao ser extinta não vinha sendo devidamente calculada pela administração pública, não poderiam ter permanecido inertes por mais de 05 (cinco) anos, para só após virem a juízo reclamarem seu direito. Se a referida gratificação foi extinta pela LC 201/78, o momento da vigência deste diploma legal é o termo *a quo* da prescrição quinquenal, que se aperfeiçoou em 1983, atingindo o próprio direito.

Como já se decidiu:

“A hipótese não se limita a sua desconsideração na incidência recíproca e sucessiva, mas no restabelecimento do direito à vantagem. Ajuizada a ação no corrente ano, a prescrição já estava consumada” (Apelação Cível nº 63.927-1).

Confira-se a este respeito, dentre outras as Apelações Cíveis 51.384-1, 51.451-1, 56.021-1, 61.233-1, 62.003 e 63.927-1, todas do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo” (fls. 241/242).

O v. acórdão desafiado registrou:

“...Funda-se a definição judicial em premissa equívoca, qual seja, a afirmação de que a vantagem da Gratificação de Magistério foi extinta, e desse momento (Lei Complementar nº 201/78) é que se contaria o quinquênio prescricional.

Em primeiro lugar, verifica-se que os autores não pleiteiam o restabelecimento dessa vantagem, como parcela autônoma, na remuneração a que fazem jus, como funcionários públicos do Estado, pertencentes ao Quadro do Magistério, mas, simplesmente, o reajustamento do cálculo respectivo, em função de outras vantagens funcionais, pelo critério da recíproca e sucessiva influência, sob o comando emergente do art. 92, nº VIII, da Constituição Estadual.

A gratificação de Magistério não foi, propriamente, declarada extinta, mas absorvida nos vencimentos dos titulares desse direito, com revalorização dos padrões de vencimentos.

Evidentemente, na pendência da relação funcional, os es- tipêndios dos servidores públicos estão sujeitos ao regime da prescrição quinquenal das parcelas vencidas, certo que, nessa condição, o direito à contraprestação pecuniária devida pelo Estado é imprescritível.

Ademais, cogitando-se dos efeitos da absorção dessa gratificação funcional, na composição dos vencimentos, e não tendo havido explícita manifestação da Administração sobre a pretensão, na esfera administrativa, a controvérsia sobre a incorporação da vantagem está sujeita a debate judicial, certo que não se pode, nessa conjuntura, falar em aplicação do princípio da *actio nata*.

Em suma, a regra a ser observada é a da prescrição das parcelas vencidas, não se justificando, destarte, o reconhecimento da prescrição da ação, tal como vem decidindo a Câmara, em inúmeros precedentes sobre o tema, na esteira da orientação jurisprudencial traçada pela Súmula 443 do Pretório Excelso” (fls. 303/304).

A bem ver, a teor do art. 1º do Decreto 20.910/32, o tema recursal finca-se na questão-*mater* de prender-se a prescrição ao próprio fundo de direito, ou apenas às prestações sucessivas vencidas.

E o que pretendem os Autores da ação? Pleiteam a reincorporação, aos vencimentos, da gratificação de magistério, reformulação dos cálculos e demais conseqüências. O Estado, recorrendo, insiste na ocorrência da prescrição, fundamentando que aludida gratificação era devida até o

advento da Lei Complementar nº 201/78, quando foi absorvida pelas suas disposições, a partir da vigência dessa lei. Teriam, pois, permanecido inertes por mais de cinco anos, posto que a ação foi ajuizada em data posterior.

Na mesma linha de raciocínio, também se consideraria prescrito o direito à “gratificação” extinta pela Lei 180/78.

Cabe, pois, averiguar se não teria ocorrido tão-somente a prescrição das parcelas mensais e não do fundo de direito (art. 3º, Decreto 20.910/32).

Para o desate, nas linhas do v. acórdão, retrotranscrito, tem merecimento o que sublinhou o ilustre Subprocurador-Geral da República:

“...Como já estabeleceu o Supremo Tribunal Federal, “fundo do direito é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou dos direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc.). A pretensão ao fundo do direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, em sua pretensão, que diz respeito a *quantum*, renasce cada vez em que este é devido (dia-a-dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos exatos termos do artigo 3º do Decreto nº 20.910/32, que reza: “Art. 3º — Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que se completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto”. Se, como está expresso nesse dispositivo legal, a pretensão à prestação legalmente devida (que é simplesmente *quantum*, renasce, para efeito de prescrição, periodicamente por ocasião no momento em que deve ser feito seu pagamento, tudo o que a esse *quantum*, que é a prestação, está indissolúvelmente ligado (assim, portanto, inclusive o critério de sua fixação, decorre ele de ato normativo inconstitucional ou ilegal), ou de má interpretação da Administração Pública), se rege pelo mesmo princípio. Se o Estado paga, reconhece, portanto, a exigência incontroversa do fundo do direito, mas paga

menos do que é constitucional ou legalmente devido o direito ao pagamento certo renasce periodicamente. Note-se, por fim, que esse renascimento periódico só deixa de ocorrer — e isso foi construção jurisprudencial, para impedir que ele se desse apesar de indeferimentos sucessivos na Administração Pública e a reclamação expressa do funcionário — se o servidor público requer ao Estado a correção da prestação que lhe está sendo indevidamente paga, e seu requerimento é indeferido. A partir de então, tem o servidor de ajuizar a ação para obter o resultado querido, sob pena de prescrever definitivamente essa pretensão” (RE 110.419, Pleno, Rel. Ministro MOREIRA ALVES).

Ora, a Administração nunca recusou aos recorridos o pagamento de seus vencimentos acrescidos de todos os adicionais considerados devidos. A controvérsia gira, única e exclusivamente, em torno do critério de cálculo do adicional por tempo de serviço (sua incidência ou não sobre a chamada “sexta parte”) — vale dizer, sobre o *quantum* da vantagem jamais contestada. Se o principal, o direito, nunca foi negado, obviamente não houve lesão que desencadeasse o fluxo prescricional. A prescrição, em tal caso, se ocorrente, limita-se às parcelas vencidas mantendo-se íntegra a ação (direito — pretensão — ação) relativa ao fundo de direito” (fls. 413/415).

Nesse sentido, inclusive, não se esquecendo das Súmulas 163 — TFR, e 443 — STF, em casos, por tudo semelhantes, a jurisprudência desta Corte é firme:

“Administrativo. Prescrição. Fundo de Direito. Prestações anteriores ao quinquênio. Inexistência de Ato Administrativo indeferitório da pretensão. Decreto nº 20.910, de 1932.

I — Não há falar em prescrição do fundo de direito, se não foi indeferida, expressamente, pela Administração, a pretensão, ou o direito reclamado. Neste caso, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede à citação para a ação.

II — Inexistência de negativa de vigência do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

III — Recurso Especial não conhecido (letra *a*) e conhecido e improvido (letra *c*)” (REsp 1.361-SP — Rel. Min. Carlos Velloso — *in* DJU de 10.02.90).

“Processual Civil — Prescrição — Funcionário — Gratificação.

O pedido de aplicação de critério correto para a fixação do *quantum* de adicionais, difere da vindicação da própria gratificação. A incidência da prescrição há de levar em conta a postulação que, na espécie, só ocorre nas prestações vencidas.

Afastada a negativa de vigência a tratado ou lei federal.

Recurso conhecido pela letra *c* e improvido” (REsp 2.168-SP — Rel. Min. Garcia Vieira — *in* DJU de 25.06.90).

“Administrativo — Servidor Público — Adicional por Tempo de Serviço — Prescrição quinquenal — Sentido da Súmula 443 da E. Corte.

O pedido é sobre a aplicação de critério correto para fixação de *quantum* devido, diferentemente da pretensão à gratificação. O Eminentíssimo Ministro Moreira Alves esclareceu que os Acórdãos nos quais se apóia a Súmula nº 443 distingue “o direito de ter uma vantagem do direito ao critério para o estabelecimento do *quantum* dessa vantagem, para considerar que, no último caso, só ocorre a prescrição das prestações vencidas” (REsp 1.221-SP — Rel. Min. Garcia Vieira — *in* DJU de 28.05.90).

“Administrativo — Prescrição — Fundo de Direito — Prestações anteriores ao quinquênio — Inexistência de Ato Administrativo indeferitório da pretensão — Funcionário do Estado de São Paulo — Cálculo dos adicionais e da sexta parte incorporadamente — Lei Complementar Estadual nº 180, de 12.05.78 — Decreto nº 20.910, de 1932.

I — Não há falar em prescrição do fundo de direito, se não foi indeferida, expressamente, pela Administração, a pretensão, ou o direito reclamado. Neste caso, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede à citação para a ação. Quando a legislação em que se fundamenta a pretensão é anterior ao ato de reforma ou de aposentadoria do servidor, se a ação é proposta mais de cinco anos após o referido ato, dá-se a prescrição do fundo de direito, porque o ato de reforma ou de aposentadoria, com base na referida legislação, negou a própria pretensão.

II — Inexistência de negativa de vigência do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932.

III — Recurso Especial não conhecido (letra *c*) e co-

nhecido e improvido (letra c)” (REsp 756-SP — Rel. Min. Carlos Velloso — *in* DJU de 05.02.90).

“Prescrição — A Constituição não pode ser modificada por Lei Complementar. Em se considerando a chamada hierarquia das leis, entre elas forma-se relação de subordinação. A inferior tem fundamento na superior. Em consequência, alteração introduzida pela segunda é carente de eficácia. Na hipótese, o direito material resta intocável. A prescrição alcança apenas as prestações sucessivas” (REsp 1.342-SP, e 2.866-SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro — *in* DJU de 18.12.89 e 11.07.90).

“Administrativo — Vantagem funcional — Recálculo de vencimentos com incidência dos adicionais por quinquênio sobre a sexta parte — Artigo 92, VIII, da Constituição Paulista — Prescrição — Decreto nº 20.910/32 — Fundo de Direito.

Inocorrência na hipótese da prescrição aludida, porquanto o direito postulado pelos autores esteve expressamente assegurado, no tempo, pela Constituição Paulista. Recurso não conhecido” (REsp nº 737, 1.044, 2.904 e 2.906-SP, Rel. Min. Américo Luz — *in* DJU de 13.11.89, 05.08.90 e 18.07.90).

“Administrativo. Vantagem funcional — Recálculos de vencimentos — Incidência recíproca e sucessiva — Adicionais — Sexta parte — Art. 92, VIII, da Constituição Paulista — Prescrição — Decreto nº 20.910/32 — Fundo de Direito.

I — Inocorrência na hipótese da prescrição aludida. O direito postulado esteve expressamente assegurado pela Constituição Paulista.

II — Recurso que se conhece e se lhe nega provimento” (REsp 1.343-SP — Rel. Min. Geraldo Sobral — *in* DJU de 09.04.90).

Mais não é preciso para sombrear a perspectiva de sucesso na via recursal palmilhada pela parte recorrente. Em assim sendo, pelo fio da motivação delineada, sob os auspícios do art. 105, III, *a*, CF, não conheço do recurso, porém, cônsono o disposto na letra *c*, da mesma norma constitucional, dele conhecendo, voto pelo seu improvimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.635-0 — SP — (90.10563-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Ana Shirley Macedo Falcão e outro. Recdos.: Emir Angelino e outros. Adv.: Antonio Roberto Sandoval Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 07.10.92 — 1ª Turma).

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.639 — DF

(Registro nº 90.105935)

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

Recorrentes: *Aparecida Malevichi e outros*

Recorrida: *União Federal*

Advogados: *Drs. Marcos Luís Borges de Resende e outros*

EMENTA: Recurso especial em matéria trabalhista, quanto à competência residual da Justiça Federal. Cabimento. É cabível o recurso especial, *ut arts. 105-III, 108-II, da Constituição, e 27, § 10, do Ato Transitório*. Preliminar de descabimento, rejeitada pela 2ª Seção.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, afastar a preliminar de descabimento do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Em preliminar, discute-se sobre o cabimento do recurso especial em matéria trabalhista, quanto à competência residual da Justiça Federal. Em sessão do dia 23.4, a 3ª Turma, acolhendo a minha proposta, houve por bem submeter o tema à consideração desta Seção, *ut* arts. 14-II e 12, parágrafo único-II, do nosso Regimento. Na origem, ao admitir o recurso, ponderou o Juiz Vieira da Silva, na Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“Tenho sustentado em princípio a inidoneidade do recurso especial para o deslinde de controvérsia de natureza trabalhista, na perspectiva de que a competência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no tema, é residual e limitada às ‘ações rescisórias das decisões até então proferidas pela Justiça Federal, inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do Judiciário’ (art. 27, § 10, do ADCT da CF/88).

Refere-se o dispositivo, sem dúvida, àquelas lides decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, mencionadas no art. 110 da Constituição revogada, as quais, com a Nova Carta Magna, incluíram-se na esfera competencial de julgamento da Justiça do Trabalho (art. 114).

Excetuada, portanto, essa competência residual, claramente definida, não cabe ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça julgar, mediante recurso — ordinário ou especial —, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais envolvendo a aplicação da legislação laboral.

É intuitivo, pela transitoriedade da norma constitucional em causa a individualização das ações — e não recursos — submetidas a essa competência remanescente, que a Constituição da República, ao demarcar, no art. 105, III, as causas, decididas nas instâncias ordinárias sujeitas à revisão da Superior Corte de Justiça, em sede de recurso especial, só cogitou das questões federais de direito comum. Aliás, a propósito do

incabimento do recurso especial em matéria trabalhista, manifestou-se o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em erudito despacho, onde preleciona, *verbis*:

‘O recurso especial é um dos chamados ‘recursos constitucionais’, tendo sede na Lei Maior, que especifica as hipóteses em que incidente. Nos termos do art. 105 da Carta Política, cabe nas causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida incidir em uma das alíneas contempladas no seu inciso III. É, em outras palavras, recurso destinado ao exame de ‘questão federal’ no âmbito da **Justiça Comum, não se prestando à apreciação de matéria atinente às Justiças Especializadas.**’ (destaquei) (Ag nº 2.308-SP, *in* DJ — Seção I — de 26.3.90, pág. 2.164).

É certo que, ali, tal como no Ag nº 2.307, também de São Paulo, Relator o eminente Ministro Waldemar Zveiter (*in* DJ — Seção I de 22.3.90, pág. 2.307), a decisão hostilizada emanara do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. A natureza da Corte *a quo*, todavia não infirma os argumentos no sentido da inidoneidade do recurso especial para censurar decisões proferidas em dissídios trabalhistas, instaurados na vigência da Constituição Federal anterior entre servidores da Administração Pública Federal e as respectivas entidades empregadoras. Isto porque a competência, firmada *ratione materiae* e que de ordinário cabe à Justiça do Trabalho, é a mesma; só excepcionalmente, *ratione personae*, teve, por algum tempo seu exercício constitucionalmente deferido à Justiça Federal comum, situação que, entretanto, não subsistiu, senão nas dimensões traçadas pelo art. 27, § 10, do ADCT da nova Carta Política da União, que não incluiu na ressalva o recurso especial dos julgados proferidos em feitos apreciados à luz da legislação obreira, mas tão-só ‘as ações rescisórias...’.

Anoto, entretanto, que os precedentes nos quais tive a oportunidade de sustentar tal entendimento foram indeferidos não fundamentalmente por força dessa convicção, senão pela circunstância de desatenderem aos outros pressupostos objetivos de sua admissibilidade por se cuidar de prejudicial ainda não apreciada em caráter de definitividade pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Srs. Ministros, a 3ª Turma, contra o meu voto, vem entendendo, em casos análogos ao caso presente, incabível o recurso especial; por exemplo, os REsp's 5.638, 6.217, 6.562 e 7.030. Eis a ementa do REsp 5.638, Sr. Ministro Waldemar Zveiter:

“Processual Civil — Competência — TST — Matéria trabalhista — Direito intertemporal (Recurso Especial).

I — O recurso especial é um dos chamados recursos constitucionais e a Constituição Federal especifica as hipóteses em que incidente. O STJ não tem competência para rever decisões da Justiça do Trabalho. Compete, pois, ao TST uniformizar o direito federal de natureza trabalhista.

II — Sabido que as normas constitucionais têm aplicação imediata, também o são as de natureza processual que regulam os recursos constitucionais, tal o Especial.

III — Agravo Regimental improvido.”

2. Na ordem precedente, cabia recurso extraordinário das decisões proferidas nos litígios decorrentes das relações de trabalho mencionadas no art. 110 da Constituição. Tanto que o Supremo Tribunal Federal, podendo dessa forma proceder por força do disposto no então § 1º do art. 119 do texto maior, dispôs, por exemplo, em 1980, no art. 325, e inciso IV, e alínea b, do seu Regimento Interno:

“Art. 325. Salvo nos casos de ofensa à Constituição, manifesta divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal, ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário a que alude o seu art. 119, § 1º, das decisões proferidas: ...”

.....
“IV — nos litígios decorrentes: ...”
.....

“b) das relações de trabalho mencionadas no art. 110 da Constituição.”

Disponha o art. 110 da Constituição:

“Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juízes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos.”

Equivale a dizer que, contrariamente ao que acontecia com o Tribunal Superior do Trabalho (“Art. 143. Das decisões do Tribunal Superior do Trabalho somente caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal quando contrariarem esta Constituição.”), das decisões do Tribunal Federal de Recursos o recurso extraordinário, em princípio, tinha cabimento nos moldes do inciso III, do art. 119. A limitação, quanto ao seu cabimento, decorreu, pelo visto, da atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal pelo citado § 1º.

3. Na ordem atual, o Tribunal Federal de Recursos foi substituído, em parte, pelos Tribunais Regionais Federais, aos quais compete, em grau de recurso:

“Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: ...”

.....

“II — julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.”

E o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deixou expreso, no art. 27, § 10:

“§ 10. Compete à Justiça Federal julgar as ações nela propostas até a data da promulgação da Constituição, e aos Tribunais Regionais Federais bem como ao Superior Tribunal de Justiça julgar as ações rescisórias das decisões até então proferidas pela Justiça Federal, inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do Judiciário.”

4. Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, eis o art. 105 e inciso III:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:...”

.....

“III — julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:...”

5. Ante o contexto, não vejo como deixar de reconhecer, no caso, o cabimento do recurso especial. Anteriormente, o recurso excepcional era cabível: cuidava-se do recurso extraordinário. E, olhem!, o Superior Tribunal de Justiça substituiu, no ponto em destaque, o Supremo Tribunal Federal. Depois, trata-se de causa decidida, em última instância, por Tribunal Regional Federal, e das causas decididas por esses Tribunais

cabe recurso especial, a teor do aludido inciso III, e, se cabe, tal é para o Superior Tribunal de Justiça. Se não couber recurso para o Superior Tribunal de Justiça, estaria nas mãos dos Regionais a palavra final sobre a lei federal de natureza trabalhista (com outras implicações...), já que de suas decisões não cabe, obviamente, o recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho.

6. Em suma, pareceu-me, nestas poucas anotações, que, enquanto os Tribunais Regionais Federais cuidarem dessa matéria, e não será por muito tempo!, de suas decisões há de caber o recurso especial, certamente que para o Superior Tribunal de Justiça.

7. Ante o exposto, rejeito a preliminar de descabimento do recurso especial.

VOTO — PRELIMINAR (VENCIDO)

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, tenho votado em sentido diferente daquele exposto pelo eminente Ministro Nilson Naves nas questões que têm sido submetidas à Turma. Embora ponderáveis, sem dúvida, os argumentos deduzidos por S. Exa., não se pode fugir à circunstância de que a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar tais recursos teria manifesta índole residual.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando quis que este Tribunal exercesse competência transitória e residual, disse-o expressamente no § 10 do art. 27, e absteve-se de fazê-lo em relação a esse tema.

Por esse motivo, e somados os argumentos bem deduzidos pelo Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira no despacho que foi lido, tenho considerado incabível o recurso especial e me mantenho nessa mesma postura, *data venia* do eminente Relator.

VOTO — PRELIMINAR (VENCIDO)

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, tenho votado na Terceira Turma no sentido do voto que acaba de proferir o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, entendendo que não cabe recurso especial em matéria trabalhista; caberia recurso de revista que está previsto na Consolidação das Leis do Trabalho e que tem os mesmos pressupostos do recurso especial.

Também tenho afirmado em meus votos que o Superior Tribunal de Justiça não teria competência residual para julgar matéria trabalhis-

ta em hipótese nenhuma, porque a Constituição só reservou, no resíduo para o Superior Tribunal de Justiça, as rescisórias das decisões dos acórdãos proferidos pelo Tribunal Federal de Recursos em qualquer matéria que fosse de sua competência, inclusive a trabalhista.

Não seria infenso dizer que os Tribunais Regionais, ao decidirem sobre matéria residual de ordem trabalhista, estariam agindo como se fossem Tribunais Regionais do Trabalho, e, assim, se cabível um recurso, seria o de revista e para o Tribunal Superior do Trabalho.

Com essas palavras, acompanho o Ministro Eduardo Ribeiro.

VOTO — PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: A Egrégia Terceira Turma, por maioria, assim decidiu no REsp 6.217, sob a ementa:

“RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO TRABALHISTA. JUSTIÇA FEDERAL. NÃO CABIMENTO.

Não cabe recurso especial sobre matéria trabalhista de decisão proferida por Tribunal Regional Federal no exercício da competência residual prevista no § 10 do art. 27 do ADCT, de 1988, por não ser o Superior Tribunal de Justiça órgão da Justiça Federal e sua competência para apreciar os dissídios laborais, ainda assim passageira, limita-se às ações rescisórias de julgados do extinto Tribunal Federal de Recursos, de acordo com a mesma disposição transitória citada.” (REsp nº 6.217-MG, rel. Min. Cláudio Santos, decisão de 12.03.91).

No mesmo sentido, também proferidos pela 3ª Turma, os REsp's 6.526-RJ e 7.030-MG.

O exame da admissibilidade do recurso extraordinário, bem como do recurso especial, se estabelece sob várias formas. Assim, na origem, pelo juízo prévio de admissibilidade; no agravo de instrumento da decisão denegatória; no agravo dito 'regimental', e finalmente como etapa prefacial na apreciação do próprio recurso extremo.

Nesse mister, o julgador não se limita a verificar a subsunção da pretensão recursal aos preceitos constitucionais autorizativos do apelo excepcional; a estes ajunta normas processuais infraconstitucionais, legais e regimentais, estabelecendo, outrossim, o confronto da decisão recorrida com a jurisprudência da Corte, notadamente a já compendiada em súmula; e não raro se vê compelido a atividade integrativa, reveladora do Direito. Colho como exemplo, fruto do labor criativo do eg. STF,

a recente e complexa formulação jurisprudencial pertinente à conversão e/ou desdobramento do recurso extraordinário interposto antes da instalação deste STJ.

Em virtude das profundas modificações introduzidas pelo CF/88 no capítulo do Poder Judiciário, criando e extinguindo órgãos, cambiando algumas competências, os julgadores somos com certa freqüência obrigados à interpretação do ADCT, instrumento indispensável à compatibilização do novo com o velho no plano constitucional.

As decisões da eg. 3ª Turma, ora memoradas, buscam fundamento exatamente em norma de caráter transitório (ADCT, art. 27), que salvo melhor entendimento foi considerada como rigorosamente limitadora da competência desta Corte, em matéria trabalhista. Destarte, ficou decidido naquela Turma que dos acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais Federais, no exercício da competência residual prevista no § 10 do art. 27 do ADCT, não caberia recurso especial.

No caso dos autos, embora tratando-se de acórdão proferido pelo extinto TFR, seu sucessor pelo critério territorial, o TRF da 2ª Região, foi o responsável pela conversão do recurso e pelo juízo prévio de admissibilidade, e isto no exercício da mencionada competência residual.

No particular, permito-me, rogando muita vênica aos eminentes integrantes da eg. 3ª Turma, discordar do entendimento por esta sufragado. Não creio que o art. 27 do ADCT tenha modificado ou limitado a competência desta Corte em matéria recursal.

O que se deve ponderar, parece-me, tem mais a ver com o sistema recursal em si e com os meios de acesso à efetiva e completa prestação jurisdicional, que propriamente com a natureza da relação jurídica submetida à apreciação judicial. Destarte, se certo é que o Superior Tribunal de Justiça não é órgão da Justiça Federal, também correto inexistir incompatibilidade ou conflito entre a norma do art. 27 do ADCT e o art. 105, III, da CF, capaz de impedir o conhecimento de recurso especial manejado contra aresto de Tribunal Federal de segunda instância, como o era o antigo TFR. O direito ao processo e ao **esgotamento das instâncias recursais** é público, subjetivo e autônomo, não estando condicionado, em princípio, à natureza da relação jurídica de direito material subjacente.

Mesmo durante o período em que esteve sob a competência da Justiça Federal o julgamento das ações trabalhistas envolvendo a União, suas autarquias e as empresas públicas, preocupou-se o legislador em garantir, quanto ao processo e procedimento, tratamento igualitário aos litigantes conduzidos ao foro da União. Com efeito, a Lei nº 5.638/70, que dispôs sobre o processo e julgamento das ações trabalhistas da compe-

tência da Justiça Federal, estabeleceu que as referidas ações serão julgadas, “observado, no que couber, o disposto no Título X da Consolidação das Leis do Trabalho”, sendo que “o recurso ordinário cabível da decisão de primeira instância processar-se-á consoante o Capítulo VI do Título X da Consolidação das Leis do Trabalho, competindo-lhe o julgamento ao Tribunal Federal de Recursos, conforme dispuser o respectivo Regimento Interno.” (Art. 1º).

Por conseguinte, *mutatis mutandis*, estabeleceu-se na Justiça Federal, para o julgamento das reclamações, o mesmo procedimento adotado quanto à justiça laboral, inclusive quanto ao recurso cabível da sentença de 1º grau. Daí em diante o procedimento se bifurca, mas, guardadas as peculiaridades, com as mesmas garantias no tocante às possibilidades recursais. Assim, em caso de violação da lei, na Justiça do Trabalho tem cabimento o recurso de revista, e na Justiça Federal apresenta-se a possibilidade do recurso extraordinário.

Destarte, enquanto na Justiça do Trabalho o recorrente discutia a infringência à lei no recurso de revista, e a contrariedade à Constituição neste e no recurso extraordinário, já na Justiça Federal se fazia o mesmo, englobando-se a discussão no âmbito do recurso extraordinário.

A Constituição Federal de 1988 outorgou competência plena à Justiça do Trabalho para o julgamento das causas decorrentes da relação de emprego (art. 114); não obstante, pelo art. 27, § 10, do ADCT, reservou à Justiça Federal o julgamento das ações nela propostas até a data da promulgação da Constituição, “inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do judiciário”. Assim dispondo, não nos parece haja a Constituição Federal excluído da apreciação desta Corte o recurso especial interposto contra decisão proferida pela Justiça Federal da 2ª instância, em matéria trabalhista, no exercício de competência residual. Caso contrário, se estaria criando para os litigantes situação no mínimo não isonômica, já que, em virtude da acomodação das transformações legais instituídas pela Lei Maior, aqueles que tivessem tido a paciência ou sorte de mover ação trabalhista após a promulgação do texto, teriam garantidos em sua amplitude todos os meios recursais previstos, e os menos afortunados reclamantes que deduziram suas pretensões antes da vigência da Carta Magna, estariam limitados ao recurso ordinário, cortada qualquer possibilidade de acesso aos tribunais superiores.

Há o argumento, sem dúvida relevante, de que a norma constitucional transitória reservou, em matéria trabalhista, ao Superior Tribunal de Justiça tão-somente a competência para o julgamento das ações **rescisórias** “das decisões até então proferidas pela Justiça Federal”. Também entendo, e o disse inclusive em sede doutrinária, que a competên-

cia constitucional não é suscetível de ampliações ou de restrições por lei ordinária: “A competência fixada na Constituição apresenta-se exaustiva e taxativa; dispositivo algum de lei, ordinária ou complementar (salvante, evidentemente, emenda à própria Constituição), poderá reduzir ou ampliar tal competência” (“Jurisdição e Competência”, Saraiva, 4ª ed., nº 45).

Todavia, também as normas constitucionais sobre competência são passíveis de exegese “por compreensão”: assim, *v.g.*, as **fundações** federais foram entendidas como estando no elenco das entidades previstas no artigo 109, I, da Lei Maior; embora a Constituição somente se refira expressamente à “União, entidade autárquica ou empresa pública federal.” É que a fundação federal estará compreendida no gênero autarquia ou no gênero empresa pública.

Assim também ocorre na hipótese presente: se o STJ é competente para julgar as ações rescisórias de decisões em tema trabalhista, proferidas pelo antigo TFR — ou seja, para julgar impugnações mediante ação autônoma —, com maior razão é competente para julgar o recurso especial contra decisões, em tema trabalhista, do mesmo Tribunal. Não se compreenderia a competência para julgar a impugnação **mediante ação**, e a ausência de competência para julgamento da impugnação através do recurso, menos complexa. A ação rescisória, ao fim e ao cabo, é um recurso, *lato sensu*, sob a forma processual de ação.

Volto a afirmar, o direito ao processo, ao contraditório em sua plenitude, com os recursos ao mesmo inerentes, é direito público subjetivo e autônomo, visando a norma transitória constitucional antes garanti-lo do que postergá-lo, assim preservando-se livres as vias de acesso à completa prestação jurisdicional, sem risco de distinções de tratamento às partes em litígio.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, tenho sustentado o cabimento do recurso especial em casos como o de se trata. Dou por desnecessária qualquer consideração a mais ante o que expressaram os Srs. Ministros Nilson Naves e Athos Carneiro. Permito-me, contudo, acrescentar que, a meu ver, a competência desta Corte não tem relação com a matéria eventualmente envolvida na causa que lhe chega. Há de levar-se em conta o órgão judicante prolator da decisão de que se recorre. Ora, se no caso de que se trata o Tribunal *a quo* é o Regional Federal, de suas decisões, nos termos da Constituição, cabe o recurso especial para esta Corte.

Assim, *data venia* dos que entendem em sentido contrário, acompanho o Eminentíssimo Ministro-Relator.

VOTO — PRELIMINAR (VENCIDO)

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, o único motivo que me impressionou, de início, sobre o tema, foi aquele pertinente à supressão de um recurso para a parte em casos dessa natureza, questão suscitada pelo Eminentíssimo Ministro Athos Carneiro, no final do seu voto. Mas lembro que, em outras situações, também é possível afirmar-se não caber o recurso especial. Pelo menos em sede de doutrina, já, modestamente, procurei demonstrar não caber recurso especial em decisões de Juizados de Pequenas Causas, porque o Segundo Grau de jurisdição não é confiado a Tribunal, mas, quando muito, a um colegiado de juízes do mesmo grau.

De modo que peço vênias ao Eminentíssimo Sr. Ministro-Relator e aos demais que o acompanharam, para ficar com os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Dias Trindade, que nos seus votos expressaram as razões pelas quais tenho me posicionado na 3ª Turma sobre não ser cabível no recurso especial matéria trabalhista, diante da competência ampla atribuída à Justiça do Trabalho para conhecer de questões laborais e, ainda, pelo fato de a disposição transitória constitucional restringir a competência deste Tribunal em questões trabalhistas às ações rescisórias. São estes os motivos do meu voto, acompanhando o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro.

VOTO — PRELIMINAR (VENCIDO)

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Tive acesso ao tema pela primeira vez em agravo ao qual, salvo engano, dei provimento para melhor exame, em face da inexistência de precedentes neste Tribunal e da relevância do tema.

Em apreciação posterior, porém, mais me convenci da incompetência deste Tribunal, como passo a expor:

Comungo do mesmo entendimento dos votos majoritários proferidos na eg. Terceira Turma, nos REsp's 6.217, 6.562, 7.030 e 7.031, de que relatores, respectivamente, os Ministros Cláudio Santos (os dois primeiros), Dias Trindade e Waldemar Zveiter, assim como no AgRg no REsp 5.638-DF, de que também relator este último, tendo por incompetente este Tribunal para apreciar a espécie.

A uma, porque a competência desta Corte vem expressamente prevista na Constituição, onde não se lhe atribuiu o julgamento de eventuais recursos de índole laboral contra decisões proferidas, residualmente, pelos egrégios Tribunais Regionais Federais.

A duas, porque, quando quis, o legislador constituinte de 1988 foi explícito, como no § 10 do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Não bastassem estes dois fundamentos, seria ainda de aduzir-se que não seria razoável deferir-se a este Tribunal a missão de uniformizar no país a matéria trabalhista quando cedo que a mesma, por força constitucional, incumbe a outra Corte especializada. E nem se argumente com as ações rescisórias residualmente ressalvadas na referida norma transitória, haja vista que, quanto a elas, norteia o princípio de que devem ser apreciadas pelo tribunal que proferiu a decisão rescindenda ou que seria o competente para conhecer de eventual recurso. Como as decisões tinham sido do extinto Tribunal Federal de Recursos, órgão inegavelmente de competência mais abrangente que os atuais Regionais Federais, então composto por Ministros que em sua maioria hoje integram este Tribunal Superior, não se afigurava razoável que as mesmas viessem a ser revistas pelos Regionais Federais. Daí a razão a justificar o mencionado § 10, do art. 27.

Na espécie, bem diversa é a situação, uma vez se trata de decisões de Tribunais Regionais Federais a descoberto de normas que autorizem a competência desta Corte. Logo, a construir uma jurisprudência que permita o acesso à instância especial, à toda evidência, s.m.j., que a mesma seria de contemplar a Justiça Especializada, e por ela construída, sobretudo pelo espírito que orientou o constituinte na adoção do art. 114 da Lei Maior.

Ademais, como já busquei salientar em sede doutrinária, a adoção de vias de impugnação de decisões judiciais pertence ao campo da política legislativa, podendo o legislador ampliar ou restringir o acesso de acordo com a sua visão, a exemplo do que ocorre no direito comparado e entre nós ocorreu com a Lei 6.825/80, considerada constitucional e ainda hoje aplicada.

Em preliminar, e com vênia, não conheço do recurso por incabível, tendo por incompetente este Tribunal.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Senhor Presidente, peço vênia para aderir aos votos do Eminentíssimo Relator e dos Minis-

tros Athos Carneiro e Fontes de Alencar, entendendo que cabe, neste caso, o recurso especial, por se tratar de causa decidida em única e última instância pelo Tribunal Regional Federal.

Lembro ainda, Senhor Presidente, que não é de todo infensa à competência deste Tribunal a apreciação de matéria trabalhista, desde que já se têm julgado apelações de decisões proferidas em reclamações trabalhistas nas causas em que forem partes Estados Estrangeiros ou organismo internacional (art. 105, inciso II, letra c, da Constituição Federal).

Sou pelo cabimento do recurso especial, acompanhando o Relator.

VOTO — PRELIMINAR (DESEMPATE)

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Senhores Ministros, cumprindo-me o ônus de desatar o empate, começo por tranquilizar meus eminentes Pares por dois aspectos: primeiro, no sentido de que a questão já me foi adiantadamente sugerida à reflexão, por diligente iniciativa do eminente Relator; e também no sentido de que serei breve no resumo das razões de meu convencimento.

Em verdade, tenho compromisso antigo com o entendimento de que as vias de recurso devem ser antes asseguradas do que restringidas. No rumo dessa consideração, sempre valorizei o entendimento entre nós sufragado pelo eminente jurista FREDERICO MARQUES, ao sustentar que, tanto quanto a ação, também o emprego dos recursos corresponde a um direito ou garantia constitucional.

No extinto Tribunal Federal de Recursos, a propósito da aplicação da Lei 6.825, de 22.09.80, que introduziu a restrição ao recurso de apelação em causas chamadas de alçada, tive ensejo de, em respeitosa divergência, manter no Plenário daquela Corte o entendimento de que os embargos de alçada eram incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro. Nessa mesma direção, usei divergir da douta maioria ao resistir à supressão da apelação e, bem assim, de agravo de instrumento. Tive como demasia, a propósito da extinção (a meu ver indevida) da apelação, reputar-se também extinto o agravo de instrumento, conferindo-se a juízes de primeiro grau, muitas vezes principiantes, em comarcas de primeira instância, um poder praticamente ilimitado na instrução de processos, comprometendo às vezes irremediavelmente a instrução e julgamento de causas de grande relevância jurídica, para não dizer quanto aos direitos das partes.

Encontrei certo conforto neste meu modo de ver quando verifiquei que num dos últimos estudos de LIEBMAN, vindo à luz na Revista de

Diritto Processuale, pouco antes de sua morte, aquele egrégio mestre se ocupou, precisamente, de sustentar que, também no Direito Italiano, o direito ao recurso corresponde a garantia constitucional, não obstante maiores as dificuldades com que se defrontou, quando comparadas com aquelas que se me depararam, a propósito do direito brasileiro.

Feitas estas considerações e atendo-me ao caso em que agora ocorre o empate de decisões, todas muito bem amparadas em excelentes arrazoados, acentuo não ver como se possa solver a questão preliminar, sem alguma construção jurisprudencial sobre textos normativos que não se entrosam de forma explícita: ou bem haveremos de entender que em certas causas trabalhistas as partes fiquem privadas de determinado recurso (o de revista); ou bem concluiremos que essas causas comportam revista (e, neste caso, adiantar-nos-íamos sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho, o que não me parece aconselhável, em boa técnica de julgamento, porque cabe antes ao juiz defender a sua competência do que ampliar competência de outros órgãos); ou, finalmente, entenderemos que os princípios da isonomia e da plena garantia do processo aconselham a construção, pelo menos razoável (uma vez que este Tribunal tem competência para julgar, em recursos especiais, as causas decididas em única ou última instância, quer o tenham sido por Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça dos Estados). No caso, a demanda foi decidida, em grau de recurso, por Tribunal Regional Federal.

Anoto ainda que o eminente Relator muito parcimoniosa e prudentemente salientou que se trata de uma competência residual, porquanto indeterminado, no momento, mas determinável o número de causas trabalhistas ainda pendentes na competência residual de Tribunais ou Juízes Federais que possam ser trazidas a esta Corte, em grau de recurso especial. Penso que deve predominar a necessidade de que tais recursos sejam examinados e que a unidade do Direito Brasileiro, ou sobre o prisma da lei, ou da jurisprudência, seja assegurada por esta Corte, consoante sua vocação constitucional.

Rogando todas as vênias às doudas opiniões que recusam, por motivo de compreensível prudência na administração dos poderes deste Tribunal, a sua competência para esta causa, por considerações de minha antiga afeição (como acabei de historiar e que agora se entrosam com os fundamentos dos doudos votos do Ministro Relator e dos que se lhe seguiram), peço licença para afastar a preliminar e reconhecer o cabimento do recurso especial, que será julgado, em todas as demais questões que comporta, pela egrégia Terceira Turma.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.639 — DF — (90.105935) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Rectes.: Aparecida Malevichi e outros. Recdo.: União Federal. Advs.: Marcos Luís Borges de Resende e outros.

Decisão: Após o voto de desempate do Sr. Ministro Presidente, a Seção, por maioria, decidiu afastar a preliminar de descabimento do recurso especial, vencidos os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Cláudio Santos e Sálvio de Figueiredo (em 12.06.91 — 2ª Seção).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 7.116-0 — SP

(Registro nº 91.000086)

Relator: *O Senhor Ministro Milton Pereira*

Recorrente: *FEPASA — Ferrovia Paulista S/A*

Recorrido: *João Ribeiro Basílio*

Advogados: *Drs. Maria Lúcia Ohl Rozante e outros, Eliane Gutierrez e outros*

EMENTA: Recurso Especial — FEPASA — Natureza jurídica do débito de complementação de aposentadoria. Conta de liquidação homologada. Juros moratórios. Correção monetária. Alegação de violação ao art. 5º, XXXVI, CF, e pretendida contrariedade do art. 467, CPC. Negativa de vigência do art. 1.062 Código Civil.

1. O direito não fica alheio às realidades sociais, nem se divorcia do bom senso, devendo a sua compreensão ser ajustada à justiça das normas. Não pode ser desajustado, nem injusto.

2. A natureza jurídica do débito de complementação de aposentadoria, embora não tenha origem em relação trabalhista, mas estatutária, por homenagem ao seu caráter alimentar e privilegiado, sob os auspícios do art. 5º, Lei de Introdução ao Código Civil, margeando o art. 1.062 do Código Civil, beneficia-se de interpretação magnânima, a fim de que os juros

moratórios devidos sejam calculados à taxa de 1% ao mês. Correção monetária ampla.

3. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MILTON PEREIRA (Relator): FEPASA — FERROVIA PAULISTA S/A, fundada no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, interpôs Recurso Especial contra o v. acórdão do egrégio Tribunal *a quo, verbis*:

“De conformidade com o respeitável julgado exequendo, “os juros de mora fluirão desde a data da citação da embargante às parcelas até então vencidas e mês a mês em relação às posteriores a esse marco; e a correção monetária será calculada consoante as diretrizes do Decreto-lei nº 75/66, segundo tem entendido essa Colenda Câmara” (fl. 553).

Na apuração dos questionados juros, seguiu, o Contador, a orientação traçada pelo art. 3º do Decreto-lei nº 2.322, de 26 de fevereiro de 1987, que estabeleceu procedimento de cálculo para atualização de débitos trabalhistas, de que cogita o aludido Decreto-lei nº 75/66, à taxa de 1% ao mês.

E desde que vigente à data da elaboração os valores apurados foram adequados à Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989.

Correta, pois, a conta.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso” (fls. 884/885).

Contra o v. aresto atacado, a FEPASA — FERROVIA PAULISTA S/A interpôs Embargos de Declaração, sob a alegação de que houve omissão quanto à forma de cálculo dos acessórios. Os Embargos foram rejeitados, por ter incorrido a pretensa omissão (fls. 887/889 e 895/896).

A Recorrente, em suas razões, alega que o v. acórdão guerreado desrespeitou o art. 1.062, do Código Civil, o que acarreta negativa de vigência do Decreto-lei nº 4.657/42, além de ter incorrido em violação do art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna (fls. 898/902).

O Recorrido, João Ribeiro Basílio, apresentou suas contra-razões, nas quais afirma que não houve ofensa a dispositivos legais, já que o Decreto-lei nº 2.322/87 determina expressamente que “a correção monetária dos créditos trabalhistas de que trata o Decreto-lei nº 75/66, seria calculada pela variação das OTN's (§ 1º, art. 3º), bem como sobre tais débitos incidiram juros à taxa de 1% ao mês, na forma mensal capitalizada” (fls. 904/908).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República entende que é incabível a apreciação de violação a dispositivo constitucional e não restou configurada tal contrariedade, vez que o cálculo da correção se fez “em estrita observância da coisa julgada”. Já com relação aos juros moratórios, procedem as razões da Recorrente, pois a “complementação da aposentadoria dos ferroviários do Estado de São Paulo constitui, conforme já assentado por essa Egrégia Corte de Justiça, débito de natureza civil, razão pela qual os juros devem ser calculados na forma prevista no artigo 1.062 do Código Civil”. Manifestou-se, afinal, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso (fls. 927/928).

Por estar preenchido o requisito do prequestionamento, e por ser matéria sobre a qual não há, ainda, jurisprudência dominante, foi admitido o recurso, motivo pelo qual subiram os autos a esta corte.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Recurso Especial — FEPASA — Natureza jurídica do débito de complementação de aposentadoria. Conta de liquidação homologada. Juros moratórios. Correção monetária. Alegação de violação ao art. 5º, XXXVI, CF, e pretendida contrariedade do art. 467, CPC. Negativa de vigência do art. 1.062, Código Civil.

1. O direito não fica alheio às realidades sociais, nem se divorcia do bom senso, devendo a sua compreensão ser ajustada à justiça das normas. Não pode ser desajustado, nem injusto.

2. A natureza jurídica do débito de complementação de aposentadoria, embora não tenha origem em relação trabalhista, mas estatutária, por homenagem ao seu caráter alimentar e privilegiado, sob os auspícios do art. 5º, Lei de Introdução ao Código Civil, margeando o art. 1.062 do Código Civil, beneficia-se de interpretação magnânima, a fim de que os juros moratórios devidos sejam calculados à taxa de 1% ao mês. Correção monetária ampla.

3. Recurso desprovido.

O SENHOR MINISTRO MILTON PEREIRA (Relator): cuida-se de irresignação que, na lida de originária pretensão, teve nascedouro com a sentença monocrática em ação objetivando complementação dos proventos de aposentadoria para ser alcançado o nível do salário compreensivo em salário uno, recebido pelo paradigma indicado na inicial. Apurase, na dimensão dos debates travados que, ao derredor de questão polêmica, a improcedência arrimou-se em precedente colhido no 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (Ap 102.627), sumariando, com estas razões:

“A equiparação pretendida pelos autores não tem fundamento, desde que os paradigmas apresentados por eles estão sujeitos a outro regime funcional. De fato, os autores, ora apelantes, ferroviários aposentados, encontravam-se sujeitos ao regime estatutário, ao passo que os paradigmas, optantes pelo novo sistema salarial, submeteram-se ao regime da CLT.

Não tem, por isso mesmo, aplicação ao caso o citado artigo 193, do Estatuto dos Ferroviários, que somente assegura ao aposentado o mesmo aumento geral de remuneração concedida, ainda que por força de promoção, aos servidores da ativa de categoria e funções iguais às que pertenciam. Ora, o novo sistema salarial, adotado pela ferrovia, não o foi em caráter geral, beneficiando a todos os funcionários, indiscriminadamente. Na realidade, tiveram os ferroviários a oportunidade de estudar as condições do novo regime, optando ou não por eles.

Dessa maneira, o regime estatutário e o trabalhista diferem basicamente, pelo que são diversos o critério e vantagens remuneratórios, o que impede qualquer possibilidade de equiparação salarial entre eles” (fls. 416/417).

A apelação, confirmando os fundamentos da sentença, não fez prosperar o direito da parte autora, só reconhecido por instrumentação dos opostos Embargos Infringentes, destacando:

“...O comportamento da recorrida com o pessoal da ativa, embora por via oblíqua, não deixou de representar u'a maioria-

ção geral de salários aos ocupantes da categoria e função idênticas às que o embargante desempenhava.

Por fim, a Lei nº 3.720, de 09 de fevereiro de 1983, considerando as situações estipendiárias de seus servidores empregados, conforme a então companhia estatal ou para-estatal a que pertenciam, procurou corrigir as distinções entre ambos, seja quanto à opção por regime retributivo aparentemente melhor, seja quanto à própria posição funcional de cada um com vistas ao pagamento do benefício da complementação” (fls. 544/545).

Em Embargos de Declaração ficou definido que,

“...Os juros de mora fluirão desde a data da citação da embargante às parcelas até então vencidas e mês a mês em relação às posteriores a esse marco; e a correção monetária será calculada consoante as diretrizes do Decreto-lei nº 75/66 ...” (fl. 553).

Mais adiante, acendeu-se discussão sobre a homologação de conta (fl. 795), na apreciação recursal própria, merecendo este julgado:

“... Assim, apurando-se ter havido erro de cálculo, impugna-se a retificação devida, que se admite a qualquer tempo, ainda depois da coisa julgada (PONTES DE MIRANDA, *in* COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Tomo II, Coment. ao art. 285 — Cód. Proc., 1939; RTJ 73/946 e 89/599, RTJESP 89/72 e 97/329).

E como erro de cálculo, entende-se o erro aritmético, tal como a inclusão de parcela indevida, no caso dos autos, já paga pela executada e recebida pelo exequente (cf. RTJ 74/510).

Procedente, pois, a retificação.

Entretanto, dever-se-ia observar, no mais, o julgado exequendo, que determinou que “os juros de mora fluirão desde a data da citação da embargante (ora executada-apelada) às parcelas até então vencidas e mês a mês em relação às posteriores a esse marco; e a correção monetária será calculada consoante as diretrizes do Decreto-lei nº 75/66, segundo tem entendido essa Colenda Câmara” (cf. fl. 553, *in fine*).

Merece, pois, seja adequada a conta impugnada ao julgado exequendo, sem olvidar as parcelas comprovadamente pagas pela executada ao exequente” (fl. 827).

Novamente, ao abrigo do julgado, foi elaborada e homologada conta atualizada, com os seguintes critérios:

“1) A correção monetária é devida desde o início do período;

2) Foram utilizadas as Tabelas I e II, para atualização dos débitos Trabalhistas a serem liquidados até 28/02/87; conforme Portaria Interministerial nº 117, de 09.09.86 (SEPLAN);

3) A partir de 01.03.87 a Correção Monetária será calculada segundo Variação Nominal da Obrigação do Tesouro Nacional — OTN; conforme DECRETO-LEI Nº 2.322, de 26.03.87;

4) Quanto ao cálculo dos respectivos juros moratórios, foram calculados à razão de 0,5% ao mês, a partir da citação, até 28.02.87;

5) A partir de então, ou seja, 01.03.87, incidiram juros sobre as parcelas corrigidas à taxa de 1% ao mês capitalizados mensalmente, conforme art. 3º do DECRETO-LEI Nº 2.322, de 26.02.87” (fl. 840).

Insistindo, a Executada apelou, surgindo o v. acórdão:

“... De conformidade com o respeitável julgado exequendo, “os juros de mora fluirão desde a data da citação da embargante às parcelas até então vencidas e mês a mês em relação às posteriores a esse marco; e a correção monetária será calculada consoante as diretrizes do Decreto-lei nº 75/66, segundo tem entendido essa Colenda Câmara” (fl. 553).

Na apuração dos questionados juros, seguiu, o Contador, a orientação traçada pelo art. 3º do Decreto-lei nº 2.322, de 26 de fevereiro de 1987, que estabeleceu procedimento de cálculo para atualização de débitos trabalhistas, de que cogita o aludido Decreto-lei nº 75/66, à taxa de 1% ao mês.

E desde que vigente à data da elaboração os valores apurados foram adequados à Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989” (fls. 884/ 885).

Como horizonte recursal, por esta via Especial (art. 105, III, *a*, CF), palmilhou a Executada, como pontos principais, sustentando:

“... No que tange aos juros de mora, há que salientar-se que inexistente, para os feitos cíveis, norma legal que determine a aplicação da taxa de juros de 1% ao mês. Ao contrário, sempre se aplicou o critério estatuído no artigo 1.062 do Código Civil, que estabelece a taxa mensal de 0,5% ao mês”.

.....
“... Muito embora tenha o r. título exequendo concedido a correção monetária com base no Decreto-lei nº 75/66, isso não implica na aplicação de juros previstos pelo Decreto-lei 2.322/87, que cuida, exclusivamente, de débitos trabalhistas.

No presente caso, os juros de mora deverão ser calculados à razão de 0,5% ao mês, de acordo com o artigo 1.062 do Código Civil, visto não ter sido este revogado pelo citado Decreto-lei 2.322/87.

Portanto, deverá ser inteiramente desconsiderado, para o cálculo dos juros de mora, o Decreto-lei nº 2.322/87, sob pena de violação ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e artigo 467 do Código de Processo Civil, o que implica em negativa de vigência da lei que o instituiu, de nº 5.869/73.

Ressalte-se, outrossim, que da maneira como prolatado, o v. acórdão recorrido desrespeitou o artigo 1.062 do Código Civil, o que implica em negativa de vigência do Decreto-lei 4.657, de 04.09.42.

Por outro lado, não poderá igualmente prevalecer o critério utilizado para cálculo da correção monetária, como será demonstrado, eis que atenta contra a COISA JULGADA" (fls. 899 e 900).

Propositadamente, percorrido laborioso itinerário processual — iniciado há quase três lustros —, sem que a devedora pagasse e o credor recebesse, no vendaval inflacionário, ambos perdendo, com presteza, para romper a tormentosa fase de liquidação, cumpre socorrer as partes com finalística solução.

A questão sob exame. Em que reside basicamente a irresignação? Na liquidação de título judicial, gerando emaranhado de avanços e recuos. Nessa trilha, e, se possível, a síntese, referentemente ao assentamento da incidência dos juros moratórios à taxa de 1% ao mês a contar da edição do Decreto-lei nº 2.322/87, bem como a correção monetária do crédito com base no referido Decreto-lei, que alterou o de nº 75/66, estabelecendo como fator de atualização a variação das OTN's, segundo a Recorrente, contrariando o art. 5º, XXXVI, Constituição Federal, art. 1.062, do Código Civil, e art. 467, CPC.

Realmente, nos cálculos feitos e homologados, foi aplicado o Decreto-lei 75/66 — referente aos débitos trabalhistas —, corrigidos segundo as OTN's, conforme o Decreto-lei 2.322/87, e, quanto aos juros moratórios, distinguindo períodos, calculados à razão de 0,5% ao mês, a partir da citação até 28.02.1987, e, desde então, 1% ao mês, capitalizados mensalmente (art. 3º, Decreto-lei 2.322/87). Sinale-se, com leito no título judicial estabelecido em sentença.

Esmiuçando, não deve ser omitido que a dívida, consoante evidenciado nas transcrições feitas, nos debates, foi perdendo a sua natureza trabalhista.

Assim, consubstanciada a natureza estatutária do vínculo obrigacional civil, de modo geral, quanto aos juros, estaria albergada pelo art. 1.062, Código Civil que, embora esteja limitado por outras normas especiais (pela Lei 4.414/64; Lei 4.595/64; Lei 7.089/83), não está revogado. Nesse sentido, inclusive, esta Corte tem precedente:

“Recurso Especial. FEPASA. Complementação de Aposentadoria. Juros. Código Civil, art. 1.062.

1. A complementação da aposentadoria paga pela FEPASA não constitui débito de natureza trabalhista (Precedente).

2. Sobre as prestações em atraso incidem juros de 0,5% a/m, na forma do art. 1.062 do Código Civil.

3. Recurso conhecido e provido” (REsp 10.231-0-SP — Rel. Min. Peçanha Martins — *in* DJU de 29.06.92).

Não obstante, tem relevo considerar que, no regime trabalhista ou estatutário, os servidores prestam serviços profissionais remunerados mensalmente, cujos créditos constituem dívida de caráter alimentar e privilegiada, seja decorrente de vencimentos, de salário ou proventos. Demais, segundo torrencial entendimento pretoriano, quanto à correção monetária devendo ser integral, sob pena de aviltamento do crédito. Ora, a tratar de crédito legitimamente constituído, por que se lhe negar a aplicação de juros moratórios, por trabalho desempenhado, à taxa de 1% ao mês, tal como assegurado àquele originário de salários (Decreto-lei 75/66 e Decreto-lei 2.322/87)? Se o crédito de natureza financeira pública ou privada pode ser taxado em 1% ao mês e, os negócios bancários, atualmente, com taxas altíssimas, por que discriminar dívida de caráter alimentar, exclusivamente pela qualificação estatutária do credor? Em reforço, sinale-se que no cálculo da renda mensal do benefício previdenciário, pela inadimplência os juros são de 1% ao mês.

O direito não fica alheio às realidades, nem se divorcia do bom senso. Sua compreensão deve estar sublinhada pelo aspecto da justiça das normas. O direito é justo. Não é desajustado, nem injusto. Caracteriza-se por sua adaptação social, quanto às suas normas de incidência.

O enunciado permite-me invocar a igualdade — aqui, consubstanciada em torno de créditos de natureza alimentar —, para acudir a situação do caso sob exame.

Como registrei alhures:

“Los tiempos seculares están caducados, y los juristas, por fieles que sean a la tradición, deven, en las horas en que vivimos, mirar en su derredor más bien que hacia atrás; deben vivir con su época, si no quieren que ésta viva sin ellos” (LOUIS JOSSERAND — *in* Derecho Civil — vol. I, nº 558 — p. 449 — trad. cast. Ed. Bosch — Buenos Aires).

Em campo dessas idéias, no confronto do fato com as realidades apontadas, e a regente lei concreta, para a consecução do direito, inexistindo norma proibitiva específica, sob os auspícios do art. 5º, Lei de Introdução ao Código Civil, como manifestação real da vida jurídica, emitindo juízo, entendo que o caso não pode sujeitar-se inteiramente ao art. 1.062, Código Civil.

Por esse leito, tenho que a aplicação da taxa de 1% ao mês não dimana contrariedade à finalidade econômica dos juros moratórios, sem afronta, favorecendo interpretação temperada ou flexível do art. 1.062, Código Civil.

Afinal, estabelecida a obrigação — como está —, os juros dela advêm, filiados como acessórios, devidos por quem, contra a vontade do credor, retém o capital formador do crédito principal. Outrossim, na espécie, o título exequendo definiu essa obrigação, claramente, indicando os caminhos para os cálculos. Transmudar-se o título, por tangenciamento apartado em consequência de “conta” posterior, não rende homenagem ao processo — que não recua, mas deve avançar —, com prejuízo da verdade embaída no título judicial.

Quanto à correção monetária, pela mesma rama deve ser ampla, revigorando o seu valor, aviltado pela inflação.

No pórtico de ofensa à coisa julgada (art. 467, CPC), com alegado desfecho violador do art. 5º, XXXVI, da Constituição, convencendo da improcedência, são certas as anotações da douta Subprocuradoria-Geral da República:

“Inicialmente, cabe ressaltar que em sede de recurso especial é incabível a apreciação de violação a dispositivo constitucional.

Ademais, não se configura tal contrariedade, uma vez que o cálculo da correção monetária se fez em estrita observância da coisa julgada” (fl. 928).

E, a respeito, a meu aviso, para argumentar a intolerável e provisória fuga dos limites objetivos do recurso, redescobrimo-se o itinerário anteriormente comemorado, se registraria que, a rigor, após a primeira sentença homologatória (fl. 715), irrecorrida, em tese, a arguição poderia pender em favor da parte recorrida, inclusive invocando-se a Súmula 188-TFR.

Enfim, comungando com enunciada compreensão externada pela Subprocuradoria-Geral da República, conseqüentemente esmaecida a suposta contrariedade ao art. 467, CPC, inócurre o acerrado desrespeito à “coisa julgada”.

Por todo o exposto, tratando com igualdade os créditos de natureza alimentar e, por isso, divergindo de precedentes, voto negando provimento ao recurso.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Acompanho o Eminentíssimo Ministro-Relator, com as observações feitas pelo Eminentíssimo Ministro Cesar Rocha, acrescentando o seguinte: a Lei nº 4.414, de 24 de setembro de 1964, em seu art. 1º, preceitua:

“A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e Autarquias, quando condenados a pagar juros de mora, por estes responderão na forma do Direito Civil.”

Neste dispositivo legal não estão incluídas as empresas públicas, portanto, não têm direito a esses juros previstos no art. 1.062 do Código Civil.

Com referência ao argumento do Eminentíssimo Ministro Cesar Rocha, com ele estou inteiramente de acordo. Primeiro porque o título executivo tem que ser executado fielmente, e estamos diante de coisa julgada. É evidente que a sentença, na liquidação e na execução, não pode ser alterada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator com a fundamentação do Eminentíssimo Ministro Cesar Rocha. E observaria que, em se tratando de empresa pública, o art. 173 da Constituição determina que a ela se aplique o regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.116-0 — SP — (91.000086) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira. Recte.: FEPASA - Ferrovia Paulista S/A. Adv.: Maria Lucia Ohl Rozante e outros. Recdo.: João Ribeiro Basilio. Adv.: Eliane Gutierrez e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 30.09.92 — 1ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 8.625-0 — BA

(Registro nº 91.0003425-8)

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

Recorrente: *Estado da Bahia*

Recorridos: *José Pereira dos Santos e outros*

Advogados: *Drs. Marcelo Cintra Zarife e Maria Cristina Bastos Vitória*

EMENTA: PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL. DECRETO Nº 20.910/32. ART. 1º. ENQUADRAMENTO.

Se o pretendente se omite de reclamar a obtenção de benefício, desde quando a sua pretensão era exercitável, ou seja, da vigência da própria lei, é o próprio fundo do direito que se compromete com o decurso do prazo prescricional que, consumado, aquele mesmo é que retira a acionalidade.

Recurso conhecido e provido. Precedente do STF.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Pádua Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de setembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de ação ordinária proposta por JOSÉ PEREIRA DOS SANTOS e OUTROS contra o Estado da Bahia com vistas a serem enquadrados na série de classe de Auditor Fiscal.

Dizem os autores em resumo, que o art. 15 da Lei estadual nº 3.640/78 criou a carreira ou série de classes de Fiscal de Rendas Adjunto. E que o Decreto nº 26.088, de 17 de março de 1978, regulamentou os artigos 15, 16 e 17 da referida Lei 3.640, no seu art. 1º mandou enquadrar na citada série de classes de Fiscal de Rendas Adjunto os Guardas Fiscais, Agentes Fiscais Auxiliares e Agentes Fiscais que estavam designados para exercer função fiscalizadora na data da publicação da Lei 3.640. Acrescenta que a série de classes de Fiscal de Rendas Adjunto foi transformada na série de classe de Auditor Fiscal nos termos da Lei 4.455, 15/05/1985, e por isso tem direito ao enquadramento na série de classe de Auditor Fiscal, posto que satisfazem a todos os requisitos da Lei.

Foi a ação julgada procedente nos termos do pedido. No Tribunal de Justiça local, a sentença veio a ser confirmada em acórdão exteriorizado nesta ementa:

“APELAÇÃO CÍVEL. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL.

Repele-se, enquanto o servidor permanece no serviço público, correndo apenas em relação aos proventos à medida que é alcançado o quinquênio.

Função fiscalizadora, não exerce somente o comissionado para aquele exercício, mas também o que de fato a prática em proveito da Administração que a reconhece e assegura.

Inexistência ou precariedade da prova do exercício da função, indefere-se o pedido de enquadramento, para os efeitos da legislação posta como embasamento.

PRELIMINAR REJEITADA, AMBOS OS RECURSOS IMPROVIDOS.”

Dessa decisão, manifestou o Estado da Bahia recurso especial, escorado nas letras *a* e *c* da previsão constitucional, sob a alegação de que o v. acórdão recorrido teria negado vigência ao art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e divergido de julgados que indica, posto que a prescrição atingiu o próprio fundo do direito reclamado. Inadmitido o recurso, agravou o Estado. Provi o agravo para melhor exame do contraditório. Aqui, opi-

nou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo conhecimento e provimento do recurso.

É este o relatório.

VOTO

EMENTA: PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL. DECRETO Nº 20.910/32. ART. 1º. ENQUADRAMENTO.

Se o pretendente se omite de reclamar a obtenção de benefício, desde quando a sua pretensão era exercitável, ou seja, da vigência da própria lei, é o próprio fundo do direito que se compromete com o decurso do prazo prescricional que, consumado, aquele mesmo é que retira a acionalidade.

Recurso conhecido e provido. Precedente do STF.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Para afastar a preliminar de prescrição, o acórdão impugnado teceu as seguintes considerações:

“A preliminar de prescrição da ação não pode prosperar porque já está remansosa a jurisprudência, nos variados Tribunais do País, a começar pela Suprema Corte, e, principalmente entre nós, onde os julgados têm-se repetido sempre seguindo a mesma esteira de entendimento, segundo a qual “a relação de direito público está a coberto de prescrição: enquanto permaneça o servidor no serviço público não há prescrição quanto aos direitos estruturais dessa relação. O que corre é a prescrição com relação aos proventos, à medida que decorra o qüinqüênio” (Revista Forense, nº 178, pág. 159 e RTJ, vol. 32, pág. 301).

Nosso Tribunal de Justiça, repetidamente, julgando situações idênticas, tem-se firmado no ponto esposado pelo Supremo, não mais constituindo razão de discutir a argüição da preliminar em exame. Logo, rejeita-se, por seu incabimento.”

A vantagem perseguida pelos recorridos decorreu da Lei estadual nº 3.640, de 5/01/78. E a ação foi proposta em 14 de abril de 1986, como se vê no registro mecânico da petição inicial às fls. 02. Sendo assim o direito reclamado foi alcançado pela prescrição qüinqüenal, pois entre a vigência da lei e a propositura da ação decorreram mais de cinco anos, atingindo por conseguinte o próprio fundo do direito a teor do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 99.336, relator Ministro Rafael Mayer *in DJ* de 01/07/83, *verbis*:

“Ora, se o pretendente se omite de reclamar a obtenção do benefício, desde quando a sua pretensão era exercitável, ou seja, da vigência da própria lei, é o próprio fundo do direito que se compromete com o decurso do prazo prescricional que, consumado, aquele mesmo é que retira a acionalidade.”

Tendo o venerando acórdão recorrido afastado a incidência da prescrição ao direito dos ora recorridos, negou vigência ao art. 1º e Decreto 20.910/32. Por outro lado a tese sufragada pelo v. acórdão impugnado diverge com os julgados trazidos a cotejo, posto que, enquanto aquele afirma que a relação de direito público está a coberto da prescrição, os acórdãos paradigmas reconhecem a extinção desse direito pelo decurso do quinquênio prescricional.

Pelo exposto, conheço do recurso por ambos os fundamentos do permissivo constitucional e dou-lhe provimento para julgar a ação prescrita, invertido o ônus da sucumbência.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.625-0 — BA — (91.0003425-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Recte.: Estado da Bahia. Adv.: Marcelo Cintra Zarif. Recdos.: José Pereira dos Santos e outros. Adva.: Maria Cristina Bastos Vitoria.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 09.09.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Pádua Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 9.240 — MA (Registro nº 91.0005015-6)

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

Recte.: *Sunnmorsbanken A/S*

Recdo.: *Estado do Maranhão*

Advogados: *Drs. José Caldas Goes e outro e Gerson de Oliveira Costa Filho e outro*

EMENTA: LITISCONSÓRCIO.

A circunstância de ser o Estado acionista majoritário de um Banco não o torna necessariamente litisconsorte passivo na ação de indenização em que figura como réu o estabelecimento de crédito referido.

Recurso especial atendido.

Unânime.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro votaram com o Relator.

Custas, como de Lei.

Brasília, 1º de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Maranhão contra despacho do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de São Luiz que na ação Ordinária de Perdas e Danos proposta por SUNNMORSBANKEN A/S contra o BANCO DO ESTADO DO MARANHÃO S/A, desacolheu a pretensão do agravante de ser admitido na relação processual na condição de litisconsorte passivo necessário ou assistente litisconsorcial.

A 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão deu provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida, determinando “seja admitida a intervenção do Estado como litisconsorte necessário na ação promovida por SUNNMORSBANKEN contra o BANCO DO ESTADO DO MARANHÃO”, portando o acórdão respectivo a seguinte ementa:

“Agravo de Instrumento.

Demonstrada a comunhão de interesses e de obrigações relativamente à lide, é de ser admitido o litisconsórcio.

Quem responde subsidiariamente pela dívida de outrem, tem o direito de acompanhar a execução em todos os seus termos.” (Fl. 118).

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando violação do art. 47 do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial (fls. 123/131).

Pelo despacho de fls. 137/138 foi o recurso inadmitido, porém veio a ser processado em virtude do provimento do agravo do instrumento, subindo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 152/153).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator):
SUNNMORSBANKEN A/S ajuizou ação de indenização por perdas e danos contra o BANCO DO ESTADO DO MARANHÃO S/A, derivada de inadimplemento contratual de negócio jurídico celebrado entre ambos. No curso do processo o Estado do Maranhão requereu sua admissão como litisconsorte passivo necessário, negado pela primeira instância, mas deferido pelo acórdão recorrido, com os seguintes fundamentos:

“É indubitável o interesse do Estado na decisão da lide. É ele acionista majoritário do Banco, a ele afeta a possível e provável dificuldade do Banco em acorrer ao pagamento do requerido pelo agravado. O próprio agravado reconhece a responsabilidade do Estado que deve responder subsidiariamente pelas obrigações do Banco por ser a pessoa jurídica que a controla.

O que não é possível é querer-se que o Estado se quede impassível diante de fato que pode atingir o seu patrimônio direto, não discutir, no processo, os fatos que o originaram, para esperar que no caso de sentença contrária aos interesses do Banco, só então, quando também executado compareça ao processo somente para falar na execução da sentença, sem direito a apreciar-lhe o mérito.” (Fls. 118/119)

O art. 47 do CPC, inspirado no art. 102 do CP Civil Italiano e no § 62 da Zivilprozessordnung, ao cuidar do litisconsorte necessário, diz que este ocorre,

“... quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”.

J. C. Barbosa Moreira, com precisão observa que

“O Código faz coexistir a obrigatoriedade do litisconsórcio numa conseqüência da circunstância de ser imprescindível a solução uniforme para todos os litisconsortes” (“Estudos Sobre o Novo Código de Processo Civil”, p. 75, Ed. Liber Juris, Rio — 1974.

Sobre o tema assim expõe o ilustre processualista JOSÉ FREDERICO MARQUES:

“No litisconsórcio necessário, como o nome está a indicar, é indispensável a cumulação subjetiva em *simultaneus processus*. O litígio não pode ser objeto da tutela jurisdicional, nesse caso, senão com a participação ou citação de todos os consortes. O Juiz ordenará, por isso, ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob a pena de declarar extinto o processo (novo Código de Processo Civil, art. 47, parágrafo único).

Há litisconsórcio necessário, em primeiro lugar, quando é a própria lei que expressamente o exige, tal como se dá nas hipóteses previstas no art. 10, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil, em que marido e mulher devem necessariamente ser citados como litisconsortes passivos (v., supra, nº 229). Ainda são exemplos ou hipóteses onde surge o litisconsórcio necessário por força de lei: a) a insolvência civil, em que são citados todos os credores do devedor insolvente (novo Código de Processo Civil, arts. 761 e 762); b) os juízos divisórios (*idem*, arts. 946, 952 e 999); c) a ação de usucapião de terras particulares (*idem*, art. 942).

Além desses casos, há também litisconsórcio necessário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes. É o que se dá, *verbi gratia*, nas ações constitutivas em que a mutação pedida vai atingir relação jurídica única para mais de uma pessoa: na ação pauliana, o julgamento que anular o negócio jurídico será um só para quem alienou fraudulentamente a coisa, e para

quem a comprou ou recebeu em doação (Cód. Civ., art. 106). Segundo CHIOVENDA e LIEBMAN, não se pode ampliar o litisconsórcio necessário, fazendo-o vigorar nas ações declaratórias ou de condenação, uma vez que não se deve, na ausência de uma vinculação legal, limitar a liberdade de agir do autor.” in “Manual de Direito Processual Civil,” vol. I, Ed. Saraiva, págs. 256/257).

No presente caso não vislumbro a figura do litisconsorte passivo necessário, de modo a exigir, como condição de validade processual, a presença do Estado do Maranhão ao feito.

Não há nenhuma disposição legal que determine a presença do Estado na condição de litisconsorte passivo quando o Banco Estadual, sociedade de economia mista, estiver na condição de réu. Nem tampouco pela natureza da relação jurídica, pois não estamos diante de decisão que não possa ser pronunciada senão em face de várias partes.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido, em inúmeros julgados, que o litisconsorte passivo necessário à conta da natureza da relação jurídica tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro (RE nº 85.774), a prejudicá-lo (RE nº 74.042, RTJ 64/777), ou a afetar seu direito subjetivo (RE nº 87.094, RTJ 82/618).

Para se saber se estamos diante de um litisconsorte necessário faz-se preciso indagar se a sentença poderá ser prolatada sem a presença ou o chamamento de terceiro para a relação processual.

Ensina a respeito HÉLIO TORNAGHI:

“Eficácia da sentença. A lei considera sentença *inulliter data*, isto é, proferida inutilmente se, em caso de litisconsórcio, não ingressarem no processo todos litisconsortes possíveis. O chamamento de todos eles é condição de eficácia da sentença.” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, pág. 217, Rev. Trib. S. Paulo — 1974).

Em sua excelente monografia sobre o tema, assim disserta CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“... sabe-se que o litisconsórcio necessário se identifica como restrição ao poder de agir em juízo, no sentido de que, quando ele ocorre, a legitimidade para determinada causa pertence a duas ou diversas pessoas em conjunto, não se admitindo o julgamento do mérito de uma demanda ajuizada só por uma delas, ou com relação a uma delas apenas (litisconsórcio necessário ativo ou passivo). Sendo necessário o litisconsórcio, entende-se

que “os órgãos jurisdicionais não poderão emitir um provimento fixando a posição de todos os sujeitos legitimados, sem que todos estejam em juízo ou a ele sejam chamados”; e, por outro lado, “não poderão emitir provimentos que enderecem seus efeitos só a alguns, estando em juízo só estes” (v. supra, nº 26, esp. notas 220/221). Ora, justamente porque a necessariedade implica restrição dessa ordem à ação, que é garantida constitucionalmente, ela só se justifica quando embasada em boa razão que torne evidente ser a restrição mal menor do que a prolação do provimento sem a presença de todos”. (“Litisconsórcio”, Ed. Saraiva, 2ª edição, Rev. Trib., pág. 152).

O Supremo Tribunal Federal consagrou ditame no sentido de que “... a só alegação de que a União possui a maior parte do capital da sociedade não legitima o deslocamento da competência para a Justiça Federal (RE nº 75.832, Rel. Min. Rodrigues Alckmin).

Resulta patente nesta demanda (ação de indenização por perdas e danos) que a legitimidade passiva pertence exclusivamente ao Banco-réu.

A prevalecer o entendimento do acórdão, toda vez que se demandasse contra o Banco Estadual ter-se-ia de mandar citar como litisconsorte necessário o Estado do Maranhão, deslocando a competência para a Vara da Fazenda Pública.

Em caso similar envolvendo sociedade de economia mista, concessionária de serviço público federal, entendeu o Supremo Tribunal Federal ser competente para tal a Justiça Estadual, pois aí não se acha demonstrado o interesse jurídico da União (Cf. RE nº 98.807, Rel. Min. Moreira Alves).

Diante desses critérios doutrinários e jurisprudenciais, não se pode dizer que ao Estado do Maranhão era lícito intervir na causa, por nela não ter qualquer interesse jurídico, existindo, quando muito, simples interesse econômico reflexo, que não justifica a intervenção litisconsorcial passiva, mormente para deslocar a competência para a Vara da Fazenda Pública.

Por isso, bem afastou a decisão de primeira instância o pedido de litisconsorte passivo do Estado, julgando insubsistente a arguição de incompetência da 1ª Vara (fl. 15).

Muito expressiva é, no particular, a lição do eminente Ministro ATHOS CARNEIRO, em sua primorosa obra “Intervenção de Terceiros,” de 5ª ed. lançada recentemente, *verbis*:

“... o interesse, *v.g.* meramente afetivo, ou econômico, não faculta a assistência. Em face do inter-relacionamento da maior ou menor interdependência das relações jurídicas, freqüentemente a sentença proferida na causa entre A e B poderá refletir-se em relação jurídica entre A e o terceiro C, ou entre B e o terceiro C, quer favorecendo a posição jurídica de terceiro quer prejudicando-o juridicamente” (p. 107/108, Saraiva, São Paulo-1991)

Mais adiante, o preclaro processualista assinala:

“... é meramente econômica, e assim não autoriza a intervenção, o interesse do credor A em que seja julgada improcedente a ação de cobrança, ou indenizatória, ou promovida por outro credor contra o devedor comum. É certo que a vitória de B, e a conseqüente execução sobre bens do patrimônio do devedor, diminuindo este patrimônio, ou até mesmo exaurindo-o, irá privar o crédito de A da garantia representada pelos bens do devedor (CPC, art. 591). Mas A não poderá intervir na causa como assistente do devedor comum ... *omissis* ... O interesse de um credor na solidez econômica de seu devedor é, em princípio, apenas de fato”. (*ibidem*, p. 108/109).

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para, cassando o *v. acórdão* recorrido, reestabelecer a decisão de primeiro grau que inadmitiu o Estado no feito na condição de litisconsorte passivo, preservando, assim, a competência da 1ª Vara Cível.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.240 — MA — (91.0005015-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Sunnmorsbanken A/S. Recdo.: Estado do Maranhão. Advs.: José Caldas Goes e outro. Advs.: Gerson de Oliveira Costa Filho e outro. Sustentou, oralmente, o Dr. José M. Guerreiro Jr. pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 01.10.91 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 9.338 — SP
(Registro nº 91.5365-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Tecelagem Franceza S/A*

Recorrido: *Pechuy Participações Ltda.*

Advogados: *Valtécio Ferreira, Lauro Malheiros Filho e outros*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ADMISSÃO PARCIAL. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. RENOVATÓRIA. RETOMADA. ALUGUEL. ARBITRAMENTO. HONORÁRIOS. CORREÇÃO.

Admitido o recurso especial parcialmente pela Presidência do Tribunal *a quo*, quanto a um tema isolado, não há preclusão das demais questões nele versadas (Súmula 528 do STF).

Presume-se a sinceridade do pedido de retomada do imóvel manifestado em resposta à ação renovatória.

O locatário pagará ao proprietário o aluguel que for arbitrado pelo juiz, a partir do término do contrato e até a desocupação.

Honorários de advogado, correções (Súmula 14 do STJ).

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Recurso especial da Tecelagem Franceza S/A, nos autos em que contende com Pechuy Participações Ltda., foi admitido pela Presidência do Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil, através da decisão expressa nas seguintes palavras:

“O venerando acórdão de fls. 432-437 manteve a respeitável sentença que julgou improcedente esta renovatória e deferiu o pedido de retomada para uso próprio.

Irresignada, interpõe a locatária recurso especial, fundamentado no artigo 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, sob alegação de ofensa aos artigos 128, 333, II, 437 e 460, do Código de Processo Civil, bem como dissenso com a Súmula 485 do Supremo Tribunal Federal, porque houve julgamento *ultra petita*, com condenação ao pagamento de diferenças de aluguéis no curso da ação, indevida valoração da prova que elidiu a presunção de sinceridade e necessidade do pedido e erros técnicos no laudo pericial adotado. Insurge-se, ainda, quanto à correção monetária da verba honorária desde o ajuizamento da ação, bem como quanto à fixação dos salários periciais. Colaciona julgados como paradigmas.

Às fls. 447-448 foi complementado o recurso especial.

Foi interposto recurso extraordinário às fls. 450-451, examinado por despacho em separado.

Recurso processado, colheu-se as contra-razões de fls. 456-458.

O presente apelo não preenche os requisitos contidos na alínea *a* do permissivo constitucional.

A alegada ofensa aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil não se encontra devidamente configurada porque o pagamento dos acréscimos de aluguel, correspondentes aos meses decorridos durante a ação, corrigidos, decorre da aplicação da legislação inquilinária, não constituindo, por essa razão, julgamento *ultra petita*.

No mais, a petição recursal revela, tão-somente, o inconformismo da recorrente com o desfecho da demanda que teve por fundamento a prova dos autos, cujo reexame não dá lugar ao recurso especial, a teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

O apontado dissídio com a Súmula 485 do Supremo Tribunal Federal não se encontra demonstrado, pois o venerando acórdão, diante das provas produzidas, entendeu que a presunção de sinceridade que milita a favor da locadora não restou ilidida.

Todavia, no concernente ao julgado do Supremo Tribunal Federal, publicado na RT 630/240, é que se verifica a ocorrência da divergência jurisprudencial. Naquele, a atualização da verba honorária foi fixada a partir da condenação. Neste, a partir do ajuizamento da ação.

Isto posto, apenas sob o aspecto acima apontado, defiro o recurso especial. Remetam-se os autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça." (fls. 460-462).

Prudentemente, a recorrente agravou de instrumento para evitar qualquer entendimento no sentido da preclusão das questões não admitidas.

Relatei.

VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ADMISSÃO PARCIAL. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. RENOVATÓRIA. RETOMADA. ALUGUEL. ARBITRAMENTO. HONORÁRIOS. CORREÇÃO.

Admitido o recurso especial parcialmente pela Presidência do Tribunal *a quo*, quanto a um tema isolado, não há preclusão das demais questões nele versadas (Súmula 528 do STF).

Presume-se a sinceridade do pedido de retomada do imóvel manifestado em resposta à ação renovatória.

O locatário pagará ao proprietário o aluguel que for arbitrado pelo juiz, a partir do término do contrato e até a desocupação.

Honorários de advogado, correções (Súmula 14 do STJ).

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Harmônica é a compreensão desta Corte com jurisprudência da Suprema Corte sobre a extensão do efeito devolutivo nos recursos excepcionais, manifestada nos Verbetes nºs 292 e 528, sobretudo do último deste teor:

“Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo STF, independentemente de interposição de agravo do instrumento.”

De tal sorte, ainda que recebido parcialmente pela Presidência do Tribunal de origem, a apreciação do recurso não será limitada àquela parte autônoma.

Daí porque examino, de início, a alegação de julgamento *extra petita*. O julgamento não extrapolou os lindes do pedido. Com efeito, na contestação, requerera a locadora, ora recorrida, o arbitramento do aluguel após o término do contrato uma vez acolhido o pedido de retomada (fl. 83). E na sentença com acerto, fixou o julgador o aluguel, na forma preconizada pela doutrina (cf. “Renovação de locação”, Darcy Bessone, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 184) e pela jurisprudência, inclusive, do STF (RTJ, 57:729, 63:826, 71:871, 74:523, 75:297 e 80:858). Expressiva é a ementa do acórdão no RE 79.437-MG, da 1ª Turma da Colenda Corte, rel. Min. Rodrigues Alckmim:

“Locação. Vencido na ação renovatória, o locatário deverá pagar, a partir do término do contrato, o aluguel fixado pela perícia para a hipótese da renovação, não sendo necessário que o pedido do locador, a esse respeito, seja feito desde logo na contestação.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Assim, não houve, naquele arbitramento de aluguel, qualquer ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC.

Tocante ao mais, o art. 437 da lei processual aplicável não obriga o juiz a determinar a realização de nova perícia aliás desnecessária face ao deferimento da retomada, e sobre a imposição do ônus da prova à retomante, bem esclareceu o acórdão:

“Não estava a Apelada obrigada a apresentar prova de que tivesse contratado funcionários ligados ao ramo que pretende explorar. Evidentemente, tais contratações somente poderão ocorrer após a desocupação, quando estiverem prontos para exercer seu comércio.

Não havia obrigação também de apresentar qualquer estudo da viabilidade econômica do negócio que pretende empreender e tampouco qualquer outro contrato social, uma vez que o de fls. 84/90 já previa a possibilidade de atividade no comércio de artigos para presentes em geral (Cláusula 10ª), sendo irrelevante

o fato de ter sido feita uma alteração em agosto de 1986, ou seja, quatro meses antes da propositura da renovatória.

O fato da testemunha da Apelada não conhecer o imóvel, não invalida o depoimento, no que tange à afirmativa de que teria ficado sabendo da intenção mesma de abrir uma loja de artigos para presentes (fls. 278).

Não deu, portanto, o MM. Juiz sentenciante, maior valor à presunção, do que às provas produzidas. Na verdade, a questão foi corretamente decidida à luz dos elementos existentes nos autos, que não trouxeram nenhum indício significativo da insinceridade do locador." (fls. 434-435).

Do mesmo modo não há dissenso com o verbete 485 da Súmula do Pretório Excelso. *In casu*, a locatária não ilidiu a presunção de sinceridade do retomante.

Finalmente, no concernente ao dissídio sobre a atualização monetária dos honorários de advogado, a matéria já esta pacificada neste Tribunal Superior, com a divulgação da Súmula nº 14 desta Corte, contrária ao pleito da sucumbente.

Diante do exposto, não conheço do recurso especial.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.338 — SP — (91.0005365-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Tecelagem Franceza S/A. Recdo.: Pechuy Participações Ltda. Advs.: Valtécio Ferreira, Lauro Malheiros Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 25.02.92 — 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.



RECURSO ESPECIAL Nº 9.702-0 — PR

(Registro nº 91.6227-8)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro

Recorrentes: Clodoaldo Guilherme e outros

Recorridos: *José Carlos Caron e outros*

Advogados: *Drs. Oscar Luís de Moraes e outros e Alfredo de Assis Gonçalves Neto*

**EMENTA: RECURSO. LEGITIMIDADE. LITIS-
CONSÓRCIO UNITÁRIO. AGRAVO INTERPOSTO
POR UM SÓ DOS REQUERIDOS EM AÇÃO CAUTE-
LAR.**

**Devendo ser uniforme a decisão para os litiscon-
sortes, o recurso por um deles interposto a todos
aproveita. Aplicação do art. 509 do CPC.**

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas 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, 29 de junho de 1992 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: José Carlos Caron, Vânia Aparecida Caron e Paulo Roberto Caron, acionistas da S/A Curtume Curitiba, ajuizaram ação cautelar inominada, incidente à ação de responsabilidade civil também por eles proposta, contra Antônio Dirceu Domingos Deboni, Clodoaldo Guilherme e Antônio Carlos Marins, administradores da referida empresa. Obtiveram *in limine* a proibição de que a Diretoria da ré, por seus atuais administradores, promova a alienação de qualquer bem do seu ativo permanente, salvo prévia autorização do Juízo e respectiva avaliação.

Contra essa determinação apenas o co-requerido Clodoaldo Guilherme se insurgiu através da interposição do recurso de agravo de instrumento.

O Tribunal de Justiça do Paraná, todavia, negou-lhe provimento pelas seguintes razões:

“Objetiva a agravante a revogação da decisão proferida liminarmente na Medida Cautelar nº 10.695, na qual se concedeu o pedido.

Entretanto, nota-se dos autos que a agravante se insurgiu isoladamente contra o provimento que cerceou, aos administradores da empresa S/A Curtume Curitiba, a possibilidade de alienação de bens do seu ativo permanente.

A providência foi requerida contra os administradores da empresa em geral porque nenhum podia, sozinho, praticar tais atos. Nota-se também do ventre dos autos que o artigo 11, inciso IX, do estatuto social estabelece ser competência da Diretoria “vender”, ceder ou por qualquer modo alienar móveis e imóveis, direitos ou ações e, enfim, tudo quanto integrante do patrimônio social, ou seja, no todo ou em parte”, mas vincula em seu § 3º, a prática desses atos à atuação conjunta do Diretor Presidente e do Diretor Superintendente.

Destarte, razão assiste aos agravados, pois, em sendo possível a substituição, não há como a ordem ser dirigida isoladamente a qualquer Diretor. Assim, carente de legitimidade para recorrer, está o Diretor ora agravante, de vez que em se tratando de membros da sociedade composta por mais de um sócio, não poderia individualmente representá-la em Juízo, eis que nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil trata-se de um litisconsórcio necessário pela natureza da relação jurídica.

Ademais, no caso concreto, a medida cautelar não foi proposta contra a empresa e sim contra seus administradores, entre os quais o agravante, e como tais, a todos a decisão atingirá razão porque todos deveriam vir a Juízo como litisconsortes necessários, pois representam em conjunto a sociedade e seus interesses em comum.

A medida tem por objeto, não de impedir que a sociedade aliene bens de seu patrimônio, mas de restringir a atuação pessoal de seus administradores na gestão da empresa, exigindo que para a alienação de bens da sociedade, não se dê sem prévia autorização judicial, e antes de tudo, promovam a avaliação do bem que pretendem alienar.

Por conseguinte, a decisão do douto Juízo de primeiro grau deve ser mantida, a fim de que fique reservada à ação principal dizer o direito ao caso concreto.” (fls. 282/283).

Rejeitados os embargos declaratórios, manifestaram agora os três requeridos recurso especial com supedâneo na alínea *a* do autorizativo constitucional, alegando contrariedade aos arts. 47, 295, parágrafo único, nº II, 458, 459, 535, nº I, 509, e parágrafo único, 796, e 798, do CPC; 17, e 20, do Código Civil; 143, 144, e 158, da Lei nº 6.404/76. Sustentaram a nulidade do Acórdão à falta de apreciação de todas as questões aventadas no agravo e ainda porque não solucionada a contradição apontada nos embargos declaratórios. Afirmaram, em seguida, que o julgado negou legitimidade a um dos litisconsortes ao arrepio do disposto na lei processual. Salientaram que, na ação cautelar, inexistiu o necessário vínculo entre o fundamento e o pedido, nem tampouco entre a cautelar e o processo principal. Por derradeiro, acentuaram ter o *decisum* incorrido em confusão entre sociedade e os administradores.

Contra-arrazoado o apelo extremo, foi ele admitido pelo despacho presidencial de fls. 347/350.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): O julgado recorrido, conquanto tenha negado provimento ao agravo interposto por um dos requeridos, na verdade dele não conheceu à falta de legitimidade do recorrente. Segundo o v. Acórdão, ao litisconsorte Clodoaldo Guilherme não era lícito rebelar-se isoladamente contra o despacho liminar, uma vez que a alienação de qualquer bem integrante do patrimônio da sociedade dependia do concurso de mais de um diretor. Entendeu a Turma Julgadora, outrossim, que a decisão liminar atingiu todos os requeridos, razão por que “todos deveriam vir a Juízo como litisconsortes necessários, pois representam em conjunto a sociedade e seus interesses comuns” (fls. 283).

Saliente-se, de início, que o decisório recorrido não carecia de abordar desde logo todas as questões ventiladas no agravo, porquanto, como assinalado, permaneceu adstrito ao exame de matéria preliminar (legitimidade do recorrente). Nem tampouco se afigura relevante, para o deslinde do presente recurso especial, a aparente contradição do aresto quanto à representação da sociedade, até porque não é ela parte na causa.

O que sobreleva na hipótese *sub judice* é a circunstância de que na realidade o v. Acórdão pôs à margem, desconheceu, o disposto no art.

509 do CPC, apesar de declarar em sua motivação que a liminar atingia todos os requeridos. O *decisum* impôs que o agravo de instrumento fosse subscrito por todos eles, esquecendo-se porém, de que “o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita”, não se operando, *in casu*, a ressalva feita na parte final do mesmo preceito legal.

Preleciona José Carlos Barbosa Moreira que “ao litisconsórcio unitário, e somente a ele, deve aplicar-se o disposto no art. 509, *caput*, porque a extensão dos efeitos do recurso aos co-litigantes omissos não tem senão uma razão de ser, que é precisamente a de impedir a quebra da uniformidade na disciplina da situação litigiosa.” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V, pág. 372, 5ª ed.). Ou, em outras palavras, “a extensão subjetiva de eficácia, vale recordar, justifica-se pelo propósito de obstar à ruptura da homogeneidade na disciplina da situação litigiosa.” (ob. cit., pág. 374).

Ora, no caso, a vedação imposta pelo despacho liminar alcança os três requeridos, indistintamente. Se dois deles se acharem impedidos de alienar bens pertencentes à entidade, o mesmo acarretar-se-á em relação ao terceiro, mormente na espécie em que os estatutos sociais exigem o concurso de mais de um diretor.

Esta Corte, em precedente de que foi Relator o eminente Ministro Cláudio Santos, já teve ocasião de decidir que:

“A correção monetária de diferenças de alugueres determinada no acórdão deve ser feita sobre o todo, muito embora somente o recurso especial de um dos condôminos-locadores tenha sido conhecido e provido.” (EDcl no REsp nº 5.962-PR).

O C. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de sua vez, em Acórdão da relatoria do ilustre Juiz Sérgio Lazzarini deduziu os seguintes fundamentos a propósito do tema ora focalizado:

“Como bem salientado na decisão recorrida, os Apelados foram citados para integrar a lide na qualidade de litisconsortes, litisconsórcio esse unitário e não necessário, razão pela qual a eles aplicáveis as disposições do art. 509 do CPC que manda a todos aproveitar o recurso interposto.

Não sendo distintos ou opostos os seus interesses, já que todos foram conjuntamente neste único processo acionados da expropriação, inclusive, contando com assistente técnico único que ofereceu seu laudo pericial, a sentença e os vv. acórdãos proferidos a todos alcançam, sem qualquer exceção.

Ilógico seria, até mesmo, que idênticos réus de um litisconsórcio unitário pudesse sofrer efeitos da mesma sentença de

maneira diversa, uns recebendo juros compensatórios calculados em percentuais e datas diferentes e outros não, sobre uma mesma indenização da qual parte lhes pertence.” (RTRF da 3ª Região, nº 4, pág. 92).

Em suma, devendo a decisão liminar ser uniforme para todos os litisconsortes, incide a primeira parte do art. 509 do CPC, cuja aplicação o Tribunal *a quo* recusou.

Não deixa de ser paradoxal a posição defendida pelos recorridos, que procuram afastar o interesse do requerido Clodoaldo Guilherme em recorrer isoladamente por não lhe ser possível sozinho alienar o patrimônio da empresa. Mas, de outro lado, buscam arredar o litisconsórcio unitário, sob a alegação de que os interesses dos requeridos não se apresentam convergentes.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de que, cassado o acórdão recorrido, seja o agravo de instrumento apreciado pelo seu merecimento, como de direito.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, por acréscimo às suficientes considerações desenvolvidas pelo eminente Ministro BARROS MONTEIRO, acentuo que a aplicação tão intransigente do art. 509 do Código de Processo Civil, é, *data venia* tanto mais imprópria, quando se trata de decreto liminar que atinge a três diretores da sociedade anônima, tema, a meu ver, infenso a prematuras considerações concernentes ao teor do litisconsórcio, o qual se recomenda, precipuamente, à ação de conhecimento e não, a providências concretas, aptas, desde logo, a determinar cerceamento no exercício de poderes decorrentes da administração.

Acompanho o eminente Ministro-Relator.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: É sabido que, na interpretação do art. 509, do Código de Processo Civil, há divergência na doutrina, entendendo parte dessa — na qual se filiam Pontes de Miranda e Amaral Santos, por exemplo —, que a sua incidência não se restringiria tão-somente ao litisconsórcio necessário, enquanto outra corrente tem

esposado ponto de vista de que a sua aplicação seria apenas ao litisconsórcio unitário.

No caso, de tal divergência sequer se poderia cogitar, na medida em que a natureza jurídica do litisconsórcio, na espécie, não dá margem a essa polêmica.

De acordo com o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.702-0 — PR — (91.6227-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Rectes.: Clodoaldo Guilherme e outros. Advogados: Oscar Luís de Moraes e outros. Recdos.: José Carlos Caron e outros. Adv: Alfredo de Assis Gonçalves Neto. Sustentou, oralmente, o Dr. Nelson Jobim, pelo Recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 29.06.92 — 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 10.511 — RJ

(Registro nº 91.0008152-3)

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

Recte.: *Posto e Garagem Penafiel Ltda.*

Recdos.: *Interamericana Cia. de Seguros Gerais e Ubirajara Ribeirinha*

Advogados: *Drs. Arlindo Daibert Neto e outros, Ricardo Fontes Perin e outros e Renato Abrantes da Rocha Menezes e outros*

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. SEGURO FACULTATIVO. DENUNCIÇÃO DA LIDE.

Pode o segurado denunciar a lide à seguradora.

Recurso especial atendido.

Unânime.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: O despacho de admissibilidade do recurso especial, da lavra do Desembargador FERNANDO WHITAKER, de forma clara bem delimita os contornos da controvérsia:

“Tratam os autos de Recurso Especial, com fundamento no artigo 105 — III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra o v. acórdão, não unânime, de fls. 154/157, do Egrégio Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, do nosso Tribunal de Justiça, assim ementado:

“Denúnciação da lide. Não basta existir o direito de regresso para autorizar a denúnciação, mesmo porque tal direito só o tem aquele que, pagando dívida de terceiro ou sofrendo em razão deste, sub-roga-se nos direitos do credor para haver o reembolso do que pagou ou despendeu. No caso de seguro facultativo, a indenização resulta de relação jurídica contratual, que nada tem a ver com o evento danoso sofrido.”

Em tempestivo recurso (fls. 161/179), alega o recorrente ter o aresto hostilizado negado vigência ao artigo 70, III, do Código de Processo Civil, bem como contrariado os artigos 515, 245, 473, e 516, todos da Lei Processual Civil, ao não admitir

a denúncia à lide da seguradora, ora 2ª recorrida, tratando, ainda, de matéria não ventilada na contestação e na apelação, além de ter-se operado a preclusão. Invoca, ainda, dissídio pretoriano.

Impugnação, pelo 2º recorrido, às fls. 181/187, não se manifestando o 1º recorrido (fl. 188).

É a hipótese, em síntese.

A questão federal suscitada, envolvendo o artigo 70 — III, da lei processual civil, foi devidamente prequestionada, e está a merecer, face à divergência doutrinária e jurisprudencial existente, a apreciação pela egrégia Superior Instância, eis que se tem admitido a denúncia da lide à seguradora pelo segurado, seja o seguro obrigatório ou facultativo (RT 277/172, RT 468/72 e RF 251/205 — citadas por Theotônio Negrão na obra Código de Processo Civil e legislação processual em vigor — 21ª ed. — 1991 — Ed. Revista dos Tribunais — pág. 92), não sendo, assim, desarrazoada a tese do cabimento da denúncia à lide do segurado contra a seguradora em ação de indenização proposta contra aquele, havendo, na hipótese, direito de regresso, inclusive estabelecido no contrato, nas cláusulas I (fl. 60) e 11 (fl. 61).

Os demais dispositivos legais tidos como contrariados pelo recorrente foram implicitamente prequestionados, salientando-se o conteúdo do voto vencido de fl. 158.

“VOTO VENCIDO — Votei vencido porque cabível a denúncia à lide do segurado contra a seguradora em ação de indenização proposta contra aquele.

Há na hipótese o direito de regresso, aliás estabelecido contratualmente nas condições gerais e especiais (cláusula I, fl. 60 e cláusula 11, fl. 61), aplicando-se o artigo 70, do CPC.

Além disso a matéria estava preclusa. Com efeito, o despacho saneador admitiu a denúncia à lide (fl. 74) expressamente e dele não foi interposto agravo de instrumento.

Se a matéria estava preclusa não podia o voto vencido, surpreendendo a própria seguradora que nem na contestação nem na apelação se insurgiu contra a denúncia à lide, anular a sentença que a julgou procedente”.

Portanto, admissível é o recurso pelo permissivo da alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

No que tange à divergência pretoriana, trouxe o recorrente julgados contrários à decisão recorrida (fls. 175/179), preenchendo os requisitos legais e regimentais para apreciação do dissídio.

Dessa forma, admito o Recurso Especial, com fundamento no artigo 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal.

Subam os autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *ex vi* dos artigos 27, § 3º, e 43, da Lei nº 8.038/90". (Fls. 189/191).

Processado o recurso, vieram os autos a esta Corte.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Em ação ordinária de indenização proposta contra o POSTO E GARAGEM PENAFIEL LTDA. o autor objetiva receber a importância correspondente ao valor de seu automóvel FIAT UNO 1985, que estando sob a guarda do referido estabelecimento, veio a desaparecer. A ré na contestação denunciou a lide à Seguradora.

A decisão de 1ª Instância julgou procedente a ação, para condenar a litisdenunciada a pagar ao litisdenunciante a indenização requerida.

Embora confirmada na apelação, por maioria de votos, o aresto proferido nos embargos infringentes, também por maioria, modificou os julgados anteriores, para anular a sentença no tocante à denunciação da lide, por entender que não basta existir o direito de regresso para autorizar a denunciação, mas sim, quando ocorrer a sub-rogação nos direitos do credor para haver o reembolso do que pagou ou dispendeu.

Entendo assistir razão aos votos vencidos, pois não encontra melhor guarida o entendimento do aresto recorrido que erige a sub-rogação como único pressuposto para a hipótese de litisdenunciação.

No caso, havia contrato expresso entre o réu e a seguradora, por conseguinte, não tenho dúvida em afirmar que tem aplicação o princípio de *litisdenuntiatio*, a teor do art. 70, III, do Código de Processo Civil.

Em caso símile o eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, trazendo à colação o lúcido parecer do Subprocurador da República, Dr. Walter Medeiros, assim se pronunciou:

“... como a seguradora não cedeu ou transferiu qualquer direito ao denunciante, mas apenas se obrigou a indenizá-lo, não existiria o direito de garantia que normalmente justifica a denúncia. Por isso, conclui não ser o segurado obrigado a denunciar a lide à seguradora no caso de ser ele obrigado a pagar os prejuízos reclamados pela vítima.

Embora se possa dizer que o segurado não está obrigado a denunciar a lide à seguradora, a verdade é que nada obsta que *sponte propria* o faça, pois a tal conclusão se chega pela inteligência da lei, que não comporta, *data venia*, a exegese restritiva que se lhe pretende conferir. Aliás, a própria economia processual recomendaria desde logo o chamamento do denunciado, se este, como no caso, está obrigado, pelo contrato, a repor ao denunciante a importância que vier a pagar pelos prejuízos reclamados na ação original proposta pelo autor.” (RTJ 121/618).

Afastando-se da interpretação restritiva o ilustre processualista Ministro ATHOS CARNEIRO — integrando com grande brilho esta Turma — em sua festejada obra “Intervenção de Terceiros”, dá-nos a propósito os seguintes ensinamentos:

“Denúnciação da lide pelo titular de pretensão regressiva. Finalmente, o vigente Código de Processo Civil incluiu — art. 70, III — a denúnciação da lide “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

A doutrina diverge bastante quanto à abrangência desta previsão legal. Tendo em vista, inclusive, as vantagens de ordem prática em que a pretensão regressiva seja resolvida desde logo e no mesmo processo, parece-nos convincente aceitar o cabimento da denúnciação **em todos os casos** em que um terceiro esteja adstrito a ressarcir ou reembolsar os prejuízos decorrentes da sucumbência; teremos, assim, diminuído o ajuizamento de ações regressivas em posteriores processos autônomos.

Pensemos, *v.g.*, naquele que contrata seguro (facultativo) de responsabilidade civil, para garantir-se na hipótese de, se responsável por acidente de trânsito, ver-se obrigado a indenizar a vítima. Ocorre o acidente. Digamos que a seguradora, sob alegações várias, recusa o pagamento amigável. O prejudicado **A** promove, então, ação de indenização contra o causador do dano, o segurado **B**. Este, fundado no contrato de seguro, denuncia a lide à seguradora **C**, a fim de, se sucumbente na demanda principal, obter reembolso pela denunciada.

A seguradora citada poderá defender-se na ação regressiva, alegando, *v.g.*, que o segurado não pagou os prêmios do contrato (CC, art. 1.449), ou que o acidente ocorreu em circunstâncias previstas como excludentes da garantia (CC, art. 1.460); e poderá, outrossim, em litisconsórcio passivo com o denunciante, alegar na ação principal, *v.g.*, que o acidente resultou de exclusiva culpa do próprio autor.

.....
.....
Se procedente, no todo ou em parte, a ação indenizatória, o magistrado irá então apreciar as alegações de defesa do denunciado no alusivo à ação regressiva, e poderá julgá-la procedente, no todo ou em parte, ou improcedente.” (págs. 78/79, Ed. Saraiva, 5ª Edição — 1991).

Em igual linha é o entendimento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*in* “Curso de Direito Processual Civil”, vol. I, págs. 135/136, 2ª edição).

Por sua vez, anota o ilustre THEOTÔNIO NEGRÃO, no “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”:

“Cabe a denunciação da lide à seguradora pelo segurado, seja o seguro obrigatório, seja facultativo (RT 477/172). Se a obrigação da seguradora não cobre todo o pedido, pode recusar a denunciação da lide (RJTJESP 42/104). Em RT 468/72 e RF 251/205, admitiu-se a denunciação feita pelo segurado com a aquiescência do autor e impugnação da seguradora, julgando-se ainda que, até o limite de sua responsabilidade contratual, esta responde com o denunciante (neste sentido: RJTJESP 62/214). (pág. 92, 21ª Edição).

Ressalte-se, ainda, que no saneador foi admitida a denunciação e contra essa decisão não se interpôs agravo de instrumento.

Tenho, pois, como correta a posição dos votos minoritários nos embargos infringentes, pelo que conheço do recurso e lhe dou provimento para, reformando o aresto recorrido, manter a decisão proferida na apelação.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.511 — RJ — (91.0008152-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Posto e Garagem Penafiel Ltda. Recdos.:

Interamericana Cia. de Seguros Gerais e Ubirajara Ribeirinha. Advs.: Arlindo Daibert Neto e outros, Ricardo Fontes Perin e outros, Renato Abrantes da Rocha Menezes e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (em 26.11.91 — 4ª Turma).

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

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 10.914 — RJ
(Registro nº 91.9212-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Lea Gomes Tamm*

Recorrido: *Giovanni Marco Delle Sedie*

Advogados: *José Carlos Lopes Cerdeira e outros; Célia Baptista Castilho e outros*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO DE PRÉDIO POR MAIS DE DEZ ANOS. VALIDADE. JULGAMENTO DA CAUSA. RECURSO PROVIDO.

Inexistente regra legal, o direito não alberga presunções.

Anulável, e não nula, é a locação ajustada por mais de dez anos, sem a concordância de ambos cônjuges locadores (art. 2º da Lei nº 6.649/79). Interessados na anulação serão o cônjuge não aquiescente ou seus herdeiros.

A questão do registro do contrato de locação produz efeitos na ação de denúncia do pacto locatício, pelo novo adquirente, mas sem influência nas ações de manutenção de posse direta e de consignação em pagamento de alugueres.

Julgamento da causa, com aplicação do direito, nos termos do art. 257 do RI.

Recurso provido para serem julgadas procedentes as ações possessória e consignatória.

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 Dias Trindade. Ausente, justificadamente, o Ministro Waldemar Zveiter.

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de março de 1992 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Lea Gomes Tamm, nos autos qualificada, promoveu ações de manutenção de posse e de consignação em pagamento de alugueres contra Giovanni Marco Delle Sedie, arrematante do apartamento ocupado pela autora face a locação firmada com o antigo proprietário Rubem Libânio Villela, concunhado da locatária-promovente.

Em resposta, a contestar o pedido, na primeira ação, alegou o réu má-fé da autora, pois somente depois de ter em mãos carta de arrematação do imóvel, expedida pelo juízo de execução proposta pelo Banco Econômico contra o antigo proprietário e o marido da autora, tomou conhecimento do contrato de locação; não haver registro do dito contrato no 5º RGI do Rio de Janeiro, para os fins do art. 1.197 do CC; ser ineficaz o registro feito em títulos e documentos; e ser nulo o contrato de locação feito pelo varão, por mais de dez anos, sem o consentimento da mulher.

As ações, com farta apresentação de documentos, foram julgadas improcedentes, a considerar o julgado a nulidade de locação e a inexistência de registro.

Na apelação, a ora recorrente sustenta a validade do pacto locatício, bem assim produzir a prenotação do contrato de locação, efetuada

no registro de imóveis antes da primeira praça do apartamento, os mesmos efeitos do registro.

A Eg. 1ª Câmara do TA Cível do Rio de Janeiro, entretanto, negou provimento ao recurso, através do acórdão com esta ementa:

“Manutenção de posse e consignação de aluguéis.

Locação. Vênia conjugal. Simulação. Alegação defesa aos contraentes.

A locação superior a dez anos, sem vênia conjugal em se tratando de pessoa casada, é nula (art. 145, inc. IV, do Cód. Civil).

Ademais, ocorrendo simulação, é vedado aos contraentes alegar ou requerer em juízo quanto à simulação do ato por eles praticado em litígio de um contra outro, ou terceiro prejudicado (art. 104 do dito Codex).

Simulada a locação, não procedem a manutenção de posse e a consignatória.

Apelação a que se nega provimento.” (fls. 309)

Inconformada, interpõe a sucumbente recurso especial, com fulcro no disposto nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a suscitar contrariedade aos arts. 147 e 239, do CC, e 14 da Lei nº 6.649/79, e ocorrência de divergência com julgados de outras Cortes Judiciais, inclusive da Suprema Corte. Argumenta, ainda, inexistir base jurídica para a presumida simulação, tão-só porque a locação foi firmada entre parentes.

O recurso não foi admitido, porém, provi agravo para melhor exame da espécie.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO DE PRÉDIO POR MAIS DE DEZ ANOS. VALIDADE. JULGAMENTO DA CAUSA. RECURSO PROVIDO.

Inexistente regra legal, o direito não alberga presunções.

Anulável, e não nula, é a locação ajustada por mais de dez anos, sem a concordância de ambos cônjuges locadores (art. 2º da Lei nº 6.649/79). Interessados na anulação serão o cônjuge não aquiescente ou seus herdeiros.

A questão do registro do contrato de locação produz efeitos na ação de denúncia do pacto locatário, pelo novo

adquirente, mas sem influência nas ações de manutenção de posse e de consignação em pagamento de alugueres.

Julgamento da causa, com aplicação do direito, nos termos do art. 257 do RI.

Recurso provido para serem julgadas procedentes as ações possessória e consignatória.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Dentre outros motivos para o não seguimento do recurso especial, alinhou a Presidência do Eg. Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro haver o acórdão decidido à luz da matéria fáctica (Súmula 278 do STF).

O fundamento do aresto, quanto à simulação do ato (contrato de locação), na verdade, tem aparência de questão de fato. Mas não o é. A ilação revelada no julgado decorre de um exercício de lógica, sem base em provas acerca da controvérsia.

É o que se lê no acórdão, neste trecho:

“Por que a locação é um ato simulado?

É simples.

O marido da apelante, Henrique Gustavo Medrado Tamm e seu cunhado Rubem Libânio Villela foram executados como avalistas pelo Banco Econômico S.A. (fls. 99/101), e daí a penhora do imóvel praceado e arrematado pelo apelado, ocasião em que apelante e Belkis Tamm Villela, esposas dos ditos executados, foram intimadas para ciência da penhora (fls. 112 verso).

Ora, o imóvel penhorado que fora adquirido pelo executado, Rubem Libânio Villela, marido de Belkis, irmã do esposo da apelante, Henrique Gustavo Medrado Tamm, foi locado à apelante pelo cunhado, pelo prazo de catorze anos, com reajuste apenas pela correção monetária, em 1983, simuladamente, porque o imóvel já estava com o depositário judicial desde 27/7/1984, sem que nada fosse alegado, e tivera ciência da realização da primeira praça a ser realizada em 26/01/88, em 06/01/88.

Para continuar a gozar do imóvel, a apelante e seu cunhado simularam o contrato, e temerosos da represália do apelado procuram escudar-se na lei, com uma incrível audácia.

A simulação estava, no entanto, nas datas da prenotação e do registro da locação em títulos e documentos, além de não ser crível que alguém alugou a outro na Vieira Souto enorme apartamento, por tanto tempo a preço vil.

Ainda que a locação não seja nula, o que se admite para argumentar, o resultado da sentença está correto, porque não pode a apelante alegar a simulação em seu prol, para dela beneficiar-se. E sem a alegação de tal ato, caem por terra a manutenção e a consignatória.” (fls. 312/313)

A este raciocínio contrapõe a recorrente:

“Pretendeu o acórdão que o instrumento formalizador da locação configurava um ato simulado. O instrumento, não a locação *per se ipsa*, provada nos autos por documentos outros.

E para chegar a essa conclusão, constrói um quadro de **presunções** que, *data venia*, não servem para legitimá-la.

Primeiramente.

Nenhuma disposição legal proíbe que pessoas ligadas por parentesco de sangue ou afinidade contraíam obrigações recíprocas;

em segundo lugar,

Nenhuma lei considera anuláveis os contratos entre parentes, consangüíneos ou afins;

em terceiro lugar,

A locação está comprovada nos autos por documentos oficiais (declarações de imposto de renda de locador e locatário, desde 1983, enquadrando a hipótese no artigo 152, parágrafo único, do Código Civil;

em quarto lugar,

O contrato, irrepreensivelmente válido é corroborado por essas declarações de renda que lhe são contemporâneas;

em quinto lugar,

O apartamento não fora alugado “por preço vil”, atendendo às condições do mercado na época em que a locação foi avençada entre as partes, com os reajustes que a lei permitia (correção monetária pelas ORTN’s), sem qualquer simulação ou desvio da verdade.

Assim, tais presunções, meras presunções, de nenhum modo justificariam a conclusão de que o instrumento de contrato representava um ato simulado.” (fls. 320/321)

Tem razão a recorrente. *In casu*, a simulação precisava ter sido discutida e provada nos autos, do que não se tratou.

Enfrento as questões de direito.

A locação feita por locador casado por mais de 10 (dez) anos, sem a vênia do outro cônjuge, não é nula, é apenas anulável, assim mesmo pelo prazo excedente de acordo com a doutrina e a jurisprudência sobre o disposto no art. 2º, da já não mais vigente lei das locações urbanas (Lei nº 6.649/79), fartamente evidenciadas nos autos.

Com efeito, o contrato de locação foi assinado por pessoas capazes, seu objeto é lícito e possível, não há na lei forma que deva revesti-lo, nenhuma solenidade essencial foi preterida e não há lei que o declare nulo ou lhe negue efeito, tudo de acordo com o sistema de nulidades estabelecido no Código Civil.

A nulidade da avença seria decorrente do inciso IV do art. 145 da lei civil, segundo o acórdão, mas prazo de contrato ou vênia conjugal não constituem solenidades essenciais.

O ato seria anulável por quem não autorizou a locação superior ao decêndio, ou seja, pelo outro cônjuge, ou seus herdeiros, únicos interessados no caso. É o que se deduz da interpretação conjunta dos arts. 152 e 178, § 9º, nº I, *a*, e inc. II, do Código Civil.

Logo, sob este aspecto não poderia o recorrido opor-se à pretensão da recorrente, tendo a decisão, *data venia*, malferido as citadas disposições do Digesto Civil.

Resta examinar o outro ponto controvertido, o da prenotação, e aqui está a questão a apresentar maior dificuldade, porque não se debate nos autos sobre o direito do adquirente de denunciar o contrato de locação.

A primeira ação proposta é de natureza possessória, sobretudo porque o adquirente ameaçou imitir-se na posse do apartamento, postulando ao juízo da arrematação a ordem de desocupação do imóvel. A segunda é de consignação de alugueres. Ao contestar essas ações, entretanto, o réu não ofereceu reconvenção, em nenhuma delas, a pleitear a denúncia do acordo locatício. E se o fizesse estaria sendo contraditório, pois o núcleo de sua defesa é a inexistência do contrato de locação.

Mas o contrato existe, não é nulo, segundo penso ter demonstrado, e nem pode presumi-lo simulado pelo fato de ter sido ajustado entre parentes, mesmo nas circunstâncias do caso.

Logo, merece a locatária a proteção possessória perseguida, assim como o direito à consignação em pagamento dos alugueres.

E não é a regularidade ou não do registro ou, ainda, os efeitos da prenotação do contrato no registro de imóveis que vão alterar aquelas faculdades.

A prenotação terá conseqüências em uma possível lide sobre a denúncia do contrato, não cogitada nestes autos.

Neste ensejo, entendo se deva aplicar, sem hesitação, sob pena de não se fazer justiça, o art. 257 do Regimento Interno, parte final, a autorizar a Turma a julgar a causa, aplicando o direito à espécie.

E é o que faço, conhecendo do recurso pela alínea *a* da disposição constitucional pertinente, para provê-lo, e declarando a existência da locação julgar procedente as ações de manutenção de posse e de consignação, nos termos dos pedidos, invertidos os ônus da sucumbência.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.914 — RJ — (91.0009212-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Lea Gomes Tamm. Advs.: José Carlos Lopes Cerdeira e outros. Recdo.: Giovanni Marco Delle Sedie. Advs.: Célia Baptista Castilho e outros

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 09.03.92 — 3º Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Impedido o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 10.923-0 — AM (Registro nº 91.0009229-0)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Transcal-Indústria e Comércio de Cerâmica Ltda.*

Recda.: *Arapáima — Motores e Veículos Ltda.*

Advogados: *Drs. Antônio Zacarias Lindoso e outro, Carlos Pedro Castelo Barros e outro*

EMENTA: DIREITO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

1. Ação reivindicatória de posse (assim impropriamente chamada) julgada improcedente, por haver a autora alienado os bens fiduciariamente.

2. A título de depositária, bem poderia a autora (recorrente) reclamar a posse dos bens negociados à vendadora (recorrida), não fosse a pendência de débito da compradora (recorrente) perante esta, hábil, para justificar a retenção.

3. Recurso especial não se presta a reexaminar provas; e, ao deixar de abordar qualquer dos tópicos em que se fundamentou a decisão recorrida, também não se admite o recurso (Súmula 07-STJ e 283-STF).

4. Dissídio jurisprudencial que não foi adequadamente evidenciado ao tema de que trata a causa.

5. Recurso que não se conhece.

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, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de novembro de 1992 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: TRANSCAL — INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CERÂMICAS LTDA. propôs ação reivindicatória de coisa móvel cumulada com perdas e danos contra ARAPAIMA-MOTORES E VEÍCULOS LTDA., julgada improcedente pelo juízo de primeiro grau, que assim justificou sua decisão (fls. 100):

“... na alienação fiduciária não há duas modalidades coexistentes de domínio. Apenas há uma duplicidade no tempo, já que o fiduciário, o credor, adquire uma propriedade limitada *sub conditione*, a denominada propriedade resolúvel. Ele passa a ser proprietário sob condição resolutiva. Já o fiduciante, o devedor, aqui o autor, proprietário sob condição suspensiva.

Logo, ele não tem a propriedade atual do bem transferido, mas simples expectativa de direito a ser convertida em direito adquirido tão logo paga a dívida.

Poderia o autor praticar atos conservatórios sobre os bens, mas nunca reivindicar o reconhecimento do domínio que ainda não tem, já que a ação visa o reconhecimento do direito de propriedade como titular do domínio.

Não provado o domínio, não pode persistir esta ação, que, para prosperar, teria que estar patente o domínio e a posse injusta do réu, o que não o fez, e nem poderia.”

E concluiu (fls.101):

“Não existe dúvida, portanto, que, não existindo domínio nem havendo retenção indevida por parte da ré, não prospera o seu pedido, e por isso tudo exposto, julgo improcedente a ação, condenando a autora nas custas e honorários de advogado que arbitro em 20% sobre o valor pretendido.”

Em apelação a autora acentuou que esta decisão conflitava com acórdão já proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, em ação cautelar na qual obtivera a busca e apreensão dos bens reclamados.

Diz a ementa do acórdão pertinente a essa cautelar:

“BUSCA E APREENSÃO — DEVEDOR FIDUCIÁRIO — RETENÇÃO DOS VEÍCULOS ADQUIRIDOS — ILEGALIDADE DO ATO.

Se a posse dos veículos retidos foi cometida por lei à devedora fiduciária, tem ela o inalienável dever de defendê-la de quem injustamente a detém.

Alegação de inadimplência contratual ou discussão sobre o *quantum* do frete não pode servir de supedâneo, ainda que com a invocação da regra do art. 1.092 do C. Civ., para a transportadora (ou concessionária) furtar-se à entrega da coisa fretada.”

2. Desprovido, porém, apelação interposta na ação principal, assim se posicionou a mesma Colenda Câmara (fls. 124):

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. DOMÍNIO. BENS ALIENADOS FIDUCIARIAMENTE ATRAVÉS DE TÍTULO DE CRÉDITO INDUSTRIAL. INADMISSIBILIDADE.

Recurso conhecido e improvido.

Não tendo o fiduciante o domínio resolúvel da coisa móvel, é-lhe desfeito a reivindicação.

Sentença confirmada por seus jurídicos fundamentos.”

3. A reforma desse v. acórdão é agora pleiteada por meio deste recurso especial, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do texto constitucional, apontando-se contrariedade aos artigos 66 da Lei 4.728/65, com a redação decorrente do artigo 1º do Decreto-lei 911/69; e 486 e 499, do Código Civil Brasileiro, bem como dissídio jurisprudencial com julgado da Primeira Câmara do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (fls. 128/131).

O ilustre Desembargador Presidente do Tribunal *a quo* admitiu o processamento do recurso apenas pela alínea *a*.

Com as contra-razões subiram os autos.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, ao negar provimento à apelação e manter a r. sentença que teve por improcedente a demanda, o v. acórdão deixou estabelecido “que a Autora reivindica o domínio de bens que estão alienados fiduciariamente, através de título de crédito industrial.” (fls. 125). A seguir, referendou a decisão de primeiro grau, no ponto em que sustentava que “descabe a reivindicatória em favor de quem não tem o domínio” (fls. 125), pois, adquiridos os bens, logo objeto de alienação fiduciária, “fica bem claro que o domínio transmitido pelo alienante ao adquirente é resolúvel” (fls. 125).

2. Conquanto, em nenhum momento, a Autora, agora recorrente, repudie esta sua condição de adquirente e, concomitantemente fiduciária dos mesmos bens, certo é que, não obstante, nessa qualidade se insurge contra o obstáculo oposto pela recorrida ao exercício da posse direta que sustenta caber-lhe, a despeito da alienação fiduciária em garantia, contratada, aliás, com terceiro (este, sim, credor e proprietário fiduciário).

3. O fato de (erroneamente, embora) ter qualificado sua pretensão como de índole reivindicatória não compromete a compreensão de que a recorrente busca obter a posse a que se julga com direito, razão pela qual também reclama composição de perdas e danos que lhes seriam devidos, assim se justificando manter a cautelar que lhe fora deferida em decorrência de busca e apreensão.

4. Por este prisma, a decisão recorrida, proferida na ação principal, estaria em conflito com a norma do art. 66 da Lei 4.728, de 14.07.65, a qual, com a redação que lhe foi conferida pelo art. 1º do Decreto-lei 911, de 01.10.69, é conferida pelo art. 1º do Decreto-lei 911, de 01.10.69, é do seguinte teor:

“Artigo 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o o alienante o devedor possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a Lei Civil e Penal.”

Depositário (e, por conseguinte, possuidor direto ou imediato) do bem alienado fiduciariamente em garantia, não deveria a recorrente merecer repulsa, ao exercer sua pretensão possessória, se exercida (acentue-se) em face do alienatário fiduciário, como prontamente advém do preceito do art. 499 do Cód. Civil, dado por contrariado conjuntamente com o dispositivo há pouco citado, *verbis*:

“O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbacão, e restituído, no de esbulho.”

5. Bem é de ver, contudo, que a ilicitude da conduta do proprietário fiduciário, a ponto de configurar esbulho possessório e ensejar a propositura da demanda pelo alienante fiduciário e depositário, haveria de ser qualificada no confronto, única e exclusivamente, desses mesmos contratantes (Cód. Civil, art. 493, III); certo, ademais, que o contrato somente obriga as partes contratantes, como expressamente preceitua o Código Civil francês, art. 1.134, ao expressar o princípio de que o contrato tem força de lei, assim influenciando nossa legislação, como decorre do seu sistema.

6. Mostram os autos, contudo, que a demanda pelo objeto da aquisição efetuada mediante financiamento e alienação fiduciária é dirigida contra terceiro, estranho a esse pacto, a saber, a *ver. ledora* e transportadora dos bens alienados (recorrida); a qual, desde o início, alega não se lhe poder reclamar a entrega dos objetos vendidos, por não haver recebido da recorrente o pagamento integral do débito correspondente.

7. É precisamente o que a *r. sentença* de primeiro grau, sem prejuízo de uma que outra impropriedade de ordem técnico-jurídica, afinal, enfatizou (fls. 101):

“... não existindo domínio, nem havendo retenção indevida por parte da ré, não prospera o seu pedido e por isso tudo exposto, julgo improcedente a ação.”

Estes mesmos aspectos da lide foram postos em realce como razões de decidir pelo *v. acórdão* da apelação, ao confirmar a sentença, *verbis* (fls. 125):

“Com efeito, é por demais sabido que, nas ações como da espécie, ao autor cumpre o dever de provar, concludentemente, o seu domínio sobre a coisa individualizada e, outrossim, que o réu a detém de modo injusto.”

8. De tudo resulta que, mesmo desconsiderando os argumentos do v. acórdão recorrido, fundados na impossibilidade jurídica da reivindicatória, uma vez que, sem embargo dos dizeres da inicial, é manifesto que a recorrente bem poderia, em princípio, reclamar a posse dos bens negociados, a título de depositária, não é, contudo, menos exato que as instâncias ordinárias apontam crédito da recorrida, oponível à recorrente, até então pendente de satisfação, hábil para justificar a retenção daqueles bens.

No particular, eis os dizeres da sentença, que o acórdão recorrido confirmou (fls. 100):

“Os bens vieram de São Paulo (doc. fls. 11), e a autora pagou o frete de Porto Velho/Manaus.

Assim, logicamente, o frete não foi totalmente pago.”

9. Como se vê, a contrariedade à lei increpada ao decidido pelas instâncias ordinárias não se contenta com a afirmação do julgado recorrido (certamente inaceitável), de impossibilidade jurídica da demanda pela posse; outro fundamento foi aduzido, por si mesmo suficiente para embasar a improcedência da causa, a consistir em que a recorrente deveria, primeiramente, quitar seu débito em face da recorrida. (Cód. Civil, art. 1.092) Assim, por uma parte, a reabertura da controvérsia é inadmissível em sede de recurso especial, como acentua a Súmula 07 da jurisprudência desta Corte, *verbis*:

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

Por outra parte, incide na espécie a Súmula 283 do STF, *verbis*:

“É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

10. Acresce que o alegado dissídio jurisprudencial não foi adequadamente evidenciado, uma vez que, como venho de acentuar, não há, em verdade, a suposta ilegitimidade para a causa, desde que restrita esta à demanda da posse. Contudo, esta não pode ser oposta ao credor alienante fiduciário, que ainda não recebeu o devido, como soberanamente decidido pelas instâncias ordinárias. Resulta, pois, irrelevante a invocação do paradigma, que não se ajusta ao caso dos autos.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes Ministros, as peculiaridades do caso concreto e os fatos que foram considerados como ocorridos nas instâncias de origem, efetivamente não recomendam o conhecimento do apelo extraordinário.

Acompanho o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.923-0 — AM — (91.0009229-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Transcal-Ind. Com. de Cerâmicas Ltda. Advogados: Antônio Zacarias Lindoso e outro. Recdo.: Arapaima-Motores e Veículos Ltda. Advs.: Carlos Pedro Castelo Barros e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 03.11.92 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 11.049-0 — DF

(Registro nº 91.0009618-0)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Distrito Federal*

Recorrido: *Joseci de Araújo*

Advogados: *Drs. Raimundo Bandeira da Rocha e outros, e Paulo César Tristão de Araújo*

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO — DIPLOMA DE CURSO DE DIREITO — LEGISLAÇÃO LOCAL.

A escolaridade deve ser comprovada no ato da posse e não na inscrição.

A legislação do Distrito Federal invocada não pode ser apreciada em sede de recurso especial.

Não houve violação de dispositivo legal pelo v. acórdão, ao entender:

“Na inscrição de candidato a Concurso Público, suficiente é a prova da conclusão do curso superior. O registro do diploma, porém, deverá ser exigido quando da sua nomeação e posse”.

Recurso 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 Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros, Milton Pereira e Cesar Rocha.

Custas, como de lei.

Brasília, 04 de novembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O Distrito Federal interpõe Recurso Especial, ao amparo na Constituição Federal, artigo 105, III, *a*, aduzindo conflito com o disposto no parágrafo único do artigo 68, combinado com o artigo 102, ambos da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961.

Pede acolhimento para que se considere válida a exigência contida no edital para matrícula no curso profissional, reformando-se a r. decisão recorrida.

Contra-razões às fls. 169/171.

O r. despacho de fls. 181 admitiu o processamento do recurso.

A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 189/190, opinando pelo desprovimento do recurso.

Cuida-se de mandado de segurança, almejando declaração de ilegalidade da exigência do edital de concurso, quanto à apresentação de diploma registrado.

O Decreto pretoriano (fls. 81/84) concedeu a segurança, negada pelo v. acórdão de fls. 110 e restabelecida pelo v. acórdão de fls. 156/160.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): O impetrante inscreveu-se no Concurso Público e Interno para Delegado de Polícia e foi aprovado na primeira etapa (doc. de fls. 31/33). Ao ser convocado para a etapa II, exigiu-se dele, para a matrícula, cópia autenticada do diploma do Curso de Direito, devidamente registrado no Ministério da Educação (doc. de fls. 33). Esta exigência, embora constante do Edital (doc. de fls. 09/30), no caso, não pode prevalecer. A matrícula na segunda etapa (Curso de Formação Profissional), foi no período de 05 a 10 de janeiro de 1987 (doc. de fls. 33) e o recorrido já havia concluído o Curso de Direito e colado grau no dia 22 de dezembro de 1986 (docs. de fls. 34 e 35). Por força de liminar (fls. 63), matriculou-se no referido Curso de Formação Profissional (Etapa II). O Centro de Ensino Unificado de Brasília — CEUB, no dia 05 de janeiro de 1987, ainda dentro do período de matrícula para a segunda etapa, informou que o registro do diploma de Direito do impetrante estava em andamento (doc. de fls. 35). O diploma expedido no dia 22 de dezembro de 1986 (doc. de fls. 80), foi devidamente registrado no Ministério da Educação — Universidade de Brasília, no dia 23 de março de 1987 (doc. de fls. 80 v.). Se o registro demorou, a culpa foi da Administração e não do recorrido.

É pacífico em nossos tribunais superiores e já o era no TFR, o entendimento de que a escolaridade deve ser comprovada na posse e não na inscrição. No caso, se ela não foi exigida na inscrição, também não podia ser na matrícula no Curso de Formação (etapa II), e muito menos diploma, devidamente registrado no Ministério da Educação. Mesmo assim, o impetrante havia feito a prova de que já havia colado grau no dia 22 de dezembro de 1986 e já havia requerido o registro de seu diploma, expedido no mesmo dia, 22.12.86 (doc. de fls. 34/35 e 80). Foi o impetrante aprovado na segunda etapa e nomeado para o cargo, consolidando-se a situação. O Colendo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 79.578-2-SP, DJ de 17.12.82, entendeu que:

“Se a exigência é a de que deve o candidato possuir o diploma de bacharel em Direito, devidamente registrado, para a nomeação no cargo de Delegado de Polícia, na conformidade da legislação aplicável (Dec. 463-72, de São Paulo), não há de

prevalecer o requisito constante do edital do concurso para ingresso na Academia de Polícia de que, para a inscrição neste, já deve o candidato apresentar tal registro. É suficiente oferecer a prova de que concluiu aquele curso superior.” (fls. 143).

A legislação do Distrito Federal invocada pelo recorrente (Dec. nº 7.931/84, art. 4º, § 1º e Lei 4.024/61, arts. 68 e 102), além de não poder ser apreciada em sede de recurso especial, não socorre o recorrente. Pelo primeiro, a apresentação dos documentos teria de ser no ato da inscrição e neste não foi exigida a cópia do diploma, devidamente registrado, e se não foi exigida a inscrição, somente na posse esta exigência poderia ser feita e não na matrícula para a segunda etapa. O disposto no § 1º do citado artigo 4º não prevalece frente ao disposto na Lei 4.024/61, artigos 68 e 102, que só exigem a apresentação de diploma, devidamente registrado, para o exercício da profissão ou para admissão em cargo público. O v. aresto hostilizado (fls.156/160) não violou nenhum dispositivo legal, não merecendo qualquer censura ao ter entendido que:

“Na inscrição de candidato a Concurso Público, suficiente é a prova da conclusão do Curso Superior. O registro do diploma, porém, deverá ser exigido quando da sua nomeação e posse”. (fls. 156)

Com razão o Eminentíssimo Desembargador Valtério Mendes Cardoso, ao salientar em seu voto condutor do acórdão que:

“...à luz do disposto na Lei nº 4.024/61, de que a exigência do registro do diploma do curso superior se cingiria ao exercício de profissões liberais ou à admissão em cargos públicos.

Aliás, era de mister ressaltar que, na espécie, ocorria situação de fato, que não podia ser desprezada, qual seria a de que o Embargante teria logrado a aprovação, na primeira etapa do certame, quando de sua matrícula no curso de formação policial profissional, na Academia de Polícia Civil, enquanto, já na segunda fase, se viu impedido de prosseguir, sendo-lhe indeferida a inscrição, por não ter comprovado o registro, no Ministério da Educação, de seu diploma de conclusão do Curso de Direito.

Além do mais, há que se atender a que, no curso da ação, antes de que fosse prolatada a r. sentença do primeiro grau, comprovou o Embargante haver atendido a exigência do regulamento do concurso, juntando, para tanto, aos autos o referido diploma, às fls. 80, devidamente registrado no MEC, anterior, é certo, ao término do concurso, fato que teria precedido a sua nomeação e posse no cargo de Delegado de Polícia do Distrito Federal.

Lembre-se, também, que o Excelso Supremo Tribunal Federal tem sufragado o entendimento, no sentido de que suficiente seria a prova de conclusão de curso superior para inscrição do candidato a concurso de cargo público, devendo, contudo, ser por ele apresentado o diploma, devidamente registrado, ao ensejo de sua nomeação e posse (RE 79.578-2, SP).

Assim, em face de precedentes registrados, nesta Egrégia Corte (MS 1.283, Rec. Ex-Of. nº 221, Ap. Cív. 9.580), não se vislumbrar razoável, nem adequada a exigência da apresentação do diploma registrado pelo candidato, fosse antes, fosse também na segunda fase do concurso.

Com efeito, não teria como exigir-se aquele registro, na fase de simples habilitação em concurso de ingresso na carreira pública, não sendo de prevalecer, igualmente, requisito outro, constante do Edital, qual o da apresentação do certificado de conclusão do curso superior registrado, no órgão competente, quando da admissão ao da de formação policial profissional, na Academia de Polícia Civil.” (fls.157/158)

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, parece-me que a hipótese é um pouco diferente da que normalmente se aprecia, qual seja, a de que a exigência estaria sendo feita, simplesmente, para a prestação do concurso.

No caso, o procedimento seletivo divide-se em duas fases: na chamada primeira fase é que se constitui o concurso, enquanto que, na segunda, há a matrícula no curso. Nessa situação, o concursado — já transformado em aluno — começa a ser até remunerado pelo Serviço Público. É esse o sistema adotado pioneiramente no Itamaraty, e que hoje faz escola na Administração Pública Brasileira.

Parece-me que, em havendo essa diferença, seria teoricamente lícito exigir-se esse diploma, mas verifico que o candidato foi, conforme V. Exa. e o eminente Procurador do Distrito Federal, o brilhante e zeloso Dr. Fernando Dusi, deixaram claro, prestou o curso, depois de aprovado em concurso, através de liminar judicial, que veio a ser confirmada. No momento de seu ingresso efetivo no serviço público, ele já tinha o diploma registrado, tanto que foi nomeado.

Quando Procurador-Geral do Distrito Federal, enfrentei situação semelhante. Isto ocorreu no concurso prestado pelo atual Eminentíssimo Procurador do Distrito Federal Fernando Dusi (aqui presente e que foi aprovado em primeiro lugar). O candidato aprovado em segundo lugar não atendia a uma dessas circunstâncias transitórias, qual era a exigência de quatro anos de Advocacia. Fez o concurso através de liminar e, no momento da homologação, essa liminar veio a ser cassada. O Governador nomeou-o e, eu, como Procurador-Geral do Distrito Federal, dei-lhe posse. Houve uma pendência perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que terminou por confirmar a posse. A tese veio a ser também confirmada pela Segunda Turma deste Tribunal, afirmando-se que essas exigências, uma vez supridas a tempo, transformam aqueles requisitos — que seriam de inscrição — em requisitos de posse. É a jurisprudência tradicional, tanto deste Tribunal como do Supremo Tribunal Federal.

Assim, acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.049-0 — DF — (91.0009618-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Distrito Federal. Advogados: Raimundo Bandeira da Rocha e outros. Recdo.: Joseci de Araújo. Adv.: Paulo César Tristão de Araújo. Sustentou oralmente o Dr. Fernando Antonio Dusi Rocha, pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 04.11.92 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



RECURSO ESPECIAL Nº 11.918 — AM (Registro nº 91121428)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorridos: *Cia. de Navegação Marítima — Netumar e União Federal*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. FUNÇÃO.

I — Em razão da duplicidade de funções, o Ministério Público pode funcionar, ora como parte, ora como *custos legis nos writ of mandamus*.

II — Não está, por isso mesmo, ao largo do *rigor lex*, sendo como *custos legis*, seu principal e fiel observador. A desobediência do prazo legal estabelecido pela norma de regência atinge, indistintamente, a todos que compõem o universo do processo, inclusive ao juiz, que deve obediência aos prazos e, por tal, não pode manter conduta oscilatória, devendo manter linha decisória inatacável, a bem da distribuição da justiça.

III — Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, preliminarmente, conhecer do recurso e, no mérito, à unanimidade, negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal de decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que negou provimento a agravo de instrumento requerido contra despacho de juiz monocrático que não colheu o pronunciamento do Ministério Público Federal em autos de mandado de segurança.

O relatório de fl. expõe bem a questão assim:

“1. Em ação de Mandado de Segurança proposta perante a 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, o MM.

Juiz processante, considerando que o Ministério Público Federal foi devidamente intimado para proferir parecer e estava na posse dos autos até a data da inspeção, sendo que, até o seu término, não houve pronunciamento por parte do *parquet*; e que o prazo para essa manifestação estava exaurido, exarou despacho determinando fossem os autos conclusos, independentemente de parecer, para sentença.

2. Inconformado, o MPF interpôs o presente agravo argumentando, em suma, que, no presente caso, conforme a Lei nº 1.533/51, o agravante não é parte na relação processual, e, sim, fiscal da lei, sendo responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade; que, quando a lei a considerar obrigatória, é nulo o processo sem manifestação do Ministério Público; e que o excesso de prazo para prover os autos com a necessária e indispensável promoção redundaria apenas em responsabilidade disciplinar”.

O recurso especial foi deduzido com base na alínea *a* do inciso III do art. 105 da Constituição, por negativa de vigência ao art. 10, da Lei 1.533/51.

O recurso foi admitido.

O Ministério Público Federal se pronunciou pelo provimento do mesmo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A questão se me apresenta com simplicidade, pois é a de se saber se é indispensável o pronunciamento do Ministério Público Federal em mandado de segurança, ainda que esgotado o prazo assinado pela lei para esse pronunciamento.

O texto do dispositivo alegado de infringido é o art. 10, da Lei 1.533/51, que estabelece:

“Art. 10 — Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º, e ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”.

Como se vê do texto a expressão “ouvido o Ministério Público dentro em cinco dias” parece-me ter comando cogente e o complemento de prazo de cinco dias para o seu pronunciamento, igualmente, parece-me ser insuperável.

Assim, a Lei Especial exige, peremptoriamente, a oitiva do órgão Ministerial, ou seja, que manifeste-se no feito para que os interesses primários da sociedade não sejam olvidados e, não-somente, a sua simples intimação. A não observância desta formalidade, estampada no preceito legal dantes citado, torna írrito todo o processo.

Assim, em razão de que, ao Juízo é obrigatória a observância das determinações que a lei processual estabelece, com maior valia se pode dizer o mesmo do *Parquet* Público, que, guarda como atribuição específica, a fiscalização da lei.

Mas, recentemente, esta Egrégia Turma decidiu nos EDcl no RMS nº 166-AM, in DJ 06.08.90, em que fui Relator e saí vencido, o seguinte:

“Mandado de segurança. Embargos de declaração. Ministério Público. Pronunciamento. Obrigatoriedade. Embargos recebidos a fim de declarar a nulidade da decisão do Tribunal Estadual, uma vez que em mandado de segurança é obrigatório o pronunciamento do *Parquet* federal, a teor do disposto no art. 10, de Lei nº 1.533/51”.

Em razão da duplicidade de funções, o Ministério Público pode funcionar no feito como parte (representando a União) ou como *custos legis*.

Em casos como o presente, que à toda prova o *Parquet* funciona como fiscal da lei, como mesmo o demonstra o seu pronunciamento à fl. 05, in *expressis verbis*:

“O Ministério Público é oficiante necessário no mandado de segurança, não como representante da autoridade coatora, ou da entidade estatal a que pertence, mas como parte pública autônoma incumbida de velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo. Daí porque, ao officiar nos autos, não está no dever de secundar as informações e sustentar o ato impugnado quando verifique a sua ilegalidade”.

Não está, por isso mesmo, ao largo da *rigor lex*, sendo, *a priori*, seu principal e fiel observador. Daí, irresponsável a questão de que, não cumprindo o mandamento legal de prazo, como querer seja observada a sua oitiva se ele, o Ministério Público, é quem descumpriu o principal mandamento, que é o do prazo processual.

A justiça não pode se manter em conduta oscilatória e, por isso mesmo, deve manter uma linha decisória inatacável, aplicando o princípio da perda de prazo indistintamente, sob pena de violação do pressuposto da igualdade das partes.

Assim, correto andou o Juízo ao aplicar tal preceito, pelo que nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO PRELIMINAR
(VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Não conheço, preliminarmente, do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.918 — AM — (91121428) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Cia. de Navegação Marítima — NETUMAR e União Federal.

Decisão: A Turma, por maioria preliminarmente, conheceu do recurso, vencido o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo que não o conhecia, e, no mérito, à unanimidade, negou-lhe provimento (em 18.09.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 11.988-0 — SP

Relator: *Ministro Américo Luz*

Recorrente: *DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S/A*

Recorrida: *Municipalidade de Diadema*

Advogados: *Eloísa Pacheco Lima de Araújo Costa e outros; Ângela Maria Mansur Rego e outros*

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO DE TRECHO DA RODOVIA DOS IMIGRANTES.

Bens de uso comum — ruas, vielas, praças, etc., — no caso pertencente à Municipalidade-autora, não podem ser expropriados sem a correspondente indenização, sob pena de ferir-se preceito constitucional.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins votaram com Sr. Ministro Relator.

Custas, como de lei.

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

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Acórdão da Décima Oitava Câmara Civil do Tribunal Justiça do Estado de São Paulo deu pela procedência da ação ordinária de indenização por apossamento administrativo ajuizada pela Municipalidade de Diadema contra DER-SA — Desenvolvimento Rodoviário S/A, condenada a Ré, via de consequência, no pagamento de indenização correspondente à área ocupada para a construção de trecho da Rodovia dos Imigrantes, área esta que compreende ruas, vielas, praças, áreas verdes, áreas institucionais e benfeitorias — bens de uso comum, tudo com os acréscimos legais.

No apelo, pretendia a ré fosse decretada a total improcedência da ação, sob a alegação de que os bens objeto da indenizatória são de uso comum do povo, coisas fora do comércio, portanto não indenizáveis.

Sobre o ponto, o acórdão assim decidiu a questão (fls. 460/462):

“Os bens de uso comum, segundo entendimento da apelante, por serem coisas fora do comércio, não podem ser objeto de indenização, e no caso em estudo, poderia a autora apenas ser ressarcida de eventuais despesas que despendeu com a reurbanização da área em decorrência da construção da auto-estrada.

Segundo a sua destinação, o Código Civil reparte os bens públicos em três categorias: a) — bens de uso comum do povo,

aqui incluídos os mares, os rios, as estradas, ruas e praças; b) — os de uso especial, tais como os edifícios, terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal; e c) — os dominiais, ou seja, os bens que constituem o patrimônio **disponível**, como objeto de direito pessoal ou real (art. 66).

Diz o Decreto-lei nº 3.365/41, no art. 2º, que, mediante declaração de utilidade pública, **todos os bens** poderão ser desapropriados.

E a Constituição Federal, em seu art. 153, § 22, não limita os bens que possam ser desapropriados.

Assim, em princípio, havendo causa de utilidade ou necessidade pública, todo bem que possa satisfazer a essa causa poderá ser desapropriado.

A distinção feita no art. 66 do Código Civil de serem os bens de domínio público de uso comum, especial ou dominiais, não foi abordado na Lei Especial — Decreto-lei nº 3.365/41.

Ruas, avenidas, vielas, praças, etc., indiscutivelmente bens de uso comum do povo, sofrem a imposição do domínio previsto no art. 65 do Código Civil, pois pertencerão eles conforme o caso, à União, Estado ou Município.

O domínio público importa em um direito de propriedade toda especial, que tem como sujeito a entidade pública a que pertencer o bem.

O bem de uso comum do povo não pode ser equiparado a uma espécie de *res nullius*.

Pelo contrário, o Estado exerce sobre elas um “domínio” indiscutível, um direito de propriedade que busca a produção do máximo de “utilidade pública” em benefício de todos.

ALFREDO BUZUID, na sua alta sabedoria assim se expressa: “A circunstância de um bem ser de uso comum, tal como a rua ou a praça, não significa que pertença ao povo; seu proprietário é a pessoa jurídica de direito público interno, que o entrega ao uso do povo, sem lhe transferir domínio... O povo não é titular do bem público de uso comum; é, isso sim, o beneficiário. Titular de domínio é sempre a pessoa jurídica de direito público interno, na forma estabelecida no art. 65 do Código Civil” (Parecer, *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 84/323-4).

Titular que é o Município do direito de propriedade, não poderá dele ser despojado por ato expropriatório do estado-

membro, sem a necessária contrapartida, ou seja, sem que seja indenizado sob pena de ferir-se preceito constitucional.”

Daí o recurso especial interposto pela ré, processado em face do provimento de agravo, no qual se alega violação ao art. 66, do Código Civil e 2º, do Decreto-lei nº 3.365/41, além de divergência jurisprudencial.

Parecer, às fls. 535/545, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Sobre a espécie o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Sylvio Fiorencio, exarou o seguinte parecer (fls. 535/545):

“A natureza da matéria debatida dizendo respeito — mais do que a simples elucidação da natureza jurídica de ruas e praças municipais — ao próprio **ordenamento federativo** quanto à posição dele no Município ao contender com o Estado em relação a elas, faz o recurso merecer derradeiro pronunciamento deste Eg. STJ.

Assim, embora em princípio, *d.v.*, não merecesse ser conhecido — a divergência apontada com acórdão do Eg. Supremo Tribunal Federal de 1940 está superada por sua jurisprudência posterior, e incorrente violação à letra da lei — opina o MPF em que o recurso seja conhecido, mas lhe seja negado provimento.

Rememore-se que o problema jurídico assenta nos seguintes dados de fato. A Prefeitura de Diadema **recebeu**, pela aprovação de loteamento privado, as **ruas e praças** nele existentes que passaram a ser bens de uso comum do povo.”

Posteriormente, o Estado de São Paulo desapropriou-a juntamente com outras áreas para construção da **RODOVIA DOS IMIGRANTES** a ser feita pela **DERSA**, sua *longa manus*.

Como esta precisasse, porém, dispor da área desde logo, estabeleceu acordo com o **MUNICÍPIO** pelo qual este afirmando ser “de seu **domínio as ruas e sistemas de recreios dos loteamentos...**” permitia a sua ocupação

“...até que seja transferido o domínio mediante o pagamento da justa indenização que for legalmente devida” (fls. 11)

Não cumprindo a **DERSA** o pactuado, e após ser a indenização reclamada extrajudicialmente (fls. 125/6), foi proposta

esta ação onde o Município, alegando ser o dono das referidas ruas e praças, pedia para ser ressarcido do valor correspondente.

Opôs-se a DERSA alegando o não cabimento de indenização pois o Município não tinha a propriedade, pois nos termos do Cód. Civil as ruas e praças são insuscetíveis de domínio visto que, embora descritas dentre os bens públicos, não estão catalogadas entre os bens dominicais (art. 66, III), antes são arrolados no art. 66, I, bens de uso do povo.

A ação foi julgada procedente nas duas instâncias por se entender, nos termos da jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal, que praças e ruas eram do domínio dos Municípios.

Daí o Recurso Especial — mandado subir por este Eg. STJ — pelo qual insiste em negar o domínio municipal fundando-se nas disposições do Código Civil e em antiqüíssima jurisprudência do Pretório Excelso — e, por tal razão, insuscetível de desapropriação e indenização.

Os dados de fato que informam a controvérsia permitiriam por si só outro equacionamento do problema pois a propriedade, ou não, de ruas e praças ganha aqui conotação própria diversa de casos assemelhados — pois, a) o vínculo da Municipalidade com as ruas e praças decorre de aquisição derivada decorrente de reciprocidade pela aprovação do loteamento; b) a afirmação da qualidade de *dominus* feita por aquela no ajuste referido, não foi contestada pela DERSA que, ao contrário, aceitou a obrigação de indenizar.

E não é só. Também antes e acima da verificação de natureza jurídica daqueles bens, precipuamente, o que caracteriza a controvérsia é constituir-se em problema cuja solução deverá ser buscada nos princípios que regem o regime federativo, isto é, em que extensão permite este que o Estado se apodere de bem vinculado ao Município, seja o bem de que natureza for.

É certo que muito se discutiu quanto à natureza dos municípios no regime federativo. CASTRO NUNES, com sua inegável autoridade, afirmava que o Município não é da essência da federação, “não é o elemento básico da organização política”, mas somente, admitido para fins de administração, apoiando-se em BARBALHO, que não o incluía “por não conceituá-lo como apêndice do regime federativo”.

HELY LOPES MEIRELLES, porém, demonstrou que se isto podia ser aceitável anteriormente não mais o poderia ser a

partir de 1920, aprimorada pelas disposições da Constituição de 1946 que:

“... aprimorando o regime municipal brasileiro, inclui a **autonomia municipal** dentre os princípios obrigatórios da nossa federação, ensejando até mesmo a intervenção da União nos Estados-membro que a negarem os seus mínimos constitucionais.” (O Município na Federação Brasileira)

PONTES DE MIRANDA

“O Município (brasileiro) é entidade intraestatal rígida, como a União é o Estado-membro.” (Coments. à Const. de 1946)

Em sua preciosa monografia, “O Município na Federação”, o Prof. MANOEL RIBEIRO (da Faculdade Católica de Direito da Bahia) vai ainda mais longe ao descer ao âmago da controvérsia ao dizer:

“O Município tem posição eminente na Federação, Brasileira. É uma peça essencial.”

“... Tem características de Estado, porque tem direitos de poderes públicos oponíveis ao Estado de que depende”.

“A União ou o Estado-membro não podem retirar-lhe qualquer parte das faculdades que lhe pertencem”.

Analisando textos anteriores e o instituto no exterior, diz:

“Com a atual Constituição, não se passa o mesmo: os poderes dos Municípios saem da mesma fonte que os do Estado-membro. É a Constituição Federal. Somente o campo de ação municipal é mais restrito. No domínio, o município é tão autônomo quanto o estado-membro”. “... seus direitos se encontram protegidos contra todo e qualquer ataque por uma delimitação jurídica ou competência. Não são direitos delegados, mas originariamente pois que saltam da Constituição Federal. Não significam concessão dos Estados-membros ou da União”.

A Constituição de 1988 inclui os Municípios, juntamente com a União, os Estados e o Distrito Federal na organização político-administrativa ao dispor no:

Art. 18 — A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Quanto aos Municípios, dispõe expressamente o:

Art. 29 — O Município rege-se-á **por lei orgânica**, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos.

E, no art. 30, estabelece em um elenco de 11 itens, a competência municipal.

Por aí se vê que a posição do Município, caracterizada por sua autonomia, não pode sofrer turbações do Estado se não nos limites específicos da Constituição e das Cartas estaduais.

Assim, tratando-se, no caso, de bens situados no Município, e a este vinculados, não poderão ser desafetadas da Municipalidade pelo Estado. A menos que o Estado promova em Juízo o respectivo processo expropriatório, por necessidade ou utilidade pública, mediante o prévio do preço. Admitir o contrário — ou seja porque as ruas e praças não seriam de sua propriedade — seria subverter um dos dogmas que regem a federação.

Assim, no caso, bastava o Estado se apoderar das ruas e praças sem pagamento do preço da área para que, caracterizada a ilegalidade, fosse reconhecido o direito do município de ser ressarcido do respectivo valor através da ação de desapropriação indireta.

Mas mesmo que se colocasse a controvérsia sob a égide, apenas, no Cód. Civil, ainda aí direito do Município de ser indenizado pelo valor das ruas e praças pois que estas são do seu domínio, mormente se levada em conta a nova reformulação dada ao conceito de propriedade.

Com efeito. A natureza jurídica de tais bens e, a partir daí, a possibilidade de serem desapropriados recebendo o Município o valor da área, é originária de dois dispositivos do Código Civil ao dispor no:

Art. 65 — São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 66 — Os bens públicos são:

I — Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças.

II — Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal.

III — Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.”

Os arautos da idéia de não constituírem elas domínio do Município baseavam-se em que aquele não os enumeravam dentre os bens de propriedade do Município — e também no conceito romanístico da propriedade caracterizada como o direito de dispor do bem de forma ampla, absoluta possibilidade que o Município não teria. Sustentavam constituir *res nullius* ou “coisas fora do comércio”, já que sobre elas o Município teria, apenas, o uso a jurisdição administrativa e poder de polícia.

Assim pontificavam os Srs. Mins. EDUARDO ESPÍNOLA e CARLOS MAXIMILIANO (cujas afirmações são também mais significativas por provirem de renomadas romanistas e publicistas) em votos acolhidos em 1940 pelo Eg. Supremo Tribunal Federal. Assinalou o primeiro em palavras condenantes:

“Pagar por quê? Onde se viu desapropriar uma rua? Compram-se, desapropriam-se as coisas que estão no comércio; uma rua não, esta é inalienável.”

E, o segundo;

“Realmente, os bens que o Estado vende, compra ou desapropria, são os bens privados dos Municípios, os dominicais, mencionados pelo art. 66, nº III, do Código Civil, não as ruas e praças, bens de uso comum do povo, os quais o município apenas administra, não é proprietário; não tem posse, nem domínio; logo, não podem ser objeto de interdito possessório...”

Daí concluir o acórdão:

“As ruas públicas não são bens dominicais, não se achando no patrimônio de ninguém, mas somente na jurisdição administrativa das municipalidades. Essa viação municipal tem necessariamente que ceder às exigências da viação estadual, e ambas, às da viação federal, que em ordem ascendente, representa interesses mais avultados pela sua maior generalidade.”

Em contraposição, sustentava-se que o Município era efetivamente o proprietário de ruas e praças pois a expressão “pertencentes à”, utilizada pelo Código, constituía sinônimo de “proprietário”, posto que de natureza especial, alcançando, assim, não apenas os bens dominicais, mas todos os bens rotulados como públicos.

Os outros ainda recorriam à adoção da via indireta da “desafetação legal” do bem, conforme admitido pelo Cód. Civ. para, com tal medida passar a consumir-se o domínio, integrado, assim ao patrimônio público (embora desse modo, implicitamente reconhecendo que o bem, anteriormente,... não era de propriedade do Município...)

Magnífico parecer, — como de resto tudo que é da sua lavra — do muito eminente Sr. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. MOACIR ANTÔNIO MACHADO DA SILVA, muito melhor diz — o que de melhor aqui se poderia dizer ao resumir a controvérsia, valendo-se inclusive de clássicos romanistas (Parecer no RE 88.914, fls. 388/390).

Efetivamente, quase 80 anos depois da publicação do Código Civil, quando o direito de propriedade vem sofrendo dia a dia constante e radical reformulação — se **ULPIANO** ressuscitasse pedia para morrer de novo... — não é mais possível tomar-se-o em sua letra primitiva — duvidosa, por sinal — para negar verdade evidente: a propriedade do poder público sobre rodovias, ruas e praças.

Ora, se é a Administração que desapropria a área para a construção da via, paga a construção deste e da respectiva infraestrutura e, depois faz gastos durante anos e anos com a sua conservação, seria negar a realidade dos fatos, negar-lhe o direito de propriedade sobre elas e vedar a sua transformação ou disposição quando entendesse ser assim do interesse público. Jamais, portanto, poderiam ser mormente nos tempos modernos, uma espécie de *res nullius* ou coisa fora do comércio.

Não bastasse, a verdade é que o vetusto Código, em que pese a terminologia ou a sistematização usada, própria da época, parece não haver pretendido excluir as ruas e praças de tal domínio, antes esclarecer e afirmar quanto ao uso do bem público, este assegurando a todos e não apenas a alguns.

Foi o que decidiu a v. sentença:

“Portanto, o nosso direito à semelhança dos povos da atualidade adota a relação de propriedade relativamente aos bens do uso comum.”

“Portanto, os bens de uso público em questão não são áreas de ninguém como afirma o réu; pelo contrário, podem ser de propriedade de ente público, como demonstrado. E no caso são de propriedade da autora, conforme demonstrado e decidido na apreciação da preliminar.”

“O fato de continuar como bem de uso comum do povo, caracterizado pela construção da rodovia dos Imigrantes, não tira do proprietário o direito à indenização. Se assim não fosse, estaríamos frente a um enriquecimento ilícito do Estado perante o Município.”

No mesmo sentido, afirmou o v. acórdão:

“Ruas, avenidas, vielas, praças, etc., indiscutivelmente bens de uso comum do povo, sofrem a imposição do domínio previsto no art. 65 do Código Civil, pois pertencerão eles, conforme o caso, à União, Estado ou Município.

O domínio público importa em um direito de propriedade toda especial, que tem como sujeito a entidade pública a que pertencer o bem.

O bem de uso comum de povo não pode ser equiparado a uma espécie de *res nullius*.

Pelo contrário, o Estado exerce sobre elas um “domínio” indiscutível, um direito de propriedade que busca a produção do máximo de “utilidade pública” em benefício de todos.”

e mais adiante, ao transcrever a opinião de ALFREDO BUZAID

“A circunstância de um bem ser de uso comum, tal como a rua ou a praça, não significa que pertença ao povo; seu proprietário é a pessoa jurídica de direito público interno, que o entrega ao uso do povo, sem lhe transferir o domínio... O povo não é titular do bem público de uso comum; é, isso sim, o beneficiário. Titular de domínio é sempre a pessoa jurídica de direito público interno, na forma estabelecida no art. 65 do Código Civil.”

Esta é também a jurisprudência do Pretório Excelso. Partindo do princípio de que a lei de desapropriação (DL 3.365/41) estatuiu que todos os bens são suscetíveis de desapropriação.

“A distinção de serem eles de uso comum, especial ou dominicais, introduzidos nos vários incisos do art. 66 do Código Civil, não está na lei especial — Decreto-lei nº 3.365/41.

E o fato de ser de uso comum do povo, tais como ruas e praças, não afasta o domínio previsto no art. 65 do citado Código, estatuinto que pertencerão eles à União, Estados ou Municípios.

Por isso Seabra Fagundes, invocando a doutrina alienígena e a opinião de Cirne Lima, sem fazer a distinção entre bens de uso público e dominicais, admite a desapropriação de todos e a conseqüente indenização (Da Desapropriação no Direito Brasileiro, 1949, p. 82/5).”

Tenho que o acórdão recorrido bem decidiu a questão, pelo que inexistentes as apontadas ofensas.

Daí que, por acolher como razões de decidir o judicioso pronunciamento ministerial, não conheço do recurso.

VOTO (VOGAL)

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Ministro Américo Luz, enquanto V. Exa. lia o seu douto voto, estava a meditar sobre o assunto que realmente é de grande relevância. No antigo Tribunal Federal de Recursos, julguei — assim como V. Exa. e o Eminentíssimo Ministro José de Jesus, que lá exerceram a função de magistrado — numerosos casos de expropriação. Confesso que nunca julguei caso idêntico a este que ora é submetido a julgamento, que consiste em saber se os bens de uso comum do povo podem ser objeto de desapropriação. No entanto, afigura-se-me que o acórdão que confirmou a sentença de Primeiro Grau examinou a matéria, tendo em conta a evolução do direito de propriedade. Realmente, a Constituição atual, logo nos artigos iniciais aqui mencionados, estabelece:

“Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

A partir daí tirou-se uma conclusão, a meu ver, que se conforma com seus princípios, no sentido de que o Município, no tocante à questão dominial, equipara-se ao Estado. As pessoas jurídicas, de direito público, podem desapropriar de acordo com a sua ordem hierárquica, se-

gundo expressamente previsto na Lei de Desapropriações; a União dos Estados, os Estados dos Municípios. A presunção é de que o interesse público encarnado pelo Estado é de hierarquia superior ao do Município. No caso, em exame, o que se está, na verdade, é mudando a finalidade pública de bens públicos; ruas e praças se transformando em rodovia. O interesse estadual mais amplo passa a predominar sobre interesse municipal menos amplo. É evidente que esta transformação causa prejuízos ao município. Isso, sem dúvida, implica em deixar de ter a área a sua destinação primitiva; todavia, passou a ser utilizada, com outra destinação, também relevante, de interesse público.

Creio que, no contexto assinalado, a solução realmente razoável é a de dar interpretação construtiva aos dispositivos invocados, especialmente o art. 66, inciso I, do Código Civil.

Entendo como V. Exa. que o acórdão não afrontou os dispositivos legais colacionados. Assinala o ilustre Relator que o alegado dissídio pretoriano apóia-se em jurisprudência já superada.

Acompanho, portanto, o douto voto de V. Exa.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. V. Exa. lembrou bem. Ao longo dos anos que estamos como Magistrados neste Tribunal esse é um caso *sui generis*. É a primeira vez que se desapropria praça pública, via pública para dar lugar a uma rodovia. Tanto o Eminentíssimo Ministro-Relator, como V. Exa., colocaram bem a questão. É um fato notável que vem, realmente, evoluir a jurisprudência nesse particular.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.988-0 — SP — Relator: Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S/A. Advs.: Eloísa Pacheco Lima de Araújo Costa e outros. Recda.: Municipalidade de Diadema. Advs.: Ângela Maria Mansur Rego e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 24.06.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 12.500 — PR
(Registro nº 91.0014026-0)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Estado do Paraná*

Recorridos: *Waldomiro Martinazzo e outros*

Advogados: *Drs. Naylor Taques de Camargo e cônjuge*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. INÉPCIA DA INICIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

I — Inexistente a negativa de dispositivo de lei federal.

II — Se a inicial contém, embora não tão claros, todos os elementos necessários a se alcançar o objetivo proposto, não há que se a tê-la como inepta. Precedentes.

III — Recurso não conhecido pelo fundamento contido na letra a, III, art. 105, da CF.

IV — Improvimento do recurso pelo fundamento da letra c, III, art. 105, da CF.

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, 06 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: O Estado do Paraná interpôs recurso especial — art. 105, III, *a* e *c*, do permissivo constitucional, visando a reforma do acórdão que negou provimento ao seu agravo de instrumento.

O excerto do acórdão que originou o recurso é o seguinte, *ipsis verbis* — fls. 179/180:

“Relativamente à inépcia da petição inicial, como alude a douta Procuradoria-Geral de Justiça citando julgado do Tribunal de Alçada do Estado, “apresentada a contestação, não mais se pode entender como inepta a petição, que já foi despachada, que já foi deferida, que já foi apreciada, que já foi entendida e que já foi até respondida pelo réu.” No caso, aliás, a petição inicial contém, de modo razoável, a exposição dos fatos, o pedido, e o direito, segundo o qual os autores entendem amparados.”

Para o Recorrente, ao assim decidir, o Tribunal *a quo* negou vigência ao art. 295, I, e 284, ambas do CPC. A asserção deflui de que, a seu ver, a lei não veda o reconhecimento da inépcia, após a contestação, ao contrário, a jurisprudência tem admitido até em grau de recurso extraordinário.

Assim, sendo inepta a inicial, deveria o Juiz ter assinado prazo ao autor para a devida emenda.

Além desta argumentação, colaciona os seguintes acórdãos a demonstrar que a *vexato quaestio* discrepa da de outros Pretórios, *ipsis litteris* — fls. 186/187:

“Nesse aspecto, o acórdão recorrido diverge da decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, através de sua 12ª Câmara Cível e publicado na Revista dos Tribunais nº 612, pág. 80; o acórdão paradigma divergente adotou a seguinte tese:

‘Em primeiro lugar, embora se admita que a matéria não é específica tem-se que, em regra, o despacho que, na ação ou na execução, determina a citação do réu ou executado, salvo quando, desde logo enfrente as questões formais ou substanciais, que a inicial possa suscitar, é de expediente não preclusivo, **por isso que o demandado não está inibido de suscitar, na contestação ou em embargos tais questões, quer argüindo a inépcia da inicial e quer, como**

no caso, a inexistência de título que o ampare.’ (RT 612/80 — grifamos).

Outro aresto, também do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, espousa o entendimento diverso daquele proclamado pela Egrégia Corte paranaense, na fundamentação da decisão, publicada na Revista dos Tribunais nº 501, p. 88, consta o seguinte entendimento:

‘Nenhuma razão tem. Como ensina J. CALMON DE PASSOS, “o fato de o juiz haver recebido petição inicial viciada por qualquer dos defeitos enumerados no art. 282 não significa preclusão, em relação ao réu, que pode argüí-los, para futura extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 301). Conseqüentemente, preclusão não ocorre em relação ao juiz, o qual os apreciará tanto de ofício, como por provocação do réu, ao proferir o despacho saneador’.

(“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. III/227). Foi o que fez o prolator, declarando extinto o processo por absoluta imprestabilidade das iniciais.”

O recurso foi admitido pelo ilustre Presidente do Tribunal Estadual — fls. 197/200.

O Ministério Público Federal opinou no feito — fls. 204/207, aduzindo a seguinte conclusão:

“... a inépcia de inicial não está caracterizada, pois esta contém os requisitos do art. 282 e seguimentos do CPC, permitindo a exata compreensão da controvérsia.

Assim sendo, o parecer é pelo conhecimento do recurso para entender que a inépcia da inicial pode ser reconhecida mesmo depois da contestação (STF — RT 636/188, RT 501/88, 612/80) e até em recurso especial (RTJ 110/1.274) e pelo desprovemento do recurso para considerar a inicial apta a tutelar o direito de ação dos ora recorridos.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A controvérsia tem como ponto cerebrino saber se houve negativa de vigência aos arts. 284 e 295, I, todos do CPC, pela decisão atacada. E, concomitantemente, se a decisão é divergente entre Tribunais.

Em primeiro lugar, passo a fazer a análise do fundamento insculpido no art. 105, III, *a*, da Constituição, qual seja, negativa de vigência a dispositivo de lei federal.

De início, afasto a negativa de vigência ao art. 284, do CPC, ante a ausência do devido prequestionamento da matéria na instância recorrida.

No entanto, quanto à questão da inépcia da inicial, constato que atende aos requisitos do seu pré-conhecimento.

Resta saber se o preceito do art. 295, I, do CPC, foi malferido.

O Recorrente, reiteradamente, asseverou que na petição inicial a narração dos fatos não decorreu logicamente a conclusão. Por tal razão, o seu direito de ampla defesa teria sido preterido.

Conquanto afirme que “a dificuldade para exercitar a defesa no presente processo faz lembrar o personagem de Kafka no seu livro “O Processo”: defende-se de uma acusação sem saber qual é a acusação”, o Recorrente, que não conseguiu abstrair o âmbito da controvérsia, em alentada contestação — fls. 99/111, divide a sua tese nos seguintes pontos: retrospectiva processual; improcedência do pedido com três preliminares e argumentos de mérito e dos requerimentos.

Sobressai desta contestação que a controvérsia foi bem compreendida pelo Recorrente, não havendo nenhuma mácula na petição inicial do Recorrido a justificar a medida extrema de extinção do processo sem julgamento do mérito — art. 267, I, CPC.

Aliás, nesse sentido, o extinto TFR decidiu na AC nº 108.246-RS, Rel. Min. José Cândido, que:

“PROCESSUAL CIVIL. INÉPCIA DA INICIAL.

EMBORA O PEDIDO INICIAL NÃO ESTEJA TÃO CLARO COMO DESEJÁVEL, NÃO SE EXTINGUE POR ISSO O PROCESSO. JULGANDO-O INEPTO, DESDE QUE INTELIGÍVEL. A DEMORA E AS DESPESAS DO PROCESSO ASSIM ACONSELHAM.

SENTENÇA REFORMADA.”

Ora, o processo é dinâmico e visa a um fim; tem formalidades, mas, quando estas não redundam em prejuízos para as partes, são sobrepujadas pelo seu escopo finalístico.

Em assim sendo, por inoportunidade a indigitada negativa de vigência ao art. 295, I, do CPC — inaplicável ao caso, não conheço do recurso pela letra *a*, do inciso III, do art. 105, da Constituição.

Agora, passo a analisar o fundamento inscrito no art. 105, III, c, da Constituição, ou seja, o dissídio jurisprudencial entre decisões de Tribunais diversos.

É reconhecido, como dito tópicos atrás, que a inépcia da inicial pode ser reconhecida em qualquer instância, todavia há que se ter em conta que se a inicial traz todos os elementos suficientes ao convencimento do juízo singular, bem como do Tribunal *a quo*, a análise da *quaestio* é subjetiva e pessoal.

Não é dado ao judiciário a apreciação do poder discricionário conferido ao julgador, mas tão-somente seus resultados. Em sendo assim, tendo como apta a inicial, alcançou-se em resultado, que não restou contestado pelo ora recorrente, escapa à seara do contido nos autos, o que se busca no recurso.

Melhor dizendo, o recurso busca mudar o resultado do julgamento sem atacar diretamente a decisão, mas a petição inicial.

Por fim, se o pedido mostra-se satisfatório à compreensão da lide, há que se ter como apto em respeito ao princípio da economia e celeridade processual.

Por todo o exposto, não conheço do recurso pelo fundamento da letra *a* do texto constitucional, conheço-o pela letra *c*, para negar-lhe provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.500 — PR — (91.0014026-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Aciole. Recte.: Estado do Paraná. Recdos.: Waldomiro Martinazzo e outros. Interes.: Naylor Taques de Camargo e cônjuge. Advs.: Drs. Fernando Quadros da Silva e outros, Marco Aurélio Pellizari Lopes e outro e Luiz Renato Malucelli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 06.11.91 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.125-0 — SP

(Registro nº 91.0007821-2)

Relator: O Exmo. Senhor Ministro Athon Carneiro

Recorrentes: Heitor Jacinto Guimarães Filho e sua mulher

Recorridos: Iolando Pascoalotto e outros

Advogados: José Augusto Sundfeld Silva, Nelson de Figueiredo Cerqueira

EMENTA: COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESCISÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA CUMULADA COM PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 95 DO CPC.

Se o pedido possessório apresenta-se como mera decorrência do pedido principal fundado em inadimplemento contratual, não incide a norma de competência absoluta constante do artigo 95 do CPC.

Apreciação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.

Recurso especial conhecido em parte, pela divergência, mas não provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento, além do signatário, os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de setembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse e ressarcimento de danos, proposta por IOLANDO PASCOALOTTO, sua mulher e outros contra o casal de HEITOR JACINTO GUIMARÃES FILHO. O MM. Juiz de Direito de São José do Rio Preto-SP, declarou rescindido o compromisso de compra e venda de imóvel situado em Casilândia-MS, com a perda da importância paga pelos compradores em

favor dos vendedores, e transformou em definitiva a reintegração na posse do imóvel, antes concedida em cautelar inominada; além disso, julgou improcedente a reconvenção, diante da prova convincente de terem os requeridos dado causa ao descumprimento da obrigação pelo inadimplemento quanto à parcela final.

Os réus recorreram ao TJSP e este, por sua 17ª Câmara Civil, assim resumiu suas pretensões, *verbis*:

“Agravo retido em apenso, onde os réus-reconvintes atacam a decisão proferida no saneamento, oportunidade em que o MM. Juiz observou que os agravantes não haviam contestado a ação em relação ao autor Alípio José da Silva, e sua mulher, observando, ainda, que a reconvenção, “igualmente, não foi dirigida contra ele”.

Apelaram os vencidos, reiterando o agravo supra-referido, e pedindo a nulidade do processo, por incompetência absoluta, pois a ação deveria ter sido proposta no foro da situação do imóvel, na Comarca de Cassilândia-MS, e não no foro de eleição.

Quanto ao mérito, aceitam a rescisão do compromisso, mas querem a devolução das quantias que pagaram, devidamente corrigidas, e também a exclusão da verba advocatícia face à sucumbência recíproca, pois não foram concedidas perdas e danos reclamadas pelos apelados. Insistem no retorno das partes ao *statu quo ante*.” (fls. 41).

Apreciando o apelo, o colegiado, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade do processo por incompetência absoluta, e de mérito negou provimento à apelação e ao agravo retido.

Inconformados, após embargos acolhidos em parte (fls. 90/92), interpuseram os réus recurso especial pelas alíneas *a* e *c*, sob invocação de ofensa ao art. 1.092, do Código Civil, arts. 95 e 21, do CPC, além de divergência jurisprudencial. Pugnam, em síntese, pela nulidade do processo em face de a ação haver sido processada no foro de eleição e não no foro de situação do imóvel; pela devolução das importâncias pagas pelos ora recorrentes — pois a prova demonstra, em última análise, a sucumbência recíproca, a ensejar a incidência do art. 1.092, *caput*, do CC, com a restituição das partes ao *statu quo ante*, sob pena de enriquecimento ilícito; e pela compensação das despesas processuais, ante a recíproca sucumbência (fls. 24/39).

A ilustre Vice-Presidência do eg. Tribunal *a quo* não admitiu o processamento do apelo especial, manejando os recorrentes agravo de

instrumento, ao qual dei provimento tendo em vista os temas da competência e da verba honorária (fls. 99).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): O tema do foro competente, *ut* artigo 95 do CPC, nos casos de cumulação de ações de rescisão de compromisso de compra e venda e de reintegração de posse, configura-se altamente polêmico. Nesta Corte, a eg. 2ª Seção já pelo menos duas vezes manifestou-se a respeito. No CC nº 752, rel. o em. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, após remissão constante do voto condutor a julgado do colendo STF no RE 85.359, veio a Seção a decidir sob a ementa seguinte:

“Conflito de competência. Rescisão de compromisso de compra e venda cumulada com reintegração na posse. Competência do foro da situação do imóvel.

— Ocorrendo cumulação das ações de rescisão de compromisso de compra e venda e reintegratória, regendo-se esta por critério de competência absoluta, a causa deve ser processada no foro da situação do imóvel”.

No CC nº 1.557, do qual foi relator o em. Min. BARROS MONTEIRO, ac. de 10.04.91, a ementa é a seguinte:

“COMPETÊNCIA. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMPETÊNCIA DO FORO DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL”.

Realmente o Pretório Excelso sustentou, em alguns arestos, esta orientação. Assim, *v.g.*, no acórdão já citado, no RE nº 85.359, proferido aos 17.04.79 (RTJ, 91/184), a 1ª Turma do STF, rel. o em. Min. THOMPSON FLORES, adotou o entendimento de que na ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda “e conseqüente reintegração na posse do imóvel”, seria incidente a regra do artigo 95 do CPC, prevalecendo o *forum rei sitae*. Acompanharam o relator os em. Min. Cunha Peixoto, Soares Muñoz e Rafael Mayer.

Todavia, em aresto de 18.11.80, RE nº 92.857, rel. o em. RAFAEL MAYER, em causa similar foi considerada razoável a tese segundo a qual tratar-se-ia de ação de natureza eminentemente pessoal, “e competente o foro eleito no contrato” (RTJ, 97/442). Foi decisão unânime, da qual participaram também os Mins. Xavier de Albuquerque, Cunha Peixoto e Soares Munõz. Posteriormente, aos 25.09.84, no julgamento do RE 102.656, ainda a mesma eg. 1ª Turma do STF (RTJ, 111/868), relator o em. Min. OSCAR CORRÊA, lançou acórdão sob a ementa seguinte:

“Competência. Artigo 95 do CPC. Ação em que cumulam pedido de rescisão contratual de promessa de cessão e transferência de ações de empresa e reintegração de posse em fazenda integrada no seu patrimônio.

Acolhido como competente o foro contratual, já que a possessória é mera consequência da ação principal de rescisão”.

Ponderando detidamente sobre o tema, parece-me relevante uma observação: o artigo 95 do CPC afirma competente, nas ações fundadas em direito real sobre imóveis, o foro da sua situação, competência esta de natureza absoluta, sendo todavia admitida a opção pelo foro do domicílio ou de eleição, “não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, **posse**, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova” (grifei). Assim, é imprescindível, para firmar a competência absoluta do *forum rei sitae*, que o litígio, ou seja, o conflito qualificado de interesses, a *lide* em suma, tenha por objeto a **posse do imóvel**. Não incide portanto o art. 95 do CPC quando a restituição da posse, ou a manutenção da posse, for mera consequência da solução dada a uma lide sobre direitos pessoais, no caso *sub judice* direitos baseados em relação negocial de promessa de compra e venda, sobre cujo adimplemento controvertem as partes.

É o magistério de PONTES DE MIRANDA, lembrado no voto condutor no aludido RE 102.656, a saber:

“Procurando estabelecer o verdadeiro alcance do citado dispositivo legal, com a citação de Pontes de Miranda, a questão ficou assim esclarecida em trecho do memorial apresentado pelos autores, onde salientam:

“O grande Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, 1974, t. 11/221) gizou com precisão o alcance verdadeiro da norma do artigo 95, quando subordina ao foro da situação do imóvel as ações que envolvem litígio sobre o direito de posse:

“a situação possessória já no mundo fático é real; assim ao entrar no mundo jurídico é real o direito de posse e reais são as pretensões, as ações, *exceto as pretensões e ações oriundas de alguma ofensa que não caiba em concepção de ofensa à posse mesma*” (os grifos são nossos).

A distinção é significativa. Ainda a hipótese de promessa de compra e venda de imóveis, só incide o art. 95 do CPC quando a ação, seja oriunda de “ofensa à posse mesma”. Não, quando a pretensão à posse tenha por suporte único a violação de cláusula contratual.”

Impossível, pois, apegar-se à literalidade do artigo 95 do Código de Processo Civil para aplicá-lo à espécie”. (in RTJ, 111/870-871)

A lição supra merece adoção no caso dos autos. A lide entre as partes, o conflito de interesses, versou sobre o cumprimento de contrato de compromisso de venda e compra, com increpações mútuas de inadimplemento. A reintegração na posse do imóvel negociado, em favor do litigante vitorioso, apresentou-se como consequência da decisão dada ao conflito sobre direitos pessoais. Não concorrem, aqui, os motivos de ordem pragmática, inspiradores do artigo 95 do CPC, de molde a obrigar à anulação do processo, que se desenvolveu na comarca paulista onde residem autores e réus, para tudo recomeçar na comarca de Cassilândia, no Mato Grosso do Sul; anota-se, mais, que a alegação de incompetência somente foi suscitada pelos demandados após sucumbentes em primeiro grau de jurisdição.

O recurso especial, no entanto, é de ser nesta parte conhecido pelo dissídio pretoriano, ante a divergência com o aresto do Pretório Maior, colacionado a fls. 36 (RTJ, 84/240). Dele conhecendo, nego-lhe provimento, adotando a orientação preconizada nos decisórios mais recentes do STF, igualmente referidos.

No pertinente à indigitada contrariedade ao artigo 1.092 do CC, não conheço do recurso, pois o reexame dos fatos da causa, e a análise de cláusulas contratuais, encontram óbice nas Súmulas 05 e 07 deste STJ. Assim igualmente quanto à apontada ofensa ao artigo 21 do CPC, eis que o v. aresto, analisando a prova dos autos, considerou que a não concessão de perdas e danos pleiteada pelos autores “caracterizou a situação prevista no parágrafo único do artigo 21 do CPC” (fls. 43). Em ambos estes temas, os arestos trazidos pelos recorrentes, por breves excertos, o foram inteiramente ao arrepio dos preceitos regimentais, impossibilitando o devido e indispensável confronto analítico.

Ante todo o exposto, conheço do recurso tão-somente quanto à questão da competência, negando-lhe provimento.

É o voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, já tenho me manifestado, nesta Corte, no sentido de que em casos tais impunha-se a norma contida no art. 95 do Código de Processo Civil, isto é, seria da competência do Juiz do lugar do imóvel, a causa.

Mas, no caso concreto, rendo-me aos argumentos contidos no lúcido voto do eminente Ministro-Relator e lhe sigo a solução.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, meditei demoradamente sobre este recurso especial, uma vez que fui Relator do Conflito de Competência nº 1.557-GO, que, por sua vez, perfilhou orientação traçada em precedente da Eg. 2ª Seção (Conflito de Competência nº 752-MG, relator o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Naqueles dois casos, entende-se que, em ação de rescisão de compromisso de compra e venda, cumulada com reintegração de posse, a competência seria a do foro do lugar do imóvel, nos termos do art. 95 do Código de Processo Civil.

Todavia, Sr. Presidente, penso que na espécie, e não sei se essa particularidade também foi retratada nos conflitos mencionados, a possessória é mera consequência do pedido principal, que é o de resolução do contrato. Por essa razão é que adiro ao voto de V. Exa., neste caso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.125-0 — SP — (91.0007821-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Rectes.: Heitor Jacinto Guimarães Filho e cônjuge. Adv.: José Augusto Sundfeld Silva Recdos.: Iolando Pascoalotto e outros. Adv.: Nelson de Figueiredo Cerqueira.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e negou-lhe provimento (em 22.09.92 — 4ª Turma).

O Sr. Ministro Barros Monteiro acompanhou os votos dos Srs. Ministros Relator e Fontes de Alencar.

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo não participou da votação por haver estado ausente à sessão do dia 08.09.92.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.322-0 — RJ
(Registro nº 91.0015554-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Elja Majer Szpacenkopf — espólio*

Recorrido: *Helvio Gomes Pacheco*

Advogados: *Drs. Fernando Neves da Silva e outros e Hugo Mosca e outros*

EMENTA: Embargos de terceiro — Fraude contra credores.

Consoante a doutrina tradicional, fundada na letra do Código Civil, a hipótese é de anulabilidade, sendo inviável concluir pela invalidade em embargos de terceiro, de objeto limitado, destinando-se apenas a afastar a constrição judicial sobre bem de terceiro.

De qualquer sorte, admitindo-se a hipótese como de ineficácia, essa, ao contrário do que sucede com a fraude de execução, não é originária, demandando ação constitutiva que lhe retire a eficácia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso especial pela alínea c, mas em lhe negar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cláudio Santos.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Cuidam os autos de embargos de terceiro, opostos por HELVIO GOMES PACHECO, objetivando liberar imóvel de constrição judicial ocorrida na execução movida pelo espólio de ELJA MAJER SZPACENKOPF contra Beneficência Brasil Portugal. Afirmou que alienado anteriormente à execução, estando o título devidamente registrado. Em defesa, alegou-se que fraudulenta a transmissão do bem.

A decisão de primeiro grau, favorável ao embargante, foi confirmada, ao entendimento de que fraude contra credores deve ser discutida em ação própria.

No especial, em que se convertera o extraordinário, sustentou-se que o aresto recorrido dissentira de outros julgados, no que se refere à inviabilidade de examinar-se alegação de fraude contra credores, nos embargos de terceiro.

Inadmitido o especial, foi manifestado agravo de instrumento. Provido, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Embargos de terceiro — Fraude contra credores.

Consoante a doutrina tradicional, fundada na letra do Código Civil, a hipótese é de anulabilidade, sendo inviável concluir pela invalidade em embargos de terceiro, de objeto limitado, destinando-se apenas a afastar a constrição judicial sobre bem de terceiro.

De qualquer sorte, admitindo-se a hipótese como de ineficácia, esta, ao contrário do que sucede com a fraude de execução, não é originária, demandando ação constitutiva que lhe retire a eficácia.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A questão em debate — possibilidade de a fraude contra credores ser reconhecida em embargos de terceiro — é antiga e ainda não se pode dizer pacificada. O recorrente enumera diversos acórdãos do Supremo Tribunal no sentido de que seria possível mas, nos últimos anos, aquela Corte já se orientara no outro sentido.

A doutrina tradicional, atenta ao que está expresso no Código Civil, entende que a hipótese é de anulabilidade. Efetivamente é o que resulta, em princípio, dos artigos 106 e 107 daquele Código. Tendo-se o ato como anulável, parece-me bastante difícil admitir-se que a anulação possa fazer-se no processo em exame.

O objeto dos embargos é limitado. Destina-se, apenas, a desfazer o ato de constrição judicial. O embargado, defendendo-se, não amplia o objeto do processo, embora possa alargar o número de questões a serem

decididas pelo juiz. Assim, não haverá espaço para que se profira sentença, anulando ato que, aliás, não interessa apenas ao embargante, mas também ao terceiro, adquirente do bem. Seria indispensável o litisconsórcio, inviável nas circunstâncias.

Cumpra ter-se em conta que, em se tratando de anulabilidade, seria necessário proferir sentença constitutiva, para que o bem voltasse ao patrimônio do devedor. A hipótese é bem diversa da nulidade, caso em que o juiz se limita a reconhecer e declarar a invalidade do ato jurídico.

Some-se a isso, a circunstância de os embargos de terceiro sujeitarem-se a procedimento especial, o mesmo estabelecido para as medidas cautelares, que não se coaduna com o contraditório amplo, peculiar à pauliana.

Salienta DINAMARCO, a meu ver com inteira razão, que, a ser de modo diverso, haveria violação do disposto no artigo 591 do CPC (Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro — *in* — Fundamentos do Processo Civil Moderno — Rev. Trib. — 1986 — p. 422/3). Se o ato é apenas anulável, o bem não se encontraria no patrimônio do devedor alienante e não seria possível penhorá-lo. As hipóteses em que isso pode ocorrer estão previstas no artigo 592, que cogita da fraude de execução, mas não de fraude contra credores.

Boa parte da doutrina atual sustenta, entretanto, que não se trata de anulabilidade mas de ineficácia. Podem-se apontar, realmente, várias objeções sérias ao entendimento tradicional.

A anulação importa repor as partes no estado anterior, o que pode resultar em benefício para o devedor que, fraudulentamente, transferiu o bem. Voltaria ele a seu patrimônio, com a obrigação de restituir o preço que recebera. Consoante as circunstâncias, isso envolverá enriquecimento, que não é de nenhum modo visado pelo reconhecimento do vício.

Importa garantir — esta a razão de ser da pauliana — que o bem não seja subtraído à execução. Não se justificam conseqüências que a isso ultrapassem, notadamente na medida em que possam significar ganho para o alienante. Mais adequado, assim, que se admita configure a hipótese caso de ineficácia. E por assim concluírem, existem autores a sustentar que o provimento judicial, a propósito, seria meramente declaratório, podendo deferir-se também em embargos de terceiro.

Considero que se faz aí indevida equiparação à fraude de execução, instituto nitidamente diverso. Convenci-me do acerto das observações de DINAMARCO, no trabalho já citado, mostrando que, ao contrário do que sucede naquela, não há uma ineficácia originária. Em um caso, existe

também um atentado ao exercício de uma função estatal, o que se verifica na fraude contra credores. Nesta, o negócio é eficaz em seu nascimento, mas poderá deixar de sê-lo se sobrevier sentença, constitutiva e não declaratória, que lhe retire a eficácia, relativamente aos credores. Se assim é, não pode haver penhora, a não ser depois de proferida sentença, com aquele conteúdo. Nos embargos de terceiro isso não é dado fazer.

Em vista do exposto, conheço, em virtude do dissídio, mas nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.322-0 — RJ — (91.0015554-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Elja Majer Szpacenkopf — espólio. Advs.: Fernando Neves da Silva e outros. Recdo.: Helvio Gomes Pacheco. Advs.: Hugo Mosca e outros. Sustentaram oralmente, os Drs. Heitor Faro de Castro, pela Recorrente e o Dr. Hugo Mosca, pelo Recorrido.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial pela alínea c, mas lhe negou provimento (em 15.09.92 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.343 — MG

(Registro nº 91.0015582-9)

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

Recte.: *Banco do Brasil S/A*

Recdo.: *José Alves Maia*

Advogados: *Drs. Jurandir Fernandes de Sousa e outros e José Orlando Latalisa de Oliveira*

EMENTA: CITAÇÃO. FÉRIAS FORENSES.

É válida a citação ocorrida durante as férias, quando ausente prejuízo ao citado.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

**Recurso especial 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, Bueno de Souza e Athos Carneiro, votaram com o Relator.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de fevereiro 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 de consignação em pagamento contra o Banco do Brasil S/A, objetivando pagar cédula de crédito rural sem a correção monetária, em face do benefício estabelecido no art. 47 do ADCT.

Em face da intempestividade da contestação, o Juiz determinou o seu desentranhamento, tendo o estabelecimento bancário ajuizado execução em apenso.

A decisão de 1ª instância julgou procedente a consignação em pagamento e indeferiu a inicial da execução.

A E. 3ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais confirmou, por maioria de votos, o *decisum* de primeiro grau.

Do aresto proferido na apelação, destaco o seguinte:

“O apelado ajuizou a ação de consignação em pagamento antes de vencido o prazo decadencial para o depósito, tendo sido designada a data do recebimento para o dia 17 de janeiro de 1989, motivo de citação ocorrer nas férias forenses.

Não há nulidade a ser pronunciada, tendo em vista que, em casos tais, o prazo da contestação só começa a ser contado a partir do primeiro dia útil seguinte às férias.

Foi o que se deu: a citação ocorreu no dia 09 de janeiro de 1989, mas o prazo de contestação só foi iniciado no dia 1º de fevereiro de 1989, vencendo-se no dia 10 de fevereiro de 1989.

O apelante apresentou contestação fora do prazo, embora tenha constado do mandado que o prazo de defesa era de 10 dias (fls. 21 TA), vindo a recebê-la de volta juntamente com os documentos com que foi instruída (fls. 24 v. TA), após declarada a revelia, sem interpor recurso dessa decisão.

A matéria ficou preclusa, mas, para transpor o obstáculo por outras vias, ajuizou execução judicial para haver o crédito representado pela cédula rural pignoratícia com os acréscimos nela previstos, e que é objeto da ação de consignação em pagamento para a obtenção da quitação com o expurgo da correção monetária.

O apelante insiste em que deveria o Juiz determinar a citação e penhora, para, seguro o juízo, o apelado ofertar os embargos de devedor, quando, se fosse o caso, seria requerido o benefício da anistia constitucional, com a decisão simultânea dos embargos e da ação de consignação em pagamento que ficaria suspensa até a fase da sentença.

O sucesso da empreitada representaria uma afronta ao processo, pois a revelia ocorrida na ação de consignação em pagamento, aceita sem qualquer recurso da decisão que a declarou e mandou devolver a contestação, tornou definitiva a confissão quanto à matéria de fato, dispensada qualquer discussão na ação incidental de embargos." (fls. 59/60)

Houve embargos infringentes que foram rejeitados, por maioria de votos.

Inconformado, o vencido interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando violação dos arts. 173, 247 e 266, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial (fls. 82 e 87).

Pelo despacho de fls. 101 e 102 foi o recurso admitido, subindo os autos a esta Corte.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Tenho como incensurável a decisão recorrida, sabido que realizada a citação durante as férias forenses, o prazo para a contestação somente tem

início a partir do primeiro dia útil seguinte às férias. E foi o que ocorreu no caso concreto, em que não ficou comprovada a ocorrência de prejuízo, conforme estabeleceu o aresto.

Destarte, não vislumbro negativa de vigência aos artigos 173, 247 e 266, do Código de Processo Civil.

Nessa mesma linha de entendimento é o acórdão proferido no REsp 3.958, relatado pelo eminente Ministro CLÁUDIO SANTOS, cuja ementa guarda o seguinte teor:

“PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO FEITA NAS FÉRIAS. VALIDADE. Não é nula, nem inexistente, a citação feita nas férias, dès que o prazo decorrente somente comece a ser contado do dia seguinte ao da reabertura dos trabalhos forenses.”

Para a demonstração da divergência, o recorrente traz à colação dois acórdãos, um do Tribunal de Alçada de Minas Gerais e outro desta Corte.

Ambos os arestos não se prestam como padrão de discrepância, o primeiro porque do mesmo Tribunal que adotou a decisão recorrida, e o outro, por não se configurar a identidade ou similitude dos pressupostos fáticos com o acórdão recorrido, incidindo, pois, a Súmula 291 do Supremo Tribunal Federal e o art. 255 do Regimento Interno/STJ.

Destarte, não conheço do presente recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro-Relator, já que incoorreu evidente afronta à Lei Federal e, além do mais, a matéria ficou preclusa, porquanto declarada a revelia, não foi aí interposto o competente recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.343 — MG — (91.0015582-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advs.: Jurandir Fernandes de Sousa e outros. Recdo.: José Alves Maia. Adv.: José Orlando Latalisa de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 18.02.92 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 13.421-0 — RS

(Registro nº 91.0015843-7)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S/A*

Recorrido: *Itiberê de Mesquita Orsi*

Advogados: *Valdomiro Loch e outros; Audi Marli Antunes*

EMENTA: DIREITO CAMBIAL. MANDATO PARA EMISSÃO DE NOTA PROMISSÓRIA. INVALIDADE.

É nula, a teor do artigo 115 do Código Civil, a cláusula contratual de outorga de mandato, pelo mutuário, a pessoa jurídica integrante do grupo econômico do mutuante, a fim de emitir ou avalizar nota promissória em favor do mesmo mutuante, por ser defesa a sujeição de uma das partes ao arbítrio da outra. A hipótese traduz um artifício para constituição, pelo próprio credor, de título executivo, fixando-lhe o valor e o momento da exigibilidade. Nulidade, em decorrência, da nota promissória emitida pela 'mandatária'.

Recurso especial conhecido, mas não provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento, além do signatário, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de maio de 1992 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de embargos à execução ajuizada por UNIBANCO — UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A contra ITIBERÊ DE MESQUITA ORSI. O juízo monocrático, acolhendo as arguições de inexigibilidade do contrato e de nulidade da nota promissória, julgou procedentes os embargos e declarou extinta a execução (fls. 22/24). Apelaram as partes, o embargante somente pedindo a majoração da verba honorária. A egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, por maioria de votos, deu provimento, em parte, à primeira apelação para cassar a sentença e julgar prejudicada a segunda apelação, em aresto que guardou a seguinte ementa:

“CAMBIAL. Obrigação assumida por ato de procurador. Mandato outorgado a empresa pertencente ao mesmo grupo do credor. Validade.” (fls. 142)

Em embargos declaratórios opostos pelo executado, a egrégia Câmara os acolheu, em parte, “para o efeito de esclarecer que o processo prosseguirá, no juízo de primeiro grau, apenas esclarecer para fins de exame da questão de estar ou não o Banco a cobrar, com base na nota promissória, quantia superior à devida, em face das obrigações decorrentes do contrato de conta corrente.” (fls. 202).

Manejados pelo executado embargos infringentes, foram os mesmos acolhidos por unanimidade para “fazer prevalecer o voto vencido e negar provimento ao apelo” (fls. 295/299).

Irresignado, interpõe o Banco recurso especial, sob o artigo 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando contrariedade ao artigo 8º da LUG (Dec. 57.663/66) e ao artigo 54, inciso IV, da Lei Cambial; ao Decreto 2.044, de 31.12.1908; aos artigos 128, 300, 301, 302, 303 e 459, do CPC, além de dissídio pretoriano. Sustenta, em síntese, que o valor objeto da execução seria, à época, de Cr\$ 222.000,00, expresso em nota promissória emitida pelo devedor através de sua procuradora ESTREL, ESTUDOS, REPRESENTAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO LTDA., de acordo com o contrato de abertura de crédito em conta corrente (cheque especial de pessoa física). Profliga a tese adotada nos embargos infringentes, de invalidade do mandato outorgado pelo mutuário a pessoa jurídica integrante do mesmo grupo econômico do credor. Tanto a Lei Uniforme de Genebra como a lei cambial aceitam a emissão de notas

promissórias e saques de letras de câmbio por mandatário especial. Anota que por ocasião da abertura do cheque especial seria impossível determinar futuros débitos do mutuário. Em outros termos, aduz que, válido o contrato, válida a nota promissória, sendo apenas *ad argumentandum tantum* anulável se exorbitados os poderes do mandato. Não ocorreria jamais nulidade sem explicitação de razões, sob pena de configurar-se decisão *ultra petita* (fls. 303/319 — 2º volume).

Anota-se que, de sua vez, ITIBERÊ DE MESQUITA ORSI também interpôs recurso especial, este contra o v. aresto prolatado na apelação; este recurso inadmitido na origem, em decisão objeto de agravo de instrumento (autos apenso) (fls. 203; fls. 329 e ss.).

O eminente Presidente do Tribunal *a quo* admitiu o recurso do UNIBANCO, pela alínea *c* do permissivo constitucional (fls. 362/363).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): A respeito da validade de estipulação contratual pela qual, em pactos de financiamento ou de mútuo, o mutuário ou financiado outorga poderes a empresa do mesmo grupo econômico do credor para emitir e/ou avalizar letras cambiais contra o próprio devedor 'mandante', e portanto também a respeito da validade das cambiais assim emitidas ou avalizadas, tive oportunidade, quando do julgamento do REsp 2.453, de lançar voto do seguinte teor:

“Sou, em princípio, pela invalidade das notas promissórias em que o credor, ou alguém como *longa manus* do credor, apresentando-se como procurador do devedor, cria contra o próprio mandante um título executivo. Sabido é que, pelo sistema jurídico brasileiro, os títulos executivos extrajudiciais, descendentes das remotas *instrumenta guarentigiata* do direito medievo, são criados pelo devedor, que assim reconhece uma dívida, com características de certeza e liquidez, em favor de outrem, permitindo ao credor o ajuizamento de ação de execução independentemente de prévio processo de cognição. Excetua-se os créditos tributários, do Poder Público, em que por exceção e por motivos sabidos, o próprio credor cria o título em seu favor.

Ora, em casos como o dos autos, é o credor que está, em realidade, criando o título executivo extrajudicial em seu favor,

fixando-lhe o valor e o momento da exigibilidade, mercê de outorga de poderes imposta compulsoriamente em contrato de adesão, compulsoriedade a que as pessoas obrigadas ao uso do crédito bancário não têm como fugir. Ou aderem, ou estão expulsas do mundo dos negócios, pelo menos a imensa maioria dos médio e pequeno empresários, que não têm condição alguma de discutir com os fornecedores de crédito, com as instituições financeiras.

Argumenta-se, em sentido contrário, que a eventual ocorrência do abuso no cumprimento do 'mandato' deverá ser aferida caso a caso. Em última análise, quando da defesa do devedor mediante interposição de embargos à execução. Este argumento, todavia, *data venia* não elide a infringência à regra de que não cabe ao próprio credor criar título executivo em seu favor, no alegado uso de poderes de amplitude praticamente indefinida.

No preenchimento da cártula, realmente o seu valor, o dia de vencimento, ficam a critério do credor 'mandatário', invertendo-se o ônus da prova na relação incidental dos embargos. Impende não olvidar, ainda, a possibilidade de protestos do título, com todas as notórias repercussões em desfavor do tomador do crédito, máxime se comerciante for.

Cuidando da cláusula potestativa, refere CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que "tem o mesmo sentido e o mesmo efeito frustratório, podendo ser capitulada como condição potestativa pura, a indeterminação potestativa da prestação, por vez que, neste caso, a potestatividade do ato se desloca da sua realização para a estimativa da *res debita*, equivalendo nos seus efeitos ao *si volam*." ('Instituições de Direito Civil', Forense, vol. I, 6ª ed., nº 98).

Por estas razões e semelhantes, aliás com excelência expostas pelo Juiz NELSON ALTEMANI, do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, no 5º Encontro dos Tribunais de Alçada, por 14 votos a 4, foi aprovada proposição nos seguintes termos:

"É inválida a procuração outorgada por mutuário em favor de empresa pertencente ao grupo financeiro do mutuante, para assumir responsabilidades, de extensão não especificada, em títulos cambiais, figurando como favorecido o mutuante".

É o caso ora presente. O mandato foi outorgado em termos os mais amplos, "de extensão não especificada", no contexto de

um pacto de adesão cujas características já tive oportunidade de referir.

Rogo aqui permissão para reportar-me a voto com a habitual excelência proferido pelo eminente Ministro CLÁUDIO SANTOS, na egrégia 3ª Turma, no REsp nº 1.294, julgado em 12.12.89. Após apresentar jurisprudência e doutrina a respeito do tema do “contrato consigo mesmo”, prossegue o douto magistrado:

“É certo não haver proibição explícita no direito brasileiro. Entretanto, são condições defesas nos atos jurídicos as que os sujeitarem “ao arbítrio de uma das partes” (art. 115 do Código Civil), o que fatalmente ocorrerá se uma das partes for mandatária da outra para reconhecer débitos e ajustar taxas de juros.

Por outro lado, não são desprezíveis as objurgações doutrinárias a essa espécie de contrato, tanto no direito alienígena como no direito pátrio.

José Paulo Cavalcanti, jurista pernambucano, autor de monografia sobre a questão, cataloga OERTMANN e MESSINEO a inadmitir tal contrato face à ausência do concurso de vontade: ENNECCERUS e HENRI DE PAGE a não se oporem à validade de semelhantes negócios, mas a chamarem a atenção para os interesses opostos, o que não seria conforme “nem com os interesses do representado, nem com sua vontade presumida ou da lei”; VON TUHR a salientar o risco de um prejuízo; PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, que perguntam, no caso de conflito de interesses, não se sentirem os representantes tentados a sacrificar os direitos dos representados em privilégios dos seus, além de BARASSI e DOMENICO RUBINO no mesmo sentido (ob. cit., Rio, Freitas Bastos — 1956, ps. 32/35).

Arremata o citado autor com a opinião de PACCHIONI, para quem a nulidade desses contratos deriva do *fato de non potere l'interesse del rappresentato venir sentito dal rappresentante in egual misura come il suo proprio personale interesse* (idem, p. 36).

A doutrina brasileira, a respeito, não é extensa. Coloca José Paulo Cavalcanti de um lado a opinar, sem restrições maiores, pela permissibilidade do contrato, PONTES DE MIRANDA, CARVALHO SANTOS e J. AMARAL GURGEL e, a inclinar-se em sentido oposto EDUARDO ESPÍNOLA, HAHNEMANN GUIMARÃES, DE PLÁCIDO E SILVA e NELSON PINHEIRO DE ANDRADE.

ESPÍNOLA, efetivamente, pontifica:

“É por isso que uma relação jurídica procedente de auto-contrato só se nos afigura possível, em princípio, e compatível com o sistema da legislação pátria e em geral das legislações modernas, quando a declaração de vontade do representante se dirige unicamente à celebração do ato ao estabelecimento do vínculo ou à execução e absolutamente não à determinação do conteúdo obrigacional.” (“Sistema do Direito Civil Brasileiro”, 2ª ed., Rio, Freitas Bastos —1945, vol. II, tomo II, p. 43/44).

HAHNEMANN GUIMARÃES, OROZIMBO NONATO e FILADELFO DE AZEVEDO não esconderam sua simpatia pela tese, ao proporem, claramente, no art. 37 do Anteprojeto de Código das Obrigações — Parte Geral:

“O representante não pode, salvo se a lei ou o representado o permitirem, contrair consigo mesmo as obrigações que foi autorizado a assumir.”

Já o autor pernambucano antes citado, expressa seu ponto de vista da seguinte forma:

“Pelas razões acima consideradas (supra nºs 16 a 19), além das proibições contidas em textos legais especiais (supra nº 26), os chamados contratos consigo mesmo devem ser entendidos como inválidos, em linha de princípio, dentro do direito brasileiro, inclusive nos casos da chamada “dupla representação” (supra nota 56), por aplicação analógica das regras especiais que proíbem determinadas figuras desses negócios, fundada, essa aplicação, no art. 4º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil” (ob. cit., p. 71).

Concluindo, entendo sem validade a cláusula de mandato inserta nos contratos, tais como a que enseja a presente controvérsia, porquanto o conflito de interesse entre representado e representante, integrante do mesmo grupo financeiro do credor, é evidente, de modo a afetar a vontade que constitui a substância do ato jurídico. De outro prisma, é indubitável que a cláusula do contrato consigo mesmo, nas avenças bancárias, sujeita o devedor ao arbítrio do credor, condição defesa, de acordo com o art. 115 do Código Civil. Note-se que a lei não condiciona a licitude da cláusula ao arbítrio, mas à simples sujeição.”

Encerraria, eminentes colegas, lembrando voto do eminente então Desembargador EDUARDO RIBEIRO, do Tribunal de

Justiça do Distrito Federal e Territórios, hoje honrando cátedra desta Corte Superior, que a respeito da matéria, no julgamento, em 26.09.82, da Apelação nº 8.547, daquele Tribunal de Justiça, com felicidade sintetizou os argumentos em prol da invalidade das cambiais emitidas nas condições encontradas no presente feito, *verbis*:

“Constitui entendimento pacífico, na doutrina e jurisprudência pátrias, ser perfeitamente possível a emissão de títulos cambiais por meio de procurador. Quanto a isso não há controvérsia. A hipótese em julgamento, entretanto, apresenta características próprias que demandam maior exame.

O primeiro ponto é o de que o mandato foi conferido no exclusivo interesse do mandatário ou da empresa integrante do mesmo grupo. Embora isso não seja impossível, a hipótese é peculiar. Com efeito, admite-se a chamada procuração em causa própria, mas esta apenas traduz um negócio que já se completou e não foi integralmente formalizado. O caso em julgamento é distinto. Trata-se, em realidade, de tão simplesmente conferir ao credor poderes de fazer líquida a dívida, sem que possa haver interferência do devedor.

Traduz a hipótese, em verdade, um artifício para possibilitar a constituição de título executivo. É sabido que o elenco legal de títulos executivos constitui *numerus clausus*, não sendo lícito que outros sejam estabelecidos, por convenção das partes. O sistema ora em exame passa por cima dessa impossibilidade legal, valendo-se da já assinada deturpação das finalidades do mandato.

Considero que resta comprometida, no caso, a seriedade de três institutos jurídicos relevantes: o mandato, a cambial e o título executivo extrajudicial. Manejam-se os três, de forma a alcançar objetivos que não lhe são específicos. Considero que o Judiciário não deve placitar tais operações.” (Rev. de Doutrina e Jurisp. do TJDF, vol.13, pág. 280).

No mesmo sentido se tem inclinado, majoritariamente, a eg. 3ª Turma, como se vê, *v.g.*, do v. aresto do REsp nº 11.112, rel. para o acórdão o em. Min. CLÁUDIO SANTOS, sob a ementa que segue:

“DIREITO CIVIL. CONTRATO CONSIGO MESMO.

A outorga de mandato, pelo mutuário, a pessoa jurídica integrante do grupo do mutuante, em regra, não tem validade face ao manifesto conflito de interesses, à sujeição

do ato ao arbítrio de uma das partes e à afetação da vontade. Precedentes: Acórdãos nos REsps nºs 3.001-MG, 5.913-SC, 6.263-MG e 9.005-PR, publicados nos DJU de 10.10.90, 04.02.91, 25.02.91 e 05.08.91, respectivamente.”

Diante da divergência jurisprudencial, como constatada pelo confronto com os arestos trazidos como paradigmas (fls. 312/318), conheço do recurso e, aplicando o direito à espécie, adotada a fundamentação acima exposta, nego-lhe provimento.

Dou por prejudicado o recurso especial interposto pelo embargante, em caráter condicional, como explicita a petição de agravo de instrumento (autos em apenso).

É o voto.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente e Relator, a matéria já foi apreciada pela 3ª Turma. Na Turma, tinha posição contrária a esta agora exposta por V. Exa., mas rendo-me ao precedente da 3ª Turma e ao exposto no seu douto voto, que acompanho.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, também me coloco de acordo com V. Exa., até porque já tive oportunidade, na condição de relator, de julgar um ou mais casos análogos a este.

De acordo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, também houvera anteriormente me pronunciado contrariamente a esta tese sustentada por V. Exa. Todavia, observo que na Egrégia 3ª Turma desta Corte a matéria, que não era pacífica, agora já o é, desde que dois dos eminentes Ministros integrantes daquela Turma reconsideraram as suas posições precedentes. É o que também faço a esta altura para acompanhar a orientação majoritária.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.421-0 — RS — (91.0015843-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recte.: UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S/A. Advs.: Valdomiro Loch e outros. Recdo.: Itiberê de Mesquita Orsi. Adva.: Audi Marli Antunes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento (em 18.05.92 — 4ª Turma).

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.557-0 — SP

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Bang Won Lee*

Advogados: *Drs. Tetsuo Shimohirao e outros*

Recorrido: *José Iglesias Picas*

Advogado: *Dr. Francisco Duran*

EMENTA: *Processo Civil. Audiência. Intimação ao advogado e não à parte. Recurso provido.*

Pelo sistema processual civil adotado, salvo as exceções legais (*verbi gratia*, art. 343, § 1º), a intimação há de ser feita ao advogado constituído, não à parte, até porque esta normalmente não tem o *ius postulandi*.

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, 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 despejo para uso próprio movida pelo recorrido, o MM. Juiz, em face da greve dos funcionários do fórum, determinou o adiamento da audiência de instrução e julgamento, designando outra para data posterior.

Para essa nova audiência foram intimadas as testemunhas e o réu, por carta, deixando-se, contudo, de proceder-se à intimação do advogado do mesmo.

Com a presença das partes e do advogado do autor, foi a audiência realizada.

Posteriormente, o Juiz veio a julgar procedente o pedido e improcedente a reconvenção, decretando-se o despejo.

Inconformado, após a rejeição dos embargos declaratórios o réu interpôs apelação, alegando cerceamento de defesa por não ter sido o seu patrono intimado da audiência.

A eg. Terceira Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo negou provimento ao recurso ao entendimento de que teria o apelante sido intimado e que comparecera à audiência.

O apelante opôs embargos declaratórios afirmando não ter negado sua intimação nem o seu comparecimento à audiência, mas, sim, do seu advogado, daí a dissonância entre as razões recursais e o teor do v. acórdão. Foram os embargos rejeitados ao fundamento de que o acórdão repelira a alegação de nulidade, por entender que o advogado não poderia desconhecer a audiência designada, cientes que estavam seu cliente e as testemunhas arroladas.

O embargante interpôs recurso especial com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência aos arts. 236 e 238 do Código de Processo Civil.

Da inadmissão do apelo na origem manifestou-se agravo, *a* que dei provimento.

Com as contra-razões, vieram os autos.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Razão assiste ao recorrente, porquanto se fazia necessária a intimação do seu advogado para a segunda audiência, apesar do seu não comparecimento à primei-

ra, adiada por motivo de greve dos funcionários do fórum, circunstância que, inclusive, conforme consignou o MM. Juiz “impediu o regular funcionamento dos serviços e até mesmo dificultou o acesso ao Edifício do Fórum”.

Por outro lado, não merece guarida o fundamento do v. acórdão embargado de que, cientes o réu e as testemunhas, não poderia o advogado desconhecer a audiência designada. Cediço é que, salvo as exceções expressas em lei, as intimações dos atos processuais devem ser feitas aos procuradores das partes e não a estas, que já o constituíram para tanto. Este o sistema abraçado pelo nosso direito processual, como explícito na lei.

Sobre a matéria, pertinente é a lição de Moniz de Aragão ao comentar o art. 236, CPC (“Comentários ao Código de Processo Civil”, 4ª edição, vol. II, nº 315, pág. 306):

“De que valeria intimar às partes os atos processuais, se a lei lhes proíbe postularem em juízo, obrigando-as a constituir advogado (art. 36)? Estes é que podem interpretar adequadamente os atos de que sejam intimados e agir na sua consonância. Decidiu acertadamente o Tribunal de Minas Gerais, quando negou valor à intimação feita diretamente à parte litigante, porque estava representada por advogado. Em sentido oposto, porque o advogado residia em outra comarca, pronunciou-se o Tribunal do Paraná, mas sem a menor razão.

Nem mesmo a ressalva preconizada por Sérgio Bermudes (“se a parte tem advogado, a intimação que a ela se fizer diretamente é inoperante”), parece procedente. Ainda que a parte não tenha advogado, não será intimada pessoalmente, pois, em tal caso, ou será revel, incidindo a disposição contida no art. 232, ou terá curador (art. 9º), e este é que será intimado. Nenhuma razão assiste a Ulderico Pires dos Santos em pretender que, a bem da celeridade, sejam intimadas as próprias partes se não for possível intimar-lhes o advogado (por estar viajando, exemplifica). Decerto passou-lhe despercebido que as partes não podem advogar, como acima rememorado.

Constituído em virtude de habilitação profissional específica, o advogado é que tem, necessariamente, de ser intimado dos atos processuais. A parte somente será intimada quando deva, ela própria, ter ciência de algo, a fim de fazer ou não fazer alguma coisa. Fora essa hipótese, nula, por completo, será a intimação que lhe for feita diretamente”.

No caso em tela, deveria o advogado ter sido intimado para a audiência de instrução e julgamento, até porque, nesta, foi deferida a juntada de documento, a cujo respeito, em obediência ao princípio do contraditório, deveria a outra parte manifestar-se.

Ao dissertar sobre a capacidade postulatória, ensinava o saudoso Amaral Santos, com sua admirável didática (“Primeiras Linhas”, Sarai-va, 7ª ed., 1º vol., nº 295):

“A parte deve ser representada no processo por pessoa legalmente habilitada a procurar em juízo. Será através dessa pessoa, a quem a lei confere o direito de postular em juízo (*jus postulandi*), que a parte manifestará sua vontade e exercerá as atividades concernentes à formação e desenvolvimento da relação processual. Assim, representada no processo por quem goze do *ius postulandi*, a parte se encontra com capacidade postulatória, ou seja, com capacidade de atuar no processo”.

Finalmente, vale trazer à colação aresto da eg. Terceira Turma deste Tribunal, ao julgar o REsp nº 1.676-GO, relatado pelo Sr. Ministro Gueiros Leite (DJU de 21.5.90):

“Recurso especial. Intimação. Falta. O valor da intimação do advogado para a audiência de instrução e julgamento (CPC, art. 238) é de sorte a levar a nulidade do ato, se houve falta ou defeito e por violada alguma regra jurídica pertinente (CPC, art. 247)”.

À luz do exposto, conheço do recurso e ao mesmo dou provimento para anular o processo a partir da audiência, inclusive.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.557-0 — SP — Relator: Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Bang Won Lee. Advs.: Tetsuo Shimohirao e outros. Recdo.: José Iglesias Picas. Adv.: Francisco Duran.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 20.10.92 — 4ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 13.946-0 — PR
(Registro nº 91.0017505-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Armando Chiamulera*

Advogado: *Rolf Koerner Júnior*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Paraná*

**EMENTA: PENAL — CRIME DE DESACATO —
TROCA DE OFENSAS — DESCONFIGURAÇÃO.**

A figura do desacato exige dolo, intenção de ultrajar ou desprestigiar, não se configurando o tipo se houve discussão motivada pela exaltação mútua de ânimos.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, em conhecer do recurso por ambos os dispositivos invocados e em lhe dar provimento, para absolver o recorrente Armando Chiamulera, com base no disposto no art. 386, VI, do Código de Processo Penal. Votaram com o relator os Srs. Ministros Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Votou vencido o Sr. Ministro José Dantas.

Custas, como de lei.

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

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Irresignado com o v. acórdão de fls. 155/163, declarado às fls. 177/180, Armando Chiamulera, nos termos das razões de fls. 182/207, oferece recurso especial, com fundamento nas alíneas *a* e *c*, da autorização constitucional, visando a anulação do processo, ou da sentença, ou a sua

absolvição, sob alegação, em resumo, de que o v. aresto acabou de negar vigência aos artigos 41; 386, VI; 387, II; 573, § 1º, todos do CPP, e artigos 59, 68 e 331, do Código Penal.

Contra-razões às fls. 211/213.

Admitido o apelo tão-só quanto à afronta aos artigos 59 e 331, pela falta de justificação quanto aos motivos que levaram o julgador a optar pela pena privativa de liberdade, ao invés de multa, os autos subiram.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, na cota de fls. 225/234, pronunciou-se no sentido da absolvição do recorrente, por entender não suficientemente comprovado o crime que determinou a condenação, ou se assim não entender a Eg. Turma, que seja a sentença anulada e outra proferida por falta de fundamentação.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Srs. Ministros, insurge-se o acusado contra o v. aresto que confirmou, em parte, a r. sentença, que o condenou pelo crime de desacato, sustentando, além da dissidência pretoriana, que o r. *decisum* afrontou os artigos 41; 386, VI; 387, II; 573, § 1º, todos do estatuto processual penal, e artigos 59, 68 e 331, do Código Penal.

Extrai-se do d. despacho de fls. 213/220, que restou irrecorrido, que o recurso foi admitido nos seguintes limites, *verbis*:

“Diz o recorrente que a decisão de fls. negou vigência aos arts. 59 e 331, do Código Penal, porque não justificou os motivos que levaram o julgador a optar por uma das penas alternativas previstas para o crime de desacato. Ainda sobre a validade da sentença, sustenta ser nula a decisão por ausência dos fundamentos que levaram o julgador a tornar definitiva a pena aplicada (negativa de vigência dos arts. 59, 68 e 331, do CP; e 387, II, do Código de Processo Penal).

Por esse aspecto, deve seguir o recurso a fim de se saber se a motivação aposta na decisão impugnada é suficiente para a segurança jurídica do recorrente.”

Tendo o recursante se conformado com a r. decisão em apreço, evidentemente, está delimitada a abrangência do exame da questão, que se restringe à análise das circunstâncias relativas à aplicação da pena privativa de liberdade, ao invés da pecuniária, alternativamente, prevista para o delito de desacato.

No particular, verifico do texto da r. sentença (fls. 96), que o MM. Juiz ao optar pela pena privativa de liberdade, afastando a possibilidade da aplicação da multa, esposou como fundamento, apenas, que deixava "... de aplicar a pena pecuniária, por alternativa", argumento este insuficiente para embasar a opção pela reprimenda mais grave.

Sobre o tema, devo dizer que a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer (fls. 229/231), foi por demais feliz na sua análise, quando afirma que:

"... o Código Penal, ao definir o crime de desacato, comina-lhe pena de "detenção, de 6 meses a 2 anos, ou multa". Vê-se, assim, que, efetivamente, a pena pecuniária é alternativa. Aliás, ambas as penas ali cominadas são alternativas. Ao Juiz é facultado escolher, para punição do réu, entre a pena restritiva de direito (detenção) e a pena pecuniária (multa). E, no meu entender, há de fundamentar sua escolha, porque aplica a pena mais grave (restritiva de liberdade) ou a pena mais branda (pecuniária). E isso para que possam as partes (e não apenas a Defesa) fazer correta avaliação da justeza da condenação, e dela apelar, se necessário.

In casu, aplicou o MM. Juízo monocrático a pena mais grave, detenção, como se fosse obrigatória, tanto que disse, após não aplicar a pena pecuniária por ser alternativa.

A prevalecer tal raciocínio, o desacato será sempre punido com detenção, não se abrindo ensejo à aplicação da pena pecuniária.

Aliás, a respeito, anota Alberto Silva Franco:

"No processo de fixação da pena, a primeira das providências a ser adotada pelo juiz é inquestionavelmente a da escolha da pena aplicável. Ao compor o preceito sancionatório, o legislador poderá estabelecer uma cominação simples, cumulada ou alternativa de penas. É evidente que, nos casos em que a pena for de aplicação simples ou cumulada, não tem o juiz nenhuma faculdade de escolha. Já não ocorre o mesmo na hipótese de alternatividade (ou pena detentiva ou pena pecuniária, por exemplo), que demanda uma explícita definição judicial. Qual deve ser, então, o critério orientador do juiz na escolha da pena? O texto legal não elucidou a questão, mas o sistema de penas adotado pelo legislador de 84 fornece pistas através das quais é possível identificar o princípio norteador. Se é exato que o sentido

estritamente expiatório da pena perdeu espaço e convive hoje com a finalidade da prevenção; se é exato que a pena privativa de liberdade, porque considerada “mal necessário”, só adquire legitimidade quando não se mostrar admissível a aplicação de substitutivos penais; se é exato que a própria execução da pena deve “proporcionar condições para a harmônica reintegração social do condenado”, *força é convir que o critério preferencial do legislador, que deve ser expresso pelo juiz no ato de opção, é o de priorizar, em princípio, a aplicação das penas não privativas de liberdade.*” (grifei) (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, Alberto Silva Franco et alii, 3ª edição rev. e ampl. — São Paulo — Editora Revista dos Tribunais, 1990 — p. 278).

E a jurisprudência de nossos Tribunais assim tem decidido:

“A opção pela pena privativa de liberdade deve ser justificada, pois toda vez que houver penas alternativas, é preciso que o condenado saiba por que se escolheu a mais grave”. (TACRIM — SP — AC — Rel. Barreto Fonseca — JUTACRIM 83/361).

“A pena privativa de liberdade, diversamente da de multa, projeta-se para o futuro, com a eventual ameaça de aflição mais intensa. É de alta relevância, pois, a consequência da opção pela pena pecuniária, mesmo porque, com o advento da Lei 6.416/77, ao contrário da legislação anterior, houve permissibilidade de outorga da suspensão condicional da pena ao sentenciado à simples multa.” (TJSP — AC — Rel. Márcio Bonilha — RT 554/348).

“Se a lei prevê penas alternativas ao crime, não pode o juiz optar pela mais grave delas, sem fundamentar sua escolha.” (TAGSP Ap 417.995, julgados 86/373; Ap 347.251, RT 593/357; Emb. Infr. 295.887, julgados 74/71).”

Como se observa, o pronunciamento do *Parquet* Federal está afinado com a doutrina e a jurisprudência pertinente ao assunto tornando-se despiciendos maiores comentários sobre a questão.

Com efeito, a falta de fundamentação na aplicação da pena mais grave constitui afronta aos artigos 387, II, do CPP e 59 e 331, do Código Penal.

No concernente à valoração da prova, verifico que as duas únicas testemunhas que presenciaram o fato afirmam, em seus depoimentos, que houve discussão e troca de ofensas entre o ora recorrente e o Escri-

vão, sem que se tenha comprovado nos autos quem deu início às agressões verbais.

Ora, nestas circunstâncias, não se pode ter por configurado o crime de desacato.

Neste sentido, são os seguintes julgados:

“O desacato requer dolo específico, vontade de ultrajar e desprestigiar, não bastando a mera enunciação de palavras ofensivas, em desabafo ou revolta momentânea.” (TAGSP, Ap 319.117, RT 576/382).

“Requer o elemento subjetivo da intenção de ultrajar ou desprestigiar, não se configurando se houve desabafo.” (TAGSP, Ap 381.635, RT 596/361; Ap 283/977, Julgados 71/266 e RT 561/358).

“A incontinência verbal, em clima de exaltação mútua entre acusada e ofendida, com ofensas recíprocas, não configura o delito de desacato.” (TJSP — AC — Rel. Márcio Bonilha — RT 520/375).

Sem dúvida, a figura do desacato exige dolo, a intenção de ultrajar ou desprestigiar, incorrendo o tipo quando, como na hipótese, desenca-deou-se discussão motivada pela exaltação de ânimos.

Isto posto, conheço do recurso por ambos os dispositivos invocados e lhe dou provimento para absolver o recorrente Armando Chiamulera, dos fatos que lhe são imputados na peça inicial de fls. 2/4, com base no disposto no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

É como voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Sr. Presidente, confesso que tenho dificuldade em chegar à conclusão de V. Exa., sem a tacha de um demorado exame de prova.

Se estivesse o voto de V. Exa. solvendo a questão federal em torno da alternatividade da pena, não teria dúvida em dizer a sentença impropriamente lançada pela pena mais grave, quando seria o caso da pena mais branda, a de multa.

Mas, para descer aos autos e verificar a procedência da defesa do réu, não chego a encontrar o caminho para tanto, pois que a prova louvada para a condenação mostra-se suficiente à tipicidade do desacato, conforme a relação de chefia existente entre a autoridade e o réu desafiante da sua ordem.

Com essas considerações, simplesmente conheço do recurso pela letra c, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.946-0 — PR — (91.0017505-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recte.: Armando Chiamulera. Advogado: Rolf Koerner Júnior. Recdo.: Ministério Público do Estado do Paraná.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso por ambos os dispositivos invocados e lhe deu provimento, para absolver o recorrente Armando Chiamulera, com base no disposto no art. 386, VI, do Código de Processo Penal (em 24.06.92 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Votou vencido o Sr. Min. José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.960 — SP

(Registro nº 91.0017519-6)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Mário Augusto Collaço Veras*

Recorrido: *Gilberto Gregori*

Advogados: *Drs. Mário Augusto Collaço Veras e Livaldo Campana e outro*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL — AGRAVO DE INSTRUMENTO — PROCESSO DE EXECUÇÃO — EMBARGOS DO DEVEDOR — NULIDADE — VÍCIO FUNDAMENTAL — ARGÜIÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO — CABIMENTO — ARTIGOS 267, § 3º; 585, II; 586; 618, I, DO CPC.

I — Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte argüi-la, independentemente de embargos do devedor, assim como, pode e cumpre ao Juiz declarar, de ofício, a inexis-

tência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil.

II — Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Mário Augusto Collaço Veras, contra despacho proferido nos autos da Execução promovida por Gilberto Gregori, que repeliu defesa apresentada, ao fundamento de que a questão era própria dos Embargos do Devedor, a qual deveria ser oferecida no momento certo, após estar seguro o Juízo.

Aduz o agravante que nada o impede de fazê-la dentro da Execução, quando pretende o reconhecimento de nulidade do título, como aqui o fez.

Mantida a decisão agravada, a Oitava Câmara do Colendo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, à unanimidade negou provimento ao Agravo (fls. 54/55-v.).

Opostos Embargos de Declaração (fls. 57/61), foram rejeitados, também, unanimemente (fls. 64/65).

Inconformado, ainda, interpôs o agravante Recurso Especial, fundado no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição, alegando contrariedade aos artigos 585, II; 586; 618, I, do CPC; 177, § 2º; 950; 952; 960 e 963, do Código Civil; ao Decreto nº 22.626/33; aos Decretos-leis nºs 2.283, 2.284 e 2.322; e à Lei nº 7.730.

Sustenta, também, dissídio jurisprudencial com julgados do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (RT's 97/278 e 511/221); do

extinto Tribunal Federal de Recursos (RTFR 122/133); e desta Egrégia Corte, REsp nº 2.069-SP (fls. 67/79).

Oferecidas contra-razões (fls. 81/83), o nobre Vice-Presidente daquela Corte o admitiu, apenas, pelo fundamento da alínea c, do permissivo constitucional (fls. 84/85).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator):
O Acórdão, que foi ratificado pelo de fls. 64/66, assim dispôs (fls. 54/55):

“Evidentemente há defesas que podem ser apresentadas dentro da execução, como a falta de condição da ação, dos pressupostos processuais e mesmo a incompetência absoluta. Mas, quando se pretende desconstituir o título, negando sua força executiva, a matéria é própria dos embargos de devedor e com eles será apresentada.

Note-se que aqui pretende o agravante discutir, com sua defesa na execução, a liquidez do título e ainda eventual compensação. São matérias de defesa, defesas contra o título, contra a importância cobrada, só é possível de discussão e solução nos embargos do devedor.

O douto Juiz agiu corretamente, afastando defesa contra o título executivo, apresentada dentro da execução e antes de seguro o juízo.

Sempre temos dito que dentro da execução somente é possível a discussão dos problemas relativos à regularidade da ação, da formação e desenvolvimento do processo e de todas as demais matérias que podem ser objeto de reconhecimento de ofício pelo Juiz. Mas, quando se pretende discutir o título, sua regularidade, validade ou exigência, somente através dos embargos de devedor.”

Por outro lado, traz o recorrente a confronto arestos nos quais esposada a tese de que pode a parte alegar a nulidade de execução, independentemente, de embargos do devedor. E, assim, o examino.

A teor do disposto no art. 586, da lei processual civil, qualquer título executivo, além de constituído de forma escrita, obrigatoriamente, deverá sempre revestir-se de liquidez, certeza e exigibilidade.

Na hipótese, a insurgência do recorrente se dá quanto à regularidade formal do título executado.

Seja pelo aspecto da exigibilidade — seus vencimentos não estão caracterizados — seja pelo da liquidez, já que a inicial não corresponde ao que consta nas declarações, o que acarretaria sua inépcia impedindo a hipótese do pagamento, dificultando até o valor do bem a ser penhorado, como garantia do Juízo. Ou, finalmente, pelo prisma da certeza, a pretensão do agravado-recorrido não encontra suporte no art. 586, II, do CPC, alega o recorrente.

Vale destacar, a ação executiva, em qualquer de suas modalidades, além de submetida às normas gerais que regem o processo de conhecimento, aplicadas subsidiariamente (art. 586, do CPC), fica subordinada, da mesma forma, às regras próprias que podem, também, ser gerais, se ou quando pertinentes a todas as espécies; e especiais, se somente dizem respeito, particularmente a uma delas.

A propósito, adverte Mendonça Lima:

“Os incisos I e III configuram casos de “condições da execução”, em paridade com as “condições da ação”. A infringência de qualquer deles torna o credor parte ilegítima para mover a ação, porque ele não será titular da pretensão executiva. Pelo sistema do Código, o juiz deverá indeferir o pedido de execução extinguindo o processo “sem julgamento do mérito” (art. 267, VI).” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. VI — Tomo II, pág. 659).

Ora, quanto aos pressupostos processuais e às condições da ação, cumpre ao juiz o exame de ofício, por se tratar de atos preparatórios tendentes a proporcionar o julgamento final da demanda. Ao juiz, como condutor do processo, cabe zelar pelo desenvolvimento válido e regular do processo, a fim de prestar a atividade jurisdicional. Daí a norma contida no art. 267, § 3º, da lei adjetiva civil: “O Juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nºs IV, V e VI,...”

Ora, não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte argüi-la, independentemente, de embargos do devedor, assim como, pode e cumpre ao Juiz declarar a inexistência desses pressupostos formais contemplados na legislação pertinente.

Sobre o tema, leciona Theodoro Júnior:

“A nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia.

Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo o momento o juiz poderá declarar a nulidade do feito tanto a requerimento da parte como *ex officio*.

Não é preciso, portanto, que o devedor se utilize dos embargos à execução. Poderá argüir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução.” (Processo de Execução, 14ª ed., 1990, pág. 202).

E a essa orientação se somam, dentre outros, Mendonça Lima.

A matéria já foi objeto de debate na Terceira Turma, quando do julgamento do REsp nº 3.079-MG, Relator Eminentíssimo Ministro Cláudio Santos, cujo Acórdão está assim, resumido por sua ementa:

“PROCESSUAL CIVIL — EXECUÇÃO — TÍTULO IMPERFEITO — NULIDADE — DECLARAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DA APRESENTAÇÃO DE EMBARGOS.

Contrato de abertura de crédito, em documento particular sem a subscrição de duas testemunhas é título imperfeito para fundar execução (art. 585, II, do CPC).

A argüição de nulidade da execução com base no art. 618 do estatuto processual civil, não requer a propositura da ação de embargos à execução, sendo resolvida incidentalmente. Recurso conhecido e provido.”

O acórdão, dessa forma, não se harmoniza com o entendimento afirmado pela melhor doutrina, jurisprudência dos tribunais, inclusive, deste Egrégio Tribunal Superior de Justiça.

Por tais fundamentos, conheço, pois, do recurso pela alínea c, do permissivo constitucional e dou-lhe provimento para, cassando as decisões recorridas, julgar extinto o processo, custas e honorários de 10% sobre o valor atribuído à causa pelo vencido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.960 — SP — (91.0017519-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Mário Augusto Collaço Veras. Recdo.: Gilberto Gregori. Advs.: Drs. Mário Augusto Collaço Veras e Livaldo Campana e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 26.11.91 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Cláudio Santos, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 14.909-0 — MG
(Registro nº 91.0019511-1)

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

Recorrente: *Embrasil — Empresa Brasileira Distribuidora Ltda.*

Recorridas: *União Federal e Caixa Econômica Federal — CEF*

Advogados: *Drs. Amanajos Pessoa da Costa e outros e José Marcelo de Freitas e outros*

EMENTA: PIS. BASE DE CÁLCULO. ICM. PRECEDENTES.

I — “Inclui-se na base de cálculo do PIS, a parcela relativa ao ICM” (Súmula nº 258/TFR).

II — Quando a matéria já se encontra sumulada, pode o julgador dispensar-se de discutir todos os precedentes e fundamentos que levaram à elaboração de tal Súmula.

III — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

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

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: EMBRASIL — EMPRESA BRASILEIRA DISTRIBUIDORA LTDA., com apoio no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, interpôs Recurso Especial ao v. acórdão, proferido pela 3ª Turma do TRF da 1ª Região, que restou assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DA LIDE POR ILEGITIMIDADE PASSIVA EM VIRTUDE DE AGRAVO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. SUCUMBÊNCIA. ICM. BASE DE CÁLCULO DO PIS.

1. O fundamento da condenação em honorários de advogado reside no litígio do qual decorre a sucumbência, consistente no **fato objetivo da derrota**. Portanto, no caso de exclusão da lide, por ilegitimidade passiva, em virtude de provimento de agravo interposto, deve a parte contrária, que deu causa ao incidente, arcar com o ônus relativo à verba de patrocínio.

2. O ICM inclui-se na base de cálculo do PIS — Súmula 258, TFR.

3. Apelação improvida.”

Alega a Recorrente, após opor Embargos Declaratórios, que, preliminarmente, a decisão recorrida negou vigência ao art. 535, do CPC; e divergiu da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No mérito, sustentou infringência aos arts. 46, II, 97, III e IV, e 114, do CTN, e ao art. 1º, do DL nº 406/68, além de dissídio pretoriano.

O Recurso foi contra-arrazoado (fls. 192/194), admitido (fls. 200) e encaminhado a esta Corte, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou por seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: PIS. BASE DE CÁLCULO. ICM. PRECEDENTES.

I — “Inclui-se na base de cálculo do PIS, a parcela relativa ao ICM” (Súmula nº 258/TFR).

II — Quando a matéria já se encontra sumulada, pode o julgador dispensar-se de discutir todos os precedentes e fundamentos que levaram à elaboração de tal Súmula.

III — Recurso não conhecido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Primeiramente não há violação alguma ao art. 35, do CPC. Quando a matéria já se encontra sumulada, pode o julgador dispensar-se de discutir todos os precedentes e fundamentos que levaram à elaboração de tal Súmula.

Em segundo lugar, quanto à questão da inclusão da parcela relativa ao ICM na base de cálculo do PIS, o presente recurso também não merece conhecimento. O extinto TFR sumulou a matéria, em seu verbebo nº 258: "Inclui-se na base de cálculo do PIS, a parcela relativa ao ICM". E também este STJ, por suas 1ª e 2ª Turmas, firmou o mesmo entendimento, como comprovam as seguintes ementas:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. INCLUSÃO DO ICM NA SUA BASE DE CÁLCULO.

I — A jurisprudência das duas Turmas especializadas em Direito Público, desta Corte, firmou-se no sentido de que se inclui o ICM na base de cálculo da contribuição para o PIS.

II — Recurso especial não conhecido."

(RESP Nº 14.471-MG, REL. MIN. PÁDUA RIBEIRO, DJ DE 17.02.92)

"TRIBUTÁRIO. ICM. PIS. BASE DE CÁLCULO.

I — É legal a inclusão da parcela relativa ao ICM na base de cálculo para o PIS. Precedentes.

II — Recurso provido."

(RESP Nº 6.924-PB, REL. MIN. PEDRO ACIOLI, DJ DE 23.09.91)

Pelo exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.909-0 — MG — (91.0019511-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Recte.: Embrasil — Empresa Brasileira Distribuidora Ltda. Advs.: Amanajos Pessoa da Costa e outros. Recdas.: União Federal e Caixa Econômica Federal — CEF. Advs.: José Marcelo de Freitas e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 26.08.92 — 2ª Turma).

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

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



RECURSO ESPECIAL Nº 15.156-0 — ES

(Registro nº 91.0020067-0)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Banco do Brasil S/A*

Recdo.: *Ashad Nassur*

Advogados: *Drs. Sebastião de Vasconcelos Barreto e outros e José Ricardo de Abreu Judice*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO EXTRA PETITA.

1. Acórdão que extrapolou o âmbito consentido ao julgamento da apelação, ao enfrentar matéria não suscitada pelo apelante e que não poderia ser reconhecida de ofício.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de outubro de 1992 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: ASHAD NASSUR aforou ação ordinária, precedida de medida cautelar (autos em apenso) contra o BANCO DO BRASIL, visando exonerar-se do pagamento de correção monetária a incidir sobre contrato de mútuo rural (fls. 02/10).

O Dr. Juiz de Direito, louvando-se em precedentes desta Corte, julgou a ação improcedente e revogou a liminar concedida na medida cautelar extinguindo ambos os processos (fls. 61/66).

Em grau de apelação, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, à unanimidade de votos, reformou integralmente a r. sentença, tendo o acórdão gerado a seguinte ementa (fls. 109):

“AÇÃO ORDINÁRIA. DISCUSSÃO EM TORNO DO ART. 47 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PRETENSÃO DO AUTOR EM VER DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DA CORREÇÃO MONETÁRIA EM DÉBITO PARA APLICAÇÃO RURAL. REQUISITOS ESSENCIAIS À ANISTIA REGULARMENTE DEMONSTRADOS PELO APELANTE. RECURSO PROVIDO.

A suficiência de recursos para solver o débito sem sacrifício do estabelecimento, da casa de moradia e dos instrumentos de trabalho e profissão, é situação patrimonial a ser demonstrada pelo credor, o que não ocorreu no presente caso. Recurso provido, para declarar a inconstitucionalidade da correção referente ao débito contraído, conforme estabelece o dispositivo constitucional.”

Opostos embargos declaratórios pela instituição financeira, foram rejeitados nesta consonância (fls. 122):

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. AFIRMAÇÃO DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*, QUE É INFUNDADA. APELAÇÃO QUE TEVE COMO FUNDAMENTO VER AFASTADA A CORREÇÃO MONETÁRIA EM FINANCIAMENTO RURAL. RECURSO DECIDIDO NESSE SENTIDO. TENTATIVA DE BUSCAR REEXAME DA QUESTÃO. INADMISSIBILIDADE, FACE AO ÂMBITO ESPECIFICADO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REJEIÇÃO.

O dispositivo constitucional não menciona o termo “anistia”, que foi adotado pelos meios jurídicos como sinôni-

mo daquele, o que, entretanto, não descaracteriza a sua aplicabilidade, quando solicitada e evidenciados todos os requisitos àquele indispensáveis.”

Daí o presente recurso especial, interposto por BANCO DO BRASIL (fls. 141/160), com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, sustentando contrariedade aos arts. 165, 458, 128, 460, 130 e 131 do CPC; art. 1.256 do CC, bem como art. 2º, § 1º, e art. 6º, da LICC, art. 1º, da Lei 6.423/77, art. 14 da Lei nº 4.829/64 e art. 4º, inc. IX, da Lei nº 4.595/64, de modo a irrogar ao aresto recorrido a pecha de decisão *extra petita*.

Alega, ainda, divergência jurisprudencial com julgados desta Corte, a respeito da incidência de correção monetária em operações de crédito rural.

Admitido o recurso (fls. 197/198), subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, do exame da petição inicial, verifico que o autor (ora recorrido) fundamentou e balizou seu pedido nos artigos 9º do Decreto-lei 70/66 e 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (fls. 08/10).

Por sua vez, o réu (ora recorrente), em sua contestação, acentuou o seguinte (fls. 42):

“A anistia não é ampla, geral e irrestrita. Está ela condicionada ao atendimento das exigências previstas no elastério do art. 47 do “Ato das Disposições Transitórias Constitucionais”.

Entre os requisitos ali exigidos situa-se a norma contida no inciso I; do § 3º; que diz respeito ao prazo.

Ultrapassados os 90 dias da promulgação da Carta, ainda que as demais exigências houvessem sido cumpridas — que não é hipótese — já não poderia o autor ocupar um lugar no âmbito da anistia.”

O Dr. Juiz de Direito, julgando antecipadamente a lide, decretou a improcedência do pedido (fls. 61/66); porém, a sentença deixou de enfrentar a questão constitucional alegada na exordial (art. 47, IV, ADCT).

O autor (ora recorrente), deixando de opor embargos declaratórios, apresentou apelação (fls. 75/85), sem que, contudo, das respectivas razões retornasse a discutida questão da isenção concedida pelo artigo 47 das disposições transitórias da Constituição.

O v. acórdão recorrido, entretanto, decidiu acolher a tese da inconstitucionalidade da correção monetária, do d. voto do ilustre Relator, Desembargador Walter Gustavo Naumann, *verbis*:

“Novamente discute-se a aplicabilidade do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No caso *sub judice*, trata-se de Ação Ordinária interposta pelo ora apelante com objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da cobrança de correção monetária em débito para aplicação rural.

Esta Egrégia Câmara Cível vem se manifestando reiteradamente no sentido da não incidência da correção monetária nos referidos créditos rurais, e isso se deve às seqüelas consideráveis que o desastre do Plano Cruzado provocou na Economia Nacional.

Consoante o próprio texto, os beneficiários do favor constitucional são os micros e pequenos empresários ou seus estabelecimentos, bem como os mini, pequenos médios produtores rurais, que adimplam os requisitos ali especificados para a fruição da concessão em exame. Alguns requisitos são subjetivos, como a qualidade de produtor ou de empréstimo, a insuficiência patrimonial e inexistência no patrimônio de imóveis superior a 5 (cinco) módulos rurais. Outros vêm a ser objetivos, como a época da contratação do empréstimo, a liquidação do débito em noventa dias, o valor do financiamento inicial e a regular aplicação dos recursos. Todos, entretanto, são exigíveis cumulativamente, de acordo com cada categoria de beneficiados.

Uma vez regularmente demonstrados essenciais à concessão, tal é concedida, livrando o devedor dos efeitos detrimenais do malfadado plano governamental.

É certo que a suficiência de recursos para solver o débito sem sacrifício do estabelecimento, da casa de moradia e dos instrumentos de trabalho e profissão, é situação patrimonial a ser demonstrada pelo credor. Basta, portanto, a assertiva do beneficiário para adimplir tal requisito indispensável ao desfrute do favor legal, sendo ônus da instituição financeira produzir prova em contrário, o que não ocorreu no caso presente.

Evidenciado, portanto, que o requerente possui todos os requisitos exigidos pelo dispositivo constitucional atinentes à anistia e coerente com todos os julgamentos anteriores já proferidos por esta Colenda Câmara, conheço do recurso e a ele

dou provimento para declarar a inconstitucionalidade da correção monetária referente ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”

Assim, constata-se que o v. acórdão recorrido extrapolou o âmbito consentido ao julgamento da apelação, ao enfrentar matéria não suscitada pelo apelante e que não poderia ser reconhecida de ofício, até porque os requisitos necessários para concessão da chamada anistia não foram devidamente comprovados à época oportuna.

Portanto, tenho como apropriada para a espécie a alegação de contrariedade aos arts. 128 e 460, do CPC.

Ante o exposto, conheço do recurso pela letra *a* do permissivo constitucional, e dou-lhe provimento, para o fim de cassar o v. acórdão recorrido, determinando que outro se profira nos limites postos pela apelação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 15.156-0 — ES — (91.0020067-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Jurandir Fernandes de Sousa e outros. Recdo.: Ashad Nassur. Adv.: José Ricardo de Abreu Judice.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 06.10.92 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL

Nº 15.919-0 — SP

(Registro nº 910021556-2)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Embargante: *Rhodia Bahia S/A*

Embargada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Hugo Mosca, Dr. Paulo Akiyo Yassui, Luiz Álvaro Fairbanks de Sá e outros*

EMENTA: Embargos declaratórios. Efeitos modificativos. Possibilidade.

Recurso especial. Julgamento dependente de decisão do Supremo Tribunal Federal em agravo de instrumento, objetivando a subida de recurso extraordinário. Prejudicialidade. Quando ocorre.

I — Os embargos declaratórios podem ter efeitos modificativos se, ao suprir-se a omissão, outro aspecto da causa tenha de ser apreciado como consequência necessária.

II — Se o acórdão recorrido apóia-se em fundamento constitucional e fundamento infraconstitucional, o trânsito em julgado do primeiro, suficiente por si só para mantê-lo, prejudica o exame do outro.

III — Recebimento dos embargos, a fim de, suprindo a omissão, sobrestar o julgamento do recurso especial até que o Supremo Tribunal Federal decida o agravo de instrumento interposto do despacho denegatório da subida de recurso extraordinário manifestado pela União.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, receber os embargos. Votaram com o Ministro Relator os Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Américo Luz.

Ausente, ocasionalmente, o Senhor Ministro Peçanha Martins.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de junho de 1992 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se

de embargos declaratórios opostos por RHODIA S/A ao acórdão assim ementado (fls. 143):

“Tributário. IOF. Isenção. Decreto-lei nº 2.434, de 1988.

I — A jurisprudência das Primeira e Segunda Turmas firmou-se no sentido de que é legítima a cobrança do IOF relativo a guias de importação emitidas anteriormente a 1º de julho de 1988, como fixado pelo art. 6º do Decreto-lei nº 2.434, de 1988.

II — Recurso especial conhecido e provido”.

Alega, em suma, a embargante, que o acórdão embargado foi omisso, deixando de apreciar a controvérsia em face do princípio constitucional da isonomia, em que se baseou o aresto do Egrégio Tribunal *a quo* para conceder a segurança, questão essa, a seu ver, prejudicial ao cabimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Embargos declaratórios. Efeitos modificativos. Possibilidade.

Recurso especial. Julgamento dependente de decisão do Supremo Tribunal Federal em agravo de instrumento, objetivando a subida de recurso extraordinário. Prejudicialidade. Quando ocorre.

I — Os Embargos declaratórios podem ter efeitos modificativos se, ao suprir-se a omissão, outro aspecto da causa tenha de ser apreciado como consequência necessária.

II — Se o acórdão recorrido apóia-se em fundamento constitucional e fundamento infraconstitucional, o trânsito em julgado do primeiro, suficiente por si só para mantê-lo, prejudica o exame do outro.

III — Recebimento dos embargos, a fim de, suprimindo a omissão, sobrestar o julgamento do recurso especial até que o Supremo Tribunal Federal decida o agravo de instrumento interposto do despacho denegatório da subida de recurso extraordinário manifestado pela União.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Na verdade, o acórdão embargado deixou de considerar que, no caso, a União Federal interpôs recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, em que, dentre outras questões, argüiu ofensa ao princípio constitucional da isonomia, cuja subida àquela Colenda Corte, está na pendência de agravo de instrumento (fls. 137). Incidiu, no tópico, em omissão. Por isso, conheço os embargos.

Cumpre, pois, suprir a referida omissão.

Em casos como o presente, o acórdão impugnado, conforme assinado, acha-se apoiado, basicamente, em fundamento constitucional (violação ao princípio da isonomia). Para acolher tal fundamento, tem afastado, implicitamente, fundamento infraconstitucional (leis de isenção devem ser interpretadas restritivamente — CTN, art. 111, II).

Consoante se verifica, qualquer dos dois fundamentos é suficiente, por si só, para manter o julgado. Por isso mesmo, nessa hipótese, se a União Federal não manifesta recurso extraordinário, transita em julgado o seu fundamento constitucional. Em decorrência, o recurso especial interposto perde a sua eficácia, pois não poderá, mesmo se provido, reformar o aresto do Tribunal *a quo*. Daí ser inadmissível.

A outra possibilidade é a de que ora ocorre. Houve recurso extraordinário, cuja subida à Colenda Suprema Corte está na dependência de agravo de instrumento, manifestado pela União contra o despacho que o inadmitiu (fls. 136).

Nesse caso, duas hipóteses podem ocorrer: o agravo é desprovido ou, então, o respectivo recurso extraordinário não conhecido ou desprovido; ou o agravo é provido e, também, o recurso extraordinário.

No primeiro caso, a decisão do Supremo é prejudicial à apreciação do recurso especial. Com efeito, enseja o trânsito em julgado do fundamento constitucional. Se esta Corte examinar, previamente, o recurso especial, dando-lhe ou negando-lhe provimento, terá atuado em vão.

Só no outro caso, ou seja, de o Supremo afastar o fundamento isonômico, com o provimento do recurso extraordinário da União, é que aflora a oportunidade desta Corte julgar de forma eficaz o recurso especial: dando-lhe provimento, decide a favor da União; negando-lhe provimento, em prol do contribuinte.

Caracterizada assim, na espécie, a prejudicialidade do julgamento a ser proferido no recurso extraordinário com relação àquele a ser prolatado neste recurso especial, só resta a esta Turma sobrestar o julgamento deste, até que a Suprema Corte decida o agravo de instrumento, noticiado a fls. 136, destes autos. Se provido o agravo, impor-se-á a re-

messa destes autos àquele Pretório Maior; caso contrário, cumprirá a este órgão julgador decidir o presente recurso especial.

Esse entendimento acha-se em harmonia com os princípios adotados pela Egrégia Primeira Seção, na sessão de 18.02.92, ao apreciar questão de ordem por mim suscitada.

Aduzo que, hoje, é reiterada a jurisprudência no sentido de que, nos declaratórios, suprida a omissão, pode ser alterada a conclusão do acórdão, se esta resultar como consequência necessária (RISTF, art. 338; RTJ 86/359; 88/325; 112/314).

A propósito do assunto, reporto-me aos fundamentos do voto que proferi no extinto Tribunal Federal de Recursos, quando do julgamento dos Embargos Declaratórios na Apelação Cível nº 80.669-RS, cujo acórdão ficou assim ementado (RTFR 121/141):

“Embargos declaratórios. Efeitos modificativos. Possibilidade.

I — Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos, os embargos declaratórios podem ser efeitos modificativos se, ao suprirem-se omissão, outro aspecto da causa tenha de ser apreciado como consequência necessária.

II — Embargos declaratórios conhecidos e recebidos”.

Em conclusão, pois, recebo os embargos, a fim de, suprimindo a aludida omissão, sobrestar o julgamento do recurso especial até que o Supremo Tribunal Federal decida o agravo de instrumento interposto do despacho denegatório da subida do recurso extraordinário interposto pela União.

EXTRATO DA MINUTA

EDcl no REsp nº 15.919-0 — SP — (910021556-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Embte.: Rhodia Bahia S/A. Embda.: União Federal. Advogados: Hugo Mosca, Paulo Akiyo Yassui, Luiz Álvaro Fairbanks de Sá e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, recebeu os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 10.06.92 — 2ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

RECURSO ESPECIAL Nº 16.091 — PR
(Registro nº 91.0021974-6)

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

Recorrente: *Rubens Beckert*

Recorrido: *João Ventura*

Advogados: *Drs. Hugo Martins Kosop e José Roberto Dutra Hagebock*

EMENTA: Extinção do processo sem julgamento de mérito. Ilegitimidade ativa de parte. Apelação. Efeito devolutivo. Em caso dessa espécie, não é lícito ao tribunal, afastando a preliminar de ilegitimidade, proferir julgamento de mérito. Impõe-se o retorno do processo ao juiz, em observância ao princípio do duplo grau de jurisdição. Art. 515 do Cód. de Pr. Civil. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de março 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, em exercício, Nasser de Melo, do Tribunal de Alçada do Paraná:

“Trata-se de recurso especial fundado no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal. Afirma-se, primeiramente,

a ocorrência de violação ao art. 515 do Código de Processo Civil, por ter a decisão recorrida, após afastar a preliminar de ilegitimidade de parte reconhecida na sentença terminativa do processo, julgado o mérito da causa, acolhendo o pedido de retomada de imóvel não residencial, com fundamento em denúncia vazia. Articula-se, ainda, a existência de dissídio pretoriano.

Como a própria decisão reconhece, não é pacífico na Jurisprudência o entendimento por ela adotado, qual seja, o de caber à instância revisora, ao reformar a sentença extintiva do processo sem o julgamento do mérito, apreciar a causa em seu mérito.

Não obstante a respeitável lição de doutrina que invoca, verifica-se que a questão também não é tranqüila nessa área. A propósito, veja-se o magistério do saudoso Pontes de Miranda:

‘Quanto às sentenças terminativas sem julgamento do mérito, há dissolução do que se julgou; de modo que somente isso vai ao conhecimento do órgão *ad quem*. Se esse conhecesse o que não foi objeto da apelação, estaria a infringir as regras jurídicas de competência, o princípio do duplo grau de jurisdição, que está à base da apelação’ (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1975, tomo VII, p. 213).

No mesmo sentido, é o ensinamento de José Frederico Marques (Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, 1976, 3º volume, p. 146).

Por outro lado, a 4ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça já afirmou sobre o tema que:

‘A norma contida no art. 515, § 1º, do CPC não autoriza o Tribunal a inobservar o princípio do duplo grau de jurisdição’ (REsp 2.973-RJ, j. 29.5.90 — *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, de Theotônio Negrão, RT, 21ª edição, p. 301).

A 3ª Turma, por mais de uma vez (RSTJ 6/459 e 7/447), reconheceu ser ofensiva ao art. 515, do CPC a decisão que, apreciando sentença terminativa, dá por superada a preliminar nela acolhida e julga o mérito da causa. Do segundo julgado, também relatado pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, extrai-se do voto deste o elucidativo ensinamento que segue:

‘O direito processual civil brasileiro permanece fiel ao entendimento de que o exame do mérito, em segundo grau,

condiciona-se a que o tenha sido em primeiro. Não se me afigura o melhor sistema e não é sem razão que outros ordenamentos como, por exemplo, o italiano, francês e português, não o adotam com os rigores do nosso. A propósito já tive ocasião de escrever, em trabalho que se acha publicado na Revista Forense, vol. 286, propugnando por mudança em nosso direito positivo. Entretanto, não é lícito duvidar de que subsiste entre nós a estrita observância do duplo grau, não podendo o mérito da causa ser decidido, em segundo, se não mereceu exame no primeiro. Isso resulta não apenas do invocado artigo 515 como também do artigo 463 do Código de Processo Civil' (RSTJ nº 7, pp. 448/449).

Diante disso, à luz da orientação ditada nessas citações, vê-se que o recorrente não está despido de razão ao proclamar a ocorrência de ofensa ao artigo 515, do CPC, o que torna recomendável a admissão do recurso pela alínea *a* do permissivo constitucional.

O mesmo não sucede, porém, em relação à alegada interpretação jurisprudencial divergente.

Com efeito, vê-se que o recorrente, limitando-se apenas a transcrever a ementa do acórdão trazido a confronto, deixou de demonstrar o dissídio invocado na forma exigida pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Não fora isso, observa-se que o julgado paradigma contempla hipótese diversa da verificada na decisão recorrida, pois naquele o julgamento do mérito ocorreu na mesma sentença de primeiro grau, ao passo que nesta, ele o foi em segundo grau de jurisdição, não se caracterizando a divergência de interpretação sobre questão idêntica ou assemelhada.

Ante o exposto, dou seguimento ao recurso unicamente pelo permissivo constitucional da letra *a*."

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Ao dar seguimento ao recurso especial, o Sr. Presidente, em exercício, do Tribunal de origem, citou precedentes desta Corte, firmados em sessões da 3ª e 4ª Turmas, que compõem, exatamente, a 2ª Seção. Declinou o voto do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp nº 1.418, *in* RSTJ 7/447, que tem

essa ementa: “Sentença terminativa — Apelação — Limitações a que se sujeita o julgamento desta. Se a sentença extingue o processo, sem julgamento do mérito, não é lícito ao julgador de segundo grau, a pretexto de modificar-lhe os fundamentos, decidir o mérito da causa”.

Quanto ao precedente desta 3ª Turma, nele encontrei semelhança, e bastante, com a espécie descrita nestes autos. Em ambos, estava em causa questão relativa à propriedade do imóvel: naquele, o juiz extinguiu o processo sem julgamento do mérito, porque o autor não seria o proprietário do imóvel objeto da ação de despejo (“proprietário do imóvel é aquele em cujo nome se acha transcrito”); neste, também uma ação de despejo, o juiz extinguiu, igualmente, o processo sem julgamento do mérito, porque, palavras suas, o autor “não fez prova de ser o titular do domínio do imóvel retomando”. Em ambos, ainda, os Tribunais, respectivos, julgando as apelações, superaram a preliminar e decretaram o despejo.

Esta Turma teve oportunidade de apreciar outro caso, que lhe veio no REsp 11.747, com a relatoria do Sr. Ministro Dias Trindade, assim ementado: “Civil/Processual. Extinção do Processo. Limites de devolução. Julgado extinto o processo, por ilegitimidade de parte, sem exame do mérito, a apelação devolve ao Tribunal apenas essa matéria, a impedir que seja julgada, pelo mérito, a causa, com supressão de instância”.

Conquanto reconheça o bom propósito do acórdão recorrido, bem assim a excelência de sua fundamentação, o certo é que este Tribunal, a respeito da questão em debate, tem pensamento diverso, tal contido nos precedentes citados, por detectar, em casos assim, ofensa ao art. 515 do Cód. de Pr. Civil. Por isso, conheço do recurso especial, pelo fundamento da alínea *a*, e lhe dou provimento, para que, superada a preliminar, seja proferida, retornando os autos ao juiz, outra sentença, como for de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 16.091 — PR — (91.0021974-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recte.: Rubens Beckert. Adv.: Hugo Martins Kosop. Recdo.: João Ventura. Adv.: José Roberto Dutra Hagebock.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 09.06.92 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Cláudio Santos.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

RECURSO ESPECIAL Nº 16.442-0 — SP

(Registro nº 91.0023342-0)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Companhia São Paulo Distribuidora de Derivados de Petróleo*

Advogados: *Drs. Luiz Roberto de Andrade Novaes e outros*

Recorrido: *Instituto de Administração Financeira da Previdência Social — IAPAS*

Advogados: *Drs. Vera Maria Pedrosa Mendes e outro*

EMENTA: Previdência Social. Débitos previdenciários. Cancelamento. Inaplicação do art. 29 do Decreto-lei nº 2.303/86.

I — O art. 29 do Decreto-lei nº 2.303, de 21.11.86, cancelou apenas os débitos para com a União, não abrangendo aqueles relativos à previdência social.

II — Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Peçanha Martins e Américo Luz. Ausentes, ocasionalmente, os Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de abril de 1992 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: COMPANHIA SÃO PAULO DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓ-

LEO interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, letra c, da Constituição Federal, contra o v. acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, reformando a sentença, julgou procedente a apelação interposta pelo IAPAS nos autos dos embargos do devedor, ao fundamento de que a anistia dos débitos previstos no art. 29 do Decreto-lei nº 2.303/86, não abrange as dívidas previdenciárias.

Alega a recorrente que a decisão atacada diverge inteiramente da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região ao tratar questão análoga.

Admitido o recurso (fls. 60-61), sem contra-razões (fls. 58v.), subiram os autos, que me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Previdência Social. Débitos previdenciários. Cancelamento. Inaplicação do art. 29 do Decreto-lei nº 2.303/86.

I — O art. 29 do Decreto-lei nº 2.303, de 21.11.86, cancelou apenas os débitos para com a União, não abrangendo aqueles relativos à previdência social.

II — Recurso especial desprovido.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Conheço do recurso, porquanto, no caso, se acha configurado o alegado dissídio pretoriano.

No mérito, porém, nego-lhe provimento. Com efeito, no extinto Tribunal Federal de Recursos, votei como Relator, em numerosos feitos em que se discutia a mesma questão, em sentido diverso daquele preconizado pelo julgado recorrido. No voto que proferi na AC 150.307-RJ, acolhido pela Egrégia Quarta Turma na sessão de 15.06.88, argumentei:

“Da leitura do art. 29 do Decreto-lei nº 2.303, de 21.11.86, resulta claro que se refere, apenas, o cancelamento de débitos para com a União Federal, não abrangendo os relativos às suas autarquias. No que concerne à autarquia previdenciária, a matéria está regulada pelo Decreto-lei nº 1.889, de 12.11.81, que cancelou os débitos a ela atinentes, de valor originário igual ou inferior a Cr\$ 3.000,00, hoje, Cz\$ 3,00, constituídos até a data da publicação do referido diploma legal”.

O respectivo acórdão ficou assim ementado:

“Previdência Social. Débitos previdenciários. Cancelamento.

I — O art. 29 do Decreto-lei nº 2.303, de 21.11.86, cancelou, apenas, os débitos para com a União Federal, não abrangendo aqueles para com o IAPAS.

II — Apelação provida”.

A mesma orientação foi adotada por esta Egrégia Segunda Turma, ao julgar os REsps nºs 9.931-RJ e 9.970-RJ, de que foi Relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, na assentada de 12.06.91, segundo se depreende das ementas que encimam os respectivos arestos:

“TRIBUTÁRIO. ANISTIA DO ART. 29, DO DECRETO-LEI Nº 2.303/86. NÃO ABRANGÊNCIA DOS CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS.

Única interpretação comportável para o mencionado dispositivo legal, que refere, com exclusividade, créditos da União Federal.

Recurso provido”.

“TRIBUTÁRIO. ANISTIA DO ART. 29, DO DECRETO-LEI Nº 2.303/86. NÃO ABRANGÊNCIA DOS CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS. EXTINÇÃO DE PROCESSO DE EXECUÇÃO, EM FACE DA PARALISAÇÃO DE SEU CURSO.

O texto do dispositivo legal acima não comporta outra interpretação, relativamente aos créditos previdenciários, senão a indicada.

A execução fiscal não se extingue pela paralisação, face ao disposto no art. 40 e parágrafos, da Lei nº 6.830/80.

Recurso provido”.

Em conclusão, pois, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 16.442-0 — SP — (91.0023342-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Recte.: Cia. São Paulo Distribuidora de Derivados de Petróleo. Advs.: Luiz Roberto de Andrade Novaes e outros. Recdo.: Instituto de Administração Financeira da Previdência Social — IAPAS. Advs.: Vera Maria Pedroso Mendes e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 29.04.92 — 2ª Turma).

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

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 18.443-0 — SP

(Registro nº 92.0002899-3)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Ar Industrial Equipamentos Aerodinâmicos Ltda.*

Recorrida: *Rossi Residencial S/A*

Advogados: *Drs. Jayme Vita Roso e outros, Carlos Cyrillo Netto e outro*

EMENTA: *Lei 7.989/89, artigo 2º.*

Inexiste retroatividade no fato de ter-se como aplicável ao cálculo de prestações, posteriormente à sua vigência.

Hipótese em que, entretanto, sua incidência condiciona-se ao acerto de pressupostos fáticos de que não se cogitou.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial. Votaram com o relator os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Dias Trindade.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de outubro de 1992 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Ar Industrial Equipamentos Aerodinâmicos Ltda. ajuizou ação declaratória, cumulada com repetição de indébito, contra Rossi Residencial S.A. Questiona-se sobre o índice

aplicável para reajuste de prestações relativas à aquisição de imóveis. Ação julgada improcedente.

Confirmada a decisão e rejeitado o pedido de declaração, foi manifestado recurso especial.

Com base no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, a autora indicou como violado o art. 2º da Lei 7.989/89 que determina a correção pelo BTN, em substituição à OTN. Sustentou que o acórdão recorrido, decidindo que aplicável o índice do SINDUSCON, não levou em conta tratar-se de imóvel já construído. Afirmou existir divergência jurisprudencial.

Recurso admitido pela letra *a* do permissivo constitucional.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Lei 7.989/89, artigo 2º.

Inexiste retroatividade no fato de ter-se como aplicável ao cálculo de prestações, posteriormente à sua vigência.

Hipótese em que, entretanto, sua incidência condiciona-se ao accertamento de pressupostos fáticos de que não se cogitou.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Examino, em primeiro lugar, o alegado dissídio. Dois foram os paradigmas apontados. Um, do mesmo Tribunal que proferiu a decisão recorrida, não dá ensejo a que se tenha como cabível o especial (Súmula 13). O outro, não é de molde a afirmar configurada a divergência. Com efeito, o que ali se decidiu foi que os pagamentos efetuados, até junho de 1989, seriam reajustados consoante a variação do IPC. Desses pagamentos não se cuida no presente processo. Após aquele mês, incidiria o disposto na Lei 7.774. Outra coisa não se decidiu no acórdão recorrido.

Tenho, pois, como incabível o recurso pela letra *c*.

Pretende-se, ainda, que se tenha negado vigência ao artigo 2º da Lei 7.989/89. Esta Lei é de 28 de dezembro de 1989, posterior ao ingresso da ação que se deu, conforme consignado na inicial, a 20 de dezembro do mesmo mês.

Consoante regulamentação introduzida pelo texto em exame, as obrigações decorrentes da alienação de imóveis, não compreendidas pelas normas do Sistema Financeiro da Habitação, seriam reajustadas, até fevereiro de 1989, pela OTN de NCz\$ 6,17, multiplicada pelo fator 1,2879, tratando-se de imóvel que, na época da contratação da alienação, já tivesse sido habitado e contasse com mais de noventa dias da data da concessão do "habite-se". Referindo-se a imóveis que não se encontra-

sem nessa situação, multiplicar-se-ia a OTN por 1,7028. A partir de fevereiro, a correção far-se-ia, em qualquer caso, pela variação do BTN. Dispôs-se, ainda, que o reajuste seria devido, nesses termos, a partir da vigência da Lei.

O acórdão recorrido entendeu que essas normas não poderiam “alcançar situação jurídica consolidada anteriormente à sua vigência”. A ser de modo diverso, explícita, haveria violação do disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição.

Não me parece tenha razão o julgado. O índice contratualmente ajustado fora a OTN, ou outro que legalmente o substituísse. Em um primeiro momento, o novo índice, estabelecido por lei, para os contratos em questão, poderia ser um e, posteriormente, a lei substituí-lo por outro. Os reajustes, daí em diante, obedeceriam a novos critérios, sem qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito.

O aresto que se intenta reformar não entendeu haver inconstitucionalidade. Pretendeu dar à Lei interpretação que teve como compatível com a Constituição. Ao fazê-lo, negou-lhe aplicação em hipótese em que deveria incidir.

Cabível, em princípio, o recurso. Ocorre que se trata de direito superveniente. Não se exclui pudesse ser considerado pelo julgador. Uma dificuldade, porém, se apresenta. Para definir a relação jurídica, ter-se-ia que levar em conta questão de fato, em vista da diversidade de tratamento para as diferentes situações previstas nos itens I e II do artigo 2º da Lei. Dessa circunstância fática não se cogitou, o que inviabiliza se possa declarar o conteúdo da relação jurídica entre as partes.

Pelos motivos expostos, não conheço do recurso. Acrescento, entretanto, que fica expressamente rejeitado o fundamento de inaplicabilidade do disposto no artigo 2º da Lei 7.989/89, ressaltando-se à recorrente, em ação própria, demandar o que considere de seu direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 18.443-0 — SP — (92.0002899-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Ar Industrial Equipamentos Aerodinâmicos Ltda. Advs.: Jayme Vita Roso e outros. Recda.: Rossi Residencial S/A. Advs.: Carlos Cyrillo Netto e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 20.10.92 — 3ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Dias Trindade.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

RECURSO ESPECIAL Nº 18.569-0 — SP
(Registro nº 92.3039-4)

Relator: *O Senhor Ministro José Cândido*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Salomão Monteiro de Souza*

Advogada: *Shirley de Assumpção Mena*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. REFORMATIO IN PEJUS. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA NO STF e STJ.

Anulada pelo acórdão a sentença condenatória, por vício processual, é possível, neste instante, declarar-se extinta a punibilidade, com apoio na pena *in concreto*, desde que a nova sentença não pode condenar o réu a pena maior, em respeito ao consagrado princípio da *reformatio in pejus*.

Matéria ainda conflitante no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Decisão que mais se ajusta ao princípio da economia processual, por ser inútil, como *in casu*, repetir-se a instrução para, a seguir, proclamar-se a extinção da punibilidade pela prescrição.

Recurso conhecido, mas a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas em lhe negar provimento, na conformidade dos votos e notas taquigráficas constantes dos autos. Votaram com o Relator os Ministros Pedro Acioli e Vicente Cernicchiaro.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de novembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fundamento na alínea c, inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, irresignado com a parte do acórdão, proferido em revisão criminal pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que anulou o processo a partir da inicial e decretou a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

O recorrido, SALOMÃO MONTEIRO DE SOUZA, fora condenado como incurso no artigo 157, § 2º, I e II, c.c. os artigos 11, 25 e 51, § 1º, do Código Penal, a 5 anos e 4 meses de reclusão, mais Cr\$ 4,00 de multa, em 21.7.78.

Alega o recorrente que o acórdão proferido em revisão criminal divergiu de idênticos julgados de outros Tribunais.

Em seu Parecer, o Ministério Público Federal reconheceu a ocorrência de divergência jurisprudencial, citando julgados do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, mostrando a convergência do entendimento oposto ao visto nos acórdãos trazidos pelo recorrente.

Conclui o Ministério Público Federal:

“O recorrido foi condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão e, como já fluíram mais de 12 anos (art. 109, III, do CP) a partir da sentença condenatória — 21/7/78 — fls. 35/39, ocorreu a prescrição com base na pena imposta concretamente na primeira sentença, já que não é possível, na segunda, ser fixada pena superior àquela, pelo princípio que veda a *reformatio in pejus*” (fls. 91-92).

Entende o Ministério Público Federal que o recurso, embora deva ser conhecido, não merece ser provido.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. *REFORMATIO IN PEJUS*. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA NO STF e STJ.

Anulada pelo acórdão a sentença condenatória, por vício processual, é possível, neste instante, declarar-se ex-

tinta a punibilidade, com apoio na pena *in concreto*, desde que a nova sentença não pode condenar o réu a pena maior, em respeito ao consagrado princípio da *reformatio in pejus*.

Matéria ainda conflitante no STF e no STJ.

Decisão que mais se ajusta ao princípio da economia processual, por ser inútil, como *in casu*, repetir-se a instrução para, a seguir, proclamar-se a extinção da punibilidade pela prescrição.

Recurso conhecido, mas a que se nega provimento.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O tema sugerido nestes autos é por demais sugestivo. Trata-se do reconhecimento da prescrição, para efeito da extinção da punibilidade da pretensão punitiva do Estado, no instante em que se anula a sentença por vício de citação do réu. Hipótese em que isso ocorreu, com base no princípio da *reformatio in pejus*, desde que a nova pena não poderá ultrapassar o limite da estabelecida pela sentença anulada.

O conflito jurisprudencial está comprovado, através de decisões da Suprema Corte e do egrégio Superior Tribunal de Justiça, inclusive desta Turma.

Na verdade, o recorrido foi condenado a uma pena de 5 anos e 4 meses de reclusão e, já decorridos 12 anos (art. 109, III, do Código Penal), a partir da sentença condenatória de 21.7.78 (fls. 35/39), “ocorreu a prescrição com base na pena imposta concretamente na primeira sentença, já que não é possível, na segunda” (fl. 92), cogitar-se de pena maior.

Observa-se nos autos que a matéria é conflitante no seio da própria Suprema Corte, e entre as 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, como demonstra o ilustrado órgão do Ministério Público Federal, através do brilhante Parecer assinado pela ilustre Doutora DELZA CURVELLO ROCHA, assim expresso:

“Como se sabe, o tema é controverso tanto no STF quanto no STJ. A 1ª Turma do STF entendeu que uma vez anulada a primeira sentença condenatória não é possível, no mesmo momento, decretar a extinção da punibilidade pela retroatividade, só podendo ocorrer em face da nova sentença (HC 61.272-SP, julg. em 11/11/83, votação unânime, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 1º/6/84, p. 8.726; RTJ 92/111 e 112/1.037). Entretanto, essa mesma Turma, no RECrIm 104.664, em 8/8/86 anulou a sentença condenatória e, considerando que a pena nela aplicada era insuscetível de ser agravada em nova decisão, aplicou desde

logo a prescrição retroativa, tomando como termo *a quo* a denúncia em diante.

A 2ª Turma do C. STF afirmou o princípio de que o Tribunal, no próprio acórdão que anula a primeira sentença condenatória, pode declarar a extinção da punibilidade pela forma retroativa (RECrIm 106.846-SP, julg. em 10/12/85, votação unânime, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 28/2/86, p. 2.353; RTJ 118/755; HC 65.224, julg. em 14/8/87, votação unânime, DJ 25/9/87, p. 20.413).

À sua vez, a 5ª Turma do C. STJ seguiu a orientação da 1ª Turma do STF (REsp 7.956-SP, Rel. Min. Assis Toledo, DJ 18/3/91, p. 2.806; HC 67, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 5/2/90, p. 458). A 6ª Turma do STJ perfilhou o entendimento adotado pela 2ª Turma do STF (HC 741-SP, Rel. Min. Carlos Thibau, julg. em 26/11/90, RSTJ 17/155). Neste último julgamento, o eminente Relator assinalou em seu voto o seguinte:

“A nova sentença que vier a ser proferida, se condenatória, fica condicionada ao limite máximo da pena cominada na anterior e, assim, se a prescrição já estiver consumada, pela pena da sentença anulada, constitui constrangimento ao paciente postergar o seu reconhecimento, além de mobilizar o órgão judiciário inutilmente”. (Fl. 91).

No particular, tenho compromisso com a decisão desta 6ª Turma, que entendeu ser possível declarar-se a extinção da punibilidade, no mesmo acórdão que anula a sentença condenatória. Há de entender-se ser desaconselhável, senão inútil, a elaboração de nova sentença, apenas para declarar-se depois a prescrição da pena imposta ao réu. Acrescente-se que, na hipótese em julgamento, a decisão hostilizada anulou *ab initio*, o processo; sendo necessária a recomposição do sumário de culpa, o que viria em prejuízo do princípio da economia processual.

Com estes fundamentos, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 18.569-0 — SP — (92.3039-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Salomão Monteiro de Souza. Advogada: Shirley de Assumpção Mena.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 03.11.92 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli e Vicente Cernicchiaro.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 19.986-8 — SP
(Registro nº 92.0006062-5)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Lilian Rodrigues Gonçalves e outros*

Recorridos: *Gilberto Gomes dos Santos e outros*

Advogado: *Dr. Marco Antonio Plens*

EMENTA: Recurso especial. Embargos infringentes parciais.

I — Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso especial interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada por eles não abrangida, que, em tal caso, é definitiva. Aplicação das Súmulas nºs 354 e 355 do STF.

II — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram, com o Ministro Relator, os Ministros Peçanha Martins e Américo Luz. Ausentes, ocasionalmente, os Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de abril de 1992 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO interpôs recurso extraordinário, convertido em especial, contra o v. acórdão do Tribunal de Justiça local, que, afastada a prescrição, julgou procedente ação proposta por GILBERTO GOMES DOS SANTOS E OUTROS, funcionários públicos estaduais, objetivando o recálculo de seus vencimentos, de modo que os adicionais incidam sobre os integrais vencimentos percebidos, bem como sobre o valor da sexta-parte.

Alega haver o referido aresto negado vigência ao art. 1º do Decreto nº 20.910/32, além de ter entrado em divergência com jurisprudência da Suprema Corte.

Contra-arrazoado (fls. 517-523) o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 571-572), subiu a esta Corte, onde os autos me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Recurso especial. Embargos infringentes parciais.

I — Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso especial interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada por eles não abrangida, que, em tal caso, é definitiva. Aplicação das Súmulas nºs 354 e 355, do STF.

II — Recurso especial não conhecido.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Procede a preliminar de intempestividade do recurso e da coisa julgada quanto à prescrição, suscitada pelos recorridos (fls. 517-520). Com efeito, a prescrição foi repelida, por unanimidade, pelo acórdão em apelação (fls. 471-473), integrado pelo proferido nos declaratórios interpostos (fls. 479-480).

Com efeito, também o voto vencido, proferido pelo Desembargador Garrigós Vinhaes, afastou a prescrição. Isso porque se cingiu a manter a sentença por seus fundamentos (fls. 473) e o referido decisório monocrático, segundo se lê a fls. 448, repeliu expressamente a referida preliminar.

Deveria, pois, a recorrente, quanto à matéria, manifestar o recurso especial, contando-se o prazo de trinta dias após a publicação do acórdão proferido nos declaratórios, descontados os dias consumidos para a manifestação deste. No entanto, tendo sido publicado acórdão proferido nos declaratórios, em 20.11.87 (fls. 481 v.), só em 19.05.88, após a publicação do aresto, prolatado nos infringentes, ocorrida em 20.04.88 (fls. 506 v.), a recorrente protocolizou o recurso extraordinário, posteriormente convertido neste especial.

Aplicável à espécie a Súmula nº 355 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual

“Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso extraordinário interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida”.

Na mesma linha de entendimento, a Súmula 354, também do Excelso Pretório, no sentido de que

“Em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação”.

Isto posto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.986-8 — SP — (92.0006062-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Lilian Rodrigues Gonçalves e outros. Recdos.: Gilberto Gomes dos Santos e outros. Adv.: Marco Antonio Plens.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 29.04.92 — 2ª Turma).

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

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 20.324-0 — RJ
(Registro nº 92.0006572-4)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Farmitália Carlo Erba S.A.*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Advogados: *Wilson Queiroga Braga e Milbert Macau e outro*

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. CONVÊNIO Nº 66/88. ARTIGO 34, § 8º, DO ADCT. DECRETO-LEI Nº 406/68, ARTIGO 1º.

Até que lei complementar seja editada sobre a instituição do ICMS, prevalece o disposto no artigo 1º do Decreto-lei 406/68, diploma legal recepcionado pela atual Constituição Federal.

Não há de prevalecer a exigência do recolhimento do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro, previsto no convênio nº 66/88, porquanto aos Estados e Distrito Federal só caberá fixar normas para regular provisoriamente a matéria nas lacunas existentes e sobre dispositivos da lei complementar anterior não recepcionados.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, tudo na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Exmos. Ministros Gomes de Barros e Milton Pereira. Ausente, justificadamente, o Exmo. Ministro Garcia Vieira.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de maio de 1992 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por FARMITÁLIA CARLO ERBA S.A., com fundamento nas letras *a*, *b* e *c*, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que entendeu "legítima a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, por ocasião do desembaraço de mercadorias importadas, considerando-se que o

convênio ICM nº 66/88, publicado no DOU de 16/12/88, está embasado no disposto no artigo 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” (folha 91).

Sustenta a recorrente, em síntese, violação a dispositivos constitucionais e legais, ao se considerar válida lei de governo local contestada em face da Constituição e de lei federal (art. 1º, II, do Decreto-lei nº 406/68), além de divergência jurisprudencial, sobretudo com a Súmula nº 577 do STF.

Oferecidas contra-razões às fls. 155/158, o recurso foi admitido na origem (fls. 160/161), subindo os autos para exame nesta instância superior.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): No regime da Constituição anterior, a questão foi exaustivamente apreciada pelos Tribunais Superiores, tornando-se a jurisprudência pacífica no antigo TFR e cristalizada em Súmula do egrégio STF, segundo a qual:

“Na importação de mercadorias do exterior, o fato gerador do ICM ocorre no momento de sua entrada no estabelecimento do importador.” (Súmula nº 577).

Novas dúvidas, entretanto, foram suscitadas com o advento da nova Constituição de 1988, que no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispõe no seu art. 34, § 8º.

Omissis.

§ 8º — Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

Omissis.”

De fato, com fundamento nesse permissivo constitucional, foi celebrado o convênio ICM 66/88, prevendo que o fato gerador do imposto ocorre “na estrada no estabelecimento ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior”. De outra parte, a Lei Estadual nº 1.423/89 também estabeleceu que o fato gerador do imposto ocorre “no recebimento pelo importador de mercadoria ou bens importados do exterior” (art. 2º, V, da citada lei).

O *punctum saliens* da questão ora suscitada, portanto, está em saber se essas disposições contidas no convênio e lei estadual citados encontram base constitucional e legal, conforme entendeu o aresto guerreado. Entendo que nem o convênio, nem a Lei nº 1.423/89, poderiam dispor sobre a ocorrência do fato gerador do imposto, alterando disposições do Decreto-lei nº 406/88 e Código Tributário Nacional, recepcionadas pela atual Constituição. Na ausência de lei complementar, os Estados só poderão celebrar convênio para regulamentar provisoriamente o ICM, no que diz respeito às lacunas existentes e sobre matéria tratada em dispositivos da lei complementar que não foram recepcionadas pela Carta Magna. É de aplicar-se, portanto, a legislação anterior, quando não for esta incompatível com as disposições do novo texto constitucional.

Ora, a teor do disposto no art. 146, III, letra *a*, da Constituição Federal, somente a lei complementar poderá estabelecer normas gerais sobre o fato gerador, não podendo ser, dessarte, conferido esse poder aos Estados, por delegação.

Nesse sentido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dominante caminham no sentido oposto ao do aresto recorrido.

Sobre a matéria, IVES GANDRA MARTINS faz os seguintes comentários:

“Na falta de lei complementar editada para a instituição do ICMS no prazo de sessenta dias, contados da promulgação da Constituição, as disposições transitórias autorizam os Estados a fixar normas para regular provisoriamente a matéria. Tal autorização, à evidência, só pode versar sobre as lacunas existentes e sobre os dispositivos da lei complementar anterior não recepcionados. Entretanto, o dispositivo entusiasmou de tal forma os senhores Secretários da Fazenda dos Estados que eles produziram um convênio inconstitucional (66/86), com características de confuso regulamento. Não há nele nem estrutura, nem perfil de lei complementar.” (*in Sistema Tributário na Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989, página 288. No original, por evidente erro tipográfico, encontra-se a palavra nomes, em lugar de normas, e Constituinte, ao invés de Constituição).

Na mesma linha de pensamento, ALCIDES JORGE COSTA, manifesta a seguinte opinião:

“Vigente o novo Sistema Tributário, fica assegurada a aplicação da legislação anterior no que não seja incompatível com ele ou com a legislação nova que for feita. Vejam que aqui

já está dada a competência expressa aos Estados para editar as leis necessárias, mesmo inexistentes as leis complementares. Mais ainda, em matéria de ICM, há um dispositivo específico que me parece altamente perigoso, que é o § 8º do artigo 34 das Disposições Transitórias: se, no prazo de 60 dias, contados da promulgação da Constituição, não for editada a Lei Complementar necessária à instituição do ICM, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria. Ou seja, imprudentemente a meu ver, a Constituinte deu ao Poder Executivo dos Estados (pois a Lei Complementar nº 24/75 exclui a interferência do Legislativo) a possibilidade de fazer um corpo de normas gerais que deveria constar de uma Lei Complementar. É verdade que se diz: “normas para regular provisoriamente a matéria.” Mas não sabemos quanto tempo vai durar o provisório. E acho que isso foi uma imprudência por duas razões. Primeiro, porque é incompatível com todo o resto da Constituição que restabelece as prerrogativas do Poder Legislativo. Segundo, porque infelizmente muitas vezes os Executivos Estaduais deixam-se levar por considerações meramente arrecadatórias sem olharem um pouquinho à frente para ver os efeitos econômicos dos impostos ou da forma pela qual pretendem cobrá-los.” (*in A Constituição Brasileira 1988 — Interpretações*, Editora Forense Universitária, 1ª edição, páginas 324/325).

De outra parte, nesta colenda Corte, as egrégias Primeira e Segunda Turmas decidiram respectivamente:

“TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. ICMS. RECOLHIMENTO. MOMENTO DO FATO GERADOR. CONVÊNIO ICM 66/88. ARTIGO 34, § 8º, do ADCT. DECRETO-LEI 406/68, art. 1º.

NÃO prevalece, diante do que preceitua o art. 1º do Decreto-lei 406/68, diploma legal recepcionado pela atual Constituição Federal, a exigência do recolhimento do tributo em questão por ocasião de desembaraço aduaneiro, introduzida pelo convênio acima aludido.

Recurso provido.” (REsp nº 7.582-0/RJ, Relator Ministro AMÉRICO LUZ; DJ 27.05.91, página 6.948).

“ICMS. EXIGIBILIDADE ANTECIPADA. CONVÊNIO Nº 66/88.

Não editada a Lei Complementar necessária à instituição do ICM, prevalecem as disposições contidas no Decreto-lei nº 406/68, recepcionadas pela vigente Constituição Federal.

Os Estados e o Distrito Federal, mediante convênios, só poderão fixar normas para regular provisoriamente a matéria nas lacunas existentes e sobre os dispositivos de lei complementar não recepcionados.

Não prevalece, portanto, a exigência do recolhimento do ICM por ocasião do desembaraço aduaneiro introduzido pelo convênio nº 66/88.

Recurso conhecido e provido." (REsp nº 14.410-0/RJ, Relator Ministro GARCIA VIEIRA; DJ 16.12.91, página 18.507).

Com a promulgação da nova Constituição Federal, à luz do disposto no § 8º do artigo 34 do ADCT, portanto, não é de se entender que tenha sido derogado o item II do artigo 1º do Decreto-lei nº 406/68, nem deixado de prevalecer a orientação contida na Súmula nº 577 do Pretório Excelso.

Ante o exposto, por entender vulnerado o referido dispositivo legal e contrariada a Súmula 577, do STF, conheço do recurso pelas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, e dou-lhe provimento para restabelecer a decisão do juízo monocrático.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.324-0 — RJ — (92.0006572-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Farmitália Carlo Erba S/A. Adv.: Wilson Queiroga Braga. Recda.: Fazenda Nacional. Advogados: Milbert Macau e outro.

Decisão: Deu-se provimento ao recurso (em 20.05.92 — 1ª Turma).

Decisão unânime.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Gomes de Barros e Milton Pereira.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

Relator: *O Senhor Ministro Costa Leite*

Recorrentes: *Oswaldo Lima Filho, Jorge de Oliveira Vasques*

Recorrido: *Ministério Público Federal*

Advogados: *Drs. Carlos Alberto de Paiva e outro, e Elson José Apecuitá*

EMENTA: PENAL. DESCAMINHO. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO.

As condutas previstas na segunda parte da letra *c* e na letra *d* do § 1º, do art. 334, do Código Penal, equivalem a casos de receptação, distinguindo-se os núcleos dos respectivos tipos, de maneira que não se justifica o duplo enquadramento pelos mesmos fatos. *In casu*, porém, houve tão-só impropriedade técnica, sem acarretar prejuízo, porquanto não implicou cúmulo ou majoração de pena, induzindo, assim, a aplicação do princípio reitor das nulidades insculpido no art. 563, do CPP. *Pas de nullité sans grief*.

Pena definitiva resultante da conversão pura e simples da pena-base, com o avanço operado na escala desta apresentando-se suficientemente motivado. Inocorrência de afronta aos dispositivos legais de regência.

Na conformidade do disposto no § 3º do art. 33, do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59, do mesmo Código, que, na espécie vertente, foram sopesados pelo juiz, ao estabelecer o regime semi-aberto.

Recursos conhecidos em parte, pela letra *c*, do permissivo constitucional, e, nessa parte, improvidos.

ACÓRDÃO

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

tos e notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, em conhecer em parte dos recursos, pela letra c, e, nessa parte, em lhes negar provimento. Votaram com o relator os Ministros Vicente Cernicchiaro, José Cândido e Pedro Acioli.

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de agosto de 1992 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Adoto, à guisa de relatório, a parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Doutor João Gualberto Garcez Ramos, nestes termos:

“Irresignados com acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, considerando comprovado que tinham em depósito mercadorias destinadas à comercialização, negou provimento ao recurso de apelação que haviam interposto, os recorrentes interpõem recurso especial, com base no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em suas razões, o recorrente Oswaldo aponta os artigos 59, caput, 61, 62, 65 e 66, do Código Penal como leis federais contrariadas pelo acórdão recorrido e, à guisa de arestos que deram a essas mesmas normas interpretação divergente, arrola os seguintes: Apelação Criminal nº 5.431-SP — TFR — 2ª Turma — Rel. Ministro Gueiros Leite — In: DJU, Sec. I, de 25.8.83, p. 12.566 e Apelação Criminal nº 5.567-PE — TFR — 1ª Turma — j. em 26.10.84 — In: RTFR 119/242.

Argumenta, ademais, que a classificação jurídico-penal de sua conduta procedida na denúncia e confirmada pela sentença e acórdão é contraditória e, portanto, nula a sentença e nulo o acórdão que a confirmou, pois os dois tipos a que foi condenado são impossíveis. Por fim, sustenta que a pena que lhe foi aplicada é exagerada, pois as circunstâncias apuradas no processo não autorizam a fixação da pena acima do mínimo legal.

Já o recorrente Jorge, em suas razões, aponta os artigos 33, § 2º, letra c, 59 e 68, do Código Penal como leis federais contrariadas pelo acórdão recorrido e arrola os seguintes arestos que deram a essas mesmas normas interpretação divergen-

te: Apelação Criminal nº 5.567-PE — TRF — 1ª Turma — Rel. Washington Bolívar — j. em 26.10.84 — In: RTFR 119/242 e Apelação Criminal nº 5.431-SP — TRF — 2ª Turma — Rel. Ministro Gueiros Leite — In: DJU, Seç. I, de 25.8.83, p. 12.566. Arrola também arrestos publicados nas RTJs 66/79 e 117/589 e DJU de 7.4.72, p. 1.965.

Tece, em verdade, considerações muito similares às do recorrente Oswaldo, acrescentando apenas o argumento quanto à violação do procedimento trifásico do juiz no momento de fixar a pena.

O recorrido contrariou as razões dos recursos especiais, sustentando que não ocorreu a pretendida nulidade por incompatibilidade entre os tipos atribuídos aos recorridos, sendo, também, equilibrada e perfeitamente hígida a dosimetria da pena.”

Opinando, o parecer é pelo conhecimento e improvimento dos recursos.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Em primeiro lugar, o alegado erro de tipo envolve reexame da prova, tarefa não condizente com o recurso especial, na conformidade da Súmula 07, deste Tribunal.

A questão nuclear, na verdade, reside no duplo enquadramento dos fatos por que denunciados e condenados os ora recorrentes. Com efeito, após proceder ao exame dos elementos da prova coligidos, concluiu a sentença de primeiro grau, *verbis*:

“Tanto os depoimentos prestados na fase policial, quanto os prestados em juízo, além da documentação constante no apenso, confirmam que a mercadoria se destinava ao comércio, o que permite o enquadramento dos fatos das duas hipóteses do art. 334, § 1º, letras c — no exercício de atividade comercial, mantém em depósito mercadoria de procedência estrangeira, que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional — e d — no exercício de atividade comercial, oculta, em proveito próprio ou alheio, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal — do Código Penal.”

Em sede de embargos declaratórios, a e. Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região rechaçou a argüição de nulidade da sentença, em razão do duplo enquadramento operado, nestes termos do voto-condutor do acórdão, da lavra da ilustre Juíza Tania Heine:

“Verifica-se que os réus foram denunciados como incursos no artigo 334, § 1º, letras c e d, do Código Penal. Assim constou da sentença e também do acórdão, questão essa ora objeto de embargos de declaração.

A letra c visa punir quem, no exercício de atividade comercial ou industrial pratica ações ali enumeradas, entre elas vender (ceder ou transferir por certo preço) e manter em depósito, em relação a mercadoria estrangeira, importada fraudulentamente.

A letra d qualifica a receptação do produto do descaminho, tendo, também, por pressuposto o exercício de atividade comercial ou industrial, recebendo (tomando posse por qualquer título que não seja a propriedade) ou ocultando (escondendo a mercadoria, dissimulando a posse) a mercadoria estrangeira desacompanhada de documentação legal.

Preliminarmente saliento que desde a denúncia foram mencionadas as duas figuras, sem que contra isso se insurgissem os ora embargantes, não invocando a nulidade daquela peça em nenhum dos momentos em que se manifestaram nos autos antes da sentença, quer na defesa prévia quer nas alegações finais.

Ambos constituem modalidades de descaminho e a questão só teria o relevo que lhe emprestam os embargantes se houvesse causado prejuízo aos réus, o que não ocorreu na espécie, eis que as duas condutas tipificadas não importaram em cúmulo ou majoração da pena aplicada.

O princípio da especialidade visa tão-somente evitar o bis in idem, o que não ocorreu no caso sub judice.”

Na via extraordinária, fundada a insurgência na alínea c do permissivo constitucional, os recorrentes trazem a confronto o acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos na Apelação Criminal nº 5.567, que estampa o seguinte entendimento:

“Se o Juiz enquadra o réu, pelos mesmos fatos, nas alíneas c e d do art. 334, do Código Penal (redação da Lei 4.729, de 14.7.65), demonstra perplexidade, pois cada uma delas descreve um tipo, diferenciado pelo respectivo núcleo, de delito equiparado a contrabando ou descaminho, sendo nula a sentença, por

contraditória na indicação dos artigos de lei aplicados e no dispositivo.”

Perfeitamente caracterizado o dissídio de interpretação, conheço, no ponto, dos recursos.

As condutas previstas na segunda parte da letra *c* e na letra *d* do § 1º do art. 334 do Código Penal, equivalem a casos de receptação, segundo a maioria dos nossos tratadistas, mas os núcleos dos tipos se distinguem, como escoreitamente acentuou o julgado do TFR.

Na espécie vertente, consoante se depreende da denúncia e da sentença, os recorrentes mantinham em depósito, no exercício de atividade comercial, mercadorias que sabiam ser produto de introdução clandestina no país. É justo a conduta incriminada na alínea *c*. A circunstância de as mercadorias se encontrarem desacompanhadas de documentação legal, *in casu*, não assume relevo, além do que ocultar não é o mesmo que manter em depósito. Ocultação, como ensina Hungria, é a dissimulação da posse da coisa por meio do escondimento desta; manter em depósito é ter a coisa guardada à disposição em lugar não exposto.

Embora não se justifique o duplo enquadramento, não vejo razão para decretar-se a nulidade da sentença. Houve tão-só impropriedade técnica, sem acarretar prejuízo, porquanto não implicou cúmulo ou majoração de pena, induzindo, assim, a aplicação do princípio reitor das nulidades insculpido no art. 563 do CPP.

No tocante à questão envolvendo a aplicação da pena, não há como dizer-se caracterizado o dissídio jurisprudencial, visto que os recorrentes se limitaram a transcrever as ementas dos julgados paradigmas, sem demonstrar a identidade ou semelhança de suportes fáticos. Impunha-se o cotejo analítico, na forma exigida no art. 255, § 2º, do RISTJ.

Pela letra *a*, não pode prosperar, por igual, a irresignação. Com efeito, a sentença não se desgarrou do molde do art. 59, do Código Penal, nem se divisa contrariedade aos demais dispositivos legais apontados.

A pena definitiva resultou da conversão pura e simples da pena-base, à míngua de circunstâncias atenuantes ou agravantes e de casos especiais de aumento ou diminuição, com o avanço operado na escala da pena-base apresentando-se suficientemente motivado, como se vê deste relanço:

“Não vejo razão para individualizar as penas separadamente, vez que as circunstâncias a serem consideradas em relação a cada um dos réus coincidem. São primários e têm antecedentes abonados. As circunstâncias em que o crime foi

praticado, o esquema montado, demonstra a tendência de personalidade de ambos à prática de crimes desta espécie. O motivo era o ganho fácil e em grande volume. Por fim, a quantidade e o valor das mercadorias apreendidas demonstram que o crime era praticado em alta escala, o que torna mais reprovável as condutas. Fixo a pena-base em dois anos e seis meses de reclusão, a qual torno definitiva por inexistirem outras causas modificadoras. Ainda, a culpabilidade e as outras circunstâncias judiciais negativas antes examinadas, no caso, impõem como necessário para reprovação e prevenção do crime que o regime inicial de cumprimento seja o semi-aberto.”

Por fim, não calha a alegação de contrariedade ao art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Segundo o disposto no § 3º do mesmo dispositivo, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59. Tais critérios, como se viu do trecho da sentença antes transcrito, foram sopesados pelo juiz, ao estabelecer o regime semi-aberto.

Assim sendo, conheço, em parte, dos recursos, pela alínea c, do permissivo constitucional, e, nessa parte, lhes nego provimento. É como voto, Senhor Presidente.

VOTO — VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, ouvi com bastante atenção o erudito voto do ilustre Relator. Concorro com S. Exa. que a análise, no plano da experiência, relativamente ao erro de tipo, necessariamente implica investigação de matéria de fato. Esse instituto jurídico significa o engano que o agente teve no momento em que praticou sua conduta, relativamente a um elemento da infração penal. Repercute, conseqüentemente, no dolo, vale dizer, ele não teria tido a vontade ou assumido o risco de realizar aquela conduta. Concorro ainda com S. Exa., ao fazer referência — leu inclusive trecho da fundamentação da respeitável decisão — de que inexistindo agravantes e atenuantes, causas especiais de aumento ou diminuição de pena, desnecessário se faz referência à segunda e terceira fases do chamado sistema trifásico adotado pela atual redação da Parte Geral do Código Penal.

Com esclarecimento de V. Exa., entendo que o raciocínio do juiz foi todo em um só crime. Teria havido uma impropriedade técnica ao se referir à alínea c e à alínea d, que são crimes distintos e diferentes. Vou concordar com a conclusão de V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.527-3 — RJ — (92.0006963-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Oswaldo Lima Filho. Advs.: José Ricardo Cerqueira Lopes e outro. Recte.: Jorge de Oliveira Vasques. Advs.: Elson José Apecuita e outro. Recdo.: Ministério Público Federal. Sustentaram oralmente o Dr. Carlos Paiva por Oswaldo de Lima Filho e Dr. Elson José Apecuita por Jorge de Oliveira Vasques.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso em parte pela letra c e nessa parte lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 25.08.92 — 6ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 21.261-7 — PR

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrentes: *Jenny Vanin Pozzi e cônjuge*

Advogado: *Dr. Lutero de Paiva Pereira*

Recorrido: *UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S/A*

Advogados: *Drs. João Graciano Campos Lustosa e outros*

EMENTA: *Processo civil. Execução. Intimação da penhora. CPC, arts. 669 e 239. Precedente. Recurso desacolhido.*

Dadas as peculiaridades do processo executivo e a dispensa da providência quanto ao instituto da citação, não se exige, para os fins do art. 669, CPC, que o oficial de justiça, armado da fé pública no cumprimento do seu mister, certifique dando nomes de testemunhas que presenciaram a recusa de intimando a apor o seu aceite, até porque nem sempre é possível essa presença.

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 Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de junho de 1992 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Da decisão de admissibilidade do recurso na origem, da lavra do Prof. Francisco Muniz, colho:

“Trata-se de recurso especial fundado nas letras *a* e *c* do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal. Discute-se, basicamente, uma única questão jurídica que diz respeito à tempestividade de embargos à execução.

Em execução de título extrajudicial interposta perante o juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Mourão, os executados Alziro Pozzi e sua mulher Jenny Vanini Pozzi opuseram embargos que foram liminarmente rejeitados por intempestivos. Apelaram da sentença negando a efetiva ocorrência da intimação da penhora.

De fato, do auto de penhora (fls. 44) não consta a nota de ciência da executada e tampouco o nome de duas testemunhas que tenham assistido ao ato (artigo 239, parágrafo único, III, do CPC). A Câmara Julgadora negou provimento à apelação, por considerar que os recorrentes foram intimados da penhora em data de 02.08.89, mesma oportunidade em que foi realizado o referido ato de constrição patrimonial.

Buscando a reforma desta decisão, Jenny Vanini Pozzi dirige-se ao Superior Tribunal de Justiça, alegando negativa de vigência do art. 239 do Código de Processo Civil e dissídio jurisprudencial. Reitera a argumentação de ausência de sua intimação para o exercício de sua defesa”.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Há fortes indícios de que a recorrente está buscando protelar a solução do litígio. Com

feito, recorre isoladamente para alegar não ter sido efetivamente intimada da penhora quando dos autos consta certidão em contrário do oficial de justiça, e que seu marido, igualmente executado, chegou a apor sua assinatura como depositário (fls. 44, por cópia).

Outrossim, também consta do acórdão, a fls. 57, que o seu marido, “quando já vencido o prazo recursal, postulou e teve indeferida a pretensão de desconstituição da intimação feita, no pressuposto de que é merecedora de fé pública a certidão da lavra do Sr. Oficial de Justiça que realizou a diligência”. Ocorre, porém, que o r. voto condutor do v. acórdão, de forma imprecisa (que chegou a suscitar embargos declaratórios), tratou dos apelantes no singular, razão pela qual não se pode presumir que a esposa, ora recorrente, também impugnara anteriormente a intimação.

Na dúvida, a presunção a favorece.

Estranhamente, ao contrário do que se dá com a citação, instituto de muito maior relevo do que o da intimação, a nossa lei processual codificada prevê que o oficial de justiça certifique dando os nomes das testemunhas que presenciaram o ato quando o intimando se recusar a apor o seu ciente.

A propósito, em seus “Comentários”, pela “Revista dos Tribunais”, leciona Hélio Tornaghi (2ª ed., 1978, art. 239):

“III — Nomes das testemunhas em caso de recusa do “ciente”. A mesma observação feita no comentário ao inciso II deve ser aqui repetida: o código exige que conste da certidão o nome de pessoas que hajam visto o intimando recusar o “ciente”. Sinal de que esse deve ser apostado pelo intimando no instrumento da intimação (petição ou mandado). Mas nenhum dispositivo do código consagra expressamente a exigência do “ciente” em caso de intimação. Ela está prevista, sim, mas para a citação (art. 226, III). O Código anterior dizia: “as notificações serão feitas na forma prescrita para as citações” (art. 167). Mas este código não contém preceito semelhante.

Seja como for, uma coisa é certa: o executor da intimação deve pedir o “ciente” do intimado. Se esse o recusa, deve aquele incluir na certidão os nomes das pessoas que assistiram à recusa”.

Apoiado também em Tornaghi, escreve Theodoro Júnior (“Curso”, 5ª ed., 1989, vol. 1, nº 273, pp. 296/297):

“O rigor no atendimento das exigências do art. 239 é maior na hipótese de intimação às próprias partes, mormente quando

feitas fora do cartório. Quando, porém, se tratar de intimação do escrivão aos advogados, é perfeitamente dispensada a observância dos cuidados previstos nos incisos II, III e IV do dispositivo em tela.

No entanto, a “certidão — como adverte Hélio Tornaghi — é exigida *ad substantiam*, não apenas *ad probationem*. Quer isso dizer que ela não se destina somente a provar “a intimação; ela a completa e perfaz...”; de modo que “a certificação por isso é requisito essencial e, conseqüentemente, existencial da intimação. Enquanto o oficial ou o escrivão, que a houver feito, não a portar por fé, ela não estará consumada e, portanto, inexistirá”.

Como corolário do entendimento exposto, as deficiências da certidão, como a falta de identificação da pessoa intimada, de data do ato, ou do nome das testemunhas quando o intimado se recusou a dar a nota de ciência, são vícios da própria intimação e que conduzem à nulidade do ato, nos termos do art. 247”.

Mutatis mutandis, pela observância da norma legal, os escólios de Pontes de Miranda e Moniz Aragão ao art. 239.

Na jurisprudência, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Ap 24.946, relator o em. Des. Hermann Roenick (RJTJRS 56/329, citado por Alexandre de Paula *in* “Código de Processo Civil Anotado”, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980):

“Quando o intimado se recusa a apor o seu ciência, o oficial de justiça, nos termos do art. 239, nº III, do CPC, deve fazer constar da certidão os nomes das duas testemunhas, que assistiram à declaração de recusa”.

Tal regra, porém, não é absoluta.

Ernane Fidélis, em seu “Manual de Direito Processual Civil”, Saraiva, 1985, vol. 1, nº 441, p. 289, ressalva:

“Se o intimado se recusar a apor sua nota de “ciência”, tanto o oficial de justiça quanto o escrivão deverão fazer constar o nome das testemunhas que assistiram ao ato. A exigência, porém, só se impõe, quando houver testemunhas do ato, não sendo o serventuário obrigado a convocá-las, porque sua palavra goza de fé pública”.

Por outro lado, segundo o magistério do admirável Amílcar de Castro, a intimação a que se refere o art. 669 tem, muitas vezes, a natureza de citação.

Esta Quarta Turma, no REsp 10.141-SC, de que relator o em. Ministro Athos Carneiro, com invocação de precedente do Supremo Tribunal Federal, teve oportunidade de salientar a desnecessidade da providência do art. 239, parágrafo, inciso III, em se tratando de citação.

A eg. Terceira Turma, por sua vez, enfrentando o tema específico, em caso similar, no REsp 9.444-CE, relatado pelo Sr. Ministro Dias Trindade, arrimando-se na fé pública do serventuário e na distinção dos processos de conhecimento e de execução, ementou (j. em 14.5.91):

“Civil processual. Processo de execução. Citação e intimação da penhora.

A certidão do Oficial de Justiça de que citou o devedor e o intimou da penhora em processo de execução, não cede a simples alegação de omissão de testemunhas da recusa do devedor em apor ciência”.

Tenho por acertada essa construção, sobretudo quando se sabe dos percalços do nosso processo executivo, no qual todos os expedientes são utilizados para o descumprimento da obrigação contida no título, como no caso de que se cuida, em que todas as evidências militam contra a impugnante.

Quanto ao dissídio, não demonstrou a recorrente a similitude dos paradigmas com o v. acórdão guerreado.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, fico de acordo, ressalvando, porém, que tenho, sobre o tema, certas preocupações, as quais, entretanto, não se inserem nos limites do caso sob exame.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.261-7 — PR — Relator: Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Rectes.: Jenny Vanin Pozzi e cônjuge. Advogado: Lutero de Paiva Pereira. Recdo.: UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S/A. Advogados: João Graciano Campos Lustosa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 23.06.92 — 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 21.288-5 — SP

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Etelvina Stein de Queiroz*

Recorrido: *Armando Horácio Tartari*

Advogados: *Drs. Benedita Vera de Castro e Silva e outros e Renê Gastão Eduardo Mazak e outro*

EMENTA: PROCESSUAL E CIVIL — AÇÃO DE COBRANÇA — AGRAVO DE INSTRUMENTO — SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE CONTA DE LIQUIDAÇÃO — TRÂNSITO EM JULGADO — ERRO MATERIAL — ADMISSIBILIDADE DE SUA CORREÇÃO A QUALQUER TEMPO — ART. 463, I, DO CPC.

I — A doutrina e a jurisprudência afirmam entendimento no sentido de, constatado erro de cálculo, admitir-se seja a sentença corrigida, de ofício ou a requerimento da parte, ainda que haja ela transitado em julgado. Inteligência do art. 463, I, do CPC.

II — Precedentes do STJ.

III — 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 lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Etelvina Stein de Queiroz, nos

autos da Ação Ordinária de Cobrança, cumulada com multa contratual por perdas e danos, que lhe move Armando Horácio Tartari, contra a r. decisão que não acolheu pedido, formulado pela ré, de correção de erro, contida na r. sentença homologatória de conta de liquidação.

Examinando o feito, a Sexta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, à unanimidade, negou-lhe provimento (fls. 45/47).

Opostos Embargos de Declaração (fls. 49/52), foram rejeitados (fls. 56/58).

Inconformada, ainda, interpôs a agravante Recurso Especial, fundado no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição, alegando violado o art. 463, I, do CPC, bem como dissídio jurisprudencial (fls. 60/72).

Oferecidas contra-razões (fls. 74/76), o nobre Presidente daquela Corte o admitiu por ambos os fundamentos (fls. 78/79).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Examinando o Recurso Especial por ambos os fundamentos do permissivo constitucional.

Consignou o Acórdão (fls. 47):

“Embora intimada da conta de liquidação a agravante não se manifestou, pelo que foi ela homologada, com o decorrente trânsito em julgado.

Decorridos quase oito meses e sem qualquer justificativa, apresentou a indigitada impugnação, manifestamente extemporânea e bem rejeitada.”

Daí a irresignação, aduzindo que o aresto laborou em flagrante equívoco ao negar o pedido de correção da “Conta de Liquidação”, sob o fundamento de que o requerimento foi formulado extemporaneamente.

Revelam os autos pelo contrato de locação celebrado entre as partes, datado em 19.4.83, estabeleceu-se (Cláusula 12^a) que à infringência a qualquer uma de suas cláusulas, aplicar-se-ia uma multa de Cr\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil cruzeiros), vale ressaltar, cruzeiros antigos, moeda vigente em 1983.

Contudo, tanto a Conta de Liquidação, quanto o r. despacho que a homologou, tomando como base para incidência da correção monetária, a data da citação, agosto de 1987, fixada pelo acórdão de fls. 16/17, na elaboração do cálculo, deixaram de converter o valor original (em cruza-

dos velhos) para a unidade monetária padrão vigente na referida data (cruzados), com a eliminação de três zeros, como determinava a lei, resultando em uma importância muito superior ao devido, o que implicaria, se não corrigido, em enriquecimento sem causa do credor-recorrido.

Como se vê, a hipótese não se constitui critério de cálculo, este insuscetível de corrigido extemporaneamente, mas, repita-se, trata-se de evidente e indiscutível erro de cálculo, eis que a conversão da moeda, ao se efetuarem os cálculos, se impunha, em face dos planos econômicos elaborados pelo Governo Federal.

Em verdade, negou-se no Acórdão recorrido qualquer exame sobre as alegações da agravante-recorrente fundadas na norma insculpida no art. 463, I, do CPC, a qual permite, expressamente, que a sentença seja corrigida, de ofício ou a requerimento da parte, ainda que haja ela transitado em julgado, nos casos de erros de cálculo. Sendo certo que o inconformismo da recorrente se houve em razão de erro aritmético; deflui que o aresto manifestando-se sobre tais alegações e entendendo não aplicável, ao caso, o mencionado dispositivo, negou provimento, sobre pontos a respeito dos quais deveria ter se manifestado.

A propósito, colha-se do magistério de Pontes:

“Trata-se de exceção ao princípio de que só a declaração de vontade, e não a vontade mesma, opera nos atos processuais. Pode ser feita a correção material, a qualquer tempo, ainda depois da coisa julgada (Rudolf Pollak, System, 529). Têm a mesma faculdade os juízes árbitros. Em caso de recurso, a retificação pode ser feita até o momento em que sobe o recurso. Do despacho que nega o requerimento de correção não se pode recorrer, salvo se ainda caberia agravo de instrumento.

O art. 463, I, fala de inexatidões materiais e de erros de cálculo. O juiz pode corrigi-los de ofício. Há, ainda (art. 463, II), a referência à oposição de embargos de declaração, razão para se cogitar, no art. 464, I e II, do que pode ser corrigido por meio de embargos de declaração: obscuridade, dúvida ou contradição, ao que as inexatidões materiais e os erros de cálculo podem dar ensejo, mas a obscuridade, a dúvida ou a contradição podem não resultar de inexatidão material ou de erro de cálculo (o conteúdo do art. 464, I, é mais amplo que o do art. 463, I); omissão de ponto sobre o qual a sentença devia referir-se, o que também não se adstringe ao art. 463, I.

A retificação pode ser ordenada ainda na instância superior, incluída a do recurso extraordinário.” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Tomo V, págs. 102/103)

Na mesma trilha desse entendimento Theodoro Júnior, quando diz:

“... que o erro de conta sobre o qual não se tenha discutido no processo de liquidação, não sofre os efeitos da coisa julgada e pode, por isso, ser alegado e corrigido a qualquer tempo. Diante da sentença homologatória, só os elementos do cálculo é que se submetem à *res judicata*, não os seus resultados errôneos, já que estes, no dizer de RIBAS, não entram, nem podiam entrar na intenção do juiz. Descoberto o equívoco, a qualquer tempo será sanável.” (Processo de Execução, LEUD, 14ª ed., pág. 183)

E a essa orientação se soma, dentre outros, Amílcar de Castro.

A matéria já foi objeto de debate na Turma, quando do julgamento do REsp nº 7.476-SP, relator Eminentíssimo Ministro Nilson Naves, onde se decidiu que, constatado erro material no cálculo, admite-se a sua retificação, sem que de tanto decorra ofensa à coisa julgada (DJ de 29.4.91).

E assim, também, entende a Quarta Turma deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp nº 671-MS, relatado pelo Eminentíssimo Ministro Athos Carneiro, consignando que “somente o erro de conta ou de cálculo, o erro aritmético, pode ser corrigido a qualquer tempo; já os elementos do cálculo, os critérios do cálculo, ficam cobertos pela autoridade da coisa julgada.” (RSTJ 7/349)

E a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não discrepa dessa orientação, confira-se: RTJ's 73/946, 88/333 e 89/599.

Dessa forma, o Acórdão não só negou a vigência do dispositivo apontado, como também deu-lhe interpretação divergente da que lhe dera a doutrina e jurisprudência firmadas nos Tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Conheço, pois, do recurso, e dou-lhe provimento para, reformando a decisão recorrida, determinar a correção do erro de cálculo ocorrido na Conta de Liquidação impugnada, como de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.288-5 — SP — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Etelvina Stein de Queiroz. Advs.: Benedita Vera de Castro e Silva e outros. Recdo.: Armando Horácio Tartari. Advs.: Renê Gastão Eduardo Mazak e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 16.06.92 — 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 21.674-0 — SP

(Registro nº 92.0010179-8)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Município de São Paulo*

Recorrida: *Companhia Comercial Agrícola e Industrial Grama*

Advogados: *Drs. Cláudia Longo e outros, e Regina de Lourdes Miranda de Souza e outros*

EMENTA: PROCESSUAL — HONORÁRIO DE PERITO — DEPÓSITO PRÉVIO.

O estabelecido no Código de Processo Civil, art. 27, é que as despesas dos atos processuais efetivados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública serão pagas a final pelo vencido, portanto, não está, a Fazenda Pública, sujeita a adiantamento.

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 Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira, em dar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Cesar Rocha.

Custas, como de lei.

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

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Municipalidade de São Paulo contra despacho que determinou que se efetuasse, em 15 dias, o depósito de quantia, para satisfazer os honorários provisórios do perito judicial.

Mantida a decisão agravada (fls. 14 v./16). O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao agravo ao considerar que não cabe ao perito fazer adiantamento do custeio dos atos processuais que lhe competem, financiando-os em prol da Fazenda Pública (fls. 21/22).

Opostos embargos de declaração, foram os mesmos rejeitados (fls. 28/29).

Inconformada, a Municipalidade do Estado de São Paulo interpôs recurso especial, apoiado no art. 105, III, alínea *a*, da CF.

Sustenta, em síntese, que o v. acórdão recorrido violou os arts. 27, 62 e 63 da Lei 4.320/64, visto que os atos processuais efetuados a requerimento da Fazenda Pública somente podem ser liquidados após a efetivação do serviço, sendo vedada qualquer forma de antecipação de despesa (fls. 31/35).

Admitido o recurso (fls. 38/40), subiram os autos a este E. Tribunal. É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Resume-se a questão em se saber se a Municipalidade de São Paulo está ou não sujeita a depósito prévio para adiantamento de honorários de perito.

Estabelece o artigo 27 do CPC que:

“As despesas dos atos processuais, efetivadas a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido.”

Por este dispositivo legal está claro que, mesmo quando a perícia é requerida pela Fazenda Pública, esta não está sujeita a adiantamento dos honorários do perito. Pela própria Súmula 99 do extinto TFR:

“A Fazenda Pública, nas execuções fiscais, não está sujeita a prévio depósito para custear despesas do avaliador.”

No mesmo sentido são os seguintes precedentes da referida Corte: Ag nº 59.423-SP, DJ de 20/02/89, Relator Eminentíssimo Ministro José Dantas, Ag nº 56.710-RJ, Relator Eminentíssimo Ministro Edson Vidigal, DJ de 21/11/89, Ag nº 56.593-RJ, Relator Eminentíssimo Ministro William Patterson, DJ de 05/9/88, Ag nº 53.901-SP, DJ de 29/10/87, Relator Eminentíssimo Ministro Dias Trindade, Ag nº 42.466-SP, Relator Eminentíssimo Ministro

Romildo de Souza, DJ de 16/12/82, e Ag nº 41.803-SP, DJ de 19/6/81, Relator Eminentíssimo Ministro Carlos Velloso.

Embora reconheça que o julgador monocrático muitas vezes encontra sérias dificuldades para encontrar um perito que se disponha a realizar a perícia, e só receber seus honorários, a final, do vencido, diante do disposto no citado artigo 27 do CPC e da jurisprudência uniforme do extinto TFR, não vejo como se possa aceitar a assertiva de violação ao citado dispositivo processual.

Conheço do recurso pela divergência e dou-lhe provimento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhor Presidente, ressaltando o ponto de vista aqui afirmado e reafirmado de que não cabe recurso especial em decisões tiradas em agravo de instrumento, quanto ao mérito, acompanho V. Exa.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.674-0 — SP — (92.0010179-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Município de São Paulo. Advogados: Cláudia Longo e outros. Recdo.: Companhia Comercial Agrícola e Industrial Grama. Advogada: Regina de Lourdes Miranda de Souza.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira. Aguarda o Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha (em 10.06.92 — 1ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO MILTON PEREIRA: À época do voto proferido pelo eminente Ministro Relator, sentindo a necessidade de fazer reflexões sobre o tema, pedi vista. Sucederam-se recursos semelhantes, nos quais elaborei votos como relator ou decorrentes de vista solicitada, ficando o meu convencimento.

Nesse toar, pois, reafirmando os fundamentos que aduzi no REsp 22.614-8-SP (cópia anexada), pedindo vênias ao Senhor Ministro Relator,

acompanhando o voto divergente do Senhor Ministro Gomes de Barros, voto negando provimento.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL Nº 22.614-8 — SP
(Registro nº 92.12026-1)

VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO MILTON PEREIRA: movido pela necessidade de fazer novas reflexões sobre o tema, pedi vista e, bem contemplada a questão sob exame — saber se a Fazenda Pública, no caso, o IAPAS está ou não sujeito a depósito prévio para adiantamento de honorários de perito — a uma, do ilustrativo voto proferido pelo eminente Relator, Ministro Garcia Vieira, estruturado com base no art. 27, CPC, mencionando precedentes e a Súmula 99 — TFR, colhe-se:

“... mesmo quando a perícia é requerida pela Fazenda Pública, esta não está sujeita a adiantamento dos honorários do perito”.

A duas, no seu voto-vista o nobre Ministro Gomes de Barros anotou que o art. 27, CPC,

“... não outorgava isenção. Cuidava, somente, da oportunidade em que seriam efetuados os pagamentos das “despesas dos atos”.

Observe-se que o texto refere-se “às despesas dos atos”, não das despesas necessárias às execuções dos atos.

Vale dizer: se a remoção de determinado objeto se faz necessária, para efetivação de penhora ou arresto, o pagamento das despesas com o transporte haverá de ser efetuado pela Fazenda Pública.

É que, na hipótese, ato processual é a penhora ou o arresto. O transporte é providência complementar, é simples manifestação de eficácia do ato processual.

Atenta para esta sutileza do legislador, a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, conduzida pelo E. Ministro José Cândido, proclamou:

“Se a autarquia requer perícia e o perito oficial pleiteia adiantamento para despesas necessárias, deve a reque-

rente prover tais despesas” (Ag 50.254 — *apud* Theotônio Negrão — Código de Processo Civil — Ed. RT — 21ª edição — pág. 75).

O artigo 39 da Lei de Execuções Fiscais, que afastou a incidência do Código de Processo Civil sobre estes procedimentos especiais, restringiu o alcance da isenção, resumindo-o a “custas e emolumentos”.

O voto condutor do Acórdão recorrido tece, a propósito, feliz dissertação. Peço vênia para repeti-las:

“O art. 39 da Lei nº 6.830, de 22/09/80, ao estabelecer que a Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos, não alcança as despesas necessárias à condução do Oficial de Justiça.

As custas e emolumentos têm nítida natureza tributária, assim definida no art. 2º da Lei 6.032/74 e, como tal devem estar previstas em lei e tabela anexa regularmente aprovada.

Despesas outras exigem o processo de execução, além daquelas previamente estabelecidas como taxa, tais como condução, publicação de editais, retirada de cópias xerox, etc., que não estão abrangidas no conceito específico de custas, portanto, inaplicável a Súmula nº 154 do extinto TFR.

A interpretação do art. 27 do CPC deve manter harmonia com o art. 39 da Lei 6.830/80, de tal sorte que não se transfira ao servidor público, que é o Oficial de Justiça, o ônus de suportar despesas que não são suas, com diminuição de seus vencimentos, de nítida conotação alimentar, e para que não se constitua em desestímulo ao trabalho eficiente diretamente proporcional à redução de seus ganhos pessoais.

Bem por isso é que o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 6.032, de 30.04.74, estabelece:

“Excluem-se da norma fixada neste artigo os incidentes expressamente previstos nas outras tabelas e as despesas com diligências fora de cartório, perícias e avaliações, a publicação de editais na imprensa, a expedição de cartas de ordem e de sentença, arrematação, adjudicação ou remição, precatórias e rogatórias, e a formação de traslados e certidões em geral”.

As despesas de condução de oficial de justiça, especificamente prestadas fora da secretaria não estão abarcadas pela expressão “custas e emolumentos”, constantes do art. 39 da Lei 6.830/80 e 27 do Código de Processo Civil, sujeitando-se ao seu prévio recolhimento” (fls. 20/21)”.

Para convencimento, parece-me, mais não é preciso. Contudo, com o fim de folgar a compreensão, por lembrança cogente, frise-se que se trata de execução fiscal (Lei 6.830/80) e, da análise dos seus dispositivos, de nenhum deles se extrai que o Oficial de Justiça (serventuário do Estado) ou o *expert* deve financiar as suas atividades profissionais, o primeiro agindo por dever de ofício e o outro, por convocação judicial, sacrificando a sua paga pelo desempenho laboral, para servir o Estado, seja como “patrão”, quer por decorrência de mandato extracontratual. Inexistindo obrigação legal, improcede impor-se como prestação do serviço, na expectativa, *ad futurum*, do pagamento. Daí as preciosas observações feitas, como relator, pelo Senhor Ministro Moreira Alves, no RE nº 108.845-1 — SP — *in DJU* de 25.11.88, *verbis*:

“... Se o privilégio da Fazenda for entendido na extensão por ela pretendida, **deve o Estado consignar, no orçamento, verba própria para essas despesas**, no que diz respeito aos cartórios oficializados, uma vez que, quanto aos não oficializados, essas despesas sairão dos emolumentos a estes devidos, e que são receita pública, como fixado pela jurisprudência desta Corte. Recurso Extraordinário não conhecido” (*apud* Jurisprudência sobre o Código de Processo Civil e Leis Processuais Extravagantes — GIL TROTTA TELLES — Ed. Juruá — 3ª ed. — p. 36 — grifei).

Noutra senda, discernindo pelo bom senso, como o direito não pode ficar desajustado às realidades, aparatoso que não se pode coagir o Oficial de Justiça ou o perito a arcar com as despesas emergentes da execução de atos judiciais ou dos trabalhos técnicos e nem sujeitá-lo, compulsoriamente, como profissional, a aguardar pacientemente o pagamento somente a final. No resguardo do seu próprio interesse e para evitar ofensa à celeridade processual, com recursos orçamentários apropriados, pela Fazenda Pública, cabe adiantamento de todo o pagamento, ou pelo menos de parte, correspondente aos serviços desempenhados.

É que, se imprescindível a prova pericial, a tempo e modo, não realizada, ensejaria a extinção do processo ou o seu prosseguimento sem prova (arts. 267, III; 125, II, 183, 340, III, CPC).

Quanto ao Oficial de Justiça — que recebe vencimentos do próprio Estado — mais dissonante à lógica, será impor que suporte as despesas

necessárias à execução dos atos judiciais (REsp 22.634-SP — Rel. Min. José de Jesus — *in* DJU de 28.9.92; REsp 22.695-SP — Rel. Min. Pádua Ribeiro —; REsp 22.619 — Rel. Min. Hélio Mosimann —; REsp 23.340 — Rel. Min. Américo Luz).

Na combinação dessas razões, com o penhor do meu respeito, dissentindo do eminente Relator, convencido de que os arts. 27, CPC, e 39, Lei nº 6.830/80, devem ser entendidos à margem de interpretação literal, voto negando provimento.

É o meu voto-vista”.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.674-0 — SP — (92.0010179-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Município de São Paulo. Advogados: Cláudia Longo e outros. Recda.: Companhia Comercial Agrícola e Industrial Grama. Advogada: Regina de Lourdes Miranda de Souza.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira, deu provimento ao recurso (em 21.10.92 — 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 21.680-5 — SP

(Registro nº 92.0010196-8)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Companhia Brasileira de Estireno*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Maria Cecília da Silva Zorba e outros, Renato Machado de Assis Forelli Nicolau e outro*

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA DE TRIBUTO ANTES DE SEU VENCIMENTO. POSSIBILIDADE.

Este Tribunal tem firmado o escólio de que, como é cediço, a correção monetária visa unicamente a

manter no tempo o valor real da moeda, mediante a alteração de sua expressão nominal. Decorre do simples decurso temporal, sob regime inflacionário, sem que tenha havido o pagamento da obrigação. Nada acresce ao valor, nem se constitui em sanção punitiva.

É possível, em matéria tributária, a exigibilidade da correção monetária antes do vencimento da obrigação principal, se medeou lapso temporal entre o fato gerador e o pagamento, por não originar-se ela necessariamente da *mora solvendi*.

Recurso improvido, por unanimidade.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Ministros Gomes de Barros, Milton Pereira, Cesar Rocha e Garcia Vieira.

Custas, como de lei.

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

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Trata-se de recurso especial em que se discute a licitude da correção monetária do imposto sobre circulação de mercadorias (ICM) no Estado de São Paulo, mesmo antes de seu vencimento, com base na chamada unidade fiscal daquele Estado (UFESP) e nos termos da Lei Estadual nº 6.374, de 1º de março de 1989, e Decreto nº 30.356, de 31 de agosto do mesmo ano.

Tempestivo o recurso, trago-o a julgamento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Afastado o debate sobre a constitucionalidade do Decreto Estadual nº 30.356/89 e do Convênio CONFAZ nº 92/89, resta a análise da possível afronta à Lei Federal nº 7.799/89, artigos 1º e 61, e ao Decreto-lei nº 406/68, artigo 3º, § 1º (princípio da não-cumulatividade do ICMS), bem como ao Código Tributário Nacional.

Conheço dessas irrogações *ad argumentandum tantum*.

A recorrente alega que houve maltrato ao princípio citado pelos créditos do ICMS, lançados pelo contribuinte de direito, no livro de conta-corrente do imposto, para apuração periódica de seu eventual saldo devedor, não serem objeto de correção nas mesmas bases, o que acarretaria, *ipso facto*, um acréscimo ilegal no valor da exação.

Sustenta-se igualmente que a legislação estadual determinou o reajuste monetário pela variação do Bônus do Tesouro Nacional-Fiscal (BTNF), que seria aplicável apenas aos créditos da União.

Quanto ao primeiro argumento, merecem transcritas as lúcidas ponderações do Desembargador Paulo Shintate, do Tribunal paulista, proferidas noutro processo:

“Não procede, porém, a alegação de que a correção monetária de tributo na forma preconizada no artigo 109 da Lei nº 6.374/89 a partir do décimo dia seguinte ao da apuração do ICMS, da constatação do seu débito ou na fixação do valor do tributo devido viole o princípio da não-cumulatividade.”

“É que nesse momento da apuração, constatação ou fixação do valor do tributo devido ele é calculado tendo em vista a ocorrência do fato gerador, sua base de cálculo e alíquota vigente, em moeda corrente. Esse valor do tributo que é repassado e é aproveitado na compensação na subsequente operação tributada. Se o tributo é pago posteriormente e a moeda se desvaloriza e o pagamento é feito mediante compensação da desvalorização (que não importa em majoração tributária) o contribuinte está pagando o mesmo tributo, do mesmo valor, atualizado tão-somente, sem qualquer acréscimo moratório ou multa, se o pagamento está sendo feito dentro do prazo regulamentar.”

“Correção monetária nada acresce, mas apenas atualiza, pelo que o pagamento do tributo com o seu valor atualizado após a fixação do valor do débito, não significa que esteja havendo aumento de tributo, nem que o repasse esteja sendo feito a menor, com violação do princípio da não-cumulatividade. O

repassse foi feito em época oportuna pelo seu valor ao tempo do repasse.”

“Aliás, o IPTU do Município de São Paulo, quando pago em parcelas, já é pago mediante correção monetária dentro do prazo regulamentar. Do contrário, estaria havendo injustiça contra o erário que receberia o tributo com moeda defasada no tempo em decorrência da inflação.”

“Não havendo inflação não haveria atualização monetária, quer decorridos os nove dias, quer decorrido o prazo regulamentar.”

“E, se o contribuinte tem o direito correspondente ao tributo fixado, à sua disposição e o aplica, para utilizá-lo somente no vencimento do prazo regulamentar, terá recuperado o valor da atualização monetária do tributo, eventualmente até com algum rendimento e nem por isso estará obrigado a repassar o rendimento ao erário.”

Sobre a matéria, este Tribunal vem reiteradamente entendendo — como não poderia deixar de ser — que a correção monetária não constitui, em absoluto, um *plus* que se soma ao valor, senão que é mecanismo tendente à manutenção do valor real, mediante a atualização de sua expressão nominal. Não há motivo, em princípio, para que tal sistemática não seja aplicada ao regime tributário, sobretudo se se levar em conta o interesse público relevante de que a arrecadação sofra o menos possível o desgaste da moeda. Na realidade brasileira, a correção monetária é instrumento imprescindível em praticamente todas as transações que envolvam pecúnia.

De resto, não há impedimento a que o tributo seja reajustado, após certo prazo, mesmo antes de seu vencimento, sem mácula jurídica, em vista do processo inflacionário. Exemplo é o que se dá com o imposto de renda, atualmente convertido em número de unidades fiscais de referência e pago com correção, mesmo se antes do vencimento.

No que concerne à imprestabilidade do BTN fiscal para corrigir dívidas ativas do Estado-membro, procederia, de princípio, a irrogação. A lei estadual, no entanto, criou indexador próprio — a Unidade Fiscal do Estado de São Paulo (UFESP) —, que apenas lançou mão da sistemática de cálculo do aludido BTNF, donde inexistir vício, nesse aspecto.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.680-5 — SP — (92.0010196-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Cia. Brasileira de Estireno. Advs.: Maria Cecília da Silva Zorba e outros. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Renato Machado de Assis Forelli Nicolau e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 17.06.92 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



RECURSO ESPECIAL Nº 22.486-3 — GO

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Advogados: *Drs. Jurandir Fernandes de Sousa e outros*

Recorrido: *Carlos Henrique Mendonça*

Advogado: *Dr. Wagner Baptista da Costa*

EMENTA: *Processo Civil. Execução de cédula de crédito rural. DL 167/67, art. 41, § 1º. Venda antecipada de bens. Embargos. Efeito suspensivo. Interpretação sistemática. Recurso desacolhido.*

I — Oferecidos embargos pelo devedor, o efeito suspensivo destes tem o condão de impedir a venda antecipada dos bens penhorados, prevista no art. 41, § 1º, do DL 167/67, salvo se presentes circunstâncias ensejadoras de providências cautelares urgentes (CPC, art. 793), a exemplo das contempladas no art. 1.113, CPC.

II — No confronto da execução regida por lei especial com o modelo disciplinado posteriormente em legislação codificada, impõe-se exegese sistemática, afastando daquela o que conflita e não se harmoniza com as normas do código.

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 Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza e Fontes de Alencar. Ausente, por motivo justificado, o Ministro Athos Carneiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de junho de 1992 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Apreciando agravo manifestado contra decisão que indeferira o processamento de recurso especial, assim me pronunciei:

“Em execução de cédula rural pignoratícia e hipotecária, o MM. Juiz acolheu postulação do banco exequente, determinando a venda antecipada dos bens dados em garantia, a teor do disposto no § 1º do art. 41 do Decreto-lei nº 167/67.

O executado interpôs agravo, acenando com o fato de haver ajuizado ação de consignação e pagamento conexa à execução.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, mencionando a circunstância de ter havido oferecimento de embargos à execução, deu provimento ao agravo em decisão assim ementada:

“Execução especial. Venda de bem imóvel dado em garantia. Embargos de devedor suspensivos da execução. Impossibilidade de alienação antecipada. Agravo provido”.

Inconformado, o Banco do Brasil interpôs recurso especial, com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, alegando violação expressa do § 1º do art. 41 do Decreto-lei nº 167/67.

Negado seguimento ao apelo na origem, o recorrente manifestou o agravo em tela.

A questão posta em julgamento envolve determinar se embargos à execução de cédula rural pignoratícia e hipotecária têm o condão de impedir a venda antecipada prevista no § 1º do

art. 41 do Decreto-lei nº 167/67. Em outras palavras, se, em casos tais, os embargos de devedor possuem efeito suspensivo.

A questão exige maior reflexão, mostrando-se aconselhável pronunciamento colegiado sobre a matéria.

Dou provimento ao agravo para melhor exame, determinando seja autuado como recurso especial, com inclusão em pauta, a teor do disposto no § 3º do art. 28 da Lei 8.038/90”.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Conforme se constata, pretende o Banco do Brasil S.A., recorrente, seja reconhecida a plena vigência do § 1º do art. 41 do Decreto-lei 167/67, que assim dispõe:

“Art. 41. Cabe ação executiva para a cobrança da cédula de crédito rural.

§ 1º Penhorados os bens constitutivos da garantia real, assistirá ao credor o direito de promover, a qualquer tempo, contestada ou não a ação, a venda daqueles bens, observado o disposto nos arts: 704 e 705 do Código de Processo Civil, podendo ainda levantar desde logo, mediante caução idônea, o produto líquido da venda, à conta e no limite de seu crédito, prosseguindo-se na ação”.

Em sua impugnação recursal o banco exequente bate-se pela possibilidade de realização da venda antecipada ainda que tenham sido ajuizados embargos do devedor. Cita, em apoio à sua tese, doutrina de Sady Dornelles Pires, Moacir Amaral Santos, Arruda Alvim e Humberto Theodoro Júnior.

Desses estudos doutrinários merecem análise mais detida, porque relacionados especificamente com a hipótese dos autos, os realizados pelos dois últimos.

Arruda Alvim, *in* RT 461/48, defendendo a possibilidade da venda antecipada, ainda que ajuizados embargos à execução, argumenta:

“Ora, deduzido tal fundamento (de ser inexigível o título — art. 741, II) pelo devedor por título extrajudicial, o qual será uma imprescindível constante nas defesas a tais tipos de embargos, haverá que se suspender o curso da execução, para os queensem possam ter, os embargos do art. 745, efeito suspensivo.

Entretanto, a circunstância de haver uma lei geral, como é o caso do Código de 1973 — tal como era, aliás, a mesma hipótese do Código de 1939 — não elimina a vigência, simultânea à da lei geral, de dispositivos especiais, e, um desses casos, é o do art. 41, § 1º, do Decreto-lei nº 167, de 1967.

Assim, sendo compatíveis a norma geral (Código de 1973) e a especial (Decreto-lei nº 167), ambas hão de sobreviver, aplicando-se a especial, desde que ocorrentes os pressupostos respectivos, nos casos restritos e especiais de sua abrangência, e a geral, nos casos gerais”.

Em seguida, fazendo digressão histórica a respeito da evolução legislativa concernente aos títulos de crédito rural, observa que todos os diplomas legais que, antes do DL 167/67, disciplinavam a matéria facultavam a providência referida.

Colho, por outro lado, da própria peça recursal, citação de Humberto Theodoro Júnior, extraída de sua obra “Processo de Execução”, Leud, 7ª ed., p. 133/134, do seguinte teor:

“...Deve-se considerar em vigor as normas processuais de caráter especial do Decreto-lei nº 167, **naquilo que não conflitar com o regime do novo Código**. Subsiste, por isso, o direito do credor de promover a venda dos bens constitutivos da garantia cedular, a qualquer tempo depois da penhora, sem necessidade de audiência do devedor sobre esta pretensão”.

Ganha relevo, ante a instituição, pelo Código de 1973, de nova sistemática concernente ao processo de execução, a ressalva “naquilo que não conflitar com o regime do novo Código”.

Nessa linha de raciocínio, é de se ponderar que os embargos à execução, como ação cognitiva autônoma colocada à disposição do executado, uma vez propostos, possuem efeito suspensivo e, em assim sendo, têm o condão de impedir a venda antecipada prevista no DL 167/67.

Quanto ao efeito suspensivo, em se tratando de embargos à execução de título extrajudicial, doutrina e jurisprudência majoritárias o tem, em regra, reconhecido (Theotônio Negrão, “Código de Processo Civil”, Malheiros Editores, 22ª edição, nota 3 ao art. 745 e nota 9 ao art. 736).

O próprio Theodoro Júnior, procurando justificar o efeito suspensivo dos embargos também na execução de título extrajudicial, pondera:

“Quanto à execução do título extrajudicial, não há norma expressa, mas a mesma eficácia se impõe por razão de um princípio lógico-jurídico, cuja atuação se dá mesmo na ausência de norma legal direta.

É que, na essência da atividade jurisdicional, a cognição precede necessária e logicamente à execução. Assim, “o processo de cognição de impugnação do título é prejudicial à execução forçada, posto que se a impugnação vem a ser acolhida e o título fica sem efeito, a execução não se pode realizar”.

A autonomia da ação de execução diante da ação de cognição, é apenas formal e relativa, pois jamais poderá excluir o nexó lógico entre o título executivo e as questões tratadas na ação de conhecimento, nem a imprescindível ordem técnico-jurídica dos dois juízes.

Merece, pois, inteira acolhida a lição de Carlos Furno, segundo a qual impõe-se reconhecer que (sob a orientação da distribuição da matéria no sistema de nossa lei) “o momento da cognição é geralmente prejudicial ao momento da execução forçada”.

Dentro dessa ordem de idéias, a suspensão da execução decorre, em nosso Código, da regra geral que manda suspender o processo sempre que o provimento jurisdicional de mérito “depende do julgamento de outra causa” (causa prejudicial) (art. 265, IV, *a*).

Ao contrário, a não suspensão da execução diante da propositura da ação prejudicial de embargos é que dependeria sempre de texto expresso, para abrir exceção à regra geral que decorre da prejudicialidade” (“Curso de Direito Processual Civil”, vol. II, Forense, 1989, nº 908, p. 1.015/1.016).

Na mesma direção, Paulo Furtado acrescenta:

“Quanto aos embargos à execução fundada em título extrajudicial, sustenta-se que sempre têm efeito suspensivo. Sérgio Sahione Fadel leciona que o efeito suspensivo dos embargos deve ser inferido do confronto entre o art. 745 e o art. 741, e ainda com o art. 520, V, que se reporta ao efeito meramente devolutivo da apelação cabível da sentença que julgar os embargos opostos à execução, “dando a entender, por interpretação, *a contrario sensu*, que, até a sentença o processo executório, no que tange à prática dos atos tendentes à expropriação dos bens penhorados, estava suspenso”. Assim sendo, temos que os embargos oferecidos pelo devedor, na execução de título extrajudicial, sempre suspendem o processo (até seu desate, no grau originário), e os apresentados na execução de título judicial suspenderão quando incidir qualquer das hipóteses do art. 741, bastando que o devedor “alegue”. (“Execução”, Saraiva, 2ª edição, 1991, nº 263, p. 380).

No caso dos autos, embora, segundo alega o recorrente, o juiz de primeiro grau tenha recebido os embargos só no efeito devolutivo, a suspensividade foi expressamente declarada pelo acórdão recorrido, *verbis*:

“Esses embargos têm, necessariamente, o efeito de suspender a execução, nos quais, aliás, permite-se ampla defesa” (fls. 58/59).

Superada essa questão, resta analisar se tal suspensividade se aplica às execuções das cédulas de crédito rural que receberam disciplina pelo DL 167/67.

No particular, tenho por incensuráveis as considerações expendidas pelo mesmo Humberto Theodoro Jr. em parecer que serviu de base ao julgamento do Agravo de Instrumento nº 5.289 — Belo Horizonte, oportunidade em que a eg. Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em acórdão relatado pela em. Juíza Branca Rennó, ementou:

“Execução. Cédula rural hipotecária. Embargos. Penhora antecipada.

— Na execução de cédula rural hipotecária, à qual opostos embargos, não caberá a venda antecipada dos bens penhorados, com exceção das hipóteses previstas no art. 1.113 do C. Pr. Civil, não incidindo, no caso, portanto, o § 1º do art. 41 do DL 167/1967” (RF 306/196).

Transcrito no julgado, o parecer está lançado nestes termos:

“No caso *sub cogitatione*, o problema exegeticó não se resume, portanto, apenas em saber se o C. Pr. Civ. revogou ou não a faculdade de venda antecipada instituída pelo art. 41, § 1º, do DL 167/67. O que é realmente decisivo é determinar, no caso afirmativo, como se deverá operar a compatibilidade do favor excepcional com o regime executivo do novo Código.

Não se pode abstrair da realidade que, ao criar a faculdade em tela, o legislador de 1967 estava diante de um procedimento executivo anacrônico e submetido a regras totalmente diversas daquelas que vieram a ser implantadas na unificação da execução forçada a que procedeu o codificador de 1973.

Deve-se ter presente que, ao tempo do DL nº 167, a cobrança dos títulos extrajudiciais reclamava um procedimento complicado, que envolvia verdadeiro processo de conhecimento e que só atingia suas conseqüências realmente executivas após sentença de mérito. Na verdade, inexistia, no regime do C. Pr. Civ., uma execução de título extrajudicial. Daí a preocupação

de agilizar a cobrança dos credores por cédula rural, conferindo-lhes a faculdade de antecipar a venda da garantia real à sentença da ação executiva.

Agora, porém, a execução das cédulas rurais se faz com a mesma celeridade e desenvoltura da execução de sentença. O procedimento é puramente executivo, sem fase necessária de cognição e, por isso mesmo, sem subordinação a julgamento do direito do credor. O título extrajudicial foi inteiramente equiparado à sentença, para fins executivos.

Ora, a transmutação do regime da cobrança dos títulos extrajudiciais não pode, evidentemente, ser feita sem a adaptação daquelas faculdades que antes se justificavam pela natureza diversa da ação, em cujo curso deveriam ser exercitadas.

Se hoje não há sentença na execução, e se a oposição do devedor reclama o ajuizamento de outra ação (a de embargos), é preciso adaptar a faculdade de venda dos bens penhorados aos efeitos da nova figura da ação incidental dos embargos à execução. Não houve simples mudança terminológica entre a contestação da ação executiva e os embargos à execução. A alteração foi profunda e atingiu a substância mesma da atividade processual.

Se inexistia a ação de embargos, não se pode sequer pensar em que efeitos tal medida poderia acarretar à faculdade de venda dos bens penhorados ao tempo em que vigorava a velha ação executiva do Código de 1939. Àquele tempo, o procedimento era único e envolvia, sem solução de continuidade, atos ora de natureza executiva (penhora, por exemplo), ora de natureza cognitiva (como a contestação, a instrução e a sentença). Nenhuma contradição havia, portanto, em que se fizesse ato de alienação (executivo) antes da sentença, porque o processo era um só e não sofria paralisação ou suspensão para solucionar ou acertar a controvérsia entre os litigantes.

No sistema da execução forçada do Código de 1973, dois são os processos que a cobrança do título executivo eventualmente provoca: um de execução (principal) e outro (eventual) de cognição (os embargos).

Ocorrido o incidente da ação eventual de embargos do devedor, o processo de execução tem de ser suspenso, para só retomar curso depois de julgado por sentença o feito instaurado à parte pelo devedor.

Nesse novo regime, a lei é expressa, em determinar não só a suspensão da execução (C. Pr. Civ., arts. 741 e 791, nº 1), por força dos embargos do devedor, como ainda, em determinar a proibição de qualquer ato no processo suspenso, salvo apenas “providências cautelares urgentes” (art. 793).

Assim, a conclusão que se impõe é a de que a faculdade de venda antecipada dos bens penhorados, na execução de cédula rural, não desapareceu, mas deve se submeter à contingência do novo sistema executivo. Se a execução achar-se em andamento, porque o devedor não o embargou ou porque seus embargos foram rejeitados, a qualquer tempo poderá o exeqüente provocar a medida prevista no art. 41, § 1º, do DL nº 167. Mas, se a execução estiver suspensa por efeito da ação de embargos impossível será tal medida, porque o art. 793, do C. Pr. Civ. veda a prática de qualquer ato executivo na duração da suspensão do processo.

Configurado esse quadro de suspensão da execução, a venda antecipada só teria cabimento se, concretamente, surgisse o risco de deterioração ou de gastos excessivos na custódia dos bens, porque aí a situação se enquadraria na previsão de “providências cautelares urgentes”, a que alude a ressalva do art. 793” (“Revista de Crítica Judiciária”, Uberaba, MG, vol. 1/103).

Assim, em interpretação sistemática, vê-se que, embora não estando revogado o art. 41 do DL 167/67, ajuizados embargos do devedor, fica suspensa a possibilidade da venda antecipada, salvo se presentes circunstâncias ensejadoras de providências cautelares urgentes (art. 793, CPC), como, por exemplo, as previstas no art. 1.113 do diploma processual. Este, contudo, não é o caso dos autos, em que se pretende a venda antecipada de imóvel, não de colheitas, animais ou utensílios agrícolas passíveis de desgaste, depreciação e depósito dispendioso.

Em face do exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, ao d. voto que acabamos de ouvir acrescento que, efetivamente, não se justificaria outra interpretação, senão aquela que busca a conciliação das disposições legais sobre o processo de execução, de modo a prevalecer o princípio geral, introduzido, subsequente ao citado decreto-lei, pelo Código de Processo Civil em vigor, o qual não abre exceção, a saber: o princípio do art. 793, segundo o qual a oposição de embargos

determina a suspensão dos atos de execução. Se não fosse este o entendimento, haveria manifesta contradição entre os preceitos legais, porquanto a finalidade dos embargos à execução consiste precisamente em obstar à continuidade desta. Se esses embargos tal efeito não produzirem, tornar-se-ão, em grande medida, absolutamente inócuos.

Subscrevo em tudo o mais as considerações constantes do voto do eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 22.486-3 — GO — Relator: Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Jurandir Fernandes de Sousa e outros. Recdo.: Carlos Henrique Mendonça. Adv.: Wagner Baptista da Costa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 02.06.92 — 4ª Turma).

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

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.



RECURSO ESPECIAL Nº 23.756-0 — DF

(Registro nº 92.0015310-0)

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

Recorrente: *União Federal*

Recorrida: *Maria Angélica Barbosa*

Advogados: *Drs. João Batista Cerutti Pinto e outros*

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A atual Carta Magna proíbe toda e qualquer discriminação, em razão da idade, para o ingresso do servidor em cargo público da administração direta, autárquica ou fundacional. Por isso, o artigo 3º, da Lei nº 6.334/76, não foi recepcionado pela CF/88, o que implica em sua revogação.

**Precedentes desta Corte.
Recurso desprovido.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Hélio Mosimann, 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 Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Pádua Ribeiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de agosto de 1992 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A UNIÃO FEDERAL, com apoio no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, interpôs Recurso Especial ao v. acórdão, proferido pela 1ª Turma do TRF da 1ª Região, que restou assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. EDITAL. CONCURSO DE AUDITOR FISCAL DO TESOIRO NACIONAL.

Não há que prevalecer, por ofensiva a ditames constitucionais vigentes, a limitação da idade em trinta e cinco anos, para candidato ao Concurso de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional.

Sentença concessiva de segurança confirmada.

Remessa desprovida.”

Alega o Recorrente que a decisão atacada violou a Súmula nº 14, do STF, e o art. 3º, da Lei nº 6.334/76, além de divergir de julgado deste STJ.

O Recurso não foi contra-arrazoado, tendo sido admitido (fls. 86) e encaminhado a esta Corte.

Dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A atual Carta Magna proíbe toda e qualquer discriminação, em razão da idade, para o ingresso do servidor em cargo público da administração direta, autárquica ou fundacional. Por isso, o artigo 3º, da Lei nº 6.334/76, não foi recepcionado pela CF/88, o que implica em sua revogação.

Precedentes desta Corte.

Recurso desprovido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): São os seguintes os artigos da Constituição Federal de 1988, necessários à elucidação da questão posta nos autos:

ART. 7º — “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social;

XXX — proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.”

ART. 37 — “A administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I — Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.”

ART. 39 — “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 2º — Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII, e XXX.”

O disposto no inciso XXX do art. 7º proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão, por motivo de idade, sexo, cor ou estado civil. Entendo que os Direitos Sociais, integrando os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição, devem ser analisados, dado o seu alcance, com o significado de sua concepção política. Nesse particular, veio reparar uma grave injustiça social, reclamada de há muito pela sociedade brasileira.

Qualquer requisito em lei, que venha contrariar ou estabelecer limitações a esse direito, por certo há de ser considerado inconstitucional, sob pena de invalidar o dispositivo, que deverá ser preservado, tendo em conta, também, o caráter liberal do texto constitucional. Por isso, o art. 3º da Lei nº 6.334/76 não foi recepcionado pela atual Carta Magna, o que implica em sua revogação.

Em abono deste entendimento, cito trecho do parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, no RMS nº 289, relator para acórdão o Sr. Ministro Américo Luz:

“O acórdão impugnado, segundo ressei do voto vencedor (fls. 64/69), partindo da consideração de que o reconhecimento jurídico da igualdade entre os homens “não afasta, porém, a necessidade da aceitação do fato, também irrecusável, da desigualdade entre as pessoas” (fls. 63), decorrente até de causas objetivas e cientificamente constatáveis (fls. 66), concluiu que “a regra inscrita no art. 7º, inc. XXX, que proíbe a diferenciação no critério de admissão em razão da idade, não veda a estipulação legal de requisitos: (1) recomendados pela ciência, como a incapacidade reconhecida aos menores de 16 anos; (2) ou indispensáveis ao exercício de certas funções, como a previsão de idade máxima para ingresso na Brigada Militar; (3) ou que decorram do próprio sistema organizacional prescrito pela Constituição para a administração pública, de que é exemplo a expectativa de cumprimento da função por 30 anos até a aposentadoria, antes de alcançar setenta anos” (fls. 67).

Ressalte-se, desde logo, para permitir uma argumentação mais segura, as hipóteses em que a própria Constituição, explícita ou implicitamente, formula exigência de idade mínima ou máxima:

a) 70 anos de idade, como limite máximo de permanência no serviço público, arts. 40, inc. II; 93, inc. VI e 129, § 4º;

b) idade mínima para o exercício de determinados cargos e funções públicas, arts. 14, § 3º inciso VI; 73, § 1º, inciso I; 87, *caput*; 89, inciso VI; 101, *caput*; 104, parágrafo único; 107, *caput*; 111, § 1º; 123, parágrafo único e 128, § 1º;

c) idade máxima para admissão ao exercício de certos cargos públicos; arts. 73, § 1º, inciso I; 101, *caput*; 104, parágrafo único; 107, *caput* e inciso VI, e 129, § 4º, que ao exigirem permanência por prazo mínimo no exercício de cargos públicos, implicitamente fixam idade máxima para seu provimento;

d) 18 anos como idade mínima para o exercício de cargos e funções públicas para os quais a Constituição não impõe idade específica, afirmação que se baseia no art. 37, § 4º, que expressamente consagra a responsabilidade administrativa, civil e, sobretudo penal dos agentes públicos, enquanto que o art. 228 exclui a responsabilidade penal dos menores de 18 anos.

Afora tais hipóteses, tem-se a regra geral do art. 39, § 2º, que estende aos servidores públicos civis (para os militares, veja-se o art. 42, § 11), o preceito do art. 7º, inciso XXX, precisamente aquele que consagra o princípio da isonomia especificamente quanto à admissão ao trabalho, vedando discriminação baseada em sexo, “idade”, cor ou estado civil. O que permite concluir que, “em geral”, a admissão ao serviço público — e, com maior razão, a inscrição em concurso para provimento de seus cargos — independe de limite de idade, no plano da Administração Pública Civil, em qualquer dos três Poderes do Estado e não apenas no executivo, respeitada a idade mínima de 18 anos.

Como se viu nos itens anteriores (7 e 8) a Constituição revela grande preocupação em deixar clara todas as hipóteses de restrição ao direito de acesso aos cargos e funções públicas, fundadas na idade. E, excluídos os casos previstos, implícita ou explicitamente, a Carta Magna enunciou regra genérica “vedando” a previsão de critério de admissão ao trabalho ou ao serviço público apoiado em diferença de idade, não deixando, no particular, margem para a legislação infraconstitucional.”

O citado RMS nº 289/RS restou assim ementado:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE DOS CANDIDATOS. IMPOSSI-

BILIDADE DE SUA FIXAÇÃO EM NORMA INFRACONSTITUCIONAL. ARTIGOS 7º, INCISO XXX E 39, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, aplicável aos servidores públicos civis (art. 39, § 2º), é regra de especial garantia ao princípio da isonomia, no que diz respeito ao direito ao trabalho e ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas.

A Constituição Federal de 1988, explícita ou implicitamente, deixou clara todas as hipóteses de restrição ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas fundadas na idade, nada restando à legislação infraconstitucional no particular.

Afronta a Constituição o ato que impede a inscrição de candidatos em concurso público sob o fundamento de que possuem mais de 50 (cinquenta) anos de idade.”

Como precedente cito o REsp nº 10.927-MG, relator o Sr. Ministro Garcia Vieira — DJ 05.08.91.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

VOTO — VENCIDO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se do problema relacionado à fixação de idade para concurso, através do edital, em obediência ao disposto na lei ordinária.

Sei que esta Turma, por maioria, não vem admitindo qualquer limite de idade, após a vigência da nova Constituição.

Tenho votado vencido — e peço vênia para me manter nesta posição — fiel às manifestações anteriores deste Tribunal, considerando que a nova disposição constitucional (art. 7º, inciso III) não proíbe que a legislação ordinária, sem discriminar, ou seja, sem estabelecer diferença entre os candidatos, exija o requisito de idade mínima ou máxima para os postulantes ao cargo, principalmente para determinadas categorias funcionais, e dentro de um critério de razoabilidade.

O preceito da Constituição não pode ser entendido e interpretado de forma ampla, absoluta e isolada, ainda mais que algumas funções, como, por exemplo, na Magistratura e no Ministério Público, recebem tratamento especial pela própria Constituição. “É ponderável, não obs-

tante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher” (Des. Francisco Muniz, MS nº 17.937, TJ do Paraná).

Não se pode afirmar, assim, de maneira genérica, que **todas as leis** estabelecendo critérios de idade para ingresso no serviço público teriam desaparecido do universo jurídico.

Se o art. 7º, XXX, da Carta Magna, vedou a discriminação em razão da idade, entre outros fatores, o art. 37, I, assegura que os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, **desde que satisfaçam os requisitos previstos em lei**. A propósito, em excelente trabalho elaborado pelo Dr. Sylvio Fiorêncio, Subprocurador-Geral da República, ao se manifestar no RMS nº 674-RS, encontramos a seguinte passagem:

“A apreciação conjunta dos dispositivos em causa revela que, se de um lado é certo que aos servidores públicos se aplica o princípio igualitário reconhecido aos trabalhadores urbanos e rurais não menos o é que confere também à Administração o direito de fazer prover os quadros públicos, fixando para o respectivo acesso **“os requisitos estabelecidos em lei”**. E dentre estes aqueles que se fizerem necessários tendo em vista a especificidade da função pública.

Assim, ao impor a lei a observância de determinados requisitos (*v.g.* o cargo inicial para a atividade de estivador só pode ser preenchido por homem com a idade máxima de 25 anos; não poderem os homens guardar sanitários femininos) dispõe em consonância com o princípio da **igualdade perante a lei**, amoldando-se, destarte, ao que estatui o art. 37 da Constituição.

E não é só. A não discriminação estatuída no art. 7º é, indubitavelmente, decorrência ou subproduto do princípio maior, que é o da **igualdade perante a lei**”...

Não se afasta totalmente a possibilidade de o administrador adotar critérios, inclusive no tocante à idade, impondo que sejam tratados igualmente os iguais e não se faça discriminação entre eles (TJRJ, ADCOAS, 1990, nº 125.580). O importante é não impor qualquer discriminação entre todos os cidadãos de um mesmo grupo, entre todos os candidatos, pois, a se levar a extremos o preceito da Lei Maior, não se toleraria a diferença de salários entre as categorias e nem se poderia recrutar apenas mulheres para a polícia feminina.

Num dos precedentes desta Turma (RMS nº 289-RS, em 07.11.90), aduziu o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, ao proferir seu voto,

que, a se emprestar tamanha extensão ao artigo da Lei Maior, isso “implicaria considerar revogado o Código Civil quando distingue entre pessoas maiores e menores e menor absoluta ou relativamente incapaz. Suprimida estaria a necessidade de consentimento paterno para o filho menor de 21 anos contrair casamento”, além do limite mínimo previsto no Código Nacional de Trânsito, para alguém dirigir veículo motorizado.

Em outro precedente, o nobre Ministro Carlos Velloso, hoje ilustrando o Supremo Tribunal Federal, concluiu seu voto: “A interpretação harmônica dessas disposições, ao que me parece, autoriza a afirmativa de que o legislador pode estabelecer requisito de ingresso no serviço público com base na idade, vale dizer, idade mínima e máxima para ingresso em certos cargos públicos. Isto, evidentemente, dentro do razoável” (RMS nº 186-MG, Rev. do STJ, nº 12, pág. 214).

Assim votei no julgamento dos Recursos Especiais nºs 9.891-DF e 10.451-BA (rel. Min. Pedro Aciole) e 9.887-MG e 9.890-DF (rel. Min. Ilmar Galvão).

Por isso, considerando que a lei ordinária não ofende o princípio de igualdade, dissenti da douta maioria, dando provimento ao recurso, *data venia*.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 23.756-0 — DF — (92.0015310-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Recte.: União Federal. Recda.: Maria Angélica Barbosa. Advs.: João Batista Cerutti Pinto e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Hélio Mosimann, negou provimento ao recurso (em 19.08.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Pádua Ribeiro.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Américo Luz.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 23.836-9 — GO

Relator: *Ministro Américo Luz*

Recorrentes: *Realuz — Transp. Coletivo e Combustíveis Ltda. e outro*

Recorridos: *Vialuz — Viação Luziânia Ltda. e Município de Luziânia*

Advogados: *Sergio Ferreira Wanderley e outros; Walteci Cruccioli Ribeiro e outros; Valcy Nazareno Roriz*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PROVA PERICIAL.

Desnecessidade, na espécie, da pretendida realização da prova pericial, que poderá ser produzida na ação principal a ser intentada.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de agosto de 1992 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Na espécie, a cautelar requerida por “Vialuz — Viação Luziânia Ltda.”, preparatória da ação principal prometida ajuizar, visando à sustação de serviço público de transporte coletivo rodoviário operado por “Realuz — Transportes Coletivos e Combustíveis Ltda.”, na parte em que ocorre superposição de linhas de tráfego, foi julgada procedente em primeira instância, cuja sentença, após repelir preliminares argüidas pelas rés, determinou que a expedição de mandado fosse condicionada à ocorrência do trânsito em julgado.

Tal condicionamento foi afastado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, acolhendo parcialmente recurso da autora, ante os seguintes fundamentos (fls. 625):

“... Realmente, inexistente razões jurídicas para retirar-se da liminar a sua eficácia imediata. Ou se fazem presentes os seus pressupostos no momento de sua concessão e o Juiz a defere ou não satisfeitos os seus requisitos e o Juiz a denega. O que não se pode ignorar é que “as medidas cautelares são providências urgentes tomadas a requerimento da parte mas no interesse superior da própria eficiência da tutela jurídica que o Estado realiza por meio do processo” (idem, ob. cit. nº 96). Assim, se o Juiz retira a eficácia da medida, suspendendo-a ou condicionando-a a termo, subtrai dela seu caráter emergencial e faz com que deixe de dar eficiência na entrega da prestação jurisdicional, não merece a decisão restritiva sobreviver.”

Os demais recursos foram improvidos, estando o acórdão assim ementado (fls. 627):

“Duplo Grau de Jurisdição. Cautelar inominada. Julgamento antecipado. Incurção sobre o mérito. Requisitos para sua procedência. Eficácia da decisão. Recurso adesivo. Descabimento. O Julgamento antecipado “é faculdade atribuída ao Juiz, desde que se convença da inutilidade da produção de provas”. A incurção sobre o mérito da ação principal deve ser evitada, mas às vezes se torna necessária para o exame dos pressupostos da medida cautelar. Presentes o *fumus boni iuri* e o *periculum in mora*, julga-se a ação procedente. Em face do disposto no artigo 520, IV, do CPC, não pode o Juiz sustar a eficácia da sentença até o trânsito em julgado. Incabível é o recurso adesivo por quem já interpôs recurso principal.

Recurso da autora provido em parte.”

Rejeitados os declaratórios opostos por “Realuz — Transportes Coletivos e Combustíveis Ltda.” e “PH — Participações e Administração Ltda.” (fls. 630/631 e 637/641), interpuseram estas recursos extraordinário (fls. 643/650) e especial (fls. 652/660) que, após as contra-razões ofertadas às fls. 663/676, foram admitidos às fls. 679/682 e 683/686, respectivamente.

No especial, as recorrentes alegam violação aos artigos 330, I, e 803, parágrafo único do CPC, pois entendem que a matéria versada no processado não é unicamente de direito e exige para o seu debate a realização de prova pericial, indeferida em ambas as instâncias, requerida para se apurar a ocorrência ou não de superposição de linhas e a existência ou não de efeitos ruinosos na concessão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): — As recorrentes, porque repelida nas instâncias ordinárias a pretendida realização da prova pericial, mostram-se inconformadas com o decreto de procedência da cautelar intentada pela ora recorrida. Daí a irrogação de nulidade à sentença e ao acórdão, ao argumento de terem sido proferidos conforme o estado do processo que dependia, na hipótese, de provas a serem produzidas à dilucidação de fatos relevantes ao deslinde da causa.

Todavia, consoante bem demonstra o pronunciamento da Procuradoria-Geral de Justiça, não lhes assiste razão. É de ver o seguinte tópico (fls. 610):

“... As recorrentes, quando alegam a impossibilidade do julgamento conforme o estado do processo porque desejavam a realização de prova pericial e testemunhal, ao que parece, não se ativeram à lição de que a instrução cautelar não se confunde com a da ação principal, não pretendiam buscar a probabilidade, a *informatio judicis*, mas a verdade. Ora, a cautelar foi requerida em face da existência de um contrato de concessão para a exploração de serviço público de transporte de passageiro e de um termo de subconcessão que se afirmam ilegais porque ferem a lei, camuflam a sua vontade, superpõem linhas trafegárias, diminuem o fluxo de passageiros de uma em detrimento de outra, etc. Tudo fartamente documentado, inclusive com os atos que se objurgam, através dos instrumentos de efetivação, bem como a operacionalidade das linhas. Irrelevante a prova testemunhal e a pericial pretendidas. Não ilidiriam a presença, ou não, dos pressupostos da inominada que, como sabido, são os dos arts. 798 e 801 do Código de Processo Civil.”

No mesmo diapasão é a fundamentação do acórdão, que sobre o ponto objeto da irresignação assim decidiu (fls. 623/624):

“... Segundo a lição de Humberto Theodoro Júnior, a instrução da ação cautelar não se confunde com a da ação principal, por versar sobre fatos diversos e tender a justificar decisão diferente daquela a ser obtida na ação de mérito. Enquanto o processo principal cuida do bem, o processo cautelar cuida da segurança. Por isso, como adverte Carnelutti, aquele aspira e este renuncia à infalibilidade. O Programa do processo principal concentra seu objetivo na ambiciosa fórmula da busca da verdade; mas o processo cautelar se contenta com desígnio mais modesto da busca da probabilidade. Fala-se nessa ordem de

idéias, que a concessão de um processo cautelar não é precedida de uma prova, mas de uma *informatio iudicis*, de uma *informatio saltem sumaria* (Processo Cautelar, nº 93, págs. 130/131, 5ª ed.).

Para as recorrentes, deveria o Juiz designar audiência e deferir perícia porque lhe competia buscar a verdade. Ora, o Juiz, ao entregar a prestação jurisdicional, fez uso apenas da probabilidade de uma *informatio iudicis*. Como bem ensina o mestre processualista, a busca da verdade não é a finalidade do processo cautelar, mas da ação principal. Deverá o Juiz ao apor seu desate à lide cautelar apenas fazer preceder a sua decisão de uma *informatio iudicis*. Se esta é fornecida na fase postulatória pelas partes, não haverá necessidade de designação de audiência para produção de provas que mais dizem respeito, em verdade, à ação principal. Proferindo julgamento antecipado, bem andou o nobre Julgador, porque assim evitou incursões ao mérito da causa principal, que além de inconveniente seria absolutamente desnecessária.

Ademais, em se tratando de processo cautelar, visando a solução de situação emergencial é sempre bom ter presente que “o julgamento antecipado da lide foi introduzido no atual estatuto processual pelos resultados profícuos decorrentes da consagração dos propalados princípios da economia processual e da celeridade na prestação jurisdicional, que atende, como é notório, aos interesses das próprias partes e, sobretudo, do Estado, na administração da justiça” (Ac. unân. da 2ª Câm. do 1º TARJ de 28.6.83, na Apel. 83.522, Rel. Juiz Guedes Pinto; *in* Alex de Paula, CPC Anotado, art. 330, nº 21).

Mais, ainda, “O conhecimento direto do feito, com a entrega da prestação jurisdicional, sem a realização da audiência de instrução e julgamento, nos termos do prefalado preceito, é faculdade atribuída ao Juiz desde que se convença da inutilidade da produção de provas” (Ac. unân. do TJSC de 25.2.82, na Apel. 17.578, Rel. Des. Napoleão Xavier do Amarante; *in* Alex de Paula, CPC Anotado, art. 330, nº 12).”

Do exposto, inexistentes as violações apontadas, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 23.836-9 — GO — Relator: Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Rectes.: Realuz — Transporte Coletivo e Combustíveis Ltda. e ou-

tro. Advs.: Sergio Ferreira Wanderley e outros. Recdos.: Vialuz — Viação Luziânia Ltda. e Município de Luziânia. Advs.: Walteci Cruccioli Ribeiro e outros; Valcy Nazareno Roriz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 12.08.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 25.822-8 — RJ

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha*

Recorrente: *Município de Teresópolis*

Recorrido: *Celso Luiz Francisco Dalmaso*

Advogados: *Drs. Carlos Eugênio C. de Albuquerque e outros; Oswaldo Pereira de Oliveira e outros*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. REPARAÇÃO DE DANO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE FUNCIONÁRIO EM PERÍODO PROIBIDO. LEI Nº 7.664/88. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO DANO. DESPROVIMENTO.

A obrigação de indenizar tem como pressuposto inarredável a ocorrência de um dano. A soberana apreciação das provas procedida nas instâncias ordinárias concluiu pela inexistência de prejuízo, pelo que descabida a pretensão reparatória.

Recurso 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 Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Pereira.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de outubro de 1992 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: O *Município de Teresópolis* promoveu ação de reparação de danos contra o seu ex-prefeito *Celso Luiz Francisco Dalmaso* com o fito de dele reaver o quanto que a edilidade teria pago a *Alzeli da Silva*, que teria sido contratada em desacordo ao disposto no artigo 27 da Lei nº 7.664/88, que veda e considera nulo todo ato que importe em admissão de pessoal na forma e no período que específica.

Malsucedido nas instâncias ordinárias, agitou o especial de que se cuida, alegando base nas alíneas *a* e *c* do permissivo contido na Lei Maior. Sustenta negativa de vigência ao artigo 27 da Lei Federal nº 7.664/68, e dissídio com aresto da Egrégia Segunda Câmara Civil do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro.

O v. acórdão recorrido, prolatado pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, assenta que o dano não teria sido comprovado e que tendo o contratado prestado serviço à Administração "*a condenação da parte ré ao ressarcimento de danos inexistentes, não encontra amparo legal*" (folhas 115/116).

Contra-razões às folhas 129.

Admitido pela alínea *a*, subiram os autos.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): Não há como acolher a pretensão deduzida pelo recorrente.

A obrigação de indenizar tem como pressuposto inarredável a ocorrência de um dano. A soberana apreciação das provas procedida nas instâncias ordinárias concluiu pela inexistência de prejuízo, ficando, destarte, sem objeto a pretensão reparatória.

Ainda que o ato seja ilegal, se não houver o dano, não há o que indenizar, embora, obviamente, sujeite-se o infrator às sanções cabíveis.

Despropositada, ademais, a invocação de ofensa ao artigo 27 da Lei nº 7.664/88. Esta norma sequer trata de dano ao Erário ou da obrigação de repará-lo. Apenas veda a prática de ato e o acóima de nulo se vier a ser praticado.

A divergência jurisprudencial apontada, por outro lado, não rende ensejo ao recurso especial. É que não serve a tanto acórdão proferido pelo mesmo Tribunal prolator da decisão hostilizada.

Em verdade, o meu espírito reluta em deixar indene um administrador municipal que contrata servidores, às vésperas de uma eleição, em flagrante contrariedade a uma lei cujo objetivo maior é o de exatamente evitar o abuso do poder político.

Não tenho nenhuma dúvida que refoge às pautas legais de comportamento a conduta do ex-Prefeito recorrido.

Todavia — forçoso reconhecer — não é pela via eleita da ação de reparação de danos que se pode obter o ressarcimento do quanto gasto pela Edilidade com a contratação feita em período proibido, exatamente porque incorrente o dano, elemento primeiro, repito, indispensável para que haja reparação.

Dano haveria se constasse dos autos comprovação de que a contratada não tivesse prestado nenhum serviço à Prefeitura. No caso, todavia, o autor/recorrente, equivocadamente, achou que bastante seria apenas comprovar a contratação em período proibido, não cuidando de produzir prova da ocorrência de dano, elemento imprescindível.

Fosse outro o caminho processual escolhido, talvez tivesse o autor/recorrente melhor sorte.

Aqui, mais uma vez verifico, com frustração, que a forma vale mais que o conteúdo.

Os óbices processuais referidos não me deixam acesso a outro caminho senão a reconhecer a imprecisão da ação proposta.

Na esteira dessas considerações, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.822-8 — RJ — Relator: Exmo. Sr. Ministro César Rocha. Recte.: Município de Teresópolis. Advs.: Carlos Eugênio C. de Albuquerque e outros. Recdo.: Celso Luiz Francisco Dalmaso-Advs.: Oswaldo Pereira de Oliveira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 28.10.92 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



RECURSO ESPECIAL Nº 26.424-1 — SP

(Registro nº 92.0021020-1)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Municipalidade de São Paulo*

Recorrido: *SESC — Serviço Social do Comércio*

Advogados: *Drs. Maria Cristina de S. Neubern e outros; Maria A. M. Antinori e outros*

**EMENTA: ISS — INGRESSOS EM FESTAS —
IMUNIDADE TRIBUTÁRIA — SERVIÇOS DE DIVER-
SÕES PÚBLICAS — SESC.**

Reconhecida a imunidade tributária resta saber se os serviços de diversões públicas prestados a seus associados e ao público em geral, mediante cobrança de ingressos, caracterizam os objetivos institucionais.

O fato de cobrar ingresso por seus serviços de diversões públicas não equipara a recorrente a empresa ou profissional autônomo, sujeitos ao ISS.

É ela instituição de assistência social e entidade paraestatal de utilidade pública e sem fins lucrativos.

Recurso 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 Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros, Milton Pereira e César Rocha.

Custas, como de lei.

Brasília, 04 de novembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Serviço Social do Comércio (SESC), entidade de assistência social, impetra mandado de segurança contra ato do Diretor do Departamento de Rendas Mobiliárias da Secretaria das Finanças da Prefeitura Municipal de São Paulo objetivando eximir-se da incidência do ISS sobre os serviços que prestam a seus associados e à coletividade, ainda que de diversões públicas e cobrando ingressos, visto não terem fins lucrativos, nos exercícios de 1987 e 1988.

Em primeira instância a segurança foi concedida, restando confirmada a sentença em grau de recurso por entender que o lucro eventualmente auferido pelo autor nessas promoções de lazer é destinado integralmente ao custeio de suas atividades assistenciais (fls. 211/214).

Opostos embargos de declaração, foram os mesmos rejeitados (fls. 222/223).

Inconformada, a Municipalidade de São Paulo interpôs recurso especial apoiado no artigo 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal.

Sustenta, em síntese, que o v. acórdão recorrido violou o artigo 150, inciso IV, letra c, da Constituição Federal, ferindo o princípio da isonomia que veda tratamento desigual aos iguais em nome de uma pretensa imunidade subjetiva que o SESC insiste em conservar, a despeito da Constituição vigente tê-la sepultado (fls. 225/229).

Oferecidas contra-razões às fls. 247/257.

Admitido o recurso (fls. 373/374), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): A recorrente comprovou a divergência, ao indicar os Recursos Extraordinários nºs 102.647-SP, RTJ-113/884, e 74.506-SP, RTJ-100/182, que embora dizendo respeito a entidades recreativas sem fins lucrativos, examinaram a questão da incidência ou não do ISS em relação à cobrança de ingressos por festas.

Conheço do recurso pela letra c.

No mérito, a meu ver, é caso de se negar provimento ao Recurso Especial.

Reconhecida como foi pela recorrente a imunidade tributária da recorrida, com fundamento no artigo 19, inciso III, letra c, da Constituição Federal anterior, então vigente (docs. de fls. 21/22), resta saber se os “serviços de diversões públicas”, prestados a seus associados e ao público em geral, mediante cobrança de ingressos, estão ou não relacionados com os seus objetivos institucionais e incluídos na imunidade tributária.

Está bem claro pelo artigo 1º do Decreto nº 61.836, de 05 de dezembro de 1967, que aprovou o Regulamento do SESC, inclusive, entre as suas finalidades “estudar, planejar e executar medidas que contribuam para o bem estar social e a melhoria do padrão de vida dos comerciários e suas famílias e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico da coletividade, através de uma ação educativa...” (doc. de fls. 17). O recorrido, entidade “paraestatal”, foi criado por lei para exercer atividades de assistência social, podendo realizar eventos educativos e culturais tais como bailes, espetáculos teatrais, sessões de cinema, concertos musicais, com ou sem cobrança de ingressos e estas promoções se incluem dentre suas finalidades e se relacionam com os seus objetivos institucionais. Reconhece também a recorrente que o SESC atende os requisitos constantes dos incisos I, II e III do artigo 14 do CTN, mas não o disposto no seu § 2º. De fato, o recorrido não distribui qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado (inciso I). Aplica, integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais, inclusive os decorrentes da cobrança de ingressos por suas promoções educativas e de lazer (inciso II) e mantém escrituração regular (inciso III), os referidos serviços de diversões públicas, com pagamento de ingressos e apuração de renda, estão diretamente relacionados com os objetivos institucionais do SESC e previstos no seu Regulamento (Decreto nº 61.836/67) incluídos na imunidade tributária a ela conferida pelo artigo 19, inciso III, letra c. Através deste dispositivo, o legislador constitucional vedou aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços de instituições de assistência social. Como se vê, é irrelevante o fato de o recorrido cobrar ingressos por suas promoções culturais e de lazer e obter rendas. O renomado mestre do Direito Tributário, Professor Geraldo Ataliba, em seu excelente parecer de fls. 137/186, ensina que:

“A NORMA CONSTITUCIONAL QUE CONFERE IMUNIDADE PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DE AUFERIMEN-

TO DE RECEITAS PELAS INSTITUIÇÕES QUE PÕE A SALVO DA INSTITUIÇÃO DE IMPOSTOS. Visto de outro prisma, A IMUNIDADE PRESSUPÕE A REALIZAÇÃO, POR ESSAS INSTITUIÇÕES, DE ATIVIDADES REMUNERADAS.

De fato, é de uma clareza hialina, ostensiva mesmo, a circunstância de que a **eficácia da norma constitucional imunizante somente terá lugar se e quando existirem bens ou rendas e, tratando-se de serviços, se e quando estes proporcionarem receitas; forem, enfim, serviços remunerados.**

Com efeito, é evidente o fato de que **sem o pressuposto da existência de receitas provenientes de serviços** (ou, visto de outro ângulo, **da realização de serviços sob remuneração**) pelas entidades nela referidas, **NENHUM EFEITO PODERÁ SER ATRIBUÍDO À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL QUE VEDA “À UNIÃO, AOS ESTADOS E AOS MUNICÍPIOS, INSTITUIR IMPOSTO SOBRE OS SERVIÇOS DOS PARTIDOS POLÍTICOS, E DE INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL”** — que, assim, será cláusula ineficaz vazia de conteúdo, nulo de sentido e de alcance.

Repare-se, então, que a **existência de receitas provenientes dos serviços institucionais** (o que é o mesmo de dizer-se, realização de **serviços sob remuneração**) **constitui, não apenas condição necessária à real eficácia da norma constitucional imunizante, como consubstancia o pressuposto inafastável da incidência mesma dessa norma.** De conseguinte, dizer-me que ela não abrange serviços prestados sob remuneração é o mesmo que afirmar que ela **jamais incide quando se tratar de impostos sobre serviços** pois estes impostos — é elementar — somente são instituídos e exigidos em relação a serviços que geram receitas: serviços prestados sob remuneração!

Em suma, afirmar que a imunidade tributária prevista no artigo 19, inciso III, letra c, não abrange os serviços prestados mediante contrapartida equivale, rigorosamente, a afirmar que norma constitucional jamais incidirá (vale dizer, que ela não tem aplicação, não tem eficácia) relativamente ao imposto sobre serviços de qualquer natureza. E mais: similar afirmação implica, indubitavelmente, negar a existência (*ergo*, vigência, incidência e eficácia) da cláusula “vedado à União, aos Estados e aos Municípios instituir **impostos sobre serviços**” das entidades institucionais nela referidas.” (fls. 159/160).

Ao contrário do que sustenta a recorrente, o fato do recorrido cobrar ingressos por seus serviços de diversões públicas não equipara a empresa ou profissional autônomo, sujeitas ao ISS (artigo 8º do Decreto-lei nº 406/68). É ela uma instituição de assistência social e entidade paraestatal de utilidade pública e sem fins lucrativos.

O Emérito Professor catedrático, Ruy Barbosa Nogueira, no seu bem lançado parecer de fls. 34/50, esclarece que:

“Se o SESC não explora atividade econômica, mas ao reverso presta serviços de Assistência Social como permanente doação ao Estado em razão de autorização e previsão constitucional e determinações legais, o exercício regular e regulamentado de suas atividades não só não tem conteúdo físico ou econômico para incidência de impostos, como não existe nenhuma lei ordinária que as tenha **prefigurado** como fato gerador de imposto. Ao contrário, como já vimos, a Constituição da República **veda a instituição** de impostos sobre as suas atividades e ainda, como veremos, não só a lei complementar (Decreto-lei nº 406/68, artigo 8º), mas a própria legislação do Município de São Paulo não criaram como não poderiam ter criado, nenhum **fato gerador** de ISS sobre a prestação de quaisquer dos seus serviços de Assistência Social, mesmo porque o SESC não explora essa prestação como **empresa**, nem como profissional autônomo. No sentido fiscal ou tributário o SESC não é “empresa” nem “profissional autônomo”, conforme veremos nos textos e contexto das leis e da própria jurisprudência já fixada pelo Supremo Tribunal Federal.” (fls. 37/38)

Também o sempre citado mestre Geraldo Ataliba, no parecer citado, deixa claro que:

“Em face de preceitos da nossa ordem jurídica, inexistente possibilidade de, legitimamente, exigir-se imposto sobre os serviços prestados pelo SESC.

Afora a imunidade constitucional de que gozam seus serviços, outros óbices, de índole estritamente jurídica, impedem que, sobre eles, se exijam impostos.

Isso significa que, ainda que não houvesse a imunidade do artigo 19, inciso III, letra c, da Constituição Federal e, nem assim, estariam os serviços institucionais do SESC submetidos à incidência do ISS.

Deveras, consoante tem reconhecido o Poder Judiciário, a lei complementar a que se refere o artigo 24, inciso II, da

Constituição Federal, define os serviços tributáveis por via desse imposto como sendo aqueles prestados por “empresa ou profissional autônomo” (cf. artigo 8º do Decreto-lei nº 406/68).

Nenhuma argumentação precisa ser desenvolvida, *in casu*, para demonstrar que a consulente **não é empresa**, mas sim instituição de assistência social pois, como informado na Consulta, o próprio Fisco reconhece ser esta sua qualificação jurídica. Mais do que isso, é entidade “paraestatal”, como a qualificam **HELY LOPES MEIRELLES e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.**” (fls. 176/177).

Todos os recursos do SESC, inclusive aqueles decorrentes de venda de ingressos, por suas promoções educativas e de lazer, são aplicados, exclusivamente, para a realização de seus objetivos institucionais (Decreto nº 61.836/67, artigo 34) e isto não acontece com as empresas. Já dizia os romanos que a verdadeira igualdade é tratar desigualmente aos desiguais. O Professor Geraldo Ataliba, no seu citado parecer, acentuou que:

“De resto, a desigualação entre instituições sociais e empresas privadas não resulta da imunidade, é dizer: a dessemelhança entre estes entes não reside na diversidade do tratamento tributário instituído pela Constituição; os **discrímen que as aparta reside nas suas próprias e respectivas características intrínsecas.**

A ordem jurídica — e não só no plano da Constituição, mas também no nível das normas infraconstitucionais — o que faz é **reconhecendo-lhes a desigualdade, prescrevendo-lhes tratamentos discriminados, compatíveis com cada qual, de modo a ensejar e propiciar a igualdade jurídica!**

Deveras, é visível a diferente entre uma empresa de fins lucrativos e uma “instituição” de educação e de assistência social: estas, **além de desempenharem funções e atividades que ordem jurídica consagra, de modo privilegiado, o fazem desinteressadamente, isto é, no interesse geral e não com vistas à obtenção de lucro para distribuição a um certo número de pessoas; cujas rendas ou receitas são empregadas, exclusivamente para a realização das suas atividades institucionais — ou seja, reverterem sempre para a comunidade de modo que esta, sempre, é a única e exclusiva beneficiada e, pois, destinatária última do privilégio em que se traduz a imunidade.**” (fls. 174/175).

O Colendo Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, no RE nº 116.188-4-SP, DJ de 16/03/90 (doc. de fls. 258/291), entendeu que:

“ISS — SESC — Cinema. Imunidade tributária (artigo 19, inciso III, letra c, da EC nº 01/69). Código Tributário Nacional (artigo 14).

Sendo o SESC instituição de assistência social, que atende aos requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional — o que não se pôs em dúvida nos autos — goza da imunidade tributária prevista no artigo 19, inciso III, letra c, da EC nº 01/69, mesmo na operação de prestação de serviços de diversão pública (cinema), mediante cobrança de ingressos aos comerciários (seus filiados) e ao público em geral.” (fls. 258)

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 26.424-1 — SP — (92.0021020-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Municipalidade de São Paulo. Advogados: Maria Cristina de S. Neubern e outros. Recdo.: SESC — Serviço Social do Comércio. Advs.: Maria A. M. Antinori e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 04.11.92 — 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 26.590-7 — RJ

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Carlos Moreira*

Recorrido: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Luiz Eduardo Peregrino Fontenelle e outro e Rodrigo Vilhena de Lacerda Soares*

EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA. ARTIGO 9º, LEI Nº 6.367/76. AUXÍLIO SUPLEMENTAR.

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, comprovada a redução da capacidade e o nexo de causalidade entre a doença e as condições de trabalho, não há negar-se o benefício de ordem acidentária.

Se o desempenho da atividade demanda, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho, concede-se o auxílio suplementar.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e em lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e José de Jesus. 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 HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto por CARLOS MOREIRA, com fundamento no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão da Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado que, reformando sentença de primeiro grau, negou o benefício acidentário pretendido pelo obreiro, por entender que o mesmo não apresenta moléstia e que o laudo de nexo é imprestável por sua positividade, sobre uma doença que não está relacionada com o pacto laboral. O acórdão recorrido diz:

“Acidentária. Audição, dentro dos parâmetros normais. Neurastenia. Laudos indicativos de improcedência do pedido inicial. Recurso acolhido.” (fls. 57).

Alega o recorrente que o aresto recorrido contrariou os artigos 131, 165, e 458, inciso II, do Código de Processo Civil, tendo, também, violado o artigo 9º da Lei nº 6.367/76.

Indeferido o processamento do recurso (fls. 74) subiram os autos a esta Colenda Corte em razão do provimento do agravo de instrumento. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, a respeitável decisão de primeiro grau concluiu pela procedência da ação aos seguintes fundamentos:

“Constatou a perícia médica que o Autor é portador de seqüela definitiva que lhe impõe, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho, ficando positivada, por outro lado, a existência de nexó etiológico, enquadrando-se o fato dentre aqueles previstos no art. 2º da Lei nº 6.367/76.

As alegações do Réu não são de molde a invalidar os laudos dos peritos da confiança do Juízo, cujas conclusões acolho, por tecnicamente irrepreensíveis, não tendo o contestante feito prova hábil alguma capaz de eximi-lo da obrigação indenizar, como segurador.” (fls. 42).

O venerando aresto atacado, todavia, entendeu que:

“Acidentária julgada procedente, nos termos da sentença de fls. 42.

Quanto à audição, o Autor não apresenta moléstia (audição dentro dos limites normais — fls. 15).

A psiconeurose alegada, não passa de neurastenia, “... provavelmente” de seu ambiente de trabalho, conforme se lê do exame de nexó.” (fls. 57).

Comparadas as duas decisões, verifica-se que a primeira guarda maior consonância com a jurisprudência desta Egrégia Turma, onde se considera que, comprovada a incapacidade e o nexó de causalidade entre ela e as condições do trabalho do infortunado, não há negar-se o benefício acidentário.

No caso dos autos, o perito judicial, em seu laudo (fls. 17), diagnosticou ser o segurado portador de neurastenia, com nexó ocupacional que o impede de continuar no exercício da mesma função (fls. 18/21). E, instado a prestar esclarecimentos, foi categórico: o autor possui uma patologia que apresenta nexó causal; que as conseqüências da doença demandam permanentemente maior esforço para o exercício da atividade profissional e que sua percentagem final de indenização deverá ser 20% (vinte por cento) — auxílio suplementar (fls. 38/39).

Verifica-se, pois, que no exame pericial foi estabelecida a relação de causa e efeito entre a enfermidade diagnosticada e o trabalho exercido pelo obreiro, de forma a não deixar qualquer dúvida quanto ao direito à percepção do benefício de auxílio suplementar previsto no art. 9º, da Lei nº 6.367/76. E ainda que dúvida houvesse, esta se resolveria em favor do acidentado.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 26.590-7 — RJ — Relator: Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Carlos Moreira: Advs.: Luiz Eduardo Peregrino Fontenelle e outro. Recdo.: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. Adv.: Rodrigo Vilhena de Lacerda Soares.

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

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 26.734-5 — SP

(Registro nº 92.218.598)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Itaú Seguros S/A*

Recorridos: *Francisco José Pinto Terra e outros, José Mastracouzo, A. Alves S/A Indústria e Comércio*

Advogados: *Drs. Ricardo Walder Viana e outros; Eurípedes Sérgio Bredariol e outro; Luiz Carlos Maniezo; José Jorge Marcussi e outro*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. RELAÇÃO LITISCONSORCIAL.

O acórdão que define como litisconsorcial a relação do litisdenuciado com o réu litisdenuciante não contraria o art. 75, I, do CPC.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de outubro de 1992 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Recorre a ITAÚ SEGUROS S/A, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que deu provimento a apelação interposta por FRANCISCO JOSÉ PINTO TERRA E OUTROS e negou provimento ao recurso adesivo da segurada, ora recorrente, em ação de reparação de danos.

Sustenta a recorrente ter o acórdão negado vigência aos arts. 70, III, 75, I, e 267, III, do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial, ao não excluí-la da lide.

Recebido e processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal. É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Caso inusitado em que o denunciante da lide foi excluído da ação, por ilegitimidade passiva da parte, mas foram condenadas as litisdenuciadas, que, em tese, não se achariam ligadas aos autores da demanda indenizatória por vínculo algum, senão à sorte de denunciante. Explico:

Os autores, que tiveram veículo em que trafegavam abalroado por outro, que teria sido adquirido pelo réu, quando este era levado pela revendedora para lhe ser entregue, promoveram ação indenizatória contra o adquirente do veículo, que denunciou da lide a revendedora, o motorista que conduzia o veículo, preposto da mesma e a seguradora, que vieram aos autos e contestaram a ação, sob a alegação de caso fortuito. A sentença deu pela improcedência da ação, aceitando a alegação de caso fortuito.

Em apelação, o órgão julgador afastou a fortuidade e definiu como responsável os litisdenunciados, declarando o réu parte ilegítima para a causa, com fundamento em situação litisconsorcial, segundo a definição legal, dos denunciados que aceitaram a denunciação e contestaram a ação.

Em realidade há críticas ao que reza o art. 75, I, do Código de Processo Civil, que define como litisconsorte o denunciado que contesta o pedido, como, no caso, ocorreu, dado que na litisdenuciação o mesmo vem ao processo para garantir o réu denunciante, como no caso, evitando ação de regresso, o que importa em dizer que a relação se estabelece entre denunciante e o denunciado, não entre este e o autor.

Há de prevalecer, no entanto, a regra legal que atribui a qualidade de litisconsorte do denunciado, que, como no caso, contesta o pedido, o que, em última análise, permite que a ele se atribua diretamente o ônus da responsabilidade, com exclusão do denunciante, que, na hipótese, assim o foi porque não verificada a tradição do bem adquirido, dado que a revendedora assumira, por questão de *marketing*, o compromisso de lhe entregar o automóvel, já segurado, em local por ele definido, negada a tradição no trajeto.

Embora o inusitado, tenho que, dando inteligência ao art. 75, I, do Código de Processo Civil, no que diz respeito à relação litisconsorcial, o acórdão não contrariou tal dispositivo legal e nem os demais mencionados no recurso — arts. 70, III, e 267, III, todos do CPC.

O dissídio não pode ser tido como comprovado, posto que, embora contenham os acórdãos paradigmas afirmações jurídicas que se oporiam às enunciadas pelo acórdão recorrido, complementado pelo proferido nos embargos de declaração sobre o tema, é certo que decidiram em face de situações fáticas diversas, da enfrentada pelo acórdão recorrido, já que no do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (fls. 556 e seguintes) tanto quanto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (fls. 559), os denunciados não se vincularam aos autores das demandas, mas contrariaram apenas as ações de garantia, em face dos denunciantes.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Peço vênias aos eminentes Ministros para dissentir.

Tal como regula no Código de Processo Civil vigente, a denunciação da lide consiste em demanda entre denunciante e denunciado, como, aliás, salientou o eminente Ministro Relator. Não há pedido por parte do adversário do denunciante relativamente ao denunciado.

Certo que a lei afirma que o denunciado figurará como litisconsorte. A meu ver, entretanto, esta expressão, não muito feliz, só pode ser entendida dentro do contexto em que foi regulamentado o instituto. Interessa ao denunciado opor-se à pretensão formulada pelo adversário do denunciante, mas, tão-só e exclusivamente, na medida em que essa demanda é prejudicial à outra e, julgada improcedente a ação originária, ficará prejudicada a litisdenuciação.

Assim, embora atento às possibilidades de uma construção, útil do ponto de vista da economia processual, permaneço fiel a este entendimento.

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 26.734-5 — SP — (92.218.598) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Itaú Seguros S.A. Advs.: Ricardo Walder Viana e outros. Recdos.: Francisco José Pinto Terra e outros. Advs.: Eurípedes Sérgio Bredariol e outro. Recdo.: José Mastracouzo. Advogado: Luiz Carlos Maniezo. Recdo.: A. Alves S/A Indústria e Comércio. Advogados: José Jorge Marcussi e outro.

Decisão: A Turma, por maioria, não conheceu do recurso especial, vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (em 06.10.92 — 3ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 26.978-0 — SP

(Registro nº 92.0022575-6)

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

Recorrente: *Municipalidade de São Paulo*

Recorrido: *Izidoro Matheus*

Advogados: *Drs. Valdeci dos Santos e outro e Felício Alves de Matos*

EMENTA: RESP — PROCESSUAL CIVIL — HONORÁRIOS DE ADVOGADO. O acesso ao Judiciário é oneroso, ressalvada as exceções legais. O vencido arcará com o pagamento das despesas, custas e honorários de advogado. A sucumbência é para ambas as partes, ainda que uma delas atue amparada pela assistência judiciária. Impõe-se a respectiva condenação. Em havendo mudança patrimonial do vencido, antes necessitado, cumpre efetuar o pagamento. Raciocínio contrário afetaria o princípio da igualdade jurídica entre autor e réu. Justifica-se a distinção, por fator econômico. A sentença, na espécie, não é condicional. Condicional é a execução. Inteligência da Lei nº 1.060/50, art. 11, § 2º, e da Lei nº 4.215/63, art. 94, II e III.

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 com os Srs. Ministros José Cândido e Pedro Acioli.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de setembro 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 pela Municipalidade de São Paulo nos autos dos Embargos Infringentes em que contende com Izidoro Matheus.

A recorrente, com base no art. 105, III, da Constituição Federal, argúi que o v. acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 175/176), ao isentar do pagamento da verba honorária o recorrido, beneficiário de assistência judiciária, contrariou o art. 20 do CPC e o referido art. 12 da Lei nº 1.060/50, além de haver divergido de julgado do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

Sustenta que:

“Como visto, a Municipalidade pugna pela condenação na honorária desde a fase de contestação. Isso porque, entende ser este o procedimento compatível com as referidas disposições do art. 20 do CPC e artigos 3º, IV; 11, § 2º, e da Lei nº 1.060/50, que tratam de operacionalizar a assistência judiciária.

E nem se diga que a garantia constitucional inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal resta violada com a fixação da honorária. Muito ao contrário! A assistência jurídica continua integral e gratuita se beneficiário continuar com a situação inalterada em seu estado econômico. Se, dentro de determinado prazo, no caso de cinco anos, vier a exibir suficiência de recursos o bastante, aí será exigido o pagamento decorrente de sucumbência.

Ora, de fato o artigo 12 da Lei nº 1.060 traz uma condição aleatória e futura, porém, com termo final *dies ad quem*, resolvendo-se o direito de cobrança da honorária decorrente da sucumbência. Daí deflui: que o que se busca não é deixar “uma lança sobre a cabeça” do beneficiário, como afirma o v. acórdão recorrido, porém evitar o enriquecimento sem causa, porque este o princípio informador da norma jurídica” (fls. 185).

Contra-razões às fls. 192/197.

Despacho admitindo o recurso especial às fls. 199/200.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator):
A sentença, nos termos do disposto no art. 20, do Código de Processo Civil, condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

A norma evidencia que os honorários são devidos pelo simples insucesso do autor. Ao contrário do pagamento das despesas, evidentemente-

te, de caráter compensatório, a fim de repor o patrimônio, a condenação na honorária é consequência processual a ser arcada pelo vencido. Tanto assim, ainda que o autor haja atuado em causa própria, sem pagamento, pois, a terceiro, a esse título, tem o direito de recebê-la.

O acesso ao Judiciário, portanto, é oneroso. Ressalvam-se, é certo, os ônus para quem não tenha condições de efetuar o pagamento das custas, recebendo, inclusive, nomeação de advogado que atuará gratuitamente. Todavia, vencido, terá a mesma sorte de quem pode arcar com as despesas. Evidentemente, em havendo mudança patrimonial do autor, antes necessitado, efetuará o ressarcimento do que deveria fazê-lo.

A sucumbência, pois, é para ambas as partes. A distinção repousa em circunstância econômica.

Afrontar-se-ia o princípio da igualdade jurídica caso houvesse distinção entre autor e réu. Justifica-se, sim, a distinção, como dito, por fator econômico, ou seja, impossibilidade de pagar as consequências da sucumbência. Como exceção, elabora-se interpretação restritiva, submetida a condição, ou seja, enquanto não puder honrar o pagamento.

A sentença não é condicional. Condicional é a execução, processualmente escorreita.

A Lei nº 1.060/50 — Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados — estatui no art. 11, § 2º:

“A parte vencida poderá acionar a vencedora para reaver as despesas do processo, inclusive honorários do advogado, desde que prove ter a última perdido a condição legal de necessitada”.

É certo, no Recurso Extraordinário nº 114.274-RJ, o Supremo Tribunal Federal, Relator o eminente Ministro Djaci Falcão, expendeu entendimento contrário de cuja motivação, realço:

“Assiste razão ao recorrente no tocante a ofensa ao art. 153, § 32, da CF, porquanto tendo sido deferido ao autor o benefício da justiça gratuita (fl. 2), não deverá este arcar com o ônus da sucumbência. Trata-se de garantia abrangente de qualquer processo judicial” (RTJ, 122/1.206-8).

Não obstante o prestígio dos julgados da Egrégia Corte, *data venia*, mantenho meu entendimento, pois, cumpre, respeitosamente, distinguir — ônus da sucumbência — igual para todas as partes e — disponibilidade de recursos para o pagamento. Aqui, sim, e não lá, reside a causa da distinção imposta pela isonomia.

Aliás, como reforço normativo, chame-se à colação a Lei nº 4.215/63 — Estatuto da OAB — que estatui:

“Art. 94. A gratuidade da prestação de serviço ao necessitado não obsta a percepção, pelo advogado ou pelo provisionado, de honorários quando:

I — for a parte vencida condenada a pagá-los;

II — ocorrer o enriquecimento ou a recuperação patrimonial da parte vencedora;

III — sobrevier a cessação do estado de necessidade do beneficiário”.

Em sendo assim, não conheço do Recurso Especial, mantendo, pois, o v. acórdão, Relator o ilustre Juiz França Carvalho.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 26.978-0 — SP — (92.0022575-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recte.: Municipalidade de São Paulo. Advogados: Valdeci dos Santos e outro. Recdo.: Izidoro Matheus. Advogado: Felício Alves de Matos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 22.09.92 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros José Cândido e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro VICENTE CERNICCHIARO.



RECURSO ESPECIAL Nº 27.572-0 — MT

(Registro nº 92.241328)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Manoel Cruz Fernandes*

Recorrida: *Maria Selma Valoes*

Advogados: *Drs. Valmor Santos Giavarina e outros, Pedro Vicente Leon e outros*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. JULGAMENTO ALÉM DO PEDIDO. ADEQUAÇÃO.

Deferida reintegração de posse em área além do dobro da indicada na inicial, faz-se adequação do dispositivo da sentença, de sorte a adequá-la aos limites da demanda.

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, em parte, do recurso especial e, nesta parte, em dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de outubro de 1992 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Recorre MANOEL CRUZ FERNANDES, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que negou provimento à apelação que interpuseram de sentença em ação de reintegração de posse que lhes move MARIA SELMA VALOES.

Diz contrariados os arts. 460, 516, 470, 471, 473, 458, II, e 165, todos do Código de Processo Civil, e alega dissídio jurisprudencial.

Subiram os autos, em virtude do provimento de agravo de instrumento da decisão que não no admitira na origem.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Mandei subir este recurso, para melhor exame, tendo em vista a alegação de que a sentença decidiu além do pedido, posto que a área em que objetivava a autora reintegrar-se, como dito na inicial, era de 5.300 ha e à margem esquerda de determinado riacho, e a sentença veio a deferir reintegração

em posse de mais de 12.000 ha, abrangendo áreas nas duas margens desse córrego, o que foi confirmado pelo acórdão recorrido, sob o fundamento de que, superveniente à instalação do processo, se formulara pedido de proteção possessória sobre essas outras áreas.

Examinando o processo, verifiquei que, feita a reintegração liminar na área indicada na inicial, uma sucessão de diligências, a requerimento das partes, por determinações do juiz da causa, ora limitou o objeto da ação e da reintegração liminar, ora a ampliou para atingir além do que fora pedido, culminando com a sentença que, em realidade, deu bem mais do que fora pedido.

É de dizer que, tratando-se de ação de reintegração de posse, sob a alegação de esbulho, portanto, seria de exigir-se, dado o caráter recuperatório, que a inicial descrevesse, com rigor, a área sobre a qual ocorreria o esbulho, o que não foi feito, limitando-se dita peça a dizer da exigência de posse sobre 5.300 ha, sem maiores esclarecimentos, quanto às respectivas confrontações. Tal circunstância, no entanto, não poderia admitir que a sentença viesse a dar proteção maior do que a pedida, para ampliar a área, que vai além do dobro da constante na inicial.

Não é caso, porém, de anular-se a sentença, mas de adequá-la ao que foi posto na ação, ou seja, assegurar a reintegração apenas da área de 5.300 ha, que teria sido objeto da reintegração liminar, cumprida por primeiro na ação, restando eventual demanda possessória sobre outras áreas para ser discutida em outra ação.

As matérias relacionadas com a conexão foi bem decidida pelo acórdão, posto que se tratava de ações que teriam sido propostas anos depois, desta, envolvendo terceiros e áreas diversas da indicada na inicial, as quais se encontravam em fases não condizentes com o julgamento simultâneo, com destaque, além disso, para a facultatividade da reunião das ações conexas, como expressa o art. 105 do Código de Processo Civil.

A questão envolvendo coisa julgada não merece conhecimento, porquanto não é certo que tenha havido decisão a respeito do conteúdo do laudo pericial, simplesmente indicativo de que, em determinada diligência, se efetivou indevida extensão da reintegração liminar da posse.

O dissídio não se acha comprovado, nos termos regimentais.

Isto posto, voto no sentido de conhecer, em parte, do recurso, por contrariedade ao art. 460 do Código de Processo Civil e, nesta parte, lhe dar provimento parcial, para adequar aos limites do pedido a proteção possessória, ou seja, para reintegrar a autora na posse da área indicada na inicial, como deferido em liminar por primeiro efetivada, dividindo-se, proporcionalmente, os ônus da sucumbência, segundo se apurar em liquidação.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.572-0 — MT — (92.241328) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Manoel Cruz Fernandes. Advogados: Valmor Santos Giavarina e outros. Recda.: Maria Selma Valoes. Advogados: Pedro Vicente Leon e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu, em parte, do recurso especial, e, nesta parte, deu-lhe provimento (em 20.10.92 — 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 27.985-2 — MG (Registro nº 92.25262-1)

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

Recorrente: *Pedro Augusto de Araújo Pereira*

Recorrido: *Carmem Beatriz Pollon Franco Pereira*

Advogados: *Rosan de Sousa Amaral e outro, José Maria de Fátima Andrade e outro*

EMENTA: ALUGUÉIS. REAJUSTE ESPONTÂNEO. CONTAGEM DE PRAZO. PEDIDO DE REVISÃO. RAZOABILIDADE DO REAJUSTE PARA REINÍCIO DE PRAZO.

Reajustado o aluguel por acordo entre as partes, reinicia-se a contagem do prazo para admitir-se pedido de revisão, excetuando-se o caso em que o Juízo reconheça que o reajuste acordado tenha sido irrisório, perante o valor de mercado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial, na conformidade dos votos e notas taqui-

gráficas constantes dos autos. Votaram com o Relator os Ministros Pedro Acioli, Vicente Cernicchiaro e Adhemar Maciel.

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Adoto o relatório do eminente Juiz Vice-Presidente do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

“Cuida-se de recurso especial oferecido com suporte no artigo 105, inciso III, alíneas *a*, e *c*, da Carta Constitucional, em que se sustenta negativa de vigência ao artigo 49, §§ 4º e 5º, da Lei 6.649/79 *c/c* o artigo 17, § 2º, da Lei 8.178/91.

O julgado recorrido considerou que “o reajustamento voluntário da locação para preço aquém do mercado não serve de base para o cômputo do triênio legal de espera para ajuizar-se a revisional.

Os documentos de fls. 28, referidos na sentença, na verdade, não passam de recibos contendo visível reajuste apenas ligeiramente acima dos índices oficiais e que permaneceram insatisfatórios” (fls. 83).

Refuta o peticionário as conclusões do acórdão, argumentando que o prazo para o ajuizamento da ação revisional interrompe-se pela existência de acordo do valor locatício além dos índices de reajuste governamental, sem se exigir que o preço seja igual ou superior ao valor de mercado. Traz, ainda, à colação julgado do Superior Tribunal de Justiça em respaldo à sua tese.

Assinale-se, por oportuno, que o excelso Superior Tribunal de Justiça tem manifestado reiteradamente posição acerca do tema. A propósito, “Se as partes, de vontade livre, reajustam o valor do aluguel além do previsto no contrato ou em lei, o prazo quinquenal para a demanda de revisão recomeça, sendo irrelevante perquirir se o acordo elevou, ou não, o valor locativo ao chamado “preço de mercado”. O ajustamento a tal “preço de mercado” é apenas o objetivo da demanda revisional, mas pressupõe o cabimento de tal demanda” (STJ, 4ª Turma, REsp 6.936-SP, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, j. 4.3.91, deram provimento, v.v., DJU 25.3.91, p. 3.228, 2ª col. em.).

“Tendo havido acordo entre as partes, somente após cinco anos pode o locador manejar a ação revisional, sendo irrelevante perquirir se o ajuste elevou ou não o valor locativo ao chamado “preço de mercado” (STJ 4ª Turma, REsp 5.122-SP, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, j. 2.4.91, negaram provimento, v.v., DJU 6.5.91, p. 5.699, 1ª col. em.) — cf. THEOTÔNIO NEGRÃO, CPC e Legislação Processual em Vigor, 22ª ed., p. 985/6 — art. 49:7ª da Lei 6.649/79.

A argumentação recursal trouxe razoável dúvida sobre a incidência ou não das normas que invoca.

O recorrente, se não demonstrou à saciedade a incidência dos permissivos constitucionais do recurso especial, pelo menos conseguiu trazer à discussão a possibilidade de que isso tenha ocorrido *in casu*” (fl. 105).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: ALUGUÉIS. REAJUSTE ESPONTÂNEO. CONTAGEM DE PRAZO. PEDIDO DE REVISÃO. RAZOABILIDADE DO REAJUSTE PARA REINÍCIO DE PRAZO.

Reajustado o aluguel por acordo entre as partes, reinicia-se a contagem do prazo para admitir-se pedido de revisão, excetuando-se o caso em que o Juízo reconheça que o reajuste acordado tenha sido irrisório, perante o valor de mercado.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O Tribunal *a quo* lançou os seguintes fundamentos:

“Alugado é um apartamento de 2 quartos, sala, cozinha, d.c.e., banho e garagem, nesta cidade.

Em agosto de 91 pagavam-se Cr\$ 4.238,00.

Em julho de 91, Cr\$ 3.054,00.

O ajuizamento data de agosto de 91, ocasião para a qual o mercado imobiliário estimava um preço de Cr\$ 115.000,00, conforme documento nos autos.

É gritante o irrisório dos últimos valores pagos pela ocupação de um apartamento de dois quartos. Já é tranqüilo à nossa consciência, desde pronunciamento anterior do eminente

Juiz José Brandão, decidindo apelação na 2ª Câmara Cível, que o reajustamento voluntário da locação para preço ainda aquém do mercado não serve de base para cômputo do triênio legal de espera para ajuizar-se a revisional.

Os documentos de fls. 28, referidos na sentença, na verdade, não passam de recibos contendo visível reajuste apenas ligeiramente acima dos índices oficiais e que permaneceram insatisfatórios" (fls. 82/83).

O acórdão recorrido ostenta fundamentação sólida. Na realidade, embora tenha havido acordo para elevação do valor do aluguel em nível um pouco superior ao dos índices oficiais, chegou-se a uma diferença exorbitante entre o novo valor, Cr\$ 3.054,00, e o do mercado imobiliário, estimado em Cr\$ 115.000,00.

Deve haver razoabilidade na aplicação da lei. Os índices oficiais, pelo menos em certo período, revelaram-se expropriatórios do direito de remuneração aos proprietários de imóveis, a tal ponto que após dois ou três anos de contrato, o valor do aluguel mensal equivaleria ao preço de um lanche. É exatamente em casos como este que a rígida aplicação da norma, sem incursão na realidade tão bem lançada pelo v. acórdão, revelar-se-ia injusta, segundo o princípio de que "a extremada aplicação do direito torna-se extremada injustiça".

Cabe ao Juízo a avaliação da proporcionalidade dos valores, reajustados acima dos índices oficiais, para verificar se houve relevância que justifique a interrupção do prazo para pedido de revisão. E o parâmetro para o exame de razoabilidade é o valor do mercado, que, à época, era 36 (trinta e seis) vezes superior ao novo montante ajustado, com índices irrisoriamente superiores aos oficiais.

Caso não aquilatadas as provas dentro da realidade, como fundamentadamente fez o egrégio Tribunal recorrido, melhor juiz seria, em casos semelhantes, um computador programado para aplicar normas inflexíveis de direito.

Isto posto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.985-2 — MG — (92.25262-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recte.: Pedro Augusto de Araujo Pereira. Advogados: Rosan de Sousa Amaral e outro. Recdo.: Carmem Beatriz Pollon Franco Pereira. Advogados: José Maria de Fátima Andrade e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 17.11.92 — 6ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 28.104-4 — SP

(Registro nº 92.256.228)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Manzalli Transportadora Turística Ltda.*

Recorrido: *Cloves Pereira Luz*

Advogados: *Drs. Flávio Luiz Yarshell e outros, Maria Regina Correnti Garcia*

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA. MORTE DE MENOR. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. SEGURO OBRIGATÓRIO. IMPUTAÇÃO.

1. Não atenta contra o princípio da livre apreciação o acórdão que se louva em todo o conjunto das provas produzidas e não apenas em um testemunho.

2. Na indenização de dano moral, decorrente de acidente que vitimou menor, em face de pedido certo, não cabe a forma pensional.

3. Imputa-se no pagamento de indenização o valor recebido a título de seguro obrigatório do veículo causador do sinistro.

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 em parte, do recurso especial, e, nesta parte, em dar-lhe provimento.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Custas, como de lei.

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

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): MANZALLI TRANSPORTADORA TURÍSTICA LTDA. interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Segunda Câmara Especial do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que deu provimento à apelação interposta em autos de ação movida por CLOVES PEREIRA LUZ, visando receber indenização em virtude do falecimento de filho menor, atropelado por um ônibus de propriedade da recorrente, que estaria sendo conduzido por motorista embriagado.

Sustenta negativa de vigência ao art. 125, I, do Código de Processo Civil, que estatui tratamento igualitário às partes, por ter o Tribunal de origem determinado providências de cunho instrutório; ao art. 131 do mesmo diploma processual por ter deixado o acórdão de valorar o depoimento de uma testemunha; divergência com a Súmula nº 490 do Supremo Tribunal Federal, por ter sido a condenação imposta sob a forma de prestação única, e não em prestações periódicas. Sustenta, por fim, dissídio jurisprudencial com a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à possibilidade de compensação do ressarcimento com a importância recebida a título de seguro obrigatório.

Recebido e processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A questão sobre a isonomia entre as partes, envolvendo eventual contrariedade ao art. 125, I, do Código de Processo Civil, não foi devolvida neste recurso especial, por transformação do recurso extraordinário anteriormente interposto, porquanto não figura na argüição de relevância que manteve livre de preclusão outra matéria de natureza legal.

Sobre a referente à livre apreciação da prova, estou em que o acórdão não contrariou o art. 131 do Código de Processo Civil, ao conferir valoração ao conjunto probatório e não apenas ao depoimento de uma testemunha, dita, pela recorrente, a única digna de credibilidade.

Ora, é sabido e assim ensina DELLEPIANE, no seu clássico livro *Nueva Theoria General de La Prueba*, que a prova é um conjunto de conhecimentos de fato transmitido por testemunhas, perícias, documentos, presunções, todas elas constituindo indícios que, convergentes, informam a certeza, de que se vale o julgador para aplicar o direito que sobre essa certeza incide, sendo livre o aplicador da lei para essa apreciação, incumbindo-lhe, é certo, mencionar os fundamentos de sua decisão, não dispensada a análise de todos os dados probatórios em que se louva.

E foi o que fez o acórdão recorrido, complementado pelo proferido nos embargos de declaração, para dessa perquirição probatória, exaustiva, diga-se, concluir pela responsabilidade da empresa recorrente pelo acidente que vitimou o filho do autor, por culpa de seu preposto, que dirigia o veículo causador do evento, em estado de embriaguez etílica, comprovado por exame de sangue, colhido logo após a ocorrência.

A respeito de divergência com a Súmula 490 do Supremo Tribunal Federal, por sobre a impossibilidade de saber-se em que haveria essa divergência, dado que o simples enunciado sumular não define as situações de fato em que repousaram os acórdãos que conduziram à sua edição, de sorte a demonstrar a similitude com os que foram aqui enfrentados, por sobre essa impossibilidade, repito, estou em que, cuidando-se de indenização por dano moral, deva prevalecer a condenação a pagamento integral, não em forma pensional, até porque o pedido se apresenta certo, em quantia estimada, o que, no entanto, não impede, não obstante a regra do parágrafo único do art. 459 do Código de Processo Civil, a fixação de parâmetros para a determinação do valor da indenização, limitado este, como feito pelo acórdão, ao pedido, circunstância que é até favorável à empresa recorrente, a evidenciar a ausência de interesse de recorrer, ao propósito.

O dissídio quanto a pensionamento até a data em que o menor completaria 25 anos não se acha figurado, posto que aqui não se atribuiu indenização pensional, como acima ficou elucidado, dado o caráter do dano, definido como moral.

Tenho, no entanto, como comprovada a divergência a respeito da imputação no valor da indenização do que tenha recebido o autor, por força do seguro obrigatório do veículo. E, neste particular, como se cuida de seguro contratado pela recorrente, que pagou o respectivo prêmio, destinado a reparação parcial do dano, acato a orientação do acórdão

divergente, do Supremo Tribunal Federal, de sorte a que, ao ser cumprida a sentença, seja deduzida a quantia paga, a título de cobertura securitária.

Isto posto, voto no sentido de conhecer, em parte, do recurso e, nesta parte, dar-lhe provimento, para modificar o acórdão e determinar que, na liquidação, seja imputado o valor do seguro recebido pelo pai da vítima, mantida a condenação em sucumbência, dado que mínima a parte em que decaiu o autor.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.104-4 — SP — (92.256.228) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Manzalli Transportadora Turística Ltda. Advs.: Flávio Luiz Yarshell e outros. Recdo.: Cloves Pereira Luz. Advogada: Maria Regina Correnti Garcia.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu, em parte, do recurso especial e, nesta parte, deu-lhe provimento (em 26.10.92 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 28.243-7 — SP

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Irmãos Ribeiro — Exportação e Importação Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Francisco Prado de Oliveira Ribeiro e outro; Elizabeth Jane Alves de Lima e outros*

EMENTA: PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. ICM. QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO DO FUNDO DE DEFESA DA ECONOMIA CAFEIEIRA. QUOTA-LEILÃO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

Restabelecida a vigência da Instrução nº 205, de 12 de maio de 1961, da antiga Superintendência da

Moeda e do Crédito, pelo Decreto-lei nº 2.295/86, que no art. 28 estabelece a quota de contribuição para suprir recursos para o Fundo de Defesa da Economia Cafeeira, tal valor não poderá integrar base de cálculo para incidência de ICM.

Na interpretação do art. 2º, § 8º, do Decreto-lei nº 406/68, anterior, portanto, ao Decreto-lei nº 2.295/86, a expressão “valor líquido faturado”, base de cálculo do ICM, há que ser interpretada de acordo com os conceitos de direito comercial e de ciência contábil, vale dizer, excluídas as despesas.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Brasília, 04 de novembro de 1992 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Mandado de Segurança impetrado contra a Fazenda Estadual, objetivando eximir a Impetrante, empresa exportadora de café, do pagamento de ICM em cuja base de cálculo seja inserida a quota de contribuição estabelecida no art. 2º do Decreto-lei nº 2.295/86.

Do acórdão que cassou a sentença concessiva da segurança, apresentou a Impetrante recurso especial, com fulcro na alínea *a*, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal de 1988.

Quanto à letra *a*, afirma vulnerado e o § 8º do art. 2º do Decreto-lei nº 406/68, o qual estabelece que a base de cálculo será o valor líquido faturado, não podendo, pois, tal valor ser acrescido da quota de contribuição.

O recurso foi admitido pela letra *a* do permissivo constitucional.

Dispensei parecer da Subprocuradoria-Geral da República nos termos do RISTJ.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Senhor Presidente, com a reprimenda parcial da Instrução nº 205, de 12 de maio de 1961, da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito, determinada pelo Decreto-lei nº 2.295, de 25.11.86, que no seu art. 2º, estabelece a volta da incidência da quota de contribuição para suprir recursos para o Fundo de Defesa da Economia Cafeeira, gerido pelo Ministério da Indústria e Comércio com a colaboração do Conselho Nacional de Política Cafeeira, o Fisco dos Estados Produtores celebraram o Convênio ICM 27/87, com vigência a partir de 08.09.1987, suprimindo dedução da quota de contribuição da base de cálculo do ICM concedida pelos Convênios ICM 12/76 e 07/86.

A matéria vem sendo discutida nos Tribunais dos Estados produtores de café e neste Tribunal, onde vem predominando a orientação jurisprudencial traçada pelo Supremo Tribunal Federal em casos análogos, nos quais se discutia a incidência ou não do ICM, sobre a quota de contribuição devida ao Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA. O Pretório Excelso, por ambas as Turmas, decidiu pela ilegitimidade da incidência do ICM (RE 116.686-RJ, Rel. Min. Célio Borja, *in* DJ de 07.10.88; RE 87.873-PE, Rel. Min. Soares Munõz, RTJ 86/696; RE 94.618-PE, Relator Min. Soares Munõz, *in* DJ de 07.08.81; RE 63.969-SP, Rel. Min. Antônio Neder, RTJ 62/359; RE 77.480-SP, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, RTJ 71/829).

No mesmo sentido, temos, nas 1ª e 2ª Turmas deste Tribunal, decisões dos eminentes Ministros Garcia Vieira (AI nº 7.101-PR, *in* DJ de 31.12.90, pág. 14.344; AI nº 7.093-SP, *in* DJ de 28.11.90, pág. 13.969); José de Jesus (AI nº 6.542, *in* DJ de 03.12.90, pág. 14.340; AI nº 7.032-SP, *in* DJ 03.12.90, pág. 14.343); Américo Luz (AI nº 6.729-SP, *in* DJ 19.11.90, pág. 13.284). Além dos despachos enumerados, a Egrégia 1ª Turma já firmou jurisprudência, consagrando tese do eminente Ministro Armando Rollemberg, proclamada nos acórdãos unânimes dos REsps 4.429-PR, 3.933-PR, 3.893-SP, 3.929-PR, e enunciada na seguinte ementa:

“Tributário. ICM. Exportação de café. Abatimento da quota de contribuição recolhida ao Instituto Brasileiro do Café.

Não há como considerar-se que o § 8º, do art. 2º, do Decreto-lei 406/68, ao estabelecer que a base de cálculo na saída de mercadorias para o exterior seria o valor líquido faturado, estivesse considerando tal valor diverso daquele alcançado pela mercadoria, deduzidos os ônus previstos em relação à mesma, e, portanto, a quota de contribuição para o IBC. Quanto à referência contida na referida norma legal a frete, seguro e despesas de embarque, tem a finalidade de não fazer que o valor líquido da mercadoria, não interferindo, porém, na conceituação de tal valor. Recurso provido". (DJ de 03.12.90)

As referências que se fazem às despesas com frete, serviços, seguros ou outros quaisquer que se acresçam, são apenas exemplificativas. Na verdade, o que a lei quis proteger, e fixou como base de cálculo, é o valor líquido faturado com o conceito que lhe emprestam o Direito Comercial e a Ciência Contábil. Para sermos fiéis à Súmula 574 do Supremo Tribunal Federal, sem lei que estabeleça a base de cálculo, não pode haver incidência de imposto.

À vista do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.243-7 — SP — Relator: Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins. Recte.: Irmãos Ribeiro — Exportação e Importação Ltda. Advs.: Francisco Prado de Oliveira Ribeiro e outro. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Elizabeth Jane Alves de Lima e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento (em 04.11.92 — 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 28.769-1 — RJ

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

Recorrente: *Sebastião Cyrillo de Souza*

Recorrido: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Drs. Wellington Berthoux e outros e Aricia Bakx Balbi*

EMENTA: PROCESSUAL — ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA — LEI Nº 1.060/50 — ART. 17 — DECISÃO QUE APRECIA PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA — RECURSO OPORTUNO.

O art. 17 da Lei nº 1.060/50 está em vigor.

Cabe apelação para enfrentar decisão relacionada com pedido de assistência judiciária. O agravo de instrumento apenas é oportuno, quando a decisão decide de plano, nos autos do processo principal, o pedido de assistência (Lei nº 1.060/50 — art. 5º).

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, 04 de novembro de 1992 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

Ó EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro deixou de conhecer apelação, porque:

“O julgado que denega o pedido de assistência judiciária, no âmbito da ação principal, é decisão (art. 162, § 2º, do CPC).

Tal decisão é agradável, como deflui do art. 532 do CPC, dès que sentença é o ato que encerra o feito, “ex vi” do disposto no § 1º, do citado art. 162, e só é atacável através de apelação (art. 513, do CPC).

A fungibilidade não é cabível, diante da clareza das hipóteses mencionadas.

Apelação a que se não conhece" (fls. 12).

Sebastião Cyrillo de Souza interpôs recurso extraordinário.

Afirma que o aresto negou vigência ao artigo 17 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.

Queixa-se, também, por não se lhe haver concedido o benefício da fungibilidade recursal (fls. 19).

O recurso foi paralisado, no juízo de admissibilidade.

Houve agravo de instrumento, que provi.

Eis o relatório.

VOTO

EMENTA: PROCESSUAL — ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA — LEI Nº 1.060/50 — ART. 17 — DECISÃO QUE APRECIA PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA — RECURSO OPORTUNO.

O art. 17 da Lei nº 1.060/50 está em vigor.

Cabe apelação para enfrentar decisão relacionada com pedido de assistência judiciária. O agravo de instrumento apenas é oportuno, quando a decisão decide de plano, nos autos do processo principal, o pedido de assistência (Lei nº 1.060/50 — art. 5º).

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Em seu conteúdo original, o v. Acórdão recorrido limitou-se em afirmar que o recurso apropriado, na espécie, é a apelação.

Provocada por embargos declaratórios, a E. 1ª Câmara do Tribunal, apesar de "negar provimento ao recurso interposto", supriu a alegada omissão, esclarecendo que:

"O art. 17 foi revogado pelo atual Cód. de Processo Civil, o que elimina a dita contradição.

Se não houvesse, porém, tal revogação, a contradição inexistiria, porque o acórdão afirma, com veemência, que o recurso é de agravo, e não de apelação.

O julgamento poderia estar errado, mas a contradição, nem assim existiria.

Dessarte, nega-se provimento aos embargos interpostos” (fls. 15/16).

Esta assertiva é suficiente para dar ensejo ao recurso especial pela alínea c.

Conheço, pois, do recurso.

Dou-lhe, também, provimento.

Não é correto afirmar-se que o art. 17 foi revogado pelo Código de Processo Civil.

O referido Código foi instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Já o art. 17 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, vige, atualmente, com redação inserida pelo art. 9º da Lei nº 6.014, de 27.12.73.

Nesta circunstância, a se falar em revogação, haveríamos de dizer que o art. 17, em sua redação atual, derogou eventuais disposições em contrário, inscritas em leis, anteriores. O Código de Processo Civil, como se viu, é anterior ao art. 17.

O agravo de instrumento somente é oportuno quando o pedido de assistência judiciária é decidido de plano (art. 5º da Lei nº 1.060/50). Nesta hipótese, o E. Ministro Athos Carneiro, ocorre decisão interlocutória, nos próprios autos em que se desenvolve o processo. Por isto, o recurso haverá de se desenvolver em instrumento apartado. Do contrário, o processo restaria paralisado, emprestando-se ao recurso verdadeiro efeito suspensivo.

Veja-se, a propósito desta observação do Ministro Athos Carneiro, o Acórdão da Quarta Turma do STJ, no REsp nº 7.641, cuja ementa peço vênua para transcrever:

*“Autuado em apartado o pedido de revogação da assistência judiciária deferida ao autor — Lei 1.060/50, art. 7º —, do veredito de primeira instância o recurso cabível é o de **apelação** — art. 17. O recurso de agravo de instrumento somente será admitido, na sistemática geral dos recursos, de decisão proferida de **plano** no curso da própria ação — art. 5º, caput.”*

De qualquer sorte, o recorrente agiu bem, quando interpôs apelação.

Dou provimento ao recurso para que, superada a preliminar de conhecimento, a E. 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro prossiga no julgamento da apelação.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.769-1 — RJ — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Sebastião Cyrillo de Souza. Advs.: Wellington Berthoux e outros. Recdo.: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. Advogada: Aricia Bakx Balbi.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (em 04.11.92 — 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.