

**REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

**REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

ano 3 número 26 outubro 1991

© SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Praça dos Tribunais Superiores
70.072 — Brasília — DF

Livraria Brasília Jurídica Ltda.
SDS Bl. O - Ed. Venâncio VI - Lj. 27
Tels. (061) 224-4607 e 225-8494 - CEP 70.393

Tiragem 8.000 exemplares

Revista do Superior Tribunal de Justiça. a (1989-) — Brasília,
Superior Tribunal de Justiça, 1989 —

Mensal

ISSN 0103-4286

1. Direito — Periódicos — Brasil. 3. Jurisprudência —
Periódicos — Brasil. I. Superior Tribunal de Justiça

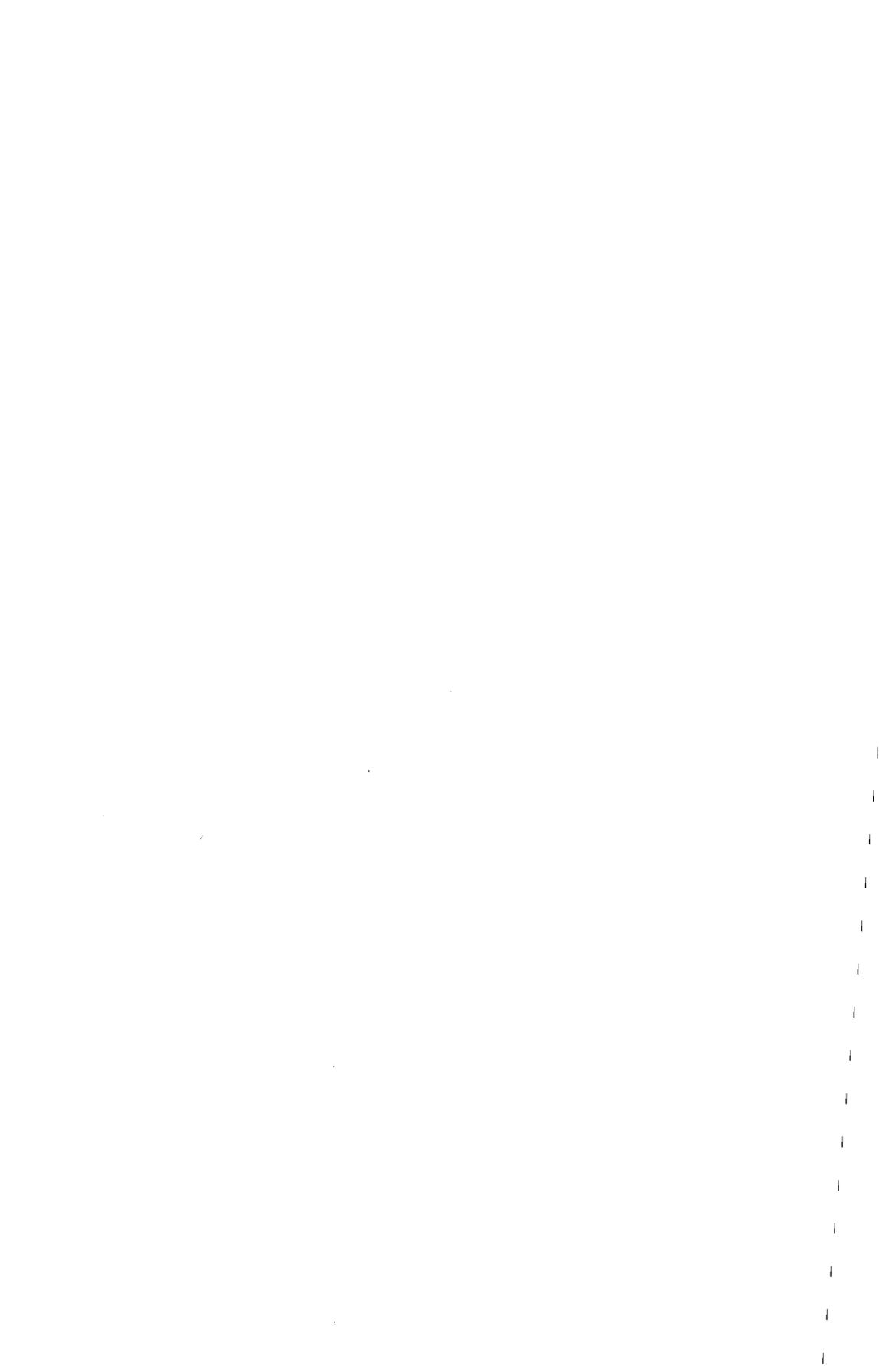
CDD 340.605

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA

Ministro FRANCISCO DIAS TRINDADE

Diretor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Antônio TORREÃO BRAZ — 19-12-77 — Presidente (*)
Ministro WILLIAM Andrade PATTERSON — 3-8-79 — Vice-Presidente (**)
Ministro JOSÉ Fernandes DANTAS — 29-10-76
Ministro WASHINGTON BOLÍVAR de Brito — 19-12-77
Ministro Romildo BUENO DE SOUZA — 8-4-80
Ministro JOSÉ CÂNDIDO de Carvalho Filho — 23-6-80
Ministro PEDRO da Rocha ACIOLI — 23-6-80
Ministro AMÉRICO LUZ — 23-6-80
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO — 23-6-80
Ministro Cid FLAQUER SCARTEZZINI — 7-5-81
Ministro Jesus COSTA LIMA — 9-12-81
Ministro GERALDO Barreto SOBRAL — 16-12-82 — Corregedor-Geral (**)
Ministro CARLOS Augusto THIBAU Guimarães — 10-6-83
Ministro Paulo Roberto Saraiva da COSTA LEITE — 25-9-84
Ministro NILSON Vital NAVES — 11-4-85
Ministro EDUARDO Andrade RIBEIRO de Oliveira — 12-6-85
Ministro Francisco DIAS TRINDADE — 9-1-86 — Diretor da Revista
Ministro JOSÉ DE JESUS Filho — 9-1-86
Ministro Francisco de ASSIS TOLEDO — 30-3-87
Ministro EDSON Carvalho VIDIGAL — 9-12-87
Ministro Jacy GARCIA VIEIRA — 8-9-88
Ministro ATHOS Gusmão CARNEIRO — 18-5-89
Ministro Luiz VICENTE CERNICCHIARO — 18-5-89
Ministro WALDEMAR ZVEITER — 18-5-89
Ministro Luiz Carlos FONTES DE ALENCAR — 18-5-89
Ministro Francisco CLÁUDIO de Almeida SANTOS — 18-5-89
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO Teixeira — 18-5-89
Ministro Raphael de BARROS MONTEIRO Filho — 18-5-89
Ministro HÉLIO de Mello MOSIMANN — 9-8-90
Ministro Francisco PEÇANHA MARTINS — 5-2-91
Ministro DEMÓCRITO Ramos REINALDO — 27-6-91
Ministro Humberto GOMES DE BARROS — 27-6-91

(*) Não integra as Turmas, preside a Sessão Plenária e a Corte Especial, onde tem, apenas, voto de qualidade (Art. 21, itens III e VI, do RI).

(**) Não integram as Turmas, integram o Plenário e a Corte Especial, com as funções de Relator e Revisor (Art. 22, § 1º, e 23, § 1º, do RI).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENÁRIO(*)

Presidente: Ministro TORREÃO BRAZ

CORTE ESPECIAL

(2ª quinta-feira de cada mês)

Presidente: Ministro TORREÃO BRAZ

Vice-Presidente: Ministro WILLIAM PATTERSON

Ministro JOSÉ DANTAS

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR

Ministro BUENO DE SOUZA

Ministro JOSÉ CÂNDIDO

Ministro PEDRO ACIOLI

Ministro AMÉRICO LUZ

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI

Ministro COSTA LIMA

Ministro GERALDO SOBRAL

Ministro CARLOS THIBAU

Ministro COSTA LEITE

Ministro NILSON NAVES

Ministro EDUARDO RIBEIRO

Ministro DIAS TRINDADE

Ministro GARCIA VIEIRA

Ministro ATHOS CARNEIRO

Ministro VICENTE CERNICCHIARO

Ministro WALDEMAR ZVEITER

Ministro FONTES DE ALENCAR

Ministro CLÁUDIO SANTOS

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO

Ministro BARROS MONTEIRO

PRIMEIRA SEÇÃO

(2ª e última terças-feiras de cada mês)

Presidente: Ministro PEDRO ACIOLI

1ª TURMA (Sessões às quartas-feiras e 1ª e 3ª segundas-feiras de cada mês)

Ministro PEDRO ACIOLI — Presidente

Ministro GARCIA VIEIRA

Ministro DEMÓCRITO REINALDO

Ministro GOMES DE BARROS

(*) O Plenário, quando convocado, reunir-se-á no dia de sessão da Corte Especial (Resolução nº 1-STJ, art. 3º).

2ª TURMA (Sessões às quartas-feiras e 1ª e 3ª segundas-feiras de cada mês)

Ministro AMÉRICO LUZ — Presidente
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Ministro JOSÉ DE JESUS
Ministro HÉLIO MOSIMANN
Ministro PEÇANHA MARTINS

SEGUNDA SEÇÃO
(2ª e última quartas-feiras de cada mês)

Presidente: Ministro BUENO DE SOUZA

3ª TURMA (Sessões às terças-feiras e 2ª e última segundas-feiras de cada mês)

Ministro NILSON NAVES — Presidente
Ministro EDUARDO RIBEIRO
Ministro DIAS TRINDADE
Ministro WALDEMAR ZVEITER
Ministro CLÁUDIO SANTOS

4ª TURMA (Sessões às terças-feiras e 2ª e última segundas-feiras de cada mês)

Ministro ATHOS CARNEIRO — Presidente
Ministro BUENO DE SOUZA
Ministro FONTES DE ALENCAR
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO
Ministro BARROS MONTEIRO

TERCEIRA SEÇÃO
(1ª e 3ª quintas-feiras de cada mês)

Presidente: Ministro JOSÉ CÂNDIDO

5ª TURMA (Sessões às quartas-feiras e 1ª e 3ª segundas-feiras de cada mês)

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI — Presidente
Ministro JOSÉ DANTAS
Ministro COSTA LIMA
Ministro ASSIS TOLEDO
Ministro EDSON VIDIGAL

6ª TURMA (Sessões às terças-feiras e 2ª e última segundas-feiras de cada mês)

Ministro JOSÉ CÂNDIDO — Presidente
Ministro WASHINGTON BOLÍVAR
Ministro CARLOS THIBAU
Ministro COSTA LEITE
Ministro VICENTE CERNICCHIARO

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL
(terças-feiras)

Ministro TORREÃO BRAZ — Presidente
Ministro WILLIAM PATTERSON — Vice-Presidente

Membros Efetivos

Ministro GERALDO SOBRAL — Corregedor-Geral
Ministro CARLOS THIBAU
Ministro COSTA LEITE

Membros Suplentes

Ministro NILSON NAVES
Ministro EDUARDO RIBEIRO
Ministro DIAS TRINDADE

COMISSÕES PERMANENTES

Comissão de Coordenação

Ministro COSTA LIMA
Ministro GERALDO SOBRAL
Ministro VICENTE CERNICCHIARO
Ministro FONTES DE ALENCAR — Suplente

Comissão de Documentação

Ministro JOSÉ CÂNDIDO
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Ministro ASSIS TOLEDO
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO — Suplente

Comissão de Regimento Interno

Ministro EDUARDO RIBEIRO
Ministro EDSON VIDIGAL
Ministro ATHOS CARNEIRO
Ministro WALDEMAR ZVEITER — Suplente

Comissão de Jurisprudência

Ministro JOSÉ DANTAS
Ministro NILSON NAVES
Ministro DIAS TRINDADE
Ministro JOSÉ DE JESUS — Suplente

SUMÁRIO

	Pág.
JURISPRUDÊNCIA	13
Ação Rescisória — Embargos	15
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	27
Conflito de Competência	33
<i>Habeas Corpus</i> e Recursos	65
Mandado de Injunção	181
Mandado de Segurança e Recursos	187
Recurso Especial — Embargos	297
Índice Sistemático	565
Índice Analítico	571



AÇÃO RESCISÓRIA — EMBARGOS



EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 228 — RJ
(Registro nº 91.0006690-7)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Embargante: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Embargada: *Golden Cross — Assistência Internacional de Saúde*

Advogados: *Elizabeth Regina Lopes Manzur e outros, Roberto Rosas e outros e Cotrim Neto, pela embargada*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA, SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA OU VIOLAÇÃO DE LEI. DESPROVIMENTO.

— Nega-se provimento aos embargos infringentes quando não comprovada a ocorrência de coisa julgada, não configurada supressão de instância nem for violado texto expreso de lei.

— Embargos desprovidos.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: O INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL, mediante embargos infringentes, impugna acórdão majoritário desta Primeira Seção na ação rescisória em que busca desconstituir decisão da Quarta Turma do extinto TFR, concessora de segurança à GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE para isentá-la da contribuição patronal previdenciária.

Pretende tornar prevalecente o voto do Exmo. Ministro Relator sorteado e vencido, argumentando, resumidamente, que as preliminares de coisa julgada e de desobediência ao princípio do duplo grau devem ser acolhidas face à existência de acórdão proferido pelo Egrégio STF em mandado de segurança idêntico impetrado pela recorrida, e porque a segunda instância de julgamento não podia manifestar-se sobre o mérito da questão que não fora apreciado no primeiro grau. Quanto ao mérito, a seu ver, impõe-se a desconstituição pretendida, pois a decisão rescidenda violou texto expresso de lei.

Dirigido o apelo ao Exmo. Ministro Revisor, autor do primeiro voto divergente e, a final, vencedor, este deixou de pronunciar-se sobre a admissibilidade do recurso por não mais integrar a C. Primeira Seção (fl. 497v.). Os autos foram, então, remetidos ao Exmo. Ministro Presidente deste Tribunal que tornou insubsistente o despacho de fl. 497v., determinando a adoção das providências cabíveis pela Divisão competente (fl. 498). Enviado o processo ao Exmo. Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN, autor do segundo voto dissidente, na forma do art. 52, IV, c, do RISTJ, este admitiu os embargos “para discussão” (fl. 498v.).

Regularmente processados e contraditados pela parte contrária, coube-me relatar os infringentes, como ora faço.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): A matéria já foi amplamente debatida nesta Seção, quando do julgamento da

rescisória. A despeito do louvável esforço desenvolvido, o recorrente não apresenta qualquer argumento novo que mereça destacado.

A distinção entre o acórdão do Egrégio STF e o que se pretende rescindir, prolatado pelo extinto TFR, ressalta em suas próprias ementas, valendo a transcrição:

“Entidade de fins filantrópicos. Contribuição previdenciária patronal. Isenção. Lei 3.577/59. Somente as entidades de fins filantrópicos, reconhecidas como de utilidade pública por ato federal, estão isentas da contribuição patronal. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (fl. 224).

“Previdenciário. Entidade reconhecida pelo Governo Federal como de utilidade pública. Isenção de contribuição patronal para a Previdência Social. Se a entidade obteve o reconhecimento de utilidade pública pelo Governo Federal em atenção a requerimento feito anteriormente à época a que se referem levantamentos de débitos contra os quais se insurgiu, assistia-lhe direito à isenção da contribuição patronal para a Previdência Social, por ter tal reconhecimento efeito retrooperante. Apelação provida para reformar a sentença e deferir o mandado de segurança.” (fl. 136)

Vê-se, claramente, que o primeiro deles cuida de ação promovida enquanto a embargada não dispunha do reconhecimento de utilidade pública pelo Governo Federal e, o segundo, quando já satisfazia esta condição legalmente exigida.

Tratando-se de casos diversos, não há como admitir-se a ocorrência de coisa julgada, sendo incabíveis os embargos sob tal aspecto.

No que concerne à supressão de instância, entendo também não se ter configurado.

Com efeito, a sentença de primeiro grau diz textualmente que: “antes, porém, de examinar o mérito, cumpre apreciar a argüição de coisa julgada que, no caso, **relaciona-se intimamente com ele**” (fl. 88), passando a tecer considerações em torno do fundo da questão para concluir ser a impetrante, ora embargada, carecedora da segurança pretendida.

Ora, considerando a disposição contida no art. 515 do CPC, segundo o qual a apelação devolve ao *ad quem* todas as questões suscitadas e discutidas no *a quo*, ainda que não as tenha julgado por inteiro, e tendo em vista que a sentença, para julgar a então impetrante carecedora da segurança, declaradamente, adentrou o mérito da questão, por conside-

rá-lo intimamente relacionado com a argüição de coisa julgada, habilitou o TFR a sobre ele manifestar-se. A devolução dos autos ao juízo singular, para que este apenas renovasse o que já fizera, atentaria contra o princípio da economia processual.

Neste ponto, nego também provimento aos embargos.

Quanto ao mérito propriamente dito, a embargante insiste na alegação de que fora violado o Decreto-lei nº 1.572/77. No particular, contudo, nada se pode acrescentar aos judiciosos pronunciamentos, quando do julgamento da rescisória, notadamente os brilhantes votos dos eminentes Ministros Vicente Cernicchiaro (fls. 448/452), Hélio Mosimann (fls. 453/454) e Américo Luz (fls. 457/464), concluindo não ter sido vulnerado o referido Decreto-lei, uma vez que, antes dele, a Golden Cross ingressara com pedido de declaração de utilidade pública (Proc. nº 17.070/74), cujo despacho indeferitório foi posteriormente reconsiderado (Dec. 8.122/82), reconsideração que, como salientado pelo Exmo. Min. Vicente Cernicchiaro, operou efeito *ex tunc*. Assim, o requerimento formulado pela embargada atendeu ao lapso temporal do mencionado Decreto-lei 1.572/77 (fl. 450), arrematando o Exmo. Sr. Min. Hélio Mosimann que este foi cumprido ao invés de ser violado pelo aresto rescindendo (fl. 454).

Inexistindo coisa julgada, incorrendo a alegada supressão de instância e não tendo a decisão rescindenda infringido texto de lei, nego provimento aos embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, o caso foi examinado em profundidade por ocasião do julgamento da ação rescisória. Sob todos os ângulos, as questões atinentes à coisa julgada, à supressão da instância e ao mérito da questão, à vista do Decreto-lei nº 1.572, de 1977, foram decididas com brilhante fundamentação. Na antiga Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, tive ensejo de acompanhar o ilustre Relator, que foi o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Quanto à coisa julgada, que foi a única questão nova que aqui foi trazida na rescisória, bem mostraram os doutos votos proferidos que o Supremo Tribunal Federal não chegou a examinar o mérito da questão suscitada no mandado de segurança, isto é, a matéria atinente à isenção. Assim não se procedeu, porque não havia sido, então, apresen-

tado o Decreto Federal Declaratório de Utilidade Pública. Mas agora, no mandado de segurança em que foi proferido o julgado rescindendo, esse decreto foi trazido à colação. Portanto, a matéria relativa à isenção podia ser apreciada, como o foi.

Fala-se, ainda, que houve supressão de instância, porque a antiga Quarta Turma examinou o mérito do mandado de segurança, embora o Juiz tenha julgado o autor carecedor da ação. Naquele ensejo, embora vogal, proferi voto dizendo que, apesar de ter julgado o autor carecedor da ação, em razão de coisa julgada, o Juiz adentrou no mérito. O Relator acabou de ler a sentença do Juiz, que bem testifica que tal aspecto foi considerado por ocasião do julgado rescindendo. Foi amplamente debatida a matéria. Sempre interpretei o Código de Processo Civil, art. 515, no sentido de que há de se observar o duplo grau de jurisdição. Assim, se o Juiz de Primeiro Grau decreta a prescrição, o Tribunal, que a repele, não pode avançar no exame da matéria; deve devolvê-la à apreciação do Juiz de Primeiro Grau. Mas o processo é instrumento da jurisdição. Sempre gostei de estudar Direito Processual, mas jamais fui formalista. Creio que o formalismo compromete o exercício da jurisdição, compromete a administração da Justiça e, por isso mesmo, dentro desse enfoque, é que, tendo o Juiz — embora não precisasse — examinado a questão acerca do mérito da causa, seria perda de tempo devolver o processo para que ele dissesse a mesma coisa. Não havia razão alguma para isso. Por isso mesmo é que a Turma, de logo, afastou a coisa julgada e examinou a mérito da causa. Não vejo, realmente, nenhuma ofensa à alegada supressão da instância.

E, quanto ao mérito, conforme disse, a matéria era mansa, pacífica, tranqüila quanto ao efeito *ex tunc* do Ato Declaratório de Utilidade Pública. Muitas empresas, dezenas de empresas, — talvez centenas — utilizaram-se desta ressalva do Decreto-lei nº 1.572, de 1977, que acabou com a isenção da cota patronal. Várias teses foram suscitadas. Prevaleceu o entendimento de que aqueles pedidos declaratórios de utilidade pública, ainda em tramitação, renovados no prazo de noventa dias, todos eles poderiam ser apreciados, sendo que o conseqüente reconhecimento da isenção tinha efeito retrooperante. São decisões tranqüilas, pacíficas e, se não falha a memória, chegaram até algumas delas a substanciar súmulas do antigo Tribunal Federal de Recursos.

Assim sendo, peço vênias para acompanhar o voto do Ilustre Ministro Peçanha Martins.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, quando do extinto Tribunal Federal de Recursos, também participei da dis-

cussão e votação dessa matéria. Naquela oportunidade o Ministro-Relator, assim como o Ministro Pádua Ribeiro, rememoraram bem a questão que foi colocada nos seus devidos termos.

Por essa razão, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

VOTO VENCIDO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, por ocasião do julgamento da ação rescisória, fiquei vencido e por isso vou ler meu voto. Inicialmente, levantei uma preliminar: (lê)

“A Golden Cross, em dezembro de 1976, impetrou mandado de segurança contra ato da Superintendência do INPS que considerou cancelada a isenção da contribuição patronal prevista pela Lei nº 3.577/59, por seu regulamento (Decreto-lei 1.117/62 e reconhecida pelo art. 275 do Decreto 72.771/73, alterado pelo Decreto nº 77.077/76 e pediu a concessão da segurança para ser reconhecido o seu direito “de continuar no gozo da isenção da taxa de empregador...” (doc. de fls. 142/149). Foi concedida a segurança pelo então Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, hoje Eminentíssimo Ministro desta Corte, Américo Luz (doc. de fls. 158/163). Houve apelação (AMS nº 82.244-RJ) e o extinto TFR manteve a sentença (doc. de fls. 177/183). Interposto o RE (fls. 184/189), foi ele admitido (fls. 190/193) e nossa Corte Maior (RE nº 92.800-6) cassou a segurança, em acórdão com a seguinte ementa:

“Entidade de fins filantrópicos. Contribuição previdenciária patronal. Isenção. Lei 3.577/59. Somente as entidades de fins filantrópicos, reconhecidas como de utilidade pública por ato federal, estão isentas da contribuição patronal. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Houve embargos de divergência que foram rejeitados (docs. de fls. 231/257). Os embargos de declaração foram também rejeitados (docs. de fls. 259/275) e o acórdão transitou em julgado (fls. 276).

Restou, então, definitivamente decidido, não ter a ré direito à isenção da contribuição patronal porque não fora tempestivamente reconhecida como de utilidade pública por decreto federal.

A ré, em agosto de 1985, ajuizou novo mandado de segurança, contra o mesmo IAPAS, reiterando o mesmo pedido formulado no mandado de segurança anterior, já definitivamente julgado, pretendendo lhe seja reconhecido o direito a isenção do pagamento da quota patronal (doc. de fls. 37/58). Este mandado de segurança foi julgado pelo MM. Juiz Federal Clélio Erthal, da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que acolheu a argüição de coisa julgada e julgou a impetrante carecedora da segurança (doc. de fls. 85/90). O extinto TFR deu provimento à apelação (AMS nº 111.201-RJ) e concedeu a segurança (docs. de fls. 130/137), em julgamento com a seguinte ementa:

“Previdenciário — Entidade reconhecida pelo Governo Federal como de utilidade pública — Isenção de contribuição patronal para a Previdência Social — Se a entidade obteve o reconhecimento de utilidade pública pelo Governo Federal em atenção a requerimento feito anteriormente à época a que se referem levantamentos de débitos contra os quais se insurgiu, assistia-lhe direito à isenção da contribuição patronal para a Previdência Social, por ter tal reconhecimento efeito retrooperante.

Apelação provida para reformar a sentença e deferir o mandado de segurança.”

Este acórdão transitou em julgado (doc. de fls. 138).

A nosso ver, este acórdão violou a coisa julgada. Se já havia a decisão transitada em julgado, do Colendo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 92.800-6, negando à ré o direito à isenção da contribuição patronal (fls. 224), não poderia ela, através de outro mandado de segurança idêntico, pedir isenção da mesma contribuição. Com o segundo mandado de segurança, reproduziu a ré ação idêntica à julgada definitivamente pelo Pretório Excelso, com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. A decisão da Suprema Corte de que a ré não tem direito à isenção patronal se tornou imutável e indiscutível (art. 467 do CPC), e se transformou em lei entre as partes (art. 468 do CPC) e nenhum Juiz ou Tribunal poderia decidir, de novo, esta questão (art. 471 do CPC), porque já foram deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas produzidas ou que poderiam ser feitas pela ré (art. 474 do CPC).

A sentença que resolve o mérito declara a inexistência do direito e denega a segurança, faz coisa julgada, não podendo o

pedido ser renovado (art. 16 da Lei 1.533/51). Esta é, hoje, uma questão pacífica em nossos Tribunais.

O venerando acórdão recorrido ofendeu a coisa julgada.”
Então, Sr. Presidente, com esse fundamento, recebo os embargos.

VOTO VENCIDO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, passo à leitura da segunda preliminar: (lê)

“Se o MM. Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro acolheu a alegação de coisa julgada e julgou a impetrante carecedora da segurança (doc. de fls. 85/90), o extinto TFR, ao reformar a sentença, tinha de baixar os autos para que o julgador de 1º grau apreciasse e julgasse o mérito e não julgá-lo, desde logo. Agindo como agiu, suprimiu uma instância. Impera, entre nós, o duplo grau de jurisdição e o tribunal, ao julgar o mérito, não apreciado e decidido pelo Juiz *a quo*, suprimiu um grau de jurisdição. Neste sentido os precedentes do próprio TFR na EAC nº 96.516-SP e AC nº 103.143-RJ, DJ de 20.08.87, Relator o Eminentíssimo Ministro Carlos Velloso.”

Recebo, também, por esse fundamento.

Leio o voto com referência ao mérito: (lê)

“Hoje é tranqüilo em nossos tribunais o entendimento de que para se obter a isenção da quota patronal relativa às contribuições previdenciárias, é necessária a declaração tempestiva de utilidade pública, por decreto federal e neste sentido existe a Súmula nº 144 do extinto TFR. Acontece que a ré só foi declarada de utilidade pública, pelo Decreto nº 87.122, de 26 de abril de 1982 (doc. de fls. 31/32), quando a Lei 3.577, de 04 de julho de 1959, já havia sido revogada pelo Dec.-lei 1.572, de 1º de setembro de 1977. Ora, se a Lei 3.577/59, que isentara da quota patronal as entidades de fins filantrópicos, reconhecidas como de utilidade pública por decreto federal, foi revogada bem antes do decreto que reconheceu a ré como de utilidade pública, ela só teria direito à isenção pleiteada caso tivesse sido amparada por um dos três parágrafos do artigo 1º do citado Decreto-lei 1.572/77. Até a data desta norma legal (1º.09.77), não tinha ela ainda sido reconhecida como de utilidade pública pelo Gover-

no Federal (§ 1º) e não estava no gozo da isenção pretendida e não poderia requerê-la no prazo de 90 dias porque seu pedido nesse sentido havia sido negado e cancelada a isenção provisória (§§ 2º e 3º). A decisão hostilizada desconhece a revogação efetivada pelo Decreto-lei 1.572/77, e suas conseqüências. A partir desta revogação não poderia a ré obter a isenção. Sua declaração de utilidade pública pelo Decreto nº 87.122/82 foi cassada pelo Decreto número 95.740/88 (doc. de fls. 33), com base no art. 5º da Lei 91, de 28 de agosto de 1935, e artigos 6º e 7º do Decreto nº 50.517/61, por ter ficado comprovado que ela deixara de preencher os requisitos legais para continuar usufruindo da isenção.

Nossa Corte Maior, antes de julgar os embargos no RE nº 92.800-6-RJ, tomou conhecimento do Decreto 87.122/82, que declarou a ré de utilidade pública (doc. de fls. 228) e não deu a ele a menor relevância no deslinde da controvérsia, por ser irregular e extemporâneo.

A restauração do registro por despacho do então Ministro da Justiça, em 09 de fevereiro de 1990 (doc. de fls. 401), não pode prevalecer, primeiro, porque despacho não revoga decreto e segundo não encontra ele nenhum apoio nos parágrafos do artigo 1º do referido Decreto-lei 1.572/77.

As condições de fins filantrópicos e de utilidade pública, declaradas por decreto federal, têm de ser comprovadas no ato do requerimento do certificado e mantidas até a data do exame do pedido porque uma entidade que não é ou deixou de ser de fins filantrópicos ou que não tenha sido declarada como tal, à época do requerimento, não tem direito de obter o certificado de filantropia. A ré, até ser revogada a Lei 3.577/59, não havia ainda sido declarada, por decreto federal, de utilidade pública e não foi beneficiada pelo artigo 1º do Dec.-lei 1.572/77 porque seu pedido já havia sido negado.

O próprio Ministro da Justiça de então verificou, pessoalmente, que a ré não preenchia mais as condições para continuar usufruindo das conseqüências da declaração de utilidade pública (docs. de fls. 374/375) e, por isso, foi ela cassada por ato do Presidente da República (doc. de fls. 373).

A nosso ver, a decisão hostilizada, ao dar provimento à apelação e reconhecer, em favor da ré o direito à isenção da contribuição patronal, violou várias normas legais.”

Por esses três fundamentos, recebo os embargos.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, o Eminentíssimo Relator destes embargos, em seu voto, baseou-se, pelo menos em parte, no voto que proferi aqui por ocasião do julgamento da ação rescisória. Recordo-me de que, àquela época, lá pelo fim do ano passado, fui levado a pedir vista, se não me engano, por duas vezes, deste processo, a fim de instruir-me a respeito da matéria ali tratada, tanto no exame das preliminares (coisa julgada e duplo grau de jurisdição), como análise do mérito.

Não foram trazidos novos elementos, e não encontro razão alguma para mudar aquele meu entendimento. Por isso, acompanho o Eminentíssimo Relator dos embargos, negando provimento a este recurso.

EXTRATO DA MINUTA

EI na AR nº 228 — RJ — (91.0006690-7) — Rel.: Min. Peçanha Martins. Embte.: INSS. Embda.: Golden Cross — Assistência Internacional de Saúde. Advs.: Elizabeth Regina Lopes Manzur e outros, Roberto Rosas e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Cotrim Neto, pela embargada.

Decisão: A Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Garcia Vieira, rejeitou os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (03.09.91 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Gomes de Barros, Pádua Ribeiro e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Pedro Acioli e Demócrito Reinaldo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Nº 3.654 — SP

(Registro nº 90.0003861-8)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Agrte.: *Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S/A*

Agrdo.: *R. Despacho de fls. 162*

Advogados: *Drs. Gustav Lívio Toniatti e outros*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.

1. Não há como se admitir recurso especial, sem que a norma apontada como vulnerada, no momento oportuno, tenha sido levada à apreciação da instância julgadora local.

2. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de outubro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: PRODUTOS ROCHE QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS S/A interpõe agravo regimental contra seguinte decisão (fls. 162), *verbis*:

“A hipótese versa agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial.

No caso vertente, como bem ressaltou o r. despacho agravado, os dispositivos legais a que se reporta o recurso (artigos 359, I, 429 do Código de Processo Civil) não foram examinados pelo v. acórdão recorrido, eis que a recorrente deixou de suscitá-los nas razões dos embargos declaratórios (fls. 121/123) e dos embargos infringentes (fls. 127/134).

Ausente, assim, o indispensável prequestionamento.

Nego provimento”.

Alega a agravante que invocou contrariedade aos supramencionados dispositivos legais por época da interposição dos embargos de declaração, consoante trecho que aponta, o qual ora transcrevo para maior esclarecimento (fls. 165):

“(...) a fundamentação técnica a que alude o v. acórdão recorrido só não foi mais completa e convincente por **culpa exclusiva da Embargada**, que deixou de prestar as informações pertinentes ao Poder Judiciário...

Posto isto, verificado que o v. acórdão se omitiu sobre o ponto que deveria pronunciar-se — qual seja a já mencionada recusa da Embargada em fornecer ao Sr. Perito os esclarecimentos que lhe permitiriam dar resposta mais técnica e convincente — impõe-se, agora, que tal falha seja sanada, dando-se provimento ao presente recurso, para que fique esclarecido que o Sr. Perito, conforme informa nos autos, não teve condições de completar o seu trabalho, **por culpa exclusiva da Embargada, que se negou a fornecer-lhe os elementos solicitados.**” (fls. 123 destes autos).”

Assim, finaliza a agravante, ante a prefalada argumentação, mesmo não indicando expressamente os dispositivos de lei federal, cumpriu o requisito do prequestionamento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Em suas razões deduzidas contra a decisão que negou provimento ao agravo, expõe a recorrente (fls. 164/165):

“1 — A agravante pretende submeter a essa instância a relevante questão da amplitude da presunção instituída pelo Artigo 359, I, do Código de Processo Civil. A ré, ora agravada, sonegara à perícia judicial elementos essenciais à realização da perícia e ao correto deslinde da controvérsia, frustrando a ação dos louvados das partes e do Juízo no âmbito da habilitação do Artigo 429 do mesmo CPC.

2 — A má-fé da parte contrária nesse contexto foi constatada pelo próprio Tribunal *a quo*, que lhe aplicou uma sanção, ao reduzir ao mínimo os honorários da sucumbência.

3 — O fato está relatado em todos os seus aspectos essenciais na petição de embargos declaratórios (fls. 121/123):

“(...) a fundamentação técnica a que alude o v. acórdão recorrido só não foi mais completa e convincente **por culpa exclusiva da Embargada**, que deixou de prestar as informações pertinentes ao Poder Judiciário...

Posto isto, verificado que o v. acórdão se omitiu sobre o ponto que deveria pronunciar-se — qual seja a já mencionada recusa da Embargada em fornecer ao Sr. Perito os esclarecimentos que lhe permitiriam dar resposta mais técnica e convincente — impõe-se, agora, que tal falha seja sanada, dando-se provimento ao presente recurso, para que fique esclarecido que o Sr. Perito, conforme informa nos autos, não teve condições de completar o seu trabalho, **por culpa exclusiva da embargada, que se negou a fornecer-lhe os elementos solicitados.**” (fls. 123 destes autos).

4 — Entende a ora agravante que, com a invocação da tutela judicial para contexto fáctico capitulado na lei processual em vigor, suprida está a eventual ausência de indicação do dispositivo legal aplicável, diante da clareza com que a *fattispecie* se configura”.

2 — Sobre o ponto, lê-se no v. acórdão da apelação (fls. 125):

“A insuficiência do laudo pericial, que agora se pretende, decorrente de obstáculo criado pela ré negando-se a fornecer-

lhes os esclarecimentos necessários ao seu trabalho, não foi suscitada ao ensejo das razões recursais, nem se insere como fundamento do r. decisório majoritário, quando é certo que, se houve tal recusa, a autora disporia dos meios processuais adequados para a obtenção dos informes acenados pelo perito”.

3 — Acresce que, nem na petição de interposição de embargos declaratórios (fls. 121/123); nem na de embargos infringentes, nenhuma norma é apontada como vulnerada pelo acórdão da apelação (fls. 127/134).

4 — Não há, por conseguinte, como reconhecer procedência na mais recente impugnação; a qual, por isso, rejeito, ao desprover este agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no Ag nº 3.654 — SP — (90.0003861-8) — Rel.: O Senhor Ministro Bueno de Souza. Agrte.: Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S/A. Agrdo.: R. Despacho de Fls. 162. Advogados: Drs. Gustav Lívio Toniatti e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental. (em 09.10.91 — 4ª Turma)

Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.392 — RJ
(Registro nº 9072271)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Suscitante: *Décima Quinta Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro-RJ*

Suscitado: *Juízo de Direito da 3ª Vara de Acidentes do Trabalho do Rio de Janeiro-RJ*

Autor: *Oziel Francisco Vicente*

Réu: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Advogado: *Dr. Dalvenio Torres Motta*

EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. C.F. ARTS. 25, 109 e 125.

I — A Constituição Federal alijou da competência federal as ações referentes a acidentes do trabalho.

II — Competência que se firma a favor da Justiça Estadual, por força da interpretação sistemática dos arts. 25, § 1º, e 125, ambos da C.F.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, pela competência do Juízo de Direito da 3ª Vara de Acidentes do Trabalho do Rio de Janeiro-RJ, Suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de conflito negativo de competência entre o Juízo da 15ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, e o Juízo de Direito da 3ª Vara de Acidentes do Trabalho da Comarca do Rio de Janeiro, nos autos de ação de acidente do trabalho proposta por Oziel Francisco Vicente.

O Juízo de Direito ao declinar de sua competência disse — fl. 35:

“Tendo em vista que a nova Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, e em vigor a partir de 06 de outubro de 1988, estabelece, por força dos §§ 3º e 4º do artigo 109, c/c §§ 6º, 7º e 10 do artigo 27, do ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS, que a competência de tal processo foi transferida para Jurisdição de qualquer uma das Varas Federais existentes na Cidade do Rio de Janeiro, sede do Juízo Federal, onde o Autor é domiciliado, conforme a inicial, como exceção, DECLINO da competência deste Juízo em favor daquele, por perda de Jurisdição deste Juízo, o que faço com amparo nos artigos acima invocados. Remetam-se os presentes autos, após as baixas na Secretaria e Distribuidor, para a sede da Justiça Federal neste Estado. Publique-se. Registre-se”.

O Juízo Federal da 6ª Vara decidiu assim — fl. 37:

“As causas relativas a acidentes de trabalho estão expressamente excluídas da competência da Justiça Federal de primeira instância, face ao disposto no artigo 109, I, da vigente Lei Maior.

A matéria, por sua natureza, insere-se na competência da Justiça do Trabalho, da qual foi retirada em razão do disposto no artigo 142, § 2º, da Emenda Constitucional nº 01/69, sujeitos, a partir de então, os respectivos litígios à jurisdição da justiça ordinária dos Estados, Distrito Federal ou Territórios.

Não reproduzida a ressalva na nova Constituição, a matéria resta no âmbito da jurisdição especializada, por sua natural afinidade”.

Às fls. 43 o Juízo da 15ª Junta de Conciliação e Julgamento decidiu nestes termos:

“A ação de acidente do trabalho não é dissídio entre trabalhadores e empregadores, não há lei atribuindo a controvérsia de acidente do trabalho à Justiça do Trabalho, nem tem a ação acidentária origem nas sentenças proferidas nesta Justiça. Portanto, não se enquadra em nenhuma das três hipóteses de competência fixadas no texto constitucional.

Examinando-se os termos do art. 109 da Constituição, em que se fundou o MM. Juiz da 6ª Vara Federal para declinar para a Justiça do Trabalho, observa-se, *data venia*, bastar a exegese isolada do mesmo art. 109 para concluir-se não ser a Justiça do Trabalho competente para as causas de acidente do trabalho: “Aos Juízes federais compete proceder e julgar:

I — as causas em que a União, entidade Autárquica ou Empresa pública federal foram interessadas na condição de Autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, de acidente do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”

Se as causas de acidente do trabalho estivessem compreendidas na competência da Justiça do Trabalho, não haveria razão para o legislador constitucional referir-se a elas separadamente.

A Súmula 235, do Colendo Supremo Tribunal Federal, não revogada, esclarece a matéria:

“É competente para a ação de acidente do trabalho a Justiça Cível Comum, inclusive em segunda instância, ainda que seja parte autarquia seguradora”.

O Ministério Público Federal opinou pela competência da Justiça Estadual.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Li no relatório os fundamentos da decisão do Juízo Federal e do Juízo da 15ª Junta de Conciliação e Julgamento aos quais me filio pela precisão da exposição para declinarem de suas competências.

É o bastante, mas coloco também em relevo o pronunciamento do Ministério Público Federal no seguinte sentido — fl. 52:

“2. O art. 109, da C.F., exclui dos juízes federais o poder de processar e julgar ações de acidentes do trabalho.

A regra positiva de competência é esta: não se insere na competência da Justiça Federal examinar e decidir em autos de ações de acidentes do trabalho.

A competência é, pois, da Justiça Comum Estadual, por força de interpretação sistemática dos arts. 25, § 1º, e 125, da C.F.

3. O novo texto constitucional, não discrepando do explicitado no da Carta recém-revogada, ao contrário, reafirmando não competir à Justiça Federal julgar esse tipo de causa, opera-se o cognominado fenômeno jurídico-constitucional da recepção, pelo que, as regras infraconstitucionais preexistentes, não colidentes com a Nova Lei Maior, são reconstitucionalizadas, agora sob outro fundamento, o do recém-vigorante Estatuto Político Básico”.

Pelo exposto, conheço do conflito e o julgo procedente para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara de Acidentes do Trabalho da Comarca do Rio de Janeiro.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 1.392 — RJ — (9072271) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Suscitante: Décima Quinta Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro-RJ. Suscitado: Juízo de Direito da 3ª Vara de Acidentes do Trabalho do Rio de Janeiro-RJ. Autor: Oziel Francisco Vicente. Réu: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Advogado: Dr. Dalvenio Torres Motta.

Decisão: A Seção, por unanimidade, decidiu pela competência do Juízo de Direito da 3ª Vara de Acidentes do Trabalho do Rio de Janeiro-RJ, suscitado. (em 11.09.90 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Geraldo Sobral, Ilmar Galvão, José de Jesus, Garcia Vieira, Vicente Cernicchiaro e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



CONFLITOS DE COMPETÊNCIA Nºs 1.629 e 1.630 — DF
(Registros nºs 90.13857-4 e 90.13856-9)

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

Suscitantes: *Antônio M. Martins — Espólio, e Renata R. de M. Martins, representada por sua mãe, Elser Vieira Rocha*

Suscitados: *Tribunal de Justiça do Estado de Goiás e Juízo de Direito da Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília-DF*

Partes: *Antônio Gurdjieff Gomes e Antônio M. Martins (Sucessões) e outro e Renata Rocha de Mello Martins e outro*

Advogada: *Maria de Lourdes Taranto Piazza*

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ARGÜIÇÃO NO CASO.

A exceção de incompetência argüida exclui a possibilidade de a parte suscitar conflito de competência (art. 117 do CPC, *caput*).

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de maio de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Nos autos do Conflito de Competência nº 1.630, suscitado pelo Espólio de Antônio Mello Martins e pela herdeira menor Renata Rocha de Mello Martins, nos autos de ação de petição de herança proposta por Antônio G. Gomes, a douta Subprocuradoria-Geral da República expõe:

“Perante a 1ª Vara de Família de Goiânia, tramitava ação de investigação de paternidade, proposta em 1987. O investigado, domiciliado em Brasília, contestou a ação sem excepcionar o foro. Vindo posteriormente a falecer, seus filhos o sucederam, juntamente com o Espólio, e argüiram a incompetência do foro.

O Autor propôs então ação de petição de herança, que foi anexada à investigatória, e os herdeiros réus impugnaram o foro.

A MM. Juíza da 1ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia declinou de sua competência e remeteu os autos à Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília, onde se processava o inventário do investigado.

No Juízo de Brasília, o titular se manifestou nos seguintes termos:

“

2. Há evidente conexão entre esta investigatória e a apensa ação de petição de herança. Consoante a Lei de Organização Judiciária local este juízo tem competência para o processo e julgamento de petição de herança e, logo, por via de atração, a investigatória conexa.

Não se trata ainda de incompetência absoluta. As partes aceitaram nossa competência, bem assim a Corregedoria.

Está portanto prorrogada”.

O Tribunal do Estado de Goiás, apreciando o agravo do Investigando, reconheceu a competência do Juízo local para a investigação e petição de herança, como esclarece a ementa do acórdão proferido:

“EMENTA: Agravo de Instrumento. Investigação de Paternidade. Ação de Petição de Herança. I — Já preexistente a ação de investigação de paternidade em desfavor do Investigado em foro diverso ao do inventário — que se instaurou *a posteriori* — e, uma vez proposta a ação de Petição de Herança contra os herdeiros, em havendo conexão por acessoriedade entre esta e aquela, a competência do juízo da principal permanece. — Assim se interpreta principalmente levando-se em apreço que a ação de petição de herança tem caráter de reivindicatória e, em decorrência, não está incluída entre as ações relativas à herança, inexistindo, assim, entre ela e o inventário, qualquer conexão nem identificação de objeto ou de título, à vista do que não prevalece para o caso a Universalidade do juízo do inventário. Dá-se, pois, provimento ao agravo de instrumento, determinando-se a competência ao Juízo da 1ª Vara de Família do Foro de Goiânia, onde tem curso a ação de investigação de Paternidade. Agravo conhecido e provido”. (fls. 25/27, dos autos).

No outro conflito, de nº 1.629, pertinente ao mesmo litígio, é apenas a menor Renata Rocha de Mello Martins, assistida regularmente por sua mãe, Dra. Elser Vieira Rocha, quem argúi a incompetência do Juízo da 1ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia, nos autos da ação de investigação de paternidade.

Neste último processo, peticionou o também menor Antônio G. Gomes, representado por sua mãe, D. Marilda Gomes, a levantar, preliminarmente, duas questões: a) não poder alegar conflito a parte que ofereceu declinatória *fori*; b) não ser o Espólio parte na ação investigatória *a patre*. Questiona, ainda, não determinar-se a *perpetuatio jurisdictionis* pela ação acessória e sim pela principal; haver o Tribunal de Justiça de Goiás cassado a decisão que encaminhou os autos ao Juízo do inventário no Distrito Federal e ser absoluta a incompetência da Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília.

Conclui o Ministério Público Federal pelo conhecimento do conflito e competência do Juízo do Inventário, no D.F., para apreciar o pedido de herança, e do Foro de Goiânia para o julgamento da ação de investigação de paternidade.

Relatei.

VOTO

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ARGÜIÇÃO NO CASO.

A exceção de incompetência argüida exclui a possibilidade de a parte suscitar conflito de competência (art. 117 do CPC, *caput*).

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Consta do acórdão do E. Tribunal de Justiça de Goiás, ao apreciar agravo do investigante, o seguinte relato:

“Os herdeiros, cuidando-se que se tratava de incompetência absoluta e não relativa, opuseram exceção de incompetência do foro, à ação principal de investigação de paternidade e à ação de petição de herança, isso sob o argumento de que se trata de ação de natureza real.

A par disso, segundo o Agravante, surgiu uma estranha ação declaratória incidental de nulidade de relação jurídica eivada de vício consistente em fraude processual, não obstante a preclusão já operada, com o fito de contestar novamente o pedido principal.

A digna juíza substituta da 1ª Vara de Família desta Capital concluiu que se tratava de competência relativa e não absoluta, em função do território, e, não oposta a declinatória de foro, no prazo da resposta, à ação investigatória, devolve-se o privilégio, pela escolha, à parte processante. E esta fez a opção pelo Juízo desta Comarca de Goiânia. Assim, precluso estava o prazo dessa argüição.

No entanto, relativamente à ação de petição de herança, que é ação acessória, entendeu a exceção tempestiva, já que oferecida com a resposta e, como já em trâmite em Brasília o processo de inventário dos bens deixados pelo investigado, declinou de sua competência para ambas as ações, à vista do que determinou a remessa dos autos ao foro do inventário.

Diante desse decisório, o investigante (agravante) dele agravou de instrumento no sentido de que seja o mesmo reformado, já que, como razão de direito, milita a seu favor o fato de que o espólio, como pessoa jurídica distinta, não é parte na ação de petição de herança, visto que, segundo o art. 96 do CPC, se trata de ação acessória. O agravante a respeito estende prolon-

gada sustentação jurídica e jurisprudencial sustentando sua tese de direito, pedindo, no final, seja a decisão reformada". (fls. 12/13 — Proc. 1.629).

Como exposto, os herdeiros, dentre os quais a menor Renata Rocha de Mello Martins, argüiram a exceção de incompetência, apreciada e decidida pela Justiça Goiana.

Neste caso, incide o art. 117 do C.P.C. a impedir possa suscitar conflito quem já ofereceu aquela exceção.

Por outro lado, o Espólio não é parte nas ações de investigação e de petição de herança, e não figurando em qualquer dos pólos daquelas relações processuais, por óbvio, não tem legitimidade para argüir o conflito.

Diante do exposto, não conheço do conflito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC n^{as} 1.629 e 1.630 — DF — (90.13856-6 e 90.13857-4) — Rel.: O Exm^o Sr. Ministro Cláudio Santos. Susctes.: Antônio Mello Martins — Espólio, e Renata Rocha de Mello Martins, representada por sua mãe Elser Vieira Rocha. Suscdos.: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás e Juízo de Direito da Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília-DF. Partes: Antônio Gurdjieff Gomes e Antônio Mello Martins (sucessão) e outro e Renata Rocha de Mello Martins e outro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do conflito, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 08.05.91 — 2^a Seção).

Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Dias Trindade, Athos Carneiro, Waldemar Zveiter e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.644 — MS (Registro nº 91.464-2)

Relator: *O Exm^o Sr. Ministro Cláudio Santos*

Suscitante: *Juízo de Direito da 2^a Vara de Fátima do Sul-MS*

Suscitado: *Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP*

Partes: *Luiz Vieira Ramos e Ind. de Óleos Pacaembu S/A*

Advogados: *Geraldo Alves Damasceno e outros, Luiz Tadeu Barbosa Silva*

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DEPÓSITO. CONCORDATA.

Inaplicável na concordata a chamada *vis attractiva*, eis que a ação principal somente subordina as ações e execuções dos credores quirografários, e, no caso, cuida-se de ação de depósito.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Fátima do Sul-MS, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Em ação de depósito ajuizada perante o Foro de Fátima do Sul-MS, o Dr. Juiz da 2ª Vara Cível declinou de sua competência porque perante o Foro Central de São Paulo a sociedade ré requerera concordata preventiva.

O Juiz da 2ª Vara Cível de São Paulo, entretanto, devolveu-lhe os autos, com a afirmação de inexistir Juízo universal da concordata.

Suscitado o conflito pela primeira autoridade togada, nesta Corte, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo conhecimento da espécie e declaração de competência do Juízo Suscitante.

É como exponho a controvérsia.

VOTO

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DEPÓSITO. CONCORDATA.

Inaplicável na concordata a chamada *vis attractiva* eis que a ação principal somente subordina as ações e execuções dos credores quirografários, e, no caso, cuida-se de ação de depósito.

O EXM^o SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): É indubitoso não se aplicar na concordata a *vis attractiva* fixada no art. 7^o, § 2^o, da Lei de Quebras, para a falência.

No caso em tela, trata-se de ação decorrente de contrato de depósito, pactuado através da filial da concordatária, localizada em Fátima do Sul, onde se encontram os bens.

Por outro lado, a concordata somente obriga os credores quirografários, nos termos do art. 147, *caput*, da Lei de Falências, sendo os direitos ou créditos deles os únicos subordinados a concordata, por isso mesmo, sujeitas à suspensão as “ações e execuções” a eles pertinentes (art. 161, II, da mesma lei), o que não é o caso.

Diante do exposto, conheço do conflito para declarar competente o Juízo Suscitante, da 2^a Vara Cível de Fátima do Sul.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 1.644 — MS — (91.464-2) — Relator: O Exm^o Sr. Ministro Cláudio Santos. Suscte.: Juízo de Direito da 2^a Vara de Fátima do Sul-MS. Suscdo.: Juízo da 2^a Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP. Partes: Luiz Vieira Ramos e Ind. de Óleos Pacaembu S/A. Adv.: Geraldo Alves Damasceno e outros, Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo de Direito da 2^a Vara de Fátima do Sul-MS, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (em 29.05.91 — 2^a Seção).

Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Nilson Naves, Dias Trindade, Athos Carneiro, Waldemar Zveiter e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.762 — BA
(Registro nº 9125445)

Relator: *O Exm^o Sr. Ministro Dias Trindade*

Suscitante: *Juízo Federal da 5^a Vara-BA*

Suscitado: *Juízo de Direito da Vara Cível e Coml/de Lauro de Freitas-BA*

Partes: *COHPA e Edna Miranda dos Santos*

Assistente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Advogados: *Drs. Luiz Carlos Ferreira Melhor e outro e D'Avila Teixeira*

EMENTA: CIVIL/PROCESSUAL. SFH. ESBULHO. ASSISTÊNCIA. INTERESSE JURÍDICO DA CEF.

Compete à Justiça Federal decidir sobre a admissão da CEF, como assistente, em demanda possessória envolvendo invasão de conjunto habitacional financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal da 5^a Vara-BA, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, em 08 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Conflito negativo de competência entre o Juiz Federal da 5^a Vara da Seção Judiciária da Bahia e o Juiz de Direito da Vara Cível e Comercial da Comarca de Lauro de Freitas, Bahia, para processar e julgar ação de reintegração de posse movida pela Cooperativa Habitacional de Paripe-Cohpa, tendo como assistente a Caixa Econômica Federal, contra Carlos D'Avila Teixeira.

Parecer do Ministério Público pela competência da Justiça Federal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A ação reintegratória foi proposta por cooperativa habitacional, para ver garantida sua posse sobre imóvel edificado mediante financiamento do SFH, uma vez que, mediante ato violento — invasão — o réu se apossou de unidade habitacional em conjunto em fase final de construção.

A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, alegando a sua condição de agente financeiro e gestor do Sistema Financeiro da Habitação, interveio como assistente, dizendo do seu interesse em que a causa seja definida em favor da entidade autora, que lhe deu em garantia hipotecária tanto a área de terreno quanto as unidades habitacionais, que serão postas à venda, segundo as regras do referido SFH.

Tenho que, em face de jurisprudência que predominou, desde o extinto Tribunal Federal de Recursos, a intervenção, inicialmente, do extinto Banco Nacional da Habitação, depois, sua sucessora na administração do SFH, a Caixa Econômica Federal, é obrigatória nas ações em que se discutiam as bases mesmas do sistema e suas instruções normativas, hoje de competência do Conselho Monetário Nacional.

E aqui, posto de lado o interesse meramente econômico, em face do retardamento de conclusão das obras e das vendas das unidades habi-

tacionais, de si insuficientes a embasar a pretensão assistencial, faz-se indispensável que examine o juízo federal se ocorre a assistência simples, em face de eventual interesse jurídico da CEF na demanda, exame esse que é de sua exclusiva competência.

É certo que o juízo local admitiu, sem poder fazê-lo, a assistência, o que, contudo, não impede o juízo competente de definir a questão aceitando ou excluindo a CEF da demanda, como assistente.

Na hipótese de ser recusada a assistência, não ocorrerá conflito de competência, mas decisão recorrível.

Isto posto, e para o fim indicado, voto no sentido de determinar a competência do MM. Juízo Federal da Quinta Vara da Seção Judiciária da Bahia, o suscitante.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 1.762 — BA — (9125445) — Rel.: O Exmº Sr. Ministro Dias Trindade. Suscte.: Juízo Federal da 5ª Vara-BA. Suscdo.: Juízo de Direito da Vara Cível e Coml/de Lauro de Freitas-BA. Partes: COHPA e Edna Miranda dos Santos. Assist.: Caixa Econômica Federal — CEF. Advs.: Drs. Luiz Carlos Ferreira Melhor e Carlos D'Avila Teixeira.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo Federal da 5ª Vara-BA, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (em 08.05.91 — 2ª Seção).

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

Na ausência justificada do Sr. Ministro Bueno de Souza, assumiu a Presidência o Sr. Ministro NILSON NAVES.



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.813 — RS

(Registro nº 91.0003044-9)

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

Autor: *João Ignácio Grande*

Ré: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Suscitante: *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*

Suscitado: *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. Algacir Ferreira de Sá Ribeiro e outro*

EMENTA: F.G.T.S. SUA MOVIMENTAÇÃO.

Em princípio, a movimentação dos depósitos do F.G.T.S. é matéria de cunho administrativo, a ser resolvida pelo Gestor do Sistema, fora dos casos previstos em lei ou quando a intervenção do Poder Judiciário se faz necessária (v.g. nas reclamatórias por despedida injusta). Mas, nada impede que a parte, se assim o desejar, venha valer-se da jurisdição voluntária e, nesta hipótese, será obrigatória a citação dos interessados, bem como do Ministério Público (C.P.C., art. 1.105).

Sendo o Fundo gerido pelo Ministério da Ação Social, com recursos centralizados na C.E.F. (agente operador), evidente o interesse da União.

Conflito conhecido, declarado competente o Juízo Federal de 1º grau.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do conflito, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal de Primeira Instância do Paraná, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Cuida-se de pedido de alvará judicial, requerido por JOÃO IGNÁCIO GRANDE, perante Juiz

de Direito de comarca do interior do Paraná, para levantar importância relativa a seu Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nos termos da Lei nº 5.107/66 e Ordem de Serviço FGTS-POS 2/78, alegando estar desempregado e necessitar urgente de tratamento odontológico.

O Ministério Público opinou favoravelmente e o MM. Juiz autorizou o saque mediante alvará a ser expedido.

O extinto B.N.H. recorreu da decisão, argüindo a incompetência absoluta do Juízo, *ratione materiae*, por entender ser incompetente o Poder Judiciário para autorizar saques nas contas dos trabalhadores, por tratar-se de matéria tipicamente administrativa (art. 8º da Lei nº 5.107/66), alinhando farta jurisprudência neste sentido.

O Colendo Tribunal de Justiça local não conheceu do recurso e determinou a remessa do feito ao então T.F.R. Mas, com a instalação do Egrégio Tribunal Regional Federal, em Porto Alegre, a este foram encaminhados os autos, já na vigência do Dec.-lei nº 2.291/86.

Por sua vez, este douto Regional, tendo como relator o eminente Juiz Passos de Freitas, suscitou o presente conflito, que a douta Subprocuradoria-Geral da República, ouvida, opinou pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça para, se assim também entender, anular a decisão recorrida e encaminhar os autos à Justiça Federal de 1º grau.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: F.G.T.S. SUA MOVIMENTAÇÃO.

Em princípio, a movimentação dos depósitos do F.G.T.S. é matéria de cunho administrativo, a ser resolvida pelo Gestor do Sistema, fora dos casos previstos em lei ou quando a intervenção do Poder Judiciário se faz necessária (*v.g.* nas reclamações por despedida injusta). Mas, nada impede que a parte, se assim o desejar, venha valer-se da jurisdição voluntária e, nesta hipótese, será obrigatória a citação dos interessados, bem como do Ministério Público (C.P.C., art. 1.105).

Sendo o Fundo gerido pelo Ministério da Ação Social, com recursos centralizados na C.E.F. (agente operador), evidente o interesse da União.

Conflito conhecido, declarado competente o Juízo Federal de 1º grau.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Em hipótese semelhante — CC nº 896-RS, esta douta Seção, à unanimidade, decidiu ser da competência da Justiça Federal apreciar e decidir pedidos de levantamento do F.G.T.S., uma vez citado o gestor do Fundo.

Naquela oportunidade, como relator do Conflito, disse eu:

“Tenho para mim, que a movimentação dos depósitos do FGTS, em princípio, é matéria de cunho administrativo, a ser resolvida pelo Gestor do Sistema, fora dos casos em que a intervenção do Poder Judiciário se faz necessária, como por exemplo nas reclamações por despedida injusta. Mas, nada impede que a parte, se o desejar, venha valer-se da jurisdição voluntária e, neste caso, será obrigatória a citação dos interessados, bem como do Ministério Público (CPC, art. 1.105). Nesta hipótese, uma vez citado o Gestor do Sistema e se este vier integrar a relação jurídica processual, a competência se defere ao Juízo Federal, tanto na vigência da Constituição de 1969 (art. 125, I), como na Atual (art. 109, I), por manifesto interesse dos órgãos governamentais na disciplina e gestão do Fundo.”

Neste Conflito constata-se que o extinto B.N.H., ao tomar conhecimento da decisão do MM. Juiz de Direito, ingressou no feito e recorreu para o Tribunal de Justiça que não conheceu do recurso.

Ora, com a reforma administrativa há pouco processada, o F.G.T.S. passou a ser gerido pelo Ministério da Ação Social, com os recursos centralizados na C.E.F. (agente operador do Fundo), tornando mais evidente o interesse da União no procedimento.

Ante a incompetência absoluta do Juízo de origem, *ratione materiae*, e não tendo o Colendo Tribunal de Justiça conhecido do recurso interposto, conheço do conflito e declaro competente para conhecer do pedido, o Juízo Federal de 1º grau, ao qual devem ser encaminhados os autos.

PELA ORDEM

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, creio que não há nenhum inconveniente em que na autuação estejam em conflito os dois Tribunais. A decisão é que vai prevalecer. O feito irá à Justiça de 1º Grau.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, continuo entendendo que o competente é o Tribunal de Justiça, porque quando foi

proferida a sentença, o Juiz que a proferiu era o Juiz competente. O recurso foi interposto para o Tribunal competente, que tem competência residual.

Peço vênha ao Eminentel Relator, para dele divergir.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 1.813 — RS — (91.0003044-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Autor: João Ignácio Grande. Ré: Caixa Econômicl Federal — CEF. Suscte.: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Suscdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Advs.: Drs. Algacir Ferreira de Sá Ribeiro e outro.

Decisão: A Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Garcia Vieira, conheceu do conflito, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal de Primeira Instância do Paraná. (1ª Seção, em 23.04.91)

Os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Ilmar Galvão votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Geraldo Sobral. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2.139 — RS (Registro nº 9100118540)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Autor: *Laurindo Rech*

Réu: *Prefeitura Municipal de Montes Claros-MG*

Suscitante: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Suscitado: *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Drs. Selvino Valentim Segat e outro (autor)*

EMENTA: Competência. Precatório expedido pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Caxias do Sul-RS, nos autos de execução em que figura como

devedor o Município de Montes Claros, situado em Minas Gerais. Interpretação do artigo 100, § 2º, da Constituição.

I — A expressão “Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda”, constante do § 2º do artigo 100 da Constituição, só pode ser entendida, em face do *caput* do citado artigo e dos princípios federativos, para significar “Presidente do Tribunal que determinar o pagamento da quantia requisitada via precatório e não o Presidente do Tribunal que conheceu do recurso à sentença condenatória”.

II — Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedente o conflito e declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de conflito negativo de competência, travado entre o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim exposto pelo Desembargador Nelson Luiz Puperi, ilustre Presidente da Corte Gaúcha (fls. 2-4):

“I — Trata a espécie, de que decorre este ofício, de precatório expedido pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível de Caxias do Sul, nos autos de execução em que figura como devedor o Município de Montes Claros, situado no Estado de Minas Gerais.

Remetido o precatório ao eminente Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a quem foi efetivamente dirigido, determinou aquela digna Autoridade, fundada em informação da Diretora do Departamento de Análise Processual, sua remessa a este Estado.

II — Presta-se a matéria em foco, atinente à competência para o registro do precatório, quando devedora entidade de outro Estado da Federação que não aquele onde foi proferida a decisão condenatória, a controvérsia, viabilizando o surgimento de questões como a presente.

Em que pese o respeitável posicionamento de que decorreu o envio a este Tribunal do precatório, permito-me dele divergir. Por “Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda”, expressões encontradas no artigo 100, § 2º, da Constituição Federal, deve-se entender o Presidente do Tribunal que determinar o pagamento da quantia requisitada via precatório e não o Presidente do Tribunal que conheceu do recurso à sentença condenatória. Assim não fosse e aberta ficaria a hipótese de causa decidida definitivamente no 1º Grau de jurisdição, quando não haveria a figura do Tribunal que impôs a condenação, valendo notar, a propósito, que o reexame necessário, que não abrange todas as hipóteses de créditos sujeitos a precatório, é disciplinado apenas na Lei Adjetiva Ordinária, não encontrando qualquer previsão na Constituição Federal. Não há, destarte, como intuir que a Constituição, ao dispor a respeito da atribuição para registro e processamento do precatório, estivesse cogitando de que as causas teriam, necessariamente, que ser examinadas por algum Tribunal, para daí tirar a ilação de que ao Presidente desse Tribunal coubesse processar o precatório. Neste Estado, ainda, o que se refere para bem evidenciar a inexistência da vinculação entre a competência jurisdicional e a do registro do precatório, todos os precatórios, inclusive aqueles expedidos em feitos cuja competência recursal seja do Tribunal de Alçada — hipótese em causa —, são registrados neste Tribunal de Justiça.

Assim posta a questão, afastada eventual correlação entre a competência jurisdicional para a causa, de onde emergiu a

condenação objeto do precatório, e a atribuição para o processamento do precatório, que pudesse estar inserida no § 2º, do artigo 100, da Constituição Federal, tem-se que do *caput* daquele artigo resulta a conclusão de que, na hipótese, *data venia*, ao digno Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais compete, efetivamente, processar o precatório.

Com efeito, o sentido do precatório é o de viabilizar o controle, nos pagamentos, da observância da ordem cronológica de apresentações dos precatórios. E para isso é que os precatórios devem convergir ao Tribunal de Justiça, no que pertine aos feitos julgados pela Justiça dos Estados, da unidade da Federação em que está sediada a entidade devedora. Somente assim se cumpre a finalidade do artigo 100 da Constituição Federal. Como imaginar, ainda, pudesse o Tribunal de Justiça deste Estado, frente ao eventual não pagamento do precatório, vir a determinar ao Estado de Minas Gerais a intervenção no município mineiro, invadindo, assim, área de atribuição específica do Tribunal de Justiça daquele Estado”.

Oficiando nos autos, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pela procedência do conflito (fls. 34-35).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Competência. Precatório expedido pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Caxias do Sul-RS, nos autos de execução em que figura como devedor o Município de Montes Claros, situado em Minas Gerais. Interpretação do artigo 100, § 2º, da Constituição.

I — A expressão “Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda”, constante do § 2º do artigo 100 da Constituição, só pode ser entendida em face do *caput* do citado artigo e dos princípios federativos, para significar “Presidente do Tribunal que determinar o pagamento da quantia requisitava via precatório e não o Presidente do Tribunal que conheceu do recurso à sentença condenatória”.

II — Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): A solução da questão competencial não pode ser, no caso, através da interpretação literal da expressão “Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda”, constante do § 2º do artigo 100 da Constituição.

A referida expressão, em face do *caput* do citado artigo e dos princípios federativos, só pode ser entendida para significar “Presidente do Tribunal que determinar o pagamento da quantia requisitada via precatório e não o Presidente do Tribunal que conheceu do recurso à sentença condenatória”, como demonstrou o ilustre Presidente do Tribunal Suscitante.

Isto posto, conheço do conflito e declaro competente o Tribunal Suscitado, isto é, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 2.139 — RS — (9100118540) — Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Autor: Laurindo Rech. Réu: Prefeitura Municipal de Montes Claros-MG. Suscitante: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Advogados: Drs. Selvino Valentim Segat e outros (Autor).

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito e declarou competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, suscitado. (1ª Seção: 11.10.91).

Os Srs. Ministros José de Jesus, Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2.219 — SP

(Registro nº 9100140899)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Autor: *Serviço Social da Indústria da Construção e do Mobiliário do Estado de São Paulo — SECONCI*

Réu: *Sisal Construtora Ltda.*

Suscitante: *Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*

Suscitado: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Wanderlaan Milanez Júnior e outro (autor), Drs. Antônio Carlos G. Vasconcelos e outro (réu)*

EMENTA: Competência. Ação de cumprimento de convenção ou acordo coletivo, homologado pela Justiça do Trabalho.

I — As ações de cumprimento de convenção ou acordo coletivo do Trabalho, homologado judicialmente, são da competência da Justiça do Trabalho; não havendo homologação judicial, da Justiça Comum. Interpretação do artigo 114 da Constituição.

II — Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se a competência da Justiça do Trabalho.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar improcedente o conflito e declarar competente o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, suscitante, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: O SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO E DO MOBILIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO — SECONCI propôs ação de cumprimento de sentenças normativas contra SISAL CONSTRUTORA LTDA.

Em grau de recurso ordinário, o TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO manteve a decisão recorrida, que julgou incompetente a Justiça do Trabalho, e determinou a remessa dos autos à Justiça Estadual.

O Juiz de Direito da 6ª Vara Cível-SP julgou a ação procedente, mas, ao apreciar a apelação interposta, a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, que, por caracterizado o conflito de competência, remeteu os autos a esta Corte.

A fls. 228 consta parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República anexado, por equívoco, a estes autos, pois se refere ao Conflito de Competência nº 2.212-SP.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Competência. Ação de cumprimento de convenção ou acordo coletivo, homologado pela Justiça do Trabalho.

I — As ações de cumprimento de convenção ou acordo coletivo do trabalho, homologado judicialmente, são da competência da Justiça do Trabalho; não havendo homologação judicial, da Justiça Comum. Interpretação do art. 114 da Constituição.

II — Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se a competência da Justiça do Trabalho.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Inicialmente, determino o desentranhamento do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, que, conforme se refere o relatório, concernem a outro feito, onde deverá ser juntado.

Trata-se, no caso, de conflito negativo de competência travado entre o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e o Tribunal de Justiça de São Paulo, que se deram por incompetentes para apreciar “ação de cumprimento de sentenças normativas”, homologadas pela Justiça obreira (fls. 9-10 e fls. 13-14).

Interpretando o art. 114 da Constituição, o Supremo Tribunal vem decidindo, reiteradamente, que as ações de cumprimento de convenção

ou acordo coletivo do Trabalho, não homologado judicialmente, são da competência da Justiça Comum; em caso de haver homologação da Justiça do Trabalho (RE 130.552-5-SP, Relator Min. Moreira Alves; RE 130.032-4-DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence; RE 131.017-1-DF, Rel. Min. Octávio Gallotti).

A ementa do acórdão proferido no RE 131.017-1-DF, do qual foi Relator o Min. Octávio Gallotti, bem reflete a referida orientação (DJ 28.06.91, pág. 8.907/08):

“Ação de cumprimento de convenção ou acordo coletivo de trabalho, não homologado judicialmente. Competência da Justiça Comum. Só as ações de cumprimento de sentenças — não às convenções ou acordos coletivos — refere-se a competência da Justiça especializada em conformidade com o disposto no art. 114 da Constituição de 1988”.

No sentido desse entendimento, o decidido por esta Seção, na assemblada de 20-8-91, ao julgar os Conflitos de Competência nºs 21.115-SP e 2.161-SP, dos quais foi Relator o ilustre Ministro Américo Luz.

À vista do exposto, conheço do conflito e declaro competente a Justiça do Trabalho para apreciar o feito e, em consequência, nula a sentença de fls. 196-197, proferida pelo Juiz da 6ª Vara Cível-SP.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 2.219 — SP — (9100140899) — Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Autor: Serviço Social da Indústria da Construção e do Mobiliário do Estado de São Paulo — SECONCI. Réu: Sisal Construtora Ltda. Suscitante: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Advogados: Drs. Wanderlaan Milanez Júnior e outro (Autor), Drs. Antônio Carlos G. Vasconcelos e outro (Réu).

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente o conflito e declarou competente o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, suscitante. (1ª Seção: 11.10.91).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José de Jesus. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2.243 — CE
(Registro nº 91.15049-5)

Relator: *Sr. Ministro Américo Luz*

Autor: *Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Fortaleza*

Ré: *Fundação Edson Queiroz*

Suscitante: *Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Fortaleza*

Suscitado: *Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Fortaleza-CE*

Suscitado: *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*

Advogados: *José Zito Magalhães Neto e outro*

EMENTA: COMPETÊNCIA. DIRETÓRIO ACADÊMICO. FUNDAÇÃO EDUCACIONAL EDSON QUEIROZ. MENSALIDADE ESCOLAR. JUSTIÇA ESTADUAL.

É da competência de Tribunal Regional Federal processar e julgar mandado de segurança contra ato praticado por Juiz Federal (CF, art. 105, I, letra c). Mas, em se tratando de ato de autoridade de estabelecimento de ensino, cuja discussão é sobre valores de mensalidade escolar, competente é o Juízo Estadual, porque a autoridade não age por delegação do Poder Público.

Competência do Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Fortaleza-CE. (Precedentes).

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedente o conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Fortaleza-CE, suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1991 (data do julgamento).
Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ,
Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: O Ministério Público Federal sumariou a espécie nos seguintes termos (fls. 56):

“Tratam os autos de Ação Declaratória movida por diretório estudantil, perante a Justiça Estadual, contra a Fundação Edson Queiroz, entidade particular de ensino, em que se discutem valores fixados de mensalidade.

Em curso a ação, e outros procedimentos cautelares por declínio da competência da Justiça Federal, o Eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sede de mandado de segurança, conferiu efeito suspensivo a agravo, para afastar a Fundação dos efeitos das medidas cautelares.

Daí o conflito suscitado pelo Diretório Acadêmico”.

Após o Parecer da SUBPROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, opinando pela competência da Justiça Estadual, recebi a petição de fls. 62/68, da Fundação Educacional Edson Queiroz, alegando que o conflito na realidade não envolveria o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mas sim os Juízos da 2ª Vara Cível de Fortaleza e o da 2ª Vara Federal, no Ceará. Este último porque, a pedido do Ministério Público Federal, teria deferido “verdadeiras cautelares” relativas a ações em tramitação na Justiça Estadual.

Assevera a Fundação que o conflito suscitado esconde a intenção do Diretório Acadêmico de sustar os efeitos da medida liminar deferida no mandado de segurança impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região. E por entender não haver conflito entre os órgãos constantes na autuação, pede que o mesmo não seja conhecido, devendo sê-lo, entretanto, como efetivamente indicou acima, para se declarar a competência do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Fortaleza.

Ante essas novas considerações, determinei o retorno dos autos ao Ministério Público Federal, que ratificou a sua manifestação de fls. 56/59.

É o relatório.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A gênese da matéria competencial está na Ação Civil Pública promovida pelo Ministério

rio Público Federal, na 2ª Vara Federal, no Ceará, contra as elevadas mensalidades que os donos das escolas teriam fixado ao seu alvedrio. Por isso, assevera a Fundação Educacional, *verbis* (fls. 64/65):

“Em primeiro lugar, a invasão da competência da Justiça Estadual, que efetivamente se deu, não por qualquer dos Juizes do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mas pelo ilustre Juiz Federal da 2ª Vara no Ceará, ou, mais exatamente, a seu ilustre representante, o Dr. João Antônio Desidério de Oliveira, que promoveu perante a Justiça Federal três ações civis públicas nas quais, de formas diversas, discute a questão das mensalidades escolares, inclusive com grande impacto publicitário, por ele provocado (docs. 32, 33, 37, 38, 39, 43, 44 e 45). Tramitam tais ações, uma na segunda vara federal, uma na terceira, e outra na quarta vara federal (docs. 05 e 05f; 09 e 09f; 10 e 10a; 19a a 19-Z-25; e 27a a 27-E-2).

Em todas essas ações, o Ministério Público Federal pretendeu, realmente, apenas medidas liminares contra a aqui peticionante, e outras escolas, inclusive com despachos com ameaças de prisão, e com instauração de inquéritos policiais, com evidentes constrangimentos ilegais contra os dirigentes de escolas, posto que, se a competência para apreciar a questão das mensalidades escolares é da Justiça Estadual, evidentemente incompetente é, pela mesma razão, o douto Ministério Público Federal (docs. 21, 31 e 31a).

Na ação civil pública distribuída à Segunda Vara Federal no Ceará, determinou o ilustre Juiz Federal, Dr. Paulo de Tarso Vieira Ramos, diversas medidas requeridas pelo Ministério Público Federal. Para esse fim aquele douto Juízo foi dito como competente. Só no momento em que a Segunda Instância suspende os efeitos de despacho do ilustre Juiz Federal é que se verifica a invasão.”

Ora, é da competência do Tribunal Regional Federal processar e julgar mandado de segurança contra ato praticado por Juiz Federal (CF, art. 105, I, letra c). Portanto, se houve ou não invasão de competência esta se estendeu até a segunda instância federal razão por que tenho como acertada a relação estabelecida.

Por tais motivos, e ante os precedentes jurisprudenciais colacionados no Parecer da douta SUBPROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, declaro a competência do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de

Fortaleza-CE, pois em se tratando de discussão sobre valores de mensalidade escolar, não age a autoridade como delegada do poder público (V. CC nº 166-SP).

É como voto, cassando a liminar.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 2.243 — CE — (91.15049-5) — Rel.: Min. Américo Luz. Autor: Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Fortaleza. Ré: Fundação Edson Queiroz. Suscte.: Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Fortaleza. Suscdos.: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Fortaleza-CE e Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Advs.: José Zito Magalhães Neto e outro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito e declarou competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Fortaleza-CE, suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (1ª Seção — 11.10.91).

Os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

HABEAS CORPUS E RECURSOS

HABEAS CORPUS Nº 265 — RS
(Registro nº 909979)

Relator: *O Senhor Ministro William Patterson*

Impetrante: *Sandra Iser*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*

Pacientes: *Antonio Salazar Pereira, André Luiz Veiga Rabelini, Arizoli Paz de Oliveira, Carlos Augusto Pereira dos Santos, Carlos Roberto Fernandes Teixeira, Evaldo da Silva Freitas, Jair Guimarães, Jorge Paulo Melo Daneiheimer, Julio Cesar Pacheco Pereira Fortuna, Leandro de Souza Rodrigues, Luiz Vanderlei Flores da Silva, Marcos José da Silva Rodrigues, Nairo Ferreira Soares, Nelson Freitas Magalhães, Paulo Roberto Regis Lopes, Sergio Ruzuzyski, Natalício Tabajara Aguiar de Paula, Luiz Carlos Lucas, Adelar Quintino Furtado, Paulo Sergio Vargas e Volmir José Ricconi*

EMENTA: PENAL. MENORES. INTERNAÇÃO. ESTABELECIMENTO ADEQUADO. FEBEM.

— O menor inimputável tem o direito de interção em estabelecimento adequado (FEBEM), sem razão, porém, para oferecer igual tratamento aos que ultrapassaram o limite de idade (18 anos).

— Decisão que se ajusta ao entendimento da Turma.

— *Habeas Corpus* indeferido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma, por unanimidade, indeferir a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de menores sob a alegação de que foram os mesmos internados na Penitenciária Estadual do Jacuí, Estado do Rio Grande do Sul, o que constitui constrangimento ilegal, como aliás já foi proclamado em impetração idêntica, anteriormente julgada por esta Colenda 6ª Turma.

Solicitadas, vieram as informações de praxe (fls. 22/23), com a documentação de fls. 26/35.

Por se tratar de matéria já do conhecimento deste Colegiado e do próprio MPF, deixei de remeter os autos à ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, facultando, porém, à sua digna representante, com assento neste Órgão, manifestação sobre a espécie.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O digno Presidente do Conselho da Magistratura, Desembargador Néelson Luiz Púperi, ao prestar informações, fez juntar cópia da decisão que proferiu a respeito do assunto versado neste *writ*, e que está vazada nos seguintes termos:

“Tendo tomado ciência da decisão da Sexta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas Corpus* nº 364-RS, o anterior Presidente desta Corte, em data

de 14.12.89, determinou o cumprimento da decisão, no sentido de que os menores fossem recambiados à FEBEM, o que foi cumprido, conforme informação deste Órgão.

Agora, recebido o pedido de informações relativamente ao HC 265/RS, tomo conhecimento de que em virtude de novo motim na FEBEM, ocorrido em 04 de janeiro passado, por despacho do Juiz de Menores substituto, em expediente avulso da FEBEM, foi autorizado o recambiamento de Evaldo da Silva Freitas, Jair Guimarães, Luís Carlos Lucas, Leandro de Souza Rodrigues, Júlio César Pacheco Fontoura, Nelson Freitas Magalhães, Antônio Carlos Salazar Pereira, Luiz Wanderlei Flores da Silva, Natalício Tabajara Guedes Aguiar, Jorge Paulo Melo Daneinheimer, Nairo Pereira Soares e Sérgio Martins Ruzinski, para a Penitenciária Estadual do Jacuí.

Diante do novo fato, só agora conhecido por esta Presidência, recebo a informação como *Habeas Corpus* e concedo liminar, no sentido de que sejam recambiados, de imediato, para as dependências da FEBEM os menores inimputáveis que se encontram nas dependências da Penitenciária Estadual do Jacuí.

Comunicar de imediato à FEBEM e ao Juiz de Menores, ao qual requisito informações.

Informar ao eminente Ministro William Patterson.”

O *decisum* posto em destaque está em perfeita consonância com a orientação desta Turma, expressa no julgamento do HC nº 364-RS. Seria o caso de julgar prejudicada a impetração. Acontece, porém, que a Impetrante postula muito mais do que o simples recambiamento à FEBEM dos menores inimputáveis. Ela pretende a soltura dos pacientes, o que não é possível. Com efeito, para melhor clareza do julgado pretérito, devo esclarecer que o deferimento do citado *writ* teve o alcance, apenas, de fazer retornar àquele estabelecimento os menores de 18 anos, posto que o sistema de proteção que lhes foi atribuído não permite acolher menores fora dessa faixa etária. Os que ultrapassam devem ser mantidos, até que se promova o exame de cessação de periculosidade, em outra espécie de estabelecimento que não a FEBEM, ou até que ocorra a hipótese do § 3º, do art. 41, da Lei nº 6.697, de 1979 (Código de Menores).

Assim sendo, e desde quando a solução dada ao caso pela autoridade coatora identifica-se com o entendimento deste Colegiado (HC nº 364-RS), não vejo como deferir o pedido, na extensão cogitada, e que excede aos limites colocados no precedente.

Ante o exposto, indefiro o *writ*.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 265 — RS — (909979) — Rel.: Sr. Min. William Patterson. Impte.: Sandra Iser. Impdo.: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Pactes.: Antonio Salazar Pereira, André Luiz Veiga Rabelini, Arizoli Paz de Oliveira, Carlos Augusto Pereira dos Santos, Carlos Roberto Fernandes Teixeira, Evaldo da Silva Freitas, Jair Guimarães, Jorge Paulo Melo Daneinheimer, Julio Cesar Pacheco Pereira Fontoura, Leandro de Souza Rodrigues, Luiz Vanderlei Flores da Silva, Marcos José da Silva Rodrigues, Nairo Ferreira Soares, Nelson Freitas Magalhães, Paulo Roberto Regis Lopes, Sergio Ruzozyski, Natalício Tabajara Aguiar de Paula, Luiz Carlos Lucas, Adelar Quintino Furtado, Paulo Sérgio Vargas e Volmir José Ricconi.

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (em 12.04.1990 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros José Cândido, Carlos Thibau, Costa Leite e Dias Trindade. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 397 — GO (Registro nº 89.0012611-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*
Recorrentes: *Esdra Domingos Prego e outro*
Recorrido: *Tribunal de Justiça de Goiás*
Paciente: *Paulino Ribeiro Filho (réu preso)*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL — RECURSO DE *HABEAS CORPUS* — TENTATIVA DE HOMICÍDIO — CONSTRANGIMENTO ILEGAL — EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL — PRONÚNCIA.

Tendo sido pronunciado o acusado não há que falar em excesso de prazo para encerramento da instrução criminal, desaparecendo, assim, o constrangimento ilegal ensejador da impetração.

Recurso prejudicado.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Os advogados Roberto Basílio Rodrigues e Watson Marques Vieira impetraram em 09 de julho de 1989 ordem de *habeas corpus* em favor de Paulino Ribeiro Filho, alegando constrangimento ilegal por parte do Juízo da 2ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça de Goiás em razão de não ter encerrado a instrução criminal do processo a que responde o paciente.

Paulino Ribeiro Filho foi autuado e preso em flagrante, em 09 de fevereiro de 1989, quando no interior de um bar, na cidade de Campinas, SP, atentou contra a vida de Gilberto Clementino de Almeida.

A denúncia, em que o ora paciente foi acusado de tentativa de homicídio contra a vítima referida, foi recebida em 1º de março de 1989, por ter Paulino Ribeiro Filho, usando uma faca “peixeira”, ofendido a integridade física de Gilberto Clementino, sob a alegação de que este arrombara sua casa para furtar dinheiro e roupas, o que não restou provado nos autos, segundo parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, ao manifestar-se sobre a ordem impetrada, às fls. 60/63.

Apresentada defesa prévia e sustentação oral (fls. 77/79).

Julgando o pedido, o Tribunal de Justiça de Goiás, baseando-se no fato do processo encontrar-se com a instrução criminal encerrada, em fase de alegações finais e citando jurisprudência firmada sobre a matéria, denegou a ordem impetrada (fls. 81/87).

Dessa decisão, irresignados, interpuseram os impetrantes recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, inciso II, letra *a*, da antiga Constituição brasileira (fls. 93/100).

Admitido o recurso, manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça estadual (fls. 104/106). Reiterando o posicionamento de fls. 60/63, afirmando não prevalecer a alegação de excesso de prazo quando a demora ocorre por culpa da própria defesa, pois “na realidade, houve falta de colaboração na defesa do paciente durante a instrução criminal, substituição de testemunha, depoimento através de precatória em outra comarca, objetivando retardamento na realização da instrução criminal”, não podendo ser atribuída à Justiça culpa no atraso da instrução criminal. A final opinou pela manutenção do acórdão atacado.

A douta Subprocuradoria-Geral da República sugeriu fossem requisitadas novas informações sobre o andamento do feito (fls. 111).

Requeridas, vieram às fls. 115/117 as informações prestadas pelo Exmo. Sr. Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça de Goiás, esclarecendo estar o processo “atualmente com pedido de designação de data para o julgamento”.

Manifestando-se às fls. 154, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou no sentido de que seja julgado prejudicado o recurso “pois o constrangimento ilegal que o paciente alega sofrer — excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal — já não subsiste”, pois, “o feito já foi encerrado, tendo sido pronunciado o acusado”, aguardando-se apenas a designação de data para julgamento.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, afastado o motivo que ensejou a impetração, tenho por prejudicado o pedido.

É o voto

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 397 — GO — (89.0012611-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrentes: Esdra Domingos Prego e outro. Re-

corrido: Tribunal de Justiça de Goiás. Paciente: Paulino Ribeiro Filho (Réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o recurso (em 07.04.1990 — 5ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



HABEAS CORPUS Nº 587 — RS

(Registro nº 91.0000408-1)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Impetrante: *Jonas Romão Jacobi dos Santos*

Impetrado: *Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Paciente: *Antonio Rudimar da Silva*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PRISÃO. EXCESSO DE PRAZO.

Adiamento de júri. Habeas corpus corretamente indeferido na origem, desde a justificada razão do adiamento do julgamento pelo júri.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o pedido, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de fevereiro de 1991 (data do julgamento).
Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Adoto como relatório o parecer do Ministério Público Federal, nesta instância, assim concebido:

“Trata-se de *hc* originário, impetrado por Jonas Romão dos Santos, com natureza recursal, em favor de Antônio Rudimar da Silva, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, por maioria de votos, lhe denegou *hc*, objetivando, com argumento em mora na formação da culpa, desconstituir o ato que lhe decretou a prisão.

2. Perante o mesmo órgão colegiado, antes, impetrara *habeas corpus*, com desfecho desfavorável (cópia do acórdão a fls. 32, 34).

3. Dos termos da impetração, não muito clara ou precisa, *data venia*, conclui-se que há resignação quanto ao primeiro acórdão, dirigindo-se o *writ* contra o segundo (cópia a fls. 29, 31), de 19 de dezembro de 1990.

4. Decidiu-se, no acórdão impugnado, “que não se poderá falar em demora na instrução criminal, já que o paciente já se viu pronunciar”. Ainda não foi ele submetido a Júri em consequência de greve levada a efeito pelos servidores da Justiça em Vacaria, onde corre o processo por homicídio a que responde o paciente.

PARTE CONCLUSIVA DO PARECER

5. Tem-se entendido que a greve que afeta o aparelho judiciário caracteriza acontecimento de força maior, de acordo com o disposto no art. 403 do CPP, não se contando o espaço de tempo por ela atingido, para contagem dos prazos do art. 401 do CPP.

6. Por razão maior, o espaço de tempo atingido pela greve e que implique em adiamento da reunião do Tribunal do Júri como ocorreu, no caso, não poderá beneficiar o réu, mormente

quando o decreto de prisão, datado de 11 de maio de 1989, só foi cumprido em 11 de julho de 1990, em face da não localização do paciente.

7. Ao exposto, pronuncia-se a Subprocuradoria-Geral da República pelo conhecimento do *hc* e, no mérito, por sua denegação.

Brasília, 18 de fevereiro de 1991.

Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, Procurador em Exercício da Subprocuradoria-Geral da República” — fls. 36/37.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, na realidade, preso já em razão da pronúncia, pois que da preventiva escapara sob condição que afinal não cumpriu, foragindo-se por mais de ano, certamente que o paciente não tem maior razão contra o adiamento do seu julgamento pelo júri, marcado que estava para 07/12/90.

É que o incidente, de razoável compreensão em face do estado de greve dos servidores judiciários, por si mesmo não configura intolerável excesso de prazo judicial, daqueles abusivos e aconselháveis corrigir-se por ordem de *habeas corpus*.

E da razoabilidade da justificação do retardamento judicial motivado por greve dos servidores, lembre-se precedente desta Eg. Turma, posta nestas afirmativas:

“3. A demora no julgamento do recurso de apelação decorrente de motivo de força maior (greve de servidores) não traduz, também, constrangimento ilegal.” — HC 398-RS, Rel. Min. Costa Lima, *in* DJ de 24/09/90.

Tenho, pois, como incensurável a fundamentação do v. acórdão atacado, lavra do Des. Guilherme Castro, *verbis*:

“2. Não resta a menor dúvida de que não se poderá falar em demora na instrução criminal, já que o paciente já se viu pronunciar. Daí sua prisão ser uma consequência da pronúncia e não da anterior custódia preventiva, antes atacada.

Designado Júri, pelo que se alega, não foi levado a efeito em virtude de os servidores da Justiça, em Vacaria, se encontrarem paralisados face a luta por melhores vencimentos. O

Júri, fl. 03, inicial, se viu designar para 07 do mês em curso. Todavia, ante a paralisação, não se viu realizar. O fato, sem dúvida estranho, mas social, não pode beneficiar aquele que pronunciado por delito grave, aguarda julgamento. A demora não é apreciável e, a qualquer momento, poderá o Dr. Juiz-Presidente do egrégio Tribunal do Júri, designar reunião extraordinária, o que se recomenda.” — fls. 30.

Pelo exposto, indefiro o pedido.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 587 — RS — (91.0000408-1) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Impetrante: Jonas Romão Jacobi dos Santos. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Antonio Rudimar da Silva (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido. (em 20/02/91 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



HABEAS CORPUS Nº 625 — DF

(Registro nº 91.2095-8)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Impetrante: *Erasto Villa-Verde de Carvalho*

Impetrado: *Desembargador-Corregedor da Justiça do Distrito Federal*

Paciente: *Maria Lúcia Ribeiro Maciel*

Advogado: *Dr. José Muniz de Rezende*

**EMENTA: ADVOGADA. DEPOIMENTO E ACARE-
AÇÃO EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CONDU-
ZIDO PELO CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA.**

Legalidade, em tese, da medida (arts. 155, 158, § 2º, e 157, parágrafo único, da Lei 8.112/90), quando se objective o depoimento da advogada não como tal, mas como indiciada de envolvimento direto no fato criminoso.

Resguardo, contudo, do sigilo profissional e do direito ao silêncio sobre fato que a incrimine.

Concessão parcial da ordem para ressalvar à paciente advogada:

a) ser novamente intimada para a acareação, em data a ser designada pelo Corregedor, ensejando comparecimento espontâneo, pela última vez;

b) não estar obrigada a responder perguntas que impliquem violação de sigilo profissional, consignando-se as razões da recusa no termo;

c) poder silenciar sobre o que eventualmente a incrimine (*nemo tenetur se detegere*).

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, preliminarmente, por unanimidade, julgar prejudicada a exceção em face da antecipada declaração de impedimento do excepto; no mérito, por igual *quorum*, conceder parcialmente a ordem, ressalvando à paciente o seguinte: a) ser novamente intimada para a acareação, em data a ser designada pelo Corregedor, ensejando comparecimento espontâneo, pela última vez; b) não estar obrigada a responder perguntas que impliquem violação de sigilo profissional, consignando-se as razões da recusa no termo; c) poder silenciar sobre o que eventualmente a incrimine; na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Em favor da advogada Maria Lúcia Ribeiro Maciel, na iminência de ser conduzida coercitivamente, sob vara, por ordem do Desembargador Corregedor da Justiça do Distrito Federal, para ser acareada em processo administrativo, impetrou-se ordem de *habeas corpus* com o objetivo de isentar a paciente da obrigação de submeter-se a dita acareação.

Alega-se, em resumo, o seguinte:

a) inexistência de hierarquia ou subordinação entre juízes e advogados (art. 69 da Lei 4.251/63);

b) direito a recusa para depor ou informar o que constitua sigilo profissional (art. 89, XIX, e 87, XVI, da mesma lei).

Cita precedente do Supremo Tribunal Federal no RHC 56.563-SP, Rel. Min. Décio Miranda, e conclui afirmando:

“22. Convém ainda ressaltar que não importa o posicionamento da ora Paciente nesse procedimento administrativo que tramita pela Corregedoria de Justiça. Seja considerada como responsável pelo ilícito, ou mera testemunha dos fatos, ou ainda informante, não há diferença.

23. Se fosse testemunha, estaria proibida de informar porque os fatos foram sabidos no exercício profissional; se responsável pelos ilícitos administrativos, deveria obediência apenas à OAB ou ao Poder Judiciário, caso fosse instaurada contra ela ação penal competente.” (Fls. 06/07).

O Presidente desta Corte deferiu liminar para suspender o ato impugnado até o julgamento deste *habeas corpus* (fls. 12).

Prestando informações, assim esclareceu os fatos a autoridade apontada como coatora:

“Em 28-jun-90, recebi ofício da Presidência da douta 2ª Turma Cível deste Tribunal, encaminhando-me cópia de acórdão, no qual se determinou a apuração de **crime de falsidade documental**, resultante da protocolização na 3ª Vara Cível de Brasília, de apelação alusiva a processo que tramitava na 5ª Vara Cível. Reconhecera a douta Turma que a chancela mecânica fora lançada no dia seguinte ao do vencimento do prazo legal, mas alterando-se o relógio para registrar o protocolo no prazo de recurso (docs. ns. 01 e 02).

O referido acórdão louvou-se em informações da Servidora Maria Valdenice da Costa Xavier, que expressamente indica a Paciente como co-autora da prática delitiva (doc. 03).

Cuidei, assim, de recolher todas as provas concernentes ao fato, emergindo das declarações de Maria Valdenice e do oficial de justiça Sebastião de Andrade Carneiro que a Paciente fora, pessoalmente, protagonista da falsidade ideológica, junto com servidor da 3ª Vara Cível (docs. 04 e 05).

Só então ordenei que se tomassem as declarações da Paciente, o que se verificou (doc. 06).

Do confronto entre os esclarecimentos destas e os de Maria Valdenice e do oficial Carneiro, ordenei a acareação deles para sobrelevarem-se contradições evidentes entre suas assertivas. Essa espécie de prova é da tradição de nosso Direito Administrativo, sendo que, com a Lei 8.112/90, foi expressamente antevista (art. 155).

O propósito que colimei pela acareação foi apenas o de esclarecer convenientemente os fatos, concedendo à Paciente mais uma oportunidade de justificar seu comportamento.

Designada data para o ato, foi a Paciente intimada (doc. 07), mas não compareceu, daí a designação de nova data e a ordem de condução coercitiva da Paciente (doc. 08).

No mesmo dia da acareação, esta ofertou petição, onde afirma negar-se à acareação (doc. 09).

Antes do advento da nova data, a Paciente impetrou ordem de *habeas corpus* junto a este Tribunal de Justiça, sendo-lhe denegada a liminar (doc. 10).

Aguardei, portanto, que ela comparecesse, mas isso não aconteceu, pela segunda vez, sendo que o oficial de justiça sequer a localizou para ser conduzida (doc. 11).

Por isso que proferi despacho, pelo qual ordenei a expedição de ofício à autoridade policial, com o fim de prestar auxílio na localização da Paciente e sua apresentação no gabinete do Corregedor da Justiça para ser acareada (doc. 12).

Expedido o mandado de condução coercitiva, nele não fiz qualquer referência à prisão da Paciente e consignei que sua apresentação deveria dar-se no período de 12h às 19h (doc. 13). O ofício à autoridade policial, embora elaborado e por mim subscrito, não foi expedido, eis que antes me chegou a comunicação da liminar deferida pelo nobre Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Acatei-a de pronto e determinei a suspensão do procedimento, até que se julgue o *writ* em caráter definitivo." (Fls. 17/19).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, opina pela denegação da ordem, resumindo, na ementa, o seu entendimento:

“Não é válida a alegação de sigilo profissional, por advogada, como motivo para recusar acareação, quando as provas colhidas em inquérito administrativo indicam ter sido a advogada co-responsável pela falsidade de anotação de protocolo, pertinente à data de recebimento de apelação, que interpusera, quando já consumado no dia anterior o prazo desta. Parecer pela denegação da ordem e cassação da liminar.” (Fls. 40).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Pelas informações da autoridade apontada como coatora, vê-se que a paciente não está sendo intimada para depor ou ser acareada na condição de advogada mas sim de envolvida diretamente no crime de falsificação da data de protocolização de um recurso interposto fora de prazo, falsificação essa para que o recurso tivesse tramitação como se estivesse dentro do prazo.

Nessas circunstâncias, não lhe ampara totalmente o art. 87, XVI, da Lei 4.215/63, restrito ao depoimento como testemunha ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado.

Aqui se pediu o depoimento da paciente sobre fato relacionado com sua própria pessoa.

Ressalte-se que as informações estão instruídas com depoimentos apontando, sem rodeios, a paciente como autora de pedidos verbais a servidores de cartório para que alterassem a data de protocolo do recurso (fls. 24, 25 e 26), o que mais tarde veio a ocorrer.

Por outro lado, não socorre a impetrante o art. 89, XIX, da referida lei, já que não se lhe pede que revele sigilo profissional mas que esclareça fatos, nos limites de sua própria participação. De resto, não se trata de estabelecer qualquer hierarquia entre juízes e advogados (art. 69), mas de assegurar o exercício de atribuições legais pelo Corregedor-Geral, na apuração de ilícito ocorrido em órgão subordinado ao Tribunal.

Em recente julgado do Supremo Tribunal, sendo relator o Min. Aldir Passarinho, decidiu-se não ocorrer abuso de autoridade na convocação

de advogado para depor em inquérito policial, na condição de “implicado no caso”, podendo, contudo, deixar de responder às indagações “sobre as quais deva guardar sigilo profissional”. (RHC 66.278, DJ 17/6/88, p. 15.254). Na ementa desse mesmo julgado explicitou-se mais o seguinte:

“Não o protege, assim, amplamente, como pretende, o disposto no art. 87, inc. XVI, da Lei 4.215, de 27 de abril de 1963, sendo certo que, aliás, de qualquer sorte, poderá silenciar sobre o que não quiser responder.”

Penso que esse entendimento relativo ao inquérito policial se aplica igualmente ao inquérito conduzido pela Corregedoria-Geral da Justiça, tanto mais que, presentemente, há disposição expressa quanto ao inquérito administrativo, na Lei 8.112/90, arts. 155 e 158, § 2º, permitindo a tomada de depoimentos, acareações, etc., inclusive, segundo se infere, de pessoas estranhas à repartição (art. 157, parágrafo único), como salienta o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

Ressalte-se que, estando o inquérito administrativo submetido ao **princípio da verdade material** (cf. Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, 11ª ed., pág. 584), não teria sentido vedar-se à Administração a busca de provas fora da repartição pública quando, como no caso, essa prova fosse essencial à apuração dos fatos. A não ser assim, o processo administrativo, submetido ao princípio do contraditório, portanto dotado de maiores garantias, seria menos seguro, na apuração da verdade, que o inquérito policial inquisitivo.

Por último, com as ressalvas que deixarei explícitas na conclusão deste voto, ficará a paciente devidamente resguardada contra o temor de qualquer possibilidade de excesso por parte da autoridade responsável pela apuração dos fatos.

Ante o exposto, concedo apenas parcialmente a ordem para ressaltar à paciente o seguinte:

a) ser novamente intimada para a acareação, em data a ser designada pelo Corregedor, ensejando comparecimento espontâneo, pela última vez.

b) não estar obrigada a responder perguntas que impliquem violação de sigilo profissional, consignando-se as razões da recusa no termo;

c) poder silenciar sobre o que eventualmente a incrimine (*nemo tenetur se detegere*).

Em conseqüência, casso a liminar.

É o meu voto.

VOTO (PRELIMINAR)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Senhores Ministros, retomando o julgamento do presente feito, interrompido na sessão p. passada em face do pedido de vista do Sr. Min. Edson Vidigal, relato que a autoridade apontada como coatora, o Sr. Desembargador Irajá Pimentel, Corregedor da Justiça-DF, encaminhou a esta Presidência petição de suspeição. Determinada a juntada do expediente aos autos (fls. 52), estes voltaram conclusos, neles já lançada cota em que o Sr. Ministro excepto antes se dera por impedido para o caso do qual pedira vista (fls. 51).

Disso se vê que a exceção perdeu objeto; pelo que, submetendo-a ao conhecimento da Eg. Turma, a julgo prejudicada.

VOTO (MÉRITO)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Senhores Ministros, no mérito acolho por inteiro o voto do Sr. Ministro Assis Toledo, Relator, no tocante a recusar a ordem com a extensão de desobrigar a paciente do dever de depor.

Rememore-se tratar-se de impetração protetora das escusas a depor no procedimento administrativo que apura possíveis irregularidades de servidores do foro, a respeito do protocolo de recurso interposto pela ora paciente como advogada da parte.

Na verdade, como salientado por S. Exa., o fato principal sindicado pelo procedimento administrativo de que se cuida, no que diga respeito à perseguida acareação, relaciona-se com incidente forense ligado à própria pessoa da paciente, sem relação pessoal de seu constituinte, a propósito de cujo patrocínio deva guardar sigilo profissional; e se para tanto se inclinar a dita acareação, certamente que o impedirá a concessão parcial do *habeas corpus*, consoante as condições expressas estabelecidas no voto de S. Exa., *verbis*:

“a) ser novamente intimada para a acareação, em data a ser designada pelo Corregedor, ensejando comparecimento espontâneo, pela última vez;

b) não estar obrigada a responder perguntas que impliquem violação de sigilo profissional, consignando-se as razões da recusa no termo;

c) poder silenciar sobre o que eventualmente a incrimine (*nemo tenetur se detegere*).”

Com essas cautelas, protege-se em favor da paciente a extrapolação do dever de depor, dispensadas maiores considerações sobre se o conseqüente dever de comparecer à intimação administrativa comporta ou não a condução compulsiva, controvérsia doutrinária que não está posta em causa.

Em suma, voto com o Relator.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 625 — DF — (91.2095-8) — Rel.: Min. Assis Toledo. Impte.: Erasto Villa-Verde de Carvalho. Impdo.: Desembargador-Corregedor da Justiça do Distrito Federal. Pacte.: Maria Lúcia Ribeiro Maciel. Adv.: Dr. José Muniz de Rezende.

Decisão: A Turma, retomado o julgamento, preliminarmente, por unanimidade, julgou prejudicada a exceção em face da antecipada declaração de impedimento do excepto; no mérito, por igual *quorum*, concedeu parcialmente a ordem, ressalvando à paciente o seguinte: a) ser novamente intimada para a acareação, em data a ser designada pelo Corregedor, ensejando comparecimento espontâneo, pela última vez; b) não estar obrigada a responder perguntas que impliquem violação de sigilo profissional, consignando-se as razões da recusa no termo; c) poder silenciar sobre o que eventualmente a incrimine. (em 06.05.91 — Quinta Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezini e Costa Lima.

Impedido o Sr. Ministro Edson Vidigal.

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



HABEAS CORPUS Nº 737 — RJ

(Registro nº 9182562)

Relator: *O Senhor Ministro William Patterson*

Impetrante: *Ricardo Dias da Silva*

Impetrado: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro*

Paciente: *Ricardo Dias da Silva*

EMENTA: PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITOS. EXAME. NECESSIDADE.

Considerando que o pedido de livramento condicional tramita na instância inaugural, dependendo a solução de exame criminológico já requisitado, forçoso é reconhecer a improcedência do pleito perante esta Corte.

***Habeas Corpus* indeferido.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, em 21 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O presente *writ* foi ajuizado perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal que, pela sua Segunda Turma, sendo relator o eminente Ministro Marco Aurélio, entendeu cuidar-se de hipótese da competência deste Superior Tribunal de Justiça (cfr. fls. 45/50), motivo pelo qual os autos foram remetidos a esta Corte, e a mim distribuídos.

A título de relatório, adoto o de fls. 45/46, *verbis*:

“O Paciente objetiva alcançar, com o presente *habeas corpus*, o livramento condicional, afirmando que o requereu à Vara de Execuções Penais e ao Tribunal de Alçada Criminal. Informa

que o quadro até aqui observado denota constrangimento ilegal, porquanto se submeteu a exame criminológico e vem trabalhando no cárcere desde o começo de 1985, sendo “um ótimo burocrata na Seção de Vigilância” e tendo, assim, comportamento excepcional.

Solicitadas as informações de praxe, comunicou o ilustre Presidente do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro a esta Corte que o pleito revelado no presente *habeas corpus* foi rechaçado pela egrégia Segunda Câmara do Tribunal, ficando assinalado no decisório colegiado que “o julgamento do pedido de livramento condicional está a depender da última ação do indispensável exame criminológico”. Salieta que o *habeas corpus* se mostra como substitutivo de recurso ordinário da competência do Superior Tribunal de Justiça (folhas 9 e 10). Com o ofício vieram os documentos de folhas 11 a 40.

O Ministério Público Federal emitiu o parecer de folhas 42 e 43 pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*, por ser da competência do Superior Tribunal de Justiça, já que substitui o recurso ordinário cabível contra a decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro. No mérito, o pronunciamento é pela denegação da ordem, face à inexistência do exame criminológico.”

Já havendo manifestação do Ministério Público Federal (fls. 42/43), inclusive quanto ao mérito, resolvi trazer o processo a julgamento, desde logo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: No HC 669-RJ, onde o paciente alegava constrangimento ilegal decorrente de ato do juízo das execuções, sem qualquer referência a *habeas corpus* decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, despachei, liminarmente, determinando a remessa do processo àquela Corte, por sua manifesta competência.

Neste caso, há notícia de providência perante o Colegiado Estadual, circunstância que conduziu o Pretório Excelso a concluir por ser impetração substitutiva do recurso ordinário, motivando, assim, a competência deste STJ.

De meritis, inexistente razão jurídica para o acolhimento do pedido, conforme bem demonstrou o digno Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto, em seu parecer de fls. 42/43, do qual destaco esses lances:

“No caso de ultrapassagem da preliminar somos pela denegação da ordem.

É que às fls. 34 consta a informação de que o pedido de livramento condicional ainda não foi apreciado porque depende da realização de exame criminológico já requisitado, o que não está proibido (RTJ 116/186).

A concessão do *writ* nestas condições implica na dispensa do referido exame, desconsiderando-se, em prejuízo da sociedade, a hipótese de tal perícia contra-indicar o deferimento do benefício pretendido, além de que a concessão do livramento depende da comprovação de outros requisitos (art. 83 do CP), o que não pode ser feito em *habeas corpus*, na hipótese até mesmo por falta de elementos.”

Como visto, a pretensão envolve aspectos fáticos a serem, ainda, dirimidos na instância inaugural, sendo certo, ser impossível, pela via do *habeas corpus*, o exame de tais condições.

Ante o exposto, denego a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 737 — RJ — (9182562) — Rel.: O Senhor Ministro William Patterson. Impetrante: Ricardo Dias da Silva. Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Ricardo Dias da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (em 21.05.91 — 6ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



HABEAS CORPUS Nº 738 — SP (Registro nº 91.8351-8)

Relator: *Ministro José Cândido*

Impetrantes: *Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e outro*

Impetrada: *Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *Edmundo Bercot Júnior (réu preso)*

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE.

Presentes os pressupostos que justificaram a prisão preventiva, com destaque para a segurança de aplicação da lei penal, mantém-se a prisão do réu, de extrema periculosidade, preso em flagrante, por crime de homicídio doloso, praticado com evidentes sinais de vingança.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: A denúncia contra o paciente, como incurso no artigo 121, § 2º, I (motivo torpe) e IV (recurso que tornou impossível a defesa do ofendido), descreve os fatos nestes termos (fls. 365-367):

“Segundo se apurou, o denunciado armado com um revólver “Taurus”, calibre 38, saiu da cidade de Praia Grande onde

reside, em direção a esta cidade de Socorro com o intuito de matar JOSÉ PIMENTEL CAMARGO. Em Socorro chegando, o denunciado indagou de algumas pessoas sobre o endereço da vítima, para onde se dirigiu. Chegando à casa de "Pimentel", estacionou seu veículo Monza, cor predominante vermelha, placas YJ 3276/São Paulo, em frente à referida residência. Tocou a campainha. Sendo atendido por "Pimentel", disparou-lhe três tiros, causando-lhe a morte consoante exame necroscópico a fls. em anexo.

O denunciado, após a prática do crime, evadiu-se imediatamente do local, sendo preso em flagrante na cidade de Bragança Paulista (auto de prisão em flagrante às fls. 2/9).

O denunciado agiu por motivo torpe.

Com efeito, EDMUNDO BERCOT JÚNIOR era Oficial Maior do Cartório de Registro de Imóveis e Anexos de Praia Grande. Sua mãe GUIOMAR CARVALHO BERCOT, titular do Cartório de Registro de Imóveis de Itararé, ocupava desde 1984, como Oficial Interina, o Cartório de Praia Grande.

Com base na atual Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo colocou os Cartórios Extrajudiciais vagos em concurso público, para provimento, inclusive o de Praia Grande.

A vítima, titular do Cartório de Registro de Imóveis da cidade de Socorro inscreveu-se para mencionado concurso.

No decorrer do concurso, com base no que dispunha a antiga Constituição Federal, a mãe do denunciado GUIOMAR foi nomeada pelo EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO para ocupar o cargo de Escrivã Titular do Cartório de Registro de Imóveis de Praia Grande. No entanto, o Tribunal de Justiça, através de seu órgão competente, a Corregedoria-Geral da Justiça, negou a posse de GUIOMAR, entendendo que o decreto do EXMO. SR. GOVERNADOR contrariava a Constituição vigente, a Lei Complementar 939/88 e a Resolução nº 27/89.

Discordando da decisão do Tribunal, a mãe do denunciado impetrou dois mandados de segurança, pleiteando, no primeiro, fosse empossada no cargo de Escrivã; e no segundo, fosse excluído o cartório de Praia Grande do Concurso Público. Não logrou, porém, êxito em nenhum deles.

Terminado o concurso, a vítima “Pimentel” foi aprovada em primeiro lugar e, ao exercer seu direito de escolha, optou pelo Cartório de Praia Grande.

Não obstante a escolha da vítima, o EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO não a nomeou, nomeando, entretanto, os demais aprovados para os Cartórios por eles escolhidos.

Inconformado, JOSÉ PIMENTEL CAMARGO impetrou Mandado de Segurança perante o Tribunal de Justiça contra o ato do Senhor Governador do Estado de São Paulo, buscando a nomeação para o cargo escolhido. Seu pedido foi acolhido pelo Tribunal de Justiça.

Em conseqüência, o EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, no dia 08 de março de 1991, o nomeou para o cargo de Escrivão do Cartório de Registro de Imóveis e Anexos de Praia Grande, tornando sem efeito o Decreto anterior que nomeava GUIOMAR.

Com a posse da vítima no dia 08 de março de 1991, no Cartório de Registro de Imóveis e Anexos de Praia Grande, perdeu a mãe do denunciado o cargo que até então ocupava, cessando, assim, os vultuosos ingressos a ela propiciados pelos proventos do Cartório.

O denunciado, não admitindo a decisão superior do Egrégio Tribunal de Justiça, bem como o ato do SR. GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, não dispondo de nenhum meio para impedir que a vítima efetivamente assumisse a condução do cartório, o que, repita-se, acarretaria o afastamento de sua genitora daquela função, decidiu pôr fim à vida do recém-empossado titular daquele Cartório, agindo, destarte, por motivo torpe.

O crime também foi praticado, utilizando o denunciado recurso que impossibilitou a defesa da vítima, ou seja, a surpresa.” (fls. 365/367).

Preso em flagrante, pleiteou liberdade provisória (fls. 140-145), negada pelo despacho às fls. 148-150 e prisão especial (fls. 156-158), igualmente negada, pelo despacho às fls. 159 v./160. O *Habeas Corpus*, objetivando o relaxamento da prisão, foi denegado pela Eg. Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (acórdão às fls. 251-258) do qual se destacam estas passagens finais:

“Ora, é paradoxal conceder-se a liberdade provisória, quando desponta dos autos a periculosidade do agente.

Até aqui e até a presente data, não ficou demonstrado o direito do paciente à liberdade provisória, consignando-se, outrossim, que o r. despacho denegatório desse benefício, proferido pela MM. Juíza da Comarca, foi suficientemente justificado, conquanto não repetisse as palavras da lei.”

No corpo do voto do eminente Presidente e Relator são referidos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, firmando o entendimento de que a prisão preventiva pode ser decretada em face da periculosidade demonstrada pela gravidade e violência do crime, ainda que primário o agente” (*Habeas Corpus* 67.261-2, relator Ministro Moreira Alves), e desta Corte, um da lavra do Ministro Costa Leite, no mesmo sentido (*Habeas Corpus* nº 9 do Paraná) e outro, por mim relatado, considerando “tranqüila a orientação desta Turma, ao afirmar que a primariedade e os bons antecedentes não elidem a decretação da prisão preventiva” (Rev. do Superior Tribunal de Justiça, nº 6, parág. 155).

No presente *Habeas Corpus*, substitutivo de recurso ordinário, sustentam os impetrantes reunir o paciente todas as condições para gozar da liberdade provisória. Cometeu crime eminentemente de ímpeto. É primário, jamais teve qualquer envolvimento policial, não havendo fato denotando risco que a sua liberdade possa trazer à ordem pública, à eventual aplicação da lei penal ou à instrução do processo.

As informações foram prestadas, às fls. 217/223, pelo eminente 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, acompanhadas de cópias de peças do processo.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em Parecer do Procurador em exercício, Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, manifestou-se pela denegação da ordem, ressaltando a prepotência e periculosidade do agente, sua insubmissão a reiteradas decisões da Justiça que asseguravam à vítima a titularidade do Cartório, e a torpeza do motivo.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO. PRISÃO EM FLAGRANTE — LIBERDADE PROVISÓRIA — PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA — PERICULOSIDADE.

Presentes os pressupostos que justificaram a prisão preventiva, com destaque para a segurança de aplicação da

lei penal, mantém-se a prisão do réu, de extrema periculosidade, preso em flagrante, por crime de homicídio doloso, praticado com evidentes sinais de vingança.

Ordem denegada.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): A decisão, que indeferiu o benefício da liberdade provisória, pleiteada pelo paciente, preso em flagrante, quando procurava fugir em seguida ao fato criminoso, está assim justificada no despacho, às fls. 148-150:

“Em que pesem as argumentações da defesa, entendo que o acusado deve ser mantido sob custódia pois:

1) — É réu confesso.

2) — A hipótese de legítima defesa não ficou caracterizada até o presente momento pois depende de provas que serão produzidas no Sumário de Culpa (*Judicium Accusationis*).

3) — A gravidade e as circunstâncias do delito permitem concluir pela periculosidade do agente, razão pela qual são indiferentes as condições de atividade lícita, residência fixa e ausência de antecedentes.

4) — O acusado fugiu, após a prática do delito, e não tentou ao menos minimizar os efeitos da atitude lamentável.

5) — O motivo do delito — a perda da titularidade do Cartório de Registro de Imóveis de Praia Grande, do qual o acusado era Oficial Maior — ainda persiste, já que o mencionado cartório está sob intervenção do Tribunal, numa inequívoca demonstração de que se deve assegurar ao interventor tranqüilidade e segurança no desempenho da atividade que é essencial para a garantia dos registros públicos da cidade.

6) — A credibilidade e imparcialidade do Poder Judiciário devem ser resguardadas no sentido de que os acusados de delitos se submetam obrigatoriamente ao estabelecido em lei, independentemente da situação financeira e política dos mesmos”.

Prossegue o despacho, confirmado pela Eg. Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, lembrando entender a jurisprudência “que ao juiz, mais próximo do local onde os fatos se passaram, é que cabe apreciar a necessidade ou não da segregação do agente, mesmo primário e de bons antecedentes, em casos de delito que causam insegurança social”.

Cita em seguida, a ilustre Juíza da Comarca de Socorro, acórdão da lavra do Ministro Carlos Moreira, nos termos do qual, “a fuga do agente após a prática do delito é motivo para a decretação de sua prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal e para garantia da lei penal”, completado por acórdão desta Turma, asseverando que a periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, basta por si só para embasar a custódia cautelar, para reguardo da ordem pública e conveniência da instrução criminal” (relator, Ministro Costa Leite).

A Procuradoria-Geral de Justiça do Estado foi precisa no seu Parecer contrário à liberdade pretendida, oferecido ao Tribunal de Justiça (fls. 249-250):

“Assim, basta ser provável o dano à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal, para que o juiz possa decretar ou manter a prisão cautelar. De uma forma mais específica, se fosse preciso esperar que o dano acontecesse ou que fosse iminente a ponto de não se poder mais contê-lo, já não se trataria de medida para prevenir o mal, e a prisão preventiva perderia a razão de ser”.

O acórdão recorrido, confirmatório do despacho da MM. Juíza de Socorro, descrevendo os fatos que antecederam o crime, não deixa dúvida quanto ao acerto daquela decisão, embora advertindo que o que se disser, neste processo de *habeas corpus*, a respeito de prova, traduz mero juízo provisório. Mas é o próprio paciente, réu confesso, quem informa residir no Município de Praia Grande e que, ciente da nomeação da vítima para a titularidade do Cartório e conseqüente destituição de sua mãe, saiu para conversar com seu advogado, na cidade de Bragança Paulista, já levando a arma com que consumou o crime, e que havia colocado no carro, na noite anterior. Não encontrando o advogado, dirigiu-se à cidade onde residia a vítima. Convidado a entrar, teria sido maltratado por ela, já dentro da residência e, até, ameaçado de agressão. Sacou, então, da arma, e deu-lhe vários tiros, não se lembrando quantos.

Sua conduta, como se lê no acórdão, revestiu-se de gravidade e traduz periculosidade que impede a concessão do benefício. Justifica-se, ainda, a negativa da liberdade, pela comoção e o clamor público, que a sua conduta provocou na pequena cidade de Socorro. Ora, conclui o aresto do Tribunal paulista: “é paradoxal conceder-se a liberdade provisória, quando desponha dos autos a periculosidade do agente. Até aqui e até a presente data, não ficou demonstrado o direito do paciente à liberdade provisória, consignando-se, outrossim, que o r. despacho denegatório desse benefício, proferido pela MM. Juíza da Comarca, foi suficientemente justificado, conquanto não repetisse as palavras da lei”.

Acrescentaria a tudo que foi dito nestes autos, de consideração ao prudente despacho, censurado pelos brilhantes causídicos impetrantes, achar-se a instrução em seu final, não sendo provável tardar o julgamento do Júri. Ora, soltar-se o paciente, homem poderoso e influente, antes da decisão final, é, realmente, pôr em risco a indispensável segurança da aplicação da lei. A conduta do paciente faz admitir a sua in-submissão ao normal procedimento da justiça.

Por mais desagradável que deva ser o sacrifício do paciente, confinado há algum tempo em desconfortável prisão, aguardando julgamento, não se pode esquecer de que o sacrifício da vítima foi definitivo.

Por tais fundamentos e, ainda, acolhendo os subsídios da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, apontando a torpeza dos motivos — ganância e prepotência conjugadas — e o perigo que a sua liberdade representaria como ameaça à ordem pública e à segurança da instrução criminal, denego a ordem impetrada.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, há algumas circunstâncias que me fazem acompanhar V. Exa., quando confirma o acórdão recorrido. Primeiro, o paciente foi preso em flagrante quando fugia. Portanto, ele não queria se entregar à Justiça; segundo, sua situação de serventuário da Justiça dar-lhe-ia uma certa ascendência sobre seus colegas do Foro Judicial e o seu trânsito no meio forense seria inconveniente, pois poderia, até, implicar em algum percalço na instrução criminal.

A premeditação do crime, o fato de estar armado, por sua vez, embora isso ainda seja objeto de investigação, e da futura instrução, no processo de primeiro grau, também revela periculosidade, tudo isso a justificar a manutenção da prisão em flagrante.

Acompanho V. Exa.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, respeitosamente, entendo as características da prática da infração penal, ainda que possam revelar a chamada periculosidade, ou seja,

probabilidade de praticar outras infrações penais, isoladamente, não podem justificar a prisão cautelar. Raciocínio nessa linha levaria a afirmar-se que todas as infrações penais, de gravidade maior, obrigatoriamente implicariam na constrição processual, o que, *data venia*, afrontaria o disposto no parágrafo único do art. 310, como no art. 311 do Código de Processo Penal.

Além do mais — e hoje é mandamento constitucional —, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas; ou seja, indicar as características do fato que levem o Juiz a adotar uma ou outra consequência. Parece-me, *data venia*, a Meritíssima Juíza, ao afirmar que mantinha a constrição, dado que poderia o réu atentear contra a vida do serventuário em exercício, não foi justificada devidamente no despacho.

É uma ilação. Sem dúvida alguma, da maneira como a denúncia descreve, o fato é grave. A conduta do paciente aparentemente não se justifica diante do direito. Entretanto, daí extrair-se que obrigatoriamente praticará, ou ocorra probabilidade de incidir em nova infração penal, estar-se-ia laborando análise meramente formal, dos requisitos do art. 312. A fuga, sem dúvida, é manifestação da pessoa se afastar do local, furtar-se das consequências jurídicas. Não se pode, também, deixar de considerar que a fuga é reação natural da pessoa, receosa das consequências de sua conduta.

Em face disso e por entender que a prisão cautelar deva ser estritamente decretada nos casos em que efetivamente ocorra ofensa à garantia da ordem pública, à instrução criminal ou à eventual aplicação da Lei Penal, parece-me que, no caso concreto, não se mostra presente, de corpo inteiro.

Assim, divergindo da interpretação fática do fenômeno, peço licença à Egrégia Turma, a fim de conceder o *habeas corpus*.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 738 — SP — (91.8351-8) — Relator: Ministro José Cândido. Imptes.: Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e outro. Impda.: Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacete.: Edmundo Bercot Júnior (réu preso).

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (em 25.06.91 — 6ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 758 — CE
(Registro nº 900007861-0)

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

Relator Designado: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima*

Recorrente: *Dimas Moreira Monteiro*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

Paciente: *Francisco Fonteles Teixeira*

Advogado: *Dr. Dimas Moreira Monteiro*

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FATOS ATÍPICOS. EXAME DE PROVA.

I — O *habeas corpus* é o instrumento tutelar da liberdade. No seu exame, o Juiz não pode criar obstáculos tais que venham a tornar letra morta a garantia constitucional. Daí que, superado o entendimento de, *a priori*, não se examina prova. Como, sem vencer esse obstáculo, se poderá afastar o abuso de poder ou ilegalidade da coação? Para se poder concluir sobre a tipicidade ou não do fato é, em certa medida, indispensável examinar a prova em que se baseia a acusação.

II — Recurso conhecido e provido, eis que evidente a atipicidade dos fatos imputados ao paciente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, verificando o empate na votação, dar provimento ao recurso, para conceder a ordem e trancar a ação penal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator designado.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: O paciente acima referenciado encontra-se denunciado por homicídio culposo e omissão de socorro, pela morte de um menor que se encontrava hospedado num dos chalés da Estância Vale das Flores, na noite em que forte chuva caiu na localidade, Município de Pacoti-CE, causando o arrombamento de uma pequena barragem e a conseqüente enxurrada que fez desmoronar o dito chalé em que se encontrava a pequena vítima com seus pais.

Denegou-se a ordem de *habeas corpus* que pretendeu trancar a ação por falta de justa causa, segundo o acórdão assim ementado, com base no voto do Relator, Des. Carlos Facundo:

“A concessão de *Habeas Corpus*, sob o fundamento de ausência de justa causa, só se faz possível quando esta caracterizar-se *prima facie*. O rito sumaríssimo do remédio heróico não permite o exame aprofundado da prova, máxime quando existem pontos controvertidos na ação penal, que necessitem acurado exame.” — fls. 193.

Insiste, porém, o recorrente, na sustentação da inicial, cujos argumentos mereceram apoio do voto vencido, lavra do Des. Carlos Amorim, deste teor:

“A denúncia descreve o arrombamento de uma barragem construída na propriedade do paciente, no recuado ano de 1980, no município de Pacoti, causa primeira da morte do menor.

Houve, conforme relata a mesma peça proemial, erro técnico na sua edificação e por isso está o paciente, pelo menos em tese, incurso nas penas do art. 121, § 3º, do Cód. Penal.

Está, igualmente, evidenciado no processo, terem morrido naquele dia fatídico no mesmo município (6) seis pessoas, em conseqüência de fortes chuvas.

O fato não se deu isolado, mas sim de forma mais abrangente, pois segundo noticiaram os jornais desta capital, caiu sobre aquela região espécie de tromba d’água ou tornado.

A incidência, diz a peça inaugural, é de crime em tese. Entretanto, crime em tese pressupõe a existência de indícios, pois ninguém pode ter contra si instaurado processo criminal

sem prova indiciária capaz de apontar-lhe como provável autor de ilícito penal.

No caso em exame, o laudo pericial, aponta como causa de tudo erro técnico na construção da malsinada barragem. Ora, somente quem pode responder por crime culposos em razão de imperícia é o profissional, o experto, jamais o proprietário da terra que não entende de coisa alguma, e por isso mesmo confia a execução da obra a pessoa qualificada, portadora de diploma relativo a determinada especialidade.

Ora, como a barragem em tela foi construída por engenheiro habilitado, os danos advindos dos erros porventura cometidos são de sua inteira responsabilidade.

A respeito do assunto assim se manifestou Hely Lopes Meirelles em seu livro: "Direito de Construir", pág. 269: "A responsabilidade pelo crime culposos de desabamento ou desmoronamento é, em princípio, dos profissionais habilitados que elaboram o projeto ou se incumbiram de sua execução, não alcançando, em regra, o proprietário, nem os encarregados, mestres de obra e operários que colaboraram na construção".

Conseqüentemente, se a denúncia é fundamentada em crime em que, em tese também não milita crime algum contra o paciente, porém sim no tocante à pessoa do construtor.

Assim tão-somente na hipótese de haver sido denunciado o construtor e no curso do processo ficar comprovado que o proprietário tinha exato conhecimento do chamado erro técnico, mesmo assim mandou prosseguir a obra, *ipso facto*, incorrerá em culpa, não por imperícia, mas por imprudência.

No caso presente sequer o construtor foi denunciado, mesmo assim extemporaneamente já se instaura processo-crime contra o proprietário quando jamais poderá cometer crime por imperícia ante a ausência de qualificação.

Quanto à omissão de socorro, não vemos como reconhecê-la, mesmo em se tratando de processo de *habeas corpus* de prova limitada, porquanto o paciente não dispunha de meios para ir à procura de inditosa vítima sem expor a sua própria vida a riscos.

O próprio pai da criança tragada pelas águas revoltas, ao invés de seguir o rumo da correnteza, ficou num dilema se ia ou se ficava. E, neste choque entre o instinto de conservação e o amor ao filho, prevaleceu o primeiro, optando pelo desespero

de recorrer a outros o socorro que ele mesmo, com o sacrifício da própria vida, poderia muito ter prestado.

É curial a ajuda de que necessita a pessoa ao afogar-se, há de ser de imediato, pois a menor demora pode ser fatal.

À luz do exposto, defiro o pedido de *habeas corpus* nos termos requeridos.” — fls. 197/98.

Nesta instância, em parecer do Subprocurador-Geral Haroldo da Nóbrega, o Ministério Público Federal é contrário ao recurso, nestes termos:

“Cuida-se de *Habeas Corpus* para trancamento da ação penal, instaurada contra o paciente, em razão de denúncia, em seu desfavor, já recebida. O libelo vestibular acusatório tem sua parte narrativa assim vazada:

“Dia 09 (nove) de julho de 1989 em uma madrugada de domingo, por volta das 3h30min, **na Estância Vale das Flores**, situada nesta cidade e de propriedade do denunciado, uma **barragem** ali construída no ano de 1980 **arrombara, em virtude de forte chuva que caía; na sua correnteza arrastara uma criança que teve morte imediata, por afogamento;** de conformidade com o exame de corpo de delito (cadavérico), ver às fls. 03.

O fato ocorrera em virtude da desenfreada especulação comercial por parte do denunciado, quando da construção da referida barragem naquela área de lazer.

Nenhuma observância das regras técnicas, necessárias, houve por parte do responsável, consoante prova anexa nos autos, do **laudo de exame de local de ocorrência** às fls. 46 fornecido pelo Instituto de Criminalística (ver fls. 48 e 59), que em suas conclusões aponta como fator do sinistro a construção irregular da citada barragem, que dentre as suas falhas houve “erro de concepção e colapso material;” tornando-se, assim, “imprópria para a ocupação humana”.

Naquela noite, **encontrava-se hospedado em um dos chalés da Estância Vale das Flores, a vítima — GUILHERME CUNHA REGO, uma criança de 02 (dois) anos e nove (nove) meses de idade, na companhia de seus pais, uma babá e uma irmãzinha pequena.** Quando todos estavam no seu repouso noturno àquela madrugada eis que, muito repentinamente, ocorre o arrombamento da referida barragem e sua forte correnteza arrasta a pare-

de do chalé nº 13 a que dava acesso à alcova onde se encontrava dormindo a vítima. Assim, as turbulentas águas providas daquela horrenda represa, violentamente levam a vítima e demais pertences daquela família.

O genitor daquela pequenina vítima, incontinenti saiu em busca de ajuda para salvar seu filho, indo portanto bater na porta do denunciado; e aos brados, gritos e desesperos, pedia-lhe que o socorresse, porém nada obteve. Mas o denunciado estava lá, no interior de sua casa. Diante da omissão do procurado (o proprietário), aquele pai que se encontrava em pânico corre em direção ao centro da cidade, onde encontrou socorro.

Todos os hóspedes daquela Estância estavam revoltados diante da omissão do denunciado, perante tamanha catástrofe.

Diante de tais irregularidades, está claro que o denunciado, quando da construção da obra podia prever a possível ocorrência do fato agora acontecido, pois a frequência das chuvas naquela área é uma constante; mesmo assim ele assumiu o risco.” (fls. 78/79).

O HC foi denegado, destacando o signatário dos votos vencedores o seguinte trecho:

“Não há juízo de convencimento, tendente a reconhecer o paciente culpado ou inocente, mas o acolhimento da sistemática processual que alerta ser o remédio heróico inconcebível *in casu*.

Vislumbram-se pontos controvertidos na ação penal, não se podendo evitar a colheita de provas, diante de fatos que estão a merecer apuração meticulosa, o que não é possível por meio de *Habeas Corpus*.

Se procedeu ou não culposamente ao determinar a construção em área de freqüentes chuvas, se não acompanhou os resultados dos técnicos, se não reunia condições de prestar socorro à vítima, se cabia-lhe ou não prestá-lo são fatos a serem apreciados na ação penal.

Nela, o paciente encontrará oportunidade de defender-se com plenitude, esposando as teses que melhor lhe aprouver, com a profunda perquirição de um ou outro fato. Jamais em sede de *Habeas Corpus*.”

Houve o voto vencido (fls. 197/8).

Da decisão denegatória do HC houve recurso a esse STJ.

Estou em que os votos vencedores no julgamento do HC deram à espécie a solução adequada.

De fato, o caso envolve análise de matéria aprofundada de provas. Ora, o aprofundamento, a perquirição minuciosa da prova é matéria afeta à instrução criminal, que não pode ser suprimida pela via estreita do HC.

Anote-se que a denúncia descreve fato típico e não se pode dizer seja fruto de criação mental da acusação, posto que embasada em elementos fornecidos pelo inquérito.

Assim, opino no sentido de que se negue provimento ao recurso.” — fls. 217/20.

Relatei.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, conquanto respeitável a objeção de que, referentemente ao homicídio culposo, há que perquirir-se até onde o proprietário da obra tem culpa pelo desmoronamento por imperfeições da construção, senão que a tenha apenas o construtor-técnico, sequer denunciado, não me parece que no caso essa objeção se mostre suficiente para trancamento da ação, via *habeas corpus*. É que a denúncia, embasada na prova técnica daquelas imperfeições, alude à culpa específica do denunciado, pela desenfreada especulação comercial da obra, sem as cautelas conservatórias de maior segurança para os freqüentadores da área de lazer que ali explora.

Daí que, também nesse ponto me parece acertada a decisão recorrida, quando aduz à necessidade de adiar-se o exame de tal objeção para após a formação da culpa.

Se assim me parece quanto ao primeiro crime descrito, mais me parece imprópria a via do *writ* para apoio das escusas opostas ao indiciado delito de omissão de socorro, do modo como narrado na denúncia contra o dono da hospedaria. Tais escusas, na realidade, dependem de maior exame dos fatos, inclusive o da alegada falta de meios para atendimento do socorro pelo qual, em vão, clamaram os pais da vítima, ponto em que se louvou o douto voto vencido.

Em suma, estou em que o v. acórdão impugnado se portou fiel à reiterada orientação de que, a salvo prova facial dos fatos eximentes

alegados, não prospera o *habeas corpus* para trancamento da ação penal.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO COSTA LIMA: Pedi vista na última sessão da Turma. Fi-lo objetivando verificar, com a mão nos autos, se há causa justa para a instauração desta ação penal.

Diz a inicial:

“Dia 09 (nove) de julho de 1989 em uma madrugada de domingo, por volta das 3h30min, na **Estância Vale das Flores**, situada nesta cidade e de propriedade do denunciado, “uma barragem ali construída no ano de 1980 arrombara, em virtude de forte chuva que caía; na sua correnteza arrastara uma criança que teve morte imediata, por afogamento; de conformidade com o exame de corpo de delito (cadavérico), ver às fls. 33.

O fato ocorrera em virtude da desenfreada especulação comercial por parte do denunciado, quando de construção da referida barragem naquela área de lazer. Nenhuma observância das regras técnicas, necessárias, houve por parte do responsável, consoante prova anexa nos autos, do laudo de exame de local de ocorrência à fl. 48 fornecido pelo Instituto de Criminalística (ver fls. 48 a 59), que em suas conclusões aponta como fator do sinistro a construção irregular da citada barragem, que dentre as suas falhas houve “erro de concepção e colapso material”; tornando-se, assim, “imprópria para a ocupação humana”.

Naquela noite, encontrava-se hospedada em um dos chalés da Estância Vale das Flores, a vítima — GUILHERME CUNHA REGO uma criança de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de idade, na companhia de seus pais, uma babá e uma irmãzinha pequena. Quando todos estavam no seu repouso noturno àquela madrugada eis que, muito repentinamente, ocorre o arrombamento da referida barragem e sua forte correnteza arrasta a parede do chalé nº 13 a que dava acesso à alcova onde se encontrava dormindo a vítima. Assim, as turbulentas águas providas daquela horrenda represa, violentamente levam a vítima e demais pertences daquela família.

O genitor daquela pequenina vítima, incontinenti saiu em busca de ajuda para salvar seu filho, indo portanto bater na porta do denunciado; e aos brados, gritos e desesperos, pedia-lhe que o socorresse, porém nada obteve. Mas o denunciado estava lá, no interior de sua casa. Diante da omissão do procurado (o proprietário), aquele pai que se encontrava em pânico correu em direção ao centro da cidade, onde encontrou socorro.

Todos os hóspedes daquela Estância estavam revoltados diante da omissão do denunciado, perante tamanha catástrofe.

Diante de tais irregularidades, está claro que o denunciado quando da construção da obra podia prever a possível ocorrência do fato agora acontecido, pois a freqüência das chuvas naquela área é uma constante; mesmo assim ele assumiu o risco.” (fls. 78/79)

Afirma a denúncia, portanto, que a barragem construída no ano de 1980, cerca de nove anos depois, “arrombou em virtude da forte chuva que caía”. Vai além. Por não terem sido observadas regras técnicas por parte do responsável, conforme laudo pericial.

Responsável que não declara o nome, porém acaba por considerar como tal o proprietário do terreno e do empreendimento hoteleiro, apesar de ter sido a barragem construída depois de estudos e projetos a cargo de empresa qualificada.

A esse propósito, valho-me das excelentes e judiciosas observações do Dr. LUIZ GONZAGA BATISTA RODRIGUES, Procurador da Justiça, em seu parecer de fls. 177/189:

“Os peritos esmeraram-se em transcrever “elementos básicos indispensáveis” a qualquer projeto de barragem para, teórica e abstratamente, retirarem conclusões afoitas, tais como: a) o arrombamento da barragem se deveu à maneira errada e perigosa pela qual a barragem foi construída; b) que as falhas, de cujo encadeamento resultou o sinistro, configuram-se como: 1º erro de concepção, e, 2º colapso material; c) a obra foi construída divorciada da técnica recomendada para a construção de pequenas barragens, inclusive, ao que inferimos, sem um estudo prévio.

Aí residiu a precipitação dos peritos, sua avaliação falsa em relação a esse precedente, qual seja a construção da barragem.

Na verdade, no próprio inquérito já resultara evidenciado que a construção da barragem fora precedida de estudos e proje-

tos elaborados por empresa qualificada, tudo clareado neste pedido de *habeas corpus*. Parece a esta Procuradoria que era dever dos peritos, ao invés de inferirem conclusões apressadas, buscarem informações concretas para não serem surpreendidos, como foram, pela concretude das informações técnicas trazidas aos autos do inquérito, que ilegitimam aquelas.

Afirmam, em seu Laudo, que a barragem foi construída “em solo predominantemente de aluvião”, em contradição com outra afirmativa de que fora ela construída em local íngreme e estreito. Ora, é ressabido que aluviões são terras caracterizadas por sua planiforme e largueza; são áreas que se espraiam, alargando as encostas adjacentes e armazenando materiais transportados pelas águas. E, lógico, que isto nunca é possível em terrenos íngremes e estreitos.

Precipitada, igualmente, parece a esta Procuradoria a assertiva de que a construção da barragem ocorreu de maneira errada e perigosa, porquanto no laudo, objetivamente, os peritos não se referiram a qualquer investigação feita sobre como aquela barragem fora construída, não sendo válidas as considerações teóricas e abstratas trazidas à colação no laudo em alusão.

Constata-se, ao contrário, pelo projeto de construção, pelo Laudo de Acompanhamento e Orientação (fls. 41/42), e, ainda, pelo documento de fls. 58/59, que a construção obedeceu às normas técnicas recomendadas, tendo sido empregado material adequado, sendo pouco crível a ocorrência de colapso material, como afirmaram os peritos.

É admissível, pois, que os peritos tenham firmado aquelas conclusões pela comodidade com que perquiriram os fatos, especialmente sobre a construção da barragem. Estranho, no entanto, foi “esconderem” aqueles acontecimentos catastróficos verificados em todo o Maciço de Baturité, mormente na cidade de Pacoti.

Aliás, no seu Laudo, pelo silêncio a eles dado, dão a entender que esses fatos últimos não tinham relação com os acontecimentos denunciados, quando afirmam: “... deixam os peritos de se referir, neste trabalho, àquilo que não tenha efetiva relação com o evento em estudo e com a análise pretendida desenvolver” (Cfr. fls. 117).” (fls. 180/182)

Os documentos de fls. 22/36 alusivos à proposta de financiamento acompanhados do projeto com as respectivas plantas, demonstram que o açude não foi construído de forma aleatória, irresponsavelmente, mas mediante prévio estudo técnico a cargo de Engenheiro inscrito na 9ª Região e realizado em junho de 1980.

Não é só.

Em decorrência do temporal e na mesma época, uma barragem construída de pedra e cimento na propriedade de José Carlos Pinheiro, localizada em Pacoti e Pernambuco, também arrombou. Ponte centenária e outra mais recente, esta de concreto, também foram destruídas.

A minha memória registra dois fatos apenas ocorridos no mesmo Ceará em anos diferentes, nos quais vi-me enredado.

Recordo-me que, sendo Juiz de Direito, designado para fazer uma sindicância na Zona Eleitoral que compreendia a Comarca de Aracati, em 1960, fui obrigado a proteger os processos colocando-os na parte superior do prédio em que funcionava o Cartório e fugir, com a minha família, assim como o fizeram os habitantes da cidade, por expressa recomendação das autoridades.

Por quê?

O açude Orós, antiga reivindicação dos cearenses, que estava sendo construído com base em estudos técnicos a cargo de especialistas e com a orientação de diversos engenheiros, não resiste às constantes chuvas e arrombou destruindo casas, cercas, plantações, estradas, pontes, no médio e baixo Vale do Jaguaribe.

Juiz de Direito na Comarca de Cedro, em 1963, uma barragem existente próxima à cidade cedeu a um temporal. Inundou ruas, casas, estabelecimentos comerciais, escolas e colégios, levando na enxurrada móveis, utensílios e alimentos, desabrigando centenas de pessoas. Só na casa do Juiz ficaram alojadas nada menos do que 17 famílias.

As duas catástrofes ceifaram vidas de pessoas inocentes.

A União Federal e o proprietário do terreno onde estava construída a barragem foram processados? Não.

Os jornais dão notícia de que na semana passada um temporal no estado de Santa Catarina, na cidade de Blumenau, bairro dos Garcias, além dos prejuízos materiais matou 18 pessoas.

É sabido que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (CP, artigo 13).

Qual o nexo de causalidade entre a construção da barragem, o arrombamento e a morte da criança?

O açude, insisto, foi construído com sustentáculo em estudo técnico e não diretamente pelo denunciado. A parede da barragem cedeu à violência da água, assim como ocorreu com outras barragens, pontes e casas na mesma região e na mesma noite. Faleceram seis pessoas em outros locais e onde não ocorreu arrombamento de açude. Aliás, é bom que se esclareça que a barragem é de pequeno porte, pois pode armazenar 4.370 m³ de água; foi construída em local indicado, isto é, uma “garganta” no Sítio Olho D’Água.

O fato externo e não interno que causou o arrombamento foi o temporal.

Só há culpa quando se prova negligência, imprudência ou imperícia, o que não se extrai, por qualquer modo, do simples exame dos autos.

A denúncia segue dizendo que o recorrente incorreu em crime de omissão de socorro.

Trata-se de delito que pressupõe dolo. Da vontade consciente de, podendo, não socorrer criança em grave e iminente perigo.

Ora, na linha tecida pela denúncia, se o recorrente foi o causador do evento, não pode ser o agente.

O TACrSP assentou que o delito do art. 135 não pode subsistir com a figura do artigo 121, § 3º (Ap. 148527, *in* RT 501/313).

A investigação policial mostra que o pai do garoto viu o filho menor ser carregado pela correnteza, mas nada pôde fazer porque tentara salvar-se. Decorridos cerca de quinze minutos é que saiu pedindo socorro, inclusive do denunciado.

Evidente que nem o pai da criança, nem o denunciado ou qualquer outra pessoa podia, já então, prestar efetivo socorro. Como seria possível fazê-lo sem risco pessoal, lançando-se à violência das águas?

A testemunha José Ataíde Pereira Frota (fl. 157) após relatar os acontecimentos, aduz:

“... que o Dr. Fonteles colocou a D-10 de cabine dupla à disposição da família do garoto; que o depoente pegou a família e levou para Fortaleza; que o depoente desceu pela serra da Palmácia muito devagar pois tinha chovido em toda a serra e os caminhos eram dos piores; que o depoente quando chegou em Fortaleza colocou-se à disposição da família e só veio embora para Serra por volta das 20:00 horas chegando aqui por volta das 02:00 horas da madrugada de segunda-feira; que o depoen-

te disse que no caminho para Fortaleza, a mãe do garoto estava bastante nervosa chorava dizendo que uma semana antes quando a mãe estava dirigindo o seu carro e ao fazer uma curva a porta se abriu e o garoto caiu fora do carro e que o garoto teve muita sorte porque não vinha carro atrás, e que até parecia que o garoto estava marcado; que o depoente disse que a mãe do garoto sabia que aquele carro pertencia ao Dr. Fonteles, dono da Estância, e que tinha sido colocado à disposição da família.”

Não se concede *habeas corpus*, se a ausência de criminalidade não ressaia evidente do próprio fato, estando a pender de provas.

Assim entendeu esta Turma, sendo Relator o eminente Ministro JOSÉ DANTAS no RHC nº 18-PR:

“**Trancamento.** Dos préstimos do *habeas corpus* para trancamento do inquérito não há duvidar-se quando, às claras, falte ao fato noticiado qualquer conotação criminal.” (*in* DJU 23.10.89, pág. 16.198)

Nessa linha de entendimento votei no RHC nº 637-PR; RHC nº 560-DF:

“PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

O *habeas corpus* presta-se para o trancamento da ação penal quando das investigações conclui-se, às claras, que o recorrente não praticou qualquer infração penal”. (RHC 637-PR, *in* DJU de 18.06.90)

“RECURSO DE *HABEAS CORPUS*”. CRIME CONTRA A HONRA DE JUIZ FEDERAL. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO.

1. A crítica a atitudes do juiz constante da defesa prévia, pelas circunstâncias e no contexto em que foi escrita, não entremostra, *prima facie*, o *animus* de ofender. O advogado deve atuar como um guardião da Constituição e defensor da ordem jurídica; exercer a profissão com zelo e probidade; “velar pela dignidade da magistratura, tratando as autoridades e funcionários com respeito e independência, não prescindindo de igual tratamento”, pois tanto quanto o juiz a sua missão é a busca incessante de eficaz e justa distribuição da justiça.

2. Inexistência de fato típico.

3. Provimento do recurso para se trancar a ação penal.” (RHC nº 560-DF, *in* DJU 24.09.90)

Mestre PONTES DE MIRANDA, na clássica obra “*História e Prática do Habeas Corpus*” ensina:

“A verdadeira doutrina em termos mais rigorosos e científicos, e, portanto, com a eficiente garantia de exatidão, é a seguinte: dá-se *habeas corpus* quando não é crime o fato que se imputa, isto é, quando objetivamente não há criminalidade.” (p. 407)

MAURO CUNHA e ROBERTO GERALDO COELHO SILVA anotam que “nem sempre será bastante confrontar o motivo da coação com o novo preceito legal — vale dizer: por vezes haverá um juízo de valor por parte do magistrado para estabelecer que, malgrado a aparência de legalidade, inexistente justa causa para o constrangimento. É o que se verifica nos pedidos de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal, quando possa ser apurado do atento exame da descrição do fato sua não criminalidade: inexistiria justa causa para a instauração ou o prosseguimento da ação penal, e a expressão, ao menos aqui, parece inteiramente apropriada. A multiplicidade de situações que, aliás, poderiam configurar-se para justificar a alegação de falta de justa causa, bem demonstra a insuficiência de simplesmente considerar-se a causa injusta como a causa ilegal. (“*Habeas corpus* no Direito Brasileiro”, fls. 77/78).

HELENO FRAGOSO na “Jurisprudência Criminal” registra estas pertinentes e corretas observações:

“A denúncia não pode ser um ato de arbítrio e prepotência. O M.P. não funciona como uma espécie de inquisidor-mor, que possa trazer ao banco dos réus, num Estado democrático, o cidadão, inventando em relação a ele um crime que não houve ou que ele evidentemente não praticou, ainda que a denúncia seja formalmente incensurável.” (ob cit. pág. 80).

Os fatos imputados pela denúncia ao recorrente, objetivamente considerados, não constituem crime algum. Resultaram da força da natureza e para os quais não concorreu de qualquer modo por ação ou omissão.

Igualmente, não se enquadram na moldura construída pelo artigo 135, do Estatuto Punitivo.

A tanto chegar é dispensável dilação probatória, *data venia*.

Já vai distante e desprestigiada a assertiva segundo a qual, em sede de *habeas corpus* não se aprecia prova. Prevalece o entendimento — esta Turma o tem feito diversas vezes — de que apenas o extenso, minucioso e aprofundado exame probatório é que não é compatível com a índole dessa garantia constitucional.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, julgando o HC nº 42.697, disse com muita propriedade o Ministro VICTOR NUNES LEAL:

“Como verificar se houve ou não abuso de poder, sem levar em conta, em certa medida, as provas em que se baseia a acusação ou a condenação? Ficaria letra morta a cláusula constitucional, que dá *habeas corpus* em caso de abuso de poder, se o Supremo Tribunal se impusesse numa vedação absoluta nessa matéria.” (RTJ, 35/533)

Já dizia LAFAYETTE:

“Se os cuidados da lei são com a liberdade, o Poder Judiciário há de estar ao alcance das mãos do preso ou do coagido sem justa causa. Quanto mais longe se puser a prestação jurisdicional, de modo a dificultar o exercício do direito de *habeas corpus*, tanto mais significa denegação da garantia constitucional.”

A coação é, pois, ilegal. Abusou do seu poder de denunciar o Ministério Público.

Dou provimento ao recurso. Concedo a ordem para trancar a ação penal.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Fora dos meus hábitos, adito o meu voto, já que fui chamado à colação pelo Sr. Ministro Costa Lima.

É que, com a devida vênia, refuto equívoca a colação, desde que aquele precedente de minha modesta lavra louvara-se na **induvidosa** atipicidade do fato denunciado, sem carência de promover-se qualquer confronto probante. Já neste caso, porém, S. Exa. desceu à demorada análise das provas técnicas confrontadas — uma, buscada à empresa, na alegação que bem construiu a barragem, e a outra, louvada pela denúncia, produzida pela perícia-legista, indiciária da acusação de que a dita barragem fora mal construída.

Do mesmo modo — controvertida a prova do pedido de socorro: se foi tempos depois ou se de imediato à demolição do cômodo em que dormia a pequena vítima, como o diz o pai enlutado, salientando o protesto dos demais hóspedes pela nenhuma atenção dada pelo hospedeiro —, possível fosse aqui e agora preferir qualquer das versões, talvez eu próprio chegasse à mesma compreensão de eximir de culpa o denunciado.

Mas, como disse no meu voto, de apreço ao voto vencido que fiz transcrever no relatório, não é possível adiantar-se tal análise das controvérsias dos fatos, sob pena de renúncia ao consagrado princípio de que no *habeas corpus*, com vistas ao trancamento da ação, se se controvertem os fatos não se pode descer a seu exame.

Por isso que, com a devida vênia de S. Exa., mantenho o meu voto.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, verifico que a negativa da ordem na instância *a quo* deu-se, não por indícios incriminadores ou pela configuração de crime em tese, mas, exclusivamente, pela inadequação, pela dita estreiteza do *habeas corpus*. Afirmou-se a necessidade de dilação probatória, inviável na via eleita.

A visão, *prima facie*, da atipicidade, porém, valeria ressalva ao não cabimento da ordem. Assim se inclina a jurisprudência, consabidamente. Resta, pois, coligir-se os elementos dos autos para se saber se bastam a propósito.

A denúncia oferece, a meu ver, uma visão parcial e melodramática da deplorável ocorrência. Ao seu enfoque, o fato ocorreu por inobservância de normas técnicas na construção da barragem. Pelo seu prisma, irrelevante seria o fato natural, a força imprevisível da natureza desencadeada no dia.

A construção, porém, foi feita com observância de um Plano Técnico para Financiamento Rural, com assessoramento de uma firma especializada, a PLANTEK, a qual recebeu pagamento pelo serviço, conforme indicam os documentos de fls. 29/36, dos quais constam dados técnicos atestados por engenheiro e desconhecidos do *homo medius*, por isso que feitos por profissional especializado. Durante a construção houve orientação da firma (fls. 42). Este fato é estanque de dúvida; não vi, nos autos, contradita. Então, bastaria ele para retirar qualquer culpabilidade do proceder do paciente.

O que soma, porém, decisivamente, para retirar a tipicidade da conduta do paciente, é, sem sombra de dúvida, a ocorrência de uma tromba d'água naquele dia, força natural imprevisível, até, por técnicos de renomada. Foi, inclusive, decretado Estado de Calamidade Pública no Município. Os jornais da época noticiaram a morte de mais 5 pessoas e a queda de outras casas (fls. 49/58).

A denúncia narra “desenfreada especulação comercial por parte do denunciado”, fato, além de atípico, inexistente, pois a barragem, segundo os autos, tem 4.370,00 m³ e foi construída, como se viu, com observância de normas técnicas e com orientação nesse sentido. Não se pode, inclusive, afirmar erro de concepção, porque aproveitou-se, com aquiescência técnica, melhor área topográfica. Também, não há falar em colapso material, pois que o arrombamento deveu-se à tromba d’água, imprevisível e externa.

Todos esses argumentos, *data venia*, usou-os a peça acusatória para compensar a ausência total de tipicidade na conduta do paciente.

Frise-se que a barragem destinava-se à irrigação e aguada de animais, não é ocupação humana, pois que, para isso, há piscinas no local. Está nos autos.

Não há homicídio culposo, nem mesmo em tese!

Finalmente, com maior facilidade alcanço tranqüila convicção sobre a ausência, também, de omissão de socorro.

Basta ver que os próprios pais da vítima, ao invés de tentarem salvá-la — eis que estavam junto dela — do que o exame de corpo delito chamou de morte imediata por afogamento, foram em busca do paciente, numa distância de 100 metros do local. Ora, como dizer-se que houve omissão pela ausência de risco pessoal quando os próprios pais da vítima deixaram clara a existência desse risco?

Os fatos, incontestes e incontestados, denotam a presença de caso fortuito, tornando imprestável o laudo em que se pretende lastrear a denúncia. Não está o julgador adstrito a laudo pericial, mormente quando os fatos demonstram a presença de força natural causadora, por si só, do infausto. Veja-se, a propósito, que houve o arrombamento de outra barragem na região, além de derrubada de uma ponte com mais de 100 anos e, também, de outra ponte de concreto, carregada pelas águas (fls. 97).

Rogando vênia ao digníssimo Relator, entendo inexistente crime, mesmo em tese, dando provimento ao recurso para determinar o trancaamento da ação penal.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 758 — CE — (900007861-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Relator designado: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima.

Recorrente: Dimas Moreira Monteiro. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Paciente: Francisco Fonteles Teixeira. Advogado: Dr. Dimas Moreira Monteiro.

Decisão: A Turma, verificado o empate na votação, deu provimento ao recurso, para conceder a ordem e trancar a ação penal. (em 17.10.90 — 5ª Turma)

O Sr. Ministro Edson Vidigal votou com o Sr. Ministro Costa Lima, que lavrará o acórdão. Votaram vencidos os Srs. Ministros Relator e Flaquer Scartezzini. Ausente o Sr. Ministro Assis Toledo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 786 — SP
(Registro nº 90.0008664-7)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrentes: *Vagner da Costa e outros*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *Marcelo Benedito Patrocínio*

Advogados: *Vagner da Costa e outros*

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. NULIDADES PROCESSUAIS. CITAÇÃO EDITALÍCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.

Comprovada intensa diligência do Oficial de Justiça na busca do Réu, no endereço por ele mesmo fornecido, válida a citação por Edital, sem causa de nulidade.

Insustentação da afirmação de ausência de fundamentação para a prisão preventiva após o advento da sentença condenatória, esta que vale novo título de custódia contra o Réu.

Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de outubro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Este recurso ordinário é contra a decisão que denegou a ordem originária a MARCELO BENEDITO PATROCÍNIO, condenado à pena de 3 anos de reclusão, mais cinquenta dias-multa, no mínimo legal, por estar incurso no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76 (Fls. 119). A denúncia, inicialmente ofertada contra outra ré, foi aditada com pedido de prisão preventiva do ora paciente por ter ficado evidenciado, segundo a denúncia, a utilização por este último do apartamento da outra ré, para o tráfico de entorpecentes. Ali encontraram-se 400 gramas de *cannabis sativa*.

A ordem é impetrada à conta de alegadas nulidades processuais: citação editalícia inválida e falta de motivação para o decreto de custódia preventiva.

O acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6ª Câmara Criminal, afastou tais alegações afirmando válida a citação por edital, uma vez que o réu foi procurado pelo Oficial de Justiça, o qual certificara não o haver encontrado no endereço que ele mesmo fornecera nos autos. Afirmou o acórdão serôdia a alegação de falta de motivação para a prisão preventiva pelo advento da sentença condenatória (fls. 163).

Nas razões de recurso argumenta-se com a existência de outros endereços do paciente não constantes do mandado e, também, com a desvalia das informações do pai e da irmã do paciente, dadas ao meirinho, sobre não saberem seu endereço.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República põe-se pelo improvimento do recurso, afirmando constar dos autos intensas diligências no sentido de localizar o paciente, antes da citação por edital (fls. 185/188).

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, embora sucintamente, o recorrente reitera a falta de fundamentação para a custódia preventiva, alegação vencida pela superveniência da sentença condenatória e, por isso, ora rechaçada.

Quanto à nulidade da citação, estou de pleno acordo com as razões do acórdão recorrido. Na realidade, o Oficial de Justiça compareceu ao endereço fornecido nos autos pelo próprio paciente e, além disso, procurou seu pai e sua irmã, obtendo resposta no sentido de que ele se havia mudado para o Rio de Janeiro (fls. 67). Essa declaração goza de fé pública, lançado que foi em certidão bastante circunstanciada, denotando a diligência com que se houve o Oficial de Justiça para encontrar o Réu e permitindo a afirmação, dela constante, de que o réu estava se ocultando.

Ademais, é de ver-se que a própria impetração declara o endereço no qual o réu não foi encontrado (fls. 3), ou seja, Rua Gustavo Vieira de Lima, nº 31, Vila Rubens, Moji das Cruzes.

Reputo indigna de fé a afirmação de que o Réu possui outro endereço, fato apenas mencionado nos autos, sem nenhuma comprovação satisfatória hábil a permitir anular-se o processado após a sentença.

Nego provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 786 — SP — (90.0008664-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrentes: Vagner da Costa e outros. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Marcelo Benedito Patrocínio. Advogados: Vagner da Costa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 24.10.1990 — 5ª Turma).

Votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator, os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Assis Toledo.
Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



HABEAS CORPUS Nº 820 — RJ
(Registro nº 91.0012905-4)

Relator Originário: *O Senhor Ministro Carlos Thibau*

Relator Designado: *O Senhor Ministro Costa Leite*

Impetrantes: *Antonio Evaristo de Moraes Filho e outros*

Impetrado: *Desembargador-Relator da Ação Penal número 4/
91, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de
Janeiro*

Paciente: *Sérgio Jardim de Bulhões Sayão (Réu preso)*

EMENTA: Habeas Corpus. Processo Penal. Prisão Preventiva.

Verificada a insubsistência dos motivos em que alicerçado, à luz do que dispõe o art. 312, do CPP, impede desconstituir o decreto de prisão preventiva. Ordem deferida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista o que dispõe o art. 181, § 4º, do Regimento Interno, conceder a ordem, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator designado.

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Em favor do Dr. Sérgio Jardim de Bulhões Sayão, Procurador do Instituto Nacional de Seguridade Social — INSS, foi impetrado o presente *habeas corpus*, contra despacho do relator no E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o eminente Desembargador Doreste Baptista, da Ação Penal Originária nº 04/91, instaurada contra o Juiz de Direito Nestor José do Nascimento e diversas outras pessoas, entre as quais o paciente, pela prática de crimes contra o patrimônio da autarquia federal, consistentes na condenação da entidade ao pagamento de débitos astronômicos e imaginários a segurados da Previdência Social.

O despacho impugnado foi o decreto de prisão preventiva do paciente que, inicialmente convocado para prestar depoimento como testemunha, acabou a audiência denunciado como réu, e preso, a pedido da Promotoria.

Os impetrantes alegam que, na ação acidentária específica em que foi envolvido o paciente, ajuizada contra o INSS pela advogada Jorgina Maria de Freitas Fernandes, também ré na Ação Penal nº 04/91, o único ato do paciente, como em tantos outros processos, foi o de autorizar o cumprimento de determinação judicial para que a autarquia efetuasse o depósito da quantia a que fora condenada a pagar a determinado segurado.

Somente porque mandou cumprir a ordem judicial é que o paciente foi denunciado, aliás precipitada e equivocadamente, mediante aditamento à denúncia inicial que não poderia ser alterada para incluir fato novo, a não ser que fosse integralmente renovada a instrução.

O certo é que, entrando na audiência como testemunha e dela saindo como réu denunciado mediante simples aditamento à acusação, o paciente viu frustrada sua garantia constitucional de ampla defesa, pois sequer consultou previamente seu advogado, antes do interrogatório.

Os fundamentos usados no despacho de sua prisão preventiva não autorizariam a providência extrema que, de resto, seria inócua, pois o paciente não teria condições de se evadir, muito menos para o exterior, por ser portador de moléstia grave e irreversível que dificultaria sua locomoção.

O paciente, ademais, nada teria a ver com o desaparecimento de processos administrativos ou dos autos da ação acidentária promovida pela Dr^a Jorgina Maria de Freitas Fernandes, sendo estranhos à lide os despachos proferidos eventualmente pelo paciente em processos acidentários aforados nas Comarcas de Duque de Caxias e Vassouras.

Após a vinda das informações, prestadas pela ilustre autoridade impetrada, resolvi indeferir o pedido de concessão de liminar e enviei os autos à douta SGR, que se pronunciou pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXM^o SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): O decreto de prisão preventiva está assim fundamentado:

“Recebo, por seus fundamentos, a denúncia, em aditamento, oferecida contra Sérgio Jardim de Bulhões Sayão. Cite-se o réu para a ação e intime-se para interrogatório, notificado o M.P. Citem-se, ainda, os demais denunciados, para conhecimento do aditamento.

Outrossim,

atendendo a que, em relação ao denunciado, há prova da existência dos crimes capitulados na denúncia, bem assim de sua participação na prática desses crimes;

atendendo a que estão desaparecidos os autos da ação acidentária proposta por Assis dos Santos, no Juízo da 3^a Vara Cível de São João do Meriti, sob o patrocínio da 15^a denunciada, Jorgina Maria de Freitas Fernandes, onde, por ordem do denunciado, Sérgio Jardim de Bulhões Sayão, a autarquia foi levada a pagar a impressionante soma de Cr\$ **6.682.752.451,58**;

atendendo a que, além dessa indenização de mais de seis bilhões de cruzeiros, o denunciado, confessadamente, ainda influenciou, também de modo decisivo, para o pagamento de duas outras indenizações, igualmente bilionárias, uma de mais de vinte bilhões e outra de mais de cinco bilhões de cruzeiros, as quais se referem a processos de Duque de Caxias e de Vassouras, uma e outra de valores absolutamente inaceitáveis na versão da denúncia;

atendendo a que, com os recursos de que dispõem, também é fácil escapar à ação da Justiça, como bem demonstraram dois outros acusados que há pouco regressaram de Buenos Aires;

atendendo a que o extravio de autos é demonstração eloqüente do poder que têm os denunciados de fazer desaparecer prova substancial e, dessarte, sacrificar a instrução criminal, com séria ameaça à adequada aplicação da lei;

atendendo a tudo o mais que dos autos consta, hei por bem decretar, como decreto, a prisão preventiva de Sérgio Jardim de Bulhões Sayão. Como esteja presente neste Tribunal, determino seja apresentado ao Sr. Comandante da Unidade da Polícia Militar, com a recomendação de que lhe seja assegurado o recolhimento a “sala especial do Estado-Maior”, nos termos da Lei nº 4.215, de 27.04.63, ficando-lhe, ainda, garantido o regime prisional do Decreto federal 38.016, de 05.10.55.” (fls. 27/28)

Segundo a denúncia inicialmente apresentada e recebida o Juiz de Direito Nestor José do Nascimento, que exercia sua função na 3ª Vara Cível da Comarca de São João de Meriti, e mais alguns serventuários da Justiça, advogados e Procuradores do INSS, associaram-se em quadrilha e cometeram peculatos que causaram enorme prejuízo aos cofres da autarquia, mediante o pagamento a segurados de bilionárias indenizações, colaborando cada partícipe nos atos que lhes competiam na farsa processual engendrada, tudo culminando na homologação, pelo magistrado, de cálculos fictícios e astronômicos, sendo as quantias respectivas imediatamente pagas pelos procuradores da entidade previdenciária, sem qualquer reclamo (fls. 17/22).

Também apropriação indébita teria sido praticada pelos advogados contra seus clientes, alguns dos quais nem chegaram a ver a indenização que deveriam receber.

A denúncia foi aditada posteriormente, porque nos fatos surgiu a participação do paciente, relacionada ao processo patrocinado pela Drª Jorgina Maria de Freitas Fernandes, como narra o aditamento:

“A mesma 15ª denunciada, JORGINA MARIA DE FREITAS FERNANDES, no processo nº 41.984, ajuizado em nome de ASSIS DOS SANTOS, levantou Cr\$ 6.684.293.362,40 (seis bilhões, seiscentos e oitenta e quatro milhões, duzentos e noventa e três mil, trezentos e sessenta e dois cruzeiros e quarenta centavos), cujo depósito fora determinado pelo 1º denunciado, NESTOR JOSÉ DO NASCIMENTO, em 28 de janeiro do corrente ano, conquanto o feito estivesse paralisado desde 1985, com acordo homologado pelo anterior titular do Juízo; o 21º denunciado, SÉRGIO JARDIM DE BULHÕES SAYÃO, inobstante tivesse ao seu alcance o procedimento administrativo interno da Autarquia, correspondente àquela ação judicial (protocolo nº 35.329/00978/84), onde constava cópia da Carteira de Trabalho do autor da mesma ação, cuja profissão era de serven-

te, bem como cálculo já elaborado pela seção competente do Instituto, não manifestou qualquer oposição ao pagamento da fabulosa quantia, recolhendo-a diretamente à conta corrente nº 39.697/3 da Ag. São José do Banco Itaú S/A, conta essa aberta em nome da mesma 15ª denunciada, JORGINA MARIA DE FREITAS FERNANDES”. (fl. 31)

Quanto aos indícios da autoria por parte do paciente, as informações da ilustre autoridade impetrada parecem-me bastante esclarecedoras.

O impetrado também rebate, com vantagem, as alegações de cerceamento de defesa e de existência de *mutatio libelli*:

“1. O paciente, Procurador do INSS, foi incluído na denúncia oferecida contra vinte réus (um juiz, um contador judicial, dois outros procuradores autárquicos e dezesseis advogados), acusados da prática de numerosos crimes contra patrimônio da autarquia, em quadrilha e em continuação. São fatos de larga repercussão, de conhecimento notório e que, por sua própria natureza e nível sócio-econômico das pessoas envolvidas, têm provocado compreensíveis sentimentos de revolta e de desencanto nos espíritos moralmente bem formados, como se pode sentir do farto noticiário da imprensa.

2. Em relação ao paciente e ao contrário do que afirmam os impetrantes, nenhuma inobservância houve a preceitos constitucionais, visto que, pela própria consciência que o paciente teve de sua posição no quadro dos sucessos, compareceu, como testemunha, porém acompanhado de um ilustre profissional, Dr. Ricardo Tepedino, membro de um dos maiores escritórios de advocacia do País, qual o que é dirigido pelo Professor Sérgio Bermudes. Acrescente-se que muito triste seria a testemunha, procurador autárquico e professor de Direito, não tivesse respeitados seus direitos constitucionais no recinto de um Tribunal de Justiça, por um de seus membros. A afirmativa, portanto, — *data venia* —, não passa de apelo emocional, rigorosamente infundado.

3. Os fatos. O paciente é o principal responsável pelo pagamento da significativa quantia de mais de **seis bilhões de cruzeiros** (Cr\$ 6.682.752.451,58), no processo administrativo que correspondia à ação acidentária movida por Assis dos Santos, sob patrocínio da 15ª denunciada, Jorgina Maria de Freitas

Fernandes. As contas da indenização foram feitas por outro denunciado, o serventuário Carlos Alberto Mello dos Santos e o ofício (sucedâneo de mandado executório, ante seus termos), dando prazo de 24 horas para depósito da polpuda soma, “sob as penas de lei”, subscrito pelo 1º denunciado, foi prontamente acatado pelo paciente: “1. Cumpra-se a determinação judicial. 2. À PR/RJ, para providenciar” o pagamento — naturalmente.

4. Segundo consta dos autos — e é fácil compreender — quantias maiores não podem ter seus pagamentos autorizados pela Procuradoria Regional sem passar, antes e necessariamente, pelo exame e a autorização da Procuradoria-Geral. Significa dizer que, quando o processo sobe para exame do Procurador-Geral é porque o valor do pagamento exige análise mais cuidadosa e número maior de responsáveis por sua liberação. O paciente encontrava-se em exercício na Procuradoria-Geral do INSS e, sem apreciar a procedência, ou não, da ordem judicial e, menos ainda, a exatidão da expressiva soma reclamada, mandou cumprir a determinação judicial. Diante do seu despacho, o servidor que exercia a chefia da Equipe de Acidente do Trabalho, encarregada da verificação das contas judiciais, certamente fiado no despacho do paciente, entendeu que, “face à homologação do Dr. Juiz Nestor José do Nascimento, de fl. 50, nada mais a fazer”. E não procedeu ao exame das contas, embora isso não lhe tenha sido exigido pelo despacho do paciente. O pagamento foi em poucos dias efetuado, mediante depósito na conta bancária da advogada, 15ª denunciada, Jorgina Maria de Freitas Fernandes, no Banco Itaú, Agência 310, nesta Cidade.

Posteriormente, verificou-se que no processo judicial: (1) as partes não haviam sido ouvidas sobre as contas; (2) não obstante, a liquidação, por cálculo do contador, foi julgada pelo 1º denunciado, sem aquela audiência, como exige a lei processual (CPC, art. 605); (3) a sentença não foi publicada; (4) no mesmo dia em que foi proferida, 28.01.91, foi expedido ofício à autarquia, o qual foi acatado, pelo paciente, sem exame algum, a despeito do vulto do valor reclamado.

A autorização de pagamento imputável ao paciente levou a autarquia a pagar mais de seis bilhões de cruzeiros quando o seu débito — segundo cálculos do contador designado pela Corregedoria-Geral da Justiça — não passava de Cr\$ 1.340.000,00 (hum milhão, trezentos e quarenta mil cruzeiros).

5. Esse episódio, que envolve ainda o 1º denunciado, Juiz Nestor José do Nascimento; o 2º contador Carlos Alberto Mello dos Santos e a 15ª denunciada, advogada Jorgina Maria de Freitas Fernandes, foi considerado como expressivo elemento indiciário no exame da necessidade de ser decretada a prisão preventiva do magistrado:

“Nos autos da ação acidentária há, com efeito, certos pontos, de natureza processual, que não podem passar ao largo. Assim, numa execução de tamanho valor, prematuramente foi expedido o referido ofício, símile de mandado executório (pagar em 24 horas, sob as penas da lei) por meio do qual logrou-se provocar a açodada ordem do pagamento. Um mínimo de seriedade, um mínimo de sentimento de proteção ou de resguardo pelos dinheiros públicos ou pelo patrimônio da entidade autárquica, possibilitaria oferecer a mesma soma não a título de pagamento, mas a título de penhora. Seguro o juízo pela penhora, viriam os embargos do devedor, que podiam basear-se na “inexigibilidade do título” executório, (CPC, art. 741, II), uma vez que a sentença ainda não passara em julgado e, pois, ainda não podia ser utilizada como título de execução civil. Ou podiam os embargos alegar “excesso de execução”, cuidando de demonstrá-lo à autarquia no momento próprio da defesa do devedor. A título de ilustração, acrescenta-se que o Contador, designado pela E. Corregedoria, Dr. José Campanha, apurou que o valor exato da indenização, então devidos, seria de apenas Cr\$ 1.340.000,00, adotado o índice mais favorável ao acidentado do salário-mínimo da época em que as contas foram feitas pelo 2º denunciado — dezembro de 1990. Não era caso de “bicorreção” porque não houve sentença que a houvesse determinado. As partes fizeram acordo na própria audiência com a correção monetária das prestações pretéritas. Numa palavra: o Instituto pagou apressada e indevidamente quase sete bilhões quando não estava obrigado a pagar senão Cr\$ 1.340.000,00. Pergunta-se: quem contribuiu para isso? No caso de dolo, como entende a denúncia, a quem aproveitaria o resultado final dessa prática que conta com pluralidade de autores e que constitui formidável lesão aos cofres da Previdência?”

6. Parece lícito presumir que os elementos do processo judicial se encontrassem no processo administrativo: primeiro,

porque foram eles posteriormente juntos aos autos da ação cautelar, de iniciativa da autarquia, em curso na 14ª Vara Federal desta Capital. Segundo, porque é habitual (é prática em todos os casos de ações acidentárias) levar ao processo interno de acompanhamento as peças principais, por xerocópia, do processo judicial. Em terceiro lugar, se tais peças ali não se encontravam, cumpria requisitá-las, visto que, sem seu exame, não era possível liberar *quantum* de tamanha expressão.

7. Não houve *mutatio libelli* porque não houve mudança na causa de pedir. Os processos foram tomados por amostragem. Não exaurem o número de casos alcançados pelo *consilium*. A sucessividade de práticas delituosas, ao contrário, revelaria a segura e atual execução de plano abrangente, adrede preparado, que resultaria da associação (Cód. Penal, art. 288), e não a sucessão de crimes instantâneos e independentes da mesma natureza.

Eis por que já se disse, noutro passo destes autos de ação penal, que se estabeleceu um *consilium sceleris*, mediante o qual, juiz, serventuário (contador), advogados e procuradores autárquicos associaram-se para o fim de cometer crimes contra o patrimônio de autarquia federal (INSS), agindo, cada partícipe, na área de sua atuação profissional. Para tanto, os processos judiciais eram utilizados como meio eficaz para o êxito da empreitada criminosa.

8. A *causa petendi*, seja à luz do processo civil, seja sob o enfoque do processo penal, é, na *opinio doctoris*, “conjunto de fatos jurídicos que o autor põe como fundamento de sua demanda”, ou do seu pedido: “O acusador descreve acontecimentos naturais que servem de **base empírica** à pretensão punitiva e nos quais o elemento fundamental está na conduta comissiva ou omissiva do réu. Desses fatos vai decorrer o pedido de aplicação da pena ou de outra sanção jurídico-penal que o caso comporte” (J.F. Marques, **Elementos...**, II, nº 340, p. 157, 1961).

A denúncia descreve um contexto em que numerosas pessoas em concurso — cada qual em ponto de atuação e de influência na utilização dos processos acidentários — concertaram a prática de crimes contra o patrimônio do INSS, sucessivos e continuados. Cada processo judicial, que serviria e que serviu de instrumento eficaz para o êxito da empreitada, não representa senão uma prova material das infrações cometidas. São muitos os processos acidentários criminosamente desapareci-

dos, dentre eles o em que está acusado o paciente. A descoberta dessa vultosa indenização partiu de uma reportagem no jornal. Posteriormente, descobriram-se, no próprio INSS, xerocópias de atos essenciais do processo (inicial, sentença de liquidação, ofício de execução bem como outros dados do processo administrativo em andamento na Procuradoria Regional). Os envolvidos reconheceram a legitimidade da origem das peças xerocopiadas que foram juntas à ação penal.

Feitos outros, igualmente desaparecidos, podem surgir a qualquer momento. Por exemplo, do acusado Ilson Escóssia da Veiga, há não menos do que onze processos desaparecidos, cujas indenizações (pelo livro de registro do imposto de renda) somam cerca de **dez bilhões** de cruzeiros. O aparecimento de um desses processos não modificará a causa de pedir nem os seus lindes, naturalmente.

9. O paciente não poderia ser denunciado em separado. A conduta que lhe é irrogada corresponde a um elo, ou a mais um elo, na cadeia, e não a prática delitual independente. Com ele, na ação acidentária de Assis dos Santos, estão ainda envolvidos o juiz, o contador e a advogada.

10. Os autos da ação de Assis dos Santos são daqueles extraviados que confirmam a mesma prática, o mesmo título, a mesma *causa petendi*. É mais um exemplo entre os numerosos delitos cometidos em quadrilha e em continuação. Não obstante, para incluir o paciente, procedeu-se ao aditamento da denúncia e cada um dos envolvidos foi submetido a novo interrogatório, com abertura de prazo para novas alegações preliminares. Dias após haver sido ouvido como testemunha, o paciente foi submetido a interrogatório na presença de seus ilustres advogados, mediando tempo mais do que suficiente para com eles aconselhar-se.

A “nova tomada de depoimento das testemunhas já ouvidas” é, *data venia*, artifício inaceitável: nenhuma testemunha fora ouvida antes sobre esse fato.

11. No que diz respeito a outras indenizações vultosas, igualmente autorizadas pelo paciente (nas Comarcas de Duque de Caxias e de Vassouras), conquanto não façam parte da denúncia, serviram para dar idéia de sua posição no quadro geral em que se encontra: em Duque de Caxias, no dia 24 de janeiro de 1991 (uma semana antes de autorizar o pagamento dos re-

feridos **seis bilhões** de cruzeiros) também autorizou o pagamento da maior indenização até agora conhecida — de mais de **vinte bilhões de cruzeiros** — em ação acidentária movida pelo tratorista Alaíde Ximenes Fernandes, patrocinada pelo 18º denunciado, ILSON ESCÓSSIA DA VEIGA, fazendo recolher, na conta bancária deste, no Banco Nacional, aquele alentado valor. Escóssia, sem prisão preventiva decretada pelo Relator, está foragido. E as contas do contador judicial, reexaminados pelo serventuário a serviço da Corregedoria-Geral, não foram confirmadas, ao contrário: as prestações reclamadas, e que sofreram inacreditáveis aplicações de correção monetária, já haviam sido pagas a Alaíde pelo Instituto, ao longo dos anos.

Ao depor perante o Dr. Flávio Furtado, Delegado da Divisão de Polícia Federal em Nova Iguaçu, disse o tratorista Alaíde Ximenes Fernandes:

“... que o declarante ficou abismado com o valor da indenização, mesmo achando que se tratava de três milhões e oitenta mil cruzeiros, logo sendo explicado, pelo advogado Escóssia, que não eram milhões e sim bilhões de cruzeiros, e que também não era tudo do declarante, pois ele só tinha direito a 20% (vinte por cento), o advogado Escóssia, 20% (vinte por cento), e o restante era para a ‘comelança’”.

12. No que respeita ao processo da Comarca de Vassouras (“Ação ordinária de restabelecimento de benefício previdenciário e conseqüente aposentadoria por invalidez definitiva”) a posição do paciente não é menos desconfortável. Afirmou, no interrogatório, que nunca intervieria diretamente nos processos judiciais. Naquele, porém, houve a intervenção sua e em circunstâncias de difícil explicação. O Instituto pagará — na fase executória, naturalmente — as quantias de Cr\$ 65.064.387,48; 527.803,58 e 13.012.877,00 (mais de 78 milhões), em 30.08.90, (fls. 373-375 dos referidos autos). No entanto, em petição de 18.12.90., a autora — alegando que a autarquia não a incluía na “sua folha mensal de pagamento como pensionista vitalícia”, pediu a ida dos autos ao contador para calcular, atualizadas, as pensões “do período de 1º de agosto de 1990 a 31 de janeiro de 1991”, embora a petição estivesse datada de 18.12.90 (fls. 379-380). Mais adiante junta nova petição relamando um crédito de Cr\$ 561.879.738,00 (fls. 428). Em seguida surge a figura de Francisco Honório Campelo, “contador e professor de contabilidade pública”, identificando-se como assistente-técnico contábil

(perito)” — fls. 430. Não havia perícia. Tratava-se, tão-somente, de liquidação por cálculo do contador. Não obstante, o suposto perito (indicado pela autora) discorda do vultoso *quantum*, em complementação, de mais de 560 milhões de cruzeiros, por ser “enormemente prejudicial à autora”. E, então, apresenta “suas” contas, no valor de mais de **cinco bilhões e duzentos milhões** de cruzeiros (Cr\$ 5.214.548.773,20) — fls. 433.

Em seguida, a autora pede a retirada da petição de fls. 427-9 (onde cobrara os Cr\$ 561.879.738,00) para aceitar o cálculo do estranho “assistente técnico perito”, porém não deixou de requerer —

“que os mencionados cálculos” — de mais de 5,2 bilhões — “sejam revisados ou concordados pela Procuradoria-Geral do I.N.S.S., localizada...” — fls. 435.

Sobrevém, então — logo em seguida, às fls. 438 —, petição assinada pelo próprio Procurador-Geral, substituto em exercício — Sérgio Jardim de Bulhões Sayão, para dizer que “acorda com os cálculos de fls. 432 e 433, referendados pelo Sr. Contador da Autarquia-Ré”.

Pouco depois, pela decisão de fls. 444 a 447, o feito foi declarado nulo, a partir da sentença que encerrara o processo de conhecimento, exclusive (fls. 276/280), ocasião em que, entre outras providências, foi enviado ofício ao Departamento de Polícia Federal. Mais adiante, o novo Procurador-Geral ingressa no feito para manifestar estranheza em relação à concordância com o incomum valor de 5,2 bilhões, depois de uma execução finda que, quando muito, deixara de incluir o pensionamento mensal a partir de agosto de 1990.

Diante de tudo isso, pode-se observar que o paciente, entre 24 de janeiro e 07 de fevereiro do corrente ano (14 dias), autorizou três pagamentos os quais somados atingem **32 bilhões** de cruzeiros, todos impugnados; todos interpretados como resultantes de práticas delituosas com os respectivos processos criminais (ou, quando menos, inquéritos policiais) em andamento.” (fls. 53/60)

E não se diga que, no despacho de recebimento da denúncia e de prisão preventiva do paciente houve-se o seu eminente prolator com menos apego à fundamentação. Embora sucinto o despacho impugnado, o relator da Ação Penal nº 04/91 nele apreciou as circunstâncias que

justificam a medida, nos termos do art. 312 do CPP, baseando-se, inclusive, em dados concretos.

No *habeas corpus* não cabe o exame da negativa da participação do paciente nos fatos descritos no aditamento à denúncia, o que será feito na instrução.

Ademais, o paciente, novamente interrogado, teve o tempo suficiente para previamente consultar seus advogados.

Ainda que tivesse ocorrido *mutatio libelli* em relação à denúncia inicial, tal circunstância não prejudicaria o paciente, porque isso se verificou antes da instauração da ação penal contra ele. Assim é que, dias após o recebimento desse aditamento, foi ele interrogado, sendo-lhe, então, aberto prazo para as alegações preliminares, o mesmo ocorrendo com os demais denunciados.

Ante o exposto, indefiro a ordem.

É como voto.

VOTO

SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, as fraudes contra a Previdência Social em apuração merecem a repulsa de toda a Nação. A questão a ser enfrentada aqui, porém, não tem de ver com a imputação em si, consistindo apenas em saber se os motivos apontados no despacho que decretou a prisão preventiva do paciente ajustam-se ou não ao que dispõe o art. 312, do CPP.

Com efeito, a prisão preventiva, como sanção processual que é, de caráter excepcional, só se justifica nas hipóteses previstas no mencionado dispositivo legal, ou seja, no resguardo da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, não importando a gravidade do crime.

Sob esse prisma, analisei detidamente o despacho increpado, não encontrando respaldo suficiente para a imposição da medida constritiva.

Quanto ao desaparecimento dos autos da ação acidentária, nada há que relaciona o paciente ao fato, não induzindo, pois, o raciocínio de que ele, em liberdade, poderá estorvar a regular produção das provas.

Em outra perspectiva, tratando-se de um antigo servidor público, professor universitário, com família constituída, residente no distrito da culpa, sem antecedentes criminais, repousa em exercício meramente

especulativo a conclusão de que o paciente, em face dos recursos de que dispõe, poderá furtar-se à ação da Justiça.

Insubsistentes, pois, os motivos em que alicerçado o decreto de prisão preventiva, à luz do que dispõe o art. 312, do CPP, defiro a ordem, com a devida vênia do eminente Relator.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Presidente): Srs. Ministros, tive oportunidade de ler em um dos jornais — não sei se no Globo, no Jornal do Brasil ou no Correio Braziliense, de sábado, ou domingo — que o Supremo Tribunal Federal havia determinado a prisão da Dr^a Jorgina, e que esta havia fugido, estava fora do País. Quero do Sr. Advogado uma informação a respeito disso, porque, na verdade, não podemos julgar a causa sem saber se é verdadeira essa determinação do Supremo Tribunal Federal.

O SR. ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO (Advogado): Sr. Presidente, desconheço completamente essa informação. Para mim é uma surpresa absoluta sob todos os aspectos. Estive no Rio de Janeiro até sábado, quando, ao ser comunicado de que seria julgado o *habeas corpus* hoje, retornei imediatamente. O que vi no Jornal do Brasil foi que o Ministro teria cassado a liminar. Isso saiu na quarta-feira, o que me fez ir ao aeroporto para retornar a Brasília. Meu sócio, Dr. José Eduardo Alves, disse que não havia nada. No sábado, isso voltou a sair, informando que o Ministro teria cassado a liminar. Parece-me que S. Ex^a estava viajando; não estava em Brasília no final de semana.

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Eu, como Relator, teria que ter conhecimento dessa decisão, o que não aconteceu.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Presidente): Gostaria apenas de sugerir aos Srs. Ministros a conveniência de se suspender, por alguns minutos, a decisão da Turma, até que se pudesse colher uma informação no Supremo Tribunal Federal a respeito dessa notícia.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Diante dos esclarecimentos, acompanho o Eminente Relator.

VOTO (VOGAL) — VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: No caso dos autos, o cálculo foi feito muito acima do valor devido. O que nos deixa a certeza de que

houve um conluio, contra os cofres da Previdência Social, entre os Advogados, os Procuradores, enfim, funcionários, todos combinados para dar prejuízo à Autarquia. Estou dizendo isso para chamar a atenção de um aspecto que me prendeu de logo: o paciente deveria ter sido mais cuidadoso e não admitir jamais — porque nenhuma pessoa de bom senso poderia aceitar que um simples processo de acidente de trabalho pudes-se culminar com aquele volume de indenização. Este é o problema. Daí toda essa história, de que o paciente é professor, não me impressiona. Diante disso, tenho quase certeza de que o paciente, uma vez em liberdade, vai tentar prejudicar a instrução processual, e, fatalmente, no instante em que se positivar a sua responsabilidade penal, vai fugir do distrito para evitar o cumprimento da pena.

Estou absolutamente de acordo com o voto detalhado do Eminentíssimo Ministro-Relator, que coincide com o meu ponto de vista.

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: V. Ex^a me concede um aparte? Apenas para dizer que examinei o caso com igual cuidado. Diferentemente do eminente Relator, entendi insubsistentes os motivos em que alicerçada a decretação da medida constritiva. É uma questão de convencimento.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: É apenas uma questão de ponto de vista. Fui Juiz Federal durante 13 (treze) anos na Bahia. Homologei centenas de contas do INPS, mas sempre tive o cuidado de examinar o que estava fazendo. Sei que V. Ex^a julga com o maior cuidado.

O SR. MINISTRO COSTA LIMA: V. Ex^a me permite um aparte? O Ministro Carlos Thibau foi Juiz Federal, como eu fui, e todos nós tivemos esse cuidado. Nós não estamos aqui julgando o mérito da ação penal. O problema é que a prisão preventiva, hoje é uma exceção, não é mais mera decorrência da gravidade do crime. O que se tem a ver em primeiro lugar é a liberdade da pessoa. Liberdade que precisa ser respeitada. Daí que o decreto de prisão preventiva, para que possa ser mantido, deve ser fundamentado e não passar a generalidades.

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Gostaria de fazer uma observação, como Relator. Preocupou-me, principalmente, a quantidade; o vulto dessa quantia possibilitaria, facilmente, a qualquer pessoa sair do País. Em segundo lugar, a circunstância de ser o paciente, na ocasião, a maior autoridade da Autarquia, na parte jurídica, sendo ainda Procurador do quadro. Facilmente poderia suprimir o corpo de delito, a prova material dessas fraudes. Essas duas circunstâncias foram fundamentais para a conclusão do meu voto.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Diante dessas ponderações, que são fruto de convencimento pessoal, indefiro a ordem.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente. Lembrou o Sr. Ministro COSTA LEITE que, na assentada de ontem, a que tive a honra de comparecer, esteve em causa despacho em que foi decretada a prisão preventiva e o que proferi, no recesso de julho, concedendo liminar para sustar a execução daquele decreto.

Aqui, pela sustentação oral e pelos votos dos eminentes Ministros, Relator e COSTA LEITE, embora mais extenso fisicamente, o decreto assenta-se em pura especulação porque não há nenhum dado concreto de que o paciente, um antigo funcionário público, contra quem não se aponta qualquer ato desabonador; um professor universitário com residência fixa; primário e com bons antecedentes, demonstre que perturbou a instrução ou vai influir em testemunhas, sonegar autos ou se furta à aplicação de lei penal, ou perturbar de algum modo a apuração da verdade.

De sorte que, valendo-me também da fundamentação do voto do eminente Ministro COSTA LEITE, peço vênias ao eminente Ministro-Relator, para deferir a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 820 — RJ — (91.0012905-4) — Relator Originário: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Relator Designado: O Sr. Ministro Costa Leite. Imptes.: Antonio Evaristo de Moraes Filho e outros. Impdo.: Desembargador-Relator da Ação Penal número 4/91, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pacte.: Sérgio Jardim de Bulhões Sayão (réu preso).

Decisão: Tendo em conta o que dispõe o art. 181, § 4º, do Regimento Interno do STJ, a Turma, que empatou na votação, reconhece que deve prevalecer a decisão mais favorável ao paciente e, em decorrência, concedeu a ordem. (Sexta Turma — 27.08.91)

Após o voto do Sr. Ministro Relator indeferindo a ordem, votaram em seu favor, pelo deferimento, os Srs. Ministro Costa Leite e Costa Lima. Por último votou o Sr. Ministro José Cândido, acompanhando o voto do Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 872 — PR

(Registro nº 90.0011483-7)

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

Recorrente: *Raimundo Sergio Pinheiro Gomes*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Paraná*

Paciente: *Valdemar de Mattos Metz (Réu preso)*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS.

Ressaltando o constrangimento ilegal imposto ao Réu, cabe o *habeas corpus* para o pleito de progressão do regime prisional.

Cumprido o requisito do art. 12, parágrafo único, da L.E.P., com a prisão por um sexto da pena, e havendo parecer favorável da Comissão Técnica de Classificação, não obsta a progressão requerida o fato de o paciente estar respondendo a outro processo em Comarca vizinha, uma vez que tal fato não está previsto como impeditivo do benefício, nem no art. 111 nem no art. 118 da L.E.P., e também por estar, ainda, indefinida a situação processual.

Concessão da ordem de *habeas corpus*, ressaltando-se a possibilidade de retorno ao regime anterior se o paciente praticar atos que se enquadrem nos incisos I e II do art. 118 da L.E.P.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para deferir o *habeas corpus* e conceder o regime semi-aberto pleiteado pelo paciente, 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 dezembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Waldemar de Mattos Metz, casado, operador de máquinas, condenado pelos crimes de furto qualificado e latrocínio (155, § 4º e 157, § 3º do CP), às penas de 3 (três) e 15 (quinze) anos, respectivamente, num total de 18 (dezoito) anos de reclusão, preso desde 19/11/83 na Penitenciária Estadual, pleiteou em 18/11/86 a promoção ao regime semi-aberto, tendo a seu favor pareceres da Comissão Técnica e do Ministério Público do Estado do Paraná (fls. 10/12).

Transcorridos quase dois anos do pedido formulado, reiterou-o o defensor, protestando pelo julgamento do mesmo uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos (fls. 41/42).

Em 28/12/88, o Juiz, reconhecendo que o réu embora preenchesse o lapso temporal de ter cumprido mais de um sexto da pena, considerou-o “criminoso renitente”, pelas circunstâncias em que cometeu os dois delitos e, **principalmente** (grifei), por estar respondendo a outro processo de furto qualificado em Juízo de Comarca vizinha, entendendo-o **não apto** a progredir o regime, denegando o pedido (fls. 45).

Inconformado, impetrou o réu, por seu advogado, ordem de *Habeas Corpus* pleiteando a reforma da decisão, para que, removido para a Penitenciária Agrícola, cumprisse o restante da pena em regime semi-aberto.

Fundamentou o cabimento do *Habeas Corpus*, na violação de norma legal, em detrimento do recurso específico que dispõe o artigo 197 da LEP; rebato as argumentações do juiz pois, satisfeito o lapso temporal e demonstrado por documentação o mérito, cumpriu o disposto no art. 112 da mesma lei; e ainda; o fato de encontrar-se o réu respondendo a outro processo criminal, em comarca vizinha, não é motivo para obstar-se a progressão do regime prisional, sendo injusta a manutenção de qualquer apenado em regime mais severo, pela indefinição processual (fls. 2/9).

Parecer do Ministério Público Estadual foi pelo não conhecimento da impetração entendendo inidôneo o meio processual eleito pelo paci-

ente, existindo segundo o art. 197 da LEP, recurso específico para tal, e, instruído o pedido de forma precária, pois os documentos nele constantes datavam de quase três a mais de três anos, imprestáveis para os fins pretendidos (fls. 56/58).

A 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Paraná, por unanimidade de votos, não conheceu do pedido, acatando as ponderações da Procuradoria do Estado (fls. 61/63).

Inconformado, interpôs o acusado, por seu advogado, Recurso Ordinário Constitucional, pleiteando a reforma da decisão recorrida para concessão do progresso no regime prisional, insistindo na argumentação de que a existência de recurso específico não impede o *Habeas Corpus*, reunidos os requisitos necessários, satisfeito está o disposto no art. 112 da LEP, e processo a que responde o acusado, em comarca vizinha, não viola o disposto no artigo 118, I, da mesma Lei (fls. 66/69).

A D. Subprocuradoria-Geral da República manifesta parecer pelo provimento do recurso “para o fim de conceder a progressão requerida, ressalvando, no entanto, o fato de que, se praticar o paciente atos que se enquadrem nos incisos I e II do art. 118 da LEP, poderá regressar ao regime fechado, se for o caso...”.

Entende o I. Subprocurador cabível o *Habeas Corpus* por ser o mal reclamado referente à liberdade de locomoção; cumprido o disposto no art. 112, parágrafo único, da LEP, ser direito do executado o progresso prisional; tendo a decisão denegatória demorado mais de um ano para ser apreciada, não ser justo sair o paciente prejudicado; e, por fim, não poder ser indeferida a progressão prisional, por estar o paciente respondendo a outro processo criminal em comarca vizinha, em situação indefinida no momento (fls. 74/76).

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, inicio reputando cabível a via eleita na hipótese, porque não colide em nada com a iterativa jurisprudência sobre a impropriedade do HC para progressão de regime prisional. É que, neste caso, não demanda dilação probatória. As provas, os requisitos foram todos satisfeitos, como manda a Lei de Execuções Penais. O Juiz, no entanto, deu interpretação a meu ver errônea a ela, por isso que vejo o tema como sendo essencialmente de direito.

Há precedente:

“RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 821 — MG
(Registro nº 90.0010122-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Waldir Prado*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Paciente: *Paulo Ferreira de Carvalho*

EMENTA: INCIDENTES DA EXECUÇÃO — *HABEAS CORPUS* — CABIMENTO — IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

Embora esteja previsto no art. 197, da Lei 7.210/84, o recurso de agravo, sem efeito suspensivo, para o ataque às decisões do juízo da execução, isso não afasta a possibilidade de uso do *habeas corpus* para coibir constrangimento ilegal, desde que comprovado, *prima facie*, abuso de poder.

Recurso desprovido. (DJ 3/12/90)

Conforme o disposto no artigo 197 da LEP, o Recurso de Agravo é o instrumento cabível para decisões proferidas pelo Juiz de Execução. Entretanto, em se tratando de violação de norma legal, o remédio heróico presta-se perfeitamente para pretensão aqui discutida, uma vez que se analisa o direito, e não matéria probatória.

Preso em 19/11/83 e formulando o pedido de promoção do regime prisional em 19/11/86, teve o acusado completado o lapso temporal de um sexto da pena, além da manifestação favorável da Comissão Técnica de Classificação e do Ministério Público Estadual, cumprindo o disposto no artigo 112, parágrafo único, da LEP:

“A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos **um sexto de pena** no regime anterior e seu **mérito indicar a progressão** (grifei).

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”.

Por fim, o deferimento da progressão não pode ser impedido, por estar o paciente respondendo a outro processo criminal, em Comarca vizinha a que se encontra preso, pois tal fato não está previsto como óbice desse benefício, nem no artigo 111, nem no artigo 118 da mesma Lei, uma vez indefinida que se encontra a situação processual:

“Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processo distinto, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição”; “A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I. praticar fato como crime doloso ou falta grave;

II. **sofrer condenação**, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime” (grifei).

Assim, dou provimento ao recurso para concessão da progressão requerida e com ressalvas do Parecer do MPF.

É o voto.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, realmente, temos entendido que o recurso cabível é o de agravo. Mas, evidentemente, o *habeas corpus* presta-se para reparar qualquer coação na liberdade de ir e vir. Ora, se o pedido estava devidamente instruído e o motivo de decidir de que se valeu o Juiz não encontra amparo legal, acompanho o Senhor Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 872 — PR — (90.0011483-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Raimundo Sérgio Pinheiro Gomes. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Paraná. Paciente: Valdemar de Mattos Metz (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para deferir o *habeas corpus* e conceder o regime semi-aberto pleiteado pelo paciente. (em 12.12.1990 — 5ª Turma).

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

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

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.073 — RS
(Registro nº 91.3566-1)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José Cândido*

Recorrente: *Álvaro Garibaldi Hendges*

Recorrido: *Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul*

Paciente: *Álvaro Garibaldi Hendges*

Advogado: *Pedro Kaefer Weschenfelder*

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. FIXAÇÃO DA PENA. NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DE PENA-BASE, SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL, AO RÉU PRIMÁRIO DE BONS ANTECEDENTES — ARTS. 171 e 71 DO C. PENAL.

PONTO SUBTRAÍDO NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* NO TRIBUNAL *A QUO*.

Havendo sido omitido, entre outras razões apreciadas, o exame sobre a falta de fundamentação da pena-base, aplicada acima do mínimo legal, e sendo o réu primário e de bons antecedentes, julga-se procedente a argüição, a fim de que o Tribunal *a quo* examine a alegada omissão.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, a fim de que os autos baixem ao Tribunal de origem, para exame do item 07 que foi omitido no julgamento anterior, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

EXM^o SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: O recorrente, ÁLVARO GARIBALDI HENDGES, e outros, foram denunciados como incurso nas sanções do artigo 171, *caput*, do Código Penal, o recorrente, por quatro vezes, nas condições de co-autoria e crime continuado (fls. 10-14), sendo, afinal, condenado a cinco anos de reclusão e dez dias-multa. O processo correu-lhe à revelia (Sentença, fls. 18-25).

Lê-se na sentença:

“Recebida a denúncia (fl. 02), citados por edital (fls. 202, 203 e 208) decretou-se a revelia dos acusados, que não atenderam ao chamamento, nomeando-se-lhes defensoria dativa (fl. 209), que apresentou defesa prévia no termo de audiência (fl. 209).”

Inconformado com a decisão condenatória, que estaria eivada de nulidades, ressaltando a da citação edital, por descumprimento, pelo Meirinho, do dever de seu ofício, impetrou o ora recorrente um primeiro *habeas corpus*, pedindo a nulidade do processo a partir da citação (fls. 2 a 7, do apenso), não só por aquela irregularidade, mas, também, porque os co-réus haviam sido defendidos pelo mesmo defensor nomeado, em caso de interesses conflitantes, resultando em defesas colidentes.

A Procuradoria-Geral da Justiça opinou pela concessão da ordem, em face da evidente ilegalidade do constrangimento, atendendo o ilustre representante do Ministério Público à argumentação quanto à nulidade da citação (fl. 294). A ordem, no entanto, foi denegada por unanimidade (fls. 297-303).

No presente *writ*, a egrégia Câmara de Férias Criminal declarou nula a intimação da sentença, nos termos em que feita, ou seja, por edital, determinado o recolhimento do eventual mandado de prisão expedido contra o paciente (fls. 51-57). Havia argüido o ora impetrante sete causas de nulidade.

O recurso a esta Corte veio às fls. 60-61, recebendo parecer contrário do Ministério Público Estadual, sob alegação de que, no *Habeas Corpus* anterior, a 4^a Câmara já havia enfrentado as mesmas alegadas nulidades (fls. 63-66).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento, mas pela concessão *ex officio*. O recurso não estaria convenientemente fundamentado. Na ementa afirma o ilustre parecerista “ser

incorreto o aresto que, sob o fundamento de reiteração, deixa de examinar questão não alegada na impetração anterior”.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. FIXAÇÃO DA PENA. NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DE PENA-BASE, SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL, AO RÉU PRIMÁRIO DE BONS ANTECEDENTES — ARTS. 171 e 71 DO C. PENAL.

PONTO SUBTRAÍDO NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* NO TRIBUNAL *A QUO*.

Havendo sido omitido, entre outras razões apreciadas, o exame sobre a falta de fundamentação da pena-base, aplicada acima do mínimo legal, e sendo o réu primário e de bons antecedentes, julga-se procedente a argüição, a fim de que o Tribunal *a quo* examine a alegada omissão.

Recurso parcialmente provido.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Este é o Segundo *Habeas Corpus* impetrado, pelo mesmo advogado, em favor do paciente. No primeiro, julgado em 31.10.90, pediu a nulidade do feito por vício da citação; por ausência de defesa e pelo fato de haver sido nomeado um único defensor para os três réus. A decisão da 4ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL *a quo*, por unanimidade, denegou a ordem. Não houve recurso.

No segundo, motivo do presente julgamento, o impetrante, em sete itens distintos, volta a pugnar em favor do paciente. A decisão ora recorrida é de 09.01.91. Nela, a egrégia CÂMARA DE FÉRIAS CRIMINAL concedeu em parte o *writ* “apenas para declarar nula a intimação da sentença, nos termos em que foi feita, recolhendo-se eventual mandado de prisão expedido contra o paciente. Unânime” (fl. 51).

É conveniente transcrever parte do acórdão, para se ter conhecimento de como o Tribunal enfrentou o pedido. Ficou decidido (fl. 91):

“A segunda nulidade é decorrente da primeira — a primeira é que o edital foi utilizado antes de se esgotarem todos os

recursos para a sua localização pessoal — e a segunda é por não ter sido esgotada a possibilidade de localizá-lo em Três de Maio.

A terceira causa de nulidade é que no edital não foi colocado o apelido pelo qual era conhecido: “Nego”.

A quarta nulidade é a deficientíssima atuação do defensor dativo, que importou em inexistência de defesa. E, realmente, o advogado não fez absolutamente nada. Na defesa prévia pediu a absolvição e o fez verbalmente, na hora da audiência. Na instrução, não fez perguntas para qualquer das testemunhas e nas alegações finais também foi extremamente sucinto, apenas cumprindo a formalidade.

Em quinto lugar, realmente há um equívoco. Ao sentenciar, o Juiz desde logo determinou a intimação do impetrante por edital, sem determinar que novamente fosse procurado pessoalmente para a intimação por mandado. Então, foi intimado por edital, certificado o trânsito em julgado e, por conseqüência, deve ter sido, isto não está informado, expedido mandado de prisão, pois era a determinação da sentença.

Em sexto lugar, na intimação editalícia não constou o inteiro teor da sentença condenatória, constando apenas a parte dispositiva.

E finalmente, dizendo que o último erro lembra o sétimo pecado, o Juiz não acolheu jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que, na condenação de primário, devidamente reconhecida esta primariedade na sentença, a pena superior ao mínimo, sem maus antecedentes e sem circunstâncias graves, deve ser expressamente motivada na sentença. Isso não ocorreu. O Juiz fixou a pena acima do mínimo legal para réu primário e de bons antecedentes sem qualquer justificativa. Fixou a pena-base em três anos, sendo a pena mínima a de um ano.

Com esses fundamentos requer a nulidade do processo e, evidentemente, a cassação do mandado de prisão, o que não diz, mas é decorrência óbvia a sua expedição” (fls. 54-5).

Comparadas as duas decisões, observa-se que as primeiras quatro causas de nulidades apontadas, no presente *habeas corpus*, já foram alvo de julgamento da primeira impetração, e que, por haver transitado em julgado a sentença, já não podem mais ser examinadas.

O egrégio Tribunal *a quo* levou em conta apenas o **quinto** item do pedido, para declarar nula a intimação da sentença, tendo em vista “que

antes de se proceder à intimação por Edital deve-se voltar à tentativa de localização do réu, ..." (fl. 57). Com esta decisão, o sexto item da impetração estaria prejudicado, desde que a intimação deve ser feita, na forma processual, com o inteiro teor da sentença.

Resta, por último, motivo da invocada nulidade do processo, que na verdade não foi alvo da primeira impetração, e que foi omitida pela CÂMARA DE FÉRIAS, neste segundo *Habeas Corpus*. Trata-se da falta de motivação da sentença condenatória, que aplicou, segundo alega advogado, pena a réu primário, acima do mínimo legal, sem a necessária justificativa ou motivação expressamente declarada pelo Juiz.

Este é, portanto, o único tema a merecer exame nesta assentada de julgamento. Foi ele abordado no Parecer do Ministério Público Federal, que opinou "pela concessão de *habeas corpus ex officio*, para que examine o Tribunal *a quo*, em outro julgamento, a alegação da nulidade da sentença" (fl. 72). Advirto que o não conhecimento do recurso foi sugerido pelo Ministério Público, porque o recorrente não juntou as razões do recurso.

Preliminarmente, não vejo como não se receber o recurso, uma vez que na petição do apelo revisional está dito que o recorrente "deixa de apresentar novas alegações... porque o seu direito está evidente na petição inicial, fazendo parte integrante deste 'Recurso', com a mesma força e razão de requerer" (fl. 61).

Rejeitando essa preliminar de não conhecimento, passo ao exame da questão não enfrentada pelo Tribunal *a quo*.

O paciente foi condenado a uma pena de reclusão de 5 (cinco) anos e multa, pelo crime do art. 171, combinado com o art. 71, ambos do Código Penal. A pena-base aplicada foi de 3 (três) anos. A sentença reconhece que os réus não possuem antecedentes e são primários.

Tem razão a ilustre Representante do Ministério Público Federal, ao considerar que o Colendo Tribunal *a quo* deve julgar o *habeas corpus*, nesta parte.

Com estas considerações, conheço do recurso, e lhe dou parcial provimento para reformar a decisão *a quo*, a fim de que seja examinado o item sétimo da inicial, relativo à suposta falta de fundamentação na fixação da pena, matéria, realmente, excluída da decisão *a quo*.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.073 — RS — (91.3566-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recte.: Álvaro Garibaldi Hendges. Recdo.: Tribunal de Al-

çada do Estado do Rio Grande do Sul. Pacte.: Álvaro Garibaldi Hengges. Adv.: Pedro Kaefer Weschenfelder.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso, a fim de que os autos baixem ao Tribunal de origem para exame do item 7 que foi omitido no julgamento anterior. (Sexta Turma, em 20.8.91).

Votaram os Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite e Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro Washington Bolívar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.100 — RS

(Registro nº 91.4174-2)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Valdênio da Silva Porto*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Paciente: *Valdênio da Silva Porto*

Advogados: *Drs. Nei Rafael Ferreira Lopes e outros*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. NULIDADES.

1. *Citação edital.* Inexistindo imprensa oficial na Comarca, dispensável é a publicação do edital em jornais de circulação local.

2. *Recurso de apelação.* Exigência de prévio recolhimento à prisão (art. 594 do CPP). Réu comprovadamente primário, sem registro nos autos de maus antecedentes. Hipótese que não deve ser interpretada contra o réu, com inversão do ônus da prova, para presumir-lhe os maus antecedentes e negar o benefício de apelar em liberdade, sem fiança.

Recurso parcialmente provido para determinar o processamento do apelo, independentemente do recolhimento à prisão.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, para determinar o conhecimento da apelação pelo Tribunal *a quo*, independentemente do recolhimento do paciente à prisão, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Em favor de Valdênio da Silva Porto, condenado por lesões corporais seguidas de morte (art. 129, § 3º, do CP), impetrou-se ordem de *habeas corpus* denegada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em acórdão que assim expõe e aprecia o pedido:

“1. Trata-se de *habeas corpus* preventivo impetrado pelo advogado Nei Rafael Ferreira Lopes em favor do paciente Valdênio da Silva Porto, vulgo “Gaúcho”. Alega que o mesmo sofre constrangimento ilegal por ter sido condenado em processo eivado de nulidades processuais. Requer a expedição de uma ordem de *habeas corpus* preventivo.

Narra que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 129, § 3º, do Código Penal, em sentença prolatada pela MM. Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal de Sapucaia do Sul. Apelou da decisão, mas seu recurso não foi conhecido sob o fundamento de que só poderia apelar se recolhido ao presídio.

As irregularidades apontadas são: citação irregular, inoportunidade de ampla defesa e ausência de exame de corpo delicto.

O pedido veio instruído com cópias xerográficas da ação penal.

Nesta instância, o Dr. Procurador de Justiça opina pelo não conhecimento do pedido e, caso seja conhecido, pela sua denegação. Argumenta que a sentença já transitou em julgado e o *habeas corpus* não é a medida apropriada para reexaminar a prova.

2. No intuito de alentar o petitório em favor do paciente, o nobre impetrante traz à colação questionamentos que, em princípio, somente se adequam, tecnicamente, à instância recursal ordinária.

Em sede de *habeas corpus*, o exame das mesmas ensejar-se-ia apenas quando as causas da evocada ilegalidade se traduzissem em realidade com evidência imediata, constatável de pronto.

No caso, a fustigada ilegalidade da citação ficta não assoma viciada como quer o impetrante, sabido que nos termos do art. 365, parágrafo único, do Código de Processo Penal, a fixação do edital perfaz requisito essencial, na espécie atendido; enquanto a publicação pela imprensa é meramente facultativa, tanto que o próprio dispositivo se apressa em esclarecer “onde houver” (*verbis*), o que admite inferir também, quando possível:

De conseguinte, se ilegalidade houve, não foi manifesta, refugindo então dos lindes estreitos do *writ*, cuja orientação decisória não pode afrontar veredito proferido ao cabo de cognição plena.

Outrossim, o evocar de inoccorrência de ampla defesa emerge de epílogo discutível, face à revelia do paciente que, com sua omissão, subtraiu ao defensor os elementos indispensáveis, e que só ele poderia dispor para tornar efetiva sua defesa. Malgrado, o defensor nomeado prestou compromisso, ofereceu defesa prévia e alegações finais, deixando contudo de comparecer à audiência. Não se pode entretanto deixar de notar que pouco, ou mesmo nada, poderia fazer, diante da ausência do réu-paciente.

O conceito de ampla defesa não é absoluto, pois é aquela possível, e que exauriu suas potencialidades segundo condições dadas.

Trata-se, portanto, de tópico cuja interpretação demanda exame conjunto e panorâmico de todo processado, com ótica mais percuciente e sistemática, e com a qual não se comparam os angustos limites do *writ*.

Finalmente, a análise da prova envolve matéria consabidamente estranha ao rito do *habeas corpus*.

A ilegalidade, na hipótese, acaso existente, não se caracteriza de pronto.

Assim, sua virtual prisão, porque escudada em sentença, abriga-se em legalidade, ao menos formal, razão por que denega-se a ordem.” (Fls. 126/128).

Inconformado, recorreu o impetrante, insistindo nas alegações da inicial (citação irregular, incorrência de ampla defesa, ausência de exame de corpo de delito) e salientando que tais nulidades se tornaram irreversíveis ante o não conhecimento da apelação pelo Tribunal, sob fundamento de que a sentença não reconhecera ao réu a primariedade e os bons antecedentes, embora constasse dos autos prova nesse sentido.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Vicente de Paulo Saraiva, é pelo improvimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Afasto, inicialmente, a alegação de nulidade da citação pela não publicação do edital em jornal de circulação local. Os pareceres da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 138/139) e do Dr. Subprocurador-Geral da República demonstram, com apoio na jurisprudência predominante, não ser indispensável essa publicação, quando não haja imprensa oficial na Comarca. (RHC 61.672, Rel. Min. Néri da Silveira, RTJ 119/113).

O impetrante juntou, com a inicial, cópia autenticada dos autos da ação penal. E entre as peças exibidas há certidões negativas de antecedentes criminais em relação ao paciente, como se alega no recurso (Consulte-se: fls. 28 e 35). A sentença é de uma parcimônia franciscana, nada dizendo a respeito de primariedade e bons antecedentes. Todavia, com tais certidões negativas, parece-me inadequado presumir-se contra o réu, imputando-lhe o ônus da omissão do Juiz.

Em precedente desta Turma, de que fui relator, decidiu-se o seguinte:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO.

Réu primário, sem registro nos autos de maus antecedentes. Hipótese que não deve ser interpretada contra o réu,

com inversão do ônus da prova, para presumir-lhe os maus antecedentes e negar o benefício de apelar em liberdade, sem fiança.

Recurso provido para deferir a ordem.” (RHC 782-PE).

A hipótese é semelhante, destacando-se, neste caso, a existência de alegações muito sérias, no recurso de apelação do réu (fls. 72/79), tais como ausência do defensor dativo em atos da instrução, etc., que mereceriam melhor exame pelo Tribunal, no âmbito do recurso, à vista dos autos originais. Saliente-se, ainda, que o recurso foi recebido pelo Juiz, o que faz supor que o julgador, conhecedor dos fatos e do processo, não viu obstáculos a sua admissibilidade.

Acolho, pois, essa alegação, remetendo, em conseqüência, para melhor exame, na apelação interposta, as alegações de nulidade e outras oportunamente formuladas, na linha deste outro precedente da Corte, também de minha relatoria:

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*.

Se a questão objeto da impetração pode ser melhor apreciada no julgamento da apelação já interposta, de maior abrangência, lícito é ao Tribunal remeter o exame da primeira para a ocasião do julgamento da última.

Recurso de *habeas corpus* a que se nega provimento.” (RHC nº 419-ES).

Em conclusão: dou parcial provimento ao recurso, concedendo a ordem para determinar o processamento e julgamento da apelação interposta pelo defensor constituído pelo réu (Dr. Nei Rafael Ferreira Lopes), que igualmente atuou nesta impetração, assegurando ao acusado permanecer em liberdade até o julgamento desse recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.100 — RS — (91.4174-2) — Rel.: Min. Assis Toledo. Rec-te.: Valdênio da Silva Porto. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pacte.: Valdênio da Silva Porto. Advs.: Dr. Nei Rafael Ferreira Lopes e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, para determinar o conhecimento da apelação pelo Tribunal a

quo, independentemente do recolhimento do paciente à prisão. (em 24-04-91 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Edson Vidigal, José Dantas, Flaque Scartezini e Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.122 — RS
(Registro nº 91.5043-1)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira*

Recorrido: *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*

Paciente: *Jorge André Palmeiro Nunes Dias*

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL.

1 — *Denúncia. Inépcia.* Falta de especificação da data do crime em delito de falsificação. Omissão que não prejudica a validade da denúncia sobretudo quando não conhecido esse dado, em face dos elementos apurados no inquérito.

2 — *Crime de “falsum”. Prescrição. Termo inicial.* Na falsidade documental, submetida à regra do inciso I do art. 111 do CP, havendo completa impossibilidade de determinar-se a data da contrafação, da alteração ou da inserção de declaração falsa, pode-se tomar, como *dies a quo* do prazo prescricional, a data em que o documento começou a produzir efeito, começou a existir, teve o seu primeiro aparecimento no mundo jurídico ou foi utilizado para qualquer fim.

Recurso de *habeas corpus* a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Em favor de Jorge André Palmeiro Nunes Dias impetrou-se ordem de *habeas corpus* sob fundamento de inépcia da denúncia, por não ter apontado a data da ocorrência do delito, e de extinção da punibilidade pela prescrição.

O egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região indeferiu a ordem por entender que a data do crime não constitui elemento essencial da peça acusatória e que a prescrição, no caso, teria como termo inicial a data do registro do diploma falsificado no MEC, em 14.08.78.

Sendo, no caso, o prazo prescricional de 12 anos (art. 109, III, do Código Penal), a extinção da punibilidade se consumaria em 14.08.90, mas teve o seu curso interrompido pelo recebimento da denúncia em 14.03.90.

Inconformado, recorreu o impetrante insistindo nas alegações da inicial, ou seja, pede o trancamento da ação penal iniciada por denúncia inepta ante a indubitosa ocorrência da prescrição.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Vicente de Paulo Saraiva, opina pelo improvimento, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

“RO em HC. Falsidade de diploma de curso superior. Alegação de inépcia da denúncia por carência de prova e da indicação do local e data do *falsum*. A denúncia é uma proposta de demonstração, sujeita a comprovação e contraditório. Local e data são requisitos acidentais, apuráveis inclusive ao longo do processo, não viciando sua indicação, desde logo, a peça acusatória. Argüição de prescrição improcedente, porque a partir do uso do diploma, após o registro no MEC, é que o prazo prescricional começa a fluir. Desprovimento ao recurso.” (Fls. 86).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A data do crime nem sempre pode ser identificada com exatidão, principalmente, como no caso, no crime de *falsum*, realizado às escondidas, longe de registros e de testemunhas.

Sendo assim, não se pode considerar esse dado elemento essencial da acusação, sob pena de se proclamar a impossibilidade de punição de delitos praticados nessas circunstâncias.

Rejeito, pois, a alegação de inépcia da denúncia, por não ter fornecido com exatidão a data do evento criminoso.

Esse dado poderá ser objeto de apuração no curso da instrução.

No voto que proferi no *Habeas Corpus* nº 498, do Rio de Janeiro, tive oportunidade de salientar o seguinte:

“

Na falsidade documental, submetida à regra geral do inciso I, havendo completa impossibilidade de determinar-se a data da contrafação, da alteração ou da inserção de declaração falsa, pode-se tomar, como *dies a quo* do prazo prescricional, a data em que o documento começou a produzir efeito, começou a existir, teve o seu primeiro aparecimento no mundo jurídico ou foi utilizado para qualquer fim. (Veja-se precedente do TJSP, Rel. Onei Rafael, *in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Alberto Silva Franco e outros, RT, 3ª ed., 1990, pág. 576). Antes disso seria, provavelmente, discutível a consumação, mesmo na hipótese de crime formal, por não revelado o intuito de lesar a fé pública.”

Na linha desse entendimento, que não tenho razão para alterar, não vejo o que reparar no v. acórdão recorrido que considerou como termo inicial da prescrição a data do registro do diploma falsificado.

Se antes dessa data dito documento apareceu no mundo jurídico e começou a produzir efeito, como se pretende no recurso, está-se diante de uma questão de fato controvertida, cujo deslinde não pode ser empreendido na via sumaríssima do *habeas corpus*.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.122 — RS — (91.5043-1) — Rel.: Min. Assis Toledo. Rec-te.: Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira. Recdo.: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Pacte.: Jorge André Palmeiro Nunes Dias.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (em 03/06/91 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. José Dantas, Flaquer Scartezzini e Costa Lima. Ausente o Sr. Min. Edson Vidigal.

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



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.145 (Registro nº 91.06460-2)

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

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

Recorrente: *Cid Vieira de Souza Filho*

Recorrido: *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*

Pacientes: *Clovis Galante, Clovis Galante Filho e Manoel Carlos Rodrigues Galante*

EMENTA: PENAL. TIPICIDADE OU ATIPICIDADE DE CONDUTA EM CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL.

I — No crime de sonegação fiscal como, de resto, nos demais crimes, o depósito judicial da quantia alcançada para posterior discussão da exigência tributária em ação civil, como, também, a reparação do dano, não elide a caracterização da figura típica, caso ela for encontrada.

II — Encontrando-se os fatos, ainda, sob investigação policial, é prematuro o trancamento do inquérito, porque depende de maior exame a suposta boa-fé dos indiciados, que não pode ser presumida pelo só fato de haver sido por eles ajuizada ação anulatória de débito fiscal, precedida de depósito judicial.

III — Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo-se no julgamento, por maioria, negar provimento ao recurso, vencido o Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de junho de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Perante o TRIBUNAL REGIONAL ESTADUAL DA 1ª REGIÃO, requereu o advogado Cid Vieira de Souza Filho ordem de *habeas corpus* em favor de CLOVIS GALANTE, CLOVIS GALANTE FILHO e MANOEL CARLOS RODRIGUES GALANTE, brasileiros, casados, empresários, residentes em São Paulo, diretores da empresa agropecuária MATUKARY AGROPECUÁRIA S.A. Estariam os pacientes sujeitos a indiciamento em inquérito policial, por fato que não configura crime, sequer, em tese, por absoluta atipicidade.

O fato, que deu origem ao alegado constrangimento do inquérito policial, instaurado pelo Delegado de Polícia Estadual de Barra do Garças, Estado de Mato Grosso, está assim descrito na inicial, nos itens que o esclarecem:

“1. Os pacientes são diretores da Matukary Agropecuária S/A, empresa agropecuária, que se habilitou, em 1985, à obtenção de incentivos fiscais, nos termos da legislação que os concede na área da SUDAM.

2. O projeto foi aprovado pela SUDAM, através de seu Conselho Deliberativo, em 19 de dezembro de 1985, nos termos do Parecer DAP/DAI nº 063/85 (doc. 1).

3. Em 25/07/89, a MATUKARY solicitou à SUDAM o cancelamento dos benefícios fiscais e financeiros que lhe foram concedidos, apontando como causa impeditiva, para a implantação de seu projeto, a desfavorável conjuntura do setor da econo-

mia em que os acionistas atuam, com significativa redução dos recursos fiscais disponíveis (doc. 2).

4. Ao se manifestar sobre o pedido de cancelamento, o Superintendente da SUDAM, Roberto Pinheiro Klein, submeteu ao Conselho Deliberativo daquela entidade a proposição de nº 124, na qual concluiu:

‘considerando que a beneficiária em expediente dirigido a esta Autarquia expôs os motivos determinantes da formalização de sua desistência quanto à implantação do empreendimento, motivos esses pela SUDAM julgados pertinentes.

..... *omissis*

‘Não se aplicará, todavia, ao grupo empresarial, responsável pelo projeto, a sanção prevista na alínea *b*, do § 3º, do artigo 14 do citado Regulamento aprovado pela Resolução CONDEL/SUDAM nº 2.525/76. (cfr. doc. 1).

5. Assim, diante de tais considerações, o Conselho Deliberativo da SUDAM, em reunião de 30/11/89, adotou na íntegra a mencionada proposição, homologando o cancelamento do projeto. (doc. 3).

6. Posteriormente, através do ofício nº 004/90, de 02/01/90, a SUDAM solicitou da Requerente, embora tivesse julgado procedentes os motivos da desistência, o pagamento em devolução, da quantia aplicada, devidamente corrigida, no valor de NCr\$ 1.018.184,03 (um milhão, dezoito mil, cento e oitenta e quatro cruzados novos e três centavos), sob pena de execução fiscal e instauração de inquérito policial, e conseqüente processo pela prática de crime equiparado ao de sonegação fiscal (art. 18, do Dec.-lei nº 756/69, (doc. 4).

7. Não concordando com o caráter intimidativo daquele ofício, mesmo porque, entendia que era descabida a pretensão da SUDAM, *maxime* considerando-se o posicionamento do então Tribunal Federal de Recursos, quanto à matéria, a MATUKARY, para eliminar qualquer dúvida ou suspeita que pretendesse auferir vantagens indevidas, e, ao mesmo tempo, deixar clara e nítida a sua idoneidade financeira, promoveu perante o MM. Juízo Federal da 4ª Vara de Belém, ação ordinária anulatória, com o depósito integral da importância pleiteada pela SUDAM. (doc. 5/6)” (fls. 3-4).

Adiante, no item 10, informa o impetrante que, não obstante o ajuizamento da ação ordinária de anulação e do depósito da quantia reclamada, solicitou à SUDAM instauração de inquérito policial contra os responsáveis pela empresa, os ora pacientes, na Delegacia de Polícia Federal de Barra do Garças.

Ameaçados de indiciamento por precatória, expedida à Polícia Federal de São Paulo, onde residem, e tendo em vista a inexistência de crime de sonegação fiscal, peticionou a empresa ao Juiz Federal de Cuiabá, solicitando fosse determinada a suspensão do indiciamento, até posterior decisão, com arquivamento dos autos.

O comportamento do Juiz está descrito no item 14, do pedido, nestes termos:

“Entretanto S. Ex^a, ao examinar o pedido, limitou-se a encaminhar o petitório ao Dr. Delegado Federal que preside o inquérito “para exame e tomada de rumo das investigações”, omitindo-se, *data venia*, a proferir qualquer decisão para cessar a ilegalidade noticiada. Ao contrário, tacitamente, determinou o prosseguimento das diligências, daí porque a competência desse Egrégio Tribunal”.

A petição dirigida ao Juiz Federal em Cuiabá, solicitando a suspensão provisória de indiciamento dos diretores da Matukary Agropecuária S/A, está às fls. 60-63.

Concedida a liminar, conforme o pedido (despacho à fl. 68).

As informações, depois de reiteradas, vieram às fls. 81-86, consistentes de uma série de indagações, como notou a douta Subprocuradoria-Geral da República, no Parecer da lavra do Procurador De Boni, das quais destaco este parágrafo, em que o ilustre Juiz contesta a assertiva do impetrante de que teria, “tacitamente”, determinado o prosseguimento das diligências policiais (fls. 84):

“O que fiz foi tão-somente encaminhar a petição ao Sr. Delegado, para examinar as provas apresentadas, as quais, se procedentes, fatalmente levariam a autoridade policial a estancar o investigatório, relatando-o e encaminhando-o à Justiça, para, ouvido o MPF, determinar o arquivamento.

Servi apenas de “malote” ao competente advogado, e isso não me dá o direito de figurar como coator”.

A Eg. Quarta Turma do Tribunal Regional Federal, por maioria, em preliminar, conheceu do pedido, e, no mérito, por unanimidade, denegou a ordem (fls. 93-100). Girava a preliminar em torno de saber se o

Juiz de Cuiabá era a autoridade coatora, tendo S. Ex^a se limitado a encaminhar o pedido ao Delegado de Polícia, servindo apenas de “malote”, como ele próprio se denominou.

O ilustre Juiz relator, entendendo não ter o Juiz de Cuiabá praticado qualquer ato, não lhe cabendo, aliás, interferir no inquérito, não conheceu do pedido de *habeas corpus*. Os dois outros componentes da Turma, no entanto, divergiram, tendo o Juiz impetrado como autoridade coatora. Para o Vogal Nelson Gomes da Silva, o Juiz, ao devolver a matéria para o delegado, assumiu o procedimento da autoridade policial. A Juíza Eliana Calmon foi contundente: “Na hipótese dos autos, os pacientes, através de seu advogado, tomaram a atitude de denunciar um irregular inquérito, segundo eles, e o Juiz lavou as mãos; não pediu informações à autoridade, não tomou conhecimento de coisa alguma e remeteu a petição, a ele endereçada, à autoridade policial”. Afastou, assim, a ilegitimidade passiva do Juiz.

No mérito, a ordem foi denegada unanimemente. o relator, achando prematura a impugnação em causa (fls. 98); o segundo Vogal, por perceber a ocorrência de infração, em tese (fls. 98); e o terceiro Vogal, a Juíza Eliana, por achar que a matéria de fato é controvertida (fls. 99).

Recurso às fls. 103-111, pondo em destaque inexistir “qualquer fundamentação para a denegação do *writ*, quanto a seu mérito propriamente dito, ou seja, a absoluta ausência de justa causa para instauração do inquérito policial”.

A Subprocuradoria-Geral da República, depois de transcrever a ementa do acórdão, que “espelha perplexidade e contradição”, indaga: “se o constrangimento, **na hipótese de sua existência**, não emanaria do juízo coator que nenhum ato praticou — e isto tudo está dito na ementa — como dar-se por competente o Tribunal Regional Federal?”. O constrangimento partiria, assim, do Delegado de Polícia Federal de Barra do Garças, daí a sugestão para remessa dos autos à autoridade impetrada, “competente para a espécie, tendo-se como impetrado o Delegado de Polícia Federal de Barra do Garças”.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, prevalecendo o entendimento de “que

a matéria de fato, na hipótese, é controvertida, não sendo adequada a via mandamental para trancar a ação penal” (fl. 99).

Essa foi a decisão da Turma, pouco importando que a Ementa do acórdão, de fl. 101, mostre alguma contradição, como alega o PARECER, de fls. 115-16, que ao final conclui pela incompetência do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL para julgar a impetração.

Irrelevante a falha da EMENTA, desde que deva prevalecer o texto do acórdão.

Não tenho dúvida em reconhecer a competência do Tribunal *a quo*, porquanto ficou claro haver o Juízo Federal deixado de apreciar, até de ofício, o constrangimento imposto aos pacientes, com a abertura de inquérito na Delegacia de Polícia Federal de Barra do Garças.

Na correspondência, de fls. 13-4, dirigida pelo Superintendente da SUDAM, ROBERTO PINHEIRO KLEIN, ao Presidente da MATUKARY AGROPECUÁRIA S/A, empresa dirigida pelos pacientes, ficou dito o seguinte:

“Comunico a Vossa Senhoria que através da Resolução nº 6.865 de 30 de novembro de 1989, do Egrégio Conselho Deliberativo da SUDAM, promulgada com base na Proposição nº 124 de 08 de dezembro de 1989, da Secretaria Executiva, de acordo com as cópias anexas, foram cancelados os benefícios fiscais e financeiros concedidos à MATUKARY Agropecuária S/A, localizada no município de Santa Terezinha, Estado de Mato Grosso, pelo que deve ser recolhido ao Departamento Financeiro desta Autarquia, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento deste, 92.969,56 BTN, correspondente em janeiro/1990 à quantia de NCz\$ 1.018.184,03 (hum milhão, dezoito mil, cento e oitenta e quatro cruzados novos e três centavos), oriundos dos recursos de incentivos fiscais liberados e devidamente corrigidos.

Esse montante é proveniente dos critérios estabelecidos pela Proposição nº 015/84 e conseqüente Resolução nº 5.809/84, modificada, em parte, pela Proposição nº 078, de 14 de maio de 1984, promulgada pela Resolução nº 5.915, de 31 de maio de 1984 (cópias anexas) do Colegiado da SUDAM, em função das quais foi procedido o cálculo respectivo, de acordo com os documentos ora encaminhados.

Referido cancelamento foi proposto ao Conselho Deliberativo, em virtude de irregularidades constatadas na última fiscalização realizada, pela equipe técnica da SUDAM, no início de 1989 (Parecer DAC/DAI nº 222/89), e correspondência datada de 25.07.89, dirigida à SUDAM, por Vossa Senhoria, requerem-

do o cancelamento dos benefícios fiscais e financeiros, indicando a desfavorável conjuntura do setor da economia, em que os acionistas atuam, com a causa da redução considerável do volume de recursos dos incentivos fiscais disponíveis para a execução que lhe competia. Com isso, ficou constatado que o empreendimento não teve sua implantação iniciada no prazo e na forma prevista no artigo 59 e seus parágrafos do Regulamento para concessão de incentivos fiscais, aprovado pela Resolução CONDEL/SUDAM nº 2.525/76, propiciando o não atingimento dos objetivos propostos, apontados na Proposição nº 124/89, antes mencionada, em conseqüência do que, ficou a SUDAM autorizada a adotar as medidas previstas nos artigos 17 e 18 do Decreto-lei nº 756/69, tudo isso em decorrência da Resolução nº 6.865 do Conselho Deliberativo.

Na oportunidade, comunico que o não recolhimento da citada quantia, no prazo prefixado, ensejará à SUDAM a propositura da ação de execução fiscal, para cobrança do principal e demais consectários legais, bem como, o fornecimento dos elementos indispensáveis ao representante do Ministério Público Federal, com vistas à instauração de inquérito policial, via Departamento de Polícia Federal e conseqüente processo pela prática de crime equiparado ao de sonegação fiscal previsto no artigo 18 do Decreto-lei nº 756, de 11 de agosto de 1969".

Com essa advertência, que consideraram injustificável, os pacientes procuraram prevenir os seus direitos, ingressando perante o JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ, com uma AÇÃO ORDINÁRIA ANULATÓRIA contra a SUPERINTENDÊNCIA DO DESENVOLVIMENTO DA AMAZÔNIA — SUDAM, onde todos os aspectos jurídicos, que envolvem o contrato firmado entre as partes, foram levados ao exame da Justiça, uma vez que várias cláusulas foram contestadas pela empresa.

O inquérito policial foi instaurado, como se viu da correspondência da autarquia, por força de suposta violação aos artigos 17 e 18, do Decreto-Lei nº 756/69, que expressamente dispõem:

“Art. 17 — Verificado que os recursos liberados pela SUDAM, oriundos das deduções do imposto de renda, estão sendo aplicados pela empresa beneficiária, em desacordo com o projeto aprovado, poderá a SUDAM tomar as seguintes providências:”

Art. 18 — Equipara-se a crime de sonegação fiscal, observada a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, a aplicação, pela empresa beneficiária em desacordo com o projeto aprovado, das

parcelas do Imposto de Renda e adicionais não restituíveis, recolhidas ao Banco da Amazônia S.A., e liberadas pela SUDAM” (fl. 23).

Ora, se a empresa logo depois de receber a carta, de 02.01.90, da autarquia, ajuizava ação ordinária anulatória, em 29.01.90, com a prova de depósito judicial (doc. de fl. 37) da importância supostamente sonegada, não vejo razão para abertura de inquérito policial, desde que, de logo, está afastada a má-fé dos recorrentes. Ainda que se possa afirmar que estejam presentes os elementos objetivos do crime de sonegação, a verdade é que, faltando-lhe o dolo, não se pode atribuir responsabilidade aos pacientes.

Observa-se, na cópia da inicial juntada aos autos, que foram levados ao Juízo Cível temas que se relacionam com o problema fiscal, até agora controvertidos e que precisam de definição. Ali os pacientes alegam a existência de causas impeditivas da realização do pactuado, que são debitadas à autarquia, tais como o atraso na liberação dos recursos financiados, inviabilizando o projeto, e outras que precisam ser avaliadas, inclusive a cobrança de correção monetária, através de resolução, sem qualquer previsão legal (fl. 29). Além disso, argumentam que não houve aplicação indevida dos recursos recebidos, não se podendo aplicar, ao caso, os artigos 17 e 18, do Decreto-Lei 756/69. E concluiu a inicial, da ação ordinária, que, “pelas normas examinadas, não há, de plano, um direito de a Ré reaver o valor dos incentivos, se estes foram aplicados de acordo com o projeto” (fl. 32).

Com estas afirmações, é difícil poder-se apurar a responsabilidade penal dos pacientes, parecendo-me que a questão não ultrapassa os limites do ajuste contratual. É possível que, em se desdobrando a ação ordinária anulatória, fatos sejam apurados que revelem má-fé dos representantes da empresa, a justificar o procedimento penal. Agora é que não vejo como justificá-lo, desde que várias irregularidades ainda devem ser apuradas. Não há, até agora, crime no procedimento dos indigitados diretores da empresa.

A presença do depósito judicial está a prevenir o dano que possa ser debitado aos supostos devedores. Isso em meu entender elimina o dolo que se lhe pretende atribuir.

Com estes fundamentos, dou provimento ao recurso para trancar o inquérito policial, de que trata a vestibular, sem prejuízo de outro, se necessário oportunamente.

É o meu voto.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, peço vênia ao Relator para discordar de S.Ex^a, porque parece-me que essa atipicidade de conduta é uma questão que depende de maior exame dos fatos, a meu ver, não devidamente esclarecidos nesses autos, sendo que a ação ordinária e o depósito para garantir o Juízo, por si sós, não elidem a caracterização da figura típica, se porventura ela for encontrada. No âmbito, ainda, do inquérito policial, entendo prematuro trancar-se a possibilidade de um maior exame da questão.

Nego provimento ao recurso.

VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Para rememorar a espécie, leio o relatório lançado nos autos pelo eminente Ministro José Cândido: (lê).

Votando, Sua Excelência deu provimento ao recurso, para conceder a ordem, nestes termos: (lê).

Com efeito, tal como o eminente Ministro Carlos Thibau, não diviso constrangimento ilegal no prosseguimento do inquérito. Os fatos em apuração são penalmente relevantes, não podendo a ação proposta no Juízo cível interferir na persecução criminal.

Se instaurada a ação penal, deverá ser observada, obviamente, a regra do art. 93, do CPP, suspendendo-se, se for o caso, o curso do processo.

Assim sendo, Senhor Presidente, peço licença ao ilustre Relator para acompanhar a divergência.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.145 — MT — (91.06460-2) — Relator Originário: O Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Relator p/ Acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Cid Vieira de Souza Filho. Recorrido: Tribunal Regional Federal da 1^a Região. Pacientes: Clovis Galante, Clovis Galante Filho e Manoel Carlos Rodrigues Galante.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, vencido o Sr. Ministro Relator. (18/08/91)

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

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.176 — SP
(Registro nº 91.7468-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Oswaldo J. Pacheco*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *José Luis de Carvalho*

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS* — CERCEAMENTO DE DEFESA — VALIDADE DA INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL — VISTA DOS AUTOS EM CARTÓRIO — NOMEAÇÃO DE NOVO DEFENSOR.

Mesmo não estando expressa na lei processual penal a intimação do advogado através de via postal com aviso de recepção, seu comparecimento espontâneo ao Cartório, onde tomou ciência do termo de intimação, supre qualquer irregularidade, mesmo porque, não argüida a ilegalidade, *oportune tempore*.

Inocorrente qualquer prejuízo ao réu, ante a nomeação de novo defensor, que se manifestou regularmente.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, em 14 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de José Luiz de Carvalho,

a fim de anular a ação penal falimentar, a que respondeu como incurso nas sanções dos arts. 187 da LF e 288 do CP, “a partir da irregular intimação de seu Defensor para oferecimento das alegações finais, com a conseqüente extinção de sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. E, assim sendo, sob alegação de cerceamento de defesa, em razão de o impetrante, na qualidade de Defensor do paciente, “a partir da fase do art. 499 do Código de Processo Penal”, não ter sido “mais intimado, já que o MM. Juiz Presidente do feito mudou o sistema de intimação, passando a proceder à intimações via cartas que nunca chegaram às mãos do impetrante”, requereu a concessão do *habeas corpus* para anular o processo a partir da intimação que entende irregular (cf. fls. 68).

A Eg. Segunda Câmara de Férias do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, denegou a ordem (fls. 76/77), o que ensejou o presente recurso (fls. 79/81), em que as mesmas razões são postas em debate.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso, o mesmo acontecendo com a douta Subprocuradoria-Geral da República, quando os autos ali foram para parecer.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RHC — CERCEAMENTO DE DEFESA — VALIDADE DA INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL — VISTA DOS AUTOS EM CARTÓRIO — NOMEAÇÃO DE NOVO DEFENSOR.

Mesmo não estando expressa na lei processual penal a intimação do advogado através de via postal com aviso de recepção, seu comparecimento espontâneo ao Cartório, onde tomou ciência do termo de intimação, supre qualquer irregularidade, mesmo porque, não argüida a ilegalidade, *oportune tempore*.

Inocorrente qualquer prejuízo ao réu, ante a nomeação de novo defensor, que se manifestou regularmente.

Recurso conhecido e improvido.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhores Ministros, conforme visto do relatório acabado de ler, o motivo do pedi-

do originário de *habeas corpus* e do presente recurso, reside na alegação de que, a partir da fase do art. 499 do Código de Processo Penal, o impetrante não mais foi intimado dos atos processuais, pois o Juiz mudou o sistema de intimações, passando a procedê-las mediante cartas que nunca chegaram às suas mãos.

Vê-se, pois, que a discussão gira em torno da validade da intimação do causídico via postal.

Sobre tal validade, em recente julgamento (RHC nº 770-PE), relatado pelo eminente Ministro Costa Lima, ponderou S. Exa. em voto que foi acompanhado por seus ilustres pares:

“A intimação pela via postal tem sido encarada com reservas pelos Tribunais. Mas lembra o professor Damásio de Jesus que na capital do Estado de São Paulo, a Lei Estadual 3.947, de 08/12/83, que modificou parcialmente a sua organização judiciária, no seu artigo 9º, *caput*, passou a permitir a intimação pela via postal em determinadas condições e o próprio Supremo Tribunal Federal não tem rejeitado a nova modalidade, contanto que atendidos certos pressupostos.

A demonstração clara de que a lei tende a ampliar essas formas de intimação está no Código Civil, em que é permitido esse tipo de intimação por via postal.

Com efeito, com cunho pouco ortodoxo, a intimação por via postal, em si mesma, nada tem de condenável, se alcança o fim a que se destina. Provado que o destinatário recebeu a comunicação judicial, se for o caso, é irrecusável a sua validade.”

Argüi-se, nestes autos, além da validade da intimação postal, como vimos, o cerceamento de defesa sob a alegação de que as cartas dirigidas ao patrono do paciente não lhes chegaram às mãos.

Tal afirmação é totalmente inconsistente, ante a certidão de fls. 44, passada pelo escrevente da 7ª Vara Cível da Capital, de que o advogado do ora impetrante teve acesso dos autos, em Cartório, após apresentadas as alegações finais pelo Dr. Curador de Massas Falidas.

O fato de haver recebido ou não as cartas expedidas para sua intimação, como ora alega, é fato superveniente que não foi argüido em época oportuna. Ademais, se teve vista dos autos, após as razões finais do Dr. Curador, deveria ter apresentado as suas, se não o fez, foi por razões que não nos cabe examinar, porém tal circunstância impede que acatemos sua argüida impugnação de ilegalidade, ainda mais que tal procedimento não ocorreu *oportune tempore*.

Aliás, como bem frisou o v. acórdão de fls.: “prejuízo algum resultou à defesa, pois, tratando-se o impetrante de defensor dativo (como

vem reconhecido na inicial), omisso que foi na apresentação da peça defensiva, proveu o Juízo a respeito, nomeando outro causídico, que se manifestou regularmente”, o que fez, diga-se de passagem, com desvelo profissional e absoluta propriedade (fls. 45/53), não causando, evidentemente, qualquer prejuízo à defesa.

Com estas considerações, voto no sentido do conhecimento e impro-
vimento do presente recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Senhor Presidente, *data venia*, não adoto o fundamento da legalidade da intimação via postal em matéria processual penal, a não ser naquelas hipóteses em que a Lei Federal expressamente a autorize. Portanto, a Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo não poderia legislar em matéria de processo penal, porque o texto constitucional é claro, não permitindo aos Estados adentrar essa área.

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Mas o voto do Ministro Costa Lima foi nesse sentido, e não genericamente.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Estou apenas fazendo a ressalva. Entretanto, no caso presente, Vossa Excelência aduz outras considerações em prol da validade dessa intimação, principalmente a certidão de que o advogado teria tomado conhecimento dos atos processuais de que se trata.

Por essa razões, acompanho a conclusão do voto de Vossa Excelência.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.176 — SP — (91.7468-3) — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recte.: Osvaldo J. Pacheco. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacte.: José Luiz de Carvalho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (5ª Turma — 14.08.91).

Votaram de acordo os Srs. Mins. José Dantas, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.215 — MG
(Registro nº 91.0008931-1)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Jefferson Geraldo de Souza*

Recorrido: *Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais*

Paciente: *Jefferson Geraldo de Souza*

Advogado: *Dr. Obregon Gonçalves*

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO
POLICIAL. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO.**

Procedimento conseqüente. Em se tratando de ação pública incondicionada, não pode o juiz insistir na promoção de ação, solicitando inusitada reconsideração a novo membro do Ministério Público; cabe-lhe, apenas, se discordante do arquivamento, submeter o caso à consideração do Procurador-Geral da Justiça, na forma recomendada pelo art. 28 do CPP.

Nulidade declarada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para conceder a ordem e anular a denúncia e o seu recebimento, sem prejuízo de que o juiz do feito, caso indefira o arquivamento do inquérito, submeta o caso ao Procurador-Geral da Justiça do Estado, 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 junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Eis como o caso foi relatado na instância de origem:

“O SR. JUIZ LUCENA PEREIRA:

O Professor Obregon Gonçalves aviou este *Mandamus* em proveito do advogado Jefferson Geraldo de Souza, qualificado nos autos, visando tornar sem efeito a denúncia contra ele ofertada pelo Promotor de Justiça da 4ª Vara Criminal de Belo Horizonte, pois tal oferecimento e posterior recebimento ofende o preceituado no art. 28 do CPP, senão vejamos.

O Promotor de Justiça, Bel. Arnaldo Coelho, respondendo pela 4ª Vara Criminal da Capital, em frente ao inquérito policial aberto contra o paciente, em virtude de representação, pediu seu arquivamento, por não vislumbrar a prática de qualquer delito.

O MM. Juiz de Direito em exercício na aludida Vara ordenou vista dos autos por 30 dias, aos Representantes, que juntaram nova documentação. Em razão disto, o juiz determinou outra vista ao Promotor, Bel. Arnaldo Coelho, que reiterou o pedido de arquivamento.

Mais uma vista aos Representantes foi imposta, para diligência, devidamente cumprida, ensejando nova vista à Promotoria, que, desta feita, na pessoa do Bel. Valdir Floriano Gonçalves, ofereceu o libelo crime acusatório, recebido no dia 10 de dezembro de 1990.

O impetrante, em razão disto, entende ser ilegítima a denúncia oferecida, não só porque o Órgão Ministerial reiterou o pedido de arquivamento, sem que o MM. Juiz tenha se pronunciado a respeito, mais ainda porque o posterior recebimento contraria o comando do art. 28 do CPP.

A autoridade impetrada, Juiz João Vicente Mosconi, de plantão, confirma o acima relatado em suas informações de fls. 172 a 174-TA.

O Procurador de Justiça Roberto Atílio Javare opina, às fls. 180, pela denegação da ordem.” fls. 183/84.

Indeferiu-se a ordem, por maioria de votos, ao fundamento-mor de que pode o juiz solicitar ao Ministério Público a reconsideração do requerimento de arquivamento, podendo o órgão solicitado atendê-lo — fls. 185.

Seguiu-se o presente recurso, com reiteração dos argumentos iniciais (fls. 188), reforçados pelas contra-razões do Ministério Público local (fls. 191) e pelo Ministério Público Federal, nesta instância, em parecer da

Subprocuradora-Geral Railda Saraiva, favorável à concessão da ordem, para declarar-se nula a denúncia recebida, remetendo-se o inquérito ao Procurador-Geral da Justiça do Estado-MG — fls. 205.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, sobre poder reconsiderar-se o Ministério Público do seu pedido de arquivamento do inquérito policial, nos casos de ação pública, sem dúvida que nada obsta, enquanto não deferido o seu arquivamento; e depois disto, em face de novas provas.

No caso, porém, foi-se mais longe, na estranha dilação determinada pelo juiz quanto à súplica arquivatória do MP — quer submetendo-a aos representantes da *notitia criminis*, quer **solicitando** reconsideração atendida por outro Promotor.

De que tal proceder não se amolda ao regime formal prescrito em lei, descobre-se às claras, mediante simples consulta à regra do art. 28 do CPP. E para mais não dizer sobre o tema, reporto-me às judiciosas considerações do parecer, textuais:

“12 — O exame do mérito impõe-nos algumas considerações prévias.

O **patrocínio infiel** inclui-se entre os crimes contra a administração da Justiça, sendo, no caso, a ação penal pública incondicionada.

A ação penal pública incondicionada, como se sabe, é regida pelos seguintes princípios: oficialidade, indivisibilidade, indisponibilidade e legalidade ou obrigatoriedade.

Interessa diretamente ao caso em exame o princípio da legalidade ou obrigatoriedade. Impondo o referido princípio à promoção da ação penal, significa dizer que o Ministério Público deva, sempre e irrecusavelmente, promovê-la? Claro que não.

Quando o Código de Processo Penal, em seu art. 24, diz que a ação será promovida por denúncia do Ministério Público, quer dizer, exatamente, que nos crimes de ação penal pública incondicionada, ou condicionada (satisfeita a condição), deve o

Ministério Público oferecer denúncia se atendidos certos pressupostos — autoria conhecida, fato típico e indícios relevantes a respeito da relação de causalidade. Se tais pressupostos não são atendidos, se o fato investigado for atípico; se desconhecida a autoria; se os autos do inquérito ou peças informativas não apresentam elementos suficientes à convicção do representante do Ministério Público; resulta evidente não poder ele oferecer denúncia.

E o que há de fazer o Ministério Público quando não dispõe de elementos necessários à promoção de ação penal? Cumpre-lhe, segundo a lei processual vigente, requerer ao Juiz o arquivamento do inquérito, das peças de informação ou de representação. E o fará, fundamentando o seu pedido, indicando as razões de seu proceder.

E o que compete ao Juiz fazer, quando o Órgão Ministerial, ao invés de apresentar denúncia, requer o arquivamento do inquérito?

Ao receber o pedido de arquivamento, o Juiz há de proferir decisão, tomando um dos dois caminhos apontados pela Lei, conforme considere procedentes ou improcedentes as razões invocadas pelo Ministério Público no pedido de arquivamento. Se as considera procedentes, determina o arquivamento do inquérito. Mas, se discordar do pedido de arquivamento, remeterá o inquérito, as peças de informação ou a representação ao Procurador-Geral, para sua apreciação.

Ao Procurador-Geral cabe, então, decidir se é caso, efetivamente, de arquivamento, ou se cabível o oferecimento de denúncia. Neste caso, ele próprio oferecerá a denúncia, ou designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la. Se, todavia, considera correto o pedido de arquivamento, nele insistirá, ficando o Juiz obrigado a atendê-lo.

Este o proceder determinado pelo art. 28 do Código de Processo Penal, *verbis*:

“Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o Juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia,

designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o Juiz obrigado a atender”. (grifamos).

Vê-se, aí, claramente, que:

a) O órgão do Ministério Público **pode** apresentar a denúncia **ou** requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação. Não está obrigado ao oferecimento de denúncia mas a pronunciamento fundamentado sobre as peças que lhe foram apresentadas, o que resultará na apresentação da denúncia ou no pedido de arquivamento do inquérito (obviamente esgotadas as diligências).

b) O Juiz não está obrigado a deferir o pedido de arquivamento, se dele discordar. **Deve**, então, remeter o inquérito ao Procurador-Geral. Não se trata de faculdade, mas de imposição legal, a que não se pode esquivar o Juiz, sem frontal violação à lei.

c) Ao Procurador-Geral, Chefe do Ministério Público, compete a decisão final. Se entender que o inquérito deve ser arquivado, o Juiz estará, então, obrigado a atender. Se não, o próprio Procurador-Geral oferecerá a denúncia, ou **designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la**.

O Ministério Público é o *dominus litis*, o titular da ação penal, e nessa qualidade **pode** e **deve** apreciar a viabilidade da ação penal. O seu poder, todavia, não se deve confundir com o arbítrio, daí porque o controle, no caso de pedido de arquivamento, pela Chefia do *Parquet*, que não pode, todavia, determinar ao mesmo representante do Ministério Público que ofereça denúncia.

Em jogo estão interesses sociais relevantes que merecem preservados diante da possibilidade de erro, negligência ou mesmo má-fé de representante do Ministério Público.

Se o Juiz devesse sempre acatar o pedido de arquivamento, mesmo entendendo não assistir qualquer razão ao órgão do Ministério Público, para tal pedido, estaria sancionado o arbítrio. Mas, por outro lado, deve o Juiz curvar-se ao princípio do *ne procedat iudex ex officio*, não podendo obrigar o Ministério Público a oferecer denúncia, mesmo que considere cabível.

O caminho escolhido pelo legislador pátrio, em casos tais, e que, embora sofra críticas diversas dos doutrinadores, deve

ser seguido, é aquele traçado no art. 28 do CPP. Ao Juiz atribuiu-se “uma função anormal, qual a de velar e fiscalizar o princípio da obrigatoriedade da ação pública”. E isso se resume a que, discordando do pedido de arquivamento, submeterá o caso à apreciação do Chefe do Ministério Público, e será obrigado a acatar sua decisão, preservando outro princípio: *nemo iudex sine actore*.

Nisso não há qualquer desprestígio para o Judiciário, nem invasão de suas competências. O exercício da ação penal pública cabe ao Ministério Público, nos precisos termos da Constituição Federal:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I — promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”;

13 — Ao que se observa dos autos, o comando legal expresso no art. 28 do CPP foi totalmente desprezado. O Julgador monocrático inovou em matéria processual, afrontando a Lei vigente. Ao receber pedido de arquivamento de inquérito do Órgão Ministerial, sobre ele não se pronunciou. A sua inconformação resulta evidente pelos atos praticados, mas não adequou sua discordância aos parâmetros legais, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça, nem mesmo quando assim o requereram os “representantes”.

O que fez o Julgador monocrático, sobrepondo-se à determinação legal? Subtraiu a matéria ao conhecimento do Procurador-Geral de Justiça. Não determinou o arquivamento, como requerido, mas também não remeteu os autos ao Procurador-Geral como manda a Lei.

Criou figuras processuais inadmissíveis, abrindo vista aos “representantes” para conhecimento do pronunciamento do representante do Ministério Público. Mas a que título?

O processo penal, sabe-se, é contraditório. Mas não havia processo instaurado e nem os “representantes” poderiam ser considerados **partes**.

Preciosa a lição de Fenech, que merece aqui lembrada:

“Asi llegamos al concepto de parte en sentido procesal, entendiendo por esta la persona *rem in iudicium deducens*,

de um lado, y de otro, *is contra quem res in iudicium deducitur*. Esto es, son partes la persona que pide y aquella frente a quien se pide al titular del organo jurisdiccional la actuación de la pretensión penal y la de resarcimiento, en su caso”. (*in* Derecho Procesal Penal. Vol. I, 2ª ed. — Ed. Labor S.A. — 1952 — pg. 177)

Ilegítima a atuação do Julgador monocrático, tanto no determinar a vista dos autos de inquérito aos “representantes”, como em ficar forcejando para que o órgão do Ministério Público oferecesse denúncia.

Não se cuida, aqui, como entendeu o eminente Relator de “poder o Juiz solicitar ao Representante do Ministério Público a reconsideração do seu requerimento de arquivamento.”

Até se pode admitir seja isso legítimo. O Juiz, antes de remeter os autos ao Procurador-Geral, apontaria elementos que poderiam ter passado despercebidos ao representante do Ministério Público, sem contudo lhe exigir o oferecimento de denúncia. Mas o que houve, no caso em exame, foi o estabelecimento de um “contraditório” sem que houvesse processo instaurado envolvendo indevidamente terceiros, sem qualquer legitimidade.

14 — Por outra parte, ilegítima igualmente a atuação do Promotor que ofereceu denúncia, quando não podia fazê-lo, porque pendente pedido de arquivamento formulado por quem tinha competência para fazê-lo.

Não se discute, aqui, o mérito do pedido de arquivamento, nem o da denúncia, mas, simplesmente, a observância, ou inobservância, de preceitos legais.

Ao que entendemos, não houve mera irregularidade processual, mas violação frontal à Lei, gerando nulidade da denúncia oferecida.

Não há como se admitir, no caso, a supressão da instância, subtraindo-se a matéria ao crivo do Procurador-Geral de Justiça.” — fls. 199/205.

Adoto integralmente os fundamentos acima transcritos, como razão de decidir.

No entanto, discordo parcialmente da conclusão do parecer adotado, visto que, ao anular, como anulo, a denúncia e seu recebimento, o

faço com a única ressalva de poder o juiz submeter o pedido de arquivamento do inquérito ao Procurador-Geral do Estado, acaso se negue deferi-lo.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.215 — MG — (91.0008931-1) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Jefferson Geraldo de Souza. Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Paciente: Jefferson Geraldo de Souza. Advogado: Dr. Obregon Gonçalves.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para conceder a ordem e anular a denúncia e o seu recebimento, sem prejuízo de que o juiz do feito, caso indefira o arquivamento do inquérito, submeta o caso ao Procurador-Geral da Justiça do Estado (em 26/06/91 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.298 — RJ

(Registro nº 91.0012206-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recte.: *Eliaci Azevedo de Carvalho*

Recdo.: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro*

Pacte.: *José Fernando dos Santos Silva (réu preso)*

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS* — ANTECIPAÇÃO À PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO — POSSIBILIDADE — CONSTRANGIMENTO ILEGAL — INOCORRÊNCIA.

Tomado ciência do acórdão, em audiência, permite-se, desde logo, ao vencido, apresentar seu recurso, *maxime* se encontre preso.

Regularizado o andamento do processo, estando o mesmo concluso para sentença, incorre o alegado constrangimento ilegal.

Recurso que se conhece e se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, em 14 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Tratou-se, inicialmente, de ordem de *habeas corpus* impetrado em favor de José Fernando dos Santos Silva, sob a alegação de estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal, pelo fato de haver sido preso em 30.01.91, em flagrante, como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, c/c o art. 14, II, do C. Penal, e processado pela 3ª Vara Criminal de Nova Iguaçu; e, apesar de decorridos mais de 87 dias, ainda não feita a prova de acusação, estando, assim, a instrução criminal com o prazo legal esgotado.

Apreciando o pedido a E. 1ª Câmara Criminal do 2º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro denegou a ordem, por acórdão assim ementado:

H.C. — CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA.

Estando regularizado o andamento do processo, justificada a mora por dificuldade do DESIPE para apresentação do réu para interrogatório e em conseqüência da greve dos serventuários da Justiça, denega-se a ordem, por não caracterização do constrangimento ilegal.”

Inconformado, recorre o paciente, sustentando as razões apresentadas com a inicial, e protocolando seu recurso antes da publicação do acórdão.

Sem contra-razões subiram os autos e foram à douta Subprocuradoria-Geral da República que emitiu parecer no sentido de, preliminarmente, não se conhecer do recurso porque interposto antes da publicação do acórdão recorrido, “cujos fundamentos, àquele tempo, não podia conhecer a douta defensora e, conseqüentemente, não estava capacitada a impugnar”, no dizer do culto parecerista.

No mérito, que o reclamo é procedente, pois configurados excessos de prazos na instrução criminal, que enumera.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS* — ANTECIPAÇÃO À PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO — POSSIBILIDADE — CONSTRANGIMENTO ILEGAL — INOCORRÊNCIA.

Tomado ciência do acórdão, em audiência, permite-se, desde logo ao vencido, apresentar seu recurso, *maxime* se encontre preso.

Regularizado o andamento do processo, estando o mesmo concluso para sentença, incorre o alegado constrangimento ilegal.

Recurso que se conhece e se nega provimento.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhores Ministros, preliminarmente conheço do recurso.

O fato de haver sido apresentado o inconformismo em data de 16.05.91 (fls. 78) e o v. acórdão só ter sido publicado em 5 de junho do mesmo ano (fls. 73), não tem o condão de ilidir o conhecimento do recurso constitucional, mesmo porque, no dizer do eminente Ministro Assis Toledo (RHC nº 1.318-SP), de recentíssimo julgamento, nada impede se dê o vencido por intimado para efeito de apresentar desde logo o seu recurso e abreviar a solução do pedido de *habeas corpus*, principalmente tratando-se de uma hipótese de réu preso, como no caso.

Exatamente o caso *in concreto*. Está o réu preso e apresentou o recurso antes da publicação do acórdão.

No mérito alega constrangimento ilegal pela demora na formação da culpa.

De acordo com os autos e a data em que foi apresentado o inconformismo (16.05.91) poder-se-ia dizer que houve um relativo excesso durante a instrução criminal.

No entanto, por contacto telefônico que mantive com a 3ª V. Criminal de Nova Iguaçu, fui informado que o processo se encontra concluso para a sentença desde o dia 01.08 deste ano, logo, com a instrução terminada.

Assim, conheço do recurso e, no mérito, por não vislumbrar o ilegal excesso de prazo, nego-lhe provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.298 — RJ — (91.0012206-8) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recte.: Eliaci Azevedo de Carvalho. Recdo.: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Pacte.: José Fernando dos Santos Silva (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (5ª Turma — 14.08.91)

Votaram de acordo os Srs. Mins. José Dantas, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.



RECURSO *HABEAS CORPUS* Nº 1.412 — SP

(Registro nº 91.0014695-1)

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

Recorrente: *Oswaldo Rodrigues Gonzalez*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*

Paciente: *Ronaldo Pimenta Arias (réu preso)*

EMENTA: RHC — FLAGRANTE — INTERIOR DO DOMICÍLIO — NOITE — A prisão ocorrida logo após a prática do crime caracteriza o flagrante. Inexistên-

cia de constrangimento ilegal, se o paciente é apresentado, à noite, por seu genitor, fora da casa.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta 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.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de setembro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso Ordinário interposto por Oswaldo Rodrigues Gonzalez, advogado, em favor de Ronaldo Pimenta Arias, contra v. acórdão da Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, denegatório de *habeas corpus*.

O Recorrente alega que: “a prisão foi ilegal, pois feriu o preceito constitucional da inviolabilidade de domicílio, inciso XI, art. 5º, da Lei Magna, e artigo 283, do Código Adjetivo Penal. Ainda, não existiu flagrante ou quase flagrante, pois não há quaisquer requisitos do artigo 302, incisos I a IV, do Código de Processo Penal, não houve perseguição e tampouco foi encontrado com instrumentos ou objetos, foi preso à noite dentro de seu domicílio” (fls. 91).

O v. acórdão recorrido (fls. 87/88) está assim fundamentado: “Denega-se a ordem. A prisão ocorreu pouco tempo depois da prática do delito, tanto que o flagrante pôde ser lavrado às 5:00 horas do dia seguinte ao fato. Procurado em sua residência, ademais, o paciente foi apresentado por seu genitor fora da casa, o que desnatura a alegação de constrangimento ilegal. Tudo o mais será discutido no processo-crime, que é o local

indicado para análise aprofundada da prova. Neste *habeas corpus* a conclusão, sem dúvida, é a denegação da ordem”.

Parecer do Ministério Público Federal, subscrito pela ilustre Sub-procuradora-Geral da República, Doutora Delza Curvello Rocha, opinando pelo não provimento do recurso (fls. 101/102).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O recurso de *habeas corpus* reedita considerações no sentido de o caso *sub judice* não caracterizar prisão em flagrante ou a quase flagrância. Ademais, a prisão, à noite, no domicílio, seria ilegal.

O v. acórdão, Relator o ilustre Juiz Sidnei Benetti, todavia, enfrentando a análise fática, concluiu em sentido diverso.

Ressalto, porque significativa, a seguinte passagem da fundamentação:

“Denega-se a ordem. A prisão ocorreu pouco tempo depois da prática do delito, tanto que o flagrante pôde ser lavrado às 5:00 horas do dia seguinte ao fato. Procurado em sua residência, ademais, o paciente foi apresentado por seu genitor fora da casa, o que desnatura a alegação de constrangimento ilegal” (fls. 88).

Nesta instância, na via recursal eleita, não se debate prova. Aceita-se a definição do fato dado pelo Tribunal de origem. Além disso, bem ressaltado, o *habeas corpus* é inidôneo para investigação probatória.

Nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.412 — SP — (91.0014695-1) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Oswaldo Rodrigues Gonzalez. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Paciente: Ronaldo Pimenta Arias (Réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (6ª Turma — 10.09.91).

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

Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.462 — SP
(Registro nº 91.0016585-9)

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

Recorrente: *Alberto Zacharias Toron*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *Wilson Luis Schwartzmann Foz (Réu preso)*

EMENTA: RHC — TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE — LEI Nº 8.072, DE 25.07.90 (CRIMES HE-DIONDOS) — PRISÃO CAUTELAR — A Lei nº 8.072/90 (art. 12, § 2º) é mais benigna do que a Lei nº 6.368/76 (art. 35). Amenizou a prisão cautelar que impunha a obrigação de recolhimento do réu para apelar da sentença condenatória. O juiz decidirá fundamentadamente a respeito.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta 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.

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator):
Recurso ordinário interposto por Alberto Zacharias Toron em favor de Wilson Luis Schwartzmann Foz, contra v. acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que concedeu, em parte, ordem de *habeas corpus*.

O Paciente foi preso em flagrante delito e denunciado como incurso nas penas do art. 12, § 1º, inciso II da Lei nº 6.368/76 pelo fato de haver plantado na residência de seu pai 2 pés de maconha (*cannabis sativa*). Buscou-se, então, através de *habeas corpus*, sua internação em clínica especializada para fins de tratamento, deferida liminarmente, e concessão de liberdade provisória, alegando ter o paciente residência fixa, ocupação lícita, ser primário e já haver sido submetido anteriormente a tratamento. É ainda, ser a conduta enquadrável no art. 16 da Lei nº 6.368/76 e não no art. 12 da mesma lei.

O v. acórdão (fls. 62/64) concedeu em parte a ordem impetrada, para que o Paciente permanecesse internado em clínica especializada, sob custódia. Com relação à liberdade provisória, entendeu não ser possível o benefício sob pena de elidir-se os fins da Lei nº 8.072/91, que foi elaborada justamente para reprimir o tráfico.

O Recorrente, em suas razões de recurso, reitera o pedido de liberdade provisória. Sustenta:

“Em síntese, feriu-se a letra da Lei dos Crimes Hediondos ao se inserir, mecanicamente, o cultivo de 2 pequenos pés de maconha como “tráfico ilícito de drogas” e, de outro lado, o espírito da mesma que, à evidência, não é o de alcançar com seu draconianismo adolescentes-usuários”. (fls. 75).

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 104), emitido pela ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. Delza Curvello Rocha, subcrevendo parecer da Dra. Márcia Dometila Lima de Carvalho, acostado às fls. 93/95, que opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator):
O v. acórdão concedeu a ordem, em parte, ou seja, para reconhecer ao Paciente, ora Recorrente, o direito de “permanecendo sob custódia, per-

maneira internado na Clínica Especializada de Itapira, só dela saindo para os atos processuais, inclusive interrogatórios de instrução, sob escolta, determinando-se, ainda, a submissão do Paciente a exame de dependência a ser enviado ao Juízo do processo, com urgência” (fls. 64).

O despacho do MM. Juiz, objeto material do *habeas corpus*, encerra esta fundamentação:

“Flagrante formalmente em ordem.

Indefiro o pedido de liberdade provisória, tendo em vista que não há prova de residência fixa e antecedentes criminais.

Além disso, não há amparo legal para a pretensão, pois o art. 2º, II da Lei 8.072/90 veda a possibilidade de liberdade provisória para o crime de tráfico”. (fls. 38 v.)

A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, chamada dos Crimes Hediondos — introduziu importante modificação na Lei nº 6.368, de 21.10.76.

Esta estabeleceu no art. 35:

“O réu condenado por infração dos arts. 12 ou 13 desta lei não poderá apelar sem recolher-se à prisão”.

A Lei nº 8.072/90, por seu turno, estatui, no art. 2º, § 2º:

“Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

O segundo texto, sem dúvida, é mais favorável. Rompeu-se a regra rígida, inflexível quanto ao traficante, de recolher-se à prisão, para recorrer.

Adotou-se a recomendação criminológica de diversidade de delinqüentes, embora haja identidade quanto à infração penal cometida.

Com efeito, o delito não se esgota no aspecto objetivo. O dado subjetivo há de ser ponderado, mesmo ocorrendo a condenação. Daí a remessa ao prudente poder discricionário do juiz para opinar sobre a conveniência do recolhimento cautelar.

Em sendo assim, não diviso incompatibilidade entre a liberdade provisória e os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes. Se, mesmo reconhecida a prática do ilícito, enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, o réu poderá manter a liberdade, será, contra-senso, *data venia*, concluir que, antes da sentença de 1º grau, obrigatoriamente, deverá ser recolhido à prisão.

Impossível, portanto, respeitosamente, agasalhar a fundamentação principal do r. despacho atacado pelo *writ*. Imprescindível se faz, no caso concreto, realçar os pormenores objetivo e subjetivo que desaconselham manter o exercício do direito de liberdade.

A Lei nº 6.368/76 faz nítida distinção entre o delinqüente e o dependente. Tanto assim, o art. 29 registra hipótese de inimputabilidade. No mesmo sentido, ou seja, de distinguir situações subjetivas, o estatuído no art. 30, que impõe fundamentação ao despacho que negar a concessão da fiança.

O v. acórdão, Relator o eminente Desembargador Fortes Barbosa, encerra, na fundamentação:

“Quanto à segunda parte, a que alude à possibilidade de internação em clínica especializada, esta já ocorreu, com a liminar deferida pelo Exmo. Sr. Desembargador Segundo Vice-Presidente e acredita-se, até, que a concessão da ordem pela primeira alegação é incompatível com a segunda eis que com a liberação provisória do paciente este dificilmente se submeterá a tratamento em clínica especializada, fugindo ao determinado na liminar respectiva e no fundo do remédio heróico.

Isto posto, concede-se, em parte, a ordem, para que o paciente, permanecendo sob custódia, permaneça internado na Clínica Especializada de Itapira, só dela saindo para os atos processuais, inclusive interrogatório e de instrução, sob escolta, determinando-se, ainda, a submissão do paciente a exame de dependência a ser enviado ao Juízo do processo, com urgência” (fls. 64).

A solução parece-me correta, humanamente sensível.

Não se pode refutar a denúncia. Esta, enquanto eficaz, merece ser considerada. Da mesma forma, inviável refutá-la, afastando-se, neste *habeas corpus*, a possibilidade de tráfico para subsumir, sem mais, o caso ao instituto do uso próprio do entorpecente.

Trata-se, porém, de solução que, com dados provisórios não faz conclusão definitiva, nem contempla, com indiferença, caso de possível criminalidade.

Além disso, o processo tem curso em comarca do interior do Estado de São Paulo. Certamente, o volume menor de feitos ensinará ao ilustre magistrado, com o cuidado e atenção revelados nos autos, encerrá-lo em curto espaço de tempo. Esclarecem as duntas informações de fls. 44/45: o flagrante ocorreu no dia 27 de março de 1991; a denúncia, recebida aos 5 de abril e o interrogatório designado para o dia 12 de abril de 1991. Certamente, hoje, exista a sentença.

Nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.462 — SP — (91.0016585-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Alberto Zacharias Toron. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Wilson Luis Schwartzmann Foz (Réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (6ª Turma — 08.10.91)

Votaram os Srs. Ministros Carlos Thibau, Washington Bolívar e Costa Leite. Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.



RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.484 — PR

(Registro nº 91.0017148-4)

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

Recorrente: *Rogério Fagundes*

Recorrido: *Tribunal de Alçada do Estado do Paraná*

Paciente: *Romildo Sebastião Longo*

EMENTA: RHC — DENÚNCIA — JUSTA CAUSA
— A denúncia descreve fato típico. A falta de justa causa resulta de atipicidade, ilegitimidade do autor ou extinção da punibilidade. Nesses casos, faltará interesse para manutenção do processo penal. Não se confunde, porém, com a falta de prova de elemento constitutivo de infração penal. A ausência de justa causa é constatada no plano normativo. A realização de prova, no plano fático. Somente a primeira se harmoniza com as características do *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta 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.

Custas, como de lei:

Brasília, 08 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso ordinário interposto por Rogério Fagundes, em favor de Romildo Sebastião Longo contra v. acórdão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná denegatório de *habeas corpus*.

O Recorrente impetrou ordem de *habeas corpus* buscando o trancamento da ação penal movida contra o paciente, por lhe ser imputada a prática do delito previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal. Sustentou não haver justa causa para o prosseguimento da referida ação penal porque os cheques foram emitidos como garantia de dívida, tratando-se de questão de natureza civil a ser resolvida no Juízo Cível, não sendo, pois, típico o fato imputado ao paciente.

O v. acórdão recorrido (fls. 109/112) denegou a ordem impetrada, por votação unânime, cuja ementa se transcreve:

“*Habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Inadmissibilidade, na espécie. Estelionato. Pretendida demonstração de que o fato imputado envolveu somente questão de natureza civil. Impossibilidade pela via de *habeas corpus*, que não permite exame aprofundado da prova. *Opinio delicti* apoiada em fortes elementos colhidos em inquérito policial. Ordem denegada”.

O Recorrente, em suas razões de recurso, reedita as considerações feitas no *Habeas Corpus* (fls. 114 a 120).

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pela Procuradora da República Dra. Áurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, opina “pelo conhecimento e não provimento do Recurso, determinando-se a aplicação do art. 40 do CPP, para averiguação da regularidade do documento trazido — por cópia — para fazer prova em *Habeas Corpus*” (fls. 128/135).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator):
O v. acórdão, Relator o eminente Desembargador Nasser de Melo, estampa esta motivação:

“Efetivamente, o prosseguimento da ação penal irá propiciar que se saiba o verdadeiro envolvimento do paciente no fato descrito na denúncia e se, tal fato, se caracteriza, ou não, como um fato punível pela lei penal, valendo sublinhar que, no âmbito restrito do *habeas corpus*, não é possível aprofundar-se na análise da questão suscitada na pretensão, a qual não demonstra ser incontroversa, translúcida e evidente a desconformidade entre a imputação feita ao paciente acusado e os elementos que lhe servem de base, desconformidade essa necessária ao reconhecimento da alegada falta de justa causa para a ação penal” (fls. 112).

O Recorrente, por seu turno, nas razões de recorrer, buscando demonstrar a inexistência do ilícito penal, invoca depoimento do credor (fls. 116), do paciente (fls. 116), da credora (fls. 116/117).

Redige as seguintes palavras:

“De tais depoimentos prestados em juízo, pelas três pessoas envolvidas nos fatos inquinados de criminalidade, **exsurge indubitavelmente a inexistência de fraude por parte do paciente ao emitir tais cheques, que eram para garantir a dívida!**”

E tanto isso é verdade que o Representante do Ministério Público de primeiro grau admitiu essa verdade e não qualificou o pretense delito como estelionato, na modalidade de fraude no pagamento por meio de cheque (art. 171, § 2º, inc. VI do Cód. Penal), como foi indiciado o paciente no inquérito policial, embora o denunciasse na figura tipo do crime de estelionato (*caput* do art. 171 do referido Código).

Mas mesmo assim, *data venia*, não pode prevalecer tal denúncia e conseqüentemente o prosseguimento da ação penal contra o paciente.

Pela objetividade dos fatos aqui expostos, com base inclusive nos autos da ação cível de cobrança dos cheques na Comarca de Colombo, conclui-se que não houve **dolo**,

que “é a vontade livre e conscientemente exercida no sentido do resultado antijurídico”, como ensina Nelson Hungria (*in* “Comentários ao Código Penal”, pg. 41, vol. V, Ed. Forense.)

É incontestado que houve, no caso em exame, um desvirtuamento do caráter de ordem de pagamento à vista dos cheques para transformá-los em uma **garantia de dívida, ou melhor, em uma promessa de pagamento, de conhecimento, aliás, do próprio Jorge Aquery Neto**, pretensa vítima!” (fls. 117/118).

Evidencia-se, pois, haver o v. acórdão interpretado, com segurança, os elementos constantes dos autos. Com efeito, a inexistência de crime não emerge cristalina. Ao contrário, impõe cuidadosa análise das provas.

A falta de justa causa para a denúncia, na espécie, impõe inexistência de elementos constitutivos de infração penal. No caso, a divergência é restrita ao elemento subjetivo do crime de estelionato. Evidencia-se a imprescindibilidade de agasalho da tese do Recorrente.

A denúncia, certo ou errado, descreve fato típico. Em tese, justifica-se o processo criminal. A ausência do elemento moral ultrapassa os limites do instituto da falta de justa causa.

Nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.484 — PR — (91.0017148-4) — Relator.: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Rogério Fagundes. Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Paciente: Romildo Sebastião Longo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (6ª Turma, 08.10.91).

Votaram os Srs. Ministros Carlos Thibau, Washington Bolívar e Costa Leite. Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro José Cândido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

MANDADO DE INJUNÇÃO

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 48 — MG
(Registro nº 90.0006658-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima*

Impetrante: *Maria Celeste de Castro Pires Maciel*

Impetrado: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, substituído pelo Instituto Nacional de Seguro Social*

Advogados: *José Rômulo Alvim de Siqueira e outro*

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REAJUSTE. AUTORIDADE COATORA.

O Presidente do Instituto Nacional de Seguro Social — INSS não tem legitimidade para responder ao mandado de injunção, pois carece de competência para iniciativa de lei relativa a plano de benefícios e de custeio da previdência social ou aos respectivos reajustes.

Evidenciada a impropriedade da ação, bem assim a ilegitimidade passiva da autoridade, extingue-se o processo.

ACÓRDÃO

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

Decide a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar extinto o processo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: MARIA CELESTE DE CASTRO PIRES MACIEL impetra mandado de injunção sem indicar quem seria o coator, visando a que sejam refeitos os cálculos dos proventos da aposentadoria previdenciária; “seja expedida a ordem de injunção ao competente órgão para reajustar o valor devido o *quantum* recebido” (fl. 04); seja preservado o caráter real dos proventos “como garante o art. 201, § 2º, da Constituição”.

No recesso forense, o senhor Ministro PEDRO ACIOLI mandou requisitar informações.

O Presidente do INSS, preliminarmente, argúi a incompetência deste STJ para conhecer do pedido, pois a norma reclamada seria de iniciativa do Presidente da República.

Assim, não tem legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual.

No mérito, descabe o pedido. O benefício foi calculado legalmente. Por outro lado, inexistente a inércia do Poder Executivo no trato da matéria, haja vista tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.570/89, de iniciativa do Presidente da República, já aprovado nas Casas Legislativas.

O parecer da Subprocuradoria-Geral da República é pela extinção do processo, dada a ilegitimidade passiva.

Relatei.

VOTO

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REAJUSTE. AUTORIDADE COATORA.

O Presidente do Instituto Nacional de Seguro Social — INSS não tem legitimidade para responder ao mandado de injunção, pois carece de competência para iniciativa de lei relativa a plano de benefícios e de custeio da previdência social ou os respectivos reajustes.

Evidenciada a impropriedade da ação, bem assim a ilegitimidade passiva da autoridade, extingue-se o processo.

O EXM^o SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): Preliminarmente, o ilustrado Subprocurador-Geral da República, Dr. PAULO A. F. SOLLBERGER, observa:

“Como quer que seja, impõe-se reconhecer, em linha de preliminar, que a regulamentação de que se trata não se inclui entre as atribuições do órgão impetrado.

Assim, admitindo-se, apenas para que se possa examinar a questão prejudicial, a inércia na adoção das providências necessárias à regulamentação, forçoso será concluir que o órgão responsável pela omissão não é, evidentemente, a autarquia previdenciária, que não dispõe de competência para disciplinar dispositivos constitucionais.” (fl. 35/36)

As “Disposições Constitucionais Transitórias”, artigos 58 e 59, determinaram a revisão dos benefícios de prestação continuada e que os projetos de lei referentes à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefícios seriam apresentados, no prazo de seis meses da promulgação da Constituição.

Não se pode, agora, acusar o Poder Legislativo ou o Poder Executivo de inércia neste tocante.

Os projetos de Lei nº 30, 944, 1.963, 4.168 e 4.220, foram apresentados por diversos Deputados Federais cuidando precisamente de disciplinar a matéria. Não só. O Presidente da República, através da Mensagem nº 234, de 01.06.88 encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei dispendo sobre a organização da Previdência Social e a instituição dos planos de benefícios e de custeio. Aliás, a matéria foi aprovada pelo Congresso Nacional, porém, inteiramente vetada pelo Presidente da República (D.O.U de 12.9.90, p. 17.244/17.275).

Por fim, através da Medida Provisória nº 225, de 18 de setembro de 1990, o Chefe do Executivo dispôs sobre a “organização da Seguridade Social” e alterou “a legislação de benefícios da Previdência Social”, com isso alterando a forma de calcular as aposentadorias. Pela Medida Provisória nº 249, de 19.10.90, dispôs sobre “Custeio da Seguridade Social e sobre Benefícios da Previdência Social”.

O mandado de injunção visa a suprir “a falta de norma regulamentadora que torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (CF, art. 5º, LXXI).

A inicial apresenta-se como inepta, porquanto pretende seja atualizado o benefício que a autora está a perceber, o que não é possível de ser obtido através do meio escolhido.

Cuida-se, portanto, de pedido juridicamente impossível, além da evidente ilegitimidade passiva da autoridade “sugerida” na inaugural, motivo pelo qual julgo extinto o processo na forma do disposto no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

EXTRATO DA MINUTA

MI nº 48 — MG — (90.6658-1) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Impte.: Maria Celeste de Castro Pires Maciel. Impdo.: INPS. Advogados: José Rômulo Alvim de Siqueira e outro

Decisão: A Corte Especial, por unanimidade, julgou extinto o processo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (em 25.10.90 — C. Esp.)

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral, Costa Leite, Nilson Naves, Ilmar Galvão, Dias Trindade, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Athos Carneiro, Armando Rollemberg, José Dantas, Gueiros Leite, Bueno de Souza, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz e Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Thibau, José de Jesus, Assis Toledo e Flaquer Scartezini não participaram do julgamento. Os Srs. Ministros Washington Bolívar de Brito (Presidente), Eduardo Ribeiro e William Patterson, não compareceram à Sessão, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSOS



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 275 — DF
(Registro nº 89.0012762-4)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Impetes.: *José Rodrigues Fernandes e outros*

Impdo.: *Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça*

Advogados: *Drs. José Salvador de Moraes e outro*

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE
SEGURANÇA**

1. À míngua de interposição do recurso cabível contra o ato impugnado, operou-se a preclusão (Súmula 268 do STF).

2. *Mandamus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: JOSÉ RODRIGUES FERNANDES e outros impetram mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Ministro Vice-Presidente desta Corte, cargo então ocupado pelo eminente Ministro TORREÃO BRAZ, consistente em r. despacho exarado nos autos do Precatório 22.661, que ora transcrevo (fls. 165), *verbis*:

“Importa o presente precatório no valor inicialmente requisitado, ou seja, de Cz\$ 13.347.645,38 (treze milhões, trezentos e quarenta e sete mil, seiscentos e quarenta e cinco cruzados e trinta e oito centavos) com o que concorda a Subprocuradoria-Geral da República em seu parecer de fls. 106.

Entretanto, tal importância foi atualizada à expedição do precatório no próprio ofício deprecante (fls. 102), alterada a requisição para Cz\$ 142.417.118,14 sem que tal atualização viesse instruída pela respectiva conta, bem como de sua homologação.

Assim, PAGUE-SE o presente requisitório pelo seu valor primitivo, vez que o mesmo é o único que está ao abrigo da coisa julgada e já à disposição dos requerentes neste Tribunal.

Por outro lado, indefiro o pedido de fls. 109/112, pois que a atualização do crédito deverá ser objeto de precatório complementar a ser requerido em 1º grau, e remetido ao Tribunal Regional Federal competente, para relacionamento no exercício financeiro oportuno (art. 11, § 3º da Lei 7.746 — *in DO* de 31.03.1989).

Publique-se.”

Os impetrantes sustentam, em resumo, que possuem direito líquido e certo ao recebimento de seu crédito devidamente atualizado até a data do efetivo pagamento, independentemente da realização de nova conta no Juízo de primeira instância, eis que, para tanto, basta simples cálculo aritmético, ante a conversão da dívida em ORTNs.

Indeferi o decreto liminar e requisitei informações à digna autoridade apontada como coatora (fls. 121), as quais foram regularmente prestadas às fls. 125/127.

O Ministério Público Federal, ouvido, opinou preliminarmente pelo não conhecimento da segurança, e, se conhecida, pelo seu indeferimento (fls. 151/157).

O SRIP, em atendimento à determinação do Relator, informa que não houve a interposição de recurso contra a r. decisão atacada pelo *mandamus*.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhores Ministros, colho do duto parecer ministerial, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Paulo Sollberger, o seguinte tópico (fls. 153/155):

“É entendimento predominante na jurisprudência dos nossos Tribunais que a admissibilidade de mandado de segurança contra ato judicial recorrível pressupõe a interposição do recurso cabível e que o objeto do *writ* seja a suspensão da imediata efetivação da decisão atacada, e não o conteúdo desta, cujo reexame se há de fazer quando do julgamento do recurso.

É o que ensina ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, argumentando:

“A orientação mais razoável em tal assunto, e que tem sido prestigiada cada vez mais pelos tribunais, é a que admite a ação de mandado com caráter complementar e não substitutivo do recurso adequado: acolhe-se o pedido de segurança e se a concede para o efeito de sustar o cumprimento imediato da decisão, até o julgamento do agravo, **desde que este haja sido interposto**. Se o recurso não foi tempestivamente manifesto, a preclusão processual impede o reexame da matéria, inclusive por via do *mandamus*, pois de outro modo se haveria de subverter por completo o sistema de preclusões sucessivas, sem o qual o processo se tornaria caótico e infundável” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, Tomo III, págs. 558/559, 1ª edição — Forense).

Confira-se, a propósito, entre tantos outros, os seguintes arestos dessa Colenda Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA
CONTRA ATO JUDICIAL.

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

I — Só é cabível mandado de segurança para atacar ato judicial, quando o impetrante se utiliza, a tempo e modo,

do recurso processual atinente, sem efeito suspensivo, e demonstra a possibilidade de dano iminente, irreparável através dos meios normais de composição, inclusive pela inidoneidade patrimonial do adversário, a quem aproveita o ato impugnado.

Precedentes do TFR.

II — No caso sob apreciação, contra a decisão atacada, o recurso próprio não foi ajuizado no prazo legal, motivo por que não se conheceu do *mandamus* (MS 104.409, Rel. Min. GERALDO SOBRAL, in D.J. de 06.02.86, pág. 824).

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. CABIMENTO. LEI 1.533/51, artigo 5º, II.

I — A jurisprudência do TFR é no sentido de que o mandado de segurança contra ato judicial somente é cabível se, do ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo, resultar a possibilidade de dano irreparável, exigindo a jurisprudência, ademais, que o recurso haja sido interposto, porque, além do *mandamus* não ser sucedâneo de recursos próprios, os atos e termos processuais, não recorridos, são apanhados, de regra, pela preclusão.

II — Inocorrência, no caso, da possibilidade de dano irreparável.

III — Mandado de Segurança não conhecido” (MS-106.945, Rel. Min. CARLOS MÁRIO VELLOSO, in D.J. de 20.02.86, pág. 1.515).

Ora, do despacho impugnado cabia agravo Regimental (art. 258 do RISTJ), recurso não interposto pelos impetrantes, verificando-se, assim, a preclusão processual impeditiva do reexame da matéria.

Nessas condições e invocando ainda a jurisprudência compendiada na Súmula nº 268 do Colendo Supremo Tribunal Federal, opinamos, preliminarmente, pelo não conhecimento do *Writ*.

2. Relativamente à concessão de segurança, restrita à outorga de efeito suspensivo a agravo de instrumento, a Corte conhece meu entendimento pessoal, respeitosamente contrário à orientação predominante, fielmente referida no lúcido parecer a que me reporto. É bem verdade que, feita essa ressalva, subscrevo a orientação jurisprudencial predominante.

3. No mais, cumpre considerar a preclusão, por não ter sido interposto o recurso cabível contra o ato já impugnado, que, assim, passou em julgado (Súmula 268, do Supremo Tribunal).

Eis porque não conheço do presente mandado de segurança, consoante a técnica de julgamento da matéria, que também predomina nesta Corte.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 275 — DF — (89.0012762-4) — Rel.: O Senhor Ministro Bueno de Souza. Imptes.: José Rodrigues Fernandes e outros. Impdo.: Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Advogados: Drs. José Salvador de Moraes e outro.

Decisão: A Corte Especial, por unanimidade, não conheceu da segurança. (03.10.91)

Os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Nilson Naves, José de Jesus, Assis Toledo, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Athos Carneiro, Fontes de Alencar, Barros Monteiro, Peçanha Martins, Gomes de Barros e José Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Costa Leite.

Os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz (Presidente), Washington Bolívar, José Cândido, Costa Lima, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Vicente Cernicchiaro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Sálvio de Figueiredo não compareceram à sessão por motivo justificado.

Presidiu a Sessão o Exm^o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 280 — SP

(Registro nº 9014344)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Adelino Carlos Brito de Alcântara*

T. Origem: *Tribunal de Justiça de São Paulo*

Impetrado: *Governador do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. João Baptista Caetano e José Paulo Carvalho Braga*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. MILITAR. LEI 5.836/72, ART. 2º, INCISO I, LETRA C, E ART. 18.

I — O Militar das Forças Armadas e Auxiliares, acusado oficialmente ou por meio lícito de comunicação social de ter praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe, fica sujeito ao Conselho de Justificação, a teor do art. 2º, inciso I, letra c, da Lei 5.836/72.

II — O prazo prescricional de seis anos estabelecido no art. 18, quanto aos fatos referidos na Lei 5.836/72, se endereça ao Conselho de Justificação para proferir decisão acerca da acusação oficial.

III — Recurso em Mandado de Segurança improvido.

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, 30 de maio de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Adelino Carlos Brito de Alcântara de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que indeferiu mandado de segurança requerido contra ato do Governador do Estado, que demitiu o recorrente das fileiras da Polícia Militar do posto de Capitão, qualificado na inicial como Bel. em Ciências Jurídicas e Sociais e em Ciências e Letras.

O ato atacado teve o seguinte teor — fls. 55:

“DECRETOS DE 3-10-88 DECLARANDO,

à vista do V. acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça Militar do Estado nos autos do Conselho de Justificação 27-83, incompatível com o oficialato da Polícia Militar do Estado, com perda do posto, da patente e demissão *ex officio*, o Capitão QAO PM ADELINO CARLOS BRITO DE ALCÂNTARA, da Polícia Militar do Estado, com fundamento nos arts. 2º, I, c e 16, I, da L.F. 5.836-72, combinados com os arts. 2º, IV e 3º, da Lei Estadual 186-73 e com o art. 40, III, do Decreto-lei Estadual 260-70.”

Entendo por bem em fazer parte do Relatório os seguintes fatos constantes da inicial — fls. 3/7:

“1. Pelo Ofício nº DP-100/33, de 9 de fevereiro de 1982, o Exmo. Sr. Comandante Geral da Polícia Militar de São Paulo propôs a instauração de Conselho de Justificação contra o ora Impetrante, que era, na época, Primeiro Tenente PM, Acadêmico de Direito em estágio, proposição essa fundamentada em fatos que teriam ocorrido nos anos de 1980 a abril de 1981 (doc. 1 e 2) aqui juntados.

2. Pela Resolução de 11 de fevereiro de 1982, o Exmo. Sr. Secretário de Segurança Pública nomeou os membros que deveriam compor o Colegiado (doc. 3). Tal Conselho foi destituído por suspeição argüida pelo Impetrante, tendo sido nomeado outro, que deu prosseguimento ao feito. Ao término da instrução do procedimento administrativo, foi negado ao Impetrante o direito de apresentar suas DERRADEIRAS RAZÕES DE DEFESA.

3. O Venerando Acórdão condenatório foi prolatado no dia 10 de julho de 1986 (doc. 4 a 13) sendo publicado apenas em 30 de dezembro do mesmo ano. Ora, ao Impetrante não cabe culpa pelo atraso procedimental de sete meses entre a prolação e a publicação do Venerando Acórdão. Aliás, somados a este, outros e mais outros atrasos ensejaram a inarredável prescrição, o que, diga-se de passagem, dificultou os trabalhos de seu patrono, que teve dificuldades de acompanhar e conhecer o andamento do feito, em suas sucessivas etapas legais.

4. No dia 5 de fevereiro de 1987, portanto, tempestivamente, o ora Impetrante interpôs RECURSO EXTRAORDINÁRIO, com ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA ao Venerando Supremo Tribunal Federal (doc. 14 a 20), e que foi recebido pelo Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça Mi-

litar de São Paulo que, ainda no mesmo dia, determinou a remessa do Recurso para “vista do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da Justiça Militar” (doc. 21 a 23), tendo a Secretaria do mesmo Tribunal certificado (doc. 23) haver recebido esse Despacho, somente SETE MESES DEPOIS, fazendo-o publicar no dia 25 de setembro de 1987 (doc. 22), remetendo os autos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no mesmo dia.

5. Provam e comprovam os documentos aqui juntados, que a Justiça Militar descurou, *data venia*, do procedimento regular do feito, desinteressando-se por ele, a ponto de um simples afastamento administrativo do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça Militar ter dado causa a uma protelação de atos durante mais de quatro meses, quando exarou Despacho à sua Diretoria Judiciária, mediando entre este e o recebimento, nada menos que três meses, época em que, agora de modo apressado e, inexplicavelmente, tardio, o novo Presidente procurou desfazer-se da responsabilidade.

6. Não obstante ter sido o Recurso Extraordinário recebido pelo DD Presidente do TJM, e publicado com vistas ao DD Procurador da Justiça Militar, no dia 25 de setembro de 1987, o Órgão do Ministério Público só veio a manifestar-se, extemporaneamente, no dia 19 de outubro do mesmo ano (Doc. nº 24 a 33), data em que os autos foram conclusos ao Sr. Presidente do TJM, o qual, QUATRO MESES DEPOIS, ou seja, em 29 de fevereiro de 1988, exarou Despacho à Diretoria Judiciária, ressaltando o seu afastamento do cargo (doc. 34), tendo a Secretaria do mesmo Tribunal recebido esse Despacho MAIS DE TRÊS MESES DEPOIS, ou seja, em 3 de junho de 1988, data em que remeteu os autos conclusos ao Exmo. Sr. Presidente recém-empossado (doc. 34), o qual, na mesma data, determinou o DESENTRANHAMENTO do Recurso Extraordinário e a remessa imediata dos autos do Conselho de Justificação ao Exmo. Sr. Governador do Estado, bem como o retorno do Recurso às suas mãos (doc. 34 e 34 v.), o que foi feito pelos documentos ora juntados sob nº 35 e 36, com um Despacho, *data venia* esdrúxulo e contraditório, pelo qual INADMITIU o Recurso, mandando-o arquivar (doc. 36 a 37), o que foi feito em 21 de junho de 1988.

7. Ocorre que o Despacho pelo qual foi determinado o desentranhamento do Recurso e remessa dos autos do Conselho ao Exmo. Governador, ora Impetrado, foi publicado no dia 09/06/88, SEM O NOME DO PATRONO do Impetrante que, dili-

genciando sobre o atraso do procedimento, constatou essa irregularidade, peticionando e requerendo a volta dos autos ao Tribunal, o processamento do Recurso Extraordinário e a anulação do 2º Despacho, bem como a declaração da PRESCRIÇÃO intercorrente do *jus puniendi*. (doc. 38 e 39).

8. Recebida essa petição, o Exmo. Presidente do TJM determinou nova publicação, restituiu o prazo para Recurso intimando, nominalmente, o Patrono do Impetrante (doc. 38 a 40), o que ocorreu em 22 de setembro de 1988.

Finalmente, o pedido de retorno dos autos do Conselho ao Tribunal, assim como a subida do Recurso foram indeferidos, sendo permitida apenas a subida da argüição de relevância. O Impetrante agravou de instrumento, mas nem assim os autos voltaram à Egrégia Corte.

9. Entende o Impetrante que o respeito ao direito de defesa plena impunha ao Egrégio Tribunal de Justiça Militar, ante suas constantes procrastinações e em face dos Recursos do Impetrante, em pleno curso, determinar a volta dos autos do Conselho ao Tribunal, antes do Decreto do Excelentíssimo Impetrado, evitando, desta forma, que o Excelentíssimo Senhor Governador praticasse ato com abuso de autoridade, advertindo-o quanto à PRESCRIÇÃO do *jus puniendi*, sobre a interposição dos RECURSOS e, por fim, do não trânsito em julgado destes. Não se pode conceder, *data venia*, a proposta toda pessoal de um Presidente de Tribunal de Justiça Militar a um Governador de Estado, para demitir e cassar a patente de um Oficial Militar, cujo Processo foi eivado de vícios insanáveis e cuja pena já estava prescrita há mais de um ano e meio. — aberração jurídica!!”

Quanto ao direito diz que o seu ato demissório quando praticado, já havia ocorrido a prescrição administrativa em face do art. 18, da Lei Federal 5.836/72, c/c a Lei Estadual 186/73 e, tendo em conta esta questão, o ato é ilegal.

O Governador do Estado de São Paulo prestou informações argüindo a preliminar de ilegitimidade de parte da autoridade coatora, alegando que se limitou a declarar os efeitos subseqüentes do julgamento do Tribunal de Justiça Militar; argüi a preliminar de decadência do direito à impetração; e ainda a preliminar de descabimento do *writ* por atacar ato disciplinar.

No mérito dizem as informações — fls. 67/68:

“Com efeito, a extinção da punibilidade por prescrição, alegada pelo impetrante como fundamento basilar da impetração, não tem respaldo legal.

Conforme consta do v. Acórdão cuja cópia instrui a inicial, para citar somente um caso, o delito de receptação de um veículo Volkswagen, imputado ao impetrante, teria ocorrido em 16 de janeiro de 1981.

A decisão da Corte Militar foi proferida em 10/7/86, ou seja, quase cinco **anos e meio** após os fatos, sem que se houvesse consumado, portanto, a prescrição de **seis anos** prevista no artigo 18 da Lei Federal nº 5.836/72, aplicável à hipótese, conforme já assimilado, pela Lei Estadual nº 186/73.

Por outro lado, o parágrafo único do artigo 18, acima referido, dispõe que **“os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem nos prazos nele estabelecidos.**

Ora, se o máximo da pena prevista no artigo 254 do Código Penal Militar para o crime de receptação é de 5 anos, é de se concluir que o prazo prescricional da ação disciplinar é de **12 (doze) anos**, segundo a regra do artigo 125, inciso IV, do mesmo Estatuto.”

O Ministério Público do Estado opinou para que fossem repelidas as preliminares e no mérito pelo indeferimento do *mandamus* fls. 71/79.

A Procuradoria Administrativa do Estado requereu a sua admissão litisconsorcial e foi deferida — fls. 81.

A decisão recorrida foi unânime na rejeição das preliminares e no mérito pelo indeferimento do *writ* — fls. 89/92.

O recurso ordinário do impetrante reitera a matéria de mérito trazida na inicial — fls. 95/100.

A Fazenda do Estado apresentou contra razões sustentando a decisão recorrida — fls. 102/104, e fls. 110/112.

O Ministério Público Estadual reitera seu pronunciamento de fls. para indeferir o recurso — fls. 114/115.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso — fls. 120/124.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A questão no meu entender é simples.

É de ver-se, se à época do ato demissório já estava ou não prescrita essa penalidade, tão-somente.

Se prescrita concede-se a segurança, caso contrário indefere-se.

O ato atacado é de **04.10.88** — v. cf. DO Estado SP — fls. 55, que foi praticado com fundamento nos arts. 2º, inciso I, letra c, e 16, inciso I, da Lei Federal 5.836/72, combinados com os arts. 2º, inciso IV, e 3º, da Lei Estadual 186/73, e com o art. 40, inciso III, do Decreto-lei Estadual 260/70.

Quanto à Lei Federal 5.836/72, o art. 2º, inciso I, letra c, estabelece que é submetido ao Conselho de Justificação o oficial das Forças Armadas acusado oficialmente ou por meio lícito de comunicação social de ter praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe.

O art. 16, inciso I, dessa Lei Federal, estabelece que o Superior Tribunal Militar, caso julgue provado que o oficial é culpado de ato ou fato previsto na letra c, do inciso I, do art. 2º, é incapaz de permanecer na ativa, deve declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda de seu posto e patente.

Corresponde ao Superior Tribunal Militar nos limites do Estado de SP, o Tribunal de Justiça Militar do Estado, o qual concluiu pela culpabilidade de ato do recorrente previsto no inciso I, do art. 2º, da Lei Federal 5.836/72, para o fim de demissão ex-offício, com a perda do posto e da patente — fls. 49.

O recurso extraordinário interposto pelo recorrente foi inadmitido — fls. 50.

O fundamento da impetração e do recurso está no art. 18, dessa Lei, que tem a seguinte redação:

“Art. 18 — Prescrevem em 6 (seis) anos, computados na data em que foram praticados, os casos previstos nesta Lei.”

O artigo referido estabelecido que prescrevem em 6 (seis) anos “...os **casos previstos nesta lei**”, o que me conduz a verificar **quais são esses casos que essa lei se refere**, e daí encontrei o seguinte:

a) o caso em que o oficial é acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter: — procedido incorretamente no desempenho do cargo; — tido conduta irregular; — praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe (art. 2º, inciso I, letras a, b e c);

b) o caso do oficial ser considerado não habilitado para o acesso (art. 2º, inciso II);

c) o caso do oficial ser afastado do cargo por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício das funções militares (art. 2º, inciso III);

d) o caso do oficial condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial correspondente à segurança do Estado, em Tribunal Civil ou Militar, a pena restritiva de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença (art. 2º, inciso IV);

e) o caso em que o oficial pertença a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

Estes são os **casos previstos** na Lei 5.836/72, que prescrevem em 6 (seis) anos, a teor do art. 18, dela mesma.

Os demais dispositivos se referem ao **procedimento** perante o Conselho de Justificação.

Nos autos se vê que o recorrente foi submetido ao Conselho de Justificação, porque teve contra si denúncia oficial “por ter praticado atos que afetam a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, visto que, desde o início do ano de 1970, até fins de abril de 1981, exerceu a função de advogado no escritório de advocacia, sita à Praça Carlos Prades nº 67, 3º andar, conjunto I, nesta Capital, onde manteve ligações com marginais freqüentadores daquele escritório, identificados como assaltantes de bancos, aos quais dava cobertura, providenciando-lhes documentos públicos falsos, e como Oficial Comandante da Guarda Militar da Casa de Detenção, conseguiu facilidades a marginais, seus clientes, junto àquele Estabelecimento Penal, acrescentando o fato de, em data de **16 de janeiro de 1981**, ter abandonado o serviço no período das 18:30 às 20:00 horas, ocasião em que esteve no seu escritório em companhia de outro advogado e marginais, quando aceitou como presente um automóvel de marca Volkswagen, tipo sedan, de cor amarela, oferecido por um dos marginais, mesmo sabendo que tal veículo fora objeto de roubo, providenciando, posteriormente, um transplante de peças e acessórios para seu veículo que se encontrava em péssimo estado de conservação, para finalmente, trocar esse auto transplantado por um outro de marca Chevrolet que fora adquirido no comércio do ramo, com dinheiro objeto de roubo a banco.”

Essa foi a acusação denunciada ao Conselho de Justificação contra o recorrente relativamente a fatos ocorridos em 1980 e 1981 e a própria acusação oficial se deu em **fevereiro/82**.

Tudo isso, **sem notícia nos autos de que tenha havido processo crime**, foi enquadrado pelo Conselho de Justificação, bem como pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado, **como caso em que** o oficial militar recorrente foi acusado de prática de ato que afeta a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe — é v. cf. fls. 49.

O caso está previsto na Lei 5.836/72, art. 2º, inciso I, letra c, e por isso sujeito ao prazo prescricional de 6 (seis) anos previsto no art. 18.

Tornando-se como termo *a quo*, como consta da denúncia de fls. 15, os fatos ocorridos em 1980 e 1981, no meu sentir **não se aplica o prazo prescricional previsto no art. 18, da Lei 5.836/72**, porque não levados ao conhecimento ou não do conhecimento do Conselho de Justificação, aplicando-se-lhe a legislação penal militar, e **não o procedimento** do Conselho de Justificação.

Sob esse fundamento acolho o parecer do Ministério Público Federal.

Portanto, formalizada a denúncia em fevereiro/1982 — fls. 15 — o Conselho de Justificação haveria de concluir os trabalhos e o Tribunal de Justiça Militar do Estado julgado o procedimento, no prazo de 6 (seis) anos, a contar daquela formalização.

O Ministério Público Federal destaca o seguinte — fls. 121/124:

“Como lucidamente salientou o Governador do Estado de São Paulo, em suas informações, “a extinção da punibilidade por prescrição, alegada pelo impetrante como fundamento basilar da impetração, não tem respaldo legal. Conforme consta do v. acórdão cuja cópia instrui a inicial, para citar somente um caso, o delito de receptação de um veículo Volkswagen, imputado ao impetrante, teria ocorrido em 16 de janeiro de 1981. A decisão da Corte Militar foi proferida em 10/07/86, ou seja, quase **cinco anos e meio** após os fatos, sem que houvesse consumada, portanto, a prescrição de **seis anos** prevista no artigo 18 da Lei Federal nº 5.836/72, aplicável à hipótese, conforme já assinalado, pela Lei Estadual nº 186/73. Por outro lado, o parágrafo único do artigo 18, acima referido, dispõe que ‘os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem prazos nele estabelecidos. Ora, se o máximo da pena prevista no artigo 254 do Código Penal Militar para o crime de receptação é de 5 anos, é de se concluir que o prazo prescricional da ação disciplinar é de **12 (doze) anos**, segundo a regra do artigo 125, inciso IV, do mesmo Estatuto” (fls. 67/68).

No mesmo sentido, a manifestação do Ministério Público local: “Assim, tomando-se por base que o acórdão do Tribunal de Justiça Militar é datado de 10 de junho de 1986 (fls. 27), o impetrante não comprovou tivesse tal decisão sido juntada ao procedimento às vésperas de sua publicação em 30.12.86. Entretanto, quer se considere uma como a outra, os seis anos retroagirão até 30.12.86. A peça que pediu a instauração do

Conselho de Justificação — apesar de deficientemente xerocopiada — deixa claro que o impetrante praticou atos caracterizadores de indignidade para o oficialato até abril de 1981 (fls. 15/16). Idênticas conclusões são encontradas no acórdão (fls. 18/27). Logo, não se poderá falar em prescrição” (fls. 78).

Vale lembrar, como deixou assentado o Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, a propósito do Conselho de Justificação, que “neste processo não se busca a apuração de crime, mas segundo a lei, o procedimento incorreto, a conduta irregular ou a prática de ato que afete a honra pessoal ou o decoro da classe” (fls. 26/27). E, ainda, que, “tratando-se de atividade administrativa do Tribunal de Justiça Militar, destinada a apurar a indignidade para o oficialato, não estava aquele órgão (obrigado) a ingressar fundo na concreção da norma penal sobre o comportamento do recorrente. Esta atribuição — reconhecer a existência de crime e aplicar a pena — é jurisdicional e não administrativa. Por isso foi suficiente que o Tribunal de Justiça Militar relacionasse, pormenorizadamente, os atos praticados pelo recorrente os classificados como ‘comportamento criminoso’. O que equivale à afirmação da configuração do crime. Tanto isso é verdade que o recorrente não procurou demonstrar, quer na inicial quer nas razões de recurso, que os fatos articulados na decisão administrativa não tipificassem crime. Por derradeiro, o reconhecimento da indignidade do oficialato não dependia da prévia condenação pela prática de crime militar” (razões da Procuradoria-Geral da Justiça de São Paulo, fls. 114).

Com efeito, na lição sempre didática de HELY LOPES MEIRELLES, “a punição administrativa ou disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o funcionário, pela mesma falta, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos. Apurada a falta funcional, pelos meios adequados (processo administrativo, sindicância ou meio sumário), o servidor fica sujeito, desde logo, à penalidade administrativa correspondente... A punição interna, autônoma que é, pode ser aplicada ao funcionário antes do julgamento judicial do mesmo fato. E assim é porque, como já vimos, o ilícito administrativo independe do ilícito penal” (*in* Direito Administrativo Brasileiro, RT, 14^a ed., pág. 412).

Nem colhe o argumento de que a falta administrativa — no caso, prevista também como crime — ainda não resultou definitivamente reconhecida, em vista da interposição de recurso extraordinário. É que, como já foi estabelecido no Supremo Tribunal Federal, “processo de jus-

tificação. Policial Militar. Caráter administrativo da decisão, que, assim, não comporta recurso extraordinário. Precedente do STF. RE não conhecido" (RE 114.310-0-SP, Rel. Min. Célio Borja, 2ª Turma, unânime, in DJ de 08.04.88, pág. 7.479).

Para arrematar, breve referência aos fatos perpetuados pelo recorrente: "Prosseguindo no depoimento de Davi Machado da Silva, narra ele, com detalhes, o envolvimento dos componentes do mencionado escritório de advocacia com uma **quadrilha de assaltantes**. Da tentativa frustrada de assalto a uma indústria de algemas, 'Chapina', em Itaquaquecetuba, com a saída de Jefferson no automóvel, Elias e Gilberto, na fuga, a pé, furtaram um Volkswagen amarelo, placas de Poá, **que mais tarde foi oferecido de presente ao Ten. Brito**. Este, que possuía um Volkswagen modelo mais antigo necessitando reparos, não disse nem sim nem não, mas em outra ocasião ouviu do **próprio Tenente Brito que fizera um transplante da carroceria do auto furtado para o chassis do seu**. Esse carro foi, posteriormente, trocado por um Chevette pertencente ao marginal Gilberto"... (fls. 24).

É preciso dizer mais? Seria lícito à Justiça, anulando o ato de expulsão do recorrente, devolver um tal indivíduo aos quadros da Polícia Militar?

Nessas condições, estando evidente a plena legalidade — e mais do que isso, a absoluta legitimidade — do ato questionado, o parecer é no sentido do desprovimento do recurso."

Nada a acrescentar.

Nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, o problema da prescrição, ante o que está deduzido, parece-me irrelevante. Basta o comportamento indecoroso do militar para se tornar indigno de pertencer à corporação. Disto não temos dúvida.

Por estas razões adiro ao voto do Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DE MINUTA

RMS nº 280 — SP — (9014344) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Adelino Carlos Brito de Alcântara. Impetrado: Governador do Estado de São Paulo. Recorrido: Estado de São Paulo. T.

Origem: Tribunal de Justiça de São Paulo. Advogados: Drs. João Baptista Caetano e José Paulo Carvalho Braga.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (em 30.05.90 — 1ª Turma).

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



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 340 — SP
(Registro nº 90.0002557-5)

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

Recorrente: *Pollone S/A Ind./ Com.*

Recorrida: *União Federal*

T. Origem: *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*

Impetrado: *Juízo Federal da 19ª Vara-SP*

Advogada: *Dra. Diana Webster Massimini*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR CONDICIONADA À PRESTAÇÃO DE GARANTIA.

É cabível mandado de segurança contra ato judicial que nega medida liminar em outra segurança. Por ser garantia especial, a caução só se justifica em circunstâncias especialíssimas.

De outra parte, verificando-se os pressupostos contidos no art. 7º, inciso II, da Lei de regência, a concessão da liminar é imperativa, independente de qualquer condição.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: POLLONE S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO interpôs Recurso Ordinário ao v. acórdão proferido pela 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que restou assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. DECISÃO DENEGATÓRIA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEPÓSITO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 5º, LXIX, LEI 1.533/51, ART. 7º, II. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, ART. 151, II.

1. Consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, é cabível a utilização de mandado de segurança contra ato jurisdicional típico. Necessário, porém, para a concessão da ordem, que se demonstre que o ato judicial impugnado é ilegal ou abusivo.

2. A medida liminar prevista no inciso II do art. 7º da Lei nº 1.533/51 tem natureza cautelar, inserindo-se no âmbito do poder geral de cautela do Juiz. A decisão que, fundamentalmente, não concede liminar, não é passível de correção através mandado de segurança impetrado perante a superior instância, porque estaria o Tribunal suprimindo o juiz natural do processo em curso em primeira instância. Somente com demonstração de flagrante ilegalidade ou abuso de poder por parte do magistrado seria possível invalidar o ato, substituindo-o por outro que ponha cobro à ilegalidade ou abuso, circunstâncias inocorrentes, no caso.

3. Depósito em mandado de segurança. Só é admissível quando determinado pelo Juiz como garantia de liminar

concedida. Se a liminar é negada, não há lugar para o depósito, só possível perante a Administração ou em Juízo, em ação anulatória de crédito tributário ou, ainda, em ação declaratória de nulidade de débito fiscal (C.T.N., art. 151, II; Lei nº 6.830/80, art. 38; Decreto-Lei nº 1.737/79, art. 1º, III; Lei nº 4.357/64).

4. Segurança denegada.”

Alega a Recorrente que, se por ocasião do recolhimento da contribuição social, ela não possuir uma medida judicial (liminar), que lhe garanta efetuar a operação sem o recolhimento do tributo que julga inconstitucional, outro caminho não haverá senão recolher tal tributo, e tal circunstância acaba por exaurir a via do mandado de segurança. Alega, ainda, que os pressupostos ensejadores da medida liminar estavam amplamente demonstrados na inicial.

O Recurso não foi contra-arrazoado (fls. 164/v.) e foi encaminhado a este Tribunal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improviamento do apelo.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR CONDICIONADA À PRESTAÇÃO DE GARANTIA.

É cabível mandado de segurança contra ato judicial que nega medida liminar em outra segurança. Por ser garantia especial, a caução só se justifica em circunstâncias especiais.

De outra parte, verificando-se os pressupostos contidos no art. 7º, inciso II, da Lei de regência, a concessão da liminar é imperativa, independente de qualquer condição.

Recurso provido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O Recurso em Mandado de Segurança nº 271-SP, de que fui relator, restou assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR CONDICIONADA À PRESTAÇÃO DE GARANTIA.

É cabível mandado de segurança contra ato judicial que nega medida liminar em outra segurança. Por ser garantia especial, a caução só se justifica em circunstâncias especiais.

De outra parte, verificando-se os pressupostos contidos no art. 7º, inciso II, da Lei de regência, a concessão da liminar é imperativa, independente de qualquer condição.

Recurso provido.”

Este é o mesmo entendimento daquele proferido no RMS nº 273/SP, relator o eminente Ministro Armando Rollemberg.

Após transcrever a ementa do acórdão no julgamento do MS nº 119.422, relatado pelo digno Ministro Carlos Mário Velloso na Segunda Seção do extinto T.F.R., aduziu:

“Ora, a Lei 1.533/51 expressamente estabelece no seu art. 7º, inciso II, que “ao despachar a inicial o Juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e o do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso deferida”.

Como se vê, verificando-se os pressupostos previstos na disposição, a concessão de liminar é obrigatória, e não pode depender de quaisquer condições.

Tem-se, portanto, que se o Juiz prolator da decisão concessiva de liminar considerou comprovados os requisitos para tal, não poderia exigir a efetivação do depósito.”

Nessa linha doutrinária, o insigne Subprocurador-Geral da República, Dr. Amir José Finocchiaro Sarti, ao emitir parecer pelo provimento do recurso no já citado RMS nº 271, sustentou:

“O mandado de segurança é uma garantia constitucional, cuja consistência, eficácia e utilidade, não raro, depende, exclusivamente, da **liminar**, que, tenha ou não natureza cautelar, sem dúvida faz por antecipar provisoriamente a tutela jurisdicional satisfativa. Por isso, a **liminar**, embora prevista apenas na lei que disciplina o processo do mandado de segurança, também deriva do mesmo berço nobre e participa, essencialmente, da dignidade constitucional do *writ*.

Como escreveu, com inteira propriedade, CLÓVIS BEZ-NOS, “entretanto, muito embora não exista a previsão constitu-

cional expressa da liminar, salta aos olhos que a mesma é absolutamente inerente ao próprio remédio constitucional, que, destinada à proteção de direito contra ato ilegal de autoridade, tornar-se-ia letra morta caso não se coibisse desde logo a ilegalidade, como nas hipóteses em que os efeitos do ato lesivo de direito viessem a ocasionar a irreversibilidade da lesão, pela demora do trâmite processual. Disso decorre, inelutavelmente, a conclusão da previsão constitucional **implícita** da liminar, pois não se poderia compreender tivesse pretendido o Constituinte prever um meio de defesa de direito eficiente algumas vezes e inócuo em determinadas circunstâncias” (A Liminar em Mandado de Segurança — Limites à Discricionariedade do Juiz, *in* Revista Brasileira de Direito Processual, ed. Forense, vol. 31, pág. 34).

Aliás, não é por outra razão que “a liminar na segurança se reveste de caráter imperativo para o Juiz” (GALENO LACERDA, Com. ao CPC, vol. VIII, tomo I, pág.). No mesmo sentido, o já invocado magistério de CLÓVIS BEZOS: “presente o fato da ineficácia da medida caso não se suspenda desde logo o ato impugnado, não resta ao Juiz qualquer margem de apreciação discricionária, no que tange à sua conveniência e oportunidade, devendo, por esse aspecto, inquestionavelmente conceder a medida liminar” (op. cit., pág. 35). E a lição, sempre oportuna, de HELY LOPES MEIRELLES: “A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem os seus pressupostos” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, 12ª ed., RT, 1989, pág. 50).

Ora, se assim é — havendo o extinto Tribunal Federal de Recursos chegado mesmo a afirmar que, ocorrentes os pressupostos no artigo 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, “surge para a parte o **direito subjetivo** à liminar” (MS nº 119.422-SP, Rel. Min. CARLOS MÁRIO VELLOSO) —, não se pode compreender, *data venia*, como possa o Judiciário, sem afronta à Constituição e agravo ao direito subjetivo individual, condicionar a prática de um ato vinculado e indisponível, como seja o deferimento de liminar quando presentes os seus requisitos de atuação, a uma exigência absolutamente discriminatória e desamparada de qualquer previsão legal, como o depósito de quantia em dinheiro.

Uma garantia constitucional não pode ficar subordinada a condição que, na prática, lhe retire toda consistência, eficácia e

utilidade; ou que a torne acessível apenas a determinadas parcelas da coletividade, aquelas economicamente abonadas.

Convém relembrar que “a liminar no *writ* é um adiantamento (provisoriamente) da tutela que se pretende obter a final (definitividade). Dest’arte, **nenhuma diferença substancial existe entre a liminar e a sentença final e ser proferida no pleito** em que ela foi deferida ou indeferida. Só divergem no seu alcance: provisório, numa, por conseguinte, resolúvel; definitivo na outra, por conseguinte apta a transitar em coisa julgada material” (J.J. CALMON DE PASSOS, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, Constituição e Processo, ed. Forense, 1989, pág. 47).

Assim, da mesma forma como seria absurdo imaginar que a concessão definitiva de mandado de segurança pudesse ficar condicionado à capacidade financeira do impetrante, também parece inaceitável pretender sujeitar a outorga de liminar a depósito em dinheiro, quando evidenciado o direito subjetivo à obtenção dessa tutela provisional. Porque essa exigência, como enfatizou o Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO no precedente invocado, “além de ilegal, é, também, inconstitucional. Inconstitucional porque representa estorvo ao ajuizamento da garantia constitucional do mandado de segurança. Amanhã, se alguém não tiver dinheiro para depositar, não terá a medida liminar. Vale dizer, a garantia constitucional do mandado de segurança não será utilizada, porque deverá pagar para discutir. O indivíduo ficará, assim, impedido de pedir a prestação jurisdicional através do *writ of mandamus*... essa exigência descabida consubstancia autêntica negativa de liminar” (fls. 69).

Além do mais, nas circunstâncias que se põem no caso concreto, parece esdrúxulo submeter a uma agressão patrimonial imposta como condição para o deferimento da liminar **devida**, justamente quem procurou socorrer-se no Judiciário contra a mesma agressão patrimonial **indevida**!

Tudo para não lembrar, como salientou o Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO em seu voto já tantas vezes citado, que “se a medida liminar tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, na forma do art. 151, IV, do CTN, não é possível que se faça uma outra exigência, a do item II do mesmo art. 151, vale dizer, o depósito do montante integral do débito” (fl. 67). Se a liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário, como exigir o desembolso de uma importância cuja própria exigibilidade está suspensa? A contradição é flagrante; e a tautologia a ressalta!”

A eminente Juíza Lúcia Figueiredo, em sua declaração de voto, discordou da corrente doutrinária do culto Dr. Fleury Pires, relator, e, após sintetizar seu pensamento, enfatizou:

“1. Relevante fundamento, embora conceito indeterminado, não tem carga valorativa; assim não pode ser aferido pelos “standards” subjetivos do magistrado. Antes pelo contrário, deverá, no caso, ser examinado objetivamente;

2. Quando se discute matéria constitucional, garantias fundamentais, haverá sempre relevância, se a tese também for estruturada plausivelmente;

3. A ineficácia da medida será avaliada em função do bem de vida pretendido; é dizer, o jurisdicionado tem o direito de não ser remetido *sic et simpliciter* à inadimplência, ou, então, a *solve et repete*.

Por assim também pensar, meu voto é provendo o recurso.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, em princípio, impera o mandamento da Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal que diz o seguinte:

“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Pelo que disse o Eminentíssimo Ministro Relator, não foi interposto nenhum recurso da decisão que negou a liminar, a não ser o mandado de segurança, quer dizer, este foi interposto antes de interposto o recurso próprio. Está bem claro pela Súmula que: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” e, neste caso, é passível de recurso, ou seja, ele não entrou com agravo. O Supremo tem abrandado esse entendimento, e também outros Tribunais Superiores, quando há, por exemplo, perigo de dano irreparável, ilegalidade manifesta, etc. Mas, aqui, ele não interpôs sequer o agravo.

Peço vênia ao Sr. Ministro Relator, porque tenho uma certa ojeriza em conceder mandado de segurança só para dar efeito suspensivo ao recurso e, no caso, nem sequer foi interposto esse recurso. Esse mandado de segurança não teria o objetivo de dar efeito suspensivo a um recurso inexistente, porque o recurso não existe. Iríamos conceder a segurança para conceder a liminar. Não podemos, pois, o Juiz, dentro de sua

atribuição a negou. Cabe recurso desta decisão: o recurso é agravo, se não foi manifestado, não cabe mandado de segurança.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Sr. Ministro, se V. Exa. me permite, o agravo de instrumento, pela sua própria natureza jurídica, não tem efeito suspensivo. Acredito até que temos concedido mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao ato do Juiz. Se vamos decidir assim, redundaria na mesma, porque vamos conceder mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao ato do Juiz que gerou o agravo.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas o caso é diferente, porque não foi interposto o recurso próprio, pois cabe recurso da decisão do Juiz. Por isso é que lamento divergir de V. Ex^a, pois tenho admiração por V. Ex^a e tenho acompanhado seus votos brilhantes.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Estamos avançando um pouco mais, como alguns Tribunais já fizeram, porque se vamos conceder o mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao ato do Juiz, para que ...

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Temos decidido aqui neste sentido: concedemos a segurança para dar efeito suspensivo ao recurso que não tem esse efeito.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Não temos o poder de legislar. O Código de Processo diz que o agravo de instrumento não tem efeito suspensivo.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas, no caso, não poderíamos nem dar efeito suspensivo à decisão do Juiz, porque foi negativa, ele negou a liminar.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Se ele tivesse interposto agravo de instrumento, o mesmo subiria sem efeito suspensivo. Como consequência, teria que se entrar com mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao ato do Juiz que gerou o agravo, porque não podemos legislar. O Código diz que não tem efeito suspensivo. Pergunto a V. Ex^a: Estamos reconhecendo o direito líquido e certo de suspender o ato do Juiz? O mandado de segurança suspendeu o ato do Juiz.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O fato aqui é muito mais grave. O ato é negativo, isto é, o Juiz negou a liminar. Caberia o recurso de agravo dessa decisão.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Ministro Garcia Vieira, sustento que a Constituição diz que os direitos líquidos e certos devem ser respeitados. Se o Juiz não respeita, por qualquer razão, ...

O SR. MINISTRO GARCIA VIERA: Entra com recurso próprio.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Mas cairíamos no mandado de segurança do mesmo jeito. Agora, quando o direito é translúcido, o direito à liminar ...

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas não foi interposto o agravo.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Não precisa. Teríamos duas medidas: uma preliminar, que seria agravo, e outra, o mandado de segurança, para dar efeito suspensivo ao ato do Juiz que o gerou. O agravo acaba ficando prejudicado, porque o dia que julgar essa segurança que antecede o agravo, este ficará prejudicado. Esse que é o detalhe.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Eminentíssimo Ministro, se admitirmos o mandado de segurança impetrado contra uma negativa do Juiz de conceder a liminar, estaremos violando a Súmula nº 267 e o entendimento consagrado pelos nossos Tribunais, ou seja, se a decisão do Juiz é passível de recurso, tem que ser interposto o recurso próprio. Não podemos fazer essa subversão processual e admitir o mandado de segurança.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Presidente): Realmente, a princípio, a orientação dos Tribunais, do nosso antigo Tribunal Federal de Recursos, era essa que defende com afinco o Eminentíssimo Ministro Garcia Vieira; mas os Tribunais vêm evoluindo e, se houvesse o agravo posterior ao mandado de segurança, suspenderíamos o efeito suspensivo do agravo. Por que razão não vamos evoluir para assegurar à parte o seu direito que foi negado?

Acompanho o Eminentíssimo Ministro-Relator.

É como voto

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 340 — SP — (90.0002557-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Pollone S/A Ind./ Com. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Impdo.: Juízo Federal da 19ª Vara-SP. Recda.: União Federal. Adva.: Dra. Diana Webster Massimini.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira, proveu o recurso. (1ª Turma, em 22.04.91)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira e Pedro Aciole. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Geraldo Sobral. Presidiu o o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 380 — DF
(Registro nº 9026393)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Impetrantes: *João Carlos Palma Gordim e outro*

Impetrado: *Ministro de Estado do Exército*

Advogados: *Drs. Hélio Gonçalves e outro*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA. PROMOÇÕES. CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. EFEITOS FINANCEIROS. ART. 8º, ADCT, E ART. 4º, DA EC 26/85.

I — Do confronto do art. 4º, da EC 26/85, e a interpretação fixada pelo Tribunal, o art. 8º, do ADCT, contém uma pequena parte do alcance daquela norma restritiva, ao passo que esta é ampla e consagra em si mesma a própria natureza de ato administrativo.

II — O art. 8º, do ADCT, que concede a anistia, asseguradas as promoções na inatividade ao posto “a que teriam direito se estivessem em serviço ativo”, acrescenta que há necessidade de serem “respeitadas as características e peculiaridades das carreiras e observados os respectivos regimes jurídicos.”

III — Não se aplicam aos anistiados as características, as peculiaridades e o regime jurídico atinentes ao critério subjetivo de merecimento e escolha e ao objetivo de curso de formação, mas aplicam-se-lhes o critério objetivo de antigüidade, por estar na inatividade.

IV — As vantagens devidas são apenas aquelas inerentes às promoções, com efeito financeiro a partir da promulgação da Constituição.

V — Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e

notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Cuida-se de segurança impetrada por João Carlos Palma Gordim e outro, com a finalidade de serem promovidos na carreira militar, conforme discriminam seu pedido.

Em análise do pedido, a douta SGR analisou, sucintamente, a *quaestio*, assim tendo historiado:

“1) foram incorporados à Força, respectivamente em 05.3.52 e 15.11.56, em carreira cujo posto final é o de Capitão, tendo sido atingidos pelo Ato Institucional nº 1, como 3º Sargentos;

2) beneficiaram-se sucessivamente das anistias de 1979 e 1985, tendo sido primeiramente reformados na mesma graduação e, depois, promovidos na inatividade a Subtenentes;

3) julgando-se com direito, requereram, o primeiro, promoções sucessivas, a partir da data que indica, até o posto de Capitão; o segundo, também nas datas que indica até o posto de 1º Tenente, além das vantagens que especifica, requerimento esse administrativamente indeferido.

Daí porque impetram o presente Mandado de Segurança para obterem judicialmente o que lhes fora negado anteriormente” (fls. 219/220).

As informações da autoridade apontada coatora repousam às fls. 197 *usque* 217.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Na assentada em que foi julgado o MS nº 257-DF, proferi voto-vista no seguinte teor:

“2 — Diz o impetrante o seguinte: (fls. 03/04)

‘O impetrante nasceu em 17.09.1924, incorporou-se no Exército como soldado em 02.02.1942, iniciando assim sua carreira militar. Fez todos os cursos “CRAS” e outros, e exigências técnicas para galgar todas as graduações e postos exigidos por leis militares e ainda se especializou no curso de Paraquedismo, possuindo o Curso de Mestre do Salto. Foi Cabo, 3º Sgt., 2º Sgt., 1º Sgt. e em 30.09.1957 foi promovido à graduação de Subtenente.

Sua vida militar foi uma das mais dignas, sempre elogiado pelos seus Comandantes, teve mais de 50 elogios. Como cidadão fez doações de sangue a seus semelhantes. Possuidor de curso científico (conforme suas alterações DOC. fls 30/71) já na época e instrução universitária (cursos de relações humanas, liderança, psicologia profunda, sociologia, relações públicas, ciências sociais).

Com o primeiro de abril de 1964 foi reformado proporcionalmente ao tempo de serviço pelo Ato Institucional nº 1, na graduação de Subtenente, sendo um dos Subtenentes mais jovens do Exército, tinha a idade de 40 anos, com estabilidade assegurada pela Constituição.

Quando jovem serviu na zona de guerra, na sua juventude daria a vida salvar a Nação, por uma Lei Especial foi-lhe assegurado uma promoção no momento em que fosse reformado.

Não respondeu IPM, não foi denunciado na Justiça Militar, não respondeu investigação sumária exigida pelo ato e pelo Decreto 53.897, de 24.04.64, não teve qualquer julgamento com direito a defesa, estava no comportamento excepcional, se não fosse a perseguição política. Sua brilhante carreira militar conquistada através de concursos, suas aptidões físicas, moral, profissional e técnica, que prestou à Nação foi arbitrariamente interrompida, causando sérios prejuízos morais perante sua vida civil e familiar, pelo abalo moral, psíquico e patrimonial irreparável. Ato nulo de pleno direito.

Sua carreira militar foi deixada pela metade, seu objetivo de vida inacabado, seus cursos, concursos, exigidos pelas leis militares, todos estes esforços físicos, intelectuais, foram frustrados. Preenchia e preenche todos os requisitos que assegura o posto de Capitão no QAO e que ficaram prejudicados, determinados pelas Leis 3.222, de 21.07.57, e Decreto 42.251, de 06.09.57. Possui o CAS desde 1948 (DOC. fls 28).

Com a Lei 6.683/79, foi anistiado, não lhe concedera o status da promoção assegurada por direito adquirido pela Lei

1.156/50, só os proventos e lhe transferiram para a reserva remunerada na graduação de Subtenente e lhe concederam como tempo de serviço 40A 01M 02D (DOC. fls. 72).

Com a EC 26/85, que assegurou as promoções como se na ativa estivesse permanecido, não recebeu nenhuma promoção e nenhum benefício, novamente negaram o seu direito adquirido de uma promoção assegurada por Lei Especial nº 1.156/50 aos que prestaram serviço na zona de guerra.

De acordo com a nova Constituição no seu art. 8º do A.D.C.T., que determinou e assegurou as promoções sendo um ato explícito, requereu os benefícios do art. 8º as promoções de 2º Ten. a contar de 25.12.64, promoções sucessivas de 1º Ten., Capitão, a promoção especial de Major, mais de 35 anos, os proventos de TenCoronel, assegurados pelos Estatutos dos Militares e Lei de Remuneração.

Tudo conforme seus paradigmas remanescentes de menor nível hierárquico: (DOC. fls. 73 a 79)

Armando Nelson Moretti — Subtenente 30.09.57

Marcírio de Souza Carpes — Subtenente 30.09.57

Osmar Ramos de Oliveira — Subtenente 31.01.58

Ermelindo Santos Crisa — Subtenente 31.01.58

Francisco da Costa Brandão — 1º Sgt. 30.09.55

José Ferreira Guina — 1º Sgt 30.06.59

Alberto Alvim — 1º Sgt. 28.02.58

Israel de Souza Peixoto — 1º Sgt. 28.02.58

Tito Wilson Lobo da Silva — 1º Sgt. 28.02.58

Cita e prova que (DOC. fls. 80 a 86):

Armando Nelson Moretti — 2º Ten. 25.12.63

Marcírio de Souza Carpes

Osmar Ramos de Oliveira 2º Ten. 25.05.64 1º Ten.
25.04.66 Capitão 25.04.69

Benedito Gouvea Filho mudou de QM, foi para o Quadro de Dentista 1º Ten. 25.12.60 Capitão 25.12.63

Alberto Alvim 2º Ten. 25.04.65 1º Ten. 25.04.67 Cap.
25.12.72

Israel de Souza Peixoto 2º Ten. 25.08.65 1º Ten. 25.08.67
Cap. 25.08.73

Tito Wila Lobo da Silva 2ª Ten. 25.08.65 1º Ten.
25.08.67 Cap. 25.05.73.

José Ferreira Guina 2º Ten. 25.12.64 1º Ten. 25.12.68
Cap. 25.04.72

Francisco da Costa Brandão 2º Ten. 25.04.65 1º Ten.
25.04.67 Cap. 25.08.72

Ermelindo Santos Grisa 2º Ten. 25.04.63.'

3 — Vale mencionar os termos do pedido do impetrante:
(fls. 23/24).

‘1) As promoções de 2º Tenente a contar de 25.12.64, 1º Tenente a contar de 25.12.68 e Capitão 25.04.72, de acordo com a Lei 3.222/57 e o Decreto 42.251/57, de conformidade com seus paradigmas que foram promovidos nestas datas.

2) Ao status da promoção de Major assegurado por Lei Especial nº 1.156/50, porque serviu em zona de guerra — Esta promoção é assegurada no momento de sua transferência para a reserva.

3) O tempo de serviço como determinam os Estatutos dos Militares que estava em vigor na época — Lei 5.774, de 23.12.71 — arts. 139-140 e 141.

ART. 140 — Tempo de serviço é o espaço de tempo computado dia a dia entre a data de incorporação e a data-limite estabelecida para a contagem ou a data do desligamento do efetivo serviço, mesmo que tal espaço de tempo seja parcelado.

O Impetrante ingressou em 02.02.1942 — nasceu em 17.09.1924. “O único requisito exigido idade de permanência em atividade” — conforme art. 102, *b* — Capitão — 56 anos. A compulsória o atingiria em 17.09.80 — 38A 07M 15D.

ART. 141 — V — tempo relativo a férias não gozadas, contado em dobro.

02A 00M 00D — já assegurado pela Lei 6.683/79, já incorporado em seu patrimônio.

TOTAL — 40A 07M 15D

4) São direitos dos militares, Lei 5.774:

ART. 54 — II — a percepção de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior ou melhoria da mesma, quando, ao ser transferido para a inatividade, contar mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se oficial, e mais de 30 (trinta) anos de serviço, se praça.

“a” — a estabilidade, quando praça com 10 (dez) anos ou mais anos de tempo efetivo de serviço.

5) Conforme o art. 57 c/c a Lei de Remuneração Geral nº 5.787, de 27.06.72.

5.1 Provento integral do posto imediato, ou seja, Ten-Coronel.

Porque Capitão situação normal — tem direito da promoção especial da Lei 1.156/50 — Major.

Ter mais de 35 anos — o direito do benefício da melhoria do soldo imediato que é Ten-Coronel.

5.2 Gratificação de tempo de serviço, arts. 19 e 20 da Lei 5.787 — tem o direito a 8 (oito) quinquênios, ou seja, 40%.

5.3 I.Hab.Mil. — Decreto 96.877, de 29.09.88 — art. 1º, III — elevado para 110%.

5.4 I.Adic.Inat. — Decr. 96.877, de 29.09.88, art. 10, I — 5% (cinquenta e cinco por cento) quando o tempo computado for de 40 (quarenta) anos.

5.5 In.Comp.Orgânica — 10/10 de 40% do soldo do posto de Capitão — arts. 63 e 68 da Lei 5.787. Como o Impetrante serviu no Núcleo de Paraquedismo e sendo Mestre de Salto é beneficiário da gratificação.'

4 — O ilustre Relator Ministro Garcia Vieira deferiu em parte o mandado de segurança, para o fim de conceder as promoções até o posto de Capitão com efeitos financeiros a partir da impetração.

5 — Já o Ministro Vicente Cernicchiaro acompanhou o Relator acrescentando que os efeitos financeiros se contam a partir da promulgação da Constituição de 1988.

6 — A impetração está bem instruída.

7 — No precedente de minha lavra a que se refere o impetrante, procurei objetar o alcance daquele ato, porque, como já disse, o art. 8º, do ADCT, não é norma e nem preceito é um ato constitucional.

8 — O voto que expressei naquela oportunidade foi buscando o alcance do artigo e, agora, neste voto-vista, diante das preocupações da autoridade impetrada, fui buscar os precedentes do Tribunal acerca da interpretação dada ao art. 4º, da Emenda Constitucional 26/85, sobretudo porque a ela aludem as informações e o Ministério Público Federal.

9 — Ao volver sobre este tema se fez necessário conferir se havia repetição de mandados de segurança com os mesmos impetrantes, buscados no arquivo do Tribunal e nos precedentes citados.

10 — Mas não encontrei duplicidade de pedidos, ao passo que verifiquei já existir no Tribunal interpretação fixada ao art. 4º, da EC 26/85, daí porque inicialmente faço transcrever o seu teor:

‘Art. 4º. É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no *caput* deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

§ 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.’

11 — Quanto a esta norma, o Plenário do Tribunal fixou-se o alcance do § 3º, do art. 4º, da EC 26/85 nas coordenadas básicas de que ali não se conferiu “aos anistiados mais direitos do que antes possuíam” e que “não se previu aí a promoção dos beneficiados pela anistia ao posto ou graduação que poderiam atingir se estivessem em atividade, e sim aquilo a que teriam direito, se não houvessem sido transferidos para a reserva.”

12 — Fixou-se essa tese a partir do julgamento do MS 115.109-DF, *in* DJ 15.10.87, no qual acentuou o Relator que:

‘No mérito, penso que a interpretação dada ao § 3º do artigo 4º da Emenda 26/85, pela digna autoridade impetrada, está correta.

Estavam, ambos, na reserva remunerada com a graduação de 3º Sargento. Após a referida Emenda Constitu-

cional, por aplicação da anistia, foram parcialmente atendidos em sua pretensão, tendo sido contemplados, com escala sobre as graduações intermediárias, a Subtenentes. Daí por diante, para ingresso no Quadro Auxiliar de Oficiais (QAO), teriam os impetrantes que preencher os requisitos previstos nos regulamentos vigentes, como consta expressamente da ressalva constante da parte final do § 3º do art. 4º da Emenda Constitucional em exma. Entre esses requisitos, o Regulamento aprovado pelo Dec. 90.116, de 29.8.84, alterado pelo de nº 92.962, de 21.7.86, estipula o critério de merecimento e a idade máxima de 53 anos, 11 meses e 29 dias, na data da promoção. Note-se que essas exigências já constavam do Dec. 90.116/84, art. 4º, anterior à anistia, seja quanto ao merecimento, seja quanto à idade, ainda mais reduzida.

O segundo impetrante, OSVALDO SILVA, atingiu a idade-limite em 13.8.85 (fls. 90). E, com relação a ambos, “se estivessem em serviço ativo” (exigência expressa da Emenda Constitucional), seria imprescindível para o ingresso no Quadro Auxiliar a apuração do merecimento, por critérios regulamentares, aferidos na esfera administrativa, a qual não pode ser simplesmente suprimida ou substituída pelo Poder Judiciário.

Não tinham, pois, se na ativa, direito líquido e certo às promoções até o posto de Capitão, no Quadro Auxiliar de Oficiais. Como a anistia concede-lhes somente “as promoções... ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo” (§ 3º do art. 4º da EC 26/85), a conclusão a que chego é que, por via de consequência, não se lhes conferiu, com a anistia, mais direito do que antes possuíam. Em outras palavras: se antes não possuíam direito líquido e certo ao ingresso no Quadro de Oficiais, continuam nessa mesma situação, após a anistia.

Diferente seria se tivessem sido colhidos pela punição quando já preenchidas as condições regulamentares para a promoção, o que não é o caso, como se demonstrou.

13 — Nessa linha, o impetrante deveria à data da punição estar preenchendo as condições regulamentares para a promoção, interpretação portanto restritiva.

14 — Agora, por outro lado, se faz mister que transcreva o disposto no art. 8º e § 1º, do ADCT, para confronto, a fim de que se possa verificar se a interpretação a ser dada ou a firma-

da no precedente de que fui Relator se ajusta à “medida de interesse público, editada por generosa inspiração política e jurídica, para assegurar a paz social, apagando da memória do País fatos, considerados delituosos, em determinado momento histórico-condicionado. Assim, quer na esfera administrativa, quer na aplicação judiciária, as leis de anistia devem ter a interpretação mais ampla possível para que suas normas assumam adequação, eficácia e grandeza” in AC 83.735-RJ, in DJ 28.02.85, *apud* voto Min. Carlos Velloso, no MS 113.488-DF, in DJ 19.09.88.

15 — Como disse antes o texto constitucional do art. 8º, do ADCT, é do seguinte teor:

“Art. 8º É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 1º O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.”

16 — Do texto, fazendo o confronto com o da EC 26/85, art. 4º, e a interpretação fixada pelo Tribunal, vislumbro que o art. 8º, do ADCT, contém uma pequena parte do alcance daquela norma restritiva, ao passo que esta é ampla e consagra em si mesma a própria natureza de ato administrativo.

17 — A atual disposição constitucional não é restritiva, é ampla e não sambarca a interpretação fixada pelo Tribunal nos precedentes de que mencionei.

18 — Mantenho o meu entendimento que espousei no MS 109-DF, in DJ 02.10.89, que foi nessa linha.

19 — A teor do art. 8º, do ADCT, a anistia é concedida a todos aqueles que foram atingidos por atos de exceção, institucionais ou complementares em decorrência de motivação exclusivamente política.

20 — Esse ato constitucional, porque assim entendo, afirma que ficam “asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo”.

21 — A clareza do ato não deixa dúvidas acerca do direito às promoções do impetrante.

22 — Verifico que existem as seguintes categorias de militares: a — militar da ativa; b — militar da reserva remunerada e c — militar na inatividade.

23 — A autoridade impetrada afirma que a promoção haveria de proceder a aferição de certos requisitos objetivos e subjetivos, além do curso de formação de Sargentos.

24 — O art. 8º, do ADCT, que concede a anistia, asseguradas as promoções na inatividade ao posto “a que teriam direito se estivessem em serviço ativo”, acrescenta que há necessidade de serem “respeitadas as características e peculiaridades das carreiras e observados os respectivos regimes jurídicos.”

25 — Entendo que é melhor verificar o alcance dessas expressões constantes do artigo 8º, que no seu todo, quer dizer que a anistia é concedida, está concedida, e ficam asseguradas as promoções na inatividade ao posto, graduação ou cargo, só que o artigo colôca três condicionantes ao serem dadas as promoções, quais sejam, ao serem realizadas ditas promoções não de ser respeitadas as características da carreira; não de ser respeitadas as peculiaridades da carreira; e há de ser observado o regime jurídico da carreira.

26 — Pois, para isso, há necessidade que a autoridade impetrada ao fazer as promoções na inatividade observe as características, as peculiaridades e o regime jurídico da carreira do militar na inatividade e só, nada mais.

27 — A autoridade administrativa pelo conteúdo do art. 8º, do ADCT, está impedida de trazer ou invocar normas das carreiras dos militares da ativa ou da reserva remunerada, para serem aplicadas aos militares na inatividade.

28 — Ao obedecer as características, as peculiaridades e o respectivo regime jurídico, se o impetrante, estivesse na atividade as promoções ao posto de Capitão se dariam pelo critério objetivo de antigüidade e cursos de formação e pelo critério subjetivo de merecimento e escolha.

29 — No caso o impetrante esteve fora da carreira militar por força de um ato de exceção, daí não se lhe aplicam as características, as peculiaridades e o regime jurídico atinentes

ao critério subjetivo de merecimento e escolha e ao objetivo de curso de formação, mas aplicando-se-lhe o critério objetivo de antigüidade, por estar na inatividade.

30 — Alude, ainda, o seguinte: “respeitadas as características e peculiaridades das carreiras” e, no caso, a carreira de que fez parte o impetrante é a do Quadro de Acesso, ou seja, o chamado QOA e QOE, que ao máximo os seus postulantes só chegam ao posto de Capitão, por promoção, e na inatividade, com os proventos de Major, acompanhando pois os paradigmas.

31 — Os paradigmas, que para o caso entendo devam ficar bem demonstrados, foram apresentados e delineados pelo impetrante, pois, assim já me manifestei no MS 109-DF, *in* DJ 02.10.89.

32 — Por outro lado, o § 1º desse artigo assegura os efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição de 1988.

33 — Ora, esses efeitos financeiros são aqueles decorrentes das promoções.

34 — As vantagens a que fez jus são apenas aquelas advindas das promoções e não genericamente como quer o impetrante”.

Não discrepa do precedente trazido à colação, o presente pedido. As razões são as mesmas, e assim, defiro a segurança tão-somente para assegurar aos impetrantes as promoções aos postos pleiteados, restritas as vantagens inerentes às promoções, com efeitos financeiros a partir da promulgação da CF de 1988.

É como voto.

VOTO — VENCIDO

O EXMº SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Senhor Presidente, *data venia* do Eminentíssimo Ministro-Relator e dos Eminentíssimos Ministros que o acompanharam, denego a segurança, nos termos do voto que proferi nesta assentada, no Mandado de Segurança nº 299, que teve como Relator o Eminentíssimo Ministro Geraldo Sobral.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, nos termos do voto por mim proferido nesta assentada, no Mandado de Segurança nº 299, de que foi Relator o eminentíssimo Ministro Geraldo Sobral, acompanho o Sr. Ministro Ilmar Galvão.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, *data venia*, denego a segurança, nos termos do voto do Mandado de Segurança nº 299.

EXTRATO DE MINUTA

MS n. 380 — DF — (9026393) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Impetrantes: João Carlos Palma Gordim e outro. Impetrado: Ministro de Estado do Exército. Advogados: Drs. Hélio Gonçalves e outro.

Decisão: “A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus e Vicente Cernicchiaro, deferiu o mandado de segurança” (em 12.06.90 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Geraldo Sobral e Garcia Vieira votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO, em razão da ausência, justificada, do Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 535 — SP

(Registro nº 90.71224)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *José Luiz Penariol*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Juízo de Direito de Palmeira D'Oeste*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogado: *Dr. José Luiz Penariol*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITOS DO ADVOGADO. ESTATUTO DA O.A.B. RECEBIMENTO DE AUTOS FINDOS, INDEPENDENTEMENTE DE PROCURAÇÃO.

Constitui direito do advogado, assegurado por lei, receber os autos dos processos judiciais ou administrativos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias, quando se tratar de autos findos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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 retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de segurança impetrada pelo advogado José Luiz Penariol contra ato do Dr. Juiz de Direito da Comarca de Palmeira D'Oeste-SP, consubstanciado na negativa de vista dos autos do Inquérito Policial nº 10/73, arquivados por decisão judicial.

Lastreou-se a autoridade impetrada, para **negar vista fora do cartório**, no art. 89, XIV, da Lei nº 4.215/63 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), combinado com o art. 40 do Código de Processo Civil vigente.

Alega o impetrante, em suas razões de fls. 39/46, que a vista requerida tem suporte no inciso XVIII, do Estatuto da OAB, que lhe assegura vista, fora do Cartório, pelo prazo de dez (10) dias.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, às fls. 33/36, por votação unânime, denegou a segurança, argumentando que o art. 89, inciso XVIII, da Lei nº 4.215, fora revogado pelo atual Código de Processo Civil.

No seu recurso ordinário, repisa o autor as alegações iniciais.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou nos autos pelo desprovimento do recurso, tendo retificado oralmente seu parecer na sessão de julgamento.

Passei, então, a reestudar o assunto.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: O despacho denegatório indeferiu a pretensão porque o requerente “não é procurador de nenhuma das partes envolvidas neste findo inquérito policial, por isso não poderá retirar os autos de Cartório. Terá direito a examiná-los em Cartório, podendo copiar peças e tomar apontamentos (art. 89, XIV, da Lei 4.215/63 c/c art. 40 do CPC) — fls. 12-v.

A questão deixa certa dúvida e enseja controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência.

Rendo-me, porém, até por amor à coerência, diante de pronunciamento recente desta Turma, à tese do advogado impetrante.

Com efeito, em sessão de 18 de março último, decidimos, à unanimidade, no Recurso em Mandado de Segurança nº 126-SP:

“O art. 89, XVIII, da Lei nº 4.215/63, não foi revogado pelo art. 40 do CPC. Continua em plena vigência.

Dou provimento ao recurso para assegurar ao advogado o direito de ter vista de autos findos fora do Cartório” (Min. Peçanha Martins).

A hipótese, como se vê, não é a do inciso XIV — **examinar** os autos de processos findos ou em andamento — mas a do inciso XVIII: receber os autos referidos no inciso anterior (processos judiciais ou administrativos, de qualquer natureza), mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias, quando se tratar de autos findos.

Em tal hipótese, o requerimento não poderia ser indeferido sob pena de ferir direito garantido por disposição de lei.

Realmente, o art. 40, do Código de Processo Civil em vigor, não disciplinou a espécie, até porque não tratou de inquéritos ou processos criminais.

Por isso é que, melhor examinando a matéria, dou provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Presidente): Dou provimento ao recurso, para aplicar rigidamente a regra do Estatuto dos Advogados.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 535 — SP — (90.71224) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: José Luiz Penariol. T. Origem: Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo. Impdo.: Juízo de Direito de Palmeira D'Oeste. Recdo.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Adv.: Dr. José Luiz Penariol.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 05.08.91 — 2ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 557 — AM
(Registro nº 9000078032)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrentes: *Jerônimo José Sá Peixoto Pinheiro e outros*

Impetrado: *Governador do Estado do Amazonas*

Advogado: *José Paiva de Souza Filho*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DEMITIDOS COM BASE EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO, AO FATO, PENALIDADE MAIS GRAVE DO QUE A CONSIGNADA NA LEI. IMPOSSIBILIDADE.

Os elementos fáticos devidamente comprovados e complexas questões jurídicas não afastam o cabimento do Mandado de Segurança.

É nulo o Ato demissório que não contém a menção expressa da causa da sanção e seu fundamento legal, consoante dispõe a Lei de regência (art. 102 do Estatuto dos Funcionários do Estado da Amazônia).

O ato punitivo, ainda que na esfera administrativa, deve observar, estritamente, a cominação expressamente prevista na Lei, não podendo, o funcionário faltoso, ser punido com pena disciplinar mais grave do que aquela aplicável ao caso específico e correspondente à falta (ou ilícito) praticada.

Recurso provido para conceder a Segurança.

Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade conceder a segurança, sendo que o Ministro GARCIA VIEIRA a concedeu em menor extensão, isto é, com efeito financeiro somente a partir da impetração. Na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra o Exmo. Sr. Governador do Amazonas, que demitiu os impetrantes JERÔNIMO JOSÉ PEIXOTO PINHEIRO, JOSÉ VICTOR SANTANA e VICENTE CORRÊA DE SOUZA, por terem participado de greve, com base em inquérito administrativo.

O Tribunal *a quo* denegou a segurança (folhas 167/172) afirmando que o mandado requeria exame dos elementos fáticos do inquérito, donde o direito dos autores não seria líquido nem certo, além de que o fato de existir o inquérito descaracterizaria possível ilegalidade.

Admitido o recurso ordinário, vieram os autos a este Superior Tribunal de Justiça, opinando a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo improvimento do recurso (folhas 196/197), considerando, em síntese, não haver direito líquido e certo dos impetrantes.

Ainda o parecer apontou o fato de não ter havido intimação da autoridade recorrida e do Ministério Público Estadual para manifestarem-se acerca do recurso, o que foi sanado com a devolução dos autos ao Tribunal de origem.

Com a transferência do primitivo relator, o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, vieram-me os autos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Entendo a questão, *venia concessa*, diversamente do ilustre representante do Ministério Público Federal.

Os impetrantes alegam na peça exordial, em rápido resumo, o seguinte:

a) o próprio inquérito administrativo que serviu de base para sua demissão pela autoridade impetrada concluiu que os fatos que se lhes atribuíram não eram graves o suficiente para ensejar a pena de demissão, mas apenas a de suspensão (folhas 80/81), bem como que não houve prejuízos ao Poder Público;

b) a decisão do Secretário de Estado da Administração (folha 158), agravando a conclusão da Comissão de Inquérito de suspensão para demissão, baseou-se no Decreto-lei nº 1.632/78, sendo por consequência abrangido, o ato demissório, pela anistia deferida pelo artigo 8º, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

c) os atos de demissão contêm vício formal grave (folhas 93/94), por não conter a menção expressa da causa da sanção e seu fundamento legal, exigidos pelo artigo 102 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Amazonas;

d) os fatos que motivaram a demissão — participação em greve ou seu incitamento — não são previstos no aludido Estatuto como causa de desligamento, mas apenas de suspensão.

Postos os fatos e os argumentos dos autores, cabe de pronto afastar o fio condutor do acórdão recorrido, de que não há direito líquido e certo na hipótese. Ora, o direito dos impetrantes é o de permanecerem nos respectivos cargos e não serem demitidos senão com base na lei, o que entendo não ter ocorrido.

O fato de a exata compreensão do litígio, em sede de mandado de segurança, demandar o exame de elementos fáticos ou complexas questões jurídicas não desfigura o cabimento do *mandamus* nem o direito líquido e certo.

Superada a alegação, examina-se a legalidade dos atos guerreados. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Amazonas dispõe em seu artigo 150 (folha 97):

“Art. 150 — Ao funcionário é proibido:

XVI — Incitar greves ou delas participar ou praticar atos de sabotagem contra o serviço público;”

Em seguida vem o artigo 159, *caput* (folha 98), com a seguinte dicção:

“Art. 159 — A pena de suspensão, que não excederá a noventa dias, será aplicada em casos de falta grave ou de reincidência.”

Por fim, tem-se o artigo 161, nestes termos (folha 99):

“Art. 161 — A pena de demissão será aplicada nos casos de:

XII — Transgressão de quaisquer dos itens IV, V, VI, VII e IX do artigo 150.”

Vê-se pois claramente que os fatos atribuídos aos impetrantes não estão capitulados como ensejadores da sanção demissória. Sendo administrativo o ato de afastamento dos servidores, está evidentemente sujeito ao princípio da legalidade, de sorte que não poderia exorbitar dos limites traçados no estatuto do funcionalismo, pena de nulidade.

No caso vertente inda mais a legalidade ressalta-se, por ter a Comissão de Regime Disciplinar unanimemente concluído que a falta praticada pelos indiciados “não trouxe prejuízos ao Poder Público” e que foi grave “mas não tanto que possa autorizar a pena máxima” (folha 81). Mostra-se pois arbitrário o ato da autoridade que exorbitou da previsão legal e desconsiderou a conclusão do processo que o instruiu.

Há ainda o vício formal de que os atos de demissão não mencionam expressamente seu fundamento legal, em oposição ao artigo 102 do Estatuto.

Por último, o despacho do Secretário de Administração que agravou o resultado da Comissão Disciplinar e que fundamentou a decisão do Exmo. Sr. Governador do Amazonas (folha 158) arrimou-se no artigo 6º do Decreto-lei nº 1.632, de 04 de agosto de 1978. Ocorre que o artigo 8º, § 5º, das Disposições Constitucionais Transitórias, anistiou os servidores públicos civis e os empregados em todos os níveis de governo que foram demitidos em decorrência do citado decreto-lei. Porém, mesmo que não houvesse tal anistia, continuaria nulo o ato, pelas razões já expendidas.

Em face do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para conceder a segurança, nos termos do pedido.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Concedo o mandado de segurança para anular o ato, como o Eminentíssimo Ministro-Relator está concedendo, mas com os efeitos financeiros somente a partir da impetração.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 557 — AM — (9000078032) — Rel.: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Jerônimo José Sá Peixoto Pinheiro e outros. Impdo.: Governador do Estado do Amazonas. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Adv.: José Paiva de Souza Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a segurança, sendo que o Ministro Garcia Vieira a concedeu em menor extensão, isto é, com efeito financeiro somente a partir da impetração.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Gomes de Barros, Pedro Acioli e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 582 — SP

(Registro nº 90.8600-0)

Relator: *Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrentes: *Auto Ônibus Soamin Ltda. e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impetrados: *Secretário da Habitação e Desenvolvimento Urbano do Estado de São Paulo, Presidente da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A — EMTU-SP*

Recorridos: *Fazenda do Estado de São Paulo, Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A — EMTU-SP*

Advogados: *Aires Fernandino Barreto e outros, Anadil Abujabra Amorim Mendonça Alves e outro*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSIONÁRIAS DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA INSTITUÍDA PELA RESOLUÇÃO SHDU-42, DO SR. SECRETÁRIO DE HABITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO URBANO DO ESTADO DE SÃO

**PAULO. TAXA. PREÇO PÚBLICO. TARIFA. DIFEREN-
CIAÇÃO. PODER DE POLÍCIA. CONTRATO ADMI-
NISTRATIVO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA
EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.**

Alegação de tratar-se de retribuição pecuniária aos serviços prestados pela EMTU, os quais possuem natureza contratual e configuram preço público ou tarifa. Improcedência da alegação. Natureza tributária da malsinada cobrança que, para sua legalidade, somente poderia ser instituída por lei.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Permissionárias de transporte coletivo de passageiros na região metropolitana de São Paulo, empresas qualificadas na inicial, impetraram segurança contra ato do Sr. Secretário de Habitação e Desenvolvimento Urbano, consistente na Resolução SHDU-42, de 23.05.89, via da qual instituiu-se a cobrança, pela Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo, de determinada importância, a ser paga pelas empresas operadoras do sistema de transporte coletivo regular de passageiros por ônibus, bem como das empresas operadoras dos serviços metropolitanos de transporte coletivo, por fretamento, pelos serviços de gerenciamento a elas prestados, tudo em consonância com o art. 1º da citada Resolução, cujos dispositivos reproduzo, *verbis*:

“... Artigo 1º — A Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S.A. — EMTU-SP, cobrará das empresas operadoras do sistema de transporte coletivo regular de passageiros, por ônibus, na Região Metropolitana de São Paulo, bem como das empresas operadoras dos serviços metropolitanos de transporte coletivo por fretamento, pelos serviços de gerenciamento.

Artigo 2º — O valor dos serviços a que se refere o artigo 1º será estabelecido pela EMTU-SP, por empresa operadora, calculado conforme a dimensão e idade de sua frota cadastrada, com base nos valores mensais por veículo, estabelecidos no Anexo Único integrante desta Resolução.

Artigo 3º — As normas relativas à forma de pagamento dos serviços a que se refere esta Resolução serão expedidas pelo Presidente da EMTU-SP.

Artigo 4º — Os valores mensais por veículo, estabelecidos no Anexo Único desta Resolução, poderão ser alterados periodicamente, mediante publicação na Imprensa Oficial do Estado.

Artigo 5º — A presente Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”
— fls. 403.

Aduziram as impetrantes que o Sr. Presidente da EMTU, em complemento à referida Resolução, expediu Carta Circular estabelecendo a forma e época de cobrança, que taxam de tributo, além de multas e juros por atraso, reservando-se no direito de apropriar-se dos valores em mora descontando-os de créditos que porventura tivessem junto a essa empresa, inclusive pela remissão de passes, vales-transportes ou bilhetes, emitindo e encaminhando os documentos relativos à cobrança, bem como dos encargos acessórios.

Sustentaram, em síntese, ser inconstitucional e ilegal o ato impugnado, porquanto a malsinada cobrança caracteriza-se como tributo, pelo que não podia ter sido criado com inobservância dos princípios da legalidade e da anualidade.

A liminar foi concedida (fls. 496), prestadas as informações (fls. 506/43 e 545/622), nelas sustentando-se a legalidade da cobrança, ao argumento de tratar-se de retribuição pecuniária aos serviços prestados pela EMTU, os quais possuem natureza contratual e configuram preço público ou tarifa.

Julgando a espécie, a Décima Câmara Civil do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou o *writ*, conforme o seguinte acórdão — lê: (fls. 636/638).

Daí o recurso ordinário de fls. 699/720, reiterando as impetrantes os fundamentos da inicial e acrescentando outros contestando as assertivas do acórdão, bem como trazendo à colação julgado da 18ª Câmara Civil do mesmo Tribunal que, em hipótese análoga, concedeu o *writ* e reputou absurda a cobrança ora questionada.

Parecer, às fls. 639/743, no qual o órgão do Ministério Público Federal, prestigiando a fundamentação do acórdão recorrido, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Refutando a fundamentação do acórdão, asseveram as impetrantes nas razões recursais (fls. 717/720):

“Com efeito, o fato de existir uma região metropolitana criada por lei para prestação de serviços comuns, com poderes de outorgar concessões, permissões e autorizações, ou de existir uma pessoa habilitada para fazê-lo por conta do Estado, não predica logicamente — pois não há relação alguma entre uma coisa e outra — que uma Resolução possa instituir cobrança (que a própria Resolução pejou-se de denominar “tarifa”, preferindo não dar rótulo algum ao pagamento que “inventou”) a cargo dos que efetivamente realizam o transporte coletivo. A “tarifa” devida no caso do serviço de transporte coletivo, como se sabe, é devida pelo usuário do transporte e não pelo transportador! Este não tem que pagar tarifa alguma a quem lhe outorga o desempenho do serviço por concessão, permissão ou autorização.

Em segundo lugar, chega a ser rebarbativo que o v. acórdão, ao caracterizar a atividade da EMTU, **haja enunciado exata e especificamente as características definidoras do Poder de Polícia**, para dizer que, bem por isso (?), não se estava perante Poder de Polícia, mas perante serviço público (cujos traços tipificadores são precisamente antitéticos aos que enunciou!).

Com efeito, o v. acórdão asseverou — corretamente, aliás, pois está na lei — que a EMTU “articula”, efetua “vistorias” e “inspeções” no serviço e que é esta a atividade por ela desenvolvida. Ora, é de conhecimento universal que efetuar “vistorias”, “inspeções”, condicionar a liberdade de atuação alheia, isto é, “articulá-la”, constitui-se exata e precisamente em exercer o chamado “Poder de Polícia”. Fiscalizar supõe observar, inspecionar, vistoriar, examinar, o que de resto, demanda inúmeras vezes análises **técnicas**, aferições, averiguações efetuadas com o auxílio de **técnicos** e especialistas nos mais diversos campos. Por outro lado, a forma mais típica de “condicionar o exercício da liberdade e da propriedade (que é a própria característica essencial do poder de polícia), expressa-se bem pela palavra “articular”, ou seja, regular de maneira entrosada o exercício da liberdade de outros sujeitos.

Assim, é de causar verdadeiro estupor que o v. acórdão haja enunciado praticamente a definição do que é entendido como atividades de “polícia”, ao caracterizar as competências da EMTU a fim de concluir que, por isso mesmo, não estava em causa atividade de polícia, mas, opostamente, a de serviço público!

Tem-se poder de polícia quando o Estado disciplina a conduta alheia e afere se tal conduta está e se mantém desenvolvida em afinamento com as prescrições estabelecidas. Tem-se serviço público quando o Estado oferece utilidade ou comodidade material à coletividade, ao público (serviço público) que dela se serve, se quiser. Neste caso, pelo serviço ofertado ao público, irá cobrar “tarifas”, que correspondem à contrapartida que os usuários pagarão ao prestador daquela comodidade ou utilidade pelo serviço que lhes está prestando. No caso, *in tela*, os permissionários de ônibus é que estão prestando o serviço de transporte. Os usuários do serviço prestado são os passageiros, que devem versar tarifas às empresas de ônibus. Estas, desde logo, NÃO SÃO O PÚBLICO NEM RECEBEM UTILIDADE OU COMODIDADE MATERIAL ALGUMA DA EMTU. O que recebem da EMTU são prescrições que condicionam suas liberdades de agir e sofrem inspeções, vistorias e até eventualmente sanções, tudo tendo em vista a que se mantenham ajustadas às prescrições impostas. Isto não é prestar “serviço”. Pelo menos

não o é tecnicamente. Mas se a EMTU presta serviço a alguém é ao Estado, pois o substitui em tarefa a que este competiria, caso não houvesse irrogado ditas atribuições de polícia a EMTU.

Assim, não vem ao caso a invocação, feita pelo acórdão, do art. 69 da anterior Constituição estadual. Entretanto, menos ainda vem ao caso a referência ao art. 159 da atual Constituição do Estado. Nem se sabe porque foi mencionado já que nele se trata de “preço público” (correspondente, pois, a atividade industrial ou comercial do Estado, não a serviço público), assunto, portanto, absolutamente estranho à tarifa.”

No memorial que apresentaram, cuja juntada, por linha, determinei aos autos, as impetrantes aduzem as seguintes considerações (fls. 2/3):

“É óbvio, portanto, que a cobrança “instituída” pela Resolução SHDU-42 apresenta-se, *prima facie*, como verdadeira aberração jurídica, afrontosa a comezinhos princípios do Estado de Direito. Foi o que a ora recorrente então alegou, estribada não só nas razões aduzidas, mas também no fato de que a “hipótese de incidência” ou “fato gerador” da cobrança seria a prestação de serviços da EMTU às empresas transportadoras, quando, em rigor de verdade, dita empresa, como se pode ver nas próprias atribuições da entidade, NÃO PRESTA SERVIÇO ALGUM às sobreditas empresas, pois tudo que a lei lhe cometeu foi o exercício daquilo que o Código Tributário Nacional define como poder de polícia (art. 78)!”

Após demorada abordagem sobre os conceitos de poder de polícia e serviço público, obtemperam:

“Ora bem, são exata e precisamente do tipo e natureza aludidos os atos que foram cometidos à EMTU-SP. O que é o “gerenciamento”, a que aludiu o acórdão, senão a expedição de prescrições, de injunções, para o ajustamento dos serviços prestados pelos permissionários e “autorizados” às pautas estabelecidas pela EMTU, ou seja o condicionamento de suas liberdades de atuação às regras e atos concretos que lhes são impositivamente dirigidos e a fiscalização de sua obediência às sobreditas imposições, efetuada através de vistorias e inspeções para mantê-los assujeitados aos termos que a EMTU-SP estabelece, sob pena de sanções (ou seja: atos modelarmente expressivos de “Poder de Polícia!)." — fls. 5/6.

.....

“Assim, não se entende como seja possível confundir os atos postos à alçada da EMTU com prestação de “serviço público”. Deveras, serviço público, ao invés de implicar contenções à liberdade das pessoas, reversamente, se constitui no oferecimento, pelo Estado, a todos os administrados, de comodidades e utilidade materiais reputados em um dado tempo e lugar como necessários ou convenientes à Sociedade e que, por isto mesmo, são por ele assumidos e prestados, sob regime de direito público, diretamente ou através de terceiros os quais investe nos poderes e atribuições necessários para tanto. Enquanto o serviço público “oferece” aos administradores uma atividade material, para que dela possam fruir, substanciando-se em uma prestação, o Poder de Polícia, ao invés disto, limita os administrados, regulamenta, condiciona, examina, fiscaliza, vistoria (vistoriar, evidentemente, é ato de fiscalização) e sanciona: que é exatamente o que a EMTU faz, em relação aos transportadores, de acordo com os atos normativos invocados pela Resolução como seus fundamentos.

O serviço público se constitui em uma prestação de atividade material (como fornecimento de água, luz, gás, telefone) e proporciona diretamente uma utilidade ou comodidade pública, isto é, como fruto imediato da atividade desempenhada, pois é nela mesma que reside a utilidade ou comodidade que se propõe a produzir. O Poder de Polícia, inversamente, produz utilidade pública de modo indireto, mediato, pois a utilidade pública emerge como fruto do ajustamento da conduta de outrem às pautas de conduta nele estabelecidas. Assim, do ponto de vista técnico-jurídico, são absolutamente inconfundíveis serviço público e poder de polícia administrativa.

A EMTU não presta serviço público e muito menos às empresas transportadoras de passageiros. O que faz é policiar a atividade de tais empresas. Estas sim (e não a EMTU) é que prestam serviço público, sob regime de permissão ou autorização e sob as diretrizes e fiscalização da EMTU. O serviço público amplia o campo de benefícios que alguém pode colher, pois oferece algo proveitoso ao próprio usuário, algo apetecível para ele, ao menos em tese. O Poder de Polícia, opostamente, restringe-lhe o campo de liberdade, subjugando-o a contenções, a pautas delimitadoras, submetendo-o a aprovações, controles, inspeções, vistorias e ainda o sanciona se desatender ao que lhe é imposto.

Donde, se a EMTU presta “serviço” a alguém (no sentido leigo da palavra e não no sentido técnico jurídico), sê-lo-á à pessoa jurídica Estado de São Paulo, o qual, se não fora pela delegação de poderes feitas à EMTU, teria de exercer diretamente as atividades que lhe cometeu. Então, se alguém deve remunerar tais “serviços”, é o beneficiário; é quem deles aproveita, ou seja, o próprio Estado de São Paulo que, axiomáticamente, representa a coletividade em cujo benefício tais atos seriam praticados.

É pois, absolutamente descabido imaginar-se que a cobrança inventada pelo Executivo para sacar dinheiro das empresas transportadoras de passageiros na região metropolitana possa ser qualificada como tarifa e que, em conseqüência, pudesse ser instaurada independentemente de previsão legal ou do princípio da anterioridade. Tarifa, como se sabe, é a designação dada ao valor que o concessionário ou permissionário cobra do usuário, como contrapartida do desfrute, ainda que potencial, de um proveito que coloca à sua individualizada disposição, consistente na utilidade ou comodidade material a ele proporcionada. Tarifa é a importância que cada qual paga ao concessionário ou permissionário para remunerá-lo por isto.

Assim, as empresas transportadoras de passageiros, se devessem, de direito, pagar algo à EMTU, jamais o seria a título de tarifa. Exigência pecuniária que se lhes fizesse, só poderia ser “taxa” em razão do exercício do Poder de Polícia, isto é, tributo, cuja instituição depende de lei, obedecido o princípio da anterioridade e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Ademais, por se tratar de gravame tributário imposto supervenientemente à fixação da equação econômico-financeira, representaria uma sobrecarga que, causando desequilíbrio dos termos iniciais, demandaria sua restauração, a teor do art. 62, § 5º, da Lei estadual nº 6.544, de 22.11.89, mediante revisão tarifária, pois, na matéria, não poderiam deixar de vigorar os mesmos princípios que se impõem nos contratos administrativos.” — fls. 6/7.

Tenho que razão assiste às impetrantes. Deveras, a manter-se o entendimento do acórdão, pagaria o usuário uma tarifa pelo serviço público de transporte e pagaria o permissionário, seu operador, para ser fiscalizado, controlado, manietado no seu mister. O permissionário apenas substitui o Estado numa de suas obrigações (serviço do poder público), para cujo exercício este último já conta com o custeio oriundo da

arrecadação tributária estadual. Qualquer cobrança a mais há que ser pactuada, contratada previamente, consensualmente, mesmo com a Administração Pública, pois *pacta sunt servanda*.

Ademais, como afirmou o próprio Prof. Dalari, o mister da EMTU mira, exclusiva e principalmente, o interesse público, quando visa à qualidade do serviço. E, se assim, não é preço público, pois, nele, a atividade implica em satisfação do interesse privado (fls. 464 — Eros Grau).

A tarifa, referida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (fls. 536) é, obviamente, aquela cobrada ao usuário pela utilização do serviço, nunca aquela imposta coativamente ao permissionário que faz às vezes do Estado na prestação do serviço de transporte. Por isso, embora concorde-se em que o Estado pode cobrar preço público ou tarifa por um serviço prestado, isto não implica em que tal cobrança se faça tanto do usuário (como no caso da água de que trata o eminente administrativista — fls. 536) quanto do permissionário (como no caso dos autos).

Na própria citação feita de José Afonso da Silva (fls. 538) retira-se que preço público e tarifa são remuneração de serviço público prestado por permissionário. Há que se distinguir entre o serviço público dirigido a interesses difusos e aqueles dirigidos especificamente, como no caso dos autos, em que a Administração tenta **impor** aos permissionários um preço público ou tarifa para que ela organize, controle e fiscalize atividade que lhe incumbia operar. Evidentemente, não há, aqui, prestação de serviço, mas exercício de um poder, o de polícia.

Por isto, inválida e impertinente a observação quanto ao comando constitucional paulista sobre a remuneração dos serviços públicos fazer-se, sempre que possível, por tarifa. A norma da *Lex Legum* Estadual tem endereço conhecido e não abriga a cobrança de tarifa ou preço público pelo próprio Estado quando este já haja transferido seu *munus* via permissão, salvo na hipótese de se haver pactuado a propósito, consensualmente, nunca impositivamente!

A lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (fls. 539), embora lembrada por quem defende a legitimidade da cobrança em comento, aplica-se às recorrentes: **EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO!**

Isto quer dizer que a prestação do serviço público é feita em nome do poder público, “sob condições alteráveis unilateralmente pelo Estado”, só que, além de a tarifa dever-se cobrar ao usuário do serviço público permitido, há a obrigação de manter-se o **equilíbrio econômico-financeiro** inicial, no caso desrespeitada pela Administração quando altera a permissão quebrando aquele equilíbrio.

Por isso, embora o mestre Hely Lopes Mierelles afirme “ser comum nos contratos de concessão de serviço público a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente, a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução dos **ajustes** (veja que há que existir ajuste prévio) a cargo deste último” (fls. 540), nem por isso poderá o Estado (concedente) quebrar aquele equilíbrio, numa imposição *a posteriori* do que foi ajustado. Tanto assim que o mestre é claro em afirmar que tal remuneração é prevista **nos contratos**, cuja natureza jurídica pressupõe consenso, acordo de vontades, nunca imposição *a posteriori*, *manu militari*, ofensiva do já lembrado equilíbrio econômico-financeiro que é a viga mestra de todo o pacto.

Do exposto, ilegal a cobrança impugnada, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 582 — SP — (90.8600-0) — Rel.: Min. Américo Luz. Rectes.: Auto Ônibus Soamin Ltda. e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdos.: Secretário da Habitação e Desenvolvimento Urbano do Estado de São Paulo e Presidente da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A — EMTU-SP. Recdos.: Fazenda do Estado de São Paulo e Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A — EMTU-SP. Advs.: Aires Fernandino Barreto e outros e Anadil Abujabra Amorim Mendonça Alves e outro.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” (2ª Turma — 30.10.91)

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 614 — DF

(Registro nº 90116236)

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

Impetrante: *Hugo Ernesto Wilke Boratto*

Impetrados: *Ministro de Estado da Aeronáutica, Secretário da Economia e Finanças da Aeronáutica, Diretor do Departamento de Administração Imobiliária da Secretaria de Administração da Presidência da República*

Advogada: *Dra. Maria Christina Boratto Braga*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL FUNCIONAL, ADMINISTRADO PELAS FORÇAS ARMADAS. SERVIDOR CIVIL.

I — A jurisprudência desta Corte, a partir do julgamento do MS nº 585-DF, Rel. Eminentíssimo Ministro ILMAR GALVÃO, firmou-se no sentido de que o imóvel funcional, administrado pelas Forças Armadas, regularmente ocupado por servidor civil, em 15.03.90, está abrangido pela autorização de venda prevista no *caput* do art. 1º, da Lei nº 8.025/90, cujo dispositivo deve ser interpretado em consonância com o disposto no seu § 2º, inc. I, e com o art. 5º, § 2º, do Decreto nº 99.266/90, que regulamentou o aludido diploma.

II — Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por HUGO ERNES-

TO WILKE BORATTO contra atos dos Senhores MINISTRO DE ESTADO DA AERONÁUTICA, SECRETÁRIO DE ECONOMIA E FINANÇAS DA AERONÁUTICA e DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO IMOBILIÁRIA DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, objetivando dar curso aos procedimentos administrativos relativos à aquisição do imóvel funcional que ocupa, nesta Capital, na qualidade de servidor civil do Ministério da Aeronáutica.

Aduz o Impetrante, em termos sucintos, que é servidor civil daquele Ministério e legítimo ocupante do imóvel funcional desde 17 de junho de 1981, em decorrência da função de Estatístico que exerceu até 04 de julho de 1990, quando foi posto em disponibilidade; que, embora amparado pela legislação que rege a espécie (Lei nº 8.025/90 e Decreto nº 99.266/90), teve sustado o seu pedido de recadastramento por determinação superior, qual seja, RADIOGRAMA nº 81/GM6/140890, do Gabinete do Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica. Da mesma forma, idêntico entrave ocorreu na Diretoria do Departamento de Administração Imobiliária da SAF-PR, que sustou o encaminhamento à CEF da indicação do imóvel ocupado pelo Impetrante para os procedimentos previstos, isto é, vistoria, avaliação e conseqüente publicação no Diário Oficial da União, para que se efetive a alienação. Por estes motivos, pediu a segurança objetivando ser-lhe assegurado o direito líquido e certo de adquirir o imóvel em referência.

Processado sem liminar (fls. 17), advieram as informações das ilustres autoridades reputadas como coatoras, onde sustentam, em síntese, que houve apenas uma suspensão de encaminhamento de pedidos de recadastramento dos imóveis ocupados por servidores civis, até que a questão seja regulamentada no contexto das Forças Armadas, sem prejuízo para os interessados; que o Secretário não pode ser considerado autoridade coatora, uma vez que o não encaminhamento do formulário se deve ao cumprimento de ato emanado do Sr. Ministro da Aeronáutica que, através da chefia de seu Gabinete, expediu instruções às Unidades sediadas nesta Capital, determinando que o recadastramento de ocupantes de imóveis funcionais de que trata a Portaria nº 219/90 da Secretaria de Administração Federal, deveria ser suspenso até a regulamentação da Lei nº 8.025/90, no âmbito das Forças Armadas. Finalmente, o Sr. Diretor do Departamento de Administração Imobiliária da Secretaria de Administração da Presidência da República ponderou que “na autorização legislativa para a alienação de imóveis residenciais pertencentes à União, situados no Distrito Federal, há diversas exclusões, entre as quais a do art. 1º, § 2º, I, da Lei 8.025, de 12.04.90.

Este dispositivo legal, que não permite a alienação de imóveis residenciais administrados pelas Forças Armadas destinados à ocupação por militares, permaneceu com a mesma redação que tinha na Medida Provisória 149, de 15.03.90.

Nessa parte, o art. 1º, § 1º, c, do Decreto 99.266, de 28.05.90, ao regulamentar a matéria, reproduz literalmente a norma legal, porém esta gerou efeito que não pode ser abolido. Os imóveis administrados pelas Forças Armadas que, na data da Medida Provisória 149, de 15.03.90, não se destinavam à ocupação por militares, não estão compreendidos na exceção que a Lei abre à regra geral da alienação. Portanto, deverão ser alienados e, por conseguinte, os legítimos ocupantes têm direito de adquiri-los, na forma do art. 6º, da Lei 8.025, de 1990.” (Fls. 24).

Instada, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Senhor Presidente, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. José Arnaldo da Fonseca, eminente Subprocurador-Geral da República, deu o correto deslinde à controvérsia, ao assim dispor:

“Cinge-se a questão a saber se os imóveis residenciais administrados pelas Forças Armadas e ocupados por civis estão ou não excluídos da autorização de venda.

Transcrevamos os dispositivos legais e regulamentares atinentes, especificamente, à matéria.

Estabelece a Lei 8.025, de 1990:

“Art. 1º — É o Poder Executivo autorizado a alienar mediante concorrência pública e com observância do Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, os imóveis residenciais de propriedade da União situados no Distrito Federal, inclusive os vinculados ou incorporados ao Fundo Rotativo Habitacional de Brasília — FRHB.

§ 1º —

§ 2º — Não se incluem na autorização a que se refere este artigo, os seguintes imóveis:

I — os residenciais **administrados pelas Forças Armadas, destinados à ocupação por militares;**

II — os destinados a funcionários do Serviço Exterior, de que trata a Lei nº 7.501, de 27.06.86;

III — os ocupados por membros do Poder Legislativo;

IV — os ocupados por Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, pelo Procurador-Geral da República, pelos Subprocuradores-Gerais do Ministério Público Federal, do Trabalho e Militar e pelo Procurador-Geral do Tribunal de Contas da União, salvo sua expressa manifestação em contrário, no prazo de vinte dias a partir da data da publicação desta lei;

V — os destinados a servidores no exercício de cargo ou função de confiança que sejam considerados, pelo Poder Executivo, indispensáveis ao serviço público.

Parágrafo único. Os imóveis a serem destinados aos servidores a que se refere o inciso V deste artigo serão escolhidos dentre aqueles que estiverem vagos à data da vigência da Medida Provisória 159, de 15 de março de 1990, ou vierem a vagar por devolução espontânea ou desocupação judicial.” (grifos não constantes da Lei).

O Decreto 99.266/90, ao regulamentar o mencionado diploma legal, assentou no art. 1º, § 2º:

“Art. 1º —

§ 2º — Incluem-se entre os imóveis a serem vendidos os administrados pelas Forças Armadas, ocupados por servidores civis.”

Os preceitos em comento inexigem maior esforço ou elocução para se extrair a conclusão de que o § 2º, do art. 1º, do Decreto 99.266/90, não extrapola dos limites da norma regulamentada. Singela interpretação literal do inciso I, § 2º, do art. 1º, da Lei 8.025/90, combinado com o § 2º, do art. 1º, do citado Decreto nº 99.266/90, leva-nos ao entendimento de que a exclusão de venda incide nos residenciais administrados pelas Forças Armadas, desde que ocupados por militares. O ato regulamentar, qual é da sua índole, explicitou apenas o dispositivo legal a fim de ensejar a sua fiel aplicabilidade.

Não criou direito, por eventual vacuidade da norma regulamentada, nem tampouco rompeu as suas balisas para penetrar em terreno contido no princípio da reserva legal.

A regra geral é a venda de todos os imóveis residenciais do domínio da União. As exceções são as arroladas na lei, que se interpretam restritamente, como o consagram os sistemas jurídicos modernos.

Assim, desde que os imóveis residenciais administrados pelas Forças Armadas não se destinam à ocupação por militares, recai na regra geral da venda autorizada, a que o art. 1º, § 1º, do Decreto nº 99.266/90, tornou manifesto. Para exclusão da venda hão de estar concomitantemente presentes: administração das Forças Armadas e destinação à ocupação por militares.

Ante o exposto, é de se conceder a segurança em ordem a assegurar, e dado que comprovou os requisitos exigidos à habilitação à compra, o andamento dos requerimentos formulados pelo autor de modo a lhe facultar a aquisição do imóvel que ocupava em 15 de março passado.” (Fls. 64/67).

Tenho como irretorquível as duntas ponderações formuladas pelo *Parquet* federal, as quais adoto como razão de decidir, posto que analisou a espécie à luz da legislação que rege a matéria e em perfeita sintonia com a orientação governamental.

Ademais, saliento que a matéria em debate já foi objeto de apreciação quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 585-DF (9098149), na sessão do dia 04 de dezembro de 1990, Relator o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, ocasião em que, por decisão unânime, deferiu-se a segurança.

Isto posto, concedo a segurança.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 614 — DF — (90116236) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Impte.: Hugo Ernesto Wilke Boratto. Impdos.: Ministro de Estado da Aeronáutica, Secretário da Economia e Finanças da Aeronáutica, Diretor do Departamento de Administração Imobiliária da Secretaria de Administração da Presidência da República. Adva.: Dra. Maria Christina Boratto Braga.

Decisão: A Seção, por unanimidade, deferiu o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (em 05.03.91 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus, Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 647 — MG
(Registro nº 90.103843)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrentes: *Jorge Dias e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Impetrado: *Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais*

Recorrido: *Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Drs. Ayrton José Cabral e outro, Francisco Deiro Couto Borges e outros*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS APOSENTADOS. ATO CONCRETO DE AUTORIDADE, QUE NÃO ATINGIU DIREITO DOS IMPETRANTES. DENEGAÇÃO DO PEDIDO.

Se o ato concreto emanado da autoridade, embora empregando nova forma de cálculo da gratificação especial, não reduziu vencimentos e nem violou direito dos servidores, mas lhes aumentou a remuneração, não há como vingar o pedido de segurança.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento, na forma do rela-

tório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de junho de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: JORGE DIAS e outros, funcionários públicos do Estado de Minas Gerais, aposentados na qualidade de ocupantes de cargos integrantes do “Quadro Permanente de Tributação, Fiscalização e Arrecadação”, impetraram mandado de segurança contra a Resolução nº 1.875, de 15.06.89, do Secretário de Estado da Fazenda, que reduziu a gratificação de estímulo à produção individual — GEPI —, já incorporada, por força de lei, aos seus proventos de aposentadoria.

Apontaram os impetrantes diversas causas de ilegalidade e, mesmo, de inconstitucionalidade do ato impugnado:

a) incompetência do Secretário;

b) ofensa ao direito adquirido dos autores ao número de pontos fixados no momento da aposentadoria e que **foi diminuído pela Resolução nº 1.875/89**;

c) ofensa à irredutibilidade de vencimentos.

Afirmaram que, com a vigência desse ato, tiveram diminuído o número de pontos atribuídos na aposentadoria e, embora o valor em moeda não se tenha reduzido, porque aumentou o de cada ponto, não é possível desconsiderar “o prejuízo econômico-patrimonial” e o desvio de finalidade.

O Tribunal de Justiça do Estado, às fls. 75/89, rejeitou as preliminares de inépcia de inicial e de ilegitimidade passiva e, no mérito, denegou a segurança.

Inconformados, recorreram os autores com as razões de fls. 92/104, invocando leis estaduais, segundo as quais as gratificações variáveis, para cálculo dos proventos de aposentadoria, são consideradas pela média das parcelas pagas nos 365 dias imediatamente anteriores à inatividade. No caso específico da GEPI, considera-se a média dos pontos pelo valor vigente no mês do pagamento.

Para demonstrar o suposto prejuízo, reiteram a tese de que se deve manter o número de pontos, mas atribuindo-se a cada um o novo valor determinado pela Resolução.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, preliminarmente, afirma o descabimento do mandado de segurança, porque voltado contra ato normativo em tese e, no mérito, pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, deixo de acolher o parecer do órgão do Ministério Público quanto ao ataque à lei em tese. É que a Resolução em tela teve efeitos concretos e, por isso, cabível a segurança. Os próprios autores afirmam que o número de pontos foi diminuído pela Resolução do Secretário e é o que ficou constatado.

Também quanto à ilegitimidade passiva, sem razão a nobre parecerista, eis que a autoridade dita coatora foi quem efetivamente expediu o ato, assinando a Resolução impugnada, conforme se comprovou.

De mais a mais, as preliminares não mais constituem objeto de irresignação.

No mérito, porém, coloco-me de inteiro acordo com o parecer da Douta Subprocuradoria-Geral da República, quando esclarece que o ato contra o qual se insurgiram os impetrantes, de forma alguma, piorou a remuneração de cada um:

“os recorrentes não demonstram o suposto direito à manutenção do número de pontos estabelecido por ocasião da aposentadoria. Pelo contrário, a legislação estadual invocada manda calcular os proventos com base nos pontos convertidos em moeda (Lei nº 9.532/87, que deu nova redação ao art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 8.178/82, citada a fls. 95). Isso demonstra a intenção do legislador de proteger o valor em dinheiro.

Não houve, portanto, prejuízo nenhum, nem redução de proventos, mas aumento real, porque cresceram, mesmo descontada a inflação, como bem se aponta no acórdão. O que os recorrentes querem, na verdade é novo aumento, mantendo o número primitivo de pontos, mas atribuindo-lhes o valor fixado na Resolução impugnada; ou seja, desejam obter o melhor dos dois mundos.

Note-se, ainda, que os proventos de aposentadoria são globais, não comportando parcelas específicas; e são estabelecidos em moeda corrente, não em número de pontos.

Os recorrentes também não demonstram que lhes tenham sido negados benefício ou vantagem concedidos aos servidores em atividade.

Inexistente, assim, qualquer ofensa à lei ou à Constituição". (Fls. 131/132).

Conheço, pois, do recurso, mas para lhe negar provimento.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 647 — MG — (90.103843) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Rectes.: Jorge Dias e outros. T. Origem.: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Impdo.: Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais. Recdo.: Estado de Minas Gerais. Advs.: Drs. Ayrton José Cabral e outro, Francisco Deiro Couto Borges e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 17.06.91 — 2ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 715 — DF

(Registro nº 9000123887)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Sérgio Xavier de Souza Rocha*

Impetrado: *Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*

T. de Origem: *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*

Advogados: *José Guilherme Villela e Amir Sarti*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. Concurso para o cargo de juiz substituto. Reprovação de candidato por suposta ausência de títulos.

Sendo as provas escritas e orais eliminatórias, e a de títulos apenas classificatória, nos termos do edital do certame, não pode o candidato já aprovado naquelas ser eliminado por esta.

As provas meramente classificatórias destinam-se a determinar a ordem decrescente de conceitos dos candidatos, para fins de nomeação.

O candidato apresentou documentos considerados pelo edital como títulos, não se podendo portanto eliminá-lo por ausência deles.

Por unanimidade, concedida a segurança para a inclusão do impetrante na lista dos aprovados.

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 para conceder a segurança, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): SÉRGIO XAVIER DE SOUZA ROCHA impetrou mandado de segurança contra o DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, que não incluiu o seu nome na lista dos candidatos aprovados no concurso para juiz substituto regulado pelo edital publicado no Diário da Justiça de 15 de agosto de 1988 (folhas 18/19).

Após prestadas as informações (folhas 130/131) e manifestando-se o Ministério Público (folhas 133/137), o Tribunal *a quo* denegou a ordem por maioria de votos (folhas 147/162), considerando que o candidato não apresentara nenhum título à comissão de seleção.

Tempestivamente, o suplicante ajuizou recurso ordinário (folhas 166/188), que contou com parecer favorável do *Parquet* na primeira instância (folhas 190/191).

Recurso admitido (folha 193), a douta Subprocuradoria-Geral da República proferiu parecer pelo desprovemento do ordinário, opinando que o recorrente não apresentara nenhum título durante o concurso (folhas 196/204).

Com a transferência do primeiro relator, eminente Ministro VICENTE CERNICCHIARO, vieram-me os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator):
Dirirjo do parecer do ilustre órgão ministerial. Cuida-se de ação mandamental aforada por candidato ao cargo de juiz substituto do Distrito Federal e Territórios, que não foi incluído na lista final de aprovados, homologada pela autoridade impetrada (folhas 50/51).

O candidato logrou aprovação na primeira prova escrita, de múltipla escolha, passando às da segunda fase. Nestas provas, alcançou o 4º (quarto) lugar dentre os 411 (quatrocentos e onze) concorrentes, com a média de 6,25 (folha 22). Nas subseqüentes provas orais, obteve a média 6,42 (*ibidem*), donde a média geral no certame de 6,33 (*ibidem*).

Na análise de títulos, a comissão atribuiu-lhe nota zero, caindo então sua média para 5.07, pelo sistema de pesos constante do edital (folha 19 — artigo 29, § 1º).

Por essa nota zero, o Tribunal recorrido entendeu de eliminar o candidato, após este interpor recurso administrativo, cuja decisão considero contraditória, pois adota os argumentos do recorrente mas ao final nega provimento a sua pretensão (folha 49).

Ocorre no caso, como visto, que o impetrante alcançou a média final no concurso de 6,33, segundo certidões acostadas aos autos (folha 22). Incide aí o disposto no artigo 30, *caput* e § 1º, do edital correspondente, que tem a seguinte redação (folha 19):

“Art. 30 — Concluídas as provas orais, a Comissão de Concurso procederá à apuração final atribuindo, nessa oportunidade, nota aos títulos apresentados, sendo considerados aprovados os candidatos, que, nas provas escritas e orais, tenham alcançado média igual ou superior a seis (6).

§ 1º — As notas atribuídas aos títulos serão adicionadas à média ponderada das provas escritas da segunda fase e orais, dividindo-se a soma por cinco para obtenção da nota final que determinará a classificação do candidato.”

Do exame desses dispositivos, duas são as inferências lícitas: a) são considerados aprovados os candidatos que, nas provas escritas e orais, tenham alcançado média igual ou superior a seis; e b) as notas atribuídas aos títulos serão adicionadas às das outras provas para determinar a classificação do candidato. Ambas decorrem da letra expressa do edital que normatiza a concorrência.

Conclui-se, pois, que, de fato, o concurso é de provas e títulos. Todavia, as provas são eminentemente eliminatórias, ao passo que os títulos são apenas classificatórios. Em outros termos, o candidato que não for eliminado nas provas e, de conseguinte, alcançar aprovação, terá sua posição final na escala de notas determinada pela avaliação dos títulos.

Não é admissível que o candidato, aprovado nos precisos termos do edital, seja afastado do certame por nota da prova de títulos. Estes tiveram seus efeitos regularmente produzidos, porquanto levaram o impetrante ao último lugar na classificação final. Não podiam porém eliminá-lo.

Na Enciclopédia Saraiva do Direito, sob o verbete “classificação em concurso”, figura irretocável definição do termo, da lavra de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR:

“Escalonamento descendente dos candidatos aprovados, o que, nem por isso, assegura aos classificados o direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa de direito. (...)” (São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, p. 511 — sem grifo no original).”

O trecho que interessa à hipótese é o inicial, isto é, classificação é o escalonamento descendente dos candidatos aprovados. Enxergam-se então, como neste caso, duas fases: a primeira, eliminatória, em que são selecionados os candidatos aptos, e a última, classificatória, em que se dispõem os já aprovados numa ordem decrescente de conceitos, para fins de nomeação.

Na situação vertente, nem se diga que o recorrente não apresentou nenhum título. A primeira parte do artigo 5º do edital (folha 18) chama

de títulos o diploma de graduação em direito e a prova de exercício, por três anos, de função que exija o bacharelado em direito (citados no artigo 3º, § 2º, III, e no artigo 4º, IV, do edital — folha 18).

Além destes, o § 2º do artigo 30 do aludido edital (folha 19) considera que valerão como títulos “os trabalhos profissionais realizados como advogado”, desde que comprovada a autoria. Ora, está provado que o candidato efetivamente apresentou tais trabalhos (folhas 92/124), os quais, por pobres que possam ser, não autorizam a conclusão de que o impetrante não apresentou nenhum título, e, em consequência, não se pode reprovar o autor por ausência completa de títulos.

Isto posto, julgo que, no caso presente, por disposição expressa do edital que regeu o certame, o recorrente já obtivera aprovação, por sua média nas provas escritas, servindo a de títulos tão-só para determinar sua classificação final, vedada a reprovação por este critério.

Por conseguinte, DOU PROVIMENTO ao recurso, para determinar a inclusão do impetrante na lista dos aprovados, nos termos do pedido.

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Sr. Presidente, divirjo do parecer escrito do ilustre Órgão Ministerial, firmado pelo representante do Ministério Público Federal, e concordo em gênero, número e caso, com o parecer proferido, agora, oralmente, pelo Eminente Subprocurador-Geral da República.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, o voto do Eminentíssimo Relator, assim como as duas belíssimas sustentações orais, autorizam por si só o provimento do recurso.

Acrescentaria, à guisa de ilustração, que na parte final do art. 30 do edital, são considerados aprovados os candidatos que nas provas escritas e orais tenham alcançado média igual ou superior a seis. Ou seja: os títulos recebem como mero critério diferencial de classificação. Ora,

colocar, como o Tribunal fez, a média final como eliminatória é dar efeito eliminatório, indiretamente, aos títulos, vale dizer, contrariar o próprio edital.

Por essas razões e por tudo que se disse aqui antes, não tenho dúvida em acompanhar o Eminentíssimo Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Presidente): Também acompanho o Eminentíssimo Relator pela clareza, evidência e lucidez do seu voto, acrescido como subsídios trazidos, não menos valiosos, do Eminentíssimo advogado como também do ilustre Subprocurador e do Ministro Gomes de Barros.

Também não vejo razão para não se considerar o candidato aprovado uma vez que os títulos apenas servem para efeito de classificação, e não de eliminação do candidato.

E o edital é claro quando diz que o concurso é de provas e títulos e o candidato obteve o 6º lugar no certame. Está implícito no edital que os títulos são apenas classificatórios e não eliminatórios.

Com essas ligeiras considerações, também acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, o edital é a lei do concurso, e se ele, como no caso, não contraria a Constituição e nem a Lei Orgânica, é claro que ele tem que ser respeitado, o Tribunal não poderia deixar de respeitá-lo. E o edital diz que as provas de títulos são apenas classificatórias. Ora, se o candidato foi aprovado nas provas escritas e orais e apresentou títulos, a nota não importa, mesmo que ele tenha recebido zero. Esta nota é apenas para fins de classificação.

Ele desceu, como disse o Dr. José Guilherme da tribuna, em belíssima sustentação, do quarto lugar para o sétimo, ficando em último. Não importa que ele tenha ficado em último lugar, pois havia muito mais vagas. Punir o recorrente só porque ele é jovem? Isso me faz lembrar uma história sobre o Governador Milton Campos, de Minas Gerais, ao escolher um auxiliar bem jovem. Um outro auxiliar dele, mais velho,

criticou-o por isso e o Governador respondeu: “isso é doença que sara com o tempo.”

Esse candidato já demonstrou que tem condições, porque inclusive é Juiz.

Sr. Presidente, o caso foi muito bem exposto pelo Eminentíssimo Ministro-Relator, pelo Advogado, Dr. Amir Sarti, e por todos os outros Colegas.

Acompanho, com todo o prazer, o Eminentíssimo Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 715 — DF — (9000123887) — Rel.: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Sérgio Xavier de Souza Rocha. T. Origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Impdo.: Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Advs.: Drs. José Guilherme Villela e Amir Sarti.

Decisão: A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento ao recurso para conceder a segurança, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (julgado em 28.08.91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Gomes de Barros, Pedro Acioli e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 824 — DF

(Registro nº 91.42706)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Impetrante: *José da Paz Silva*

Impetrados: *Ministro de Estado da Agricultura e Reforma Agrária e Presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária*

Advogados: *Drs. Luiz Kenhiti Kuromoto e outro*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA. REAJUSTE. ARTIGO 184

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGOS 9º e 10 DA LEI Nº 7.738, DE 1989. ILEGALIDADE DE PORTARIA MINISTERIAL. ATO CONCRETO. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. DEDUÇÕES INDEVIDAS, RELATIVAS AOS IMPOSTOS SOBRE A RENDA E SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS.

Se o ato praticado, ao ser fixado critério de variação dos títulos, é de efeito concreto, provocando lesão de direito, o mandado de segurança não se insurge contra lei em tese.

Estabelecendo a legislação que os Títulos da Dívida Agrária deveriam ser corrigidos pelo IPC, “considerada a variação ocorrida a partir de fevereiro de 1989”, qualquer restrição — inclusive relativa à dedução dos impostos sobre a renda e sobre operações financeiras — importa em violação ao princípio da justa indenização.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Cuida a hipótese de mandado de segurança impetrado por JOSÉ DA PAZ SILVA, contra atos do Ministro da Agricultura e do Presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, consubstanciados nas Portarias nºs 545/89 (MA) e 1.080/90 (INCRA).

O impetrante, detentor de Títulos da Dívida Agrária — TDA — havidos como pagamento de indenização de imóveis rurais, transacionados no curso de ação expropriatória, e emitidos conforme determinado no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64, art. 105) e na Emenda Constitu-

cional nº 10, que inseriu “cláusula de exata correção monetária”, a fim de garantir o valor do bem desapropriado, em face do princípio da justa indenização, afirma que, apesar de evidenciada a intenção do legislador, inclusive na nova Constituição, de preservar o valor pago pela perda do imóvel, os impetrados, com a edição das referidas Portarias, não só deixaram de computar a inflação de janeiro de 1989, no percentual de 70.28%, como também pretenderam tipificar, no ato de resgate dos TDA's, uma mera operação financeira.

Aduz, outrossim, estar a desapropriação imune à incidência tributária de qualquer natureza, não materializando o resgate dos referidos Títulos qualquer sorte de operação financeira, sob a ótica da Lei nº 8.033, de 12 de abril de 1990, descabendo, portanto, falar-se em pagamento de imposto de renda ou IOF, quando da apresentação dos citados títulos para o devido resgate.

Indeferi o pedido de liminar (fls. 21), por entendê-la incabível na presente hipótese.

Informações da autoridade coatora, às fls. 25/31 e 33/39, pugnando pelo não conhecimento do *writ*, em face não só da decadência operada, como ainda por se tratar de lei em tese. Alega, outrossim, o Presidente do INCRA, não se terem exaurido as vias administrativas, bem como a inexistência de prova pré-constituída ou direito líquido e certo a ser resguardado pela via eleita.

Quanto ao mérito, batem-se ambos os impetrados pela denegação.

A Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer às fls. 94/101, opinando pela concessão da segurança, para que se faça cumprir a regra estabelecida constitucionalmente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, a matéria já é conhecida do Tribunal, tendo, inclusive, eu mesmo, sobre ela emitido opinião, quando do julgamento dos mandados de segurança nºs 609 e 610, de minha relatoria, julgados em 18 de dezembro do ano findo; e do Mandado de Segurança nº 732, julgado no corrente ano, entre outros.

Pelo que se depreende do exposto no relatório, pretende o impetrante lhe seja autorizada a liberação do percentual de 70,28%, referente ao IPC do mês de janeiro de 1989, sobre os Títulos da Dívida Agrária que possui, emitidos em março de 1988.

Preliminarmente, é bem de ver que são aqui apontadas, como autoridades coatoras, não só o Ministro da Agricultura, como também o Presidente do INCRA.

Quanto a este último, consoante o que se infere do artigo 105, inciso I, letra *b*, da Constituição vigente, vemos que o mesmo não se encontra ali elencado, eis que compete a este Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de Ministro de Estado, ou do próprio Tribunal. Assim sendo, incompetente que é esta Corte para apreciação de ato emanado de Presidente de autarquia — no caso o INCRA —, entende dever excluí-lo da presente relação processual.

No mais, a preliminar levantada pela digna autoridade coatora — Ministro da Agricultura —, de tratar a hipótese de mandado de segurança contra lei em tese — não merece prosperar, haja vista que a Portaria nº 45 (da mesma forma que a Portaria nº 545, atacada em outras seguranças), tendo fixado critérios de cálculo do índice de variação dos TDA's, não pode ser considerada como **Lei em tese**, pois “não se constituiu em mero ato normativo, mas é de efeito concreto de que se irradia objetivamente lesão a direito individual, podendo ser atacado pelo *writ of mandamus*, qual o proclamam a doutrina e a jurisprudência”.

Quanto ao mérito é de se acolher a irresignação do impetrante e neste sentido vem se posicionando este Tribunal, conforme se anota das seguintes ementas:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO CONCRETO. INEXISTÊNCIA TRATAR-SE DE LEI EM TESE. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. PRÉVIA E JUSTA INDENIZAÇÃO. TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. AVILTAMENTO.

I — Tendo o ato ministerial atacado, ao fixar critério de cálculo do índice de variação das TDA's, gerando efeitos concretos a irradiar lesão a direito individual, não se há falar em lei em tese pois não se constitui de um ato meramente normativo, por isso que agasalhado pelo *writ of mandamus*.

II — Tanto a EC de 1969, como a recém-promulgada Constituição, consagraram o postulado de a justa indenização não sofrer restrição de qualquer natureza. Assim, nenhuma norma de menor positividade poderá, sob pena de

malferir a Carta Magna, impor restrição, abstraindo, *in casu*, o percentual do IPC de janeiro/89, acumulado no exercício.

III — Segurança concedida. (Min. Geraldo Sobral, MS nº 254-DF, em 03.04.90)”.
“MANDADO DE SEGURANÇA — TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA (TDA) — REAJUSTE. ARTIGO 184 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGOS 9º E 10 DA LEI Nº 7.738, DE 1989. ILEGALIDADE DE PORTARIA MINISTERIAL. ATO CONCRETO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

— Se o ato praticado, ao ser fixado critério de variação dos títulos, é de efeito concreto, provocando lesão de direito, o mandado de segurança não se insurge contra lei em tese.

— Estabelecendo a legislação que os Títulos da Dívida Agrária deveriam ser corrigidos pelo IPC, “considerada a variação ocorrida a partir de fevereiro de 1989”, qualquer restrição importa em violação ao princípio da justa indenização (MS nº 609-DF, em 18.12.90)”.
Decisões idênticas foram proferidas nos seguintes processos: MS nº 290 (Min. Carlos Velloso); MS nºs 416 e 417 (Min. Ilmar Galvão) e MS nºs 414 e 415 (Min. Pedro Acioli), afora aqueles antes mencionados, de que fui relator.

Como se sustenta, ainda, como particularidade neste processo, o incabimento de deduções das importâncias correspondentes ao imposto sobre a renda e imposto sobre operações financeiras, aprecio também essa postulação.

Embora a incidência dos tributos decorra de expressa disposição de lei, não se pode aplicar aos credores de Títulos de Dívida Agrária, que não são credores de renda, mas do pagamento de indenização, a qual deve ser a mais completa e a mais justa.

A própria Consultoria-Geral da República assim reconhece, conforme ficou expresso em parecer publicado no Diário Oficial de 26 de fevereiro último. Diz o parecer, na sua ementa e no preâmbulo:

“I — Os Títulos da Dívida Agrária representam o pagamento da prévia e justa indenização na desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária (CF, art. 184). Por isso mesmo, improcede a pretensão de incidir, sobre eles, qualquer modalidade de tributo, máxime do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários. Admitir tributar TDA's seria admitir fraudar o prin-

R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 3, (26): 187-295, outubro 1991. 259

cípio constitucional da justa indenização e, ainda, favorecer a União Federal, que, a um só tempo, expropriaria e reteria parcela do valor constitucionalmente devido em pagamento.

II — Matéria contida nas questões já amplamente apreciadas e decididas no Parecer SR-45/87, aprovado pelo Presidente da República em 4.12.1987, e reexaminadas no Parecer nº CR/SA-26/88, exarado em pedido de revisão não deferido. O descumprimento de decisão normativa do Presidente da República configura quebra da hierarquia e grave ofensa à autoridade presidencial.

PARECER Nº CS-27

ADOTO, para os fins e efeitos do artigo 24 do Decreto nº 92.889, de 07 de julho de 1986, o Parecer nº CR/AA-2/91, do eminente Consultor da República, Doutor ALEXANDRE CAMANHO DE ASSIS.

A matéria, da mesma forma que a recalcitrância do Fisco, não são novidades para esta Consultoria-Geral, que pela terceira vez é chamada para redizer que os TDA's não podem sofrer restrição de qualquer natureza que redunde no desrespeito ao princípio da justa indenização.”

Por tudo isso, é de ser concedida a segurança, para que sejam observados o art. 184 da Constituição Federal e os arts. 9º e 10 da Lei nº 7.738/89, sem dedução relativa aos tributos mencionados (MS nº 732-DF).

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 824 — DF — (92.41706) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mesimann. Impte.: José da Paz Silva. Impdos.: Ministro de Estado da Agricultura e Reforma Agrária e Presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Advs.: Dr. Luiz Kenhiti Kuromoto e outro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, deferiu o mandado de segurança (em 21.05.91 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Geraldo Sobral, Ilmar Galvão, José de Jesus e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 826 — SP

(Registro nº 91.0001782-5)

Relator originário: *Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Relator p/Acórdão: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Gilda Almeida de Souza*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Secretário do Governo do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Ruy Armando de Almeida Mello Júnior e outro, Anadil A. Amorim Mendonça Alves, Roberto de Figueiredo Caldas e outros*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA. CONDICIONAMENTO DA INTERPRETAÇÃO DE LEI ESTADUAL AO PRECEITO DA CF.

A Constituição Federal, em seu artigo 8º, assegura a liberdade de associação profissional ou sindical, ampliando-a para permitir a associação em sindicato do funcionalismo público. A Lei Estadual de São Paulo há de ser interpretada em harmonia com o mencionado dispositivo da Carta Magna. Segurança deferida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS (art. 52, II-RI), Relator.

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): GILDA ALMEIDA DE SOUZA interpôs recurso ordinário contra v. acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe denegou segurança impetrada, na qualidade de ocupante do emprego de Biologista Chefe, do Instituto Butantã, da Secretaria de Estado da Saúde, com o objetivo de ver-se dispensada de comparecer ao serviço, enquanto no exercício do cargo de Presidente do Sindicato dos Farmacêuticos no Estado de São Paulo, para o qual foi eleita com mandato de três anos.

Sustentou que a autoridade coatora, ao indeferir o seu pedido de afastamento do serviço, enquanto dirigente do Sindicato, contrariou a norma do art. 125, § 1^o, da Constituição Estadual de 1989, segundo o qual, “fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei”.

Aduziu que o cargo público em tela é ocupado por médicos, farmacêuticos, veterinários, biólogos ou qualquer outro profissional da saúde, já que inexistente a profissão de biologista; e que, por esse mesmo motivo, inexistente sindicato representativo da categoria de biologista.

Assim, a seu ver, não tem procedência o argumento segundo o qual não lhe socorre a norma constitucional transcrita, já que o Sindicato de Farmacêuticos não congrega profissionais biologistas; nem tampouco a objeção de que o Sindicato de Farmacêuticos não abriga com exclusividade servidores públicos, já que a norma Constitucional não estabelece restrições ou pré-requisitos para o afastamento do servidor.

Por fim, alegou a impossibilidade, face ao princípio da unicidade sindical, de organizar-se, em São Paulo, um sindicato representativo dos farmacêuticos funcionários públicos, razão pela qual não haveria ela como filiar-se, senão no já existente, que reúne todos os farmacêuticos, servidores públicos ou não.

O recurso, regularmente processado, subiu a esta Corte, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXM^o SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O v. acórdão impugnado denegou a pretensão da Impetrante, sob dois fundamentos:

primeiramente, por não exercer ela função pertinente à profissão de farmacêutica, mas de biologista; e, em segundo lugar, por dispor a LC Estadual nº 343/84, que o afastamento em causa é restrito aos servidores eleitos para direção de entidades de classes representativas de funcionários e servidores do Estado.

Mostrou a Impetrante que o cargo de biologista, por ela exercido, é exclusivo de profissionais da saúde, entre eles os farmacêuticos, encontrando-se afastado, assim, o primeiro óbice.

Não foi convincente, todavia, no que concerne ao segundo.

Com efeito, a Constituição Estadual, ao assegurar o afastamento do servidor público, condicionou-o à ocupação de “cargo em sindicato de categoria”, vale dizer, da categoria de servidores públicos, e não da respectiva categoria profissional, isto é, da profissão em que se graduou o servidor.

Não revogou, portanto, nem no todo, nem em parte, a Lei Complementar do Estado, nº 343, de 6 de janeiro de 1984, que dispõe em seu artigo 1º, *verbis*

“Art. 1º. Poderão afastar-se para exercer seus mandatos nas entidades de classes representativas de funcionários e servidores do Estado, que congreguem, no mínimo, 500 associados, os Presidentes, Secretários-Gerais e Tesoureiros dessas entidades que sejam funcionários ou servidores públicos”.

Assim, o afastamento autorizado “é o do servidor eleito para cargo em sindicato de servidores públicos”.

A norma, assim interpretada, contrariamente ao que sustenta a Recorrente, não atenta contra o princípio da unicidade sindical, vez que não dispõe sobre a criação de sindicato, mas tão-somente sobre o afastamento do serviço, de servidor dirigente sindical.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, dirijo do nobre Relator. Estive atento à exposição feita pelo ilustre Advogado da Tribuna e lembro-me que ele iniciou com a leitura do art. 8º da Constituição Federal, exatamente argumentando com a liberdade

da associação profissional ou sindical, e entendo que, tendo a Constituição assegurado essa representação, inclusive ampliando-a para permitir que também os funcionários públicos se associassem em sindicato, há que se interpretar a norma extensivamente, sob pena de ferir-se mesmo o princípio da ampla liberdade sindical.

A norma constitucional pretende que os cidadãos se congreguem e se reúnam a defender os seus direitos, e aquela antiga restrição a que o funcionário público se sindicalizasse hoje já não existe, já não prevalece no Direito brasileiro, por força mesmo dessa própria Constituição, que assegurou o mais amplo direito.

Por isso é que também entendo que a Lei Estadual de São Paulo há que ser interpretada hoje em consonância com o art. 8º da CF, razão por que defiro a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 826 — SP — (91.0001782-5) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Recte.: Gilda Almeida de Souza. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Secretário do Governo do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Ruy Armando de Almeida Mello Júnior e outro e Anadil A. Amorim Mendonça Alves. Sustentaram, oralmente, os Drs. Alínio da Costa Monteiro, pela Recorrente, e Antônio Fernando Barros de Silva de Souza, pela Subprocuradoria-Geral da República.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator (Ilmar Galvão), negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Hélio Mosimann, e do Sr. Ministro Peçanha Martins ao mesmo dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ (24.04.91 — 2ª Turma).

VOTO — VISTA

O EXMº SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Estão em confronto os votos dos eminentes Ministros ILMAR GALVÃO e PEÇANHA MARTINS, aquele acompanhado pelo preclaro Ministro HÉLIO MOSIMANN.

Leio os aludidos votos divergentes: lê.

Na petição inicial do mandado de segurança a impetrante, ora recorrente, esclareceu (fls. 2/4):

“1. A IMPETRANTE é servidora pública não concursada, tendo sido contratada em 30 de setembro de 1976, como bióloga, estando prestando serviços, desde essa época, no Instituto Butantã na Seção de Tuberculose e BCG do Serviço de Bacteriologia, ocupando o cargo de Biologista Chefe (cf. docs. 2 e 3).

“2. A IMPETRANTE é formada em farmácia e bioquímica e no exercício do direito a ela outorgado pela Constituição Federal (cf. artigo 37, inciso VI), associou-se ao Sindicato dos Farmacêuticos no Estado de São Paulo, entidade representativa dessa categoria profissional, reconhecida pela Carta Sindical passada em 08 de março de 1946 (Cf. doc. 4), com Estatutos devidamente registrados no Registro Civil das Pessoas Jurídicas — 4º Ofício, em 27 de abril de 1989, sob número 0183350 (cf. doc. nº 5) tendo como base territorial de atuação o Estado de São Paulo, possuindo mais de 2.000 associados.

“3. Como associada e no gozo das prerrogativas estatutárias, candidatou-se e foi eleita como Presidente dessa associação sindical em 6 de junho de 1989, com mandato de três anos, tomando posse em 10 de julho de 1989 (cf. doc. nº 6), de acordo com Ata de Posse devidamente registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas — 4º Ofício, em 19 de julho de 1989.

“4. O exercício do cargo de Presidenta do Sindicato dos Farmacêuticos trouxe à IMPETRANTE uma gama enorme de atribuições não só de ordem administrativa, como também, de representatividade da entidade, sem se falar na atuação sindical em todo o Estado de São Paulo, que tornaram incompatíveis a acumulação das duas funções (servidora pública e presidência do Sindicato), em razão da carga horária prestada à repartição em que está lotada.

“5. Diante de tal situação, aliás, incômoda, visto que durante os quase treze anos de serviço público galgou o posto de Biologista-Chefe, prova cabal de sua competência e dedicação, requereu à Administração seu afastamento do serviço público, com vencimentos, e vantagens, através do “ofício” datado de 04 de outubro de 1989 recebido pela Secretaria de Governo em 19 de outubro do mesmo ano (cf. doc. nº 7).

“6. O EXMº SR. SECRETÁRIO DE GOVERNO, em despacho, publicado no Diário Oficial de 21 de novembro de 1989, indeferiu a pretensão da IMPETRANTE, sob fundamento de que para a espécie faltava **amparo legal** (cf. doc. nº 8).

“7. Através de novo “ofício”, desta vez enviado pelo próprio Sindicato, assinado pela própria IMPETRANTE, na condição de Presidenta, reiterou a solicitação anterior, tendo a AUTORIDADE COATORA”, conhecido do pedido a **título de reconsideração, para no mérito indeferi-lo, mantendo-se, por via de consequência, a decisão de 20.11.89** (cf. Diário Oficial de 22 de dezembro de 1989, doc. nº 09).

8. Desta forma, este segundo despacho, em grau de reconsideração, manteve a decisão anterior, indeferindo a pretensão da IMPETRANTE, **por falta de amparo legal (SIC!)**.

9. Entretanto, tal ato administrativo, denegatório da solicitação da servidora, ora IMPETRANTE, merece correção, **pela via judicial, através de Mandado de Segurança, por contrariar expresso texto da Constituição Estadual, promulgada em 05 de outubro de 1989, em seu artigo 125, parágrafo primeiro.**”

Tendo sido denegada a impetração pelo acórdão de fls. 110/113 destes autos, embargado de declaração, e ante a rejeição dos embargos (fls. 120), foi interposto o recurso ordinário ora sob apreciação.

Estou em que procedem as razões recursais da impetrante, nestes tópicos que transcrevo (fls. 127/28):”

“Dispõe o artigo 125, parágrafo primeiro da Constituição do Estado de São Paulo, *verbis*:

“ARTIGO 125: O exercício do mandato eletivo por servidor público far-se-á com observância do art. 38 da Constituição Federal.

Parágrafo primeiro — Fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei.

O v. acórdão, ora recorrido, primeiramente entendeu que a impetrante, ora recorrente, ocupando o cargo de bióloga, no serviço público, não poderia ser beneficiada pelo referido texto de lei, posto que é farmacêutica e ocupa cargo diretivo no Sindicato dos Farmacêuticos.

Cumprido ressaltar que a impetrante é formada, com curso superior, em farmácia e bioquímica, sendo certo que para concorrer ao cargo em que foi admitida no serviço público (BIOLOGISTA), era requisito indispensável que o candidato fosse

graduado na área de saúde, podendo ser médico, veterinário, biólogo ou farmacêutico. A impetrante, ora recorrente, preencheu a condição essencial para ingressar no serviço público, posto que tinha graduação em uma das áreas de saúde constantes do edital.

Outro aspecto, de suma importância a ser ressaltado, é que não existe a profissão de biologista, e sim de BIÓLOGO, BIOLOGISTA é APENAS e TÃO-SOMENTE A DENOMINAÇÃO DO CARGO FUNCIONAL OCUPADO PELA IMPETRANTE NO SERVIÇO PÚBLICO. Esse Cargo (de Biologista) pode ser ocupado por médicos, farmacêuticos, veterinários, biólogos ou qualquer outro profissional da área de saúde.

Não existindo a profissão de biologista, também não pode haver a categoria profissional de biologista e, conseqüentemente, sindicato representativo dessa categoria.

Portanto, o fundamento primeiro constante do v. acórdão no sentido de que a impetrante, sendo farmacêutica, pertence à categoria dos farmacêuticos, não pode ser beneficiada pelo art. 125, parágrafo primeiro, da Constituição Estadual, pois exerce no serviço público o cargo de biologista e não farmacêutico, é **improspéravel**, posto que biologista é apenas a denominação do CARGO ocupado pela impetrante e não a profissão ou categoria profissional.

Tanto isso é verdade que a impetrante não sendo BIÓLOGA (e sim FARMACÊUTICA) OCUPA HÁ MAIS DE TREZE ANOS O CARGO DE BIOLOGISTA. Se biologista não fosse denominação de cargo e sim profissão a impetrante não poderia exercer tal função no serviço público, pois não possuiria formação para tal. Porém, apesar de exercer a função de biologista, a impetrante não perdeu a condição de farmacêutica, posto que esta qualificação profissional era pressuposto para o preenchimento do cargo de biologista, quando da publicação do edital.”

E mais adiante, às fls. 129/132, sustenta a recorrente:

“Outro aspecto importante abordado pelo v. acórdão é o fato de que o Sindicato dos Farmacêuticos não congrega apenas servidores públicos, citando, ainda, o artigo 1º da Lei Complementar Estadual nº 343/84, como fundamento.

Inequivocamente, *data venia*, o referido artigo de lei foi derogado pelo artigo 125, parágrafo primeiro, da Constituição Estadual, posto que este não estabelece **restrições ou pré-**

requisitos para a concessão do afastamento do servidor público eleito dirigente sindical.

O artigo 125, parágrafo primeiro, da Constituição Estadual, assegura o direito de afastamento ao servidor público eleito para cargo diretivo em sindicato da categoria profissional. NADA MAIS. Não há em seu texto as restrições e parâmetros dispostos no artigo primeiro da Lei Complementar Estadual 383/84, citada no v. acórdão como fundamento para a denegação da segurança pelo fato de não ser o Sindicato dos Farmacêuticos representativo apenas de servidores públicos, e sim de todos os farmacêuticos, servidores ou não.

Se a referida Lei Complementar não estivesse derogada, fatalmente o texto constitucional estadual a ela faria referência ou a ela reportar-se-ia.

Claro está que o ilustre Prolator do V. Acórdão ora atacado, *data venia*, ao fazer a exegese do artigo 125, parágrafo primeiro, da Constituição do Estado de São Paulo, extrapolou os limites fixados no texto constitucional interpretado, ao afirmar que “é preciso assinalar que a Constituição do Estado ao assegurar essa faculdade ao servidor público, ao mencionar o sindicato de categoria, evidentemente que cuidou da categoria profissional em que esse mesmo servidor atua no serviço público e não em qualquer outra categoria ou profissão que possa ter, além da específica funcional”.

Da simples leitura do artigo 125, parágrafo primeiro, chega-se a entendimento diverso daquele esposado no v. acórdão. Primeiramente, o referido artigo não assegura uma faculdade e, sim, um direito. Em segundo lugar, não impõe a condição de que o sindicato deva ser o da categoria profissional referente a função exercida no serviço público.

E mesmo que assim o fosse, apenas por amor à argumentação, a impetrante ocupa o cargo de biologista, que tem como pressuposto para seu exercício a habilitação ou formação profissional na área de saúde, sem se falar que biologista é nomenclatura do cargo funcional e não profissão, ou categoria profissional como acima foi explanado.

Por outro lado, frise-se que o v. acórdão, às fls. 113, elenca as condições que a impetrante, ora recorrente, deveria preencher para ser beneficiada pelo afastamento, ou seja: a) se exercesse no serviço público o cargo de farmacêutica; b) se houvesse

um sindicato que representasse os servidores públicos farmacêuticos; c) fosse eleita presidenta desse sindicato.

Indubitavelmente, *data venia*, incorre o v. acórdão em dois erros conceituais ao fazer tal afirmação, erros estes que violam frontalmente dispositivos da Constituição Federal.

O primeiro deles refere-se ao exercício da profissão de farmacêutica no serviço público. Seria cansativo e repetitivo voltar a frisar que biologista é o nome do cargo exercido pela impetrante e que no desempenho dessa função há a compatibilidade com a profissão de farmacêutica, e que a associação da servidora ao seu sindicato de classe é livre, nos precisos e exatos termos do artigo 37, inciso VI da Constituição Federal, *verbis*:

“Artigo 37...

VI — é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;”

O segundo e mais grave, refere-se à existência de um sindicato de servidores públicos farmacêuticos que fere o princípio da unicidade sindical, perfeitamente definido no artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal, *verbis*:

“Artigo 8º...

II — é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregados interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;”

A tese esposada pelo v. acórdão no sentido de que a impetrante somente poderia beneficiar-se com o afastamento se fosse dirigente de sindicato de farmacêuticos servidores públicos esbarra no óbice do artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal. No Estado de São Paulo já existe um Sindicato representativo da categoria profissional dos farmacêuticos, que é justamente o presidido pela impetrante, não podendo ser criado qualquer outro dentro da mesma base territorial (Estado de São Paulo) que represente essa categoria.

Admitir-se essa idéia, o que se permite apenas para argumentar, visto que **ilegal**, seria o fim de todo o movimento sindical, posto que dentro da mesma base territorial haveria inúmeros sindicatos da mesma categoria profissional, com filosofias, reivindicações e postulações totalmente diversas.

O artigo 125, parágrafo primeiro, da Constituição Estadual, não contém as restrições ou condições vislumbradas pelo v. acórdão. É de conceituação ampla, genérica, e define, com clareza, que o servidor público eleito dirigente de sindicato de categoria (NOTE-SE QUE O TEXTO FALA DE CATEGORIA E NÃO DA CATEGORIA) terá o direito ao afastamento das funções com garantia de remuneração e vantagens.

O referido artigo de lei que fundamenta o pleito da impetrante está em perfeita consonância com o artigo 8º e seus incisos e com o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Apenas *ad argumentandum*: tivesse o artigo 125, parágrafo primeiro, da Constituição Estadual, o sentido que lhe procura dar o v. acórdão, ora recorrido, fatalmente chocar-se-ia com o artigo 37, inciso VI (livre associação sindical para o servidor público) e com o artigo 8º, inciso II (unicidade sindical) da Constituição Federal.”

Com estas considerações, afigura-se-me que a Recorrente tem direito líquido e certo a merecer proteção judicial. Daí que, pedindo vênia aos eminentes Ministros ILMAR GALVÃO (RELATOR) e HÉLIO MO-SIMANN, acompanho o voto do ínclito Ministro PEÇANHA MARTINS, dando provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 826 — SP — (91.0001782-5) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Recte.: Gilda Almeida de Souza. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Secretário do Governo do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Ruy Armando de Almeida Mello Júnior e outro e Anadil A. Amorim Mendonça Alves.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Américo Luz dando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro José de Jesus. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ (03.06.91 — 2ª Turma).

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. No momento em que a Constituição atual permite que funcionário público possa participar de sindicato, realmente tem que ser na sua extensão maior.

Entendo que, sendo ela farmacêutica, tem o direito de presidir o sindicato da categoria a nível estadual.

Peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para dar provimento ao recurso, acompanhando os votos dos Srs. Ministros Peçanha Martins e Américo Luz.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 826 — SP — (91.0001782-5) — Rel. Originário: Min. Ilmar Galvão. Rel. p/acórdão: Ministro Peçanha Martins. Recte.: Gilda Almeida de Souza. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Secretário do Governo do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Ruy Armando de Almeida Mello Júnior e outro e Anadil A. Amorim Mendonça Alves.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José de Jesus, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Ilmar Galvão e Hélio Mosimann, deu provimento ao recurso. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Peçanha Martins (19.06.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e José de Jesus. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 836 — PR (Registro nº 91.1978-0)

Relator: *O Exm^o Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Indl. Garcia — Ind. Com. e Construções Civas Ltda.*

Impetrado: *Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Curitiba-PR*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*

Litiscons.: *José Diaz Pinam e Cia. Ltda.*

Advogados: *Nivaldo Migliozzi e Luis Fernando N. Loyola*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. TEMPESTIVIDADE. AGRAVO RETI-

DO. AUSÊNCIA DE IMINÊNCIA DE DANO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

A apresentação de embargos declaratórios suspende o prazo para a interposição do recurso ordinário.

É manifesta a ausência da iminência do dano decorrente do provimento judicial se a parte limitar-se a atacá-lo através de agravo retido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de maio de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de recurso ordinário interposto de decisão de mandado de segurança, proferida pelo 1º Grupo de Câmaras Cíveis, do Eg. Tribunal de Justiça do Paraná, que teve o *writ* por incabível, face ser interposto de ato atacado através de agravo retido.

Nesta instância superior, a douta Subprocuradoria opina pelo não conhecimento do apelo, em razão de sua intempestividade, ou pelo seu desprovimento.

É como relato.

VOTO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. TEMPESTIVIDADE. AGRAVO RETIDO. AU-

SÊNCIA DE IMINÊNCIA DE DANO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

A apresentação de embargos declaratórios suspende o prazo para a interposição do recurso ordinário.

É manifesta a ausência da iminência do dano decorrente do provimento judicial se a parte limitar-se a atacá-lo através de agravo retido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Reproduzo a parte conclusiva do parecer da Procuradoria, subscrito pelo ilustre Subprocurador, Dr. João Henrique Serra Azul:

“4. O recurso ordinário foi interposto em 20 de agosto de 1990. O Ministério Público, em parecer de lavra do ínclito Procurador de Justiça, Dr. Felix Fischer, assim se posicionou:

“Trata-se de recurso ordinário, interposto por Industrial Garcia — Indústria, Comércio e Construções Civis Ltda. contra a prestação da tutela jurisdicional de segundo grau consubstanciada, nos vv. Acórdãos de nº 1.448, nº 1.495 e nº 1.496, do 1º Grupo de Câmaras Cíveis do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A nosso ver, o recurso em exame não merece prosperar.

Preliminarmente, cumpre destacar a intempestividade do recurso interposto.

A recorrente impetrou mandado de segurança contra ato judicial, para qual a lei prevê recurso de agravo.

A impetração foi julgada pelo acórdão de fls. 151/155, que não conheceu da segurança. O referido acórdão foi publicado no dia 07/05/90 (fls. 156). No dia 14/05/90 (fls. 159), a impetrante interpôs agravo regimental contra o despacho de fls. 35v., que denegou a liminar, alegando que não fora intimado de referida decisão.

Todavia, pelo Acórdão de fls. 178/179, não foi conhecido o agravo regimental, por não ser veraz a afirmação de falta de intimação, pela existência de certidão nos autos em sentido contrário (fls. 120) e por ser incabível a interposição do mencionado agravo após o julgamento da impetração. Citado acórdão foi publicado no dia 09/08/90 (fls. 181) e na mesma data foi publicado o acórdão de fls. 184/186, que

rejeitou os embargos de declaração oferecidos. E em 20/08/90 o recorrente protocolou o recurso ordinário em exame, pedindo a reforma do acórdão de fls. 153, de nº 1.448 (v. parte final da petição recursal). Todavia, referido acórdão, como vimos, foi publicado em 07/05/90. Logo, o recurso ordinário foi protocolado quando já transcorreria o prazo recursal. Por isso, o recurso foi interposto serodiamente.

Quanto ao mérito, a pretensão da recorrente não merece ser acolhida.

O ato judicial, contra o qual a recorrente impetrou o *writ*, é passível de revisão pela via recursal. Ademais, a impetrante já manifestara seu inconformismo contra ele, interpondo **agravo retido**. Logo, impraticável a suspensão do ato, pela concessão da segurança, já que o agravo retido somente será ou não conhecido na hipótese de futura apelação e desde que obedecidas as formalidades do art. 522, § 1º do CPC e, se suspensos seus efeitos até o julgamento do agravo retido, como pretende a recorrente, permaneceriam esses efeitos suspensos além da data da prolação da sentença de primeiro grau, até a apreciação pelo Tribunal *ad quem*, sem justificação plausível.

Assim, ante o exposto, opinamos pelo não conhecimento do recurso, por ser intempestivo e, no mérito, pelo seu improvimento.” (fls. 215/217).

5. As lúcidas considerações do Ministério Público local tanto mostram o descabimento da segurança, como a intempestividade do apelo.

Isto posto, opinamos pelo não conhecimento do recurso ou pelo seu desprovimento.” (fls. 225/227)

Data venia, conheço do recurso por considerá-lo tempestivo.

O acórdão contendo o julgamento do *mandamus* foi publicado no dia 07.05.90. No dia 10 de maio os autos foram retirados pelo advogado da parte, sendo apresentados embargos de declaração no dia 14 do mesmo mês. Publicado o julgamento dos embargos no dia 09 de agosto do ano de 90, a impetrante recorreu ordinariamente no dia 20 de agosto, segunda-feira, no último dia do prazo restante.

O fato de a parte dizer que estava recorrendo do primeiro acórdão, proferido na apreciação do *writ*, não acarreta as conseqüências que se pretende tirar do fato.

O prazo do ordinário foi suspenso, com a interposição dos embargos de declaração.

Quanto ao mérito, realmente é irreparável a decisão do insigne Tribunal do Paraná.

De conformidade com a construção pretoriana, o mandado de segurança de ato judicial somente é viável se, além da ilegalidade, não comportar o ato recurso com efeito suspensivo e ser o dano irreparável ou de difícil reparação iminente.

A interposição do ato de agravo retido já afasta o último requisito.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 836 — PR — (91.1978-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Indl. Garcia — Ind. Com. e Construções Civis Ltda. Impdo.: Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Curitiba-PR. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Litisc.: José Diaz Pinam e Cia. Ltda. Advs.: Nivaldo Migliozi e Luis Fernando N. Loyola.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário. (em 27.05.91 — 3ª Turma)

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 849 — DF

(Registro nº 91.0005651-0)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Impetrante: *Dilson Fernandes dos Reis*

Impetrado: *Ministro de Estado da Educação*

Advogado: *Paulo Torres Guimarães*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA — PENA DISCIPLINAR APLICADA PELA ADMINISTRAÇÃO

PÚBLICA — CABIMENTO — DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

É admissível mandado de segurança contra pena disciplinar imposta pela Administração Pública, frente aos termos do art. 5º, inc. LV, da CF. A apreciação do mandado circunscreve-se aos aspectos da legalidade do ato, não adentrando o mérito da medida administrativa. Conversão da demissão em suspensão foi mais benéfica para o impetrante, justificando o discricionarismo da autoridade administrativa. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Sessão do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: DILSON FERNANDES DOS REIS, professor, impetrou mandado de segurança contra a Portaria nº 1.144 do Exmo. Sr. Ministro da Educação, publicada no DOU — II, de 18.12.90, que o puniu com suspensão por 90 dias, destituição da Função de Diretor e obrigação de ressarcir quantia liberada indevidamente do FGTS.

Alega que as faltas administrativas ditas por ele praticadas não autorizariam a punição, eis que agia de boa-fé e no ato de suas atribuições quando nomeou um motorista para o exercício de função de coordenador; não nomeou seu irmão para serviços sob sua chefia, manteve-o, simplesmente no cargo, sob a chefia da Divisão de Administração.

Argúi que dois dos dispositivos legais referidos no ato impugnado cuidam de demissão, pelo que teriam sido erradamente utilizados para justificar a sua punição. Pede a anulação da Portaria e a reassunção ao cargo de Diretor-Geral da Escola Agrotécnica Federal de Manaus.

Não tendo havido pedido de concessão de liminar, determinei a notificação do Exmo. Sr. Ministro da Educação, que nas informações prestadas alegou:

1) não cabimento do *writ*, em face à regra contida no art. 5º, inciso III, da Lei 1.533/51, e jurisprudência do STF;

2) o impetrante não requereu a revisão administrativa da punição disciplinar, não tendo esgotado os recursos administrativos;

3) a intempestividade do requerimento da segurança;

4) que o desvio de função do motorista não foi emergencial ou temporário, e efetivamente mantinha o seu irmão sob sua chefia;

5) que o impetrante foi afastado do cargo em razão de escândalos noticiados pela imprensa e da morte de um aluno interno, fatos que determinaram a instauração de Comissão de Inquérito, que após apuração regular dos fatos, assegurada ampla defesa, sugeriu as penalidades administrativas aos culpados, inclusive o Impetrante. Justificou, ainda, o fato de terem sido invocados dispositivos legais justificadores da pena de demissão, embora aplicada a punição menor com o princípio de direito — *quem pode mais; pode o menos*”.

Ouvida, a douta Subprocuradoria emitiu parecer concluindo pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O ato impugnado foi publicado no D.J. de 18.12.1990 (fl. 12) e o mandado de segurança foi distribuído tempestivamente no dia 12.04.1991.

A preliminar de não cabimento por não ter o Impetrante exaurido a via administrativa não prospera diante dos termos amplos do art. 5º, inciso LV, da CF, que não legitima, de nenhum modo, a exclusão dos atos disciplinares do âmbito do *writ*. A jurisprudência do S.T.J. consagra a admissibilidade do *mandamus*:

“Mandado de Segurança. Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República — Demissão qualificada — Admissibi-

lidade do mandado de segurança — Preliminar rejeitada — Processo administrativo-disciplinar — Garantia do contraditório e da plenitude de defesa — Inexistência de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial — Validade do ato demissório — Segurança denegada.

1. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar. O que os juízes e tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de poderes, são conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar.

Isso não significa, porém, a impossibilidade de o judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. **O que se lhe veda, nesse âmbito, é tão-somente o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública...**” (MS 20.999-DF — STF — DJ 25.5.90, pág. 4.605 — grifamos).” (fls. 112/118)

Como se vê, ao Judiciário veda-se tão-somente o exame do mérito da decisão administrativa. Cumpre, pois, examinar os aspectos da legalidade do ato.

O Sr. Ministro da Educação juntou às suas informações cópia do inquérito administrativo, no qual a Comissão designada concluía pela sanção aplicada, assegurados ao Impetrante ampla defesa e contraditório.

O alegado “equivoco” na indicação dos dispositivos legais, em nada prejudicou o Impetrante. Ao revés, como acentuou o Impetrado, converteu-se a demissão, pena aplicável pelas regras invocadas, em suspensão, beneficiando-se, portanto, o Requerente, com a pena mais branda.

O discricionarismo disciplinar da Administração se exerceu, graduando para menor a pena.

À vista do exposto, denego a segurança.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, parece-me claro que no voto do Eminentíssimo Sr. Ministro-Relator foram assegu-

radas ao impetrante todas as garantias constitucionais para resguardo do seu direito. Assim, não há como censurar o auto da autoridade.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 849 — DF — (91.0005651-0) — Rel.: Min. Peçanha Martins. Impetrante: Dilson Fernandes dos Reis. Impetrado: Ministro de Estado da Educação. Adv.: Paulo Torres Guimarães.

Decisão: A Seção, por unanimidade, indeferiu o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (11-06-91 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral, Ilmar Galvão, José de Jesus, Garcia Vieira e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 866 — SP

(Registro nº 9126468)

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

Recorrente: *Virgilio Egydio Lopes Enei*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*

Recorrida: *Municipalidade de São Paulo*

Advogados: *Drs. Alfredo Walter Lambiase e outros e José de Araújo Novaes Neto*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ATO DISCIPLINAR. MOTIVO. AFERIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. ESTABILIDADE. SERVIDOR. CF/69, ART. 100. EXONERAÇÃO. FALTA DE MOTIVAÇÃO.

I — O Judiciário pode e deve examinar o motivo ou mérito do ato administrativo, no que não for estritamente discricionário.

II — Comprovado às escâncaras o estado de doença prolongada que acometeu o servidor, não poderia a administração, a seu *nutum*, desconsiderando os motivos que o impediram de comparecer ao serviço, sem processo administrativo, a lhe garantir ampla defesa, exonerá-lo, mesmo porque estável, já que sob a égide da Constituição Federal pretérita que, em seu art. 100, assim dispunha: “serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso”. Assim é que todo o lapso temporal em que se encontrava o servidor em licença médica há de ser considerado como em exercício.

III — Recurso 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, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de junho de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Virgílio Egydio Lopes Enei impetrou mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que o exonerou (Procurador concursado que era) dos Quadros daquele Órgão, no interesse do Serviço Público.

O colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, no entanto, denegou a ordem, às seguintes considerações:

a) Ser vedado ao Judiciário analisar os motivos do ato disciplinar; e

b) Não caracterizar a licença médica tempo de efetivo serviço, interrompendo, destarte, o estágio probatório por isso que legitima a sua exoneração, independentemente de processo administrativo.

Inconformado, o sucumbente entrou com o presente Recurso Ordinário, com espeque no art. 105, II, b, da Constituição Federal, aduzindo, em síntese, que a sua exoneração padeceu de vício uma vez que, admitido no Tribunal em 7 de agosto de 1986, sendo exonerado via procedimento sumário, por ter faltado ao serviço por mais de trinta dias, a contar de 14.07.86, no dia seguinte ao término de sua licença médica já era estável impondo-se, destarte, se lhe desse ampla defesa através de processo administrativo. Ademais, aduz, houve erros de forma no referido procedimento sumário, dentre os quais a falta de seu interrogatório e a sua ausência na inquirição de testemunhas de acusação, e que, estando doente, não podia, como atestam os vários laudos médicos, comparecer ao serviço. Assim, a sua exoneração, confirmada pelo v. aresto recorrido, olvidou a regra dos arts. 17 e 65, *caput*, do Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei 8.989/79) e malferiu a Constituição então vigente, art. 100.

Impugnação a fls. 271/275, pela mantença do r. decisório recorrido.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em o seu parecer, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Adoto, como razão de decidir, o judicioso pronunciamento da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do seu culto Subprocurador-Geral, Dr. GETÚLIO VELASCO CANTANHEDE, *in verbis*:

“Em nosso entender, tem razão o recorrente, na sua irrequição.

Para a denegação do *mandamus*, o acórdão recorrido afastou os defeitos de forma alegados, partiu do pressuposto de que é vedado ao Judiciário analisar os motivos do ato disciplinar, e depois considerou como questão nuclear ao deslinde da controvérsia saber se a licença médica tirada pelo recorrente poderia, óu não, ser computada no prazo de dois anos do estágio probatório, para efeito de aquisição de estabilidade no serviço público.

Entendendo que a licença médica interrompeu o estágio probatório, porque a lei exige **efetivo serviço**, julgou não ter o recorrente adquirido a estabilidade, daí ter sido legítima a sua exoneração por conveniência do serviço público, independentemente de processo administrativo.

Não nos parece acertada a solução dada à lide pelo Tribunal recorrido.

Conforme é sabido na doutrina e tem tido acolhimento na jurisprudência, o motivo do ato disciplinar pode ser aferido pelo Judiciário, toda vez que ele não corresponda ao conteúdo da sanção administrativa.

Se um funcionário é acusado de ter cometido peculato, que é o pressuposto de fato (motivo) da sanção disciplinar, e, visando desconstituir o ato punitivo, alega que não o praticou, e se o fez foi por justa causa, coação ou por outro motivo determinante da exclusão da culpabilidade, o Judiciário pode examinar a realidade fatural, para verificar se é exata ou não a alegação, e, em sendo, declarar a nulidade de tal ato. Em suma, pode e deve examinar o motivo toda vez que for imprescindível ao exame da legalidade do ato administrativo, punitivo ou não.

É que, no dizer de VITOR NUNES LEAL (problemas de Direito Público, págs. 256/277), “A legalidade do ato administrativo compreende, não só a competência para a prática do ato e suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (desde que tais elementos estejam definidos em lei, como vinculadora do ato administrativo). Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente, ou que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseie num dado que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresente.” Por outro lado, o exame dos motivos, permitido em mandado de segurança, constitui, no ensinamento desse autor, exame de mérito, mas daquela espécie não interdita ao Judiciário, porque “nem todo o exame de mérito está excluído da noção de legalidade. “Há questões de mérito que exorbitam da legalidade, como há questões de mérito que se inserem no conceito de ilegalidade. O mérito (12) exorbitante da legalidade e constituído justamente pelo conteúdo discricionário (conveniência, oportunidade, razoabilidade, etc.) que pode existir mesmo nos atos administrativos vinculados.” (pág. 266). Ou, no dizer de CASTRO NUNES, cita-

do por VITOR NUNES LEAL, "... a apreciação do mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por "indevida aplicação do direito vigente".

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ensina, por sua vez, que o mérito não se apresenta com o mesmo sentido do direito processual, onde constitui a substância da lide; é apenas um elemento eventual e restrito do ato administrativo; o mérito está em conexão com o motivo e objeto do ato administrativo; faz parte do exame da legalidade. "A verdade é que nem todo exame de mérito está excluído da legalidade." (Do Desvio de Poder, págs. 49/50).

No caso concreto, portanto, visto que o Judiciário pode examinar o motivo, mérito, de ato administrativo, no que não for estritamente discricionário, o acerto da controvérsia dependia de verificar se o recorrente faltou ao serviço por justa causa ou não, de modo a investigar-se o fundo do direito, e não focar-se apenas um dos ângulos da questão, limitando-se a apurar se a licença médica era imprestável ou não para a interrupção do estágio probatório.

Tendo isso como assente, não há menor dúvida, através do exame das provas, que o recorrente, desde 14.03.87, conforme relatório médico de fl. 32 v., da Secretaria de Higiene e Saúde da Prefeitura Municipal, estava doente, sendo que começou a faltar no serviço a partir de 23.03.87 (fl. 28). Dando conta dessa doença prolongada, há, ainda, o atestado médico do Dr. Carlos Alberto de Castro Cerqueira, certificando que o recorrente esteve sob seus cuidados médicos desde março/87. (fls. 55).

Confirmam também o estado doentio do recorrente o Juiz de Direito Dr. Caetano Lagrasta Neto (fls. 37), o Procurador Municipal Dr. Sérgio Lazzarini (fls. 40/41), e o Dr. Silvino Alves de Carvalho, este informando que em março/87 o recorrente estava acamado, impossibilitado de trabalhar, e, em abril, atacado de hepatite.

O recorrente entrou de licença médica em agosto/87 (fls. 83), sendo vários os documentos nos autos demonstrando as internações dele em hospitais (fls. 47, fls. 50, fls. 51, fls. 63) da

cidade de São Paulo, a mostrar que a falta no serviço público se deveu, realmente, a um estado de doença prolongado.

Ressalte-se que o estado de saúde doente do recorrente foi reconhecido até por uma Comissão Processante, no seu relatório, sobre o procedimento sumário instaurado para a apuração das faltas, opinando pelo arquivamento, em razão de ter considerado justificadas as ausências ao serviço (fls. 70).

No entanto, ao depois, a Administração entendeu necessária instauração de processo administrativo, por considerar o recorrente estável, sob o entendimento de que a licença médica não interromperia o estágio probatório. Mas, ao invés de ser instaurado esse processo, a Secretária Processual, Dra. Vanda de Oliveira Pasqualini, deu parecer contrário, considerando válido o procedimento sumário instaurado, julgando ter a licença médica interrompido o prazo do referido estágio, mas divergindo quanto à conclusão da Comissão Processante, opinando pela exoneração do recorrente, pela ausência de estabilidade deste.

Ora, esse parecer, apesar de opor-se à conclusão opinativa da Comissão processante, não infirmou a nosso ver, a realidade, ou seja, não demonstrou que o recorrente não estivera doente em março/87.

A justa causa para a falta ao serviço está caracterizada, não podendo exonerar-se o recorrente por esse fundamento, tal como aconteceu.

É que, mesmo no estágio probatório, a Administração só pode exonerar o funcionário desde que aponte e comprove as faltas que repute incompatíveis com esse estágio; não pode exonerá-lo sem motivo, senão campearia a puro subjetivismo, a arbitrariedade. E, verificado o motivo, há ainda que saber se milita em favor do funcionário justa causa, a obstar o afastamento do serviço público.

Por outro lado, se admitir-se que inexistente justa causa (doença prolongada) para anular-se a exoneração perpetrada, sob o ponto de vista formal, entendemos que, conforme demonstrado nos autos, via parecer do Dr. João Lopes Guimarães, o caso não era de instauração de procedimento sumário, mas de processo administrativo, daí em consequência, ser nulo o ato exonerativo.

É que, dizendo a Constituição anterior (art. 100) “Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso”, resulta que o tempo da licença médica é computado como de serviço publico, tal como ocorre com as férias.

Na Carta Magna atual, consoante demonstrado no aludido parecer, a dicção é diferente, dizendo só haver estabilidade após dois anos de **efetivo exercício** (fls. 216), o que é diferente de tempo de serviço, que compreende até o de vínculo trabalhista (fls. 218).

Correto o parecer quando conclui: “Assim é que o consulente tendo completado seu tempo sob a vigência da ordem constitucional anterior, todo esse lapso temporal em que se encontrava em licença-médica, é considerado como em **exercício** para os efeitos do estágio probatório.” (fls. 219).

O parecer, em conseqüência, é pelo provimento do recurso ordinário, para o fim de anular a exoneração impugnada, seja porque está justificada a ausência ao serviço, seja por não ter-se instaurado processo administrativo para a apuração da falta administrativa, em razão de ser estável o recorrente.” (Fls. 315/320).

Isto posto, dou provimento ao recurso para anular a exoneração, e determinar o retorno do servidor ao referido cargo.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente. Embora tenha uma certa ojeriza por atestados médicos, porque é sabida a facilidade com que alguns médicos dão atestados, muitas vezes, falsos. Mas neste caso, o atestado não sofreu sequer impugnação. Sendo assim, não há porque negar o direito ao recorrente.

Acompanho o Eminentíssimo Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 866 — SP — (9126468) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Virgílio Egydio Lopes Enei. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Recda.: Municipalidade de São Paulo.

Advs.: Drs. Alfredo Walter Lambiase e outros e José de Araújo Novaes Neto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator. (em 17.06.91 — 1ª Turma).

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



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.017 — MS
(Registro nº 91.0009220-7)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Tânia Gonçalves Fernandes*

Impetrado: *Governador do Estado de Mato Grosso do Sul*

Recorrido: *Estado de Mato Grosso Sul*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul*

Advogados: *Drs. José Goulart Quirino e outros, Nelson Mendes Fontoura Júnior*

EMENTA: PROMOTORA — DEMISSÃO — PROCESSO ADMINISTRATIVO — AMPLA DEFESA.

Não se exige, na sindicância, a obediência ao princípio da ampla defesa, sendo certo que este foi rigorosamente observado no processo administrativo que resultou na demissão da recorrente.

A demissão baseada em regular processo administrativo, envolvendo promotora em estágio probatório, não está sujeita à vedação da Lei nº 7.773/89.

Afastada, ainda, a alegada falta de fundamentação da decisão impugnada.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por TÂNIA GONÇALVES FERNANDES, titular da Promotoria de Justiça da Comarca de Rio Brilhante-MG contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul consubstanciado na sua demissão após processo administrativo baseado em sindicância na qual não lhe foi assegurada a participação, com violação, portanto, aos artigos 196, 197 e 198 da Lei Complementar nº 11/82.

Processado regularmente o feito, o Colendo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul assim decidiu a espécie dos autos:

“MANDADO DE SEGURANÇA — INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE COATORA FIRMADAS POR PROCURADOR — DESENTRANHAMENTO REJEITADO — ELEMENTO INFORMATIVO AO ESCLARECIMENTO DOS FATOS — DEMISSÃO DE PROMOTOR PÚBLICO — PROCESSO ADMINISTRATIVO FINCADO EM SINDICÂNCIA ANTERIOR — FINALIDADE E NATUREZA JURÍDICA DA SINDICÂNCIA — RESOLUÇÃO OU PORTARIA INAUGURAL COM DESCRIÇÃO OBJETIVA DOS FATOS IMPUTADOS COMO ILÍCITOS FUNCIONAIS — DEFESA AMPLA E PROVEITOSA — PERFEITA CIÊNCIA DOS FATOS — COMPETÊNCIA DO GOVERNADOR PARA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO — DISPOSIÇÃO DIVERSA ADVINDA DA NOVA CARTA CONSTITUCIONAL DO ESTADO — PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO — DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA — APLICAÇÃO DE PENA DISCIPLINAR DURANTE PERÍODO ELEITORAL — EXEGESE DA

LEI FEDERAL Nº 7.773/89 — INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE — WRIT DENEGADO.

1. As informações no mandado de segurança devem ser firmadas pela autoridade coatora. Tal irregularidade, na hipótese, desaconselha o desentranhamento da peça, eis que sem influência direta no *decisum* e operando como simples elementos informativo.

2. Sindicância administrativa pode instrumentalizar aplicação de pena disciplinar de natureza leve, desde que obedecido o princípio do **due process of law** pela Administração, podendo, também, funcionar como investigação de fatos ensejadores de pena grave e como medida preparatória do futuro processo administrativo, sendo que, nessa hipótese, não haverá necessidade de defesa do sindicato ou de sua intervenção.

3. É válido o ato inaugural do processo administrativo, no tocante à descrição dos fatos imputados, quando nele consta expressa referência aos fatos apurados durante a sindicância preparatória, especialmente quando o próprio acusado, em sua manifestação defensiva, requer expressamente a dispensa da leitura pormenorizada daqueles fatos, promovendo, por outro lado, uma defesa combativa, proveitosa e ampla.

4. Tendo a nova Constituição estadual concedido autonomia funcional ao Ministério Público, em dispositivo auto-aplicável, a competência para apreciar o pedido de reconsideração da aplicação de pena disciplinar desloca-se do Governador para o Procurador-Geral de Justiça.

5. A Lei Federal nº 7.773/89 pretendeu apenas que demissões e nomeações feitas nos períodos pré e pós-eleição não tenham conotação de vingança ou de favor eleitoreiro, sem impedir, por óbvio, que servidor, regularmente processado, possa ser julgado administrativamente.”

Inconformada, a impetrante interpôs o presente recurso ordinário sustentando, preliminarmente, a invalidade das informações porque não subscritas pela autoridade coatora, no caso, o Governador do Estado.

No mérito, sustenta, em síntese, que o Egrégio Tribunal *a quo* apreciou mal a prova documental produzida e não fundamentou devidamente o acórdão, restando violados os artigos 131 do CPC e 192, 196 e 199 da Lei Complementar nº 11/82.

Ratifica os fundamentos da impetração, invocando:

“a) o direito de só responder a processo administrativo disciplinar que tenha por base sindicância instaurada e levada a efeito com observância das garantias constitucionais de que tratam os incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição Federal;

b) direito de só ser processada administrativamente, através de processo disciplinar instaurado por ato inaugural que descreva objetivamente e qualifique juridicamente os fatos imputados de modo a permitir o exercício de ampla defesa;

c) o direito de só ser punida disciplinarmente, por decisão fundamentada na autoridade competente, mediante valoração de todas as provas colhidas na instrução do PAD e apreciação de todos os fundamentos da defesa apresentada, além da indicação das razões de convencimento adotado pela autoridade;

d) o direito de não poder ser punida com pena de demissão no período eleitoral, estabelecido pelo artigo 15, da Lei nº 7.773, de 08/06/89.”

Requer o conhecimento e provimento do presente recurso, declarando-se a nulidade do ato expedido pelo Governador do Estado pelo qual ilegal, inconstitucional e injustamente aplicou-se à recorrente a pena de demissão. Pleiteia, por fim, seja determinada a sua reintegração no cargo de Promotora de Justiça, sem prejuízo do pagamento dos vencimentos do período compreendido entre a expedição do ato impugnado e a data da concessão da segurança por este C. Tribunal (fls. 680/696).

Oferecidas contra-razões (fls. 702/707), subiram os autos a este C. Tribunal, tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República opinado pelo desprovimento do recurso (fls. 716/723).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. As informações foram prestadas e subscritas pela autoridade apontada como coatora (fls. 132/147), não procedendo a preliminar argüida pela recorrente (fls. 681/683).

Por ter tomado conhecimento de fatos graves, atribuídos à recorrente, atentatórios ao decoro e ao prestígio da própria instituição, foi realizada uma sindicância pelo Exmo. Sr. Corregedor-Geral do Ministé-

rio Público local e, como houve apuração destes fatos, o Egrégio Conselho Superior decidiu pela instauração do processo administrativo.

Entende a recorrente ser imprestável a sindicância porque nela não teria tido oportunidade de defesa. O princípio da ampla defesa deve ser obedecido no processo administrativo e não na sindicância. Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 12ª ed. atualizada, ensina que:

“Sindicância — Sindicância administrativa é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição do infrator. Pode ser iniciada com ou sem sindicato, bastando que haja indicação da falta a apurar. Não tem procedimento formal, nem exigência de comissão sindicante, podendo realizar-se por um ou mais funcionários designados pela autoridade competente. Dispensa defesa do sindicato e publicidade no seu procedimento por se tratar de simples expediente de verificação de irregularidade e não de base para punição, equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal. É o verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo disciplinar”. (pág. 595)

José Cretella Júnior, no seu *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed. revista e atualizada, esclarece que:

“Sindicância administrativa ou, abreviadamente, sindicância, é o meio sumário de que se utiliza a Administração do Brasil para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável”. (pág. 647)

Celso Ribeiro Bastos, em seus *Comentários à Constituição*, 2º volume, 1989, acentua que:

“Uma palavra deve ser dita a propósito da sindicância. A Administração, quando não em condições de instaurar imediatamente o procedimento cabível, dispõe do instrumento da sindicância que tem por propósito a averiguação ou a apuração de um fato. A sindicância não implica, num primeiro momento ao menos, a existência de culpados. Daí porque dispensar o contraditório e a ampla defesa. A mera condição de sindicato não confere ao servidor as prerrogativas em pauta”. (pág. 269)

Como se vê, não se exige, na sindicância, a obediência ao princípio da ampla defesa... A Constituição assegura o princípio do contraditório

aos litigantes em processo e não em sindicância (art. 5º, LV). O contraditório e ampla defesa não se aplicam nem mesmo ao inquérito policial e é isso o que demonstra Celso Ribeiro Bastos, ob. cit. pág. 269, ao afirmar que a mera suspeita de envolvimento no inquérito policial, não justifica a utilização dos meios constitucionais de defesa e que "... os envolvidos em inquérito policial não podem ser tidos por acusados nos termos da Constituição. A acusação é sempre uma irrogação a alguém da prática de um ato condenável, no caso de um ilícito penal. Enquanto não advenha este ato estatal que impute a uma determinada pessoa a prática do delito, esta não pode ser tida por acusada. A fase investigadora é portanto preparatória da acusação, uma vez que só pelo desenvolvimento do ocorrido e pela identificação da autoria é possível praticar-se o ato formal de acusação.

Ante o exposto, consideramos inaplicável ao inquérito policial o contraditório e a ampla defesa" (pág. 269).

Para José Cretella Júnior, ob. cit. "... a sindicância está para o processo administrativo assim como o inquérito policial está para o processo penal" (pág. 648).

Hely Lopes Meirelles, ob. cit., diz que:

"Desde a citação acusatória deverá ser facultado ao indiciado, ou ao seu advogado, o exame dos autos na repartição, para apresentação da defesa e indicação de suas provas no prazo regulamentar, possibilitando-lhe o acompanhamento de toda a instrução. Nesse conhecimento da acusação, com oportunidade de contestação, apresentação de contraprovas e presença nos atos instrutórios é que se consubstancia a ampla defesa assegurada pela Constituição (artigo 153, § 15) e sem a qual é nulo o julgamento condenatório". (pág. 594)

A Procuradoria-Geral só estava obrigada a assegurar à recorrente a ampla defesa no processo administrativo e não na sindicância e isto foi regularmente feito. No processo administrativo a recorrente foi citada, interrogada, produziu provas, esteve presente, devidamente acompanhada de seu advogado em toda a fase instrutória, enfim, teve ela todas as oportunidades de defesa.

Nossa Corte Maior, no RE nº 102.657-GO, DJ de 10.04.87, entendeu que:

"Administrativo.

Funcionalismo. Inquérito administrativo.

Não se configura cerceamento de defesa ter sido citado o funcionário, somente após a fase de sindicância, para

apresentá-la. O disposto, no particular, no Decreto-lei estadual nº 147, de 13.03.70 corresponde ao art. 222 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União que jamais foi considerado inconstitucional. Citado, pode o funcionário requerer as provas que desejar, inclusive reinquirição de testemunhas. A negativa injustificada poderá implicar, então, em cerceamento de defesa, mas não constando ter qualquer prova sido recusada ao recorrente o alegado cerceamento não se tem como configurado.” (RTJ — 121/655)

A alegação de falta de fundamentação da decisão impugnada também não procede. Para se chegar a esta conclusão, basta que a mesma seja lida. Trata-se de uma decisão plenária de um Tribunal, de dezoito laudas datilografadas (fls. 660/677), na qual são especificados com clareza e precisão os vários atos reprováveis, ilegais, indignos e afrontosos à própria instituição, atribuídos à impetrante e apresentados os dispositivos legais aplicados. A parte dispositiva está precedida de ampla explanação dos fatos, dos atos irregulares atribuídos aos recorrentes e os dispositivos legais que autorizam a instauração do processo e o afastamento dela.

O Pretório Excelso, no MS nº 20.395-1, Relator Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, impetrado contra decisão do extinto TFR que colocou em disponibilidade um Juiz Federal, firmou o seguinte entendimento:

“Para estar fundamentada a decisão que coloca magistrado em disponibilidade por interesse público, basta que se funde — e a ele, portanto, se refira — em inquérito que apurou os fatos, e do qual a conclusão é submetida a julgamento, em escrutínio secreto.

O mesmo ocorre quanto à decisão preliminar de instauração do inquérito, tendo em vista sua natureza e o procedimento estabelecido na parte final do § 2º do artigo 27 da Lei Complementar nº 35/79, dispensada, até, a publicação de sua conclusão.”

Por ocasião deste julgamento, o Eminentíssimo Ministro Moreira Alves cita outro precedente do Supremo, no RE 77.912 (RTJ-89/846), em caso análogo, onde ficou assentado que:

“Para estar fundamentada a decisão que coloca magistrado em disponibilidade por interesse público, basta que se funde — e a ele, portanto, faça referência — em inquérito que apurou os fatos, e do qual a conclusão é submetida a julgamento. Essa, aliás, é a única motivação admissível em escrutínio secreto, em

que todos os participantes se limitam a votar **sim** ou **não**. Não há sequer necessidade — e não é conveniente — de que a decisão, ao invés de se reportar expressamente ao inquérito, reproduza os fatos que nele foram objeto de apuração.”

Se assim entendeu a Excelsa Corte, em caso de disponibilidade de magistrado, não se pode negar a aplicação destas decisões aos membros do Ministério Público, ainda em fase probatória.

Sobre a alegada impossibilidade da demissão no período mencionado no artigo 15 da Lei nº 7.773/89 (doc. de fls. 120/122), não procede porque referida norma legal veda apenas a demissão ilegal e não a baseada, como no caso, em regular processo administrativo envolvendo promotora em estágio probatório. A Dra. Odília Ferreira da Luz Oliveira, digna Subprocuradora-Geral da República, salienta, em seu bem lançado parecer que:

“Como é razoável supor que o legislador use as palavras em sentido técnico, só se pode chegar a uma de duas conclusões.

A primeira delas — a Lei nº 7.773/89 proíbe toda e qualquer demissão — fere o senso jurídico, o senso ético e, mesmo, o bom senso, pois considera que a garantia do processo eleitoral deve ser obtida até à custa do sacrifício do interesse público, com a manutenção, nos quadros da Administração Pública, de funcionário que praticou ilícito administrativo de tal gravidade, que a lei o pune com pena de demissão — ao lado da cassação de aposentadoria e disponibilidade, a mais grave das sanções disciplinares.

Justamente porque é pena e a mais grave de todas, proibir o administrador de aplicá-la é impor-lhe conduta contrária à regra do art. 37, *caput*, da Constituição, que exige respeito ao princípio da moralidade.

Também estará sendo infringido o princípio da indisponibilidade do interesse público, implícito em nosso sistema constitucional, ao se exigir do administrador tolerância com o cometimento de faltas funcionais de excepcional gravidade.

Parece-me inaceitável essa primeira conclusão.

Resta a segunda: a lei veda atos de demissão que, pelo desvio de finalidade (fins políticos) ou por outro vício de legalidade, são inválidos em qualquer época e não apenas em períodos eleitorais. Exatamente por isto — a inutilidade de se proibir em determinado período aquilo que é permanentemente

vedado (a expedição de atos administrativos viciados por ilegalidade) — é que considero supérfluo o preceito em causa, na parte em que se refere à demissão.

Em síntese: ou a Lei nº 7.773/89 fere a Constituição a ética e o bom senso ao vedar de modo absoluto a demissão de funcionários públicos em época eleitoral, ou proíbe apenas a demissão ilegal e, por isso, é redundante.

Não há como negar, assim, a legalidade da demissão da recorrente, ainda que expedida no período a que se refere a Lei nº 7.773/89.”

Nego provimento ao recurso.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, também estou de inteiro acordo com o Eminentíssimo Ministro GARCIA VIEIRA.

A sindicância, como ensinam os processualistas e os administrativistas, é uma medida meramente pré-processual e não tem forma e nem figura de juízo, daí não se exigir, no seu contexto, o princípio da amplitude da defesa.

No caso, não se trata sequer de hipótese de demissão, mas simplesmente de dispensa, porque o promotor se encontrava ainda no estágio probatório. Como se referiu o Eminentíssimo Representante do Ministério Público, em seu parecer oral, o processo de verificação das condições para ulatimação da efetivação ou vitaliciamento da impetrante se encontrava ainda em fase da colheita de provas pela sindicância, através do processo administrativo.

Se neste processo lhe foi concedida a amplitude da defesa, conforme o princípio constitucional, nada há a reparar. A dispensa foi efetivamente legal.

É o meu voto, concordando plenamente com o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.017 — MS — (91.0009220-7) — Rel.: Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Tânia Gonçalves Fernandes. Impdo.: Governador do E. de MS. Recdo.: Est. de MS. T. Origem: Tribunal de Just. do E. de MS.

Advs.: Drs. José Goulart Quirino e outros e Nelson Mendes Fontoura Júnior.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (1ª Turma: 02.09.91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Min. PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL — EMBARGOS

RECURSO ESPECIAL Nº 1.050 — SP
(Registro nº 89.10799-2)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José Candido*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Eduardo Taberneck e outro*

Advogado: *Raymundo Ribeiro*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. EFEITO DA CONDENAÇÃO POR CRIME FALIMENTAR. LEI 7.661/45.

É de se considerar que o texto do art. 195, da Lei de Falências, não deixa dúvida sobre tratar-se de efeito da condenação, por crime falimentar, a interdição do exercício do comércio.

Conseqüências descritas nos artigos 196 e 197, da Lei 7.661/45. Deste modo, a despeito da reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, é aplicável, na espécie dos autos, a interdição do exercício do comércio.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, em 6 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Recurso Especial interposto pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, com fundamento nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que dera provimento parcial à apelação de EDUARDO TABERNEIRO, para reduzir a um ano de reclusão a condenação a 1 ano e seis meses que lhe fora imposta, por infração dos arts. 186, VI e VII, 187 e 188, da Lei de Falências, sem aplicar, no entanto, o art. 185, da mesma lei, que impõe a interdição do exercício do comércio. O apelo do Ministério Público para aplicação daquela medida fora negado pela Câmara Criminal, sob o seguinte fundamento, transcrito no recurso (fl. 264):

“Improcede, *data venia* das doutas e respeitáveis opiniões em contrário, o apelo ministerial. Como vem entendendo a Turma Julgadora, com o advento da nova Parte Geral do Código Penal, tornou-se inaplicável a interdição para o exercício do comércio.

Como observado pelo eminente Desembargador GENTIL LEITE, a respeito do tema “se o novo Código Penal não prevê referida pena e não fixa prazo para o seu cumprimento, ela torna-se inexecutável devendo por isto ser cancelada”. E, continua: “Assim, a pena acessória do art. 195 da Lei de Falências não pode ser confundida com a pena principal restritiva de direitos, com a aplicação dos arts. 47, 54 e 55, do Código Penal. A isto se chega porque são autônomas e substituem as privativas de liberdade, o que não se ajusta com a aplicada nos autos” (R.J.T.J.E.S.P., 104/487).

A orientação ora adotada, além de ser majoritária neste Tribunal, vem recentemente de ser apreciada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que não a considerou desarrazoada (cf. R.J.T.J.E.S.P., 114/479).”

Entende o Ministério Público recorrente ter a Colenda Turma Julgadora negado vigência aos arts. 195, 196 e 197, da Lei de Falências, afastando-se, ao mesmo tempo, de interpretação dada à matéria pelo Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante. A Lei de Falências, no art. 195, diz constituir efeito da condenação por crime falimentar a interdição do exercício do comércio. Trata-se, afirma, de consequência imediata da sentença condenatória. Cita tratadistas e lembra o art. 12, do Código Penal, na sua atual redação, dispondo que “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”, concluindo que o art. 195, da Lei de Falências, sobreviveu incólume à reforma penal de 1984. Abrilhanta, ainda, as razões, o culto Procurador-Geral da Justiça Paulista, com resenha de acórdãos do Tribunal do Estado, no sentido de que a supressão das penas acessórias, pela reforma de 1984, não revogou o art. 195, em questão. Por fim, para demonstrar a ocorrência de dissídio jurisprudencial, trouxe à baila acórdão relatado pelo Ministro Célio Borja, publicado no D.J. de 02.12.88, pág. 31.900, em recurso extraordinário interposto pela mesma Procuradoria, assim ementado:

“Falência. Interdição ao exercício do comércio.

A “pena” de interdição ao exercício do comércio (art. 195 da Lei de Quebras) é efeito da sentença e não pena acessória, nem infamante a atrair o veto da nova lei penal ou a velha prescrição constitucional.”

O recurso foi deferido pelo despacho às fls. 286-288, à vista do dissídio entre a decisão recorrida e aquela do Supremo Tribunal Federal, que cuida de hipótese idêntica.

A douta Subprocuradoria-Geral da República é pelo conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. EFEITO DA CONDENAÇÃO POR CRIME FALIMENTAR. LEI 7.661/45.

É de se considerar que o texto do art. 195, da Lei de Falências, não deixa dúvida sobre tratar-se de efeito da condenação, por crime falimentar, a interdição do exercício do comércio. Consequências descritas nos artigos 196 e 197, da Lei 7.661/45.

Deste modo, a despeito da reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, é aplicável, na espécie dos autos, a interdição do exercício do comércio.

Recurso provido.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O recurso especial teve seguimento, por haver sido reconhecida a divergência entre o acórdão recorrido e os paradigmas apontados pelo recorrente.

Em face disso, conheço do recurso.

No mérito, é de considerar-se que o texto do art. 195, da Lei de Falências (L. 7.661/45), não deixa qualquer dúvida sobre tratar-se de “efeito da condenação por crime falimentar a interdição do exercício do comércio, com as conseqüências descritas nos artigos seguintes: 196 e 197”.

Não procede a opinião dos que entendem haver desaparecido a interdição, com a vigência da nova Parte Geral do Código Penal, em 1984.

No mérito impugnado, o ilustre Relator diz sobre o tema:

“Como observado pelo eminente Desembargador GENTIL LEITE, a respeito do tema “se o novo Código Penal não prevê referida pena e não fixa prazo para o seu cumprimento, ela torna-se inexecutável devendo por isto ser cancelada”.

E continua: “Assim, a pena acessória do art. 195 da Lei de Falências não pode ser confundida com a pena principal restritiva de direitos, com a aplicação dos arts. 47, 54 e 55, do Código Penal. A isto se chega porque são autônomos e substituem as privativas de liberdade, o que não se ajusta com a aplicada nos autos” (R.J.T.J.E.S.P., 104/487).

A orientação ora adotada, além de ser majoritária neste Tribunal, vem, recentemente, de ser apreciada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que não a considerou desarrazoada (cf. R.J.T.J.E.S.P., 114/479)” (fl. 261)

Não há nenhum fundamento jurídico a embasar a tese do Tribunal *a quo*. É verdade que as penas acessórias desapareceram com a reforma de 1984, mas algumas delas foram transferidas para o Capítulo VI — Dos Efeitos da Condenação — na nova parte geral, não sendo razoável se pretenda, por isso, ter como inaplicável, na espécie, a interdição do exercício do comércio, disposição de lei especial que, mesmo em conflito com o Código Penal, teria que prevalecer.

Observe-se que esse tipo de sanção, própria do direito comercial, constitui um efeito secundário da condenação privativa de liberdade, com

o objetivo de proteger o comércio contra pessoas que não souberam honrar os seus compromissos contratuais.

CELSO DELMANTO, citado à fl. 267, transcreve a opinião de DAMASIO E. DE JESUS, assim expressa:

“A supressão das penas acessórias não deixou desamparada a sociedade, uma vez que algumas passaram a constituir penas restritivas de direito (Código Penal, art. 47) e outras, efeitos da condenação (art. 92). A extinção da interdição do exercício do comércio, entretanto, a vingar, virá em prejuízo da atividade mercantil. Como diz RUBENS REQUIÃO, a medida “visa ao saneamento da atividade mercantil, em defesa do crédito e da economia coletiva” (“Curso de Direito Falimentar”, São Paulo, Saraiva, 1982, vol. 11/158). Ora, a extinção da interdição como se pretende, permitirá que o condenado por crime falimentar, por maiores que sejam a censurabilidade de sua conduta e o prejuízo — causado aos credores, venha exercer o comércio no dia seguinte do término do cumprimento da pena privativa de liberdade”.

O Supremo Tribunal Federal, através do voto do eminente Ministro CÉLIO BORJA, proclamou:

“A “pena” de interdição ao exercício do comércio (art. 195 da Lei de Quebras) é efeito da sentença e não pena acessória, nem infamante a atrair o veto da nova lei penal ou a velha prescrição constitucional.

RE conhecido e provido” (DJ, de 2/12/88, p. 3.900).

São inúmeras as decisões nesta linha, como se vê das transcrições feitas nas razões de recurso especial.

Com estes fundamentos, conheço do recurso pelas letras *a* e *c*, do permissivo constitucional, e dou-lhe provimento para reformar a decisão recorrida, nos termos do pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo.

É o meu voto.

VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: A questão cinge-se em saber se subsiste a regra do art. 195, da Lei de Falências, respeitante à interdição para o exercício do comércio, em face da nova Parte Geral do Código Penal.

Tal como o eminente Relator, entendo que sim, *data venia* do voto divergente do eminente Ministro Carlos Thibau. Só que a interdição em

tela, à luz da Constituição de 1988, há de ser vista como pena acessória, e não como efeito da condenação.

A propósito, são irrecusáveis os argumentos expendidos pelo eminente Ministro Assis Toledo, no voto que proferiu no REsp 458-SP, assim exteriorizado:

“PENAL. LEI DE FALÊNCIA.

Pena acessória de interdição para o exercício do comércio (art. 195 da Lei 7.661/45).

Acórdão que a considera inexecutável, com a superveniência da nova Parte Geral do Código Penal, por ausência de previsão legal de prazo para cumprimento.

Improcedência desse fundamento, ante os dispositivos dos arts. 196 e 197 da mesma Lei.

Perante a Constituição vigente, a interdição para o exercício do comércio só pode ser pena, não mero efeito automático da condenação (art. 5º, XLVI, e).

Todavia, havendo previsão legal (princípio da reserva legal) e tendo sido aplicada expressamente em sentença judicial (observância do devido processo legal), não ocorre ilegalidade ou inconstitucionalidade, pois a lei especial podia prever tal pena e não foi intuito da reforma penal revogar a legislação especial, como se infere do art. 12 do CP.”

Com essas brevíssimas considerações, adiro ao voto do eminente Relator.

VOTO (Vencido)

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, peço vênha para discordar de V. Exa., porque esses efeitos da condenação, atualmente, são regulados pelo art. 92 da lei posterior à Lei de Falência, que alterou a Parte Geral do Código Penal, estabelecendo três efeitos da condenação, que seriam: perda do cargo ou função pública, quando o crime é praticado contra a Administração, como abuso de poder, violação de dever inerente; a incapacidade para o exercício do pátrio poder, nos crimes dolosos cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; e inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Além disso, a Constituição, no seu art. 5º, inciso XIII, estabelece a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

De maneira que, tratando-se de comércio praticado por um taberneiro, em que não é exigida uma qualificação profissional, parece-me, *data venia*, que essa interdição está a ferir o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal. Lamento divergir de V. Exa., eminente Relator, para votar em sentido contrário, negando provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.050 — SP — (89.10799-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdos.: Eduardo Taberneiro e outro. Adv.: Raymundo Ribeiro.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Sexta Turma, em 6.8.91).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite e Costa Lima. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Washington Bolívar e Vicente Cernicchiaro. O Sr. Ministro Costa Lima compareceu à Sessão para compor *quorum*.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.203 — SP (Registro nº 900001456-5)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Marcelo Mattos Pimenta de Araújo*

Recorrida: *Rosilene Carla Vieira*

Advogados: *Enéas César Ferreira Neto e Célia Cândida Marcondes*

**EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATER-
NIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS — EXECU-
ÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL — FIXAÇÃO DO TER-
MO INICIAL DA PENSÃO ALIMENTÍCIA A PARTIR
DA CITAÇÃO.**

I — A ação de investigação de paternidade, dotada de natureza declaratória, que não cria laço de parentesco, mas tão-somente estabelece sua certeza jurídica. Segundo a doutrina, seus efeitos deverão retrotrair à data do nascimento e ou até à da concepção do reconhecido.

II — Reconhecida a paternidade, a obrigação de alimentar, em caráter definitivo, exsurge, de forma incontestada, desde o momento em que exercido aquele direito, com o pedido de constrição judicial, qual seja, quando da instauração da relação processual válida, que se dá com a citação. Inteligência do § 2º, do art. 13, da Lei nº 5.478/68.

III — Recurso conhecido mas a que se nega provimento.

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 e negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: À guisa de relatório, adoto a parte expositiva do parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Nelson Parucker (fls. 722/725):

“Cuida-se de investigação de paternidade cumulada com alimentos, promovida por menor (fls. 02/04), que resultou julgada procedente, em parte, pelo Em. Magistrado de Primeiro Grau, que excluiu do *petitum* apenas a verba alimentar, por falta de elementos suficientes para a sua fixação (fls. 341/362).

Por sentença de fls. 367/368, foram ainda acolhidos os embargos declaratórios da Autora, a propósito do termo inicial da correção monetária dos honorários advocatícios e os dos assistentes técnicos.

Seguiram-se as apelações do Réu (fls. 371/388), da Suplicante (fls. 390/400) e da D. Curadoria de Ausentes e Incapazes (fls. 402/407), sendo que o Ven. Acórdão de fls. 450/451, da Eg. Sexta Câmara Civil do Col. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, decidiu converter o julgamento em diligência, a fim de submeter os interessados ao exame HLA.

Realizada a aludida perícia imuno-hematológica, voltaram os autos à Egrégia Corte Revisora, quando o mencionado Egrégio Órgão julgador negou provimento à irrisignação do Acionado, no mesmo passo em que deu provimento parcial às inconformidades da Demandante e do Ministério Público, por votação uniforme, salvo no particular do termo *a quo* dos alimentos (fls. 650/657).

Em virtude dos embargos infringentes do Suplicado (fls. 659/665), cuja insurgência, no caso, limita-se ao termo inicial da verba alimentar, o reportado Aug. Colegiado, por maioria, rechaçou dita impugnação (fls. 681/682).

Daí, seguiu-se o recurso especial do Requerido (fls. 658/665), interposto em 15.05.89, i.é, já sob a ordem constitucional que agora prevalece, ao sustentáculo de o Ven. Aresto hostilizado haver negado vigência à Lei nº 883/49, art. 5º, bem como por haver dissentido, na espécie, do entendimento consagrado em Ven. Decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que colacionou, dizendo-se, assim, amparado nas disposições do art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Carta Política de 1988.

Por via do r. despacho de fls. 699/700, da Eminente Presidência do Egrégio Tribunal de origem, foi admitido o apelo em questão, apenas pelo permissivo constitucional da alínea *c*, eis que o Ven. Acórdão afrontado, de fato, teria divergido da Ven. Decisão apontada, no tocante ao termo inicial dos alimentos em ação investigatória da paternidade”.

Acrescento que o parecer é pela confirmação do Acórdão recorrido. Devidamente processado o recurso, subiram os autos a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Trata-se de Recurso Especial, fundado no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, no qual se alega negativa de vigência do art. 5º, da Lei nº 883/49, bem como divergência com julgado do Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O Acórdão recorrido, ao decidir a controvérsia, aduziu (fls. 681/682):

“Toda a construção pretoriana, para justificar o débito, a partir da sentença, e não da citação, cede, ante a inarredável necessidade do alimentado, a que o alimentando está vinculado por sangue e por obrigação moral, livre e conscientemente assumida.

Os argumentos que transferem a obrigação para a data da sentença, como ato constitutivo do direito, não se aplicam, na hipótese de investigação de paternidade, que não é ação da mesma natureza, mas declaratória de relação jurídica subjacente.

A questão foi, superiormente, enfocada no julgado embargado, de que foi relator o eminente Desembargador Ferreira da Cruz, prevalecendo, então, sua disposição, para que a condenação em alimentos, na investigatória de paternidade, retroaja à data da citação”.

O recorrente, por outro lado, sustenta que o aresto impugnado, ao assim decidir, teria dado interpretação divergente da decisão proferida pelo Colendo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, consubstanciada na seguinte ementa:

“Execução por título judicial. Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Filiação natural.

Procedência dos pedidos em ambas as instâncias. Os alimentos não são devidos a partir da citação, por aplicação do art. 13, § 2º, da Lei Especial de Alimentos, nem do trânsito em julgado da sentença. Aplica-se, por analogia, o art. 5º, da Lei 883/49, para declarar que os alimentos são devidos a partir da sentença favorável em 1ª instância e no percentual que prevaleceu. Provimento em parte do recurso”. (TR — vol. 613, págs. 167/168).

Portanto, aparente é a divergência, seria de se conhecer do recurso com fundamento na letra *c*.

O cerne da questão está na fixação do termo inicial da pensão alimentícia.

Vale ressaltar, quanto àquele termo, o art. 5º, da Lei nº 883/49 refere-se a alimentos provisionais, inaplicável, pois, ao caso versante, embora existente entendimento adverso.

Sobre a matéria, afirma Washington de Barros, que “o Código Civil veio admitir, entretanto, ao lado do voluntário, o reconhecimento judicial, através de ação de investigação de paternidade, por via da qual pede o demandante se declare o respectivo *status familiae*”. (Curso de Direito Civil, vol. 2, 21ª ed., Saraiva, pág. 254).

Bem de ver, a ação de investigação de paternidade, dotada de natureza declaratória, que não cria laço de parentesco, mas tão-somente estabelece sua certeza jurídica, daí resultando que seus efeitos deverão retroagir à data do nascimento e ou até à da concepção do reconhecido.

A propósito, assim entende Arnaldo Medeiros da Fonseca, quando diz:

“Considerada prejudicial ou de estado, a ação de investigação de paternidade ilegítima não visa em si mesma nenhuma condenação, mas sim a declaração por sentença do estado de filho que o autor plêiteia. Daí ser incluída pelos processualistas na categoria das chamadas ações declaratórias, que se destinam apenas a estabelecer uma certeza jurídica, ao contrário das ações de condenação que, além de declararem o direito questionado, conferem ao vencedor a faculdade de pedir a execução forçada em seu favor.

Produzindo a sentença proferida em tais ações os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário (Código Civil, artigo 366), a natureza declaratória e retroativa deste e daquela são, de maneira geral, afirmadas e reconhecidas entre nós.

Na França, e na Itália, essa é também a doutrina dominante.

O reconhecimento, advertem PLANIOL, RIPERT e ROUAST, tem por objeto estabelecer a existência do laço de filiação; encarado como ato de vontade, não deveria, em princípio, criá-lo senão para o futuro; mas o reconhecimento é também a prova de um fato e o bom-senso faz prevalecer tal concepção. Estabelecido, portanto, este fato, deve sê-lo a partir do nascimento do filho. Todos os efeitos da filiação reconhecida se produzem, pois,

a contar desse dia, e mesmo a partir do dia da concepção, se beneficiam o filho”. (Investigação de Paternidade, Forense, 3ª ed., 1958, págs. 350/351).

Na mesma trilha desse entendimento, Carlos Maximiliano, ressalta:

“O reconhecimento, quer voluntário, quer judicial, só faz constar o que existe já, por isso, tem um efeito declaratório apenas, não atributivo; logo retrotrai, até a data presumível da concepção, dá direito de concorrer às sucessões abertas anteriormente à sentença e depois da época em que é de presumir ter sido gerado o filho. Pouco importa que a distribuição do acervo esteja terminada e definitivamente julgada; basta não se achar prescrito o direito de pedir a herança.

A sentença leva a rescindir, pelos meios regulares, doações e partilhas anteriores à mesma, desde que sejam posteriores à época legal da concepção. O *Veredictum* retroage, tanto em favor do filho, como do próprio pai; porque entre os dois o direito sucessório e o de receber alimentos são recíprocos”. (Direito das Sucessões, 2ª ed., vol. I, págs. 315/316).

No mesmo sentido, também, Pontes de Miranda:

O reconhecimento não é ato atributivo, mas simplesmente declarativo, no sentido do direito civil, da filiação da pessoa a que se refere. A filiação, que existia antes, embora sem caráter legal, passa a ser assente perante a lei. O reconhecimento, portanto, não a cria: revela-a. Daí resulta que os seus efeitos, quaisquer que sejam remontam ao dia do nascimento, e, se for preciso, da concepção do reconhecido. (Tratado de Direito Privado, Tomo IX, 2ª ed., pág. 99).

Como se vê, pretende o recorrente seja a obrigação de alimentar estabelecida a partir da sentença de primeiro grau.

Contudo, razão não lhe assiste, uma vez que aquela obrigação é decorrente do *jus sanguinae*, e este, por sua vez, já se encontrava presente desde a concepção e o nascimento da reconhecida.

A sentença, como se infere, apenas declarou a realidade daquele fato preexistente.

Reconhecida a paternidade, a obrigação de alimentar exsurge, de forma incontestada, desde o momento em que exercido aquele direito, com o pedido de constrição judicial, qual seja, quando da instauração da re-

lação processual válida, que se dá com a citação do réu, no caso, o investigando.

A ação de alimentos, embora cumulada com a investigatória, é de natureza condenatória e, conseqüentemente, em consonância com a regra geral, há de retrotrair à da propositura da demanda, melhor explicitando, a contar da previsão legal, como afirmado, da data da citação.

Há que se examinar, ainda, a possibilidade de se aplicar à espécie, a norma contida no § 2º do artigo 13, da Lei 5.478/68, por se tratar de regra de natureza genérica, em contraste com a da antiga Lei nº 883/49, art. 5º, a qual se restringe à verba alimentícia em apreço, resultante da investigatória da paternidade, que é de natureza específica. A última diz respeito aos alimentos provisionais, enquanto que a outra se refere tanto aos provisórios quanto aos definitivos.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, ao concluir, com acerto, aduziu (fls. 724):

“Por mais, há de ser ponderado que, na eventualidade do reconhecimento judicial, em face da resistência do suposto genitor, quando o processo é submetido à revisão da superior instância, ante o recurso oferecido, quase sempre envolvendo o próprio parentesco, não pareceu razoável nem justo ao legislador protrair os efeitos da condenação a intervalo muito longo, como sucede muitas vezes, o que não se verifica, entretanto, quando tal relação familiar não se acha em discussão, mas, tão-somente, o dever alimentar em si mesmo considerado.

Também é certo que, no caso concreto, não mais se litiga em torno da paternidade, limitando-se a insurgência ao termo inicial dos alimentos devidos.

Nestas condições, a melhor solução, *data venia*, deve estar com a corrente que se inclina pela fixação do indigitado termo *a quo* da verba alimentar desde a citação, como previsto na Lei nº 5.478/68, art. 13, § 2º, inobstante o comando aparentemente em contrário, de suposta norma específica, inserida na Lei nº 883/49, art. 5º, que determina a sua aplicação a alimentos provisionais (na hipótese se trata de alimentos fixados em caráter definitivo, merecendo ser lembrado que a superveniente Lei nº 5.478/68, art. 13, § 2º, estende a sua eficácia a qualquer caso)”.

Coloco, ainda, em evidência, que a lei enfocada dispõe, única e exclusivamente sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, o que não é a

hipótese dos autos, pois que não discute paternidade extraconjugal, embora o investigado tenha contraído matrimônio, este ocorreu, todavia, após a alegada concepção.

Certo que, *in casu*, não se debate a paternidade, mas sim o termo inicial da obrigação de alimentar.

Tenho, pois, como correto o Acórdão recorrido, ao fixar aquele termo da verba alimentícia, de caráter definitivo, a partir da data da citação, a teor do § 2º, do art. 13, da Lei 5.478/68, que se aplica em qualquer caso, não obstante haja regra específica em sentido contrário, inserta na Lei nº 883/49, art. 5º, determinando sua aplicação aos alimentos provisionais.

Ante o exposto, conheço pois do recurso pela letra c, III, art. 105, do permissivo constitucional, mas nego-lhe provimento, para manter a decisão recorrida na sua integralidade, por afinar-se com a lei e não divergir da jurisprudência predominante.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, já sustentei o entendimento contrário, mas terminei por convencer-me do acerto desta tese, não só pelas fortes razões deduzidas pelo eminente Sr. Ministro Relator, mas, também, por uma questão de ordem prática. Não convém tratar pior aquela pessoa que reconheceu o seu filho do que aquele que se absteve injustamente de fazê-lo.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.203 — SP — (900001456-5) — Rel.: O Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Marcelo Mattos Pimenta de Araújo. Recdo.: Rosilene Carla Vieira. Advs.: Enéas César Ferreira Neto e Célia Cândida Marcondes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. (Julgado em 19.06.90 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro GUEIROS LEITE.

RECURSO ESPECIAL Nº 2.266 — RJ
(Registro nº 90.0001649-5)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Empreendimentos Técnicos Mar Bravio Ltda.*

Recorridos: *Losango S/A Crédito, Financiamento e Investimentos e outro*

Advogados: *Luiz Bernardo Rocha Gomide e outros, Antônio Vilas Boas T. de Carvalho e outro*

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA.

A nota promissória pode, em tese, ser emitida por mandatário com poderes especiais. Todavia, por vulneração ao artigo 115 do Código Civil, é inválida a cambial emitida com base em mandado de extensão não especificada, outorgado pelo devedor em favor de empresa integrante do mesmo grupo financeiro a que pertence a instituição credora. Conflito efetivo de interesses entre representante e representado. Tema do 'contrato consigo mesmo', abordado no REsp 1.294, acórdão da 3ª Turma deste STJ.

Comissão de permanência. Previsão contratual.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Vencidos os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro, que dele não conheciam. Participaram, também, do julgamento, além do signatário, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Trata-se de ação declaratória ajuizada por EMPREENDIMENTOS TÉCNICOS MAR BRAVIO LTDA. contra LOSANGO S/A ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS E LOSANGO S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS, perante a 2ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

O MM. Juiz de Direito, assim relatou o feito:

“Diz a autora que celebrou com a última ré contrato de mútuo pelo qual se obrigou a pagar a importância de Cr\$ 9.034.806,00. Cumprindo parcialmente a obrigação fez pagamentos no total de Cr\$ 7.214.585,00. No contrato estipulou-se que a falta de pagamento de qualquer das prestações no respectivo vencimento sujeitaria a devedora a juros de 1% ao mês, além da comissão de permanência autorizada pelo Banco Central do Brasil. Com base nesta cláusula, pretende a credora importância incompatível com os termos do pacto celebrado, o que deu origem a protesto no qual a autora manifestou sua intenção de não concordar com qualquer pretensão excedente dos limites da obrigação. Deste protesto ambas as rés foram intimadas em 10 de novembro de 1980. No dia seguinte a autora foi intimada do aponte de promissória de Cr\$ 674.315,00, emitida pela última ré, que se declarou sucessora da Fico, à qual a autora outorgou o ineficaz mandato consubstanciado na 3ª cláusula do contrato. Este mandato só conferia poderes para a emissão de seis promissórias de Cr\$ 1.505.801,00, vencíveis mensalmente a partir de 1º de setembro de 1979, quando a promissória apontada, no valor de Cr\$ 674.315,00, venceu-se em 1º de novembro de 1980. Sustado o protesto desse título, a ré emitiu mais três promissórias de Cr\$ 1.505.801,00, igualmente apontadas, e que também tiveram sustado o protesto. Como a autora já pagou Cr\$ 7.214.585,00 por conta da dívida de Cr\$ 9.034.806,00, não poderia ela ser devedora de mais Cr\$ 5.191.718,00, que é o valor total das promissórias emitidas pela ré. Acresce que, recebidos os pagamentos parciais, modificou o modo de implementar a obrigação.

Diz mais que o mandato conferido a sociedade vinculada à credora não tem validade, já que pela própria natureza do instituto não se admite a outorga de poderes para serem utilizados, não em proveito do mandante ou consoante as instruções

e a volição deste, mas contrariamente aos seus interesses e em favor de outrem. A invalidade resulta da circunstância de ter sido o mandato estabelecido para que o mandatário aja exclusivamente contra os interesses da mandante. Para que o mandato possa ter objeto possível, quando não seja do interesse exclusivo do mandante, deve ele retratar, no mínimo, uma comunhão do interesse dele com o do mandatário ou de terceiro.

Também sustenta que a comissão de permanência estabelecida no contrato é inexigível porque não foi autorizada pelo Banco Central e nem poderia sê-lo, já que esta instituição não tem poderes para criar instrumento que permita a cobrança de juros superiores ao máximo legal.

Diante do exposto, pede que se declare:

a) A inexistência da relação cambial materializada nas quatro promissórias cujo protesto foi liminarmente sustado.

b) A inexistência de real, digo: de relação jurídica que obrigue a autora a pagar as notas promissórias que foram ou venham a ser emitidas por qualquer das rés.

c) A inexistência de relação jurídica que permita à última ré cobrar comissão de permanência.

d) A inexistência de relação jurídica que permita à mesma ré cobrar mais que o saldo devedor do contrato, acrescido de juros.

A última ré contesta a fls. 73. Alega, em substância, que o artigo 14 da Lei 2.044, de 1908, permite que o aval seja prestado por mandatário; que a argumentação sobre a ineficácia de cláusulas do contrato de mútuo, desenvolvida pela autora, tem por fim retardar o pagamento do débito; que o artigo 29 da Lei 4.728 outorgou ao Banco Central do Brasil competência para determinar a aplicação da comissão de permanência, a fim de acompanhar as oscilações do mercado financeiro; que a Circular nº 82 dessa instituição permite a cobrança de comissão de permanência nas bases dos juros, encargos e comissões cobrados na operação primitiva; que a contestante recebeu os pagamentos mencionados na inicial mas, porque os mesmos foram feitos com atraso, imputou parte de seu valor na comissão de permanência." (fls. 245/247).

A ação foi julgada procedente, declarados os preceitos contidos no requerimento da autora.

Apreciando a apelação das rés, o eg. Tribunal *a quo*, por maioria, deu provimento ao recurso, julgando improcedente a ação sob a ementa seguinte:

“Mandato. Eficácia, Excesso de poderes. Não é ineficaz a sua outorga a empresa vinculada à que é credora da obrigação a ser cumprida — mútuo, até mesmo porque pode ser outorgada à própria credora. Outrossim, ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não excedeu os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções (artigo 1.313, do Código Civil).

Comissão de permanência. É devida quando expressamente prevista no contrato de mútuo, por ser lei entre as partes.” (fls. 294).

O acórdão foi confirmado, também por maioria de votos, em sede dos embargos infringentes manejados pela autora (fls. 345/347).

Inconformada, a autora interpôs recurso extraordinário aos 17 de fevereiro de 1983, fundamentado no artigo 119, inciso III, alíneas *a* e *d*, da Carta Constitucional de 1969, alegando contrariedade aos artigos 145, 1.297, e 1.343, do Código Civil, e Súmula nº 596 do Pretório Excelso, além de divergência do acórdão recorrido com arestos do Tribunal de Alçada de Minas Gerais e 1º Tribunal da Alçada Cível de São Paulo (fls. 350/373).

Admitido o apelo extremo e remetido ao eg. STF, sobreveio a esta corte por despacho do eminente Ministro Aldir Passarinho.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Admito o apelo extremo, pelo dissenso jurisprudencial, revelado no confronto entre o aresto impugnado e os citados como paradigma, segundo os quais seria inválida a cláusula concedendo ao credor, ou a alguém *longa manus* do credor, poderes para emitir títulos e assumir obrigações cambiárias contra o próprio mandante e figurando como beneficiário o credor (fls. 353/355).

Conhecido o apelo extremo, cumpre julgar a causa, aplicando o direito à espécie — enunciado 456 da Súmula do STF.

A respeito do tema fundamental em discussão, já no julgamento do REsp nº 2.453 emiti voto do teor seguinte:

“Debate-se, no presente recurso, o tema da validade de nota promissória criada com suporte em procuração que o devedor, em contrato de abertura de crédito firmado com instituição financeira, outorga, com poderes para emissão de cambiais, a empresa integrante do mesmo grupo econômico.

A eg. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais deu pela procedência da ação declaratória de nulidade da cambial, ajuizada pela firma devedora após medida cautelar de sustação de protesto, sob o argumento básico de que o preenchimento da cártula ao arbítrio exclusivo do credor esbarra na proibição do art. 115 do Código Civil.

O eminente relator, Ministro Barros Monteiro, conheceu do Recurso Especial manifestado pelo Banco Real S.A. e lhe dá provimento para restabelecer a sentença. Decide sob os fundamentos que resumo: a) lembra decisão do Pretório Excelso, no RE 104.307, *in* RTJ 116/749, pela qual inexistem óbices legais à outorga de mandato pelo mutuário a empresa vinculada ao grupo creditício do mutuante, devendo possível incompatibilidade de interesses ser aferida “em cada caso, mediante o exame da extensão dos poderes deferidos ao mandatário e a ocorrência, ou não, de abuso no desempenho do mandato”; b) a Nota Promissória pode ser emitida por mandatário com poderes especiais, podendo inclusive o mandato ser conferido no interesse do mandatário; c) não se deve presumir “o choque de interesses entre o devedor e o credor, apenas porque a cambial foi emitida por procuração outorgada à empresa coligada a este último”, eis que, conforme o relator no RE já aludido, eminente Ministro Octávio Gallotti, os poderes do mandatário mais se afiguram aos do nuncio, “tendo-se em vista que o conteúdo da obrigação, já havia sido previamente fixado, com a manifestação cabal da vontade do mutuário e dos seus avalistas, para o fim exclusivo da emissão do título”; d) o devedor assumiu livremente a obrigação, que não nega, insurgindo-se, em verdade, contra o montante dos juros, que considera excessivo; e) o abuso de poderes, a exigência excessiva de acessórios do débito, há de ser verificada caso a caso, não constituindo assim a cláusula 10ª do contrato uma condição potestativa, como entendido, para casos análogos, pelo egrégio Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, na Uniformização de Jurisprudência nº 3, *in* RT 503/202.

No caso dos autos, eminentes Colegas, está o contrato de abertura de crédito por cópia às fls. 13, dele constando a cláusula 10^a, com o seguinte teor:

“A CREDITADA e seus avalistas, nomeados e qualificados no anverso, por este instrumento e na melhor forma de direito nomeiam e constituem sua bastante procuradora, de forma irrevogável e irretratável, a Companhia Real de Valores, Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, com sede em São Paulo-SP, a Rua Boa Vista, 254, para o fim especial de emitir em nome deles outorgantes uma nota promissória, com vencimento à vista, em favor do BANCO, do valor correspondente ao saldo devedor da conta ora aberta, nota promissória esta que poderá ser recebida pelo Banco como dação em pagamento, para liquidação do saldo devedor referido, passando a CREDITADA e os AVALISTAS, na qualidade de emitentes, a deverem unicamente dita nota promissória, emitida em virtude dos poderes ora outorgados, que como título executivo estará sujeita a cobrança e processo de execução.”

Da análise das cláusulas contratuais, impressas muito minuscualmente no verso do instrumento, verifica-se estar nelas assegurada (Cl. 8^a), a qualquer tempo, “a certeza e liquidez da dívida da creditada, compreendendo o cálculo de juros, correção monetária e outras despesas que, juntamente com o principal, formarão o débito”. Isso sem falar na multa contratual “irreduzível” de 10% sobre o total dos débitos, e dos honorários “que forem devidos” (cl. 9^a). A creditada, outrossim, “renuncia” (!) ao direito de verificar a exatidão do débito e nem poderá, “sob qualquer forma ou pretexto, retardar o pagamento ou cobrança do saldo devedor demonstrado pelo Banco”, ressalvada apenas a possibilidade de ajuizar posterior ação de repetição, “em caso de erro”.

A rigor, por tais cláusulas, a recorrida terá renunciado até mesmo às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e ao próprio uso dos embargos do devedor e ao devido processo legal.

Menos mal, diria Pangloss, que o Banco lhe não proíbe a ação de repetição do indébito.

Os argumentos, em favor de uma e de outra das posições em debate, são bastante conhecidos, inclusive pelas repercussões em vasta e conflitante jurisprudência.

· 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 criadas 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. Excetuam-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 tem 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 protesto 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 violam*.” (‘Instituições de Direito Civil’, Forense, v. 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 da empresa pertencente ao grupo financeiro do mutuante, para assumir responsabilidades, da 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 eg. 3ª Turma, no REsp 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 o 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 vontades; 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 THUR a salientar

o risco de um prejuízo; PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, que perguntam, no caso de conflito de interesses, não se sentiriam os representantes tentados a sacrificar os direitos dos representados em privilégio dos seus, além de BARASSI e DOMENICO RUBINO no mesmo sentido. (ob. cit., Rio, Freitas Bastos, 1956, pg. 32/35).

Arremata o citado autor com a opinião de PACCHIONI, para quem a nulidade desses contratos deriva do “fatto de non potere l’interesse del rappresentato venir sentito dal rappresentante in egual misura como 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 autocontrato 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, pg. 43/44).

HAHNEMANN GUIMARÃES, OROSIMBO 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 ns. 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 interesses 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, em. 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 27.9.82, da Apelação 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.” (Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJDF, vol. 13, pág. 280).”

Os argumentos expendidos nesse voto — com a devida ressalva no pertinente a certas considerações relativas ao teor de cláusulas contratuais inseridas no contrato de financiamento de que cuidou o REsp 2.453 —, feita, repito, tal ressalva, os aludidos argumentos ajustam-se à espécie ora em julgamento, para justificar nosso posicionamento pela invalidade dos mandatos outorgados no “contrato de empréstimo” de fls. 47 e seguintes, e, portanto, dos títulos cambiários emitidos e avalizados no uso dos poderes outorgados em tal avença.

A declaração de invalidade, todavia, não abrange, como tem sido decidido nesta Turma, a previsão contratual de cobrança da comissão de permanência (fls. 48), nos termos autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, com amparo na Lei 4.595/64 e Súmula 596 do Pretório Excelso, conforme aliás copiosa jurisprudência referida pelos recorridos na impugnação ao recurso extraordinário — fls. 387 e seguintes. Esta 4ª Turma tem oposto restrição, apenas, à cobrança cumulativa, que configure *bis in idem*, da correção monetária mais a comissão de permanência, isto é, quando este segundo encargo já englobar a correção decorrente dos índices inflacionários.

Assim sendo, a demanda é afirmada improcedente quanto aos itens III e IV do *petitum* (fls. 24); destarte, o restabelecimento da sentença do juízo singular limita-se ao decidido sob as letras *a* e *b*, fls. 249.

Nestes termos conheço do recurso especial, e ao mesmo dou parcial provimento.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Egrégia Corte, trata-se de recurso especial manifestado por Empreendimentos Técnicos Mar Bravio Limitada, em que figuram como recorridos Losango S.A. Créditos, Financiamentos e Investimentos, e outro. Diz o recorrente que o acórdão guerreado contrariou os artigos nºs 145, 1.297 e 1.343, do Código Civil, divergindo da Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal, com arestos do Tribunal de Alçada de Minas Gerais e do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

O Eminentíssimo Relator trouxe à tona voto que proferiu no Recurso Especial nº 2.453 — longo e erudito — e o concluiu da seguinte maneira:

“Os argumentos expendidos nesse voto — com a devida ressalva no pertinente a certas considerações relativas ao teor de cláusulas contratuais inseridas no contrato de financiamento de que cuidou o REsp 2.453 —, feita, repito, tal ressalva, os aludidos argumentos ajustam-se à espécie ora em julgamento, para justificar nosso posicionamento pela invalidade dos mandatos outorgados no “contrato de empréstimo” de fls. 47 e seguintes, e, portanto, dos títulos cambiários emitidos e avaliados no uso dos poderes outorgados em tal avença.

A declaração de invalidade, todavia, não abrange, como tem sido decidido nesta Turma, a previsão contratual de cobrança da comissão de permanência (fls. 48), nos termos autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, com amparo na Lei 4.595/64 e Súmula 596 do Pretório Excelso, conforme aliás copiosa jurisprudência referida pelos recorridos na impugnação ao recurso extraordinário — fls. 387 e seguintes. Esta 4ª Turma tem oposto restrição, apenas, à cobrança cumulativa, que configura *bis in idem*, da correção monetária mais a comissão de permanência, isto é, quando este segundo encargo já engloba a correção decorrente dos índices inflacionários.

Assim sendo, a demanda é afirmada improcedente quanto aos itens III e IV do *petitum* (fls. 24); destarte, o restabelecimento da sentença do juízo singular limita-se ao decidido sob as letras *a* e *b*, fls. 249.

Nestes termos conheço do recurso especial, e ao mesmo dou parcial provimento”.

Nada obstante a erudição estampada no voto do Eminentíssimo Relator, permito-me divergir de S. Exa., assim porque os argumentos expendidos no voto que proferira S. Exa. no Recurso Especial nº 2.453 não se ajustam, a meu ver, ao caso ora em julgamento. Com efeito, no que toca à alegação de violação do direito federal, registro que são apontados como violados os arts. 145, 1.297 e 1.343 do Código Civil, enquanto no recurso anterior cuidava-se de cláusula potestativa, que impediria a validade do mandato outorgado à instituição financeira. Trouxe mesmo, o Eminentíssimo Magistrado votante, à tona, um voto do Eminentíssimo Ministro Cláudio Santos, a respeito do tema. Mas, exatamente aí, no voto do Ministro Cláudio Santos, há expressa referência ao art. 115 do Código Civil, que abriga a proibição da cláusula potestativa. Neste caso, não se cogitou, nem se cogita, do art. 115 do Código Civil.

Relembro que a alegada violação do direito federal diz respeito aos artigos 145, 1.297 e 1.343. Tocantemente ao art. 145, inciso II, não vejo como admitir o recurso, porque o dispositivo mencionado diz que é nulo o ato jurídico quando for ilícito ou impossível o seu objetivo. A outorga do mandato, no âmbito do Direito Cambial, não é ilícito, nem é impossível o seu objeto. Por conseguinte, não encontro afronta, na decisão hostilizada, ao art. 145 do Código Civil. Sob outro ângulo, também não vislumbro agressão ao art. 1.297. Eis o dispositivo mencionado:

“O mandatário que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, reputar-se-á mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos.”

De igual maneira, no que tange ao art. 1.343 do mesmo diploma legal.

Ora, tendo a instância ordinária decidido a questão de fato de que o mandante se comportará nos limites do mandato, evidentemente não estão feridos esses dispositivos: o 1.297 e o 1.343 do Código Civil.

No que toca ao dissídio com a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, eu o tenho por inexistente, eis que o contrato firmado entre as partes prevê a comissão de permanência e os títulos que resultaram do contrato teriam sido caucionados, pelo que a cobrança de comissão de permanência mostra-se legítima.

Nem mesmo a divergência argüida em relação à decisão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, encontro patenteadas, porque no aresto do Tribunal Mineiro se faz referência à hipótese de procuração outorgada por mutuário em favor de empresa pertencente ao grupo financeiro do mutuante, para assumir responsabilidade de

extensão não especificada em títulos cambiais. E, no caso concreto, o mandato não teria essa extensão não especificada, porquanto estaria relacionado às prestações devidas e contratadas.

Ante o exposto, rogando vênias ao Eminentíssimo Relator, a quem presto as minhas homenagens, não conheço do recurso manifestado.

É o meu voto.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Agita-se no caso concreto, uma vez mais, o tema do prequestionamento.

Tenho posição firmada a respeito, já explicitada em diversas oportunidades, que o reputa indispensável dada a natureza do recurso especial, mas que não o exige explícito, como entendia, diversamente, o Supremo Tribunal Federal na vigência do sistema constitucional anterior, quando bem diversa era a moldura conjuntural.

A propósito, no **REsp 2.544-SP**, de que fui relator, assinalei que “o enunciado da norma legal não se mostra imprescindível quando se evidenciam a questão federal e a tese desenvolvida” (DJ de 6.8.90). Na mesma direção, por sinal, o **REsp 2.550-MG**, da eg. Terceira Turma, relatado pelo Ministro Cláudio Santos.

In casu, pelo apurado, embora não explicitada a norma 115 do Código Civil, a tese foi versada, razão pela qual, coerente também com a posição, que adoto (dentre outros, **REsp 1.641**), que não admite a outorga da procuração a empresa do mesmo grupo (v. conclusão do “V Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada”, Rio, 1981, “Anais”), com vênias ao Ministro Fontes de Alencar, acompanho o Ministro Relator, Athos Carneiro.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Peço vênias ao eminentíssimo Relator para acompanhar o voto do não menos ilustre Ministro Fontes de Alencar, não conhecendo do recurso.

A respeito da eficácia do mandato conferido pelo devedor à empresa pertencente ao mesmo grupo econômico do credor, para contra aquele emitir nota promissória, já me pronunciei quando do julgamento do **REsp nº 2.453-MG**. Votei pela validade da outorga.

No caso dos autos, não vislumbro por primeiro ofensa à lei federal. Em face de minha posição assumida quando da apreciação do supra-mencionado apelo especial, não há como considerar o ato viciado por impossibilidade do objeto (art. 145, nº II, do Código Civil). Nem tampouco há que se cogitar de afronta ao disposto nos arts. 1.297 e 1.343 do mesmo *Codex*, seja porque impertinentes na espécie, seja porque a alegação de excesso de poderes pela mandatária demandaria aqui a investigação de matéria probatória (Súmula nº 07 desta Corte).

De outro lado, nesse tópico não se caracteriza, como necessário, o dissídio pretoriano diante da dessemelhança fática entre os julgados trazidos à colação pela recorrente e a espécie ora sob exame. É que, nos precedentes apontados, a assunção da responsabilidade pelo mutuário foi de extensão não especificada, circunstância diversa da que ocorre no caso em tela.

Tocante à comissão de permanência, além da previsão contratual, a sua exigência é autorizada pela Lei nº 4.595/64 (art. 4º, inciso IX), estando em plena consonância com o enunciado da Súmula nº 596 da Suprema Corte. Aliás, nesse particular, a divergência não se aflorou nos votos antecedentes, todos concordantes no sentido de que não houve infringência à lei federal, nem que se tenha configurado o conflito com o citado verbete sumular.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, na assentada de 18 de setembro último, o Senhor Ministro ATHOS CARNEIRO, Relator, proferiu d. e minucioso voto, conhecendo deste recurso especial “pelo dissenso jurisprudencial revelado no confronto entre o aresto impugnado e os citados como paradigmas, segundo os quais seria inválida a cláusula, concedendo ao credor ou a alguém, *longa manus* do credor, poderes para emitir títulos e assumir obrigações cambiárias contra o próprio mandante, e figurando como beneficiário e credor (fls. 353/355)”.

Passando ao julgamento da causa, consoante o verbete 456 da Súmula do Supremo Tribunal, S. Exa., reportando-se a seu pronunciamento anterior, no REsp 2.453, passou em revista a divergência configurada

na jurisprudência brasileira a propósito da validade e eficácia de cláusula de contratos-padrão de mútuo de dinheiro, instituindo o mutuante e credor (ou pessoa a ele vinculada) como mandatário do mutuário devedor, com poderes para emitir títulos de crédito, em nome do mutuário e em favor do mutuante, fixando-lhes o valor, vencimento, etc.

E concluiu S. Exa., *verbis*:

“Os argumentos expendidos nesse voto — com a dívida ressalva no pertinente a certas considerações relativas ao teor de cláusulas contratuais inseridas no contrato de financiamento de que cuidou o REsp 2.453 —, feita, repito, tal ressalva, os aludidos argumentos ajustam-se à espécie ora em julgamento, para justificar nosso posicionamento pela invalidade dos mandatos outorgados no “contrato de empréstimo” de fls. 47 e seguintes, e, portanto, dos títulos cambiários emitidos e avalizados no uso dos poderes outorgados em tal avença.

A declaração de invalidade, todavia, não abrange, como tem sido decidido nesta Turma, a previsão contratual de cobrança da comissão de permanência (fls. 48), nos termos autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, com amparo na Lei 4.595/64 e Súmula 596 do Pretório Excelso, conforme aliás copiosa jurisprudência referida pelos recorridos na impugnação ao recurso extraordinário — fls. 387 e seguintes. Esta 4ª Turma tem oposto restrição, apenas, à cobrança cumulativa, que configure *bis in idem*, da correção monetária mais a comissão de permanência, isto é, quando este segundo encargo já englobar a correção decorrente dos índices inflacionários.

Assim sendo, a demanda é afirmada improcedente quanto aos itens III e IV do *petitum* (fls. 24); destarte, o restabelecimento da sentença do juízo singular limita-se ao decidido sob as letras *a* e *b*, fls. 249.

Neste termos conheço do recurso especial, e ao mesmo dou parcial provimento.

2. Interrompido o julgamento por pedido de vista do Senhor Ministro FONTES DE ALENCAR, retomou-se o debate da causa na sessão de 02 de outubro passado, quando S. Exa. justificou sua divergência, recusando o conhecimento do recurso.

Para tanto realçou, primeiramente, a discrepância que, a seu ver, distancia o caso em exame do precedente a que se prende o voto do Senhor Ministro Relator (REsp 2.453), cujos fundamentos nortearam sua presente decisão, pois aqui (acentua o Senhor Ministro FONTES DE ALEN-

CAR) não se aponta contrariedade ao art. 115 do Código Civil, mas ofensa aos arts. 145, 1.297 e 1.343 do mesmo código. Depois, a propósito do dissídio jurisprudencial, observou que não o reconhece, “porque no acórdão do Tribunal Mineiro se faz referência à hipótese de procuração outorgada por mutuário em favor de empresa pertencente ao grupo financeiro do mutuante, para assumir responsabilidade de extensão não especificada em títulos cambiais. E, no caso concreto, o mandato não teria essa extensão não especificada, porquanto estaria relacionado às prestações devidas e contratadas”.

3. O Senhor Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, por sua vez, subscreveu o entendimento sufragado pelo Senhor Ministro ATHOS CARNEIRO, esclarecendo que, “embora não explicitada a norma do art. 115 do Código Civil, a tese foi versada”, razão pela qual S. Exa. se manteve “coerente também com a posição que adoto (dentre outros, REsp 1.641), que não admite a outorga de procuração a empresa do mesmo grupo (v. conclusão de O Encontro Nacional de Tribunais de Alçada, Rio, 1981, Anais)”.

4. O empate dos votos se caracterizou na sessão de 30 de outubro, quando o Senhor Ministro BARROS MONTEIRO, persistindo na orientação que exprimiu no julgamento do REsp 2.453-MG, acrescentou esta justificativa:

“De outro lado, nesse tópico não se caracteriza, como necessário, o dissídio pretoriano diante da dessemelhança fática entre os julgados trazidos à colação pela recorrente e a espécie ora sob exame. É que, nos precedentes apontados, a assunção da responsabilidade pelo mutuário foi de extensão não especificada, circunstância diversa da que ocorre no caso em tela.”

5. Cumpre-me, por conseguinte, completar o julgamento do presente recurso, o que ora faço, escusando-me, desde logo, pela involuntária demora (que, todos sabem, decorre da moléstia que me cerceou as forças ao longo de todo o primeiro semestre).

6. Nesta altura, em verdade, tive já ensejo de pronunciar-me sobre o tema controvertido, ao votar, em 26.6.90, no REsp 2.569-SP e, em 5.2.91, no REsp 5.986-MG, feitos nos quais proferi voto de desempate, consoante acórdãos cujas cópias faço pensar.

7. Persevero no mesmo entendimento que externei nesses precedentes, enquanto reputo, *data venia*, mais que suficiente para justificá-lo a consideração de que trabalha diametralmente contra a razão de ser do mandato a mera possibilidade de que o mandatário seja autorizado a praticar ato jurídico em que ele mesmo (mandatário) seja parte contratan-

te; ou, ainda, em que se procura mascarar essa realidade (verdadeiramente incompatível com nosso sistema contratual), mediante a interposição de suposto terceiro, sob ordens e instruções do suposto mandatário, em mal disfarçada dissimulação do verdadeiro teor dos fatos.

Mercê desse artifício, resulta a que a lei não quer (nem jamais admitiu), isto é: que o mandatário atue contra o mandante, como se ao mandante (isto sim) não conferisse a lei o direito potestativo de destituir o mandatário, revogando o mandato, quando bem entendesse, em razão (por exemplo) da quebra da confiança, elemento primordial dessa figura de contrato.

8. É bem verdade que, por agora, se trata, antes de tudo, de conhecer ou não o recurso.

9. Ora, não me parece duvidosa, *data venia*, a divergência pretoriana, em verdade, abundantemente patenteada nos autos.

Veja-se que o acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, proferido na AC 20.255, em 11.5.82, sendo Relator o pranteado Juiz RONALDO CUNHA CAMPOS (D.J.O. de MG, 27.5.82, pág. 8), fixou esta orientação:

“A existência no aludido contrato de cláusula concedendo ao credor permissão para emitir títulos e assumir em nome de terceiros a obrigação de avalista, com a devida vênua, é inválida, pois como foi decidido pela grande maioria no Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil”, realizado, em fins do ano passado, na cidade do Rio de Janeiro, “é inválida a procuração outorgada por mutuário em favor de empresa pertencente ao grupo financeiro do mutuante para assumir responsabilidade, de extensão não especificada, em títulos cambiais, figurando como favorecido o mutuante” (ac. un. 3ª Câmara Cível, Tribunal de Alçada de Minas Gerais na Apelação 20.255, *in* Diário Oficial de Minas Gerais de 27.05.82, p. 8).”

De fato, tenho como certo que, a se demarcar, prévia e exaustivamente, a extensão ou conteúdo da obrigação, a assumir, na verdade já nem seria mister o mandato para legitimar ato adverso ao interesse do devedor. Daí porque reputo inócua a ressalva, verdadeiramente redundante, agora exaltada como desfiguradora do dissídio, que considero caracterizado.

Colho, ademais, da petição inicial da ação declaratória de nulidade do mandato e dos títulos com base nele emitidos, este tópico (fls. 13):

“Ocorre que essa procuração, inserida no instrumento de contrato de mútuo, não tem nenhuma validade, pois não se

admite, à luz dos princípios que norteiam o contrato de mandato, a outorga de poderes para serem utilizados, não em proveito ou consoante as instruções e a volição do mandante, mas, contrariamente a seus interesses, em favor de outrem, com quem ele celebrou um contrato.

A invalidade do mandato resulta, no caso, da circunstância de ter sido contratado **para que o mandatário aja, exclusivamente, contra os interesses do mandante.**

De regra, o mandato é constituído no interesse do mandante. Excepcionalmente, contudo, admite-se que possa sê-lo no do interesse **comum** do mandante e do mandatário, ou mesmo ter seu **objeto comum** ao mandante e a um terceiro, ora, na espécie, deu-se a constituição do mandato exclusivamente no interesse do mandatário, o que o invalida de todo, por não revestir a característica essencial dessa espécie de contrato.”

Como se vê, nenhum dispositivo legal, em verdade, é aduzido pelo autor, agora recorrido; mas não era mister que o fosse (*jura novit curia*).

Certo, não obstante, que este enunciado da *causa petendi* repercute o que decorre do sistema contratual que herdamos de Roma e que subsiste na lei brasileira de hoje, para o qual o mandatário é instituído para representar o mandante, conforme suas instruções e no seu interesse, perante terceiros, na prática de atos jurídicos (e não, perante o próprio mandante, como criatura que se volta contra o criador). Este, a meu ver, o exato sentido dos julgados-paradigma, irrelevante a menção à cláusula redundante relativa à ilimitação prévia do débito.

Ante o exposto, o conhecimento do recurso pode verificar-se pela alegada contrariedade ao art. 145, II, do Código Civil: a cláusula impugnada é tão adversa ao nosso direito escrito, que não admira possa ofender vários dispositivos legais (não somente, portanto, o art. 115 do Código Civil apontado como vulnerado, em outros precedentes).

É por isto que, *data venia*, conheço do recurso, também por contrariedade à lei, na forma exposta.

E, conhecendo-o, também, com a devida vênia, dou-lhe parcial provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.266 — RJ — (90.0001649-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Empreendimentos Técnicos Mar

Bravio Ltda. Recorridos: Losango S/A Crédito, Financiamento e Investimento e outro. Advogados: Luiz Bernardo Rocha Gomide e outros; Antônio Vilas Boas T. de Carvalho e outro.

Em sessão realizada em **18.09.90**, após o voto do Sr. Relator que conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, pediu VISTA o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Aguardaram os Srs. Mins. Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, por motivo justificado o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu a sessão o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

Levado em sessão de **02.10.90** pelo Sr. Ministro Fontes de Alencar que pediu VISTA e dele não conheceu, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo acompanhou o Relator, pediu VISTA o Sr. Ministro Barros Monteiro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Proseguindo o julgamento em sessão do dia 30.10.90, o Sr. Ministro Barros Monteiro não conheceu do recurso; foi suspenso o julgamento, aguardando voto de desempate o Sr. Ministro Bueno de Souza que se encontrava ausente (art. 181, § 2º, RISTJ). Presidiu a sessão o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

Em sessão de **06.08.91**, o Sr. Ministro Bueno de Souza acompanhou os Srs. Ministros Relator e Sálvio de Figueiredo que conheciam e davam parcial provimento. Ficaram vencidos os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro, que dele não conheciam.

Decisão: A 4ª Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento (em 06.08.91).



RECURSO ESPECIAL Nº 2.378 — SC

(Registro nº 9021049)

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

Recorrente: *José Maria de Paula Correia*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

Advogados: *Drs. Carlos Eduardo Caputo Bastos e outro*

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA.
RECEBIMENTO.**

Sendo decisório o despacho de recebimento da denúncia a incompetência supervenientemente declarada de quem o proferiu anulá-o, pelo que o respectivo efeito interruptivo do prazo prescricional deixa de existir.

Negativa de vigência aos arts. 108, § 1º, e 567, do CPP. Dissídio jurisprudencial demonstrado.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto vista do Sr. Ministro José Cândido acompanhando o Sr. Ministro Relator, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Ao fundamento de que a ratificação, pelo Procurador da República de Santa Catarina, da denúncia oferecida pelo Procurador da República do Paraná, ocorrera somente depois de prescrito o crime de uso de documento público falso, atribuído ao estudante José Maria de Paula Correia, o MM. Juiz Federal em Florianópolis decretou a extinção da respectiva punibilidade (fls. 532/534).

O crime teria ocorrido em 13.06.73 e o réu fora denunciado perante o MM. Juiz Federal do Paraná que, após o recebimento da acusação, acolheu exceção de incompetência oposta pela defesa e declinou de sua competência para a Justiça Federal de Santa Catarina, local da consumação do delito.

O Ministério Público Federal recorreu da sentença de extinção da punibilidade tendo o recurso sido provido por unanimidade, pela E. Terceira Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos, sendo relator o eminente Ministro Flaquer Scartezzini, que assim ementou o acórdão:

“PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. OFERECIMENTO. JUÍZO INCOMPETENTE. RECEBIMENTO. ATOS DECISÓRIOS E ANULÁVEIS. EFEITOS.

O ajuizamento da denúncia se processa através de despacho que possui conteúdo ordinatório ou de expediente no qual se encerra somente um juízo de admissibilidade quanto à regularidade formal, à viabilidade da relação processual e do direito de ação.

De outro lado, a incompetência do juízo não acarreta a ilegitimidade do órgão fiscalizador da lei porque, sendo o Ministério Público uno e indivisível, ele atua em nome do Estado para o reconhecimento do direito de punir, não sendo rigorosamente parte.

Desta forma, oferecida a denúncia perante o juízo incompetente *ratione loci* e não se tratando seu recebimento de ato decisório, a conservação destes pelo juízo competente, implica, tácita e necessariamente, na manutenção de seus efeitos, inclusive o de causa interruptiva de prescrição.

Recurso provido.” (fl. 574)

O réu recorreu extraordinariamente da decisão, dizendo contrários os arts. 108, § 1º, 567 e 569, do CPP, bem assim dissidente o aresto recorrido de jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, que trouxe à colação.

O acórdão impugnado teria negado vigência aos dois primeiros dispositivos legais ao concluir não ser ato decisório o despacho de recebimento da denúncia. Não fosse assim e seria dispensável a ratificação da denúncia pelo Juízo competente, restando supérfluo o comando do art. 108, § 1º, do CPP, a ser interpretado conjuntamente com o art. 567.

Caso não se entendesse decisório o despacho de recebimento da denúncia, forçoso seria concluir que o acórdão também negara vigência ao art. 569 do mesmo estatuto processual, ao afirmar a possibilidade de ratificação daquele recebimento a qualquer tempo.

Se a denúncia e seu recebimento estão condicionados à ratificação no Juízo competente, tornar-se-ia imprescindível que os atos de ratificação fossem praticados **antes** de implementado o prazo prescricional, sob

pêna de se estabelecer uma causa suspensiva do lapso extintivo não previsto em lei, além daqueles estabelecidos na Parte Geral do Código Penal.

A prevalecer tal entendimento, estar-se-ia a instituir uma suspensão indefinida do prazo prescricional, até que a denúncia e seu recebimento fossem ratificados antes da sentença, contrariamente à lógica e ao bom senso.

Por tais motivos, o recurso extraordinário deveria ser provido para restabelecer-se a sentença de primeiro grau (fls. 576/593).

O recurso foi admitido e subiu ao E. STF, onde seu relator, o eminente Ministro Aldir Passarinho, determinou a remessa dos autos a este Tribunal, convertido que foi o extraordinário em especial, *ipso jure*.

Nesta instância, a douta SGR opinou pelo conhecimento e improviamento do recurso, porque a ratificação da denúncia retroagiria ao momento constitutivo do ato sanando-o, assim, desde o início.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Dos diversos acórdãos do E. STF trazidos pelo recorrente os que se seguem parecem bastantes para demonstrar a divergência jurisprudencial.

Assim é que, no *Habeas Corpus* 38.833-RS, o Colendo Plenário da Corte Suprema, em sessão de 29.11.61, por maioria de votos, concluiu que o despacho de recebimento da denúncia não seria simplesmente ordinatório e sim decisório, podendo e devendo ser anulado por vício de competência da autoridade judicial que o proferiu (fls. 594/617).

Também no Inquérito 159-7-DF, relatado pelo eminente Ministro Sydney Sanches, o mesmo Plenário da Excelsa Corte, então totalmente renovado, igualmente manifestou o entendimento de que o recebimento da denúncia, por ser um ato decisório, seria passível de anulação por incompetência de seu prolator, nesse caso não se prestando como causa interruptiva da prescrição (fls. 618/625).

No Recurso Extraordinário 74.297-RJ, também invocado pelo recorrente, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque restou vencido em voto preliminar de conhecimento do recurso, não sem deixar de esclarecer seu ponto de vista sobre a natureza daquele despacho:

“Sustento, no plano do direito processual, que o recebimento da denúncia é ato decisório. Sustentei também, no plano

de sua repercussão no direito penal substancial e na passagem citada pelo recorrente, incluiu-se ele entre os atos de verdadeira jurisdição aos quais e só aos quais, — à parte de reincidência, que é fato do próprio agente e não do Estado, — o C. Penal vigente atribuiu a virtude de interromper a prescrição.” (RTJ 69/771)

Decisório ou simplesmente ordinatório o ato de recebimento da denúncia, o certo é que, no acórdão recorrido, entendeu-se que a ratificação do despacho antes exarado pelo Juiz incompetente implicaria na manutenção dos respectivos efeitos, inclusive o de interromper a prescrição, enquanto que, nos acórdãos padrões, proclamou-se o contrário.

Tenho, assim, por demonstrada a divergência jurisprudencial, conhecendo, pois, do recurso por esse fundamento.

Quanto ao mérito, parece-me que razão assiste ao eminente Ministro Xavier de Albuquerque quando, no voto mérito que proferiu nesse último julgamento, ressaltou que a ratificação da denúncia anterior equivaleria, na verdade, ao oferecimento de nova denúncia.

A propósito desse tema, lembro-me de haver sido designado, na 1ª Turma do antigo TFR, para redigir o acórdão do HC 6.113-PR, em que um dos argumentos era o de que não se poderia simplesmente ratificar denúncia já anulada por vício de incompetência do Juízo e do Ministério Público estaduais. O eminente Ministro Washington Bolívar, relator originário, concedeu a ordem porque, no seu entender, o representante do MPF não poderia ter dito, como disse, que ratificava a denúncia estadual não tendo a ratificação o condão de tornar válido o que é nulo, naquele caso tanto a denúncia como o respectivo recebimento.

Pedi licença a S. Exa. para dele discordar por entender que não se tratava propriamente de uma “ratificação”, embora esta palavra tivesse sido o termo empregado pelo Dr. Procurador da República, mas uma nova denúncia, nascida somente a partir do momento em que ele disse que adotava as razões daquela que fora considerada nula. Na ocasião, recebi a adesão do eminente Ministro Costa Leite, que também concluiu que não poderia ser ratificado o ato nulo.

Não me parece, realmente, que possa haver ratificação do ato nulo, pelo que, sem a sanatória, inviável na hipótese, inexistente a conservação do ato anterior, a produzir o novo ato efeitos *ex tunc*.

Naquele julgamento da antiga e saudosa 1ª Turma do extinto TFR não houve, contudo, discrepância sobre ser impossível a efetiva “ratificação” da primeira denúncia, porque não poderia ser sanada uma denúncia anterior tida por inexistente, muito menos o despacho que a recebeu, prolatado por Juiz incompetente.

Voltando à questão de ser ou não ser o despacho de recebimento da denúncia um ato decisório, penso como o eminente Ministro Xavier de Albuquerque.

Com efeito, somente desprezando-se seus efeitos é possível compreender-se um ato que contenha carga decisória e não seja decisório. A distinção é meramente acadêmica e não satisfaz às exigências de uma solução lógica para o processo, até porque se assim fosse, estaria criado o *non sense* aventado pelo recorrente, pois a ratificação do despacho de recebimento da denúncia a qualquer tempo implicaria na instituição de uma causa suspensiva do fluxo da prescrição, não prevista em lei, eis que, a qualquer momento, antes da sentença final, um novo Juízo, dito competente, poderia convalidar o ato do Juízo incompetente.

Para concluir, parece-me que o despacho de recebimento da denúncia é decisório, razão pela qual a incompetência supervenientemente declarada de quem o proferiu anula-o, pelo que, o efeito interruptivo do prazo prescricional também deixa de existir.

No caso em exame nem chegou a haver a ratificação do despacho de recebimento da denúncia, pois o MM. Juiz Federal de Santa Catarina, advertido da ocorrência da prescrição, extinguiu a punibilidade do réu antes de se pronunciar sobre o novo libelo.

Ante o exposto, conhecendo do recurso especial também pela negativa de vigência dos arts. 108, § 1º, e 567, do CPP, dou-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a decisão de primeiro grau.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Ainda que se entenda que o despacho de recebimento da denúncia não é ato decisório, certo é que a interrupção da prescrição somente se opera com a ratificação no Juízo competente, tal como decidiu a Corte Especial, ao apreciar a Ação Penal 12-SP, na assentada de 09 de maio último. Com essas brevíssimas considerações, adiro ao voto do eminente Relator.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMº SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, *data venia* do Eminentíssimo Ministro Relator e do ilustre Ministro

que o secundou, peço vênia para entender de modo diverso. É verdade, o art. 567 do Código de Processo Penal estatui que a incompetência do juízo, anula somente os atos decisórios, devendo o processo ser remetido ao juízo competente. Sem dúvida, o recebimento da denúncia é ato decisório: acolhe ou desacolhe a pretensão deduzida, no caso concreto, pelo Ministério Público.

A redação do Código de Processo Penal, data de 1940, entrando em vigor em 1942, não traduz a evolução da doutrina processual. Aliás, o Código de Processo Civil, mais moderno, ao classificar os atos judiciais, faz distinção entre sentença, ou seja, decisão que extingue o processo com ou sem conhecimento do mérito, decisões interlocutórias, que decidem questão incidente e, em terceiro lugar, os atos meramente de expediente.

A finalidade do art. 567 do Código de Processo Penal não visou a alcançar todos os atos judiciais que tenham conteúdo decisório, mas, exclusivamente, cassar a eficácia da decisão que aprecia o mérito e, conseqüentemente, extingue o processo com ou sem julgamento da matéria de fundo. Chego à conclusão porque o dispositivo é desdobramento, formalização do princípio da celeridade processual. Além disso, compreender o art. 567 de modo diverso, *data venia*, implicaria tornar inócuo o artigo *in fine* quanto à determinação de os autos serem remetidos ao juízo competente. Este efeito material não precisaria ser mencionado se desde o início (denúncia ou queixa — recebimento) estivesse fulminado pelo defeito declarado.

De outro lado, urge invocar o princípio de a nulidade (quanto os efeitos) produzir a menor conseqüência possível.

É certo, o juízo competente poderá analisar os atos já praticados, aproveitando-os se obedientes à legislação.

Deve-se, quanto possível, preservar os atos judiciais, considerando a utilidade pública da celeridade no interesse do esclarecimento da verdade real e no interesse individual da definição mais rápida possível da situação jurídica decorrente da instauração do processo. A nulidade, respeitosamente, só afeta o ato decisório *stricto sensu*, ou seja, naquilo que no Código de Processo Civil — e nesse ponto é uma projeção da teoria — extingue o processo com ou sem o julgamento do mérito. No caso do recebimento ou rejeição da denúncia, é decisão meramente interlocutória.

Sr. Presidente, pedindo mais uma vez respeitosa vênia, acompanho as considerações do recorrido, no qual, portanto, não confirmo supres-

são do recebimento da denúncia para o efeito do cálculo do período prescricional.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria relativa à prescrição, vale dizer, se o recebimento da denúncia, pelo juiz incompetente, interrompe ou não o prazo prescricional.

Em seu voto, o ilustre Relator assinala:

“Para concluir, parece-me que o despacho de recebimento da denúncia é decisório, razão pela qual a incompetência supervenientemente declarada de quem o proferiu anula-o, pelo que, o efeito interruptivo do prazo prescricional também deixa de existir.

No caso em exame nem chegou haver a ratificação do despacho de recebimento da denúncia, pois o MM. Juiz Federal de Santa Catarina, advertido da ocorrência da prescrição, extinguiu a punibilidade do réu antes de se pronunciar sobre o novo libelo”.

Também entendo que o recebimento da denúncia é ato decisório, conseqüentemente, a declaração de incompetência do juízo do Paraná anulou o recebimento da denúncia. Logo, aquele ato não tem força para interromper a prescrição, por isso que agiu com acerto o juízo de primeiro grau, julgando extinta a punibilidade, “por motivo de estar prescrita a pretensão punitiva” (fl. 534).

Isto posto, acompanho o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.378 — SC — (9021049) — Relator: O Exmº Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: José Maria de Paula Correia. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Advs.: Drs. Carlos Eduardo Caputo Bastos e outro.

Decisão: Após o voto vista do Sr. Ministro José Cândido acompanhando o Sr. Ministro Relator, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (17.09.91).

Os Srs. Ministros Costa Leite e José Cândido votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.073 — PR

(Registro nº 9044529)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Aristides Salles Ribeiro*

Advogado: *Dr. Alcides Soares de Oliveira Neto*

EMENTA: PENAL.

I. Regime aberto fixado inicialmente para réu reincidente, assim reconhecido pela sentença, e condenado à pena de 4 anos de reclusão. Infringência ao art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

II. Recurso provido, para fixar-se o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição, recorreu especialmente o Ministério

Público do Paraná de acórdão da E. Segunda Câmara Criminal daquele Estado, que manteve sentença condenatória de Aristides Salles Ribeiro, a quatro anos de reclusão, por estupro praticado em uma menor, de 11 anos de idade, confirmando a decisão de primeiro grau, inclusive quanto ao regime inicial aberto, imposto ao apenado, embora ele fosse reincidente, porque antes fora condenado a 3 meses e 10 dias de detenção, por crime de lesões corporais, reincidência essa levada em consideração na fixação da nova pena.

O recorrente diz violado o art. 33, § 2º, c, do Código Penal pelo acórdão recorrido (fls. 168/169), contra o qual, inclusive, interpôs embargos de declaração, insistindo em melhor esclarecimento do fundamento da concessão do regime aberto.

Rejeitados seus embargos de declaração, entrou com o recurso especial que, admitido, subiu a este Tribunal, onde recebeu parecer do Ministério Público Federal, pelo conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Pela certidão de fl. 110 verso verifica-se que o réu já foi condenado em 07.11.82 pelo crime de lesões corporais, com direito a *sursis*, pelo prazo de dois anos. Em 22.11.83 transitou em julgado a sentença condenatória e, em 12.05.86, foi declarada extinta a pena privativa de liberdade face ao cumprimento, pelo réu, das condições que lhe foram impostas.

Ocorre que o crime de estupro foi praticado em agosto de 1986, pelo que, a teor do disposto no art. 64, I, do Código Penal, para efeito de reincidência prevalece a condenação anterior, pois entre aquele e o cumprimento desta decorreram menos de cinco anos.

O recorrente entende que o aresto recorrido, ao confirmar a sentença, contrariou o disposto no art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal, que assim estabelece:

“O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.” (art. 33, § 2º, c, do CP).

Razão assiste ao recorrente.

Esta Turma sobre a questão já tem se pronunciado, como exemplificam os recursos especiais 6.221-PR e 4.217-PA, assim ementados:

“Penal. Regime semi-aberto fixado inicialmente para réu reincidente, embora condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão.

Infringência ao art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal”. (Relator Ministro Carlos Thibau)

“Recurso especial. Negativa de vigência do art. 33, *caput*, e o seu parágrafo 2º, letra *b*, Código Penal. Reincidência.

Se o condenado, mesmo com pena inferior a 4 anos de reclusão, é reincidente, como reconhecido pela sentença de Primeiro Grau, não faz jus ao regime semi-aberto para início da execução da pena.

Recurso especial a que se deu provimento para restabelecer a sentença.” (Relator Ministro José Cândido)

Ora, se não é permitido ao réu reincidente, assim reconhecido pela sentença, iniciar o cumprimento da pena no regime semi-aberto, pelo mesmo motivo neste caso, de pena igual a 4 anos de reclusão, não lhe deve ser permitido cumprir a pena, desde o início, no regime aberto, como decidiu o acórdão guerreado. A infringência ao art. 33, § 2º, *c*, do CP, é indubitosa.

Aliás, esse é o pensamento da doutrina mais moderna, como se extrai do trabalho “Penas e Medidas de Segurança no novo Código”, de Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio M. de Moraes Pitombo (R.J., ed. Forense, 1987, pág. 57).

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para casar o acórdão recorrido, no tocante à fixação do regime inicial do cumprimento da pena, determinando que o regime inicial seja fechado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.073 — PR — (9044529) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Aristides Salles Ribeiro. Adv.: Dr. Alcides Soares de Oliveira Neto.

Decisão: A Turma, à unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (13.08.91).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite, Vicente Cernicchiaro e José Cândido. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.257 — RS
(Registro nº 900004870-2)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrentes: *Molck Zamel e outro*

Recorrido: *Francred S/A — Crédito, Financiamento e Investimen-
to*

Advogados: *Paulo Wainberg e outros e Carlos Alberto Santetti e
outro*

**EMENTA: COMERCIAL — EMPRÉSTIMO BAN-
CÁRIO — CAMBIAL — VINCULAÇÃO A CONTRATO
— AUTONOMIA DA CÁRTULA.**

I — A Doutrina se assentou em que a autonomia da nota promissória não se abala pelo fato de estar presa a contrato. Assim, não se teria inexecutável a cambial ao argumento de que esta esteja presa a contrato de abertura de crédito, eis que também o entendimento pretoriano realça a sua autonomia e executoriedade, ostentando sua eficácia no direito material que a regula quanto à sua constituição e formalidades extrínsecas.

II — Recurso conhecido e improvido.

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 e negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXM^o SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Resumo da controvérsia:

MOLK ZAMEL e outro (avalistas da concordatária MARINHA MAGAZINE IND. E COM. DE VESTUÁRIOS LTDA.), nos autos dos embargos à execução que lhes move FRANCREG S.A. — CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, inconformados com a sentença (fls. 21) que julgou improcedentes seus embargos de devedor, interpuseram apelação, mas o acórdão que a julgou confirmou a sentença, sob o fundamento, como assinalado na ementa (fls. 102), nestes termos:

“Execução. Nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito. Executoriedade.

A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não perde a cambialidade, sendo lícito que circule, salvo nela incluída a cláusula não à ordem.

Apelo não provido.”

Contra tal entendimento intenta o Especial de fls. 108/110, fulcra- do no art. 105, III, c, da CF/88, onde se alega que o julgado recorrido divergiu do que aponta às fls. 109 indicado por sua ementa e oriundo do PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CÍVEL DE SÃO PAULO (RT — vol. 576, pág. 118) que consigna:

“Cambial — Nota promissória — Título vinculado a contrato de abertura de crédito — Descaracterização — Perda da literalidade e autonomia — Crédito a ser exigido pelas vias adequadas.”

O Presidente do Tribunal de origem, examinando a admissibilidade, acolhe o recurso sob o fundamento de que restou caracterizada a divergência.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Os recorrentes impugnaram o acórdão de fls. 102/104, porque este enten-

deu que “a nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não perde a sua cambialidade.” E em prol desse entendimento traz aos autos excertos da doutrina expendida sobre o tema (fls. 103), anotada assim:

“Como ensina Luiz Emygdio F. da Rosa Jr., “o fato de a nota promissória estar presa a um contrato não tira sua autonomia, pois caso contrário ter-se-ia de admitir a tese, verdadeiramente absurda, de que encerraria uma promessa subordinada a uma condição consistente no cumprimento do contrato. Tanto não deixa de ser autônomo o título que o emitente, salvo através da aposição da cláusula “não à ordem”, não pode impedir que circule através de endosso” (“Direito Cambiatório”, Freitas Bastos, I/477).

Segundo, porque nada impede que o avalista aponha sua firma no título antes de preenchido e, até mesmo, de assinado pelo avalizado.

A respeito, João Eunápio Borges: “o aval pode ser firmado antes da obrigação a que o avalista pretende equiparar-se. Obrigações autônomas, entre as quais não existe nenhuma relação de acessoriedade, não é contra os princípios do nosso direito cambial que a do avalista seja cronologicamente anterior à da pessoa a que se equipara” (“Do Aval”, Forense, p. 151).

Também a jurisprudência esposa o entendimento acima, eis que, em voto que proferi como relator do Recurso Especial nº 1.772-RS, de 20/02/90, em julgamento unânime, ficou assente que “a nota promissória emitida a favor de estabelecimento de crédito como garantia de concessão de empréstimo ou abertura de crédito, não perde a executoriedade derivada de sua liquidez e certeza” (tópico II da ementa).

E no que pertine, proferiu os lineamentos assim consignados naquele órgão:

“O Acórdão impugnado bem aplicou o direito à espécie, pois que, mesmo tratando-se de abertura de crédito, não se teria inexecutável a cambial em referência, ao argumento de sua vinculação.

A uma, porque a doutrina e o entendimento pretoriano realçam sua autonomia a executoriedade, ostentando sua eficácia no direito material que a regula quanto à sua constituição e formalidades extrínsecas, dadas como cumpridas e reiteradas

pela sentença afirmativa de inexistir, nos autos, qualquer evidência em sentido contrário.”

No caso dos autos, o acórdão de fls. 102/105, bem decidiu a espécie, pois que o fez em consonância com os fundamentos já alinhados.

É bem de ver também que o único aresto apresentado pelo recorrente às fls. 109 está transcrito tão-somente por sua sucinta ementa, pelo que inobservou o que se contém no disposto no art. 255, parágrafo único, do RISTJ.

Por tais fundamentos, conheço do recurso face à divergência comprovada mas nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.257 — RS — (900004870-2) — Rel.: O Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Rectes.: Molck Zamel e outro. Recdo.: Francred S/A — Crédito, Financiamento e Investimento. Advs.: Paulo Wainberg e outros e Carlos Alberto Santetti e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento, os termos do voto do Senhor Ministro Relator: (Julgado em 29.06.90 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.132 — RS

(Registro nº 90.0005682-9)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrido: *Brasília Transações de Imóveis Ltda.*

Advogados: *Dr. Paulo Ernesto Scheunemann Cidade e outros, Dr. Renaldino Gehlen*

EMENTA: *Processo Civil. Fraude de execução (CPC, art. 593-II). Alienação após a citação, mas an-*

terior à constrição. Considerações. Recurso não conhecido.

I — Em se tratando de fraude de execução, impende demonstrar o dissídio pretoriano identificando os casos confrontados, tantas são as hipóteses do complexo tema, sendo distintas as contempladas nos incisos do art. 593, CPC.

II — Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), que não caracteriza propriamente fraude de execução, não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do art. 593, II, CPC.

III — Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de outubro de 1990 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: A sentença julgou improcedentes os embargos de terceiro apresentados contra o recorrente, com vistas à desconstituição de penhora incidente sobre imóvel adquirido pela recorrida.

O eg. Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, por sua Quinta Câmara Cível, proveu a apelação da embargante, lavrando-se a seguinte ementa:

“Embargos de terceiro. Execução. Penhora efetuada após registrada a escritura no registro de imóveis. Inexistência de fraude à execução. Apelação provida. Sentença reformada”.

Alegando violação ao art. 593, II, do Código de Processo Civil, bem como dissídio jurisprudencial, o credor ingressou na via extraordinária, em 12.08.88, com arrimo nas alíneas *a* e *d* do art. 119 da Constituição anterior, argüindo a relevância da questão federal.

Inadmitido o recurso e processada a relevância, os autos tramitaram pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou seu retorno à origem para o exame sob o prisma do recurso especial, restrito aos termos da relevância.

Invocando o verbete nº 400 da súmula do Supremo Tribunal Federal, o em. Presidente do Tribunal de origem inacolheu o especial pela alínea *a*, admitindo-o pela divergência jurisprudencial, que entendeu caracterizada, na medida em que “os acórdãos paradigmas entendem que ocorre fraude à execução quando há alienação do bem do devedor após ajuizada a execução e citado o executado”.

Bate-se o recorrente pela existência de fraude de execução, vez que o imóvel foi alienado quando já citados os vendedores na execução contra eles movida.

A recorrida, além de impugnar o cabimento do recurso, sustenta ser adquirente de boa-fé, tendo conferido no Cartório de Registro de Imóveis a situação do bem que adquiria, encontrando-o livre e desembaraçado, aduzindo que só foi efetuada a penhora após o registro da escritura de aquisição e que não observou o exequente o disposto no art. 167, I, nº 5 da Lei de Registros Públicos.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: O recurso especial foi admitido pelo dissídio e por ter sido argüida, à época cabível, a relevância da questão federal, circunstância essa que evitou a ocorrência da preclusão, segundo pacífico entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. A propósito, proclamou esta Turma, no REsp 1.949-RJ (DJ de 27.8.90), na esteira de muitos outros precedentes:

“A regular argüição de relevância da questão federal até aquela data (7.4.89, quando instalado o Superior Tribunal de Justiça) evita a ocorrência da preclusão quanto à matéria nela suscitada e torna apreciável o recurso”.

Destarte, sobre esse prisma, inassiste razão à recorrida.

Debate-se nos autos sobre o complexo tema da fraude de execução, colocado entre aqueles que mais têm ensejado divergência na jurisprudência, o que se deve, em primeiro plano, às suas múltiplas facetas, razão pela qual algumas considerações se impõem antecedendo ao exame específico do caso concreto.

Inicialmente, é de convir-se que não se pode apreciar englobadamente o instituto em face da legislação vigente, dando tratamento uniforme às diversas hipóteses.

Assim, não obstante os pontos de afinidade, que, diversamente do que se dá com a fraude contra credores, colocam a fraude de execução como instituto de direito processual (passível de sanção penal, pressupondo ação em curso, com citação válida, dispensando a prova de má-fé e tornando o ato não apenas nulo mas ineficaz, dado o predominante interesse público, por atentar contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional, daí a necessidade de uma reação mais vigorosa e pronta a dispensar a propositura de qualquer ação), sem embargo, repita-se, dessas e outras afinidades, a fraude de execução apresenta peculiaridades bem nítidas nas hipóteses dos incisos I e II do art. 593, CPC, dentre as quais se avulta o pressuposto da insolvência de fato, dispensável na primeira hipótese, por tutelar o direito de seqüela, imprescindível na segunda.

Tal distinção, dentre outros aspectos, tem a conseqüência de alertar para a confusão que via de regra se verifica, com a utilização de ementas jurisprudenciais inadequadas, que muitas vezes não se identificam nem se assemelham com os casos em julgamento.

In casu, a polêmica se trava em torno da hipótese contemplada no inciso II (dois) do referido art. 593, CPC, embora existente à época da transferência do bem uma execução com citações realizadas.

Afastada de início a alegação de boa-fé, uma vez que na fraude de execução a má-fé se presume, outras considerações preliminares se fazem necessárias na solução do conflito.

Com efeito, em se tratando de alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto, seqüestro), submetido portanto ao poder jurisdicional do Estado, tais atos são indubitavelmente ineficazes. Mas, em rigor científico, e em face da legislação vigente, não se enqua-

dram no conceito de fraude de execução, como, a propósito, enfatiza Yussef Said Cahali em seu magnífico trabalho “**Fraudes contra credores**”, (RT, 1989, cap. XIV, nº 14, p. 474/475), *verbis*:

“Não obstante o considerável número de julgados e alguma doutrina que examinam os casos de alienação ou oneração de bens já penhorados, arrestados ou seqüestrados, como espécie de fraude de execução, incluindo-os no elastério do art. 593, II, do CPC, tal expediente revela-se inadequado, ainda que essa falha técnica seja irrelevante na prática, pois a decisão se resolve substancialmente na declaração da ineficácia do ato alienatório, que é comum tanto na fraude de execução como na alienação de coisa penhorada ou arrestada.

Tecnicamente, porém, a alienação do bem penhorado (ou arrestado) não se insere na provisão do art. 593, II, do CPC, nem tipifica modalidade de fraude de execução: os bens constri-tados ficam submetidos ao poder jurisdicional do Estado; a apreensão da coisa é ato formal e solene, de tal modo que se considera ineficaz perante o credor qualquer ato de disposição da mesma a que se proponha o devedor.”

Em se tratando de alienação de bem sob constrição, ainda segundo o seguro e admirado jurista de São Paulo (do qual parcialmente ousou divergir no ponto, como se verá adiante), irrelevante a existência ou não de registro da penhora, dada a própria natureza do vínculo, donde concluir:

“Em síntese, e repetindo: a alienação do bem penhorado (arrestado ou seqüestrado) considera-se ineficaz em relação ao credor-exeqüente, à força do próprio vínculo que resulta da constrição judicial, sem qualquer consideração seja da boa-fé do adquirente ou beneficiário, seja da existência de bens remanescentes no patrimônio do devedor-executado; e esteja ou não inscrita a penhora.” (op. cit., nº 15)

Aduza-se, porém, ainda no plano doutrinário, que na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial não se indaga a insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivara, mas houve citação válida, a insolvência é pressuposto, incidindo, então, a hipótese do art. 593, II, CPC.

Segundo relatou a r. sentença (fl. 7, por cópia):

1. a execução foi ajuizada pelo ora recorrente em 6.4.84;
2. a recorrida, terceira-embargante, adquiriu o bem aos executados em 15.8.84, registrando a escritura em 29.8.84;

3. a penhora foi efetuada em 3.9.84;

4. os réus foram citados em 27.4.84 e 13.8.84 (observando-se que o v. acórdão anotou apenas essa segunda data).

Vê-se do exposto, *prima facie*, que a alienação ocorreu antes da constrição legal, mas após as citações.

Assim postas as premissas de cunho doutrinário e os dados da causa, em primeiro lugar não conheço do recurso pelo dissídio pretoriano, haja vista que o recorrente, limitando-se a transcrever ementas, não se deu ao cuidado de demonstrar analiticamente a identificação ou a semelhança das teses em confronto, o que se fazia imprescindível no caso *sub judice*, sobretudo pelas peculiaridades assinaladas.

Em segundo lugar, vê-se que o recurso foi admitido à época, como já observado, pela relevância, tendo sido convertido em recurso especial, *ipso iure*, “mas nos estritos limites da matéria deduzida na argüição”, consoante pronunciamento do Pretório Excelso, que se vê à fl. 43. E dentro dessa moldura deve ser apreciado, sem extensão ou limite. Em consequência, mesmo que examinando o apelo também sob o ângulo de eventual ofensa ao direito federal, afastado o ultrapassado e criticado óbice da razoabilidade (verbete 400 da súmula STF), melhor sorte não ampara a pretensão do credor-recorrente, dado que, enquadrando-se a espécie no art. 593-II, CPC, por não ter sido efetuado qualquer ato de constrição (penhora ou arresto) antes da alienação, sujeitava-se a sua reivindicação aos parâmetros daquela modalidade de fraude de execução, em que necessária a demonstração não do *consilium fraudis*, mas de insolvência, matéria não prequestionada e nem objeto de exame no v. acórdão, salvo mera referência à falência de terceira pessoa, pelos devedores-alienantes avalizada, o que não se mostra suficiente à prova daquele pressuposto.

Por outro lado, incidindo a espécie no art. 593, II, CPC, não se haveria de cogitar de registro de citação da ação muito menos de registro da penhora, mas do credor era o ônus da prova na demonstração de que terceiros tinham ciência de ação em curso capaz de reduzir os devedores à insolvência. A respeito, com vênia, transcrevo trecho de estudo que dei à publicação (RT 609/7, RF 293/3), *verbis*:

“O exame da matéria, no entanto, não deve ser focalizado sob a ótica da necessidade ou não do registro, mas sim do ônus da prova.

A Lei dos Registros Públicos (nº 6.015/75), em seus arts. 167, I, c/c 169, diz da obrigação do registro da penhora, do

arresto, do seqüestro (nº 5) e das “citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis” (nº 21).

É de convir-se, entretanto, que não se confundem obrigatoriedade e necessidade. Esta implica imprescindibilidade, o que conflitaria com o próprio sistema processual codificado brasileiro, que, ao contrário do que ocorre no direito europeu, não exige o registro para o aperfeiçoamento da penhora, contentando-se com a apreensão e depósito (C. Pr. Civ., art. 665).

Com a distinção entre a obrigatoriedade e necessidade sequer se pode alegar conflito de normas entre a legislação instrumental codificada e a lei dos registros, que são da mesma hierarquia e que se afinam na matéria, harmonizando-se sistematicamente.

Colocada tal premissa, chega-se à conclusão de que a matéria deve ser apreciada sob o ângulo do ônus da prova. Assim, se o credor não promove o registro da citação, a fraude de execução somente estará caracterizada se ele, credor, vier a demonstrar a ciência, pelo terceiro, adquirente, ou beneficiário da oneração, da existência da demanda em curso. De igual forma, a ineficácia da alienação ou oneração somente será reconhecida se o credor demonstrar que o terceiro tinha ciência da existência dos atos constitutivos da penhora, do arresto ou do seqüestro.”

Outra, aliás, não é a posição, *mutatis mutandis*, de Amílcar de Castro (Comentários, RT), Buzaid (RTJ 111/690, RE 96.838) e Ronaldo Brêtas (“**A repressão da fraude no processo civil brasileiro**”, Leud, 1989), este último chefe do “Jurídico” do recorrente em Minas Gerais.

De tudo se conclui que o recorrente não diligenciou devidamente como credor, deixando de utilizar-se convenientemente das vias que o direito colocava à sua disposição na proteção aos seus interesses, sobretudo ao deixar de providenciar ato de efetiva constrição judicial, que o dispensaria da prova da insolvência dos devedores e, segundo forte corrente doutrinária, na qual incluído Yussef Said Cahali, da prova da ciência de terceiros da existência de ação em curso.

Em face do exposto, embora não comungando integralmente dos fundamentos do v. acórdão recorrido, não conheço do recurso.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, também não conheço do presente recurso especial, porquanto, em pri-

meiro lugar, o dissídio pretoriano não restou configurado, conforme mencionou o eminente Ministro-Relator. Tratando-se de alienação de imóvel, que ocorreu anteriormente à penhora, o pressuposto da fraude de execução é a insolvência, consoante resulta, aliás, do estatuído no indigitado artigo 593-II, do CPC. Essa matéria, segundo ainda se noticiou, não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido. Era de rigor que o julgado hostilizado esclarecesse a situação de fato, que foi, por sinal, ventilada pelo nobre patrono do recorrente da Tribuna: saber se efetivamente o imóvel vendido era o único que constituía o patrimônio dos devedores. E tal questão fática não ficou assentada nas instâncias ordinárias. À falta de dados maiores sobre a *quaestio facti*, que não pode ser agora objeto de exame, porque envolveria rediscussão sobre a matéria de prova, a solução que encontro, Sr. Presidente, é acompanhar o voto do eminente Ministro-Relator, não conhecendo do recurso.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Eminentes Colegas, como narra o eminente Relator, o acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

“Embargos de terceiro. Execução. Penhora efetuada após registrada a escritura no registro de imóveis. Inexistência de fraude à execução. Apelação provida. Sentença reformada.”

O eminente Relator, em exaustivamente fundamentado voto, chegou à conclusão de que esse julgamento não entrara em confronto com a lei federal, e nem importava em violação do art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil, por não ter sido efetuado qualquer ato de constrição, penhora ou arresto, antes da alienação.

Pedi vista, a fim de buscar um julgamento de que fui redator para o acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul, arresto que está na “Revista de Jurisprudência” do mesmo Tribunal, Tomo 105/391.

A ementa do acórdão é a seguinte: (lê)

“FRAUDE À EXECUÇÃO. PENHORA OU ARRESTO NÃO INSCRITO. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL A TERCEIRO, PRESUMIVELMENTE DE BOA-FÉ.

Não se configura a fraude à execução quando o exequente se omite em levar o ato de constrição, arresto ou penhora, ao registro imobiliário, conforme a previsão da Lei

dos Registros Públicos, art. 167, I, nº 5. O comprador, por escritura pública devidamente registrada, pode subtrair à execução, por dívida do anterior proprietário, o bem que adquiriu confiante em encontrar-se livre e desembaraçado, face ao constante nos registros imobiliários. Voto vencido.”

Na parte final do voto, manifestei-me da seguinte forma:

Dou uma importância muito grande aos registros públicos. Acho que quem presumivelmente de boa-fé compra um imóvel confiado no registro público, e depois logra registrá-lo no Ofício Imobiliário, tem a sua posse e o seu domínio tutelados enquanto os seus atos aquisitivos não forem desconstituídos. Não estou de acordo com orientação de que a penhora, porque realizada em processo judicial, e mesmo não lançada no Registro Imobiliário, como manda o art. 167, I, nº 5, da Lei dos Registros Públicos, possa ainda assim se sobrepor à aquisição feita por pessoas que confiaram no que constava do Registro. Esta orientação põe de lado a consideração de que está a cargo do credor providenciar no registro do arresto ou penhora (a cargo e a risco), prejudica o comércio jurídico e, a final, vai em detrimento da boa-fé dos contratantes e da confiabilidade nos registros públicos.”

Nesse aresto, o saudoso Desembargador Túlio Medina Martins, que foi um dos maiores Juízes com que já contou o Tribunal de Justiça e a Magistratura Gaúcha, acompanhou tal orientação, entendendo que “a prevalecer o entendimento do Estado, pareceu-me que perde o sentido toda a sistemática dos registros públicos”.

Seria, quiçá interessante, também, trazer à balha o posicionamento do ilustre Desembargador Décio Antônio Erpen, em obra de doutrina intitulada “Registro da penhora e eficácia frente a terceiros”, publicada na revista “AJURIS”, v. 27/74.

O eminente Desembargador Erpen faz remissão no art. 240 da Lei dos Registros Públicos, dizendo:

“Efetivamente, o preceito contido no art. 240 da Lei nº 6.015/73, posterior ao CPC (de 11.01.73) possui caráter substantivo ao assegurar que: “o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.” Ora, a exegese de tal preceito deixa claro que, registrada a penhora, eventual ato de disponibilidade é afetado pela cominação de lei; do contrário, a prova de fraude deve ser feita por quem a alega.

Essa interpretação, além de ser harmoniosa com a atual sistemática, advém de preceito de ordem material, inserido na Lei dos Registros Públicos e posterior à lei adjetiva, exatamente a que tanto serve de cavalo-de-batalha, para os que sustentam a dispensabilidade do registro da penhora”.

Aliás, vale assinar que a Lei dos Registros Públicos entrou em vigor, apenas, em 1º de janeiro de 1976, consoante seu art. 298, sendo, portanto, posterior ao Código de Processo Civil.

E o artigo citado termina com o seguinte asserto: “Não hesitamos em afirmar que a penhora não levada a registro é inoponível, por si só, frente a outro ato judicial ou extrajudicial que tenha logrado êxito junto ao Registro Imobiliário, salvo se, em ação própria, for demonstrada a má-fé do adquirente, o que não se presume”.

Pelo exposto, acompanho os votos dos colegas Relator e Barros Monteiro.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, voto no mesmo sentido do eminente Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.132 — RS — (900005682-9) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Banco do Brasil S/A. Recdo.: Brasília Transações de Imóveis Ltda. Advs.: Drs. Paulo Ernesto Scheunemann Cidade e outros e Reinaldino Gehlen. Sustentou oralmente, pelo Recorrente (Sessão de 18.9.90), o Dr. Jurandir Fernandes de Sousa.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Barros Monteiro, que não conheceram do recurso, pediu vista o Sr. Ministro Athos Carneiro. Aguarda o Sr. Ministro Fontes de Alencar. (4ª Turma — 19.9.90)

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 2.10.90)

Os Srs. Ministros Athos Carneiro e Fontes de Alencar votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECUSO ESPECIAL Nº 4.599 — RJ

(Registro nº 90079977)

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

Recorrente: *Fernando de Abreu Teixeira — Espólio*

Recorrida: *Edith Alves Teixeira — Espólio*

Advogados: *Drs. Paulo Lins e Silva e outros e Elso Venâncio de Siquiera e outros*

Sust. Oral: *Drs. Paulo Lins e Silva (pelo recorrente), Heraldo José Lemos Salcides (pelos recorridos) e Nelson Parucker (Suprocurador-Geral da República)*

EMENTA: Sociedade de fato entre concubinos. Dissolução judicial. Ação proposta por espólio. Súmula 380/STF. 1. A criação pretoriana inscrita no verbete de nº 380 da Súmula do STF tem por referência os arts. 1.363 e 1.366 do Cód. Civil; os efeitos patrimoniais, ali descritos, decorrem do direito das obrigações. 2. Em casos dessa ordem, ainda que tais efeitos alcancem sobrinhos de um dos concubinos, não se pode aplicar, por analogia, para impedir esse alcance, norma que compõe o direito das sucessões. 3. Inocorrência de ofensa ao art. 1.603-III do Cód. Civil c.c. o art. 4º da Lei de Introdução. Votos vencidos. 4. Recurso especial, pela alínea *a*, de que a Turma não conheceu.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça não conhecer do recurso especial, por maioria de votos, 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 abril 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação ordinária proposta pelo Espólio de Edith Alves Teixeira contra Fernando, atualmente Espólio de Fernando de Abreu Teixeira, pleiteando o reconhecimento de sociedade de fato, decorrente de concubinato. Foi a ação julgada procedente; da sentença, no essencial:

“I) Das provas

1º) A senhora Edith, segundo a prova documental maciça, participou e ajudou a dirigir o Guanabara Palace Hotel (fls. 34 — 38 e 45), sendo em 71 a sua 2ª maior acionista. Sempre residiu com Fernando, com ele viajou, sem descuidar o zelo pelos negócios de família (fls. 23 — 28, 29). Tinha e teve vida comercial ativa, participando de outras firmas (fls. 49 — 61) e participou com o companheiro da constituição da Bozano Simonsen (fls. 131 segs.).

Como derradeira homenagem, o companheiro e sua empresa anunciaram-lhe o óbito como Esposa do dono da Organização (fls. 29 — 31).

2º) A prova oral é ratificatória dessa verdade...”

.....

“Dessa agenda probatória sobressai a efetiva união societária familiar e formativa patrimonial entre Edith e Fernando...”

.....

“B) Houve entre os finados u’a união paraconjugal séria, efetiva, e ‘em certo grau mercantil’, naturalmente respeitada a relatividade da força de trabalho da mulher, pelo que estimo o contingente percentual de participação da A. em 1/3 do **patrimônio** varonil adquirido ou constituído desde 1937 até sua morte.

Jurisprudência, inclusive atuante sobre julgados nossos, assim como a **doutrina predominante**, que temos seguido se afinam com recente acórdão da lavra do Des. Moledo Sartori, *in verbis*:...”

.....

“Isto posto, julgo procedente o pedido reconhecendo a sociedade de fato entre os finados companheiros **desde 1937 e**

até a morte de Edith Alves Teixeira, assegurando ao seu Espólio uma participação estimada em 1/3 (hum terço) sobre todo o patrimônio adquirido ou constituído pelo varão nesse período, como apurado em **liquidação** através de artigos. Todos os valores a pagar devem ser atualizados à data do pagamento de haveres.”

2. Confirmada, pelo acórdão, a sentença por seus próprios fundamentos, o Espólio de Fernando de Abreu Teixeira ingressou com embargos de declaração, alegando, primeiro, falta de fundamentação legal para a decisão, depois

“VIII. Nos termos do acórdão embargado, entende o embargante que, por força do inciso III, do art. 1.603 da lei substantiva civil, possui ele, concubino varão, na condição de supérstite, o direito à participação sobre o patrimônio adquirido ou constituído durante o período de reconhecimento da sociedade de fato, posto que inexistem ascendentes e descendentes.

IX. Reforçando a posição do Embargante está o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, já que, acaso considerada omissa a legislação a respeito do concubinato, haverá que ser aplicada, nestes casos, a analogia.

X. Destarte, a posição do concubino varão seria, *in casu*, de supérstite, não havendo daí uma relação sucessória para os herdeiros do Espólio de Edith Alves Teixeira, como faz crer o acórdão.

Diante do exposto, requer respeitosamente o embargante a V. Exª que o presente recurso seja levado à mesa para julgamento pela Egrégia Câmara na sessão mais próxima, acolhido e provido para declarar o seguinte:

a) qual a legislação em que se fundou o acórdão de fls. 588/589;

b) se o acórdão reconheceu ao embargante o direito à sucessão, face à condição de supérstite de Fernando de Abreu Teixeira.”

3. Foram os embargos rejeitados, por acórdão seguinte:

“A matéria não é nova, mas de prática diária nos tribunais. Sobre o assunto já se tornou clássica a monografia de Edgard de Moura Bittencourt, **O Concubinato no Direito**.

O instituto do concubinato, no direito brasileiro, recebeu seus contornos atuais graças à criação pretoriana. Embora os manuais elementares de direito civil não abram espaço para a inclusão da jurisprudência, como fonte de direito, a verdade é

que a jurisprudência constitui entre nós fonte de direito. Tanto assim que o acinte à orientação jurisprudencial dá margem, tanto quanto a ofensa à lei federal, ao recurso previsto na Constituição Federal de 1988, art. 105, III, letra c.

O acórdão embargado, tanto quanto a respeitável sentença de fls. 439, situa-se no alto de uma longa evolução doutrinária e jurisprudencial. A Súmula nº 380 do Egrégio Supremo Tribunal Federal sintetiza toda essa evolução. Os acórdãos citados na respeitável sentença de fls. 439 estão em consonância com a Súmula 380, que representa a jurisprudência dominante do Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O acórdão de fls. 588 adotou os fundamentos da sentença recorrida. Logo, não há qualquer omissão, contradição ou obscuridade a sanar.

Os embargos de fls. 591 terminam com uma indagação de natureza sucessória. Todavia, o libelo se restringiu a um ponto único, a saber, a existência da sociedade de fato, e bem assim a partilha decorrente de sua dissolução. Não podia a sentença ir além do libelo. Dizia Couture que o libelo é o projeto da sentença. Por conseguinte, a indagação de fls. 593 exorbita do julgado. A Corte, *data venia*, não é instância de consulta. Sua competência está limitada ao exame do recurso da sentença. Confirmando-a, cumpriu a prestação jurisdicional. Nada mais cabe a este Tribunal declarar. (CPC, art. 128).

Em face do exposto, por unanimidade de votos, rejeitam-se os embargos declaratórios de fls. 588/593.”

4. Daí o recurso especial, pela alínea *a*, art. 105, III, dando por contrariados os arts. 1.603, inciso III, do Cód. Civil, e 4º da Lei de Introdução, inadmitido por despacho local, *verbis*:

“Alega o recorrente, que argüiu a relevância da questão federal, ter o aresto contrariado os dispositivos mencionados das leis federais, ao confirmar decisão do juízo *a quo* que declarou a existência da sociedade de fato, sem aplicar aqueles dispositivos para efeito de considerar Fernando, que era viúvo à época do falecimento de Edith, como herdeiro legítimo, na posição análoga ao do cônjuge, permitindo, assim, que herdeiros colaterais, após 14 anos do *eventus mortis*, venham se locupletar de eventual herança da mesma.

Impugnado o recurso (fls. 610/613).

O recurso, com efeito, não merece prosperar. O aresto não contrariou qualquer dos dispositivos invocados, até porque inapli-

cáveis ao caso. A pretensão do recorrente de ver reconhecido direito sucessório do concubino para através dele transmitir aos seus parentes, não encontra amparo legal, doutrinário ou jurisprudencial, alicerçado que é o reconhecimento da sociedade de fato em fundamentos fora do direito de família. O fato da atual Constituição Federal ter abraçado a tese do reconhecimento da união estável para efeito de proteção do Estado é despicienda de valor para o caso, porque não o alcança.”

5. Para a vinda dos autos principais ao Superior Tribunal de Justiça, provi o agravo de instrumento, em apenso.

Vieram, com razões e contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): O recorrente não contesta o reconhecimento, feito pelas instâncias ordinárias, da sociedade de fato, mas se opõe à decisão última invocando os arts. 1.603, inciso III, do Cód. Civil, e 4^o da Lei de Introdução, com as seguintes palavras, no essencial:

“Nessas condições, o V. Acórdão ora impugnado, corroborando com a Decisão de 1^o Grau, ao declarar a existência de sociedade de fato entre Fernando e Edith, declarou por via oblíqua a existência de relação paraconjugal por um período de mais de 30 (trinta) anos, equivocando-se portanto, *errare humanun est*, em deixar de aplicar as regras do artigo 4^o da Lei de Introdução ao Cód. Civil para efeito de considerar Fernando, vivo à época do falecimento de Edith, como seu herdeiro legítimo, na posição análoga ao de cônjuge, observando-se o disposto no artigo 1.603, III, do C.C.

Assim, constitui blasfêmia jurídica, *data venia*, admitir-se que herdeiros colaterais do 3^o Grau, manifestamente carentes de qualquer intimidade, em vida, com sua tia (Edith), após 14 anos do *eventus mortis* venham a se locupletar ilicitamente de eventual herança da mesma, em prejuízo de seu companheiro de mais de 30 (trinta) anos de convivência, portador da qualidade análoga à de cônjuge, e, portanto, precedente na ordem de vocação hereditária.

Dessa maneira, salta aos olhos até mesmo do observador menos avisado, a manifesta contrariedade do V. Acórdão ora

impugnado ao disposto no artigo 1.603, III, do C.C., combinado com o artigo 4º da Lei de Introd. ao C.C., ambas Leis Federais, merecendo portanto amparo, quando necessário, dos mais altos suplementos da Egrégia Superior Instância de todo o nosso país.”

2. Falta-lhe razão, ao pretender, aqui, a incidência, por analogia, do art. 1.603, que compõe o direito das sucessões. É que, nestes autos, foi aplicado o princípio da Súmula 380/STF (“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”), informada, na referência legislativa, pelos arts. 1.363 e 1.366, que compõem o direito das obrigações.

3. A propósito do enunciado em causa, escreveu o Sr. Ministro Moreira Alves, no RE-81.012, *in* RTJ-75/938:

“O concubinato pode produzir efeitos patrimoniais, não com base no direito de família, mas sim com fundamento no direito das obrigações. O que implica dizer que, por si mesmo, o concubinato não produz efeitos patrimoniais. Para obtê-los, é preciso que a concubina, além de demonstrar a existência do concubinato, prove tenha havido uma sociedade de fato e daí decorre a partilha dos bens adquiridos em virtude do esforço comum dos concubinos —, ou, pelo menos, tenha havido prestação de serviços a merecer remuneração.”

4. Aliás, num dos julgados de sua referência, o RE-19.561, da relatoria do Sr. Ministro Luiz Gallotti, acha-se descrita situação análoga à presente, conforme essa passagem do acórdão então recorrido:

“Com o falecimento de ambos, sem que dessa união houvesse descendente, uma filha de Amalia Marques de Castro Pereira ingressou em juízo com a presente ação de petição de herança a fim de que fosse a ela partilhada a metade da herança, pois que a outra metade caberá aos parentes de *de cujus*, residentes em Portugal. Não obstante a conflitância da prova testemunhal produzida por ambas as partes, entretanto o que dos autos resulta de modo convincente, é que a mãe da autora realmente viveu maritalmente com o *de cujus* durante dezenas de anos, com ele trabalhando e auferindo lucros com o seu trabalho, concorrendo não só para a manutenção de ambos como também para o patrimônio comum, que hoje constitui o espólio em questão.” (*in* Referências..., Jardel Noronha, vol. 19, 1969, pág. 55)

Nesse precedente, saído de São Paulo, as instâncias ordinárias reconheceram, por igual, a sociedade de fato, e o Supremo Tribunal Federal, por acórdão do ano de 1953, não conheceu do recurso extraordinário.

5. Noutro caso semelhante a este, decidiu também o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1958, numa ação declaratória de sociedade de fato, onde se discutiu sobre a legitimidade ativa dos herdeiros, conforme essa ementa redigida pelo Sr. Ministro Vilas Boas:

“O herdeiro sucede no *universum jus* do defunto, tendo qualidade jurídica para liquidar bens porventura adquiridos por êle em comum de esforços com outrem (sociedade de fato).”

6. Na espécie, de tão presente a sociedade, como se vê da sentença, que registrou ter Edith chegado a ser a 2ª maior acionista do Guanabara Palace Hotel, bem como ter participado da constituição da Bozano Simonsen, torna-se deveras sem razão a trazida de textos estranhos à regência legal da sociedade.

7. Ante o exposto, é de se notar que, nestes autos, não se cuidou de hipótese com disciplina pelo direito das sucessões, daí ser inadmissível a pretendida aplicação do art. 1.603, ainda que analogicamente.

Do melhor exame que procedi, verifico não ter cabimento o recurso especial, e dele não conheço.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Faltando, em termos de Direito de Família, normas que regessem as relações decorrentes do concubinato, viu-se a jurisprudência, deparando-se com situações de fato verdadeiramente angustiantes, na contingência de buscar amparo nas regras pertinentes ao direito societário — como salientou o eminente Ministro Relator — para dar solução a essas hipóteses em que a injustiça bradava aos céus.

Assim é que se admite exista uma sociedade, e como sociedade, peculiaríssima, passou-se a tratar esse tipo de situação. Não fosse peculiaríssima, não se justificaria o enunciado da Súmula nº 380, em que se menciona a existência da sociedade de fato entre os concubinos. Essa referência a concubinos seria desnecessária. Qualquer sociedade de fato expõe-se à dissolução judicial, e não apenas as que derivem da união de homem e mulher.

Moura Bittencourt, tratando do tema, no seu consagrado livro, salienta essa circunstância. Não é uma sociedade de fato qualquer, mas

uma sociedade entre concubinos. Não é regida exatamente pelas mesmas normas aplicáveis a sociedades.

Já sustentei, e creio que a essa Turma não repugnou o entendimento, que qualquer tipo de contribuição, direta ou indireta, justifica a partilha do patrimônio. O simples cuidado do lar, a simples atenção com a criação dos filhos havidos em comum, já traduz um tipo de contribuição, apta a fazer incidir a Súmula 380. Evidencia-se não se tratar de uma sociedade qualquer, não se podendo aplicar pura e simplesmente as regras pertinentes à sociedade constantes do Código Civil. Dificilmente, não se tratando de concubinos, alguém admitiria que, da circunstância de fato que aponte, pudesse resultar algum direito de partilha de bens. Ocorre que essa construção jurisprudencial visou exatamente a dar solução àquela situação em que homem e mulher se unem, vivem em comum, mas não se casam. Não se podendo dar tudo aquilo que o casamento daria, procurou-se dar alguma coisa.

No caso concreto, verifica-se que essa construção levaria a situação exatamente contrária. Daria ao concubino uma situação pior e, a parentes em terceiro grau da concubina, uma situação bem melhor do que se casada fosse. Tratando-se de um casal unido pelo matrimônio, nenhum direito teriam os colaterais — sobrinhos —, porque o cônjuge supérstite precederia na ordem da sucessão hereditária. Como não são casados, curiosamente, os sobrinhos — que nada herdariam — passariam a herdar.

Ao ler o relatório, tão claramente elaborado, minha primeira reação foi repudiar a tese do recurso: concubino não é herdeiro. Meditando mais, fui aproximando-me da conclusão de que se tudo era fruto de construção jurisprudencial, e se pessoalmente defendia conseqüências bem amplas para o concubinato, era forçoso buscar solução que escapasse aos inconvenientes, ao paradoxo mesmo, da aplicação, sem ressalvas, das regras pertinentes a sociedades e ao direito sucessório. Para isso há que se recorrer à analogia, tal como determina o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Aplicar-se-á a norma jurídica a uma situação de fato diferente daquela para qual foi prevista. Admitindo-se a clássica distinção da norma em suposto normativo e conseqüência jurídica, toma-se uma norma em que um suposto jurídico é **A** e aplica-se a uma outra situação de fato cujo suposto seria **B**.

Refere-se o citado dispositivo da Lei de Introdução a omissão da lei, o que coloca o tormentoso problema da existência de lacunas no ordenamento jurídico. Corrente ponderável sustenta que logicamente não podem existir, pois tudo que não é juridicamente proibido é permitido. As lacunas hão de ser encaradas valorativamente. Não as haveria no

sentido lógico e sim no axiológico. Ainda que não se adote o entendimento de que pleno o ordenamento jurídico, o Juiz, em verdade, haverá de valer-se da analogia quando a matéria encontrar-se deficientemente regulada. E essa deficiência existirá se conduzir a resultados que se atritam com o sistema. Certamente é o que ocorre na hipótese.

No caso em exame, o entendimento jurisprudencial sobre sociedade de fato entre concubinos levaria ao disparate de fazer que o concubino houvesse de partilhar o que construiu, em longa convivência com a mulher. Partilha a ser feita com sobrinhos desta. Invocando o artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, e também seu artigo 5º, tenho a situação como equiparável a do artigo 1.603, III, daquele Código. Deixando de aplicar os citados dispositivos, o acórdão violou-os.

Conheço do recurso pela letra *a* e dou-lhe provimento.

VOTO — VISTA

O EXMº SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Este é o fundamento do voto do Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro, que fez questão de ler na íntegra, porque tenho uma divergência que reputo substancial do ponto de vista adotado por Sua Excelência, qual a do limite que se deve dar à construção pretoriana sobre o concubinato.

Não sou daqueles que admite a participação dos concubinos, assim como o Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro o faz, considerando como trabalho para a formação do patrimônio comum até a simples convivência e o apoio moral. Já tenho proferido votos aqui, como o fazia no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para distinguir essas questões. E as distingo da seguinte forma: quando os concubinos são pessoas de baixa renda levo em conta a participação de ambos para a construção daquilo que se convencionou ter como patrimônio comum compatível com a sua própria condição. A formação de um pequeno patrimônio, com a colaboração da mulher, trabalhando ele fora, e ela propiciando o sustento dos filhos com o trabalho doméstico, tenho como existente a sociedade de fato para efeito de partilhá-lo.

No caso entretanto em que os concubinos detêm condições sociais não só elevadas mas de participação ativa na construção do patrimônio, tenho o concubinato dentro do campo restrito da construção jurisprudencial do direito das sociedades, cuja dissolução implica na aplicação das normas a ela pertinentes.

Neste caso a mulher não foi mera companheira com a qual conviveu em concubinato o autor do espólio recorrente. Ela foi a colaboradora ativa das realizações comerciais e industriais, que propiciaram a ambos fortuna.

Ora, se tal circunstância oferece aos herdeiros da mulher uma determinada vantagem no campo do direito sucessório, não posso, por este simples fato, admitir que o concubinato se assemelhe à existência do casamento para permitir aos herdeiros do concubino a percepção daquilo que aos herdeiros dela caberia. O que se discute no caso, não é a relação de parentesco, não o direito de suceder ao *de cujos* que participou, que construiu esse patrimônio. Discute-se, simplesmente, a existência da sociedade de fato.

Por isso, a nobre Desembargadora Maria Estella Rodrigues, ao negar seguimento ao recurso, em despacho sucinto na sua fundamentação, disse textualmente:

“O recurso, com efeito, não merece prosperar. O aresto não contrariou qualquer dos dispositivo invocados, até porque inaplicáveis ao caso. A pretensão do recorrente de ver reconhecido direito sucessório do concubinato para através dele transmitir aos seus parentes, não encontra amparo legal, doutrinário ou jurisprudencial, alicerçado que é o reconhecimento da sociedade de fato em fundamentos fora do direito de família. O fato da atual Constituição Federal ter abraçado a tese do reconhecimento da união estável para efeito de proteção do Estado é despendiência de valor para o caso, porque não o alcança”.

E, neste caso, realmente, não o alcançou, e Vossa Excelência, Senhor Presidente, chegou a esta conclusão, como também cheguei, depois de examinar exaustivamente os autos.

Vejo dificuldade, pois, em sede de recurso especial, para modificar a construção desse direito pretoriano, que levou anos para ser construído. Tenho dificuldades porque toda essa matéria versada nos autos diz respeito mesmo à sociedade não só originária do concubinato, mas à sociedade de direito desses concubinos que eram sócios, participantes das Empresas.

De sorte que quero pedir mil vênias ao Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro que tenho como um Juiz completo e de quem raramente divirjo, para acompanhar Vossa Excelência, Senhor Presidente, no seu belo voto e por toda sua fundamentação. Pode ser que, no futuro, e não são muitos os casos como este — o concubinato foi construído na concepção pretoriana, porque a legislação do país impedia outra fórmula. Este é o

primeiro caso que conheço ao longo de toda atividade como Advogado e Juiz, único e que não justifica a aplicação do princípio analógico, para construir um entendimento novo a evitar uma eventual injustiça.

Como sabemos, não decidimos sobre a justiça ou a injustiça das decisões, mas sim sobre a correta ou a incorreta aplicação do texto legal. E, no caso, tenho para mim que o acórdão aplicou corretamente a lei à espécie.

Por isto, peço vênia, mais uma vez, ao Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro, porque Sua Excelência, de fato, está aqui escoteiro nesta posição, com uma fundamentação jurídica importante e sólida, mas à qual não posso aderir, para divergir de Sua Excelência e acompanhar o Eminentíssimo Relator, não conhecendo do recurso.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Com meu antecipado pedido de vênia aos Eminentíssimos Ministros Nilson Naves, Relator e Waldemar Zveiter, que o acompanhou, também entendo, como o Ministro Eduardo Ribeiro, que o concubinato, no caso presente, com indisfarçável aparência de união nascida do casamento, de acordo com a apreciação do Colegiado de segundo grau de jurisdição, não pode ser regido pura e simplesmente pelo direito das obrigações.

Tanto mais que, após a Constituição de 1988, como é sabido, “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar...” (art. 226, § 3º).

É preciso ver, se casados fossem Fernando e Edith, os sobrinhos desta não a sucederiam, no seu patrimônio, eis que ela veio a falecer antes do companheiro. E não importa que falecido o varão, sejam sobrinhos seus os sucessores. Trata-se de mera circunstância da causa, sem maior significação, porque o importante, no momento, é a fixação do princípio, princípio a encontrar raízes no próprio ordenamento constitucional.

De fato, a disciplina jurídica positiva é omissa, mas os efeitos patrimoniais decorrentes da união estável são praticamente os mesmos do casamento sob o regime da comunhão parcial, que é o regime normal, justificando-se o preenchimento da lacuna mediante analogia, como determina o art. 4º da LICC.

Do exposto tenho por descumprido o art. 1.603, III, do Código Civil, e, assim, conheço do recurso para dar-lhe provimento.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Chamado a proferir voto de desempate, em virtude de minha condição de sucessor do Sr. Ministro GUEIROS LEITE, que aguardava, ante os sucessivos pedidos de vista pelos Srs. Ministros componentes desta Turma, tive acesso aos autos, inteirando-me da matéria em discussão, exclusivamente de direito.

A questão fática já se acha definitivamente decidida, posto que reconhecida a existência de sociedade de fato, entre os falecidos autores das heranças, sabido que a demanda, a esta altura, ocorre entre os espólios dos participantes dessa sociedade de fato.

Persegue, contudo, o espólio recorrente, que, em lugar de se aplicarem as disposições legais do direito das obrigações, relacionadas com a liquidação das sociedades de fato, como está no acórdão recorrido, se apliquem as de direito das sucessões, de sorte a reconhecer-se que, da coexistência prolongada e estável, em regime de concubinato, resulta verdadeiro estado de casados entre os falecidos, volvendo-se à aplicação sucessória, segundo a ordem da vocação hereditária consignada no art. 1.603 do Código Civil, invocando-se o princípio da analogia, contemplado no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e, também, como o fez o voto do Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO, o art. 5º dessa mesma lei, que consagra o princípio da finalidade social da norma.

É certo que da ausência de norma explícita para dirimir questões sucessórias entre concubinos, veio a ser construída, em demorada e acidentada elaboração, a orientação que veio a desaguar na Súmula 380 da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consagradora do reconhecimento da existência de sociedade de fato entre os concubinos, na formação do patrimônio comum, que se resolve pela sua dissolução, mediante liquidação e partilha.

Para assim construir não houve necessidade de aplicar o princípio da analogia, no sentido de suprir lacuna da lei, pois que lei existe regulando a dissolução das sociedades, entre as quais a de fato, que é aquela, na feliz definição de PONTES DE MIRANDA:

“A sociedade a que não corresponde contrato escrito é sociedade de fato, porque se puseram em comum, no mundo fático, as contribuições dos sócios” (Tratado de Direito Privado — vol. 49, pág. 160, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2ª reimpr.).

A essa construção, que todos têm como sábia e oportuna, fazendo apenas a adaptação do direito escrito às realidades sociais, não vejo como sobrepôr a perseguida pelo espólio recorrente, que, sob certos aspectos, representaria involução, por representar verdadeira demolição do que se edificou com tanto sentido social.

Considerássemos que o concubino sobrevivente ostentaria, para fins sucessórios, a posição verdadeira de cônjuge, para que se lhe atribuisse a condição de herdeiro único, ante a inexistência de descendentes ou de ascendentes, segundo a ordem do art. 1.603 do Código Civil, estaríamos a cometer injustiça, talvez maior do que aquela que reforçou as manifestações dos Srs. Ministros EDUARDO RIBEIRO e CLÁUDIO SANTOS, que opõem direitos de sobrinhos a direitos do cônjuge.

É que, além de não se poder considerar como cônjuge, no sentido da lei civil, o concubino, se o fizéssemos estaríamos a assegurar aos sobrinhos do varão — hoje o seu espólio contempla a figuração de sobrinhos, por direito sucessório de representação — tanto quanto o espólio recorrido, em que antes figuravam apenas irmãos, é integrado por filhos desses irmãos, sobrinhos, portanto, da falecida, estaríamos a atribuir a esses sobrinhos direitos sucessórios da falecida.

São, por conseguinte, sobrinhos de um dos concubinos a pleitear contra sobrinhos do outro.

E a injustiça suma se concretizaria, se adotássemos a solução preconizada pelo recorrente, porque, eleito cônjuge, também o patrimônio pessoal da falecida concubina EDITH, seria herdado por FERNANDO, seu companheiro sobrevivente, e passaria a seus herdeiros.

Restou demonstrado, ao longo do processo, que EDITH possuía participação acionária em diversos empreendimentos de que participava, também, o seu companheiro, a indicar que, a adotar-se a tese do recorrente, herdeiro desses bens seria o sobrevivente participante da relação concubinária e, daí, os seus herdeiros, hoje representados por sobrinhos.

Destacou o Sr. Ministro CLÁUDIO SANTOS, em seu voto, o argumento constitucional sobre o reconhecimento hoje, para efeito de proteção do Estado, da união estável entre o homem e a mulher, para avançar no sentido de admitir como cônjuge, para efeitos sucessórios, o concubino. Não me convenço do acerto desse argumento, porquanto a mesma Constituição, na parte final do dispositivo que põe sob a proteção do Estado essa união estável, contém recomendação no sentido de vir a lei a facilitar a sua conversão em casamento (art. 226, § 3º da Constituição).

Ora, se a Constituição recomenda que a lei, que ainda não foi feita, deverá proporcionar meios que facilitem a conversão da união estável entre o homem e a mulher em casamento, evidentemente que sobrevalorizou a este, como sede e centro da família, do qual decorrem os direitos do ordenamento positivo, especificamente os relacionados com o direito sucessório.

Tenho, deste modo, que deva prevalecer a sólida construção pretoriana da Súmula 380/STF, que apenas reconhece uma participação dos concubinos, na formação do patrimônio comum, fazendo incidir, sem buscar auxílio em analogia, normas que cuidam da sociedade e de sua dissolução, não a perseguida pelo recorrido, com denodo e brilho, é justo que se destaque, em que se forçaria a aplicação de norma a suposto jurídico diverso daquele para o qual foi elaborada e que ensejaria, como no caso concreto pretendo haver demonstrado, conseqüências assaz desastrosas para as partes e a própria convivência social.

Que a lei venha a proporcionar as facilidades, recomendadas na Constituição, para que se convertam as uniões estáveis em casamento, tenho que desejável, mas transformar a união que havia, no caso em exame, em casamento, para efeitos sucessórios, seria ir além da proteção constitucional, que erige o casamento como meta a alcançar, através de conversão, a ser disciplinada em lei.

Isto posto, voto no sentido de acompanhar os Srs. Ministros Relator e WALDEMAR ZVEITER, não conhecendo do recurso.

RENOVAÇÃO DE JULGAMENTO ADENDO AO VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, gostaria de acrescentar ao meu voto, já pronunciado no sentido de conhecer e prover o recurso, algumas considerações a respeito de precedente de minha relatoria, que foi invocado pelo ilustre advogado dos recorridos da Tribuna.

Naquele caso, segundo pude apreender, o recurso não foi conhecido, porque a solução dada pelo Tribunal de Justiça de origem, certamente não entrava em testilha, em dissídio, com o disposto da Súmula nº 380. Acrescento porém que venho manifestando em outros votos, a respeito do tema, a minha simpatia pela aplicação imediata dos princípios constitucionais respeitantes à matéria, sem que isso importe, segundo meu pensar, em aplicação retroativa da Lei Constitucional.

Recordo um outro caso por nós julgado: o Recurso Especial nº 1.508-RJ, cuja ementa do acórdão é a seguinte:

“Não há entrechoque com a Súmula nº 380, do STF, se o acórdão recorrido não tem como premissa a existência de sociedade de fato, mas a aplicação do princípio contido no art. 226, § 3º, da Constituição.”

No julgamento desse Recurso Especial nº 1.508, do qual fui Relator, a Turma não tomou conhecimento do recurso, exatamente, porque o enfoque da decisão foi outro e não entrou em dissídio com a Súmula. Aliás, o acórdão recorrido trazia importante decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da lavra do Desembargador Carlos Alberto Direito, publicada, inclusive, em livro de sua co-autoria, que reputo de grande significação para ser levada em conta na apreciação de questões dessa natureza, quanto aos influxos que provêm da disposição constitucional e que devem recair sobre a controvérsia.

Feitas essas considerações e dadas essas explicações em homenagem ao ilustre Advogado, ratifico o voto anteriormente proferido.

VOTO ADENDO (Vencido)

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Peço vênias, Sr. Presidente, para um adendo a meu voto.

Já foi salientado que a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal não cogita de uma sociedade de fato qualquer. MOURA BITTENCOURT coloca a circunstância em relevo. A meu ver, com muita razão. Em verdade, a dissolução de qualquer sociedade de fato conduz à partilha do patrimônio, adquirido pelo esforço comum. A Súmula estaria dizendo o óbvio. A referência à sociedade entre concubinos faz-se para marcar que se trata de algo peculiar, não se regendo simplesmente pelas regras pertinentes às sociedades em geral. A jurisprudência construída a propósito diz respeito a uma especialíssima sociedade, que não se reveste das mesmas exigências das formadas entre pessoas que não se unem pelo vínculo apontado. E porque é peculiar, requer tratamento diferenciado, pena de a construção pretoriana, informada por profundo sentimento de justiça, conduzir a conseqüências opostas ao desejado, em verdadeira equidade às avessas.

O eminente Ministro DIAS TRINDADE salientou particularidade do caso concreto, em que se teriam sobrinhos de um lado e outro. Entretanto, como ressaltou o Ministro CLÁUDIO SANTOS, está em causa a

questão pertinente aos direitos do concubino, tendo em vista a morte da concubina que não deixou herdeiros necessários. Está-se decidindo se, isso ocorrendo, deverá ele partilhar com tais parentes o patrimônio conquistado. O destino que aquele ulteriormente possa ter, não está em discussão.

Se fôssemos cogitar de possibilidades, aceitando um condenável casuísmo, haveria que examinar uma outra. Suponha-se que a mulher morresse sem deixar herdeiro algum. Seu companheiro, uma vez verificado o óbito, haveria de partilhar com o Estado o patrimônio que, em décadas de trabalho, construiu com a concubina. Tem-se solução estranha e inesperada a mostrar que não se pode simplesmente aplicar, sem adaptações, o que a lei dispõe a respeito de sociedades.

Mantenho o voto que proferi.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.599 — RJ — (90079977) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Fernando de Abreu Teixeira — Espólio. Recorrida: Edith Alves Teixeira — Espólio. Advogados: Drs. Paulo Lins e Silva e outros (pelo Recorrente) e Ubirajara Caldas, Elso Venâncio de Siqueira e outros (pela Recorrida). Sust. Oral: Drs. Paulo Lins e Silva (pelo Recorrente) — julgamentos de 09/10/90 e 09/04/91, Heraldo José Lemos Salcides (pela Recorrida) — julgamento de 09/04/91 e Nelson Parucker (Subprocurador-Geral da República) — julgamentos de 09/10/90 e 09/04/91.

Decisões: Por indicação do Sr. Ministro Relator, foi adiado o julgamento do Recurso Especial nº 4.599-RJ, para a sessão do dia 09/10/90 (3ª Turma, 02/10/90).

Após os votos do Sr. Ministro Relator, não conhecendo do recurso especial, e do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, dele conhecendo e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Aguardam os Srs. Ministros Cláudio Santos e Gueiros Leite. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE (3ª Turma, 09/10/90).

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Cláudio Santos. Participaram do julgamento os Sr. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Relator, e Eduardo Ribeiro. Não partici-

pou do julgamento o Sr. Ministro Dias Trindade (art. 162, § 2º, RISTJ). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES (3ª Turma, 10/12/90).

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cláudio Santos conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento ocorreu empate na votação. Sendo necessária a colheita do voto do Sr. Ministro Dias Trindade, fica designado o dia 09/04/91, quando serão renovados o relatório e a sustentação oral. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Relator, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Dias Trindade (art. 162, § 2º, RISTJ). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES (3ª Turma, 19/03/91).

Renovados o relatório e as sustentações orais, a Turma, retomando o julgamento, após o voto do Sr. Ministro Dias Trindade, não conheceu do recurso especial, por maioria de votos. Vencidos os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Cláudio Santos. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Nilson Naves, Relator, e Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES (3ª Turma, 09/04/91).



RECURSO ESPECIAL Nº 4.689 — SP
(Registro nº 900008214-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Hariosvaldo da Silva Viana*

Advogado: *Dr. Jaire Ferreira*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PENA. REGIME INICIAL, O FECHADO, E NÃO O ABERTO.

1. O regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade por infração do art. 12 da Lei nº 6.368, de 1976, é o fechado, porquanto presumida, *iure et de iure*, a periculosidade do agente. Atente-se, além

disso, para o fato de que o condenado, sequer, pode apelar da sentença em liberdade.

2. Os autos demonstram, entretanto, que o réu já cumpriu a pena imposta, alguns dias em regime fechado, porém o restante em prisão-albergue domiciliar. Portanto, não se pode, agora, simplesmente cassar o dito benefício, obrigando-o a voltar a cumprir a mesma pena em regime certo e mais rigoroso.

3. Recurso especial conhecido, mas prejudicado no mérito.

ACÓRDÃO

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

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu do recurso, mas no mérito, o julgou prejudicado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO COSTA LIMA: O Ministério Público do Estado de São Paulo interpõe Recurso Extraordinário, convolado em Especial no colendo Supremo Tribunal Federal (fl. 154), por não se conformar com o v. acórdão de fls. 120/121, proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A decisão confirmando a sentença de fls. 71/74 concedeu ao réu, condenado a três anos de reclusão e pagamento de cinquenta dias-multa, como infrator do art. 12 da Lei nº 6.368/76, o benefício de cumprir a pena, *ab initio*, sob regime aberto e, conforme o prudente arbítrio do juiz, em prisão-albergue domiciliar.

Alegando negativa de vigência do art. 117 da Lei de Execuções Penais e dissenso com jurisprudência de outros Tribunais, inclusive tra-

zendo à colação inúmeras decisões do Pretório Excelso, o recorrente manifesta inconformidade pela concessão do referido benefício, ante a presunção de periculosidade que reveste o delito de tráfico de tóxicos.

Deferido o prosseguimento do recurso, por estarem presentes os permissivos constitucionais (fls. 134/135), opina o Dr. GETÚLIO RIVERA VELASCO CANTANHEDE, ilustrado Subprocurador-Geral da República, em substituição, pelo provimento do recurso, arrimado no REsp nº 501-SP, 6ª Turma, Rel. Min. WILLIAM PATTERSON, DJ de 16.10.89, pág. 15.862.

Relatei.

VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PENA. REGIME INICIAL, O FECHADO, E NÃO O ABERTO.

1. O regime inicial do cumprimento de pena privativa de liberdade por infração do art. 12 da Lei nº 6.368, de 1976, é o fechado, porquanto presumida, *iure et de iure*, a periculosidade do agente. Atente-se, além disso, para o fato de que o condenado, sequer, pode apelar da sentença em liberdade.

2. Os autos demonstram, entretanto, que o réu já cumpriu a pena imposta, alguns dias em regime fechado, porém o restante em prisão-albergue domiciliar. Portanto, não se pode, agora, simplesmente cassar o dito benefício, obrigando-o a voltar a cumprir a mesma pena em regime certo e mais rigoroso.

3. Recurso especial conhecido, mas prejudicado no mérito.

O EXMº SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): O réu foi preso em flagrante no dia 30 de junho de 1987 (fl. 05), porque estava traficando maconha.

Processado, no dia 24 de agosto de 1987 (fls. 71/74), foi condenado a 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa como incurso no artigo 12, da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

O juiz deferiu-lhe, de pronto, o benefício para cumprir a pena em regime aberto.

O recurso de apelação interposto pelo Ministério Público visando, apenas, alterar o dito regime para, inicialmente, o fechado, foi desprovido (fls. 120/121).

O acórdão recorrido mantendo a decisão monocrática negou vigência ao disposto no art. 117, da Lei nº 7.210, de 11.07.84. De outro modo, está demonstrado o dissenso jurisprudencial.

O réu permaneceu preso de 30.06.87 a 02.09.87 (fl. 91). O restante da pena de três anos, cuja sentença foi publicada a 24.08.87, como visto, já se exauriu.

Ao relatar e votar o REsp nº 1.396-SP, tive ensejo de sublinhar:

“É que não basta à determinação do regime inicial de cumprimento da pena simplesmente a quantidade desta, senão também a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, conforme previsão do § 3º, do art. 33, do mesmo diploma, que assim dispõe:

“Art. 33

§ 3º — A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á em observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

Desse modo, pesam em desfavor do condenado aquelas circunstâncias do art. 59 aludido, dada a evidente nocividade social e periculosidade presumida do agente que faz do tráfico da droga um meio de vida para si, com a destruição de valores éticos e morais da sociedade, assim como, do bem maior tutelado pelo ordenamento jurídico, a própria vida do usuário, com as conseqüências daí advindas.

Não é sem causa, portanto, que a Lei nº 6.368/76, em seu art. 35, não permite ao condenado por infração ao art. 12, apelar sem recolher-se à prisão, presumindo o legislador, *iure et de iure*, sua periculosidade, temibilidade e nocividade sociais.

Assim, mostra-se inviável a deferida ao condenado por infração ao art. 12 da Lei 6.368/76 do regime aberto, como posto no r. aresto recorrido, ou seja, desde o início do cumprimento da pena, podendo obtê-lo atendidas as condições legais.

Além dos precedentes colacionados na peça recursal, que por si só seriam suficientes a dar guarida à pretensão ministerial, merecem referência os seguintes arestos desta Corte:

“PENAL. TÓXICO. TRÁFICO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

Incompatíveis os regimes aberto e semi-aberto para o início do cumprimento da pena, com a condenação por tráfico de tóxicos. Irrelevância do *quantum* da pena. A periculosidade do traficante é presumida, tanto que não lhe é permitido apelar em liberdade (art. 35 da Lei nº 6.368/76). Ordem indeferida.” (RHC nº 22-RJ, Rel. Min. COSTA LEITE, DJU de 11.09.1989)

“PENAL. EXECUÇÃO DA PENA. TRAFICANTE DE ENTORPECENTES. PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE. REGIME ABERTO INICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. No crime de tráfico de entorpecentes a lei presume a periculosidade do agente, ao impedir que ela possa apelar em liberdade (art. 35 da Lei 6.368/76), resultando não poder o traficante, embora condenado a pena privativa de liberdade inferior a 04 anos, cumpri-la, desde o início, em regime aberto (Código Penal, art. 33, §§ 2º, c, e 3º)

2. Pedido indeferido.” (HC nº 71-SP, Rel. Min. CARLOS THIBAU, julg. em 15.09.1989).

No mesmo sentido, REsp nº 501-SP, Rel. Min. WILLIAM PATTERSON, DJU de 16.10.1989.

Aliás, nesta Turma, já tivemos, de igual, oportunidade de afirmar da impossibilidade de o traficante iniciar o cumprimento da pena em regime aberto.

Assim foi quando do julgamento do REsp nº 59-PR, de que fui relator, bem assim nos REsp nºs 205-SP e 285-PR, em que fora relator o eminente Ministro ASSIS TOLEDO.

É bem verdade que em todas essas ocasiões em que apreciamos o tema, o caso concreto recomendava a manutenção do regime aberto, deferido pelos julgados recorridos, pois os acusados, ou encontravam-se presos preventivamente ou em flagrante, quando da sobrevinda do regime menos rigoroso, com o que restavam atendidas as condições legais.”

Iterativa é a jurisprudência desta Corte:

“PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL.

1. “Embora o condenado por crime de tráfico (art. 12) apresente características incompatíveis com o regime aberto, uma vez concedido este pelo Tribunal, após cumprimento de mais de um terço da pena em regime fechado, não se

pode cassar simplesmente o benefício, um ano depois, impondo regressão no regime sem ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 118, incisos e parágrafo da Lei de Execução Penal” (Recurso Especial nº 205-SP, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, DJU de 28.08.89, p. 13.680).

2. Hipótese em que o réu, mantido preso desde o flagrante, restou condenado à pena de 10 (dez) meses de detenção, por infração ao art. 16 da Lei nº 6.368/76, cumprindo-a em regime fechado.

3. Decisão concessiva de regime aberto, após condenação por tráfico, datada de 20.12.1988.

4. Impossibilidade de regressão do regime prisional sem causa legal.

5. Recurso Especial conhecido e improvido.” (REsp nº 59-PR, Rel. Min. COSTA LIMA, DJU 30.10.89, pág. 16.511)

“PENAL. EXECUÇÃO DA PENA. TRAFICANTE DE ENTORPECENTES. PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE. REGIME ABERTO INICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

I. No crime de tráfico de entorpecentes a lei presume a periculosidade do agente, ao impedir que ele possa apelar em liberdade (art. 35 da Lei 6.368/76), resultando não poder o traficante, embora condenado a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos, cumpri-la desde o início, em regime aberto (Código Penal, art. 33, §§ 2º, c, e 3º).

II. Pedido indeferido.” (HC nº 71-SP, Rel. Min. CARLOS THIBAU, DJU 10.10.89, pág. 15.650).”

A hipótese em julgamento, conforme acentuei, contém a singular condição de que o condenado já cumpriu a pena na sua quase totalidade em regime aberto. Conseqüentemente, não se pode recuar no tempo para fazê-lo cumprir a mesma pena no regime que, de início, o deveria ter feito. A pena de reclusão pode ser cumprida tanto em regime fechado quanto em regime semi-aberto ou aberto — artigo 33 do Código Penal.

A pena de três anos de reclusão, considerada a data do flagrante, 30 de junho de 1987, e tendo em conta o disposto no artigo 42, do Código Penal, já foi cumprida, posto que exaurido o respectivo tempo de cumprimento, ainda que em regime menos rigoroso.

Em conclusão, conheço do recurso especial mas, pelos motivos expostos, julgo-o prejudicado no mérito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.689 — SP — (900008214-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Hariosvaldo da Silva Viana. Advogado: Dr. Jaire Ferreira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas no mérito julgou-o prejudicado (5ª Turma — 24.10.90).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, José Dantas e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.987 — RJ (Registro nº 90.0008966-2)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Marcelo de Lima e Silva*

Recorrida: *Marcele de Lima e Silva*

Advogados: *Dr. Bruno Lara Resende e outros e Dr. Peralta C. H. (Curador Especial) e outros*

EMENTA: *Direito Civil. Ação negatória de paternidade. Presunção legal (CC, art. 240). Prova. Possibilidade. Direito de Família. Evolução. Hermenêutica. Recurso conhecido e provido.*

I — Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.

II — Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.

III — O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Bueno de Souza, que se declarou ciente do relatório.

Custas, como de lei.

Brasília, 04 de junho de 1991 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Cuida-se de ação “negatório de paternidade” ajuizada pelo recorrente, ao fundamento de que, feito o registro da menor, nascida dois anos após o casamento, sua esposa lhe teria dito que a mesma era filha de outro, aduzindo o autor que um mês depois a mãe deixou o lar, levando a menina.

Após manifestações da Curadoria Especial, não se pronunciando a mãe em representação da filha, o Ministério Público opinou pelo prosseguimento do feito e realização da prova genética e hematológica.

O MM. Juiz, em julgamento antecipado, julgou o autor carecedor da ação, forte nos arts. 337, 338 e 340 do Código Civil, 4º e 5º da Lei de Introdução.

Não surtiu êxito a apelação do autor, cujo acórdão ementou:

“Contestação de paternidade legítima.

A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar, provando-se uma das condições previstas no art. 340, I e II, do Código Civil. Se o marido, ao contrário, coabitou com a mulher no período da concepção e veio até a registrar, como seu, o filho, a negatória da paternidade legítima torna-se juridicamente impossível, não bastando o adultério, nem a confissão da mulher para ilidir a presun-

ção legal de legitimidade e excluir a paternidade (arts. 343 e 346).

Sentença mantida”.

Inconformado, o apelante interpôs recurso extraordinário, com sustentação no art. 119, III, *a* e *d*, da Constituição pretérita, argüindo relevância da questão federal. Afirma negada vigência ao art. 340, I, do estatuto civil, e traz à colação aresto do Supremo Tribunal Federal (RTJ 78/534) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (RT 618/169), do qual fui relator.

Processada a relevância, na Suprema Corte foi o recurso convertido em especial, com retorno ao eg. Tribunal de origem para o exame da admissibilidade, onde foi ele acolhido pelo dissídio.

Ao contrário dos pareceres do ilustre Defensor Público, Dr. PERALTA C. H., e do Ministério Público estadual, a Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento, para prosseguimento do feito, com colheita das provas.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): A meu juízo, este Tribunal não pode, pela relevância de sua missão constitucional como guardião do direito infraconstitucional, sobretudo quando a nação aplaude, esperançosa, a nova sistemática recursal, deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana.

Daí a razão de várias vezes já ter assinalado, com o confortador aval dos eminentes Pares desta Turma, que se deve conhecer do recurso especial “mesmo quando a parte não faz a demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, se notório o dissídio na matéria, dado o escopo do recurso em assegurar a unidade do direito federal” (cfr. dentre outros, o REsp 2.122-MS).

Com tais considerações, embora os paradigmas não se afeiçoem às inteiras, quanto às bases fáticas, ao caso ora em julgamento, inquestionável se me afigura a semelhança das teses postas em apreciação, particularmente em relação ao paradigma do Supremo Tribunal Federal (RE 80.805-PR, relator o Ministro Xavier de Albuquerque, RTJ 78/534), em cuja ementa se lê:

“Investigação de paternidade. Adulterinidade *a matre*. Admitindo-se, em princípio, a investigatória, independente-

mente de contestação, contenciosa da paternidade pelo pai presumido, é correta a decisão que, *consideradas as circunstâncias do caso, entende não se dever trancar a ação no despacho saneador. Votos vencidos. Recurso extraordinário não conhecido*". (grifei)

Consoante naqueles arestos se lê, as teses não eram as mesmas versadas nestes. Mas se evidencia a sua afinidade, especialmente quando aproximam as espécies em torno da busca da verdade real, através de instrução plena a realizar-se nas instâncias ordinárias, recordada a sempre atual lição de Lessona, para quem todo o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, estaria em substituir a verdade ficta pela verdade real.

In casu, estribando-se na letra de uma legislação que data de 3/4 de século, em julgamento antecipado, sem apreciação do mérito, e sem ensejar ao autor o acesso aos meios de prova hoje cientificamente existentes e admitidos, até demonstração em contrário, pelo Supremo Tribunal Federal (RE 99.915-SP), por este Tribunal Superior (REsp 700-RJ) e pela doutrina de ponta (Caio Mário, *Instituições*, Forense, V vol., 7ª ed., 1990, nº 413, p. 202), as instâncias locais vedaram ao autor a produção de provas para a demonstração negativa da sua paternidade, mantendo o anátema que há séculos pesa sobre a filiação, que o romano, segundo registro do admirável civilista citado, qualificava de mistério no célebre brocardo *mater semper certa est, pater incertus*.

O fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se.

No caso de que se trata, merecem transcrição as lúcidas considerações do ilustre Subprocurador-Geral da República, Prof. Osmar Brina, homem de rara sensibilidade jurídica e humana, refletida em numerosos pareceres e estudos doutrinários:

“Penso que numa ação dessa natureza, e com essas características, todos os problemas de técnica processual devem ficar adstritos ao seu aspecto meramente instrumental e ceder lugar a alguns valores mais altos reconhecidos pelo direito natural implícitos no ordenamento jurídico. A preocupação com a verdade e a justiça é tamanha que não ocorrem os efeitos da revelia (CPC, art. 320, II) e nem mesmo a confissão pode ser admitida (CPC, art. 351).

Na apuração deste caso, o enfoque necessário deve ser o do melhor interesse da criança, critério consagrado no direito comparado e revelado nas expressões **the best interest of the child** do direito norte-americano e no **kindeswohl** do direito germânico.

A Constituição Federal Brasileira, invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 1º), assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito (art. 227).

Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar.

A menor, nestes autos, tem o legítimo e sagrado direito de obter a verdade sobre a sua paternidade. E será injusto e cruel privá-la de usar todos os recursos possíveis na busca dessa verdade por frio apego a ritos e formas processuais.

Não é, pois, o interesse do autor-recorrente mas, sobretudo, o direito da menor que se acha em jogo nestes autos.

Ninguém pode negar as enormes mudanças sociais e de comportamento das pessoas ocorridas desde a promulgação do Código Civil de 1916 até esta data.

A atitude da mãe da criança, deixando correr à revelia a ação, tanto pode significar silêncio a um tempo recatado e indignado como uma negligência *nonchalance*. Mas, em qualquer das hipóteses, agride o direito da filha.

A dignidade de uma criança fundamenta-se no amor, no respeito e no carinho a ela dedicados. E esses fatores não podem sobreviver quando ela é considerada uma farsa, fruto de outra farsa.

Certamente, nenhum julgamento conseguirá apagar as marcas psicológicas dos fatos veiculados nestes autos. Certamente, a prova da paternidade jamais é absoluta. Certamente, existe uma presunção relativa da paternidade da criança em questão. Certamente, o julgamento do processo definirá, definitivamente, os direitos patrimoniais e sucessórios. Mas é função primordial da Justiça velar para que ela própria não contribua para agravar os traumas que a vida e os pais da criança lhe impuseram.

Ficou devidamente comprovada e reconhecida (fls. 104/106) a divergência jurisprudencial. Tomo a liberdade de fazer minhas as palavras transcritas dos dois acórdãos invocados como paradigmas, às fls. 117/120. E, na esteira do parecer do Curador de Família, Dr. Francisco Antônio Souto e Faria, constante de fls. 34/36, opino pelo conhecimento e provimento do recurso para prosseguimento do feito, realização das provas genética e sangüínea, e depoimentos pessoais do autor e da ré, esta na pessoa de seu representante legal e, mais, depoimento pessoal da mãe da ré”.

Outro, aliás, não era o que dispunha o art. 5º do anterior Código de Menores, que consagrava a denominada “regra de ouro do menorismo”, *verbis*:

“Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro interesse juridicamente tutelado” (cfr. “Notas Interpretativas ao Código de Menores”, Forense, 1980).

E outro também não tem sido o entendimento deste Tribunal, conforme se lê das ementas que se seguem:

CC nº 1.247-SC (DJ de 01.04.91), Relator o Ministro Nilson Naves:

“Guarda de menor/busca e apreensão de menor. Competência. 1. Considera-se prevento o juiz que despachou em primeiro lugar. 2. *Interesse do menor, conforme precedentes da 2ª Seção*. CC’s 677 e 1.229. 3. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Regional da Família e Sucessões de Santo Amaro” (grifei);

CC nº 1.229-MG (DJ de 18.02.91), Relator o Ministro Nilson Naves:

“.....
2. *Busca e apreensão de menores. Competência territorial de Bebedouro, onde os menores se acham matriculados e freqüentes às aulas de colégio. Procedente: CC-677*” (grifei);

CC nº 677-MG (DJ de 17.12.90), Relator o Ministro Bueno de Souza:

“.....
6. *A natureza da causa mais recente, eminentemente menoril, convoca aplicação do disposto nos artigos 5º, 15, 70 e 141 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)*.

7. *Competência territorial de Belo Horizonte, onde os menores se achavam matriculados e freqüentes às aulas de colégio*” (grifei).

Ao concluir, pela pertinência com o tema, com vênia reproduzo considerações que expressei anteriormente:

“A vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias.

A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do Direito de Família. Como diria o notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.

Indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortinam a atualização da lei (Couture) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valorização, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável (Recaséns Siches).

Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.

Como afirmou Del Vecchio, a interpretação leva o Juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou Orosimbo Nonato na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o

texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém” (Apelação 68.829, TJMG, RT 618/169).

Em suma, não obstante melhor fosse que outros tivessem sido os dispositivos legais apontados como vulnerados, conheço do recurso pelo dissídio e o provejo, cassando as respeitáveis decisões para ensejar a produção de provas.

ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): O que procurei demonstrar, Senhor Ministro Presidente, é que a espécie apresenta características peculiares e relevantes em face da evolução do Direito de Família, da nova ordem constitucional e do avanço científico na apuração da paternidade.

Tenho por configurado o dissídio em considerando que a própria Suprema Corte vinha, no sistema constitucional anterior, alargando a possibilidade da apuração da verdadeira paternidade e que a missão deste Tribunal é pronunciar-se nas grandes teses do direito infraconstitucional, mesmo que para tanto tenha que relegar a plano secundário os rigores dos óbices do juízo de admissibilidade.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Pelo que V. Ex^a disse, a situação se faz dentro da semelhança dos casos e não da identidade dos casos.

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Em face da tese jurídica que está posta em julgamento.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXM^o SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação negatória de paternidade proposta por Marcelo de Lima e Silva contra a sua filha Marcele de Lima e Silva, sob os seguintes fundamentos: é casado com Maria Antoniete de Lima e Silva desde 4 de junho de 1983; na constância do casamento, nasceu a ré no dia 12 de junho de 1985; feito o registro da menor, sua mulher lhe contou não ser a criança sua filha e sim de outro homem, de estado civil casado.

Não contestada a pretensão, a sentença de fls. 40/45 julgou extinto o processo sem conhecimento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.

O decisório de 1º grau foi mantido pela Superior Instância, em Acórdão que se acha assim ementado:

“Contestação de paternidade legítima.

A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar, provando-se uma das condições previstas no art. 340, I e II, do Código Civil. Se o marido, ao contrário, coabitou com a mulher no período da concepção e veio até a registrar, como seu, o filho, a negatória da paternidade legítima torna-se juridicamente impossível, não bastando o adultério, nem a confissão da mulher para ilidir a presunção legal de legitimidade e excluir a paternidade (arts. 343 e 346)” (fls. 66).

Daí o presente recurso especial manifestado pelo autor com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo contitucional, alegando negativa de vigência do art. 340, nº I, do Código Civil, e dissenso interpretativo com os arestos estampados na Rev. dos Tribs. 618/169 e RTJ 78/534.

O eminente Relator, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, conhece do apelo excepcional pela letra *c* e o provê, para, cassando as rr. decisões proferidas, ensejar a produção das provas. S. Exª deu ênfase, tal como o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, à proteção aos interesses do incapaz.

Peço vênia para divergir do brilhante voto prolatado pelo nobre Relator.

A ré, menor impúbere, nasceu na constância do casamento. Conforme acentuou a r. sentença, a presunção de legitimidade da filiação conduz à outra, à da paternidade: *pater is est quem justae nuptial demonstrant*. Não bastasse, o autor reconheceu-a como filha no assento de nascimento (fls. 6).

A presente ação esteia-se, portanto, na mera afirmativa da mãe da criança, de que esta é filha de um outro homem. Assim mesmo, deixa claro o autor na peça vertribular que somente ingressou com a demanda porque a sua esposa abandonou o lar conjugal para dirigir-se à casa de uma tia.

A meu sentir, incensuráveis afiguram-se os decisórios ora hostilizados pelo apelo extremo.

Segundo magistério de Orlando Gomes:

“A contestação da paternidade não é livre. Há de se processar em ação judicial sujeita a pressupostos de direito material taxativamente enumerados. Fora dos casos previstos textualmente, não cabe, devendo fundamentar-se:

a) na impossibilidade física de coabitação nos primeiros 121 dias ou mais dos 300 que houverem precedido ao nascimento do filho;

b) na separação legal;

c) na impotência absoluta.” (Direito de Família, p. 314, ed. 1988)

Ora, o demandante não esteia o seu pedido em qualquer desses fundamentos. Alega, no recurso especial, negativa de vigência do art. 340, nº I, do CC, que o Tribunal *a quo*, em verdade, cumpriu às inteiras. No caso em exame, a ação ou cabe nos termos da lei ou simplesmente não cabe, inexistindo o meio termo que busca o autor, a fim de que, durante a fase instrutória, possa demonstrar a alegada impossibilidade física pela realização do exame hematológico.

Fora das hipóteses acima arroladas, descabe a contestação da paternidade, consoante, aliás, bem evidenciou o Ministério Público Estadual em parecer que se encontra encartado às fls. 60/63 dos autos, *in verbis*:

“Na verdade, merece ser confirmada a sentença, que bem apreciou os fatos e a eles aplicou corretamente o direito.

A presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* é de direito, e só cede diante das exceções expressa e taxativamente enumeradas em lei, e que são: a) impossibilidade física de coabitação no período da concepção; b) separação legal; c) impotência absoluta.

Nem a confissão da mulher, nem o adultério comprovado ilidem a presunção, se ocorreu ou poderia ter ocorrido a coabitação também com o marido no período indicado.

Desconhecemos qualquer interpretação, doutrinária ou jurisprudencial, que abrande ou afaste essa presunção, salvo algumas decisões, assim mesmo raras e isoladas, pretendendo equiparar a separação de fato à legal, para esse fim, mas ainda aí quando comprovada a inexistência de coabitação com o marido, o que levaria a hipótese para a incidência da letra *a* acima (art. 340, I, II, do CC).

Ora, no caso, nada disso ocorreu e segundo o relato do próprio autor, houve certamente a coabitação no período da concepção, tanto que ele acreditou ser o pai e procedeu ao registro.

Só depois do registro e apenas a partir da confissão da esposa, sem outro elemento de convicção, é que teria tomado conhecimento do alegado adultério e conseqüente paternidade de outro.

O caso serve, de certo modo, para mostrar o acerto com que andou o legislador, pois se a mãe da menor, no período da possível concepção manteve relações adulterinas, mas também as manteve com o marido, nem ela própria poderá afirmar com segurança de quem seria o sêmem que a fecundou.

Nem se pode afastar a hipótese de que o adultério sequer tenha existido, e a mulher o tenha inventado como forma de agredir moralmente o marido de quem se separava, ou ainda um eventual conluio entre os dois. Enfim, a presunção permanece íntegra e o autor, ora apelante, não tem realmente o direito de questionar a paternidade da menor, ré neste processo, inclusive porque nem ele pode ter a certeza quanto a ser ou não o pai, e seus desentendimentos com a mãe da criança não podem servir de motivo para repudiá-la.

O pedido, portanto, em tese, conflita com a lei e como tal se torna juridicamente impossível, ou, em outras palavras, ainda que o autor pudesse provar tudo o que alegou, nem assim seu pedido poderia ser acolhido, pois vedado pela letra expressa da lei” (fls. 61/63).

Bem expressiva ainda é a lição de Arnaldo Wald, para quem:

“A presunção de paternidade de filho concebido na constância do casamento (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), só pode ser derrubada em casos específicos (art. 341 e 342) não sendo admitida confissão em contrário da mulher (art. 346) ou prova do seu adultério (art. 343). O direito de negar paternidade pertence exclusivamente ao pai (art. 344) devendo ser exercido em dois meses a partir do nascimento se estava presente (art. 178, § 3º) ou em três meses a partir da data em que tomou conhecimento do nascimento se a este não esteve presente (art. 178, § 4º, I).

Para contestar a paternidade é preciso provar que o marido, nos primeiros 120 dias dos 300 que precederem o nascimen-

to do filho, não teve relações sexuais com a esposa. Tal prova pode ser feita quando os cônjuges estavam em lugares diversos, por exemplo em países diferentes, ou quando um deles estava preso, ou quando havia por parte do marido *impotentia coeundi ou generandi*, devendo a impotência ser absoluta” (Direito de Família, pág. 169, 8ª ed.)

Compartilham dessa opinião doutíssimos civilistas pátrios (Clóvis Beviláqua, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, pág. 780, 8ª tiragem; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. V, pág. 187, 5ª ed.; Sílvio Rodrigues, Direito Civil, Direito de Família, vol. VI, pág. 294, 15ª ed.; Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 2º vol., pág. 240, 17ª ed.; Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. 5, pág. 348, ed. 1934).

Nem se invoque, como motivo para excepcionar a disposição legal, a proteção aos interesses da menor, que, por sinal, não são nitidamente perceptíveis na espécie em julgamento. Basta lembrar que a criança figura, no presente feito, como ré e que, acaso admitida a viabilidade da demanda, poderá restar despojada do estado de que desfruta.

Por derradeiro, não vejo configurado o dissenso pretoriano. Ambos os paradigmas trazidos à colação pelo recorrente dizem com tema distinto do que trata a presente causa. Neles, em hipótese de adulterinidade *a matre*, restou admitida a ação de investigação de paternidade independentemente da prévia ação negatória pelo pai presumido.

Ante o exposto e rogando vênias ao ilustre Relator, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, inclinava-me por me pronunciar contrariamente ao d. entendimento que está a predominar, porquanto se me afigura digno de atenção o risco de se abalar o princípio consagrado no art. 340 do Código Civil. Este princípio pode, certamente, comportar algumas atenuações (como, por exemplo, no caso do pai que se sente atingido pela declaração da esposa e sinta necessidade de ir à Justiça, valendo-se de meios de prova apropriados a sua pretensão). Neste ponto, foi oportunamente salientado que determinados meios, hoje disponíveis, não eram sequer considerados pelo legislador de 1916.

Observo, porém, que o Tribunal não está admitindo que a confissão (ou que outro nome tenha) da mãe possa constituir-se na causa determinante do reconhecimento da filiação ou da paternidade, assunto de tal relevo jurídico que, parece escusado insistir, somente pelos meios próprios poderia merecer decisão.

Cuida-se, tão-somente, de assegurar o processamento da demanda.

Por isso, ponho-me de acordo.

Nestes termos, conheço do recurso.

VOTO — VISTA

O EXM^o SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Como decorre dos votos já proferidos, cuida-se de ação negatória de paternidade proposta por homem casado e que registrou como sua filha menor nascida de sua esposa, tendo todavia esta, posteriormente, abandonado o lar e dito que a criança era filha de outro. Em julgamento antecipado da lide, o magistrado considerou o demandante carecedor de ação, e tal sentença veio a ser mantida em Superior Instância. Manifestando o autor recurso especial, ao mesmo deu provimento o em. relator Min. Sálvio de Figueiredo, recordando a lição clássica de Lessona, para quem “todo o progresso da ciência jurídica, em matéria de provas, estaria em substituir a verdade ficta pela verdade real”. Em sentido contrário, em exegese ortodoxa das normas do Código Civil relativas à questão, máxime os artigos 340, I, 343 e 346, posicionou-se o em. Min. Barros Monteiro.

Ante as posições discordantes, impende tomar partido. Compreende-se o rigorismo das normas do Código de 1916: à época, o princípio do *pater est quem nuptiae demonstrant* havia de ser observado com rigor máximo, não só ante as realidades sociais imperantes e a moral vigente, como porque a negativa de paternidade, então inexistentes meios técnicos a comprová-la, somente poderia alicerçar-se em fatos evidentes, tais a impossibilidade física de coabitação, a separação **legal** dos cônjuges ou a impotência absoluta do marido, não sendo a presunção afastada sequer pelo adultério da mulher com quem o varão vivesse sob o mesmo teto, ou pela confissão materna. Outros são os tempos, já agora a confissão materna, aludida no artigo 346, podendo ser corroborada por exames genéticos de máxima precisão e incontestável credibilidade. Pode atualmente dizer-se que “não basta o adultério da mulher com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole”, mas que basta a confissão do adultério quando comprovada pelos

exames genéticos que a ciência moderna proporciona em auxílio do jurista. Em assim sendo, a ação negatória de paternidade não deve ser liminarmente afastada, sobrepondo-se assim a verdade formal à possível verdade real. Diga-se, aliás, que o artigo 340 do CC tem merecido do Pretório Excelso exegese não restritiva, admitida, *v.g.*, a investigação de paternidade quando a notória separação dos cônjuges era **de fato**, e não separação **legal** como previsto no inciso II do mesmo artigo. Dentre muitos, cito o acórdão no RE 89.286, *in* RTJ 92/330.

Em suma, acompanho o voto do eminente relator, rogando muita vênua ao em. Min. Barros Monteiro.

ESCLARECIMENTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Eminente Ministro Athos Carneiro, gostaria de uma informação do Eminente Relator, mas já que V. Ex^a está com os autos, talvez possa prestá-la.

Quais os dispositivos dados como violados?

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Pelo relatório, o dispositivo dado como violado foi o art. 341 do Estatuto Civil e trazido à colação com aresto do STF, no RTJ nº 78/534, e aresto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no RT nº 618/19, do qual o ora Eminente Ministro-Relator também foi o relator naquela Corte.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: V. Exa. está admitindo como violado o art. 341?

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: O Eminente Relator conheceu o recurso pelo dissídio e lhe deu provimento, e acompanho o voto do Eminente Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: E V. Ex^a, Ministro Sálvio de Figueiredo?

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Estou conhecendo pelo dissídio. Argumenta-se que a legislação de 1916 não poderia perdurar em face dos meios científicos e técnicos de que hoje dispõe a sociedade.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Então V. Exa. não está recebendo pela alegada violação da lei, mas só pelo dissídio.

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Pelo dissídio.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, nesta hipótese em que o Eminentíssimo Relator dá por configurado o dissídio, acompanho as suas razões.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.987 — RJ — (90.0008966-2) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Marcelo de Lima e Silva. Recda.: Marcele de Lima e Silva. Advs.: Dr. Bruno Lara Resende e outros, Dr. Peralta C. H. (Curador especial) e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, tendo participado do julgamento o Sr. Ministro Bueno de Souza, que se declarou ciente do relatório. Vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro. (4ª Turma — 04.06.91)

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.117 — PR (Registro nº 90.9225-6)

Relator: *Sr. Min. Américo Luz*

Recte.: *Expresso Princesa dos Campos S/A*

Recdos.: *J. Araújo e Cia. Ltda. e Estado do Paraná*

Advs.: *Eduardo Rocha Virmond, Maurício Souza Bochnia e outros, José Manoel de Macedo Caron e Pedro Gordilho*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ATO JUDICIAL QUE DETERMINA O CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE.

Divergência com as Súmulas 267 e 268 — STF. Inocorrência.

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 maioria, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Suficiente à compreensão da controvérsia é a parte expositiva do parecer exarado pelo Ministério Público Federal junto à Suprema Corte, da lavra da ilustre Procuradora da República Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues. Transcrevo-a (fls. 357/360):

“O Recurso Extraordinário é interposto com fundamento nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional, fazendo alegação de ofensa ao art. 153, § 3º, da Carta Magna, e de discrepância do julgado em relação às Súmulas 267 e 268 e aos arestos apontados a fls. 294/296.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela recorrida J. ARAÚJO & CIA. LTDA. contra ato judicial, constituído por decisão prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, da Comarca de Curitiba, Paraná, que, em outro mandado de segurança este impetrado, pela mesma Recorrida, contra ato da Chefia dos Serviços de Transporte Comercial do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná, que determinava a suspensão da execução de linha de transporte intermunicipal, ao fundamento de estar cumprindo mandado expedido pelo mesmo MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, em carta de sentença extraída de mandado de segurança concedido em grau de apelação pelo E. Tribunal *a quo* e, por sua vez, impetrado pela ora Recorrente EXPRESSO PRINCESA

DOS CAMPOS S/A, contra ato do Diretor do mesmo Departamento de Estradas de Rodagem —, assim decidiu:

“Não conheço, assim, do pedido, dada ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, e **por considerar da responsabilidade deste juízo a prática do ato.**”

Para melhor compreensão, ordenem-se, cronologicamente, as medidas postuladas:

a) primeiramente, EXPRESSO PRINCESA DOS CAMPOS S/A impetrou perante a MM. 17ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, Paraná, o mandado de segurança que tinha por impetrado o Diretor do Departamento de Estradas de Rodagem (fls. 28/40 e autos apensos), concedido, em grau de apelação, “... para declarar que a preferência na exploração da linha Curitiba-Guarapuava, via Irati, é do expresso Princesa dos Campos...” (fls. 41/48 destes autos e 153/155 dos apensos respectivos), havendo sido negado seguimento ao Recurso Extraordinário interposto (fls. 296/297 do apenso);

b) depois, extraída carta de sentença para execução do *mandamus* referido na alínea anterior, foi distribuída à MM. 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concor datas, que, atendendo a requerimento da Impetrante, expediu mandado determinando ao Departamento de Estradas de Rodagem que fosse retirado da linha direta Guarapuava-Curitiba o EXPRESSO ESTRELA DO SUL, nome de fantasia de J. ARAÚJO & CIA. LTDA. (fls. 57/60 destes autos e 63/70 da Carta de Sentença entranhada nos autos apensos);

c) executada pelo Departamento de Estradas de Rodagem — através de sua Chefia do Departamento dos Serviços de Transporte Comercial — a ordem judicial, impetrou J. ARAÚJO & CIA. LTDA., então, mandado de segurança contra tal ato (fls. 2/11 dos autos apensos);

d) distribuído o mandado de segurança ao mesmo MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concor datas, houve por bem negar-lhe conhecimento, “... por considerar deste juízo a prática do ato” (fls. 45/49 dos autos apensos);

e) impetrou, por fim, J. ARAÚJO & CIA. LTDA. novo mandado de segurança, agora voltado contra o MM. Juízo

da 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, à consideração de haver o mesmo assumido a autoria do ato coator (petição inicial destes autos);

f) superado o percalço processual resultante de não ter sido desde logo chamado ao feito EXPRESSO PRINCESA DOS CAMPOS S/A, na qualidade de litisconsorte passivo necessário — o que se deu com o provimento, por essa Excelsa Corte, de Recurso Extraordinário (fls. 210/221) —, foi afinal concedida a segurança postulada por J. ARAÚJO & CIA. LTDA. através do V. acórdão recorrido, que ostenta a seguinte ementa, a espelhar o julgado:

“Mandado de Segurança. Viabilidade do remédio constitucional para corrigir os excessos de execução de outra segurança. Ato judicial de execução que, por seu turno, poderia acarretar danos de difícil e incerta reparação. Ordem concedida.” (fls. 271)

Tudo posto, afigura-se evidente que toda a discussão de mérito girou em torno da interpretação a ser conferida ao V. *decisum* do E. Tribunal *a quo* que deu causa a este processo, (fls. 41/48), já que, conforme a extensão que lhe fosse emprestada, existiria, ou não, excesso de execução e, por isso, ilegalidade, no ato judicial tido como coator, vindo a entender o V. Acórdão recorrido que houvera demasia.”

Na Suprema Corte, o eminente relator, Ministro Celso de Mello, pela decisão de fls. 367, tendo em vista tratar-se de hipótese de cabimento de recurso, e ainda o fato de que as Súmulas 267 e 268 possuem base normativa constitucional e legal, converteu, *ipso juri*, o recurso em extraordinário e especial, determinando a remessa do processado a este Tribunal para apreciação do último.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Ao denegar seguimento ao apelo extremo, o eminente Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Des. Alceu Machado, assim motivou sua decisão (fls. 314/315):

“Inconformado com o v. acórdão majoritário de fls. 271/279 (declarado pelo de fls. 286/288), que restou assim oficialmente ementado, *verbis*:

“Mandado de Segurança. Viabilidade do remédio constitucional para corrigir os excessos da execução de outra segurança. Ato judicial de execução, que, por seu turno, poderia acarretar danos de difícil e incerta reparação. Ordem concedida”,

interpõe o Expresso Princesa dos Campos S/A com apoio nas alíneas *a* e *d* da norma constitucional permissiva, o tempestivo recurso extraordinário de fls. 290-298, no qual alega ofensa ao § 3º do artigo 153 da Constituição (coisa julgada), mais divergência com as Súmulas 267 e 268 da Suprema Corte, ambas as alegações baseadas no fato de que ficou demonstrado no processo que a recorrida impetrou mandado de segurança contra ato do Chefe do Serviço de Tráfego do DER (apenso 1), sendo que, uma vez indeferido, a recorrida impetrou a presente segurança contra ato do Dr. Juiz de Direito que, tomando para si a responsabilidade do ato praticado pelo Chefe do Serviço de Tráfego do DER (impugnado na Segurança contida no apenso que determinou do mandado de segurança concedido por este Tribunal (que se encontra no apenso 2), sem, todavia, ingressar com qualquer recurso contra a decisão daquela segurança (a do apenso 1), da qual caberia recurso, mas que, uma vez não utilizado este, transitou aquela em julgado, motivos pelos quais, diz a recorrente, teria a decisão impugnada divergido das Súmulas supracitadas e ofendido a coisa julgada.

À espécie não é de se aplicar o óbice do inciso VI do artigo 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, conforme anotou o Ministro Néri da Silveira em seu voto, a fls. 216.

O ato do Ar. Juiz de Direito, encampando o praticado pelo Chefe do Serviço de Tráfego do DER, como bem demonstrou a impugnação, a fls. 302-304, erigiu-se em ato novo e autônomo, passível de ser atacado através do remédio heróico, porque fora do âmbito do decidido no mandado de segurança contido no apenso 2. Por isso, não há falar em ofensa à coisa julgada, nem em divergência com as Súmulas indicadas pelo recorrente. E se inexistentes tais increpações, via de consequência, também não há falar em dissídio com decisões que as reconheceram.

Quanto à parte do excepcional que se dirige ao mérito (fls. 297-298), nada há para ser apreciado, de vez que nela não se

fez nenhuma alegação objetiva com vistas a demonstrar o cabimento do recurso, quer pela alínea *a*, quer pela alínea *d* (nela não se alegou ofensa à Constituição, negativa de vigência à lei federal ou dissídio, quer jurisprudencial, quer sumular).”

Do parecer exarado pelo Ministério Público Federal destaque (fls. 360/363):

“A *quaestio juris* ora trazida à apreciação dessa Excelsa Corte, todavia, quer sob o manto da alínea *a*, quer sob a alínea *d* da permissão constitucional, está fundada na questão preliminar prejudicial pertinente à alegação de desrespeito aos princípios consubstanciados nas Súmulas 267 e 268, que lembre-se, rezam:

“Súmula 267. Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

“Súmula 268. Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.”

Eis, a propósito de tal tema, as razões essenciais do Recorrente:

“Efetivamente, ficou demonstrado no processo que J. ARAÚJO (tal fato é confirmado pela própria narração do pedido de mandado de segurança) impetrou mandado de segurança contra ato do Chefe do Serviço de Tráfego do DER. Depois deste indeferido, impetrou mandado de segurança contra ato do Senhor Juiz, que ordenara o cumprimento do mandado de segurança concedido pelo Tribunal de Justiça.

Não ingressou com nenhum recurso específico nem agravo, nem apelação, nem correição parcial, nem reclamação.

A decisão do Juiz, pois, transitou em julgado”.

O que responde o acórdão a respeito desta questão? A fls. 277:

Não se trata de mandado de segurança contra resultado de mandado de segurança, mas sim de mandado de segurança contra os excessos de execução de decisão proferida em outro *mandamus*.

Adiante:

A segurança obtida pela litisconsorte, a par do excesso que caracterizou sua execução, ficou sem objeto, visto que o ato cuja desconstituição se pleiteou (licença provisória) exau-

riu-se de *per se*, absorvida pelo prazo, vez com limite temporal.

O acórdão dos embargos de declaração, que diz “não faz ele por merecer êxito”, *data venia* das “eruditas razões”, se reporta à ementa do acórdão, em que se diz:

Viabilidade do remédio constitucional para corrigir os excessos de execução de outra segurança. Ato judicial de execução que, por seu turno, poderia acarretar danos de difícil e incerta reparação.

O acórdão, pois, é confesso em que o mandato de segurança foi concedido contra o outro mandado de segurança. O pretexto de que seria para se corrigir os seus “excessos”, que não existiram nenhum, é simples desculpa.

É uma desculpa, porque o acórdão dá outra justificativa, ao dizer que seria a mesma linha (depois de ter dito que era outra linha), mas que o “o contrato de concessão provisória já não mais existia...”.

E onde está a resposta para o fato de que o postulante do mandado não ingressou com recurso contra a decisão do juiz que ordenou a execução do antigo mandado?

Onde está o recurso, onde está a resposta do acórdão?

Em pretextos mal alinhavados, *data venia*, em que se procura cobrir o sol com a peneira. Não houve recurso, e daí a decisão recorrida entrar em conflito com o acórdão do Supremo Tribunal que, por sua vez, dá a verdadeira compreensão, *mens legis* exegese das Súmulas 267 e 268, na hipótese de um mau entendedor.” (fls. 293/294)

Assim posta a questão, afigura-se insuscetível de conhecimento o apelo extremo.

É que a inconformação extraordinária está centrada na inexistência da interposição de recurso contra a decisão judicial que determinara a execução do julgado, ao Departamento de Estradas de Rodagem.

Ora, qual é essa decisão judicial que não foi atacada, via de recurso, e, por isso, teria transitado em julgado, impedindo o uso do mandado de segurança?

Ei-la, a fls. 68 da Carta de Sentença (entrenhada nos autos apensos, após o mandado de segurança impetrado contra o Chefe do Departamento dos Serviços de Transporte Comercial):

“Notifique-se a autoridade requerida, nos termos do douto parecer de fls. 63/65.”

Constitui, tal *decisum*, “ato judicial passível de recurso ou correição” e apto a obter “trânsito em julgado”?

Afigura-se correto responder negativamente a essa indagação, porque, ao ordenar a notificação da autoridade coatora, para cumprir o Acórdão exequendo, estava o MM. Juízo procesante, certamente, apenas prolatando despacho de mero expediente. E dispõe o art. 504 do Código de Processo Civil:

“Dos despachos de mero expediente não cabe recurso.”

Ademais, o exame dos autos apensos permite também verificar que o Recorrido — contra quem, em última análise, estava sendo executado o Acórdão exequendo — não havia sido chamado a integrar o processo de execução contido na Carta de Sentença, sendo, por isso, demasiado que se lhe exigisse a interposição de recurso, se não integrava a relação jurídico-processual, resultando, assim, jurídico seu procedimento de se insurgir contra ato excessivo praticado pela autoridade administrativa e, subsidiariamente, pela autoridade judicial, dada a assunção da autoria.

Considere-se, ainda, que essa suprema Corte tem admitido temperamento à aplicação da Súmula 267 (RTJ 70/504, 72/743, 84/1.071), em casos — como o destes autos — nos quais o mandado de segurança é o único remédio apto à pronta defesa contra ato judicial.

Por fim, tratando-se de despacho de mero expediente, não produz preclusão ou coisa julgada, razão por que impossíveis seriam o dissídio com a Súmula 268”...

Por incurrer o alegado dissídio com as citadas súmulas, acolho o pronunciamento supra e não conheço do recurso, determinando o retorno dos autos à Suprema Corte.

É como voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, pedi vista dos autos para afastar dúvida acerca do exato conteúdo do v. acórdão que se acha em fase de execução.

Dissipada essa dúvida, trago o meu voto.

Havendo verificado que o v. acórdão exequendo, na verdade, se limitou a assegurar preferência à impetrante para exploração da nova linha de ônibus, sem ter em qualquer momento, determinado o cancelamento de concessão ou permissão de linha da espécie, desenganadamente, não podia o MM. Juiz expedir ordem de cancelamento.

A execução, assim, exorbitou os lindes traçados pela v. decisão exequenda, não podendo prevalecer.

A segurança foi concedida corretamente.

Não conheço do recurso, acompanhando, para isso, o voto do eminente Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, divirjo desta vez de V. Ex^a, e o faço porque a concessão da liminar no segundo mandado de segurança, para impedir a execução do primeiro, em verdade frustrou o direito já deferido no primeiro mandado de segurança, o que estabeleceu o direito de preferência, e o fez após terem caducado as duas concessões intermediárias. Se essas concessões remanescessem, não teria dúvida em acompanhá-lo, mas segundo depreendi do relatório, inclusive da exposição que fez o nobre advogado da tribuna, as concessões haviam se extinguido, não sei por que razão. Já não remanesciam as duas concessões de trechos intermediários.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: A segurança foi impetrada exclusivamente porque o Tribunal reconheceu o direito de preferência, e o Juiz, ao invés de comunicar ao Departamento de Estradas de Rodagem tão-somente essa conclusão, determinou que o DNER extinguisse as linhas que foram concedidas à outra empresa, embora disso não tenha cuidado o mandado de segurança. O acórdão não trata dessa matéria. Foi neste ponto que o Tribunal do Paraná entendeu exorbitante o ato de execução.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Pelo que entendi da tribuna, concedida a segurança, a ordem do Juiz teria sido dirigida ao Estado, que outorga a concessão, mas precisamente à autoridade concedente, a qual expedira, então, ato assegurando a preferência à Impetrante/Recorrente, contra o qual se pleiteou a concessão do segundo mandado de segurança e, volto a repetir, se as concessões primeiras dos trechos intermediários ainda estivessem em curso, muito bem, seria

de deferir-se o *writ*. Mas elas já não estavam vigendo mais, porque essas duas concessões, seja por fas, ou por nefas, já não existiam. Foi isso que ficou assentado da tribuna pelo nobre advogado.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: O eminente Ministro Peçanha Martins pediria vista para esclarecimento?

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Acho melhor.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Não. Estou suficientemente esclarecido e, por isso, divirjo, *data venia* da conclusão do voto de V. Exa.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: V. Exa. poderia reexaminar o voto para verificar que toda a controvérsia vem em torno de um segundo mandado de segurança impetrado contra despacho de mero expediente.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Veja V. Ex^a que sequer fiz voto escrito, porque, na verdade, só queria esclarecer esse problema da preferência. Esclareci e trouxe meu pensamento.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Sim, e positivou tal fato. A autoridade reconheceu a preferência. E a consequência seria a cassação da linha, ou então não havia preferência...

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Mas a decisão do Tribunal não foi no sentido que V. Ex^a está presumindo ter sido. Competia ao Juiz apenas mandar cumprir o acórdão, e contra esse despacho foi impetrado um segundo mandado de segurança. Por isso é que não estou conhecendo.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: V. Ex^a não está conhecendo?

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Não estou conhecendo, porque contra despacho de mero expediente não cabe mandado de segurança. A questão já estava decidida.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Agradeço a V. Ex^a a intervenção e, no particular, com este esclarecimento, poderia estar de acordo com V. Ex^a, mas, no mérito, o que mais me impressionou foi a afirmação de que teria havido excesso de execução.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Caso V. Exa. não tenha apreendido essa implicação, *data venia*, aconselharia que pedisse vista dos autos.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Veja só, Eminente Relator, tendo o Eminente Ministro ILMAR GALVÃO declarado que divergira no particular da preferência e que o juiz tenha cometido ex-

cesso na execução do julgado, tendo sido o mandado de segurança requerido contra tal despacho, equívoco foi meu também; estou de acordo com V. Ex^a. Agora vou mais além e — para explicação ao eminente Ministro ILMAR GALVÃO — digo que entendia já inexistentes as duas vias, e o ato inclusive que deve ter cassado as duas linhas deve ter sido da autoridade, porque, se o despacho era de mero expediente, foi apenas de cumprimento, na linha de ordem do acórdão. Mas a consequência desse ato, sem dúvida, teria de ser o cancelamento dessas duas linhas secundárias.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Há um outro fator...

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: O despacho do Juiz contra o qual o mandado foi requerido foi exatamente “cumpra-se”? Foi contra o cumprimento do acórdão? A não ser assim que o segundo mandado de segurança tivesse sido interposto contra ato administrativo.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Não.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Não, o segundo foi contra ato do Juiz.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Se foi contra o ato do Juiz, não tenho dúvida. Estou em desacordo com V. Exa.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Eu concluí o meu voto assim:

“Por inoquer o alegado... à Suprema Corte.”

Quer dizer, vão os autos à Suprema Corte, para encerrar o processo, porque há recurso extraordinário simultâneo.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Agradeço o esclarecimento de V. Ex^a. Meu propósito foi exatamente o de, aproveitando o voto do Ministro ILMAR GALVÃO, esclarecer esses aspectos de fato.

Pelo voto do Ministro ILMAR GALVÃO, entendia que o juiz tivesse, ele próprio, determinado que se fizesse isso ou aquilo no seu despacho.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Foi o que aconteceu. O juiz, ao invés de mandar cumprir somente o acórdão, mandou cancelar as linhas.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Mandou ou não? Foi de mero expediente ou não?

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: É melhor V. Ex^a pedir vista...

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Não precisa pedir vista. Ele já se convenceu de que o mandado de segurança foi impetrado contra ato judicial de mero expediente, porque não cumprira ao juiz outra coisa senão mandar notificar à autoridade o resultado do julgamento pelo Tribunal.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, vou pedir vista dos autos para esclarecer em definitivo, embora já adiantando no mérito essas minhas opiniões, que irei ratificar.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Para exata compreensão da controvérsia, faz-se necessário transcrever o voto do ilustre Relator na Apelação no Mandado de Segurança nº 30/78-PR, interposto por Expresso Princesa dos Campos S.A.:

“A preferência, na forma dos dispositivos mencionados é do Expresso Princesa dos Campos S/A para linha direta entre Guarapuava-Curitiba, via Irati, com proibição de apanhar passageiros do Expresso Estrela do Sul nesse trecho por ter esta empresa direito à exploração da linha Curitiba-Irati, Irati-Guarapuava, fazendo o Expresso Princesa dos Campos S.A. o trajeto direto Guarapuava-Curitiba, via Irati, devendo esta empresa manter o serviço Curitiba-Guarapuava, via Ponta-Grossa com a manutenção desse itinerário para assistência aos habitantes das localidades abrangidas por essa linha.

É certo, assim, que o Expresso Estrela do Sul tem duas linhas distintas, tais sejam, Curitiba-Irati e Irati-Guarapuava, sendo os passageiros das localidades abrangidas por essa linha preferenciais das mesmas em relação à empresa Princesa dos Campos que faz o trajeto direto Curitiba-Guarapuava, via Irati.

Acordam os Juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para declarar que a preferência na exploração da linha Curitiba-Guarapuava, via Irati, é do Expresso Princesa dos Campos, conforme foi exposto, embora já vencida a licença provisória concedida ao Expresso Estrela do Sul. Honorários de advogado na base de 10% sobre o valor do pedido, além das custas judiciais” (fls. 46/47, dos autos).

Deferida a segurança nos termos do voto e acórdão proferido no MS nº 30/78-PR, foi requerida execução provisória do *mandamus* medi-

ante Carta de Sentença distribuída à 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, tendo o MM. Juiz, após ouvida do Dr. Curador, determinado:

“Notifique-se a autoridade requerida, nos termos do douto parecer de fls. 63/65.” (fl. 45)

Diga-se, de logo, que o *writ* foi requerido contra ato do Diretor do DER.

De outro lado, o que recomendava o parecer do Ilmo. Sr. Curador? O fiel cumprimento do v. acórdão. Vale notar que, no próprio acórdão exequendo se declarava que “já vencida a licença provisória concedida ao Expresso Estrela do Sul”.

Recebida a notificação do MM. Juiz de Direito, o Diretor do DER determinou a cassação das concessões ou “licença provisória”. Contra tal decisão administrativa, J. Araújo e Cia. Ltda., cujo nome de fantasia é Expresso Estrela do Sul, interpôs o MS nº 30/78-PR, indeferido pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública “por considerar da responsabilidade deste Juízo a prática do ato” (fls. 48/49 dos autos apensos).

Impetrou, então, J. Araújo e Cia. Ltda., novo mandado de segurança contra o despacho do MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, sendo, afinal, concedida a segurança através do v. acórdão recorrido, cuja ementa assim declara:

“Mandado de Segurança. Viabilidade do remédio constitucional para corrigir os excessos de execução de outra segurança. Ato judicial de execução, que, por seu turno, poderia acarretar danos de difícil e incerta reparação. Ordem concedida.” (fl. 271)

Irresignada com o v. acórdão, Expresso Princesa dos Campos S/A interpôs recurso extraordinário para o STF ao argumento de que foram violadas as Súmulas 267 e 268 do Pretório Excelso, tendo o eminente Relator, Ministro Celso de Mello, determinado a conversão, *ipso jure*, do recurso em extraordinário e especial, mandando os autos a este Tribunal para exame da matéria infraconstitucional.

Sorteado Relator, o eminente Ministro Américo Luz emitiu voto concluindo pela não incidência das Súmulas 267 e 268 do Supremo Tribunal Federal, isto porque o despacho do Exmo. Sr. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública seria de mero expediente, pelo que contra ele não caberia recurso (art. 504 do CPC), restando, portanto, o remédio constituicional. Além disso, tratando-se de despacho de mero expediente,

não produziria preclusão ou coisa julgada, pelo que não se configuraria o dissídio com a Súmula 268.

Data maxima venia do eminente Relator, o despacho impugnado não é de mero expediente; é uma decisão e corresponde ao comando judicial imprescindível à execução do julgado. E mais: não se trata de decisão exorbitante. O parecer do ilustre Curador, de cujo teor o MM. Juiz, no seu despacho, manda notificar a autoridade coatora, enfatiza a recomendação contida no voto do Relator quanto à concessão das linhas intermediárias, embora o próprio acórdão ressalte que “já vencida a licença provisória concedida ao Expresso Estrela do Sul” (fls. 46/47 dos autos).

Vera decisão, contra ela deveria ser oposta reclamação. Não o fazendo o Impetrante, operou-se a preclusão, incidindo, *permissa venia*, as Súmulas 267 e 268 do STF. A admissibilidade do remédio heróico contra decisão judicial vem sendo admitida na jurisprudência do STJ e do STF com as cautelas e restrições recomendáveis à preservação do próprio instituto jurídico e das normas processuais. É que mandado de segurança não é recurso nem sucedâneo de ação rescisória. No caso dos autos, *data maxima venia*, não verifiquei excessos na execução do primeiro *mandamus*. Demais disso, se cassadas as concessões intermediárias ou licença pelo órgão público concedente, o ato administrativo foi por ele praticado em decorrência da lei e da preferência decretada pelo v. acórdão executado. O fato de ter sido praticado o ato por força de decisão judicial, não muda a autoria ou transfere legitimidade processual. O indeferimento, pelo MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, do segundo mandado de segurança, ao argumento de que o ato fora praticado por determinação sua, *data maxima venia*, não o transforma em autoridade administrativa nem elimina a responsabilidade e a legitimação passiva do preposto do Estado. O ato administrativo foi praticado pelo DER-PR e o seu Diretor era o legitimado para responder por ele no pólo passivo da relação processual.

A decisão prolatada pelo MM. Juiz, mandando notificar a autoridade do *mandamus*, nos termos exatos do parecer do Ilmo. Sr. Curador, não desbordou do comando do *decisum*.

Assim entendendo, conheço do recurso e lhe dou provimento para denegar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.117 — PR — (90.9225-6) — Rel.: Min. Américo Luz. Rec-te.: Expresso Princesa dos Campos S/A. Recdos.: J. Araújo e Cia. Ltda.

e Estado do Paraná. Advs.: Eduardo Rocha Virmond, Maurício Souza Bochnia e outros, José Manoel de Macedo Caron e Pedro Gordilho.

Decisão: “Após o voto do Sr. Ministro-Relator (Américo Luz), não conhecendo do recurso e determinando o retorno dos autos à Suprema Corte, pediu vista o Sr. Ministro Ilmar Galvão. Aguardam os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins.” (2ª Turma — 06.05.91).

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ilmar Galvão não conhecendo do recurso, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Hélio Mosimann, pediu vista o Sr. Ministro Peçanha Martins.” (2ª Turma — 08.05.91).

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Peçanha Martins, a Turma, por maioria, vencido Sua Excelência, não conheceu do recurso.” (2ª Turma — 15.05.91).

Sustentaram, oralmente, os Drs. Pedro Gordilho, pelo recorrente, Maurício Bochnia, pelo 1º recorrido, e Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Subprocurador-Geral da República.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ilmar Galvão, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.280 — RJ
(Registro nº 90.0009589-1)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Wilson dos Santos — Espólio — e outros*

Recorridos: *Wilson Antônio Dorneles e outro*

Advogados: *Drs. Esmelinda de Oliveira Madeiros e outro e Drs. Arethusa Figueiredo H. S. de Aguiar e outros*

EMENTA: Ação de investigação de paternidade. Falecido o que se pretende seja pai, como réus deverão figurar os herdeiros e não o espólio.

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 do espólio e lhe dar provimento e não conhecer do recurso especial dos herdeiros, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de outubro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança ajuizada por Wilson Dorneles e outro, contra espólio de Wilson Santos e seus herdeiros.

Julgou-se procedente a ação, mantida a sentença em grau de apelação. Havendo voto vencido, foram manifestados embargos infringentes, decidindo-se pela inclusão dos herdeiros.

As partes recorreram extraordinariamente. O espólio sustentou que violado o art. 363 do Código Civil, dado que o acórdão recorrido teve-o como parte legítima para a investigatória. Os herdeiros alegaram que afrontados os arts. 125, I, e 267, § 3º, do CPC.

O Ministério Público opinou não fosse provido o recurso, reconhecendo a legitimidade do espólio, por compreender a demanda petição de herança.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Ação de investigação de paternidade.

Falecido o que se pretende seja pai, como réus deverão figurar os herdeiros e não o espólio.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Três os recursos extraordinários apresentados. O primeiro deles, pelo espólio de Wilson dos San-

tos, contra a parte unânime do julgado (fls. 333/334). Este recurso foi inadmitido e o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, do Supremo Tribunal Federal, negou-lhe seguimento, salientando que o tema constitucional não foi prequestionado e, quanto às questões infraconstitucionais, verificou-se a preclusão.

Dele, por conseguinte, não há mais cogitar.

O segundo recurso do espólio impugna a decisão tomada no julgamento dos embargos infringentes. Alega que houve violação do disposto no artigo 363 do Código Civil, na medida em que se reconheceu o recorrente como parte legítima para a ação de investigação de paternidade.

Nesse passo, considero que tem razão. A ação de investigação de paternidade terá como réu aquele que se pretende seja o pai ou seus herdeiros. Não há pedido em relação ao espólio.

O Ministério Público entendeu que, cumulando-se petição de herança, justificava-se o chamamento do espólio. Assim não entendo. O que pleiteiam os autores é o reconhecimento da paternidade e, em consequência, figurar como co-herdeiros. A pretensão é opinável aos demais herdeiros, não havendo nada que pudesse ser atendido pelo espólio. Esse, enquanto universalidade, não é atingido pela decisão. Os herdeiros é que o são. Merece esse recurso ser provido.

O terceiro recurso foi interposto pelos herdeiros. Alegam contrariedade dos artigos 125, I, e 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

O primeiro dispositivo citado determina deva o juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”. De nenhum modo verificou-se violação dessa norma nem esclarecem os recorrentes em que teria consistido.

O § 3º do artigo 267 faculta ao juiz conhecimento de ofício de determinadas matérias, o que o acórdão também não negou.

Em vista do exposto, dou provimento ao recurso do espólio, interposto contra o acórdão que julgou os embargos infringentes, para excluí-lo do processo. A seu patrono os autores pagarão honorários, que arbitro em cinquenta mil cruzeiros, arcando eles com um quarto das despesas processuais.

Não conheço do recurso dos herdeiros.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.280 — RJ — (90.0009589-1) — Rel.: Ministro Eduardo Ribeiro. Rectes.: Wilson dos Santos — Espólio — e outros. Recdos.: Wilson

Antônio Dorneles e outro. Advs.: Drs. Esmelinda de Oliveira Madeiros e outro e Arethusa Figueiredo H. S. de Aguiar e outros.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial do espólio e lhe deu provimento e não conheceu do recurso especial dos herdeiros.” (3ª Turma — 22.10.91)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.331 — RJ

(Registro nº 90.0009739-8)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Vale do Rio Doce Navegação S/A — DOCENAVE*

Recorrida: *União Federal*

Advogados: *Drs. Dalva Aparecida Paschoa Mendonça e outros*

EMENTA: IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO — MERCADORIA IMPORTADA PELA UNIÃO — IMPOSSIBILIDADE DE SE RESPONSABILIZAR O TRANSPORTADOR.

O transportador não pode ser responsabilizado por tributo, em caso de avaria ou falta de mercadorias, se a importação foi isenta.

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 maioria, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Vale do Rio Doce Navegação S/A — DOCENAVE, fundada no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial contra acórdão do E. TRF da 2ª Região, assim ementado:

“TRIBUTÁRIO — IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO — RESPONSABILIDADE — TRANSPORTADOR — AVARIA.

Avaria de trigo a granel, em início de fermentação. Inexiste prova nos autos de que se trata de vício próprio da mercadoria.

O artigo 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, prevê a incidência do tributo, mesmo quando a importação foi beneficiada pela isenção.

Agravo retido não conhecido.

Recurso improvido.”

Alega negativa de vigência aos artigos 99, 175 e 176, do CTN, 60 e 94 do Decreto-lei nº 37/66, 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, bem como divergência jurisprudencial com acórdãos do extinto TFR que traz à colação.

Sustenta, em síntese, que no caso de importação isenta de tributos, havendo avaria ou extravio de mercadorias não há que se falar em responsabilidade do transportador, porque nada haveria a indenizar.

Aduz que o Decreto 63.431/68, aplicado ao caso pelo v. acórdão hostilizado, foi criado em regulamentação ao Decreto-lei nº 37/66 e qualquer dispositivo que contrarie o diploma a que pretendeu regular é extrapolativo (fls. 202/216).

Admitido o recurso (fls. 221), subiram os autos a este C. Tribunal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desproviamento do recurso (fls. 225/228).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente — A Vale do Rio Doce Navegação S/A — DOCENAVE, transportou de Rouen-França para o Porto de Vitória-ES, uma carga de trigo a granel, importada pela União, com isenção fiscal. Na descarga constatou-se avaria e perda de parte da carga (397.200 Kg).

Estabeleceu o artigo 60 do Decreto-lei 37, de 18 de novembro de 1966, que:

“Considerar-se-á, para efeitos fiscais:

I — Dano ou avaria — qualquer prejuízo que sofrer a mercadoria ou seu envoltório;

II — Extravio — toda e qualquer falta de mercadoria;

Parágrafo Único — O dano ou avaria e o extravio serão apenados em processo na forma e condições que prescrever o regulamento, cabendo ao responsável, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.”

Como se vê, o responsável por dano ou avaria só deverá indenizar a Fazenda Nacional pelos tributos que esta deixou de receber, em consequência dos danos ou avaria. Ora, no caso concreto, toda a carga de trigo a granel foi importada pela própria União, e esta, isenta, não cobra tributo dela própria. Se a União não pagou nenhum tributo da carga de trigo por ela importada e não seria também tributada a parte avariada, e se ela não teve nenhum prejuízo por falta de recolhimento de qualquer tributo sobre o trigo francês, não se pode cobrar do transportador o imposto de importação, ao qual não se sujeitou a União, por ser isenta. O transportador não pode ser responsabilizado por tributo, em caso de avaria ou falta de mercadorias, se a importação foi isenta. Neste sentido são os precedentes do TFR nas Apelações Cíveis nºs 102.168-SP, DJ de 09.04.87; 84.578-RJ, DJ de 14.08.88; 56.454-RJ, DJ de 13.11.80; 89.902-BA, DJ de 05.12.88, Recurso *Ex officio* nº 91.281-SP, DJ de 17.04.86, Embargos Infringentes na AC nº 90.419-RJ, DJ de 16.12.88 e AC nº 119.957-RJ, DJ de 14.11.88.

O artigo 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, extrapolou a norma regulamentada (Dec.-lei 37/66, art. 60) e não pode prevalecer sobre esta, porque contra esta não tem qualquer eficácia.

Conheço do recurso pelas letras *a* e *c* e dou-lhe provimento para anular o crédito tributário concernente à avaria objeto desta ação, de-

terminar a devolução do depósito e condenar a União nas custas antecipadas e nos honorários de advogado de 10% (dez por cento) sobre a importância cobrada da autora como tributo pela avaria.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXM^o SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: O presente feito cuida da internação de mercadoria importada do exterior, sob a égide da isenção tributária.

Ocorre que, quando da aferição, na aduana, houve a constatação que a mercadoria — trigo em grão — achava-se afetada pela fermentação, não mais sendo própria para o consumo.

Razão de tal fato, o fisco houve por bem em responsabilizar o transportador pelo **extravio** de mercadoria e, de conseqüência, exigir-lhe o imposto como se devido fora.

Em síntese, esta a questão.

Da ótica do Ministro Garcia Vieira, a exigência tributária não tem razão de ser, porquanto ao transportador não se pode impingir a responsabilidade pela deterioração da mercadoria perecível.

Cumprе ressaltar que ao intérprete não cumpre distinguir onde a lei não distingue. Assim, se a lei fala em extravio, e em tal *nomens juris* enquadra-se a deterioração de mercadoria, cumpre seguir o preceito legal.

A jurisprudência sempre vem se mantendo firme no sentido de que, verificado o extravio, onde não se caracteriza ação ou omissão dolosa do transportador, este responde tão-somente pelos impostos, afastando-se a imposição pecuniária (multa ou equivalente).

Neste sentido temos enormidade de precedentes do extinto TFR, dos quais apraz-me nomear as AACC nº 46.859-RS e 78.652-RJ, das quais fui relator, tendo a extinta Quinta Turma, à unanimidade, prestigiado a opinião que ora expresse neste voto.

Diante do exposto, entendendo que o transportador se responsabiliza pela mercadoria sob sua guarda, enquanto em deslocamento e sob a tutela de um contrato, deve também se responsabilizar perante o fisco, (como bem faz ver o parecer da douta SGR), a fim de se evitar a fraude cambial, é que nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, peço vênia a V. Exa. para acompanhar o Ministro Garcia Vieira porque, se o transportador, na hipótese, seria responsável pelo pagamento do imposto e, se não há imposto a ser pago devido à imunidade da União, parece-me que a questão seria óbvia: se não há dano, não há responsabilidade.

A lei faz uma diferença quando na hipótese em que haja extravio, porque, no extravio, há a possibilidade de que alguém tenha se apropriado da mercadoria sem pagar imposto. Nesta hipótese é que haveria sentido em se cobrar alguma coisa, porque alguém, que não é isento, estaria com essa mercadoria. Mas, quando houve simples dano da mercadoria que está presente e conferida pelo destinatário, parece-me que não faz sentido a cobrança.

VOTO — VISTA

O EXMO. SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Pedi vista no presente processo, que trata da responsabilidade do transportador pelos tributos devidos à Fazenda Nacional em caso de dano ou avaria ou extravio de mercadoria (Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, artigo 60, parágrafo único).

Contudo, examinando melhor a questão, verifiquei ser de toda acertada a posição do eminente Relator, inclusive já acatada anteriormente por este órgão, no Recurso Especial nº 10.901-RJ (registro 91.9069-7), improvido à unanimidade por esta Primeira Turma, do mesmo Ministro GARCIA VIEIRA.

De fato, cuidando-se de mercadorias amparadas pelo regime isencional, mesmo havendo avaria ou extravio, não há o que indenizar, já que o Fisco nada receberia como receita tributária.

Assim, acompanho o ilustre Ministro Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.331 — RJ — (90.0009739-8) — Rel.: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Vale do Rio Doce Navegação S/A — DOCENAVE.

Recda.: União Federal. Advs.: Dalva Aparecida Paschoa Mendonça e outros.

1ª Decisão: Após o voto do Exmº Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso, pediu vista o Exmº Sr. Ministro Pedro Acioli. Aguarda o Exmº Sr. Ministro Geraldo Sobral. (1ª Turma: 22.05.91).

2ª Decisão: Após o voto do Exmº Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso, pediu vista o Exmº Sr. Ministro Pedro Acioli que lhe negava provimento, seguido pelo Ministro Gomes de Barros, que acompanhava o Relator, dando provimento. Após, pediu vista o Exmº Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. (1ª Turma — 02.09.91)

3ª Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, vencido o Exmº Sr. Ministro Pedro Acioli que lhe negava provimento. (1ª Turma — 11.09.91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.453 — MS

(Registro nº 90.0010144-1)

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

Recte.: *José Antonio de Lima*

Recdo.: *Banco Brasileiro de Descontos S/A*

Advogados: *Drs. José Couto Vieira Pontes e outros e Sílvio de Jesus Garcia e outros*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO SUFICIENTE DE DECISÃO RECORRIDA INATINGIDO.

I — Ileso tendo ficado fundamento bastante da decisão impugnada, inviável mostra-se o recurso.

II — Apelo especial não conhecido.

III — Unânime.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de novembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação de consignação em pagamento sobre crédito rural.

A sentença de 1ª instância extinguiu o processo em face da decadência do direito à anistia da correção monetária sob o fundamento de que o depósito despacho da petição inicial da consignatária fora prolatado após o prazo estabelecido pelo art. 47, § 3º, inc. I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (fls. 277/279).

A decisão monocrática veio a ser confirmada pela Segunda Turma Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul em aresto assim ementado:

“DECADÊNCIA DO DIREITO À ANISTIA — APLICAÇÃO DO ART. 219, PARÁGRAFO PRIMEIRO, DO CPC — DESPACHO JUDICIAL ALÉM DO PRAZO — CORREÇÃO MONETÁRIA EM CRÉDITO RURAL — LEGALIDADE DA SUA INCIDÊNCIA — SENTENÇA MANTIDA.

O art. 219, parágrafo primeiro, do CPC, pode, perfeitamente, ser aproveitado nas hipóteses de decadência do direito à anistia.

A legalidade da incidência da correção monetária em créditos rurais vem se tornando pacífica, sobretudo em face da letra do art. 47 do ADCT.” (Fl. 332)

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 5º, II, da Lei Fundamental da República, bem como à Lei nº 4.829/65,

ao Decreto-lei nº 167 e, ainda, às Leis nºs 4.380/84, 4.686/65, 5.455/68, 5.670/71 e 6.899/81, além de dissídio jurisprudencial (fls. 335/343).

Pelo despacho de fls. 388/399, foi o recurso admitido, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Consoante vimos do aresto recorrido, este fundamentou-se, essencialmente, na decadência do direito à anistia da correção monetária do crédito rural, por ter o despacho na inicial da ação de consignação em pagamento sido prolatado após o prazo de 90 dias estipulado pelo art. 47, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Verifico que o recurso especial em petição-padrão xerocopiada limita-se, exclusivamente, a alegar que em crédito rural não incide correção monetária, sem, no entanto, atacar o fundamento básico da decisão, ou seja, a decadência.

Aliás, elucidativo é o aresto quando refere que a correção monetária em crédito rural não é questão a ser discutida em face da decadência.

Dele destaco as seguintes considerações:

“... no caso em tela, ocorreu a decadência do direito à anistia. É perfeitamente possível aplicar-se o disposto no artigo 219, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil, às hipóteses de decadência.

No caso, a consignatória foi ajuizada no dia 03.01.89, último dia do prazo para o benefício constitucional, mas o despacho que ordenou a citação foi exarado no dia seguinte, ou seja, 04.01.89, não interrompendo o prazo decadencial.

Em face do exposto, despicienda se torna a discussão sobre a legalidade ou ilegalidade da correção monetária nos créditos rurais.” (Fl. 330).

À vista, portanto, desse argumento suficiente — decadência —, que não foi atacado na petição de recurso especial, tenho como inviável a irresignação.

Devo ressaltar que esse entendimento já recebeu o *placet* da Suprema Corte, conforme se infere do RE nº 109.092, relatado pelo eminente Ministro FRANCISCO REZEK, em aresto assim ementado:

“Recurso extraordinário. Argumento suficiente, no acórdão sem censura.

É inviável o extraordinário se há argumento suficiente para manter a decisão impugnada, que escapou à censura do apelo extremo.”

Acrescento, outrossim, que — e somente para argumentar —, mesmo que se pudesse ultrapassar tal obstáculo, a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de ser cabível correção monetária em cédula de crédito rural pignoratício (Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 1.124 e REsp nº 2.122, relatados pelos eminentes Ministros BARROS MONTEIRO e SÁLVIO DE FIGUEIREDO, respectivamente).

E, ainda, o REsp nº 4.373, por mim relatado.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.453 — MS — (90.0010144-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: José Antônio de Lima. Recdo.: Banco Brasileiro de Descontos S/A. Advs.: Drs. José Couto Vieira Pontes e outros e Sílvio de Jesus Garcia e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma: 06.11.90).

Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.567 — SP (Registro nº 90.0010436-0)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Marina Rodrigues e outros*

Advogados: *Drs. Tânia Graça Campi Maluf e Antônio Roberto Sandoval Filho*

EMENTA: PRESCRIÇÃO — PONTOS DE EVOLUÇÃO FUNCIONAL DEFERIDOS PELA L.C. 180/78 DO ESTADO DE SÃO PAULO — ENQUADRAMENTO NA L.C. 247/81 — DECRETO FEDERAL 20.910/32.

Não há vulneração ao art. 1º do Decreto 20.910/32 em decisão que rejeita argüição de prescrição, para julgar procedente pedido de reenquadramento funcional, assegurado pela legislação estadual, inexistente ato de indeferimento administrativo.

Recurso que não se conhece também pela alínea c. Paradigmas indicados originários do mesmo Tribunal da decisão recorrida. Súmula 13 do STJ.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Marina Rodrigues e outros propuseram ação ordinária contra o Estado de São Paulo, objetivando restituição de pontos de evolução funcional, deferidos na vigência da Lei Complementar estadual 180/78, e revisão de enquadramento, seguida de expedição e publicação das respectivas apostilas, assim como o pagamento de diferenças pecuniárias, não atingidas pela prescrição quinquenal, nos termos das Leis Complementares 247/81 e 318/83 e do Despacho Normativo, de 25-04-84, exarado pelo Governador do Estado.

A r. sentença (fls. 427-431), acolhendo argüição de prescrição deduzida pela Ré em contestação, decretou a extinção do processo, com apoio no art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

À apelação dos autores seguiu-se impugnação da Fazenda Estadual referente à fixação da verba honorária.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão de sua Quarta Câmara Civil, à unanimidade, proveu o apelo dos autores para declarar a procedência do pedido, julgando prejudicado o recurso interposto pela Fazenda Pública (fls. 609/611).

A essa decisão manifesta o Estado de São Paulo recurso especial, fundado no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): Discute-se, neste recurso especial, a incidência do art. 1º do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública. Questiona-se o alcance do preceito: atinge o direito de pleitear judicialmente vantagem decorrente de relação jurídica estatutária? Ou alcança apenas seus efeitos patrimoniais na forma do art. 3º do mencionado diploma federal?

Observe-se que a questão já mereceu amplo e detido exame desta Colenda Primeira Turma, que em casos semelhantes (REsp 2.806 e REsp 7.533 — Relator o eminente Ministro Garcia Vieira), assim dirimiu a controvérsia:

“CONSTITUCIONAL — ADMINISTRATIVO — REVISÃO DE ENQUADRAMENTO — PRESCRIÇÃO.

Não é passível de censura o v. acórdão recorrido ao consignar a prescrição relativa ao enquadramento dos cargos e funções — atividades dos autores nas referências numéricas das escalas de vencimentos criadas pela Lei Complementar nº 247, de 06 de abril de 1981, que, entanto, não engloba o pedido de restituição dos pontos desconsiderados e o conseqüente enquadramento a partir da vigência da Lei Complementar nº 318/83.

Recurso a que se nega provimento por unanimidade.”

“PROCESSUAL — PRESCRIÇÃO — FUNCIONÁRIO.

O pedido de aplicação de critério correto para a contagem de pontos, revisão de enquadramento e pagamento das diferenças resultantes, difere da vindicação do próprio direito.

Recurso conhecido para afastar a prescrição e determinar o exame do mérito.”

Não foi outra a orientação adotada no julgamento do REsp 1.333, lavrado pelo eminente Ministro Ilmar Galvão, em ementa assim redigida:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DO ESTADO DE SÃO PAULO. ENQUADRAMENTO FUNCIONAL DA LEI COMPLEMENTAR Nº 444/85. RETIFICAÇÃO DEFERIDA, AO FUNDAMENTO DE NÃO SE HAVER TIDO EM CONTA EVOLUÇÃO FUNCIONAL ASSEGURADA PELAS LEIS COMPLEMENTARES 180/79 E 247/81, DECISÃO QUE SE ACOIMA DE TER VIOLADO A NORMA DO ART. 10 DO DECRETO Nº 20.910/32 E ENTRADO EM CHOQUE COM JURISPRUDÊNCIA DO STF, INTERPRETATIVA DO MENCIONADO DISPOSITIVO LEGAL E DE NORMAS ADMINISTRATIVAS DA ESPÉCIE.

Prescrição não verificada, dado que a invocação de diplomas legais não teve, no caso, o efeito de fazer recuar para a época de sua edição o termo inicial do prazo extintivo.

Por outro lado, inexistente espaço, no âmbito do recurso especial, para apreciação de acórdão, no ponto em que interpretou norma estadual.

Recurso não conhecido.”

Com efeito, é pacífico o entendimento deste egrégio Tribunal, em reiterados precedentes, no sentido de que, se a pretensão funda-se em relação jurídica estatutária incontroversa, inexistente ato de expressa recusa administrativa, a prescrição incide progressivamente apenas sobre as prestações de trato sucessivo, anteriores ao quinquênio do ajuizamento da demanda.

Na hipótese, não se cogita do direito à vantagem em si, pois que atuante e reconhecido pela legislação estadual, o que se busca é o aproveitamento de pontos de evolução funcional conferidos pela LC 180/78, não computados quando do reenquadramento da LC 318/83 e do Despacho Normativo de 25-04-84.

Assinalo que o v. aresto recorrido reconheceu que alterações funcionais sucessivas se fizeram mediante diplomas legais, que ao entrelaçar sistemas retributórios, obrigam a nova reclassificação ou revisão na situação funcional dos servidores em geral, com amparo, ainda, em Despacho Normativo do Governador do Estado.

De outra parte, admitindo-se, apenas para argumentar, a incidência, na espécie, da regra do art. 1º do Decreto 20.910/32, nem assim estaria configurada a ocorrência de prescrição, vez que publicado o ato normativo supracitado em 25-04-84 e ajuizada a ação em 15-07-88, antes, portanto, de escoado o quinquênio.

Logo, revela-se totalmente infundada a pretensão recursal, a qual chega assumir feição procrastinatória, contrária ao objetivo de realização do Direito, verdadeiro escopo da função administrativa do Estado.

No concernente à alegada divergência de interpretação, a ensejar o cabimento do apelo pela alínea c, os paradigmas indicados não se prestam à confrontação, porquanto originários do mesmo Tribunal de onde provém a decisão recorrida.

Não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, tenho apenas alguma coisa a acrescentar. Apesar de ter acolhido a Jurisprudência desta Egrégia 1ª Turma, nestas questões em relação à prescrição, posteriormente firmei um ponto de vista diferente quando se trata de interpretação ou aplicação da Lei Complementar nº 180 de 1978 e 247, de 1981, de São Paulo. O Eminentíssimo Ministro, ao julgar esse recurso especial, refere-se expressamente a uma lei que teria sido promulgada, posteriormente, em 1983, a Lei nº 318, e é exatamente sobre a aplicação de incidência dessa lei que se discute. Quando a ação foi proposta ainda não haviam sido decorridos os cinco anos, portanto não existe prescrição.

Acompanho o Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.567 — SP — (90.0010436-0) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdos.: Marina Rodrigues e outros. Advs.: Drs. Tânia Graça Campi Maluf e Antônio Roberto Sandoval Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (em 07.10.91 — 1ª Turma). Sustentação oral: Dr. Amir Sarti, Subprocurador-Geral da República.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.752 — RJ

(Registro nº 90.0010807-1)

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

Recorrente: *Ataíde Ramos Braga*

Recorrido: *Walter da Silva Barros*

Advogados: *Drs. Felício Eduardo Taveira de Paulo e Damião Batista da Costa*

EMENTA: CIVIL — AÇÃO DE DESPEJO — RETOMADA PARA USO PRÓPRIO — MILITAR DA ATIVA — IMÓVEL SITUADO FORA DO DOMICÍLIO DO LOCADOR.

I — A exegese do art. 52, inciso X, da Lei nº 6.649/79, aplica-se tão-somente nos casos em que o retomante “residindo em prédio alheio ou dele se utilize, pedir, pela primeira vez, o prédio locado para uso próprio,...” se ou quando os imóveis referidos se situarem na mesma localidade.

II — Não poderia o recorrente justificar a pretendida retomada, se não trouxe aos autos a prova de sua transferência para cidade de outro Estado-Membro, que, aliás, resulta fundamental para o seu deferimento. Dando a decisão recorrida como ilidida a presunção da sinceridade e da necessidade do pedido, inaplicável, na hipótese, o enunciado da Súmula nº 483 — STF, por se tratar de primeira retomada.

III — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 04 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Ação de Despejo proposta por Ataíde Ramos Braga, militar da ativa, servindo no Estado da Bahia, na Base Naval de Aratu, contra Walter da Silva Barros, a qual foi julgada procedente (fls. 68).

Apelou o réu (fls. 70/72), tendo a Sexta Câmara do Colendo Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, por unanimidade, dado provimento à apelação, para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, por manifesta insinceridade do pedido (fls. 94/95).

Irresignado, ainda, interpôs o apelante Recurso Extraordinário, fundado no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando que o Acórdão recorrido teria negado vigência do art. 52, X, da Lei nº 6.649/79, bem como divergido da jurisprudência de outros tribunais e da Súmula nº 483, do Pretório Excelso (fls. 98/100).

Sem impugnação, o nobre Presidente daquele Tribunal o inadmitiu pelas letras *a* e *c* (fls. 102).

Dessa decisão, interpôs o recorrente Agravo de Instrumento, e subindo os autos ao Pretório Excelso, o eminente Ministro Sepúlveda Perence exarou despacho determinando a remessa do processo a este Egrégio Superior Tribunal de Justiça, eis que instalado, afirmou Sua Exa., restaria a ser apreciado, apenas, o dissídio com a Súmula, de natureza infraconstitucional. Quanto às questões legais, ficaram preclusas, à falta de argüição de relevância, dado que a espécie não se enquadrava entre as hipóteses de cabimento previstas no art. 325, do RISTF.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O Recurso Especial foi processado face à decisão, por despacho, que profere, determinando a subida dos autos para melhor exame (fls. 38, do Agravo em apenso).

Como lido no relatório, alega o recorrente que o aresto impugnado teria negado vigência do art. 52, X, da Lei nº 6.649/79, bem como divergido da jurisprudência de outros tribunais e da Súmula nº 483, do Relatório Excelso.

Contudo, não merece acolhida a pretensão.

O ponto em que se controverte neste Especial é a exigência da comprovação, em Juízo, da necessidade do pedido da retomada do imóvel, para uso próprio.

O autor, militar da ativa, presta serviços no Estado da Bahia, na Base Naval de Aratu, consoante declarado na inicial.

A retomada se embasou no art. 52, X, da Lei do Inquilinato, e na Súmula nº 483, do STF.

Todavia, sem apresentar qualquer justificativa ou nenhum indício de prova, pertinente a sua suposta transferência, afirma que deseja retomar o imóvel locado, na cidade do Rio de Janeiro, para nele residir.

Suscitada a questão pelo réu, ora recorrido, na réplica, em sua defesa, sustentou o autor que a transferência de um oficial da Marinha, atualmente, só é concedida a partir da viabilidade de acomodações do mesmo com sua família, na cidade para onde deseja se transferir. Tal afirmação, evidentemente, não tem consistência.

Em verdade, há que se ressaltar, a exegese desse dispositivo da Lei Inquilinária aplica-se, tão-somente, ao caso em que o retomante “residindo em prédio alheio ou dele se utilizando, pedir, pela primeira vez, o prédio locado para uso próprio,...”, se ou quando os imóveis referidos se situarem na mesma cidade. O que, consoante se infere, não é a hipótese dos autos.

Coloco em evidência, como poderia o recorrente justificar a pretendida retomada, se não trouxe aos autos a prova de sua transferência para aquela cidade, Rio de Janeiro, que, aliás, resulta fundamental para o seu deferimento.

E a jurisprudência da Suprema Corte não discrepa desse entendimento, consoante dispõe a Súmula nº 80, do STF:

“Para a retomada de prédio situado fora do domicílio do locador exige-se a prova da necessidade.”

Decidiu o Acórdão recorrido pela improcedência da ação, em face da manifesta insinceridade do pedido, diante das provas circunstanciais constantes dos autos, ressalvando-se ao recorrente, porém, comprovada sua transferência para aquela cidade, o direito de, novamente, postular a retomada, objeto da irresignação. E o fez corretamente, com base na jurisprudência firmada nos tribunais.

Na hipótese, como sustentado, a decisão recorrida deu como ilidida a presunção da sinceridade e da necessidade do pedido. Inaplicável, portanto, no caso, o enunciado da Súmula 483 — STF, por se tratar de primeira retomada.

Não vejo, assim, configurada a pretensa afronta ao art. 52, X, da Lei Inquilinária, bem como o dissenso com a Súmula 483, do STF.

Ante o exposto, não conheço, pois, do recurso, pelos fundamentos das letras *a* e *c*, do permissivo constitucional.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.752 — RJ — (90.0010807-1) — Rel.: Min. Waldemar Zveiter. Recte.: Ataíde Ramos Braga. Recdo.: Walter da Silva Barros. Advs.: Drs. Felício Eduardo Taveira de Paulo e Damião Batista da Costa.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial” (3ª Turma — 04.12.90).

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 5.811 — CE (Registro nº 90.0010909-4)

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

Rectes.: *Algodoeira Icoense Ltda. e outro*

Recdos.: *José Wagner Miranda de Lacerda e outro*

Advogados: *Drs. Cláudio Josino da Costa e Francisco Marcelo Brandão*

**EMENTA: VALOR DA CAUSA. IMPUGNAÇÃO.
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

I — A decisão do incidente de impugnação do valor da causa não comporta condenação em honorários de advogado.

II — Recurso especial a que se deu provimento.

III — Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 04 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de incidente, em ação de rescisão contratual, sobre impugnação ao valor da causa.

O acórdão proferido pela 2^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará manteve a decisão agravada, no sentido de aceitar a impugnação sobre o valor da causa, condenando o agravante em 10% sobre o valor da causa, consoante se infere da seguinte ementa:

“Agravado de Instrumento.

Honorários de Advogado.

Agravante que deu causa à instrução de processo, arbitrando valor da causa incompatível com a ação proposta. Impugnação eficaz determinando mudança daquele valor.

Despacho confirmado.” (fl. 40)

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando violação do art. 20, § 1º, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial (fls. 43 a 61).

Pelo despacho de fls. 77 a 78 foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 82 a 83, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): As instâncias ordinárias ao julgarem o incidente sobre impugnação ao valor da causa condenaram o ora recorrente em honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor desta.

Assiste razão ao recorrente porquanto, em se tratando de incidente processual — impugnação ao valor da causa —, não são devidos honorários advocatícios.

Aliás, tal entendimento foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal em aresto da lavra do eminente Ministro ALFREDO BUZAID, em cuja ementa se lê:

“Processo civil. Na decisão de incidente ou de recurso (Código de Processo Civil, art. 20, § único), são indevidos honorários advocatícios.

2 — O juiz imporá ao vencido a condenação em honorários advocatícios na sentença que põe termo ao processo, julgando ou não o mérito.

3 — Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RTJ — 105/388)

E, explicitando no seu voto, assim aduziu o eminente Relator:

“(...) o parágrafo primeiro do art. 20 determina que o Juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condene nas despesas o vencido. O confronto entre o art. 20 e o seu parágrafo primeiro mostra à evidência que o Código, naquele, abrange despesas e honorários e, neste, se limita a despesas. O ilustre Des. Yussef Said Cahali observou: “Entende-se, pois, — e, sob esse aspecto, nenhuma dúvida pode ser admitida — que, no caso do incidente, ou do recurso, o juiz, ao decidi-lo, condenará nas

despesas e só nelas, sem, portanto, a condenação em honorários de advogado (com base na regra da sucumbência do art. 20), aquele que provocou, que lhe deu causa inutilmente". (Yussef Said Cahali, Honorários Advocatícios. Rev. Trib., 1978, p. 185)." (Op. cit. págs. 389/390)

Por sua vez, anota Theotônio Negrão que não são devidos honorários em impugnação ao valor da causa, citando os seguintes precedentes: (RT 478/196, 492/178, 501/142, 599/92; JTA 47/169, 48/36; R.F. 253/340) — *in* CPC Anotado e Legislação Processual em Vigor.

Ressalto, outrossim, que a decisão que julga questão pertinente à impugnação ao valor da causa é meramente interlocutória; logo, desca-be condenação em verba honorária.

Em face do exposto, conheço do recurso por ambos os fundamentos e lhe dou provimento para excluir do aresto recorrido a condenação imposta de verba honorária.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.811 — CE — (90.0010909-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Rectes.: Algodoeira Icoense Ltda. e outro. Rec-dos.: José Wagner Miranda de Lacerda e outro. Advs.: Drs. Cláudio Josino da Costa e Francisco Marcelo Brandão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 04.12.90).

Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.044 — ES (Registro nº 90.0011470-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar*
Rectes.: *Fouad Elias Moussallem e cônjuge*

Recda.: *Joana Carolina Nippes Schneider — espólio*

Advogados: *Drs. Emanuel Antônio Santos Câmara e outros e Roberto Ribeiro de Castro.*

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

I — É inábil a ação rescisória para desconstituir sentença sem julgamento de mérito.

II — Recurso especial a que se deu, por maioria, provimento. Voto discordante não conheceu do recurso.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação anulatória contra sentença que extinguiu a ação de embargos à execução, sem julgamento de mérito, pelo fato dos autores não terem feito o recolhimento da taxa judiciária.

As instâncias ordinárias julgaram improcedente a ação, por entenderem que o meio processual próprio era a ação rescisória, e não a anulatória, consoante se infere do aresto proferido pela Eg. 1^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em cuja ementa se lê:

“AÇÃO ANULATÓRIA — SENTENÇA SEM JULGAMENTO DE MÉRITO — CASO DE AÇÃO RESCISÓRIA — SENTENÇA MANTIDA.

Tendo havido, no caso, uma sentença que extinguiu o feito por não terem os apelantes pago a taxa judiciária, decisão com trânsito em julgado, só através da rescisória é que poderia ser rescindida, a teor do art. 485 do CPC, vez que não somente às sentenças de mérito se aplica aquele dispositivo legal, cabendo a ação anulatória aos atos jurídicos em geral e aos atos processuais emanados das partes.” (fl. 109)

Houve embargos de declaração, porém foram rejeitados (fls. 123).

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 485 do Código de Processo Civil (fls. 127 a 129).

Pelo despacho de fls. 138 foi o recurso indeferido, porém veio a ser processado em virtude do provimento do agravo de instrumento, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A matéria dos presentes autos diz respeito à possibilidade, ou não, de ação rescisória da decisão que em ação anulatória de sentença julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, por falta de pagamento da taxa judiciária. Entenderam as instâncias ordinárias que cabível seria a ação rescisória, pelo que julgaram improcedente a anulatória.

À toda evidência somente de decisão de mérito é cabível a ação rescisória, consoante expressa de forma imperativa o art. 485 do Código de Processo Civil.

Com grande acerto preleciona BARBOSA MOREIRA:

“Rescindível é apenas, no sistema atual do Código, “a sentença de mérito.” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V, p. 131, 3^a ed., Forense, Rio-1978).

E acrescenta, adiante, o referido processualista:

“(…) os dizeres do art. 269 servem de guia na interpretação do art. 485, *caput*, onde reaparece a expressão “de mérito.” Ao nosso ver, num e noutro texto figura ela em idêntica acepção, sempre a designar as sentenças sobre as quais se possa formar a *res indicata* material. Diversamente do que ocorria

sob o Código de 1939, parece-nos hoje inadmissível construir a ação rescisória como ação dirigida contra a coisa julgada no sentido puramente **formal**.” (*ibidem*, p. 133)

De sua vez, J. Frederico Marques assinala como uma das condições específicas da ação rescisória

“a existência de sentença de mérito passada em julgado.” (**Manual de Direito Processual Civil**, vol. III, p. 258, Sarai-va, São Paulo-1974)

No mesmo diapasão o escólio de Luiz Eulálio de Bueno Vidigal:

“O art. 485 só admite rescisão das sentenças de mérito...” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VI, p. 47, Ed. Rev. dos Tribunais, S.Paulo-1979).

O Supremo Tribunal Federal, em aresto da lavra do eminente Ministro MOREIRA ALVES, em sessão de pleno, assim decidiu:

“Ação rescisória. Só é cabível ação rescisória contra decisão de mérito.” (*in* RTJ 105/473)

Nessa mesma diretriz, são também outros julgados do Pleno do Supremo Tribunal Federal na AR 1.099 (RTJ 101-511), AR 1.139 (RTJ 107-930) e AR 1.115 (RTJ 117-461), relatadas pelos eminentes Ministros DJACI FALCÃO, RAFAEL MAYER e SYDNEY SANCHES, respectivamente.

Ali a melhor doutrina; aqui, a jurisprudência da Corte Suprema ao tempo que lhe cabia dizer da interpretação do direito federal ordinário. Conjugam-se.

Tenho como violado o art. 485 do Código de Processo Civil.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, afastando a hipótese de rescisória e determinando que se julgue a ação anulatória como se entender de direito.

É o meu voto.

VOTO — VENCIDO

O EXM^o SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Foi julgada procedente a ação ordinária de cancelamento e nulidade de escritura e registro movida pelo Espólio de Joana Carolina Nippes Schneider contra os ora recorrentes. Iniciada a execução da sentença, os réus-executados

opuseram embargos do devedor. O MM. Juiz de Direito, no entanto, extinguiu o processo de embargos, sem julgamento de mérito, pelo não recolhimento da taxa judiciária. Houve apelação interposta pelos executados, mas o recurso foi julgado deserto por falta de preparo.

Daí a presente ação anulatória do *decisum* que extinguiu os embargos, que veio explicitamente arrimada no art. 486 do CPC.

Reza o citado preceito legal:

“Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

Ora, na espécie não se cuida de “atos judiciais que não dependem de sentença ou em que esta for meramente homologatória”. O que os autores, nesta demanda, pretendem, é a decretação de nulidade de uma decisão judicial, que extinguiu os embargos à execução em face do não recolhimento da taxa judiciária.

José Carlos Barbosa Moreira esclarece o que vêm a ser esses atos judiciais:

“A ação a que alude o dispositivo comentado visa à anulação de atos praticados no processo, aos quais ou não precisa seguir-se sentença alguma, ou se segue decisão homologatória, que lhes imprime eficácia sentencial, que os equipara, nos efeitos, ao julgamento da lide (cf. quanto ao conceito de homologação, o comentário nº 40 ao art. 483, supra). Não obstante chame “judiciais” a esses atos, quer a lei referir-se a atos processuais emanados das partes. Exemplo de ato que não depende de sentença é a outorga de poderes em procuração passada nos autos: exemplos de atos que se homologam por sentença são a desistência, a renúncia, o reconhecimento do pedido, a transação” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5, pág. 138, ed. 1974).

Diversa não é a lição de Pontes de Miranda, para quem:

“O art. 486 não se refere a atos jurídicos praticados fora do processo, salvo os que vêm a ele para a homologação. Os atos têm de ser atos das partes, e não do juiz, a despeito do adjetivo “judiciais” (Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VI, pág. 343, ed. 1975).

Mais adiante, o mesmo mestre do direito preleciona, *in verbis*:

“O que se faz sujeito à decretação de invalidade é o ato processual, praticado pelas partes, e não o ato do juiz, que pode

não ter existido (art. 486, *verbis* 'que não dependem de sentença'), ou ser transparente ("meramente homologatória" a sentença)" (ob. citada, pág. 356).

No caso em exame, trata-se sim de ato do juiz, de uma mera sentença, que deu pela extinção dos embargos à execução sem conhecimento do mérito.

De outro lado, não há — bem de ver — uma decisão meramente homologatória, esta sim sujeita à anulação prevista no art. 486 do Código de Processo Civil. Confirmam-se a respeito do conceito de sentença meramente homologatória os julgados insertos na RTJ 113/273 e Rev. dos Tribs. 554/248.

Deparando com a dificuldade resultante do texto legal por eles invocados (art. 486 do CPC), os autores da ação de anulação — os ora recorrentes — buscaram ao depois variar o fundamento do pedido, sustentando então que se cogita aqui de u'a ação declaratória de nulidade absoluta da sentença, uma vez que não foram chamados a suprir a falta nos termos do art. 267, § 1º, da lei processual civil. Chamaram à colação o aresto proferido no RE nº 97.589-6, *in* RT 588/245, Relator o eminente Ministro Moreira Alves. Ocorre que as hipóteses confrontadas são de todo dessemelhantes. Lá, no precedente invocado, se cuida da falta de citação, reminiscência, portanto, da *querela nulitatis insanabilis*.

Certo é que a ação, como proposta, fundada no aludido art. 486 do CPC, não era efetivamente de ser acolhida, por ausentes os seus pressupostos. Consoante magistério do Prof. José Frederico Marques, "quando o ato judicial depende de sentença, porque nela é que o ato se formaliza, não se aplica o art. 486: ou a sentença, por si só, pode ser objeto da rescisória, ou, então, não poderá ser anulada. Sentença meramente homologatória, por outro lado, é aquela em que o ato homologado somente se examina, para ser proferida a homologação, no seu tegumento formal e externo, isto é, no tocante às formalidades exteriores de que deve revestir-se" (Manual de Direito Processual Civil, 3º vol., pág. 264, ed. 1975).

Mais uma vez lembra o ensinamento de Pontes de Miranda:

"O art. 486 não é regra jurídica de exclusão, *a priori*, de ação rescisória de sentença; mas regra de permissão da ação de anulação (ou rescisão) dos negócios jurídicos ou simples atos jurídicos, trazidos ao âmbito do processo, ou nele concluídos" (ob. citada, pág. 357).

A remissão que o julgado recorrido fez ao art. 485 da lei instrumental civil não foi, realmente, das mais felizes. É que *in casu* descabida é a ação rescisória, visto não se tratar de sentença de mérito. Mas, a rigor, não necessitava o Acórdão ora sob censura de invocar, como seu

fundamento o citado dispositivo legal, pois que lhe bastava dizer que não se acham satisfeitos os pressupostos do art. 486 do mesmo diploma legal ou que da sentença que considerou extintos os embargos sem julgamento do mérito não cabia ação de nulidade.

Não vislumbro, por tais motivos, afronta à lei federal na espécie ora em apreciação desta C. Turma.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, também estou de pleno acordo com o Eminentíssimo Ministro-Relator. Aliás, devo mencionar que me causa espécie a exigência da lei estadual do Espírito Santo, com a cobrança de taxa judiciária em ação de embargos à execução. É que estes, embora revistam formalmente a aparência e tenham o “corpo” de uma ação, em verdade, substancialmente, constituem uma forma de defesa, são uma verdadeira **contestação**. Constituem a oportunidade única que o executado, réu na ação de execução, tem para se opor à existência, validade ou eficácia do título extrajudicial em que se baseia a demanda. Causa-me espécie, como disse, que o Estado exija uma contribuição, uma taxa, para que alguém possa exercer em Juízo o direito de defesa. Mas este, todavia, é aspecto relativo ao Direito local.

De mérito, *data venia*, a ementa do respeitável aresto recorrido contraria o art. 485 do CPC; a tese do acórdão é outra que a tese da lei. Caso, pois, de conhecimento do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.044 — ES — (90.0011470-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Rectes.: Fouad Elias Moussallem e cônjuge. Recda.: Joana Carolina Nippes Schneider — Espólio. Advs.: Drs. Emanuel Antônio Santos Câmara e outros e Roberto Ribeiro de Castro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro, que dele não conhecia (4ª Turma — 18.12.90).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 6.445 — SP
(Registro nº 90124131)

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

Recorrentes: *Jair Silveira e cônjuge*

Recorrido: *Portogalo — Empreendimentos e Participações S/A*

Advogados: *Drs. Aparicio Dias e outros e Maria Cristina Cruz*

EMENTA: Advogado. Mandato. Falta. Apelação.
1. No local onde praticado o ato, não usando o advogado da faculdade prevista no art. 37 do Cód. de Pr. Civil, caberá ao juiz marcar prazo para que a falta seja suprida, a teor do art. 13. 2. Não é raro a interposição de recursos em petições xerocopiadas. — Construção de edificações em condomínio. Hipótese em que ocorreu a sub-rogação a que se refere o art. 63, § 1º, da Lei nº 4.591/64. Inexistência de ofensa aos arts. 985-II e 988 do Cód. Civil. — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO NILSON NAVES: É deste teor o acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça de São Paulo (16ª Câmara Civil):

“Adquirente de unidade e garagem do Edifício Ouro Velho ajuizou ação para compelir incorporadora a lhe pagar o valor relativo à hipoteca que recaía sobre o imóvel, além do preço respectivo, e perdas e danos.

Julgada procedente, recorreu.

Nega-se provimento ao agravo retido, interposto contra decisão, que recebeu a apelação, sob alegação de que houve intempestividade do recurso.

Realmente, a ré interpôs apelação dentro do prazo mediante peça xerocopiada, e, posteriormente, fora do prazo, o recurso original.

Quando o recurso por xerocópia foi apresentado, o advogado que o subscreveu não tinha mandato, obtendo-o com a apresentação do recurso original, e substabelecimento da procuração.

Era recomendável que o recorrente expressamente ratificasse o ato processual, o recurso xerocopiado. Todavia, apresentando apelação posterior devidamente assinada, praticamente ratificou-o. Seria incivil e injusto não admiti-lo como tempestivo, e ratificado como fez o juiz, despachando-o.

Não tem sido fato raro regularizar-se petição não assinada, ou recurso com a mesma falha; nem por isso, deixa de produzir efeitos. É o que ocorreu no caso.

Assim sendo, nega-se provimento ao agravo.

Consta da escritura de fls. 206 *usque* fls. 209v., lavrada em 24 de maio de 1985, que a Associação de Condôminos do Edifício Ouro Velho, adquiriu da ré incorporadora, as unidades constituídas pelo apartamento nº 71, localizado no 7º andar do Bloco ‘A’, do Edifício Ouro Velho, assumindo a responsabilidade pelo resgate da hipoteca que onerava tais unidades, hipoteca esta constituída em favor da financiadora Delfin S.A. Crédito Imobiliário — fls. 208v., *in fine*. Posteriormente, após a rescisão do compromisso de compra e venda de que era titular o autor — Jair Silveira — este mesmo acabou adquirindo as unidades em questão da Associação de Condôminos do Edifício Ouro Velho — fls. 200 *usque* fls. 213. Assim sendo, falta legitimidade ao autor para cobrar as verbas indicadas na inicial, fundada em compromisso de compra e venda rescindido nos termos do § 1º, do art. 63 da Lei nº 4.591/64, que a respeito dispõe (*sic*). ‘Se o débito não for liquidado no prazo de 10 dias, após a solicitação da Comissão de Representantes, esta ficará, desde logo, de ple-

no direito, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou de cessão, ou a cessão da cota do terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção'.

A escritura de fls. 208 relata expressamente o fato que ensejou a rescisão, e arrematação das unidades em leilão público pela Associação dos Condôminos — fls. 208. Ainda que o autor refira-se a artifício, a verdade é que ele próprio adquiriu da própria Associação as mesmas unidades, com obrigação de pagar e resgatar a hipoteca por sua conta — fls. 212v.

Dess'arte, não pode o autor — por faltar-lhe legitimidade — compelir por ação ajuizada em 31 de agosto de 1988, a Incorporadora a lhe pagar o preço do resgate da hipoteca, servindo-se de compromisso rescindido por deliberação da Comissão Executiva do Condomínio Ouro Velho — fls. 208.

Nem o contrato de compra e venda posterior convalesce qualquer direito relativo ao compromisso, pois pelo contrário, a compradora das unidades lhes vende com a obrigação de resgatar a hipoteca, passando-lhe a responsabilidade que tinha quando adquiriu as mesmas unidades da mencionada Incorporadora — v. supra.

Então, o autor não tem legitimidade para cobrar o resgate do preço, nem indenização pelo retardamento da obra, pois adquiriu as unidades da Associação de Condôminos do Edifício Ouro Velho, que substituiu a ré na administração do condomínio — fls. 208.

E a sentença prolatada face à ação cominatória proposta contra a ré em janeiro de 1975, não lhe daria aqui legitimidade para tal cobrança, tendo em vista os fatos supervenientes acima relatados.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, para julgar o autor carecedor da ação, extinguindo-se o processo, nos termos do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, condenado nas custas e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da causa corrigido.”

Na petição de recurso especial os autores-recorrentes alegaram que o acórdão, em preliminar (improvemento do agravo retido), contrariou os arts. 37 e 508 do Cód. de Pr. Civil, e no mérito (extinção do processo), ofendeu os arts. 985, II, e 988, do Cód. Civil. Conquanto o recurso tenha por fundamento a alínea *a* do permissivo, os recorrentes apresentaram acórdãos tidos por divergentes.

Admitido, o recurso veio ter ao Superior Tribunal de Justiça.
É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Quanto ao assunto preliminar, que diz com o agravo retido, o acórdão recorrido não contrariou o art. 37 do Cód. de Pr. Civil, ao ver de decisão tomada por esta Turma, no REsp-5.392, com essa ementa: “Embargos à execução — Advogado — Mandato — Falta. Não apresentando procuração o subscritor dos embargos, e não usando da faculdade prevista no artigo 37 do CPC, deverá o juiz marcar prazo razoável para que seja a falta suprida. Aplicação do disposto no artigo 13 do CPC”. Quando desse julgamento, fui voto vencido, porquanto aplicava o resolvido no REsp 3.190, com essa ementa: “Advocacia. Instrumento de mandato. Inexistência. 1. Sem instrumento de mandato, o advogado não se encontra habilitado para estar em juízo. 2. É havido por inexistente o recurso assinado por advogado que não apresentou instrumento de mandato. 3. Recurso especial não conhecido”. Só que a Turma, no julgamento daquele recurso, fez distinção, conforme essa passagem do voto do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: “Salientou o eminente Relator que esta 3^a Turma já deixou de conhecer de recursos especiais, por falta de instrumento de mandato. Não me parece que a hipótese seja a mesma. O suprimento daquela haverá de fazer-se onde praticado o ato. Não se coadunaria com o especial proceder-se à diligência neste Tribunal. Saliento que, como relator, não deixo de propiciar a apresentação do instrumento de mandato quando, por exemplo, neste Tribunal são apresentados embargos declaratórios”. Embora não convencido, pois o princípio é um só, sigo a orientação ultimamente tomada, com ressalva do meu ponto de vista.

Por igual, e pelas razões já apresentadas, o acórdão recorrido não ofendeu o art. 508 (prazo do recurso), até porque não é raro a interposição de recursos em petições xerocopiadas.

2. No que concerne ao assunto principal, alegaram os recorrentes:

“No mérito também o V. Acórdão contrariou dispositivo de lei federal, os artigos 985, inciso II, e 988, do Código Civil.

Em verdade, o Recorrente pagou duas vezes por seu apartamento, por culpa exclusiva da Recorrida. Pagou a primeira vez à Recorrida e a segunda vez à Associação de Condôminos para o acabamento do prédio e mais a hipoteca pendente com a Delfin S.A.

Na realidade, quando a Recorrida abandonou o prédio sem terminá-lo, os condôminos não tiveram outra alternativa senão constituir uma Associação de Condôminos para acabá-lo, destituindo a incorporadora culposa, nos termos da Lei 4.591/64.

Como o Recorrente possuía um compromisso de compra e venda totalmente quitado e não podendo obter a escritura definitiva da incorporadora destituída, a forma legal encontrada pela Associação de Condôminos foi promover o leilão extrajudicial de sua unidade, como se estivesse em débito com o condomínio. Referido imóvel foi arrematado pela Associação de Condôminos, que posteriormente 'vendeu' ao Recorrente a mesma unidade. Houve um artifício legal para que o Recorrente pudesse obter sua escritura definitiva."

Não têm eles razão, ao que penso, porquanto o compromisso de compra e venda, do ano de 1973, a que se referiram, acima, e que lhes serviu de fundamento do pedido, ao proporem, no ano de 1988, a ação guardada nestes autos, foi rescindido no ano de 1985, conforme se depreende da escritura de fls. 206/209v., nessa passagem de fl. 208/208v.:

"2.4 — Que, o então compromissário-comprador, Jair Silveira e sua mulher, encontrando-se em débito com o condomínio, foram notificados por editais publicados no DOE em 1º.09.1983, e, no Jornal O Dia em 1º.09.1983, em 12.09.1983 e, em 19.09.1983, a efetuar o pagamento da importância devida no prazo legal, pela Comissão Executiva do Condomínio Edifício Ouro Velho, nos termos da Lei nº 4.591/64, operando-se de pleno direito a Rescisão contratual, foi realizado o Leilão Extrajudicial das referidas unidades autônomas, indicadas e descritas no item '2.2' supra, pelo leiloeiro autorizado Sr. Flávio Carneiro de Mendonça, registrado sob o nº 152/52 da Junta Comercial do Estado de São Paulo, nos termos dos §§ 1º a 4º do art. 63 da Lei nº 4.591/64; que, em execução judicial reconhecida como lícita pela Representação nº 683/71 e, sentença prolatada em 22 de maio de 1972, pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Registros Públicos, em primeiro público o referido leiloeiro promoveu a venda das unidades autônomas, apartamento nº 71 (setenta e um) e uma vaga indeterminada do Bloco 'A', do Edifício Ouro Velho, indicadas e descritas no item '2.2' desta escritura, à Associação de Condôminos do Edifício Ouro Velho, pelo valor de Cr\$ 1.500.000 (hum milhão e quinhentos mil cruzeiros), mais 2.750 (duas mil, setecentas e cinqüenta) UPC (Unidade Padrão de Capital do BNH), estas consideradas em data da paralisação das obras do Edifício Ouro Velho, ou seja, equivalente naquela

ocasião a Cr\$ 391.160 (trezentos e noventa e um mil, cento e sessenta cruzeiros), consoante auto de arrematação em leilão expedido pelo citado leiloeiro em 19 de setembro de 1983, estas UPC serão amortizadas em conformidade com o estipulado no item '4.1' adiante."

Destarte, ocorreu, aí, a sub-rogação a que se refere o art. 63, no § 1º, da Lei nº 4.591, de 16.12.64, tal em nome da Associação de Condôminos do Edifício Ouro Velho, e dela, exatamente dela, o recorrente Jair Silveira, pela escritura de fls. 210/213, com data idêntica à de fls. 206/209v., veio a adquirir, ou a tornar a adquirir, o imóvel em tela, obrigando-se a pagar o débito hipotecário, *verbis*:

"e, de outro lado, como outorgado-comprador, doravante designado simplesmente e, apenas como 'comprador', Jair Silveira, brasileiro, comerciante, ..."

.....
"... o comprador se compromete e se obriga a pagar, diretamente à credora hipotecária DELFIN S.A. — Crédito Imobiliário, na forma e na época oportuna, a ser contratada entre ele comprador e a citada empresa; quantia essa que corresponde ao débito hipotecário existente sobre os imóveis aqui objetivados."

Rescindido o primitivo compromisso e verificada a sub-rogação do aludido art. 63, § 1º, incensurável, ao meu pensar, o acórdão ao apontar a ilegitimidade ativa do autor, ora recorrente. Portanto, sem razão o apelo a este Tribunal, com base nos arts. 985-II e 988 do Cód. Civil.

3. Apesar do recurso ter vindo apenas pela letra *a*, como se colhe de suas primeiras linhas, não deixo de dedicar duas palavras ao fundamento da letra *c*, que tem a ver somente com o assunto preliminar. Sobre tal dissídio, os recorrentes, na sua demonstração, não cumpriram sequer o disposto na norma regimental; quando não, os padrões apresentados versaram tema diverso do dos autos.

4. Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.445 — SP — (90124131) — Relator: O Exmº Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Jair Silveira e cônjuge. Recorridos: Portugal — Empreendimentos e Participações S/A. Advogados: Drs. Aparicio Dias e outros e Maria Cristina Cruz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (3ª Turma, 05/03/91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.467 — SP
(Registro nº 90.12473-5)

Relator: *O Exm^o Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Afrânio Pires da Silveira*

Recorrida: *Ribeiro Franco S/A Engenharia e Construções*

Advogados: *Drs. Miguel Pereira Granito e outro e Sagi Neaime e outros*

EMENTA: LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DE INEFICÁCIA DA NOTIFICAÇÃO.

1. Extemporânea a alegação de cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide se, quando do recurso de apelação, a parte nada argüiu a respeito.

2. Com a propositura da ação, a autora inequivocamente ratificou os poderes conferidos à sua procuradora para promover a notificação prévia.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO (Art. 101, § 2º do RISTJ), Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação de despejo por denúncia vazia de imóvel não residencial julgada procedente em 1º grau através de sentença confirmada pela instância superior. Da decisão, o co-réu Afrânio Pires da Silveira opôs embargos declaratórios à consideração de que o v. Acórdão não se pronunciara: a) a respeito da falta de poderes da dra. advogada da autora para fins de promover a notificação premonitória; b) sobre o não recebimento da notificação; c) acerca da inexistência de oportunidade para provar a falsidade da certidão do Oficial de Cartório que certificou a entrega da notificação.

O Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil de S. Paulo acolheu parcialmente os embargos, anotando que a subscritora da notificação, tendo também firmado a inicial, tinha poderes para tanto, vez que é ela procuradora da autora na ação intentada. Acentuou, outrossim, que o Oficial do Cartório certificou a entrega da notificação, tendo o destinatário se negado a assinar o protocolo. Por derradeiro, asseverou, quanto à inexistência da fase probatória, que o co-réu não declinou — no momento oportuno — os motivos pelos quais seria necessária a instrução pretendida.

Daí o recurso especial manifestado pelo aludido co-réu com supedâneo nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, aduzindo, em síntese, que a subscritora da notificação não tinha poderes para tal mister; que a circunstância de ser a mesma advogada da autora não ratifica a notificação; que não lhe foi entregue a notificação e, finalmente, que não lhe foi dado provar a falsidade da certidão do Oficial do Cartório. Apon-tou, em consequência de sua irressignação, ofensa aos arts. 5º, LIV e LV, da CF, 4º, da LICC; 148, 149, 1.209, 1.296, parágrafo único, do Código Civil; 38, 126, 239, I e III, 330, I, do CPC; 70, §§ 3º e 4º da Lei nº 4.125/63, e divergência com arestos do Excelso Pretório insertos nas RTJs 78/308 e 113/416.

O recurso foi indeferido na origem, subindo a esta Corte por força do provimento de agravo regimental, nos termos do art. 259 do RISTJ.

É o relatório.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Na sua contestação, o ora recorrente alegou, sem maiores considerações, não ter sido regularmente notificado nos termos do art. 1.209 do Código Civil.

A sentença repeliu tal assertiva, acolhendo, afinal, a pretensão vestibular. Ao apelar desse decisório, o referido co-réu insistiu na questão preliminar concernente à ausência de regular notificação prévia e, no mérito, voltou a abordar o tema relativo às benfeitorias.

Eis porque o v. Acórdão recorrido não tratou das matérias alusivas à falta de poderes da dra. procuradora da autora para promover as notificações, nem tampouco do cerceamento de defesa. Apenas em sede de embargos declaratórios é que o locatário veio agitar tais questões, em verdadeira inovação em relação ao que alegara anteriormente.

Assim, se com respeito à eficácia da notificação premonitória, o Tribunal houve por bem pronunciar-se quando do julgamento dos embargos de declaração, certamente por entender que poderia fazê-lo até mesmo de ofício, no atinente ao alegado cerceamento de defesa ocorrera o fenômeno da preclusão, uma vez que, na oportunidade do recurso de apelação, o recorrente não formulara nenhum reclamo a respeito. Por aí se verifica que afronta alguma se pode falar com referência ao art. 330, nº I, do CPC.

O mesmo é de ser dito no que tange à asserção de negativa de vigência de preceitos constitucionais, invocados indevidamente em via inábil (cfr. art. 102, nº III, *a*, da Lei Maior).

À autora era facultado proceder à notificação dos réus sem o rigor formal exigido pelo ora recorrente. É que inclusive o mandato pode ser outorgado tacitamente, de acordo com o que reza o art. 1.290 do Código Civil. Confirma-se nesse sentido o magistério de Carvalho Santos (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XVIII, pág. 131, 11^a ed.). Válida, por conseguinte, a notificação mesmo quando desacompanhada do instrumento de mandato (cfr. Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, vol. RT 109, pág. 398; e vol. RT 112, pág. 251), máxime quando, como na espécie, a procuração é exibida pelo locador com a propositura da ação de despejo, ficando destarte ratificados os atos levados a cabo, nos termos do disposto no art. 1.296, parágrafo único, do Código Civil, que a Turma Julgadora, longe de malferir, observou às inteiras (cfr. Rev. dos Tribs. 593/183 e 598/160).

O afirmado prejuízo de terceiro é incorrente, porquanto se cuida aqui de uma mera denúncia, uma simples comunicação. Trata-se, aliás, de tema não prequestionado na decisão recorrida.

Em razão do que restou supra-exposto, não se dá no caso ofensa nenhuma aos arts. 148-149 do CC, 38 do CPC e 70, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.215/63.

Na verdade, ressaí o cunho protelatório dos assertos produzidos pelo recorrente, bastando atentar-se para a variação que deflagrou em sua defesa desde a contrariedade até agora, no recurso especial. O oficial do cartório, conforme assinalou o Acórdão recorrido, tem fé pública e certificou a entrega do documento ao destinatário, que se recusou a assinar o protocolo correspondente. Inaplicáveis nesse particular as regras próprias às intimações judiciais, como deixou remarcado o Tribunal *a quo* de modo incensurável, *in verbis*:

“Por ser válida e tratar-se de notificação extrajudicial não eram exigíveis os requisitos do parágrafo único do artigo 239 do Código de Processo Civil, destinado somente às intimações judiciais.

A notificação extrajudicial não exige formalidades especiais, sendo suficiente que chegue ao seu conhecimento a pretensão do locador. O embargante, em sua contestação, apenas alegou que ‘não foi regularmente notificado’ (fls. 99), sem negar ter conhecimento da intenção da locadora em retomar o imóvel locado. Realmente, não é crível que, sendo três os locatários, todos participantes de um mesmo escritório de advocacia, dois deles tenham recebido a notificação e o terceiro não chegue a ter conhecimento dos fatos” (fls. 193).

Do acima deduzido, resulta que o Acórdão hostilizado não vulnerou a norma de lei federal indicada e, de resto, não se apartou dos arestos trazidos à colação pelo recorrente, ainda porque o caso em tela registra o pormenor de que o cerceamento de defesa não foi invocado oportunamente, quando do oferecimento do recurso de apelação.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.467 — SP — (90.12473-5) — Rel.: Exmº Sr. Min. Barros Monteiro. Recte.: Afrânio Pires da Silveira. Recda.: Ribeiro Franco S/A Engenharia e Construções. Advs.: Drs. Miguel Pereira Granito e outro e Sagi Neaime e outros.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.” (4ª Turma, em 06.08.91).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo. Presidiu o Sr. Min. ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 6.643 — SP
(Registro nº 90.0012909-5)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *FEPASA — Ferrovia Paulista S/A*

Recorrido: *Manoel Elias Sampaio e cônjuge*

Advogados: *Drs. José Martins Portella Neto e outros e Alexandra Zakie Abboud e outros*

EMENTA: *Processo Civil. Prescrição afastada no 2º grau. Impossibilidade do exame das demais questões no mesmo julgamento. Imprescindibilidade de nova sentença. Divergência doutrinária e jurisprudencial. Exegese do art. 515, caput, CPC. Acidente. Indenização. FEPASA. Sociedade de economia mista. Prescrição vintenária. Recurso conhecido e provido.*

I — Reformando o tribunal a sentença que acolhera a preliminar de prescrição, não pode o mesmo ingressar no mérito propriamente dito, até porque a causa pode não estar suficientemente debatida e instruída.

II — Prosseguir o julgamento em tais circunstâncias agride a regra *tantum devolutum quantum appellatum*, suprime um grau de jurisdição e torna ainda mais complexa a compreensão do processo como instrumento de acesso à tutela jurisdicional.

III — Razões de ordem prática, aliadas às jurídicas, recomendam o retorno dos autos ao primeiro grau para que nova sentença seja proferida, afastada a preliminar.

IV — Segundo assente na Corte, é vintenária a prescrição concernente à indenização por acidente ferroviário postulada contra a FEPASA, sociedade de economia mista.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, e dar-lhe provimento, nos termos do

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

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de junho de 1991 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Ao julgar pedido indenizatório resultando de acidente de que foi vítima o filho pedreiro dos autores, que viajava em veículo ferroviário da FEPASA, a r. sentença deu pela prescrição quinquenal.

Em grau de apelação, o eg. 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, por unanimidade, afastou essa prescrição e, por maioria, apreciou as demais questões de mérito, acolhendo a pretensão ajuizada, com a seguinte ementa:

“Prescrição é exceção (mérito). Quando o juiz a acolhe, o autor apela e o Tribunal a afasta, fica ao Tribunal o julgamento das restantes questões de mérito (CPC, art. 515, parágrafo 1º). Precisoões técnicas”.

Mantida foi tal decisão em nível de embargos infringentes.

Inconformada, em maio de 1988 a ré interpôs recursos extraordinários, com arguição de relevância, tendo sido admitido, parcialmente, apenas o segundo, quanto à profundidade da apelação, a saber, se possível ou não o Tribunal da apelação ingressar nas demais questões de mérito não apreciadas em primeiro grau.

Deferido o processamento das arguições de relevância.

O col. Supremo Tribunal ensejou o desdobramento do apelo ante a nova ordem constitucional (fl. 407), sustado o agravo (fls. 412/413). Em consequência, dois recursos especiais foram manifestados.

No primeiro, fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, insurgiu-se a ré contra a prescrição vintenária, apontando negativa de vigência ao Dec. 20.910/32 e ao art. 2º do D.L. 4.597/42, impugnando também o limite de sobrevida da vítima até 70 anos e o ressarcimento a título de dano moral.

No segundo, relativo aos embargos infringentes, com arrimo nas mesmas alíneas, alega ofensa aos arts. 128, 460, 512 e 515, CPC, por supressão de instância.

Somente o segundo, e pela alínea *a*, foi admitido.

Resignou-se a recorrente, expressamente, com essa decisão (fl. 457), tendo requerido o sobrestamento do recurso extraordinário.

Com as razões das partes, vieram os autos.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Com a resignação expressa da recorrente, em relação à inadmissibilidade do recurso especial que impugnava a parte unânime decidida na apelação, restou ao exame desta Turma o tema que foi objeto de apreciação nos embargos infringentes.

Destarte, após anotar que em pelo menos quatro (4) julgamentos unânimes (REsps 1.021-RJ, 1.232-SP, 2.647-SP e 2.993-SP, relatados respectivamente pelos Senhores Ministros Athos Carneiro, Carlos Mário Velloso, Barros Monteiro e Nilson Naves) este Tribunal firmou a tese da prescrição vintenária, passo ao exame da questão controvertida remanescente.

Debate-se, em última análise, se, tendo a sentença julgado extinto o processo pela prescrição, deve ou não o tribunal, reformada aquela decisão em grau de apelação, retornar o feito ao primeiro grau ou prosseguir no julgamento, apreciando a causa por inteiro.

O tema é dos mais inquietantes no atual processo civil brasileiro, bastando observar que por duas vezes (REsps 2.306-SP e 2.218-MT) a eg. Terceira Turma o enfrentou, sem unanimidade.

In casu, ao votar na condição de relator designado, nos embargos infringentes decididos por três votos a dois, assinalou o em. Juiz Raphael Salvador (por sinal, autor de estudo doutrinário na matéria, que se vê publicado em RT 634/226):

“No novo Código a prescrição é matéria de mérito, como se verifica do disposto no art. 289, IV, que diz que extingue-se o processo, com julgamento do mérito, quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição.

Logo, se o juiz, após a instrução, reconheceu que havia ocorrido a prescrição, inegavelmente já examinou o mérito da demanda. Se o tribunal, em grau do recurso, afasta a prescri-

ção, passa a examinar a lide propriamente dita, prosseguindo no exame do mérito. Não mais devolverá os autos ao juiz de primeiro grau para esse exame, que não mais é ali possível.

Essa a solução que também nos oferece o prof. Barbosa Moreira, quando diz: “Não há aqui propriamente exceção à regra, segundo a qual a extensão do efeito devolutivo se mede pela extensão da impugnação. A “matéria impugnada é a declaração da improcedência do pedido e sobre isso há de manifestar-se o tribunal, muito embora, para fazê-lo, tenha de examinar questões que o órgão *a quo* deixou intactas. É o que se infere do § 1º do dispositivo ora comentado (art. 516 do CPC), de acordo com o qual serão “objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro” (“Comentários ao Cód. Proc. Civil”, Forense, vol. V, pág. 345).

O prof. Cândido R. Dinamarco tem a mesma opinião, dizendo: “Quando o juiz acolhe a prescrição, está julgando o mérito. Diz o CPC que em tais casos o processo é extinto com julgamento do mérito (art. 269, IV) e isso corresponde à melhor doutrina (v. Carnelutti, “Appunti sulla prescrizione”, *in Riv. dir. proc. civ.* 1928). O próprio Egrégio Tribunal o reconhece, quando manda que o juiz aprecie as demais questões de mérito. Então, já tendo o mérito sido julgado pelo juiz inferior, não fica ultrajado o princípio do duplo grau de jurisdição se o tribunal fizer como proponho. Ele apenas irá apreciar questões antes não apreciadas, mas não estará proferindo o primeiro julgamento do mérito. Quando o juiz reconheceu a prescrição, ele já julgou a lide, dizendo que estava extinto o eventual direito do autor (a prescrição é reconhecidamente um fato extintivo)”.

Em seguida examina o novo código, para reforçar sua argumentação, especialmente o § 1º do art. 515, concluindo: “A apelação só devolve ao tribunal a parte da lide a que se tenha referido, podendo então haver apelação integral ou parcial (art. 515, *caput*). Trata-se, aqui, da extensão da apelação. Mas, em profundidade, a apelação é sempre integral. Isto é, todas as questões vão ao tribunal”. (Parecer na Apelação de nº 24.310, de São Caetano do Sul, julgada pelo Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo).

O professor Gildo dos Santos, em recente palestra na Faculdade Católica de Direito de Santos, deu a mesma solução a uma questão formulada, citando todos os argumentos acima e

acrescentando que ao reconhecer a prescrição o juiz julgou o mérito, pelo novo código. E, ainda segundo o art. 463, do mesmo Código de Processo Civil, “Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional”.

Portanto, não pode o tribunal, ao afastar a prescrição reconhecida pelo juiz inferior, determinar a volta dos autos ao mesmo juiz, para julgar as demais questões de mérito. O mérito é um só, embora possa apresentar várias questões, mas o julgamento da lide é um só.

Se a sentença de primeiro grau não é anulada, se ela permanece, ainda que reformada, como se poderia exigir do MM. Juiz que proferisse nova sentença? O mérito já foi por ele examinado e decidido, como bem demonstrado no v. acórdão embargado”.

Não se me afigura essa, no plano da realidade, e mesmo jurídico, a melhor solução, impregnada, a meu juízo, *data venia*, de excessivo rigor técnico.

Na própria lição do exímio Barbosa Moreira, trazida à colação, impõe-se distinguir se a causa já estaria ou não “madura” no momento em que proferida a sentença, como se colhe do seguinte trecho dos seus comentários ao art. 515, CPC, pela Forense (5ª edição, 1985, nº 245, p. 429):

“Às vezes, o julgamento do mérito realiza-se em ocasião anterior àquela em que teria de realizar-se, caso o órgão judicial houvesse de apreciar outras questões. Assim, *v.g.*, a declaração da decadência, ou da prescrição, não sendo patrimonial o direito postulado, pode ocorrer no próprio despacho liminar, indeferindo-se a inicial (art. 295, nº IV, combinado com o art. 219, § 5º). Ora, é patente que, se isso acontece, o órgão *a quo*, ao proferir a sentença, não se encontrava em condições de resolver nenhuma outra questão de mérito, além da concernente à decadência ou à prescrição, de sorte que apenas esta se devolve ao conhecimento do tribunal; se a apelação for provida, o feito terá de prosseguir, na instância inferior, a sua marcha normal, para exame oportuno dos demais aspectos do *meritum causae*”.

Como se nota, o julgamento do mérito propriamente dito fica na dependência da presença dessas condições, dificultando ainda mais a compreensão do sistema processual, nem sempre de fácil percepção ou do domínio de quantos se utilizam do processo como instrumento de acesso à tutela jurisdicional.

Mais relevante, porém, que esse aspecto de ordem prática, se me apresenta outro, de natureza científica.

Com efeito, expressa o Código de Processo Civil, em seu art. 515, *caput*, que “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”. Cuida-se, aí, da regra retratada no conhecido brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*. Ora, se a sentença extingue o processo pela prescrição, patrimonial ou não o direito reivindicado, à evidência que o autor não irá impugnar outros aspectos, de mérito, haja vista que sobre eles não terá havido decisão. Logo, se adentrar em outras questões de mérito, o órgão julgador da apelação estará não só indo além do recursalmente postulado como também estará agindo em atrito com o princípio maior do contraditório, uma vez que proferirá julgamento sobre aspectos a cujo respeito a parte recorrida, via de regra, não terá se manifestado.

Tal orientação, como se deduz, gera complexidade e incerteza, que não se afeiçoam com a instrumentalidade do processo, recordando-se ainda aqui que a prescrição e a decadência, não obstante incluídas no elenco das decisões que comportam extinção do processo com julgamento de mérito (CPC, art. 269, IV), não constituem o mérito propriamente dito, tanto assim que são apreciadas, como ensina o mesmo Barbosa Moreira (op. cit., nº 375/376), em preliminar, em obediência às regras dos arts. 560/561, CPC. A propósito desses dois enfoques, merece realce a decisão de admissibilidade do apelo na origem, quando disse:

“Quanto ao recurso especial oferecido nos embargos infringentes, aconselhável a manifestação da instância superior, sobre o tema relativo à superação da prescrição e o julgamento da questão de fundo.

Com efeito, embora a prescrição diga respeito ao mérito (artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil), esta não perde o caráter de questão prejudicial ao exame do direito material.

Assim, se a douta Turma Julgadora afastou a prescrição reconhecida em primeira instância e, imediatamente, conheceu e julgou todas as questões de mérito, apreciou matéria não impugnada pelo recurso de apelação.

Ora, se o juiz singular não aprecia o pedido, nenhum dos litigantes poderá recorrer, investindo contra o decisório pelo merecimento, porque não teriam base para sustentar gravame, pressuposto de qualquer recurso.

Apreciar o mérito, nestas condições, traduziria supressão de um grau de jurisdição a autorizar o reexame da questão pelo Superior Tribunal de Justiça”.

No mais, é de advertir-se não ser essencial à espécie, como poderia parecer ao primeiro exame, o disposto no § 1º do referido art. 515, CPC, que tem incidência quando o tribunal reforma sentença que eventualmente tenha julgado improcedente o pedido, deixando, por isso, de apreciar todas as questões, os pedidos subseqüentes.

Polêmica a matéria, como registrado no início, encontra ela processualistas de escol em ambas as posições, podendo-se exemplificar com Frederico Marques, que, em abono ao entendimento ora esposado, pontifica (“Manual”, vol. 3, Saraiva, 9ª edição, n. 620, p. 142):

“Por fim, o provimento da apelação, se ocorrer, atinge apenas a admissibilidade da tutela jurisdicional, pois o julgamento do mérito, que não houve, não pode ser subtraído do duplo grau de jurisdição. Aliás, o mesmo deve ser dito da apelação contra sentença definitiva que acolheu preliminar de mérito, ou que homologou negócio jurídico processual: provida a apelação, no primeiro caso, voltam os autos ao juízo *a quo* para o julgamento das outras questões concernentes ao mérito, e, no segundo caso, consistindo o provimento em anulação do ato de acusação, ou da sentença que o homologou, óbvio que tem o juiz de prosseguir no processo, e ali proferir outra sentença”.

Em síntese, sem maiores considerações sobre o alegado dissenso jurisprudencial (REsp 2.122-MS), conheço do recurso pela alínea *a* do autorizativo constitucional (art. 105-III), por ofensa ao art. 515 do Código de Processo Civil e o provejo para cassar o *v. acórdão* e ensejar que, afastada a preliminar de prescrição, nova sentença seja proferida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Senhor Presidente, coloco-me no mesmo posicionamento do eminente Ministro-Relator.

A matéria é sabidamente polêmica e há argumentos relevantes em prol de uma e outra corrente. Mas, o que realmente impressiona é a circunstância de que, afastada a prescrição, se não forem examinadas as demais questões, é suscetível de ocorrer a supressão de um grau de jurisdição. Há, além do mais, como aludiu o Eminentíssimo Ministro-Relator,

razões de ordem prática e ordem científica que recomendam o retorno do feito à 1ª instância para que se torne completo o julgamento.

Acompanho, portanto, o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Também acompanho o eminente Ministro-Relator, quer pelas razões de ordem doutrinária, que S. Ex^a expôs com a precisão de costume, quer pelos motivos de ordem pragmática.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.643 — SP — (90.0012909-5) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: FEPASA — Ferrovia Paulista S/A. Recdo.: Manoel Elias Sampaio e cônjuge. Advs.: Drs. José Martins Portella Neto e outros e Alexandra Zakie Abboud e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (4ª Turma — 11.06.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministro 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 6.813 — RS

(Registro nº 90.13224-0)

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

Recorrente: *Mônica Beatriz Bianchimano de Azevedo*

Recorrida: *Kreybel Empreendimentos Imobiliários Ltda.*

Advogados: *Drs. Walter Torres de Leão e Noemia da Silva Lopes e outro*

EMENTA: REVELIA. RÉU COM PROCURADOR NOS AUTOS. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO.

Ainda que não tenha sido admitida a contestação, se o réu possui procurador nos autos, deve ser ele intimado dos atos processuais. Inteligência do art. 322, última parte, 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, rejeitada a preliminar, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de junho de 1991 (continuação da sessão iniciada em 25.6.91).

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

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação de rescisão de promessa de venda e compra, cumulada com pedido de perdas e danos. Na sentença, o MM. Juiz de Direito considerou intempestivas as contestações do réu Antônio Ivanir Azevedo e de sua mulher Mônica Beatriz Bianchimano de Azevedo, vindo a julgar procedente a demanda à consideração também de que caracterizado restou o inadimplemento dos compromissórios-compradores.

O co-réu Antônio Ivanir Azevedo apelou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Já em pauta de julgamento o recurso, a co-ré Mônica Beatriz acostou aos autos requerimento em que pleiteou a nulidade do processo em virtude de não haver sido intimada dos atos processuais que se seguiram ao seu comparecimento perante o Juízo.

A Terceira Câmara Cível indeferiu o pedido da co-ré, rejeitou as preliminares e, *de meritis*, confirmou o decisório de 1^o grau.

O apelante e a co-ré opuseram embargos declaratórios, ambos rejeitados.

Mônica Beatriz Bianchimano de Azevedo manifestou daí recursos extraordinário e especial. Tocante a este último, sustentou vulneração do art. 322, última parte, do CPC, e apontou divergência jurisprudencial com arestos emanados dos Tribunais de Justiça de São Paulo e de Mato Grosso. Asseverou a recorrente, em suma, que, a partir do momento em que ingressou nos autos, deveria ter sido intimada de todos os atos processuais que se seguiram.

Também o co-réu Antônio Ivanir ofereceu recurso especial.

O Presidente do Tribunal *a quo* admitiu o apelo especial interposto pela co-ré pela alínea *c* do permissivo constitucional e, de outro lado, indeferiu o do réu varão.

Arrazoados, os autos subiram a esta Corte, com preliminar de intempestividade aventada pela recorrida.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. O apelo extremo aforou-se a tempo.

Assim é que a intimação do Acórdão prolatado na apelação se deu em 12.10.89, ao passo que os dois embargos declaratórios foram opostos no dia 17.10.89. Daí terem sido consumidos 4 dias de prazo, de vez que não se conta o dia da apresentação dos citados embargos (cfr. Theotônio Negrão, “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, nota 9 ao art. 180, pág. 138, 21^a ed., e RTJ 118/392; 119/370 e 112/383). Publicado o Acórdão dos embargos declaratórios em 2.3.90, os 11 dias remanescentes findaram no dia 15.3.90, dado que a contagem do prazo só recomeçou a correr na segunda-feira (dia 5), por ter sido o dia 2.3.90 uma sexta-feira. Tempestivamente, o recurso especial deu entrada no dia 15 de março de 1990 (fls. 234).

2. Através de procurador próprio, a co-ré contestou a ação. Essa contrariedade, no entanto, ficou inadmitida pelo MM. Juiz de Direito quando da prolação da sentença, por extemporânea.

Não foi ela intimada do decisório monocrático. Somente o foi na ocasião em que incluída a apelação do co-réu na pauta de julgamento do Tribunal de Justiça. O Colegiado não atendeu ao seu reclamo, então manifestado, sob o fundamento de que, revel, não havia necessidade de sua

intimação, nos termos do disposto no art. 322 do CPC (voto do Relator, Des. Mário Augusto Ferrari). Tal motivação foi reiterada na oportunidade em que apreciados os embargos de declaração (fls. 221).

A situação do presente feito é peculiar, não se subsumindo em verdade na previsão constante da 1ª parte do art. 322 da lei instrumental civil, mas sim em sua 2ª parte. É que a co-ré oferecera contestação e seu advogado exibira o competente instrumento de mandato (fls. 44).

A sua defesa tão-somente deixara de ser recebida, por oferecida a destempo. Conquanto pudesse ser submetida a litigante aos efeitos da revelia, a circunstância indicada não dispensava a sua intimação, mormente da sentença que houve por bem desconsiderar a contestação.

Da maneira como se processou a causa, acarretou-se inequívoca surpresa à co-ré ora recorrente, que não tomou conhecimento da decisão que declarara extemporânea a contradita por ela oposta.

J. J. Calmon de Passos leciona que “se o réu constitui procurador nos autos não se lhe aplica o art. 322, ainda quando tenha sido omissivo no contestar. A revelia quanto à atuação tem suas conseqüências próprias; a revelia quanto ao comparecimento, igualmente. Uma não acarreta, necessariamente, a outra. Assim, o réu com procurador nos autos, tenha ou não contestado o pedido, deve ser intimado de todos os atos do processo.” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. III, pág. 445, nº 260, 6ª ed.).

De igual teor alinha-se a observação de Rita Giancesini, para quem “poderá ocorrer, assim, que o réu, em sendo citado, constitua advogado. Este anexe aos autos a procuração e requeira, por exemplo, vista dos autos fora de Cartório, para apresentar contestação. Entretanto, ao devolver os autos, não a apresente ou a protocole fora do prazo. Nestas hipóteses, o advogado será intimado na forma prescrita em lei (arts. 236 ou 237), embora o réu seja revel. Não se lhe aplica, em tal caso, o art. 322, primeira parte.” (“Da Revelia no Processo Civil Brasileiro” págs. 107/108, ed. 1977).

Portanto, ainda que a contestação não tenha sido admitida, o procurador da parte deve ser intimado, permanecendo a procuração nos autos para as intimações posteriores (cfr. Theotônio Negrão, ob. cit., pág. 213, nota 4 ao art. 322).

Nesses termos, desprezando a necessidade de intimação do Dr. patrono da co-ré recorrente, o Tribunal *a quo* afrontou o estabelecido na parte final do art. 322 do Código de Processo Civil, como também se apartou, ao menos, do julgado que se acha inserto na Rev. dos Tribs. vol. 591, págs. 187-189.

3. Ante o exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas do autorizativo constitucional e dou-lhe provimento, para anular o processo a partir da intimação da r. sentença.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator. Realmente, se o réu, embora não contestando a demanda, vier a constituir procurador e este comparece aos autos, a partir desse momento em diante o procurador deve ser regularmente intimado. E isto decorre da regra constante da parte final do art. 322, no sentido de que o revel que intervém no processo irá recebê-lo “no estado em que se encontra”, ou seja, daquele momento em diante ele deverá ser processualmente tratado em igualdade com os demais litigantes.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.813 — RS — (90.13224-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro. Recte.: Mônica Beatriz Bianchimano de Azevedo. Recda.: Kreybel Empreendimentos Imobiliários Ltda. Advs.: Drs. Walter Torres de Leão e Noemia da Silva Lopes e outro.

Decisão: “Rejeitada a preliminar, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento.” (4ª Turma, em 27.6.91 — continuação da sessão iniciada em 25.6.91).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 6.833 — SP (Registro nº 90.13337-8)

Relator: *O Exm^o Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Projeto — Instituto de Educação Infantil S/C Ltda.*

Recorrido: *Millo Andreotti*

Advogados: *Drs. Sylvia Maria Mendonça do Amaral e outros e Caio de Faria Ognibene e outros*

EMENTA: LOCAÇÃO. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. CONCEITUAÇÃO PARA FINS DO DISPOSTO NA LEI 6.239/75 E NO ART. 41 DA LEI 6.649/79.

Considerada pela decisão recorrida a atividade da locatária como restrita à assistência maternal e recreativa de menores até a idade pré-escolar, não se pode reputar o prédio locado como estabelecimento de ensino.

Recurso especial conhecido pelo dissídio pretoriano, mas improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de junho de 1991 (cont. da sessão do dia 25.6.91).

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

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação de despejo para uso próprio ajuizada por Millo Andreotti contra "Projeto — Instituto de Educação Infantil S/C Ltda.", acolhida em 1^a instância. Apelou a ré, sustentando a carência da ação diante da renovação verbal da avença para outro biênio. Caso precedente a demanda, pugnou pela concessão do prazo de desocupação previsto no art. 41 da Lei nº 6.649/79, uma vez que em seus cursos regulares mantém o ensino primário.

A Sétima Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo negou provimento ao apelo, afastando a alegada renovação do contrato e rechaçando a incidência do prazo de seis meses para a desocupação do imóvel, excluía que se acha a locação da proteção específica conferida pela Lei nº 6.239/75.

Daí o presente recurso especial interposto pela locatária com supedâneo nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional. Apontou contrariedade à Lei nº 6.239/75 e ao art. 41 da Lei nº 6.649/79, desde que o Acórdão recorrido não reconheceu tratar-se no caso de estabelecimento de ensino. Como julgados discrepantes, indicou o aresto inserto na publicação “Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul”, vol. 66/368, e outro, oriundo do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, estampado na Revista dos Tribunais 633/167.

Apelo extremo admitido na origem por ambas as alíneas, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A ré buscou conceituar o imóvel locado como estabelecimento de ensino com a finalidade exclusiva de ampliar o prazo de desocupação.

Tal pretensão restou repelida pelas instâncias ordinárias, considerando-se nelas inaplicável à espécie a Lei nº 6.239/75. O julgado recorrido assim deduziu seus fundamentos:

“A sociedade civil ‘Projeto Instituto de Educação Infantil S/C Limitada’ tem por objeto, segundo constituição de fls. 93, desenvolver escola maternal, pré-primário, jardim de infância e curso de datilografia’, não constando dos autos nem mesmo afirmação da existência de regular curso de ensino primário, assim definido o de primeiro grau. Aplicação da lei especial foi bem rechaçada porquanto reiteradamente se tem decidido, inclusive nesta Câmara, que ‘a proteção da Lei 6.239/75 destina-se aos estabelecimentos oficiais e particulares, destinados a cursos disciplinados pela legislação em vigor, abrangendo os de 1º e 2º graus, e os universitários, não os cursos de ensino livre, embora especializados’. Confira-se Apelação nº 219.904/5, relator o eminente Juiz Gildo dos Santos.

Como se verifica dos autos, corpo docente especializado, no caso, destina-se a proporcionar assistência maternal e recreati-

va aos menores até idade pré-escolar, bem como ministrar cursos de datilografia.

Excluída proteção especial, totalmente desamparado reclamo quanto ao prazo e época de desocupação do imóvel locado. O artigo 41 da lei do inquilinato apenas alterou, implicitamente artigo 4º da Lei 6.239/75, elevando prazo de restituição, além de indicar época própria para transferência da sede, sem ampliar, contudo, conceito de estabelecimento de ensino, já examinado” (fls. 140).

Pelos termos em que se encontra vazado o v. Acórdão, a atividade da empresa-ré adstringe-se a proporcionar assistência maternal e recreativa às crianças até a idade pré-escolar, incluindo curso de datilografia.

No apelo excepcional em tela, a recorrente defende uma outra qualificação dos cursos que ministra. Assevera, com efeito, que se cuida de uma escola regularmente inscrita na Secretaria da Educação e que a seu cargo se encontram os cursos pré-primário e de 1º grau.

O que está a pretender nesse passo, todavia, é o reexame de matéria probatória, inviável no campo estreito do apelo especial, a teor da Súmula nº 7 desta Corte. Basta dizer que o *decisum* ora hostilizado além das restrições acima aludidas, deu pela inexistência de regular curso de ensino primário.

Inocorre *in casu* afronta à lei federal. À citada Lei nº 6.239, de 19-9-75, há que se atribuir u’a interpretação estrita, visto restringir ela drasticamente os direitos do proprietário, a ponto de obstaculizar até mesmo a retomada para uso próprio. Nesse sentido, aliás, a orientação imprimida pela Eg. Terceira Turma desta Casa em precedentes de que foi relator o ilustre Ministro Eduardo Ribeiro (REsp’s nºs 1.147-RJ e 2.853-SP).

Tratando-se, assim, conforme salientado pelo decisório recorrido, de estabelecimento dedicado sobretudo à assistência maternal e recreativa de crianças, não se pode reputá-lo como “estabelecimento de ensino” com vistas ao objetivo da lei.

Prelecionam a respeito Rogério Lauria Tucci e Álvaro Villaça Azevedo que “como estabelecimento de ensino deve ser tido todo aquele de existência regular, em que se ministra curso disciplinado pela legislação em vigor, — seja de primeiro, de segundo ou superior grau; assim, também, o profissionalizante, — por pessoal docente especializado, a corpo discente contínuo” (Tratado da Locação Predial Urbana, págs. 512-513, ed. 1980).

No que concerne ao dissídio pretoriano, reputo-o configurado em face do aresto oriundo do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, pois a Quinta Câmara daquele Sodalício houve por bem reconhecer como “estabelecimento de ensino” o imóvel locado para “curso de idiomas”, sob o fundamento primordial de que basta seja o prédio utilizado para fins educativos, tal como é o caso de “jardins de infância” e de “creches” (Julgados do Tribunal de Alçada do R.G.S., vol. 66/págs. 368-369). Penso que, no entanto, pelos motivos supra expendidos, a melhor orientação está com o Acórdão recorrido.

Ante o exposto, conheço do recurso pela alínea c do permissivo constitucional, mas a ele nego provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.833 — SP — (90.13337-8) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Projeto — Instituto de Educação Infantil S/C Ltda. Recdo.: Millo Andreotti. Advs.: Drs. Sylvia Maria Mendonça do Amaral e outros e Caio de Faria Ognibene e outros.

Decisão: A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento (em 27.6.91, cont. da sessão do dia 25.6.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo. Ausência justificada do Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.857 — SP (Registro nº 90.0013400-5)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Ind. de Seda Rivaben S/A*

Advogados: *Drs. José Ramos Nogueira Neto e outros e José Luiz Matthes e outro*

EMENTA: O procedimento, tanto para a homologação de conta de liquidação como para a homologação

de cálculos de atualização, é o mesmo, ou seja, é dada às partes a oportunidade de impugnarem os cálculos antes da homologação, através de sentença, da qual cabe apelação.

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, conhecer do recurso e lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de setembro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com apoio no artigo 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, interpôs Recurso Especial ao v. acórdão, proferido pela 14ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, que decidiu que a apelação é o recurso cabível contra decisão homologatória de cálculos da liquidação.

Alega a Recorrente que a decisão atacada negou vigência ao artigo 522, do CPC, bem como divergiu da jurisprudência do Colendo STF e do extinto TFR.

O Recurso foi contra-arrazoado (fls. 193/194), admitido (fls. 196) e encaminhado a esta Corte, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou por seu provimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: O procedimento, tanto para a homologação de conta de liquidação como para a homologação de cálcu-

los de atualização, é o mesmo, ou seja, é dada às partes a oportunidade de impugnam os cálculos antes da homologação, através de sentença, da qual cabe apelação.

Recurso desprovido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Compulsando os autos percebe-se que às fls. 154/v. houve promoção da escrevente informando não constar cálculo atualizado do débito, ordenando o MM. Juiz de Direito a sua elaboração (fls. 155), o que foi homologado, por sentença, às fls. 162.

Entendo que o procedimento, tanto para a homologação de conta de liquidação como para a homologação de cálculos de atualização, é o mesmo, ou seja, é dada às partes a oportunidade de impugnam os cálculos antes da homologação, através de sentença, da qual cabe apelação.

Em favor deste entendimento, cito o RE nº 114.466/PR, relator o Sr. Ministro Octávio Gallotti, RTJ nº 124-02, pág. 840, que restou assim ementado:

“A apelação é o recurso cabível da sentença que julga a liquidação, assim entendidas, não só a homologação do primeiro cálculo, como também a das atualizações subsequentes (artigos 513 e 520, III, do Código de Processo Civil).

Voto vencido que não considerava configurada a divergência e, no mérito, reputava cabível o Agravo de Instrumento.

Recurso de que se conhece, pela letra *d*, para se lhe dar provimento, por maioria.”

Cito, ainda, o REsp nº 8.672/SP, relator o Sr. Ministro Américo Luz, DJ, 22/04/91, cuja ementa dispõe:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. RECURSO CABÍVEL.

Da sentença homologatória de conta de liquidação, bem como da de atualização, o recurso cabível é apelação.

Recurso provido.”

Em assim sendo, *data venia* do Ministério Público, que, tem posicionamento diverso, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.857 — SP — (90.0013400-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrida: Ind. de Seda Rivaben S/A. Advogados: Drs. José Ramos Nogueira Neto e outros e José Luiz Matthes e outro.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator (José de Jesus), conhecendo do recurso para negar-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Hélio Mosimann. Aguardam os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ. (2ª Turma, em 28.08.91)

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: O eminente Ministro relator conhecia do recurso, mas lhe negava provimento.

Pedi vista, para melhor exame do processo, porque já me manifestei contrariamente, tanto nesta Turma como na Seção. Venho sustentando, *data venia*, que das decisões sobre atualização de cálculo, o recurso admissível é o de agravo.

Em voto nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 4.450, de que foi relator o ilustre Ministro Ilmar Galvão, deixei assentado que em decorrência do disposto no art. 520, inciso III, e artigo 605, do Código de Processo, da sentença homologatória do cálculo cabe apelação. Sentença é o ato pelo qual o Juiz põe termo ao processo decidindo ou não o mérito da causa.

Ora, se a sentença homologa o cálculo, encerrando a liquidação que antecede a execução, é apelável. Já as decisões subseqüentes, que se manifestam sobre incidentes no curso da execução, inclusive sobre cálculos de atualização de contas, tendo o caráter de interlocutórias, são agraváveis (Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rev. de Amagis, Vol. 2º, pág. 78; Min. Athos Carneiro, REsp nº 6.500-MG, DJ de 20.03.91, pág. 2.941).

Então, Sr. Presidente, pedindo vênica e respeitando a força dos argumentos do eminente relator, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, já tivemos oportunidade de votar, na Seção, matéria idêntica. Pacifi-

camos o entendimento de que o recurso deveria ser o de apelação, em benefício da própria parte, evitando-lhe maiores gastos na formação de instrumentos.

Sem dúvida, há casos de atualização de indenização em que realmente não temos uma nova sentença homologatória. Em todos os casos oriundos da Bahia, porém, havia que se repetir sentenças homologatórias, porque em todas as atualizações se discutiam os cálculos e os valores. Temos pelo menos um precedente, em que o Ministro Pádua Ribeiro conheceu do recurso de apelação da PETROBRÁS. Diante dessa realidade, creio que para a parte melhor será evitar-se a formação de instrumentos sempre onerosos e, não raro, incompletos, e subirem os autos em apelação.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Também tenho votado nesse sentido, embora reconheça que o Tribunal Federal de Recursos tenha adotado a tese do agravo. Depois me convenci, por razões de ordem prática, justamente as que causavam maior ônus às partes.

Peço vênua ao Sr. Ministro Mosimann, para acompanhar o Sr. Ministro-relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, no extinto Tribunal Federal de Recursos sustentei a tese de que toda decisão homologatória de cálculo consubstancia sentença e, como tal, é apelável e não agravável, com o apoio da maioria da sua 4ª Turma. Com os vários recursos extraordinários interpostos, o Supremo fixou essa mesma orientação, que a meu ver é realmente a mais adequada, porque hoje a atualização de cálculo não envolve meros cálculos aritméticos. O Juiz resolve muitas questões de direito e isso decorre, basicamente, das leis decorrentes da inflação. São numerosas as leis promulgadas. Por isso, como salientou o ilustre relator, sem essa liquidação, ensejadora de sentença final que acabe com os litígios acerca do próprio cálculo, não é possível proceder-se à execução. É necessário liquidar para executar. E, sem isso, realmente, não é possível acontecer a execução. Ademais, parece-me que, além desses aspectos jurídicos, há

também os aspectos práticos. Sempre gostei de estudar e lecionar processo, o que fiz durante muito tempo, e estou convencido cada vez mais de que o processo é instrumento de jurisdição, não é meio de ficar cerceando a aplicação do direito substancial, o direito maior, estabelecendo-se interminável discussão sobre se o recurso deve ser agravo ou apelação.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS: V. Exa. me permite uma intervenção? Veja V. Exa. que da sentença que homologa, enseja a expedição de precatório para pagamento. Se houver dúvida, o recurso é apelação, porque examinou o mérito dos cálculos. A sentença é definitiva. Se não houvesse inflação, teríamos apenas a liquidação de cálculo, tradicionalmente no Processo Civil Brasileiro. Mas, com essa inflação, os problemas acumulados de variação de índices...

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Em outras palavras, pode-se fazer um raciocínio semelhante aos embargos declaratórios. Estes têm a mesma natureza do acórdão embargado, quer dizer, uma decisão integrativa. Então, esses cálculos de atualização constituem, em outras palavras, uma decisão integrativa. Se os primeiros são impugnáveis através de apelação, por que não os segundos?

Por isso, com essas breves considerações, embora, evidentemente, merecendo todo o respeito aqueles que pensam de maneira diversa, o Eminentíssimo Ministro Mosimann e os Eminentíssimos Ministros Athos Carneiro e Sálvio de Figueiredo, continuo ainda convencido desse posicionamento.

Acompanho, portanto o ilustre Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.857 — SP — (90.0013400-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrida: Ind. de Seda Rivaben S/A. Advogados: Drs. José Ramos Nogueira Neto e outros e José Luiz Matthes e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hélio Mosimann conhecendo do recurso para dar-lhe provimento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe negou provimento. (2ª Turma, em 16.09.91)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

RECURSO ESPECIAL Nº 7.083 — RS
(Registro nº 90.0014210-5)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Bradesco Leasing S/A — Arrendamento Mercantil*

Recorrido: *Expresso SS Ltda.*

Advogados: *Drs. Júlio Cezar Abrunhoza de Barros e outros e André Roberto Mallmann e outros*

EMENTA: Citação — Ausência — C.P.C., art. 215, § 1º.

Ausente, no sentido desse dispositivo da lei processual, é aquele que não se encontra no local em que normalmente deveria ser procurado para a citação.

Tendo domicílio certo e conhecido, aí deverá ser essa diligenciada. Não se justifica a citação na pessoa do gerente apenas por ter sido a ação ajuizada em comarca diversa daquela em que domiciliado o réu.

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, 28 de junho de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Nos autos de consignatória em pagamento, movida por Expresso SS Ltda. contra Bradesco Lea-

sing S/A, Arrendamento Mercantil, discute-se a validade da citação na pessoa do gerente da agência. Repousa a afirmativa da nulidade da citação em “não possuir o gerente da agência poderes para representá-la” e em não se poder confundir o Banco Bradesco S/A com a ré “que possuem CGC e estatutos diferentes.”

A Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, à unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, em decisão assim ementada:

“Ação de consignação em pagamento. Contrato de arrendamento mercantil. Discussão a respeito do reajuste de prestações em decorrência do congelamento determinado pelo Plano Verão. Citação feita na pessoa do gerente da agência do banco comercial. Alegação de nulidade de citação, por não possuir o gerente poderes para representar a arrendante. Nulidade reconhecida. Agravo interposto tempestivamente, entendendo válida a citação e pedindo a declaração de revelia. Validade da citação da demandada na pessoa do gerente do banco comercial. Interpretação da regra do artigo 215, §1º, do Código de Processo Civil. Embora sendo a demandada e o banco pessoas jurídicas distintas, pertencem ao mesmo conglomerado. Teoria da aparência ou dos *disregard*, admitindo a legitimação passiva do banco comercial, mesmo sendo diferentes as pessoas jurídicas, que se utilizam do mesmo prédio e dos mesmos funcionários, invocada ao caso para admitir como válida a citação do gerente que participou das tratativas e efetivou o negócio, tendo, inclusive, em nome da arrendante, assinado notificação para que fosse efetivado o pagamento de prestações, em prazo determinado, sob pena de rescisão do contrato. Sendo válida a citação, foi a contestação apresentada fora do prazo. Efeito da revelia, entretanto, deve ser examinado quando do julgamento da ação. Agravo provido.”

Foi interposto recurso especial, com base no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, pretendendo-se ter havido negativa de vigência da lei federal e dissídio jurisprudencial, afirmando-se não caber invocação do art. 215, § 1º, do CPC.

O Presidente do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, entendendo diversas as interpretações dadas ao art. 215, § 1º, do C.P.C., admitiu o recurso, subindo os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Citação — Ausência — C.P.C., art. 215, § 1º.

Ausente, no sentido desse dispositivo da lei processual, é aquele que não se encontra no local em que normalmente deveria ser procurado para a citação.

Tendo domicílio certo e conhecido, aí deverá ser essa diligenciada. Não se justifica a citação na pessoa do gerente apenas por ter sido a ação ajuizada em comarca diversa daquela em que domiciliado o réu.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Salientou o acórdão que o contrato, a cujo propósito se litiga, fora firmado na agência local do Banco Bradesco S/A e seu gerente participou das tratativas e efetivou o negócio. Ele também foi quem subscreveu a notificação dirigida ao autor da ação. A citação poderia ser feita em sua pessoa, tendo em vista o disposto no artigo 215, § 1º, do Código de Processo Civil.

Demonstrou-se suficientemente o dissídio com julgado do Egrégio Tribunal do Estado da Bahia que consignou não ser possível aplicar-se aquela norma legal, tratando-se de pessoa jurídica. É o que basta para que se conheça do recurso.

Admitiu o acórdão que, pertencendo o gerente do Banco ao mesmo conglomerado financeiro integrado pela recorrente e encarregando-se, de fato, de sua representação, era de ser tido como gerente desta. Face à ausência do citando, incidira o mencionado artigo ao Código de Processo Civil.

Tenho como aceitável a primeira parte das colocações feitas; não, entretanto, a segunda. Não me parece que se configure a ausência do réu, de maneira a ensejar que a citação se faça nos termos pretendidos.

Para que se tenha o réu como ausente, não basta que não se encontre na sede do Juízo em que proposta a ação. Sendo certo e conhecido seu domicílio, aí deverá ser procurado para a citação. Não poderá ser tido como ausente, se lá mesmo se encontra. A propósito do tema escreveu MONIZ DE ARAGÃO:

“Não basta que o citando não seja momentaneamente encontrado e tampouco que não o seja por ter domicílio certo e conhecido em outro lugar”. Comentários ao C.P.C., Forense, 1ª ed., vol. II, p. 179.

Esta, a meu ver, a boa doutrina. Ausente, no sentido do dispositivo em exame, é aquele que não se encontra no local em que normalmente deveria ser procurado para a citação. No caso, isso não se verificava.

Conheço do recurso, pelas letras *a* e *c*, e dou-lhe provimento para restabelecer a decisão de primeiro grau.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, acompanho o Eminentíssimo Ministro-Relator, porque o acórdão está mal fundamentado. No caso, deve ser tomada como base para decidir a teoria da aparência, pois se trata de um conglomerado financeiro e certamente o gerente do banco foi quem contratou a operação. Mais do que isso, a parte é um banco múltiplo, com uma só denominação, englobando todas as suas empresas.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.083 — RS — (90.0014210-5) — Rel.: Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Bradesco Leasing S/A — Arrendamento Mercantil. Recdo.: Expresso SS Ltda. Adv.: Drs. Júlio Cezar Abrunhoza de Barros e outros e André Roberto Mallmann e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (28.06.91 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 7.178 — SP

(Registro nº 91.0000258-5)

Relator: *Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Citibank N. A.*

Recorridos: *Antonio Accurti e outros*

Advogados: *Drs. José Rubens S. M. de Campos e outros, e Sérgio Marques da Cruz e outros*

EMENTA: Agravo de Instrumento — Retratação — Remessa dos autos ao segundo grau — C.P.C., artigo 527, § 6º.

No julgamento do agravo deverão ser apreciadas todas as alegações relevantes deduzidas pelo primitivo agravante, ainda que uma delas haja sido rejeitada ao exercer-se o juízo de retratação.

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, 13 de agosto de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Em ação indenizatória, promovida por Antonio Accurti e outros contra o Citibank N. A., o MM. Juiz de Direito da 30ª Vara Cível, do Foro Central da Comarca de São Paulo, deferiu “o recolhimento da primeira parcela da taxa judiciária a final, de acordo com o art. 4º, § 4º, da Lei Estadual nº 4.952, de 27.12.85”. Com o agravo de instrumento, pretendeu-se fosse recolhido desde logo “e sob as sanções do art. 257, do CPC”, entendendo-se não enquadrado o pleito nas exceções da lei referida. De qualquer sorte, seria esta inconstitucional.

O julgado de primeiro grau reformou a decisão, determinando o recolhimento, no prazo de cinco dias. A pedido dos agravados subiram os autos ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

A Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, deu provimento ao agravo para permitir o diferimento. Entendeu-se estar a ação “fundamentada no art. 159 do Código Civil (...) e da inicial se deduziu que resultou não de relação direta do banco com o cliente, mais, sim, de danos causados aos autores por atos ilícitos praticados por alegado preposto ou pessoa de confiança do banco”; daí “a figura da responsabilidade do banco, **extracontratual** (...) suficiente para autorizar o diferimento legal”.

Interpostos embargos declaratórios, por votação unânime, foram rejeitados os da parte ré e recebidos os dos autores, fls. 136/138. Adveio recurso especial, indeferido, “sem prejuízo da formação do instrumento de relevância da questão federal”, fls. 169; desdobrado o recurso em extraordinário e especial, este foi admitido. Foi alegada negativa de vigência aos seguintes artigos do CPC: 527, § 6º, e 515, § 2º, por não apreciada a inconstitucionalidade da Lei Estadual 4.952/85, 535, II, 19, *caput*, e 257.

Contra-arrazoado o recurso especial, subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Agravo de Instrumento — Retratação — Remessa dos autos ao segundo grau — C.P.C., artigo 527, § 6º.

No julgamento do agravo deverão ser apreciadas todas as alegações relevantes deduzidas pelo primitivo agravante, ainda que uma delas haja sido rejeitada ao exercer-se o juízo de retratação.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Concedido diferimento, para que fosse paga taxa judiciária, agravou o réu, alegando que não se verificara qualquer das hipóteses em que, segundo a lei estadual, isso seria admissível. De qualquer sorte, essa lei seria inconstitucional. Excercendo juízo de retratação, o MM. Juiz reformou a decisão. Repeliu o argumento de inconstitucionalidade mas entendeu que, realmente, não se realizara o suposto normativo, a autorizar o recolhimento do tributo, em fase posterior do processo. Valendo-se da faculdade prevista no artigo

527, § 6º, do C.P.C., pediu o agravado a subida dos autos ao Tribunal, sendo a decisão reformada. A Corte, para assim decidir, limitou-se a examinar o argumento acolhido em primeiro grau. Não considerou a alegação de inconstitucionalidade. E rejeitou pedido de declaração, com fundamento em que aquela argüição não estava em julgamento. Este haveria de referir-se apenas à matéria que, em primeiro grau, fora desfavorável aos agravantes que, por força da retratação, eram os primitivos agravados.

Com a devida vênia, discordo do sustentado no acórdão que decidiu os declaratórios. Afirmou o ora recorrente a inaplicabilidade do questionado benefício com base em dois argumentos. Ambos hão de ser examinados. Não procede a argumentação de que apenas a questão pertinente à inaplicabilidade da lei à hipótese estaria em causa. O primitivo agravante, modificada a decisão em primeiro grau, não tem outra oportunidade de manifestar-se. Nem isso se justificaria. Suas razões de agravante passam a operar como se de agravado fossem. E nelas explicitamente invocou-se o argumento da inconstitucionalidade.

Afirmam os recorridos que cumpriria ao recorrente agravar a decisão que, embora lhe sendo favorável, rejeitara um dos fundamentos deduzidos no agravo. Não têm razão. A decisão atendera-os inteiramente e nenhum proveito prático poderiam tirar do recurso. Faltava-lhes interesse de recorrer.

Conheço do recurso, por violação do disposto no artigo 535, II, do C.P.C., pois o acórdão deixou de suprir omissão que realmente existia, e dou-lhe provimento para que outro julgamento seja proferido, apreciando a alegação de inconstitucionalidade.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.178 — SP — (91.0000258-5) — Rel.: Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Citibank N. A. Recdos.: Antonio Accurti e outros. Advs.: Drs. José Rubens S. M. de Campos e outros, Sérgio Marques da Cruz e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (3ª Turma — 13.08.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

RECURSO ESPECIAL Nº 7.259 — CE
(Registro nº 91.0000397-2)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Rádio Jornal do Brasil Ltda.*

Recorrido: *TV Cidade de Fortaleza Ltda. e outro*

Advogados: *Carlos Henrique de Carvalho Froes e outros, e Joaquim
Jair Ximenes Aguiar e outro*

EMENTA: MARCA REGISTRADA DE SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO. EXCLUSIVIDADE GARANTIDA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL, ARTIGO 59 DO CPI. MARCA 'RÁDIO-CIDADE'.

Registrada pela autora a marca "RÁDIO-CIDADE", como nominativa de seus serviços prestados através de várias emissoras radiofônicas, tal marca, caracterizada pela *união das duas expressões*, não pode ser utilizada integrando o nome comercial de outras radiodifusoras, em todo o território do país.

O uso isolado da palavra 'Cidade' não está todavia defeso na composição do nome comercial de emissora de televisão.

Recurso especial conhecido, e em parte 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 dar-lhe parcial 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, Barros Monteiro e Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ações pelo procedimento ordinário, reunidas por prevenção, ajuizadas por RÁDIO JORNAL DO BRASIL LTDA. contra RÁDIO CIDADE DE FORTALEZA LTDA. e TV CIDADE DE FORTALEZA LTDA., e reconvenção desta, julgadas improcedentes no juízo monocrático (fls. 73/80).

Apreciando a apelação da autora-reconvinda, a eg. 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, reportando-se a acórdão proferido pelo extinto TFR em apelação envolvendo as mesmas partes, negou provimento ao recurso sob a ementa seguinte:

“O USO DO NOME COMERCIAL que, em combinação, contenha uma única palavra já objeto de registro por outrem em cidade integrante de região distinta e longínqua, não sofre qualquer vedação, ainda mais quando, por tais condições, não se possa cogitar de erro, dúvida ou confusão.” (fls. 119/123).

Irresignada, manejou RÁDIO JORNAL DO BRASIL LTDA. recurso especial, fundamentado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando contrariedade aos artigos 59, 65, nº 17, do Código de Propriedade Industrial e 175, I e II, do D.-lei nº 7.903/45, além de divergência do acórdão recorrido com arestos do extinto TRF, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara. Sustenta, em síntese, que na qualidade de detentora da marca “RÁDIO-CIDADE”, tem o direito de impedir o seu uso por terceiros posto que “o registro de marca lhe garante a propriedade e o uso exclusivo no **território nacional**” (grifo do original — fls. 125/131).

Admitido o recurso na origem (fls. 154/155), subiram os autos a este STJ, com contra-razões (fls. 143/152).

Opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo não provimento do recurso especial (fls. 162/164).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): O v. aresto recorrido está assim fundamentando:

“No mérito, pertinente ao recurso intentado pela autora e que ora se aprecia, a insubsistência das razões oferecidas e que

atacam a solução que se deu à lide, já resulta de muito antes, muito mais pelas lúcidas ponderações jurídicas contidas no parecer da Subprocuradoria-Geral da República, opinando no Recurso de Apelação Cível nº 88.337 interposta pela ora Autora, irresignada com a sentença proferida nos autos de Ação Ordinária de Anulação de Registro, em que, inversamente, era autora a TV Cidade de Fortaleza, a ré a Rádio Jornal do Brasil Ltda.

O equilíbrio do parecer aludido, fez com que, ao apreciar o recurso interposto, a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, adotando-o integralmente e embora fosse objeto da ação a anulação do registro antes conferido à ora apelante Rádio Jornal do Brasil, se mostrasse inconstante diante da necessidade de registrar que, mesmo dando provimento ao recurso intentado por esta, para declarar a validade do registro da marca padecia de poderes para impedir que a ora apelada pudesse utilizar em seu nome comercial a expressão Rádio Cidade Fortaleza.

É que — e assim está assentado no parecer e no corpo do acórdão proferido pela 4ª Turma do TRF, consoante xerocópias que repousam às fls. 182/194 dos autos não tem a ré (aqui autora) o direito de impedir que outras empresas de radiodifusão utilizem a palavra CIDADE em novas combinações que se distinguem suficientemente da marca por ela registrada, ainda mais quando a reprodução que se tem como proibida é aquela capaz de induzir o consumidor em erro, dúvida ou confusão quanto à origem do produto.

Acrescentou-se, ainda, no acórdão proferido que, tanto mais não podia a ora autora impedir o uso da expressão Rádio Cidade de Fortaleza, e, por extensão, TV Cidade de Fortaleza, compreende-se, na medida em que tais empresas transmitem em faixas distintas e operam em quilociclos não coincidentes, “apresentando programas direcionados a públicos diversos, com gostos, costumes e hábitos próprios, pelo que dificilmente, seriam confundidas” (fls. 189).

Foi exatamente essa a orientação seguida na sentença recorrida, que findou por concluir que, consoante entendimento do próprio STF “o nome comercial de um estabelecimento tem sua influência adstrita à região onde é exercida a sua atividade”, inexistindo a confusão, pela sua simples localização diferente.” (fls. 122/123).

Como vemos, o v. aresto impugnado escuda-se basicamente no parecer do Ministério Público Federal oferecido na ação de anulação do registro da marca “RÁDIO CIDADE”, em que foi autora a ora ré “TV CIDADE DE FORTALEZA LTDA.” e ré ora autora “RÁDIO JORNAL DO BRASIL LTDA.”, demanda esta julgada improcedente em v. acórdão do antigo TRF, relator o em. Min. CARLOS MÁRIO VELLOSO, porém com a afirmativa, lançada no parecer incorporado à motivação, de que “Não nos parece, assim, que a ré possa impedir a autora de utilizar em seu nome comercial, ou como marca de serviço, a expressão RÁDIO CIDADE DE FORTALEZA, já que essas empresas de radiodifusão transmitem em faixas distintas e operam em quilociclos não coincidentes, apresentando programas direcionados a público diverso, com gostos, costumes e hábitos próprios, pelo que dificilmente seriam confundidas.” (fls. 57).

Necessário aqui sublinhar, prefacialmente, que os limites objetivos da coisa julgada não alcançam “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (CPC, art. 469, I).

2. De mérito, põe-se como fato basilar para a composição da lide o de que a expressão “RÁDIO-CIDADE” foi registrada pela autora como marca de serviço, a teor do artigo 61, 3), da Lei 5.772, de 21.12.71 — Código de Propriedade Industrial, para a especificação de seus serviços de “radiodifusão”, e isso “sem direito ao uso exclusivo da expressão ‘Rádio’ (fls. 11/12). A validade de tal registro, questionada ante o uso de palavra comum como ‘CIDADE’ foi impugnada na via jurisdicional pela ora ré “TV CIDADE DE FORTALEZA LTDA.”, e, como vimos, resultou ao final mantido o registro.

Ora, mantido o registro, incide a norma do artigo 59 da citada Lei 5.772/71, pela qual “será garantida **no território nacional** a propriedade da marca e o seu **uso exclusivo** àquele que obtiver o registro de acordo com o presente Código, para distinguir seus produtos, mercadorias **ou serviços**, de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade” (grifos nossos).

Registrada uma marca, não pode, pois, outra empresa industrial, comercial ou de serviços, utilizá-la na composição de seu nome comercial, em havendo similitude de atividades (Lei 4.726, de 13.07.65, art. 49), ou para “todas as classes”, em se cuidando de marca notória (CPI, art. 67). E a proteção aplica-se **no território nacional**, como está no próprio texto da lei, embora quiçá, *lege ferenda*, tal ampla proteção possa ser em certos casos menos adequada em país de dimensões continentais. Esta

observação, contudo, é menos pertinente no caso concreto, em que a autora expande sua rede de emissoras no território nacional, como se vê de fls. 13 e fls. 15.

O v. aresto, destarte, contrariou os artigos 59 e 65, nº 17, do Código de Propriedade Industrial.

3. Encontro, outrossim, dissídio com os arestos colacionados como paradigma, máxime o anotado a fls. 132, do antigo TFR na Ap. Cível 10.344, rel. o em. MIN. AMARÍLIO BENJAMIN, em cuja ementa lê-se: “O titular de marca registrada pode impedir o seu uso por terceiros, seja na atividade industrial, seja na composição do nome de empresa”.

4. Impende, todavia, apreciar questão não abordada com suficiente ênfase nos autos, embora implícita em todo o debate. É que a marca objeto da tutela é a expressão composta “RÁDIO-CIDADE”. Cuida-se de marca nominativa, e embora o uso exclusivo não se aplique, como está no registro, à palavra ‘Rádio’ (fls. 11), disso não se segue que esteja igualmente sob tutela o uso **isolado** da expressão ‘Cidade’. Em assim sendo, defeso é o uso do nome comercial “RÁDIO CIDADE DE FORTALEZA LTDA.”, mas não encontro impedimento jurídico ao uso do nome comercial “TV CIDADE DE FORTALEZA”, onde a expressão composta ‘Rádio-Cidade’ não se encontra. Aliás, neste último caso não se cuida sequer de serviços de ‘radiodifusão’, mas de serviços de televisão, nos quais o elemento ‘imagem’ constitui o fundamental da comunicação.

Pelo exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas e ao mesmo dou parcial provimento, para julgar procedente a ação ajuizada contra a RÁDIO CIDADE DE FORTALEZA LTDA., mantida, pelos motivos supra expendidos, a decisão de improcedência da demanda ajuizada contra a TV CIDADE DE FORTALEZA LTDA., com os ônus de sucumbência como o direito.

É o voto.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, acompanho V. Exa. na integralidade do seu voto. Esta matéria — registro de marca — já foi objeto de julgamento nesta Turma, no Recurso Especial nº 3.230, de que fui relator, quando ficou constando como ementa:

“No estágio atual da evolução social, a proteção da marca não se limita apenas a assegurar direitos e interesses meramente individuais, mas a própria comunidade, por proteger o grande público, o consumidor, o tomador de ser-

viços, o usuário, o povo em geral, que melhores elementos terá na aferição da origem do produto e do serviço prestado.

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

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

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

Tenho para mim que assiste inteira razão à recorrente quando diz da distinção entre marca e nome comercial e, também, quanto ao dispositivo do art. 59, do Código específico, que impõe a abrangência, em todo o território nacional, do registro da marca. A meu sentir, a expressão “Rádio Cidade”, poderia levar a população a confundir aquela emissora com outra de semelhante denominação, mesmo que colocada em outra região do País, indicando que pertenceria ao mesmo grupo de divulgação.

Acompanho, por inteiro, o voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, conquanto a marca em questão contenha palavra de domínio público, a verdade é que a impugnação formulada pela recorrida, quanto ao registro da mesma marca, mereceu a rejeição por parte do órgão competente.

Nestes termos, Sr. Presidente, entendendo também que há possibilidade, no caso, de confusão em relação ao nome da emissora de rádio, acompanho o voto de V. Ex^a, com os adinículos ora trazidos pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, qualquer alegação que buscasse apoio no artigo 65, IX (o mais apropria-

do para respaldar alguma objeção), e que aludisse a nome ou indicação de lugar de procedência, estaria afastada, no caso presente, até mesmo em razão de coisa julgada, porquanto na apelação julgada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos a parte (agora ré) pleiteou a anulação desse registro e não a obteve, sendo, como salientou V. Exa., destituído de maior relevo o adminículo concernente a considerações de ordem meramente ocasional, constante do d. voto condutor do acórdão.

Por outro lado, o artigo 59 do Código de Propriedade Industrial está, de fato, em causa. E notadamente, em tema de radioemissora, parece de toda evidência que a proteção da marca legitimamente registrada em todo o Território Nacional é imposição inarredável, não se podendo admitir a limitação de sua eficácia apenas a trecho do território do país.

Acompanho, portanto, o d. voto de V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.259 — CE — (91.0000397-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Rádio Jornal do Brasil Ltda. Recorridos: TV Cidade de Fortaleza Ltda. e outro. Advogados: Carlos Henrique de Carvalho Froes e outros; Joaquim Jair Ximenes Aguiar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (4ª Turma — 12.08.91)

Votaram com o relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

Sustentaram, oralmente, os Drs. Carlos Henrique de Carvalho Froes, pela Recorrente, e Joaquim Jair Ximenes Aguiar, pelos Recorridos.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.064 — PR (Registro nº 91021105)

Relator: *O Exm^o Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Adélia Ortega dos Santos*

Recorrido: *Banco Real S/A*

Advogados: *Drs. Romeu Saccani e outros e Júlio Barbosa Lemes Filho e outros*

EMENTA: Caderneta de poupança. Rendimentos de janeiro/89. Medida Provisória nº 32/Lei nº 7.730/89. Legitimidade passiva do banco depositário. É o banco parte legítima para a causa, porquanto o contrato de depósito o vincula ao despositante. Recurso especial conhecido pelo dissídio 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, em 07 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação ordinária proposta por depositante em caderneta de poupança contra o Banco Real S.A., inconformada com os rendimentos creditados em sua conta no mês de janeiro do ano de 1989. A sentença julgou o pedido procedente. Entendeu que a Lei nº 7.730/89, em que se convertera a Medida Provisória nº 32/89, não atingiu a conta da autora (“... já contava com o direito adquirido para receber a correção do mês de janeiro de 1989, de conformidade com as regras em vigência até então,...”). Mas o acórdão, provendo a apelação, deu pela ilegitimidade passiva do Banco, conforme esta ementa:

“Ação ordinária — Depósito em caderneta de poupança — Atualização dos saldos em Obrigações do Tesouro Nacional substituídas pelo índice de preços ao consumidor — Medida provisória convertida em lei e que alterou a for-

ma de correção — Ilegitimidade passiva do apelante — Posição da União.

Proposta nominada ação ordinária colimando manter, como forma de atualização do saldo de caderneta de poupança da apelada, a evolução das Obrigações do Tesouro Nacional, substituídas pelo Índice de Preço ao Consumidor, e não aquela determinada pela Medida Provisória nº 32, convertida em Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989, evidente a ilegitimidade passiva do apelante, mera associação de poupança e empréstimo (Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966) certo que, nos termos do artigo 22, XIX, da Constituição da República Federativa do Brasil, compete, privativamente, à União legislar sobre 'sistemas de poupança, captação e garantia da poupança particular'.

Conseqüentemente, editada uma Medida Provisória (artigo 62, da Carta Magna), transformada em lei, regulando de outra forma a correção dos saldos das cadernetas de poupança, a ação que vise isso obstaculizar terá que ser dirigida contra a União, pessoa jurídica de direito público interno (artigo 18, da Lei Maior), podendo o apelante, quando muito, figurar como litisconsorte, sujeito isso, por evidente, à apreciação judicial.

Recurso provido.”

Veio aos autos o recurso especial, pela alínea c, art. 105-III, colacionando a autora julgados para os quais o banco fora havido como parte legítima, em casos assemelhados, recurso assim admitido pelo Presidente Abrahão Miguel:

“Acena a recorrente com dissídio jurisprudencial com julgados de outros tribunais, cujas cópias xerográficas acostou à peça recursal, tendo em vista que o aresto increpado entendeu ser a instituição bancária parte passiva ilegítima enquanto os acórdãos colacionados, que tratam de casos idênticos, segundo sustenta, claramente se orientam em sentido oposto, qual seja, o de considerar os estabelecimentos creditícios portadores da *legitimatío ad causam*.

Impressionou-me a divergência pretoriana sustentada pela recorrente, pois, segundo penso, é flagrante o conflito entre o decidido pelo acórdão atacado e as conclusões contidas nos arestos paradigmas.

Enquanto este Tribunal se posicionou pela ilegitimidade passiva do estabelecimento bancário, apontando a União como pólo passivo deste tipo de ação, os acórdãos trazidos como dissidentes asseveram a legitimidade passiva do agente financeiro.

Ante o exposto, entendendo configurado o dissídio de jurisprudência, ousou admitir o recurso especial.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Realmente, a exemplo do despacho de origem, é evidente o dissenso com os arestos citados, entre os quais, o referente à AC-590017380, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (6ª Câmara Cível), com essa ementa, no ponto em causa: “Caderneta de poupança. Postulação atinente aos rendimentos de janeiro de 1989. Medida Provisória nº 32/89. Legitimidade passiva do banco para a demanda”. Em seu voto, afirmou o Des. Fernando Koch:

“A questão da ilegitimidade de parte passiva e o pedido de denunciação à lide da União, foram, igualmente, corretamente decididos. O banco é parte legítima para a demanda, pois que o contrato, atinente à caderneta de poupança, vincula os autores e o demandado. Este é quem procede a captação do dinheiro e o administra. O fato das regras disciplinadoras do investimento serem elaboradas pelo Conselho Monetário Nacional não desconfigura a legitimidade passiva do banco. Não significa, por outro lado, que a ação devesse ser dirigida contra o Banco Central ou contra a União, os quais, no caso, nenhum vínculo têm com os autores.”

Conheço, pois, do recurso especial, e adiro à posição do acórdão divergente. Neste Tribunal superior temos examinado casos com tese jurídica idêntica à destes autos, envolvendo os diversos planos econômicos, sempre com banco, ou instituição financeira, num dos pólos da relação processual. Mais a mais, a espécie, qual a colocação que lhe atribuiu a petição inicial, é perfeitamente examinável nestes autos para se atingir provimento de mérito, como procedeu a sentença.

Dou provimento ao recurso especial, a fim de que, afastada a preliminar então acolhida, o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação, como for de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.064 — PR — (91021105) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Adélia Ortega dos Santos. Recorrido: Banco

Real S/A. Advogados: Drs. Romeu Saccani e outros e Júlio Barbosa Le-
mes Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial
e lhe deu provimento (3ª Turma, 07/05/91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias
Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o
Sr. Ministro NILSON NAVES.



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL

Nº 8.100 — SP

(Registro nº 90.0003537-6)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Embte.: *Bolsa Mercantil e de Futuros*

Embdo.: *V. Acórdão de fls. 244*

Advogados: *Drs. Roberto Quiroga Mosquera e outros*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

**1. Ausência de dúvida ou omissão a ser esclare-
cida ou suprida.**

2. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por una-
nimidade, rejeitar os embargos de declaração, na forma do relatório e
notas taquigráficas constantes dos autos e que ficam fazendo parte inte-
grante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de outubro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: BOLSA MERCANTIL E DE FUTUROS interpõe embargos de declaração contra v. acórdão assim ementado (fls. 244):

“CIVIL E COMERCIAL. DEFLATOR (TABLITA). “PLANO BRESSER” (DECRETOS-LEI 2.335, 2.336 e 2.337/87). MERCADO DE CONTRATOS FUTUROS.

1. Inadmissibilidade da aplicação do deflator por obra de mero ofício circular expedido pela recorrente, de modo a antecipar a vigência do Decreto-lei 2.337/87.

2. Recurso especial não conhecido.”

A embargante resume sua pretensão recursal nos seguintes termos (fls. 261/264):

(a) — a controvérsia diz respeito a Recurso Especial onde, a par de se alegar negativa de vigência aos arts. 13 e 14 do Decreto-lei 2.335/87 e art. 2º do Decreto-lei 2.337/87, se deixou assente ter a Embargante agido no cumprimento de ordens insuperáveis da Administração Pública, consubstanciando hipótese do chamado fato do príncipe;

(b) — a realidade de tal argüição está presente na petição de Recurso, não só com citação de precedente do E. Tribunal de Justiça de São Paulo onde a questão foi enfrentada, como também em observações constantes do arrazoado, além de representar matéria prequestionada desde a contestação;

(c) — no entanto, *data venia*, o v. acórdão embargado deixou de se manifestar sobre a questão, incorrendo em omissão, dando azo à articulação destes Embargos de Declaração, com fundamento no art. 535, II, do CPC;

(d) — a jurisprudência de nossos Tribunais, inclusive do Pretório Excelso e desse C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é no sentido de que possam tais Embargos de Declaração modificar o resultado anteriormente proclamado, acaso acolhidos, desde que, sanada a omissão, essa deva ser a conseqüência; aliás, caso assim não se entenda, pouca valia terão os Embargos de Declaração.

(e) — a Embargante, ao aplicar o fator de deflação a todos os contratos em aberto em 12 de junho de 1987, apenas cumpriu determinação cogente de órgãos governamentais, especialmente, Banco Central do Brasil, referendada pela Comissão de Valores Mobiliários. Determinação esta transmitida, inclusive, por “telex”;

(f) — ao aplicar o fator de deflação, a Embargante agiu com a devida prudência e cautela e tal incidência foi feita em todos os contratos em aberto, na observância do princípio da perfeita igualdade de tratamento a todos os contratantes;

(g) — na análise da mecânica dos negócios realizados em Bolsa, se verifica que o fundamental é a existência, no final de cada dia, encerrando o pregão, do equilíbrio em relação aos direitos e obrigações de todos os contratos “comprados” e de todos os “vendidos”, correspondendo a cada contrato “comprado” um “vendido”;

(h) — daí porque, na conformidade das posições dos contratos em aberto, no final de cada dia, há a obrigação do pagamento dos “ajustes diários”, cabendo à Embargante, apenas, receber tais ajustes das posições perdedoras e pagar, correspondentemente, esses mesmos ajustes às posições ganhadoras;

(i) — portanto, ao fim de cada pregão, o montante pago a título de ajuste pelas posições perdedoras tem que ser exatamente igual ao valor recebido a esse mesmo título pelas posições ganhadoras, assumindo, inclusive, a BOLSA débito de algum inadimplente sendo que o detentor de posição comprada desconhece quem possui posição vendida e vice-versa.

(j) — o fato do príncipe esta presente na determinação imposta pelo Banco Central do Brasil, inclusive, transmitida por telex e referendada pela Comissão de Valores Mobiliários, no sentido de aplicar o fator de deflação a todos os contratos em aberto em 12.6.1987;

(k) — agiu a Embargante, pois, no respeito ao fato do príncipe e no estrito cumprimento de dever legal;

(l) — o fato do príncipe, conforme se demonstrou no decorrer desta petição, representa um dos principais casos de força maior, pois se trata de fato irresistível a excusar qualquer culpa e esta, acaso existente, *ad argumentandum*, teria sido praticada pelo Poder Público, o único responsável pela exteriorização da ordem ou determinação.”

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhores Ministros, alega a embargante, em síntese, que o v. acórdão omitiu apreciação da ocorrência de fato do príncipe, porquanto, ao aplicar o deflator, a embargante não obrou com culpa ou *contra legem*; mas sim, em atendimento ao comando do legislador federal e à determinação do Banco Central.

Contudo, do voto que proferiu no v. aresto embargado, com a unânime adesão de meus doutos Pares, colho o seguinte tópico (fls. 240/241), *verbis*:

“Esta Corte, aliás, por sua Terceira Turma, em acórdão de 12.06.90 proferido no Agravo Regimental interposto no Agravo de Instrumento nº 3.406, de que foi Relator o Senhor Ministro WALDEMAR ZVEITER, decidiu na consonância desta ementa (DJU, 13.08.90):

“AGRAVO REGIMENTAL — NORMA REGULAMENTAR — EFEITO RETROATIVO — TABLITA (DEFLATOR).

I — Decreto-lei que expressamente estendeu a aplicação do deflator às obrigações oriundas do mercado de capitais. Não há como emprestar efeito retroativo à norma quando esta de si mesma regulou a matéria.

II — Recurso conhecido e não provido.”

O d. voto condutor do aresto expõe:

“Todavia, demonstra o contrário o despacho de fls. 203, eis que diz:

“Com efeito, o artigo 13 do Decreto-lei 2.335/87 com a redação do Decreto-lei 2.336/87 não se aplicava aos contratos futuros em bolsa, sendo que, o artigo 16 expressamente delegava ao Conselho Monetário Nacional a adaptação aos mercados financeiros e de capitais. Somente em 18.06.87, com o advento do Decreto-lei 2.337 é que foi estendida a aplicação do deflator a obrigações contratuais com a dos autos”.

Não há, por conseguinte, argumentar com o caráter meramente interpretativo da norma posteriormente editada, certo que, disciplinada a matéria pelo subseqüente Decreto-lei 2.337, não se há de admitir a aplicação da regra nela contida por obra de mero ofício circular expedido pela recorrente, de modo a

antecipar a vigência de decreto-lei ainda inexistente a fato anteriormente ocorrido.

Ante o exposto, não se podendo imputar ao acórdão recorrido a infringência das normas dadas por vulneradas, desde que editadas somente após a ocorrência do fato ensejador da demanda, não conheço do recurso.”

Assim, tendo o v. acórdão concluído pela inexistência de norma legal autorizativa da deflação consumada, descabia, por incongruente, qualquer consideração sobre o chamado *fait du prince*.

Por outro lado, a questão ora suscitada (fato do príncipe) não mereceu enfrentamento por parte do v. acórdão que julgou a apelação, tendo transcorrido *in albis* o prazo para oposição de embargos declaratórios. E não foi enfrentada porque nunca fora suscitada.

Ante o exposto, tenho como nítido o caráter de infringência dos presentes embargos, ante a manifesta ausência, no v. acórdão, de dúvida ou omissão a ser esclarecida ou suprida.

Eis porque os rejeito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

EDcl no REsp nº 8.100 — SP — (90.0003537-6) — Rel.: O Senhor Ministro Bueno de Souza. Embte.: Bolsa Mercantil e de Futuros. Embdo.: V. Acórdão de Fls. 244. Advogado: Drs. Roberto Quiroga Mosquera e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração (em 08.10.10 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.259 — SP

(Registro nº 91.0002570-4)

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: *Robson Claudinei Gaspar ou Paulo Roberto Gaspar*
Advogado: *Dr. Silvio Artur Dias da Silva*

EMENTA: PENAL. ROUBO. VIOLÊNCIA À PESSOA.

***Trombada.* Tal modalidade de assalto urbano, ainda que levíssima a lesão corporal resultante, e discreta a diminuição da resistência da vítima, classifica-se como roubo, e não como simples furto. Precedentes do STF.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para restabelecer integralmente a sentença de primeiro grau, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Com base na divergência jurisprudencial aduzida, trata-se de recurso especial do Ministério Público, irresignado com a decisão apelatória, de desclassificação do crime, pelo qual foi condenado o recorrido, de roubo (art. 157, § 2º, II, do Cód. Penal) para o de furto qualificado (art. 155, § 4º, IV). Colecionam-se acórdãos do STF, afirmativos de que:

“Crime de roubo. Violência física. Art. 157 do Código Penal. A violência física, caracterizadora do crime de roubo, consiste no emprego de força sobre a vítima, tolhendo a liberdade de seus movimentos como meio para a subtração da coisa, não sendo necessário ocorra lesão corporal, bastando a via de fato. Recurso extraordinário criminal conhe-

cido e provido”. (RE 103.239-1-SP, 1ª Turma, rel. Min. RAFAEL MAYER, j. 18.12.84, v.u., DJU 15.2.85, p. 1.274).

“Crime de roubo. Violência física. Art. 157 do CP. Caracteriza-se o crime de roubo com violência física quando são arrancados da vítima objetos presos a seu corpo, ainda quando esse arrebatamento se faça por ação rápida e sem que haja necessariamente lesão corporal”. (RE 115.647-3-SP, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 13.12.88, Revista dos Tribunais, 647/382).” — fls. 96/97.

Do acórdão recorrido, lavra do **Juiz Alceu Machado**, 12ª Câmara do TACr-SP, destacar-se-iam, à base da divergência, estas considerações:

“Trombada” em grupo, como a descrita pela vítima e corroborada por sua acompanhante, é ação por demais conhecida, já apelidada de “arrastão”, tendo até sido objeto de filmagem por repórteres de televisão.

Trata-se de ataque sincronizado, para mais desnortear a vítima ou para garantir a rapina, se não conseguida na primeira investida.

Não é sequer razoável pretender, no caso, ações isoladas, sem vínculo psicológico, sem combinação de vontades, sem ajuste prévio.

No que respeita, contudo, à classificação do delito, tem-se por melhor a figura do furto.

É grande a divergência sobre a classificação da chamada “trombada”.

Decorre isso, principalmente, da preocupação em que a pena não seja desmesurada em relação ao fato delituoso.

Assim é que se tem entendido que o esbarrão, ligeiro toque, a provocação de pequeno desequilíbrio, o arrancamento de finas e frágeis correntes de adorno, não tipificam roubo, mas furto.

É que não parece possível reconhecer, nesses casos, violência contra a pessoa.

A vítima não descreveu, seja no flagrante (fls. 6), seja em juízo (fls. 45), qualquer violência contra sua pessoa, que não fato de ter puxadas, do pescoço, as correntes, o que causou eritema (vermelhidão da pele) descrito no laudo de fls. 19.

Igualmente, a única testemunha presencial não descreve violência física à vítima, referindo-se, evidentemente, a “trombada” como denominação desse tipo de rapina, não como encontro de dois corpos (fls. 5 e 47).

Pouco razoável, para tal fato, o apenamento, ainda que no limite mínimo, para roubo.

No tipo descrito no art. 157, do Código Penal, e grave ameaça ou a violência à pessoa, dizem respeito às razões impeditivas de resistência.

Na “trombada”, o que impede a resistência é a rapidez do evento, é a surpresa, muito mais que qualquer outro elemento fático, como o rápido desequilíbrio. É a falta de tempo para reação”. — fls. 88/91.

Nesta instância, o parecer do Ministério Público Federal é pelo desprovimento do recurso, *verbis*:

“2.2. Em verdade, a discrepância dos julgados é das mais variadas, no tocante à caracterização da violência, da qual resultaria ou o furto qualificado (CP, art. 155, § 4º, I) ou o roubo próprio (CP, art. 157, *caput*). Portanto, cada caso é um caso e as circunstâncias se diversificam ao infinito.

Portanto, a chave para uma melhor solução é o conceito fundamental diferenciador do objeto ao qual se dirige a violência: a *vis in personam* para caracterizar o roubo; e a *vis in rem*, para o furto qualificado.

Ora, no presente caso a violência se dirigiu direta e primordialmente contra as correntes de ouro, puxando-as do pescoço da vítima, cujas leves lesões foram consequência não premeditada.

Por outro lado, “trombada” contra o corpo da vítima não visa propriamente a feri-la, mas tão-só a desequilibrá-la, retirando-lhe tempo para reagir — configurando antes o fator surpresa, pelo inopinado do evento. É um expediente utilizado com vista à subtração do bem, muito diferente daquela “grave ameaça ou violência a pessoa”, impossibilitando-lhe a resistência, de que fala o art. 157 do CP. É preciso, para caracterizar o roubo próprio, que o agente produza temor na vítima, aterrorizando-a a ponto de obter sua total inibição (TACrSP, ACr 186.899, RT 523/401). Mas, se se tratar de um mero esbarrão, atrapalhando os movimentos da vítima, exsurgirá apenas o furto (RT 571/358, 574/376, 578/357; JTACrSP 68/476, 75/242, 78/357), mesmo que venha aquela a ser atingida pela repercussão da violência dirigida contra a coisa (RT 608/352; JTACrSP 84/251).

3. Por isso é que julgamos seja mais condizente com o *justum et aequum* o posicionamento do V. Acórdão recorrido, ante sua equilibrada “preocupação em que a pena não seja desmesurada em relação ao fato delituoso” (fls. 89).

3.1. Pelo desprovimento do recurso, mantendo-se os termos do V. Acórdão, inclusive na manutenção do regime inicial fechado — ante a fuga do recorrido (fls. 62vº e 69).

Brasília, 09 de maio de 1991

Vicente de Paulo Saraiva

Subprocurador-Geral da República” — fls. 110/11.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, conquanto respeitável a colocação de que, na chamada “trombada”, a ação pouco compromete a integridade física da vítima, dirigindo-se a violência primordialmente contra a coisa e não contra a pessoa, convenha-se em que, mesmo assim, *de lege lata*, a asserção defensora da desclassificação do roubo esquece o fator **redução da possibilidade de resistência da vítima**. Essa elementar, também, seria residualmente tipificadora do roubo, ainda que considerada a violência apenas no seu mínimo de comprometimento físico da pessoa, no caso, simples “eritema”.

Por seu lado, em face desses resultados concretos da violência (lesão corporal mínima, mas diminutiva da resistência da pessoa, tal o método empregado pelo réu para arrancar do pescoço da vítima as correntes de ouro que usava), d.m.v., não há dizer-se que a chamada “trombada” ou “arrastão” apenas se situa nos limites entre o furto e o roubo, salvo se divagada essa geografia criminal a simples pretexto *de lege ferenda*. À luz do consultado direito positivo, porém, por mais que à insegurança das ruas venham se habituando os cidadãos, conformados ao risco de sua penosa vida moderna, é de dizer-se que o analisado tipo de assalto invade, e muito, aqueles limites, integrando-se plenamente da elementar da violência pessoal, aliando-a, ademais, à circunstância da diminuição da resistência da pessoa atacada.

Daí os louvores merecidos pelos precedentes trazidos à colação, diametralmente opostos aos examinados fundamentos do v. acórdão impetrado.

Pelo exposto, conheço do recurso e o provejo, para restabelecer integralmente a sentença de primeiro grau.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, esta egrégia Turma tem alguns precedentes a respeito do tema, de minha relatoria, a saber:

“PENAL. ROUBO. ARREBATAMENTO DE JÓIAS PRESAS AO CORPO DA VÍTIMA, ACARRETANDO LESÕES CORPORAIS.

Acórdão que, em embargos infringentes, acolhe voto vencido desclassificando o crime para furto simples em curso formal com lesões de natureza leve.

Caracterização, contudo, do roubo próprio, já que as lesões, no caso, foram a *conditio sine qua non* da consumação da subtração.

Provimento ao recurso especial do Ministério Público para restabelecimento da condenação por roubo (art. 157, *caput*).” (REsp 1.860 — SP).

“PENAL. ROUBO. Arrebatamento de jóias presas ao corpo da vítima, acarretando lesões corporais.

Acórdão que, confirmando sentença de primeiro grau, mantém desclassificação do crime para furto qualificado (art. 155, § 4º, IV).

Caracterização, contudo, do roubo próprio, já que as lesões, no caso, foram a *conditio sine que non* da consumação da subtração.

Provimento ao recurso especial do Ministério Público para condenação por roubo, nos termos da denúncia.” (REsp 6.436 — SP).

Na linha desses precedentes, acompanho a conclusão do voto de V. Ex^a.
É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.259 — SP — (91.0002570-4) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Recorrido: Robson Claudinei Gaspar ou Paulo Roberto Gaspar (réu preso). Advogado: Dr. Silvio Artur Dias da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para restabelecer integralmente a sentença de primeiro grau (em 03.06.91 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezini, Costa Lima e Assis Toledo. Ausente o Sr. Ministro Edson Vidigal. Presidiu o julgamento do Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.468 — SP
(Registro nº 9130716)

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

Recorrente: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Recorrida: *Elizabete Aparecida Bueno*

Advogados: *Drs. Paulo Roberto Cacheira e outro e Jarbas Miguel Tortorello e outros*

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. ACIDENTE DO TRABALHO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 7º.

I — Considerando que o novo Texto Constitucional expungiu do horizonte jurídico a odiosa distinção entre o trabalhador do campo e o da cidade, aplica-se, àquele, legislação mais benéfica.

II — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro GERALDO SOBRAL, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Cuida-se de recurso especial interposto pelo INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL — IAPAS ao v. aresto da egrégia Primeira Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que, julgando apelação, negou-lhe provimento para manter a r. sentença monocrática no sentido de estender a trabalhador rural os benefícios da lei da infortunistica, *id est*, aposentadoria por invalidez, equivalente a 100% (cem por cento) do salário-contribuição da requerente.

Diz a autarquia, em síntese, que o v. aresto recorrido negou vigência à Lei 6.195/74 e entrou em testilhas com a Súmula nº 612/STF. Naquela instância, o douto Ministério Público do Estado opinou pelo desprovimento do recurso.

Sem contra-razões, subiram os autos. Dispensei a ouvida da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O r. aresto recorrido, no que interessa, assim decidiu a contenda:

“Quanto ao mérito, esta Eg. Câmara, pelo voto do Exmo. Juiz FRAGA TEIXEIRA, já julgou questão semelhante, quanto à aplicação da legislação acidentária ao rurícola, para concluir que: “importa reconhecer que o argumento de que lançou mão o recorrente já não tem, a rigor, a esta altura, maior relevância por força, precisamente, de inovação trazida pelo artigo 7º da Constituição Federal em vigor que deu a JOSÉ AFONSO DA SILVA azo para tecer a seguinte consideração: “A questão de distinguir sobre o que são trabalhadores urbanos e rurais perde

boa parte da importância que tinha antes, porque todos gozam dos mesmos direitos” (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, Editora Revista dos Tribunais, S. Paulo, 5ª Edição, 1989, p. 255).

Nem se raciocine com a impossibilidade de retrooperância da lei nova, mesmo porque, como lembra TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO NASCIMENTO, com amparo, inclusive, em precedentes da Suprema Corte (RE 64.878, 1ª Turma, rel. Ministro DJACI FALCÃO, v.u., j. 28.2.69, *in* RTJ 49/133 e RE 70.736, Pleno do STF, rel. Ministro LUIZ GALLOTTI, v.u., j. 3.11.70, *in* RTJ 55/807), “objetivamente, os casos pendentes são alcançados pela nova lei, nas hipóteses das regras mais benéficas que as anteriores, regras estas de direito material” (“Comentários à Nova Lei de Acidentes do Trabalho”, Editora Síntese, Porto Alegre, 1976, p. 189)”, resultando inócua a alegação de carência pretendida pelo D. Procurador da Justiça, ora falecido.

Ante esta sólida argumentação, resta apenas examinar se a obreira faz jus ao benefício pleiteado e, assim é, ante a conclusão do laudo pericial de fls. 61, repetido a fls. 68, de que a incapacidade é pertinente, ante a “rigidez de tornozelo”, que a torna capaz **apenas** de deambular pequenas distâncias, não tendo condições de continuar a exercer a mesma atividade (i.é. lavradora). Não há críticas ao laudo.

Desnecessário repetir-se a fundamentação do *decisum* da lavra do Juiz SILVIO MOURA SALES que, não fossem as alegações repelidas, mereceria confirmação nos termos da Emenda Regimental nº 5, ante as razões desprovidas de cunho médico-científico.

Nega-se provimento.” (Fls. 113/114).

Estou em que merece mantido o v. aresto recorrido. A uma, porque novo o texto constitucional expungiu do horizonte jurídico a odiosa distinção entre os desafortunados do campo e os infelizes obreiros urbanos; os infortúnios os igualaram. E se igual o infortúnio, não há porque não se lhes aplicar a legislação que melhor os ampara. Tal raciocínio, para escapar aos argumentos tocantes à negativa de lei valem, também, no que concerne à divergência com a Súmula nº 612/STF. Veja-se que em sua referência legislativa traz ela menção expressa à Constituição Federal de 1969, derogada.

Isto posto, conhecendo do recurso, nego-lhe provimento.
É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.468 — SP — (9130716) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Recda.: Elizabeth Aparecida Bueno. Advs.: Drs. Paulo Roberto Cachoeira e outro e Jarbas Miguel Tortorello e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 18.03.91 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros José de Jesus e Garcia Vieira participaram do julgamento. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GERALDO SOBRAL.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.933 — SP (Registro nº 91.0004199-8)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Margherita Mascarenhas da Silva Duarte e Nelson Bispo*

EMENTA: VEÍCULOS — APREENSÃO E VENDA COERCITIVA.

A dívida ativa da Fazenda Pública e autárquica está regulada pela Lei 6.830/80, que não autoriza a autoridade administrativa apreender, reter e leiloar mercadorias para receber multas e taxas.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Eduardo Conde Soares e outro impetraram mandado de segurança contra ato do Sr. Delegado da Polícia, Diretor do DETRAN, que apreendeu seus veículos, em razão de infração de trânsito, no pátio do DETRAN, objetivando retirá-los sem o exigido pagamento das despesas com o estacionamento e remoção.

Em primeira instância a segurança foi denegada ao argumento de haver casos “em que a lei, excepcionalmente, permite a retenção de bem, até mesmo por particulares, para o recebimento de determinado crédito”, no caso em espécie a Lei Federal nº 6.575/78, artigo 2º, incisos I e II (fls. 35/36).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença, concedendo a segurança por entender que a Lei nº 6.830/80 revogou a Lei nº 6.575/78 e, ainda, não existir natureza contratual, no caso em exame, portanto, não se trata de modo lícito de cobrança (fls. 67/68).

Inconformada a Fazenda do Estado interpõe o presente recurso especial apoiada no artigo 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal.

Sustenta, em síntese, que o v. acórdão recorrido negou vigência ao artigo 2º, incisos I e II, da Lei Federal nº 6.575/78 (fls. 72/74).

Deferido o processamento do recurso (fls. 81), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 86/87).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente — A Lei 6.575/78, que autorizava o Poder Público a apreender, reter e leiloar

veículos para receber as multas e taxas devidas, além de contrariar o art. 150, item IV, da vigente C.F., foi revogada pela Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, que regula totalmente a cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas Autarquias (art. 1º), e dívida ativa da Fazenda Pública é a tributária e não tributária (art. 2º). Esta norma legal não autoriza a autoridade administrativa apreender, reter e leiloar mercadorias para receber multas e taxas e, pela Súmula 323 do C. S.T.F.,

“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo”.

A Fazenda Pública só poderá cobrar seus créditos através de execução fiscal e na forma da citada Lei 6.830/80 e não por execução extrajudicial. Com razão o Dr. Procurador de Justiça, em seu bem lançado parecer de fls. 59/62, do qual destaco o seguinte trecho:

“A utilização do meio coercitivo para o recebimento de tais verbas pelo Poder Público conserva, como no caso de penhor legal trazido à colação, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira, “um resquício de justiça feita pelas próprias mãos do interessado” (Instituições de Direito Civil, vol. IV, pág. 289, 3ª ed., Forense). Caracteriza-se o condicionamento da entrega dos veículos ao pagamento dos débitos como manifestação de auto-executoriedade com relação à matéria para a qual a Constituição assegura, ainda, a apreciação jurisdicional. Escreve Hely Lopes Meirelles, com base em advertência de Bielsa, que se faz necessário “distinguir os atos próprios do poder administrativo, na execução dos quais é irrecusável a auto-executoriedade, dos que lhe são impróprios, e, por isso mesmo dependentes da intervenção de outro poder como ocorre com a cobrança contenciosa de uma multa, que, em hipótese alguma poderia ficar a cargo exclusivo dos órgãos administrativos” (Direito Administrativo Brasileiro, pág. 128, 3ª ed. refundida, RT).

Ensina José Afonso da Silva que a cobrança dos créditos da Fazenda Pública pode ser efetivada por dois modos, “por via amigável, que é a cobrança administrativa mediante aviso ou notificação ao devedor, convidando-o a liquidar seu débito”, ou por via judicial, que se faz por meio de ajuizamento de ação judicial de cobrança”, pois se “o Estado é assim submetido à lei, e, como pessoa jurídica, suas relações de crédito e débito se subordinam aos ditames das normas legais, significa que não

pode, por si, executar suas dívidas *manu militari*, pois também ao Estado-Administração, ao Estado-Fisco, à Fazenda Pública, está vedado fazer justiça pelas próprias mãos. Essa é, aliás, uma característica do Estado de direito: ficar sujeito ao controle judiciário, razão por que as lides, de que seja um dos sujeitos, não de ser solucionadas pela atuação jurisdicional da vontade concreta da Lei” (Execução Fiscal, págs. 11/12, 2ª ed., RT).

É mister reconhecer, portanto, que a cobrança compulsória atacada afronta não somente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, mas também e fundamente, as garantias constitucionais ao patrimônio e à propriedade”. (fls. 61/62).

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.933 — SP — (91.0004199-8) — Rel.: Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Fazenda do Est. de SP. Recdos.: Eduardo Conde Soares e outro. Advs.: Drs. Margherita Mascarenhas da Silva Duarte e Nelson Bispo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (1ª Turma: 25.9.91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.960 — PR

(Registro nº 91.0004228-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná em favor de Sandra Aparecida Soares (ré presa)*

Recorrida: *Justiça Pública*

EMENTA: RESP — APELO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI — FALTA DE FUNDAMENTO LEGAL — SUA ADMISSIBILIDADE.

A falta de indicação dos dispositivos legais em que se apóia o termo da apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri não impede o seu conhecimento, desde que nas razões se encontrem os fundamentos que ensejaram o recurso e as pretensões da recorrente estejam perfeitamente delineadas.

Jurisprudência do E. S.T.F.

Recurso conhecido e provido para que o Tribunal *a quo* receba o apelo e aprecie o mérito.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, a fim de que o Egrégio Tribunal *a quo* aprecie o mérito, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná que veio a esta Superior Instância e mereceu parecer da lavra do culto Subprocurador-Geral da República, Dr. Vicente de Paula Saraiva. Do relatório que fez, consta o seguinte, *verbis*;

“SANDRA APARECIDA SOARES, considerada culpada pelo Tribunal do Júri (fls. 120/v^o), foi condenada pela sentença de fls. 117/118 a 13 (treze) anos e 02 (dois) meses de reclusão e multa, pela prática de homicídio qualificado contra descendente e ocultação de cadáver, em concurso material (art. 121, § 2º, III e 211, c/c os arts. 61, II, e e 69, do Código Penal).

Apelou, então, pleiteando novo julgamento, objetivando a desclassificação do delito de homicídio qualificado para infanti-

cídio, visto como três dos jurados haviam entendido encontrar-se ela sob influência do estado puerperal (fls. 121 e 123/126).

O Eg. TJPR, em votação majoritária, não conheceu do recurso, porquanto, no pedido de sua interposição (fls. 121), não fora indicado o fundamento legal específico do apelo, mas tão-só, genericamente, “nos termos do art. 593, do C.P.P.”; e ainda, porque havia sido apresentado fora do quinquídio recursal (fls. 126).

Em favor da apelante SANDRA, o Ministério Público interpôs os embargos infringentes de fls. 164/180, esteando-se no art. 85, I, do RITJ/PR; no art. 609, parágrafo único do CPP; e nas Súmulas 281 e 335/STF, porquanto “A falta de indicação dos fundamentos do recurso não impede o conhecimento da apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri” — consoante defendido no d. Voto Vencido (fls. 160).

O Eg. Grupo de Câms. Crims. do Col. Colegiado paranaense rejeitou, por maioria, os embargos, visto como “... este egrégio Tribunal de Justiça, em composição das duas Câmaras Criminais, já firmou entendimento de que a apelação de decisão do Tribunal do Júri, de caráter restrito, pode ter seu fundamento delineado nas razões, e não no prazo próprio para o ato, desde que apresentadas no prazo legal (Apelações nºs 430/82; 30/82; 440/82 e 448/81; relator Des. Eros Gradowski; Apelações nºs 4/80 e 261/81, relator Des. Jayme Munhoz Gonçalves e tantas outras” (fls. 191/196).

Novamente o Ministério Público, continuando a favor da ré SANDRA, com fulcro no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, interpôs o RECURSO ESPECIAL de fls. 198/211, invocando contrariedade ao art. 593, II, *a/d* e §§, bem como ao art. 599 do CPP, além de dissídio jurisprudencial.

Em conclusão ao seu parecer, o douto Subprocurador-Geral da República opina pelo provimento do recurso e, em decorrência, que a E. Corte local conheça da apelação, para fins de apreciar-lhe o mérito.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RESP — APELO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI — FALTA DE FUNDAMENTO LEGAL — SUA ADMISSIBILIDADE.

A falta de indicação dos dispositivos legais em que se apóia o termo da apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri não impede o seu conhecimento, desde que nas razões se encontrem os fundamentos que ensejaram o recurso e as pretensões da recorrente estejam perfeitamente delineadas.

Jurisprudência do E. S.T.F.

Recurso conhecido e provido para que o Tribunal *a quo* receba o apelo e aprecie o mérito.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Srs. Ministros, o recurso foi interposto com base em contrariedade à lei federal e dissídio pretoriano, a fim de ser reformado o v. acórdão do Grupo de Câmaras Criminais do E. Tribunal de Justiça do Paraná para que seja conhecida a apelação interposta pela ré.

Quanto ao conhecimento do recurso no que pertine sobre a necessidade, ou não, de ser delimitada, no quinquídio legal, a apelação contra decisão do Tribunal do Júri, se é verdade que as alíneas *a/d* do inciso III delimitam os motivos que ensejam o recurso, ao contrário da formulação genérica dos anteriores incisos I e II, “Não significa isso, porém, que interposta sem referência específica, no requerimento, ao motivo que a haja determinado, se torne nulo o recurso e a superior instância o deva repelir sem dele tomar ciência. São as razões complemento do recurso, e nelas necessariamente se hão de encontrar os fundamentos que delimitam o alcance do apelo e fixem as pretensões do recorrente”, conforme palavras do Des. Ivan Righi no voto divergente de fls. 160/162, proferido por ocasião do julgamento do apelo da ré, no TJPR.

Este entendimento foi esposado pelo E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RECr nº 18.333-RJ, Rel. Min. Nelson Hungria (julg. 5/7/51) (cit. às fls. 162).

Entendo que o motivo do recurso, exposto na apelação (fls. 125) reside na letra *d* do inciso III do art. 593 do CPP, tanto que se alega que a ré fora condenada sem provas concretas, razão para que “seja anulada a decisão do Conselho de Sentença para que a ré possa ser novamente julgada perante o Tribunal do Júri” (fls. 126).

Conforme art. 593, III, *d*, temos:

“Art. 593. Caberá a apelação, no prazo de cinco (5) dias:
III — das decisões do Tribunal do Júri, quando:

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.”

Se bem que não expressamente explicitado o artigo do CPP, “todavia, denegar o direito constitucional de ampla defesa (CF, art. 5º, XXVIII, a) por um tecnicismo oco, atinge as raias da aberração e do *non sense*, *d.m.v.* como bem diz a douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 224).

Se o recurso, a meu ver, pode ser conhecido pela negativa de vigência de lei federal, com muito mais razão, o seu conhecimento, se atentarmos para o dissídio pretoriano, conforme acórdão proferido no RECr nº 18.333-RJ da E. Suprema Corte *in* DJ de 23/2/53), Rel. o eminente Ministro Nelson Hungria, cuja ementa preleciona:

“Se o réu apela da decisão do Júri, referindo-se ao *quantum* da pena aplicada, esta apelando, também, da sentença do juiz presidente, que é quem calcula e fixa a pena”.

No mesmo sentido, a Apelação 65.827-3, da 6ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (julg. 21/12/88 — RT 638/281-283), cuja ementa tem o seguinte teor:

“Interposta apelação de decisão condenatória do Tribunal do Júri em termos genéricos, sem indicação do preciso permissivo legal, desde que a bem da defesa, o conhecimento se impõe, por obediência ao preceito constitucional que assegura ao réu amplitude de defesa. É que o motivo poderá perfeitamente ser indicado nas razões de apelação, ou, caso não o seja, poderá o tribunal encontrá-la em seu conteúdo.” (fls. 207)

Os dissídios jurisprudenciais apontados se prestam perfeitamente ao caso presente.

Quanto à extemporaneidade da apresentação das razões da apelação, sustentada no v. acórdão recorrido, a petição de incorfomismo da ré, foi apresentada no prazo do quinquídio legal (fls. 121) e, se as razões da mesma foram apresentadas posteriormente, trata-se de mera irregularidade que não deve levar ao não conhecimento do apelo, pelo mesmo princípio da ampla defesa que não se pode negar ao réu.

Desta forma, conheço do recurso com base na letra *c* do inciso III do art. 105 da CF, e dou-lhe provimento a fim de que a E. Corte *a quo* conheça da apelação interposta e lhe aprecie o mérito.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.960 — PR — (91.0004228-5) — Rel.: Exmº Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recte.: Ministério Público do Estado do Paraná em favor de Sandra Aparecida Soares (ré presa). Recda.: Justiça Pública.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento a fim de que o Egrégio Tribunal *a quo* aprecie o mérito. (5ª Turma — 07.08.91)

Votaram de acordo os Srs. Mins. José Dantas, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.



RECURSO ESPECIAL Nº 9.188 — PR

(Registro nº 9149107)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrentes: *Jorge Mauro Parreiras e cônjuge*

Recorrida: *Alice Cardoso dos Santos*

Advogados: *Drs. Helena Maria Regis Araújo — Geraldo Munhoz de Mello e outros*

EMENTA: CIVIL/PROCESSUAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DOLO. PROVA FALSA. DOCUMENTOS NOVOS.

1. Sem demonstração da existência de dolo e de falsidade da prova não há lugar para desconstituir a coisa julgada.

2. O documento novo que ensejaria rescisão de sentença é aquele que, ainda que produzido anteriormente, não pode ser obtido pela parte, por ignorar a sua existência e, além de tudo, quando, por si só, pudesse ensejar pronunciamento favorável a quem o produz, descaracterizado como tal o documento extraído de assentos públicos.

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, 13 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Recorrem JORGE MAURO PARREIRAS e outra com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pelo Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Alçada do Paraná que julgou improcedente a ação rescisória proposta pelos ora recorrentes sendo recorrida Alice Cardoso dos Santos.

Sustentam os recorrentes que o acórdão negou vigência ao art. 485 III, IV, VII, do Código de Processo Civil, ao julgar improcedente a ação rescisória entendendo que o equívoco na indicação do nome de avô da parte não é considerado dolo ou falso testemunho e que, “em se tratando de documento público, não é novo aquele produzido antes da sentença rescindenda”.

Processado o recurso vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Ação rescisória, sob triplo fundamento: dolo da parte vitoriosa na ação; prova falsa; documentos novos.

O acórdão descartou, com base na prova, os dois primeiros fundamentos, por não reconhecer dolo da parte vitoriosa e nem reputar falsa a prova oral produzida na ação possessória, assim como desconsiderou como novos os documentos, por se tratar de papéis públicos, à disposição da parte.

Recurso especial, por negativa de vigência dos dispositivos em que se funda a própria ação rescisória e dissídio de sua interpretação.

Recusada admissão do recurso especial, determinou o Sr. Ministro GUEIROS LEITE que subissem os autos, tão-somente para exame em derredor do conceito de “documentos novos”.

É ação possessória e a increpação de dolo da parte vitoriosa residiria em que fez constar a autora da ação como seu ascendente pessoa com o nome de PEDRO CARDOSO GOMES, quando o seu nome seria PEDRO ALVES CARDOSO, a dizer que não haveria a transmissão da posse desde aquele avô da autora da reintegratória.

Nesta parte o Tribunal de origem disse da desinflência do equívoco, em se tratando de ação possessória, protegida não apenas porque transmitida desde priscas eras pelos ascendentes, senão pela sua atualidade.

De relação à falsidade da prova, cabível o seu exame, para essa constatação não há decisão incidente a respeito, antes, ao contrário, afirma o acórdão da inexistência de falso testemunho a respeito de declaração sobre a ascendência da autora, com a errada nomeação daquele avô, posto que demonstrada a existência de posse da autora sobre a área, destacando pronunciamento do Ministério Público com atuação na Corte a respeito da desinflência da declinação de parentesco, nestes termos:

“Ademais, a ação objeto desta rescisória é de natureza possessória e não reivindicatória, assim não tem cabimento essa discussão sobre a linha genealógica da requerida, como bem esclareceu o parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça”.

Daí é que não tendo sido declarada a falsidade de prova em processo criminal e nem provada essa falsidade na própria ação rescisória, não há possibilidade de aceitar-se como violado o inciso VI do art. 485 do Código de Processo Civil.

Em relação aos “documentos novos”, embora não se possa admitir para o seu conceito que a sua feitura seja posterior à sentença, pois que basta que a sua obtenção se tenha verificado após ela e fosse ignorada a sua existência. Aqui, no entanto, os documentos trazidos com a inicial desta ação rescisória, sob a indicação de que seria “novos”, são tirados de autos de processos existentes em cartórios públicos, que bem poderiam ser obtidos pelos autores, no curso do próprio processo possessório, de sorte a descaracterizá-los como “novos”, para os fins indicados.

Além de que, tais documentos não serviriam a ensejar pronunciamento favorável aos autores da rescisória, se produzidos na possessória,

pois que serviriam a comprovar aquela erronia na ascendência da autora da mesma ação, sem, contudo, desconstituir a prova da sua posse, afinal protegida.

É de dizer que, afastada a ocorrência de dolo, de falsidade de prova e de documentos novos, estes últimos de natureza pública e disponíveis a todos, a depender de simples diligência dos interessados, o objetivo dos recorrentes é rediscutir a prova, o que sequer seria possível no âmbito da rescisória, menos ainda em sede de recurso especial.

O dissídio não se acha demonstrado, posto que limita-se a petição em indicar ementas, de caráter genérico, insusceptíveis de demonstrar as situações fáticas que ensejaram as decisões, além de se acharem publicadas em repositórios não credenciados.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.188 — PR — (9149107) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Rectes.: Jorge Mauro Parreiras e cônjuge. Recdo.: Alice Cardoso dos Santos. Advs.: Drs. Geraldo Munhoz de Mello e outros; Helena Maria Regis Araújo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 13.05.91 — 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 9.775 — RS

(Registro nº 9163398)

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

Recorrente: *Cenelão Mengel*

Advogados: *Drs. Geraldo Feix e outro*

EMENTA: PENAL. NULIDADE. OMISSÃO DE FORMALIDADE, FALTA DE ASSINATURAS NOS TERMOS DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE ARGÜIÇÃO.

A omissão de formalidade (art. 564, IV, do CPP), tal como deve ser concebida a falta de assinatura dos jurados e do juiz em atos do julgamento, deve ser considerada sanada se não argüida no tempo oportuno (art. 572, I, do CPP).

O Tribunal não pode acolher a nulidade e, em consequência, anular o julgamento que absolveu o réu se o recurso da apelação a ela não se referiu, no tempo oportuno.

Recurso Especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Leio, no parecer de fls. 852/854:

“CÉLIO MENGEL, inconformado com a decisão proferida pela 2ª Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado, em julgamento de apelação, interpôs, tempestivamente, recursos extraordinário (art. 102, inciso III, alínea *a*, da CF) e especial (art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c* da CF).

Sustenta que o acórdão, ao anular o julgamento do Tribunal do Júri, pela decretação de nulidade não suscitada, afrontou os princípios constitucionais da soberania do Júri, ampla defesa e devido processo legal (fundamentos do extraordinário),

além de violar os arts. 181, inciso IV, 563, 564, 566, 571 e 572, do Código de Processo Penal, e esposar orientação divergente do Supremo Tribunal Federal, veiculada pela Súmula nº 160 (fundamentos do especial).”

A admissibilidade dos recursos foi examinada no despacho de fls. 855/857, a saber: ao extraordinário foi negado seguimento, “uma vez que a alegada violação não se fez da forma direta e frontal, como exige a Corte Suprema (Ag 125.514-5-SP, *in* DJ de 18.05.88, p. 11.726).” Quanto ao recurso especial, foi ele admitido, com fundamento nas letras *a* e *c*, do permissivo constitucional.

Subindo os autos a esta Corte, a douta Subprocuradora-Geral da República, Dra. Márcia Dometila Lima de Carvalho, representando o Ministério Público Federal, manifestou-se pelo provimento do recurso por ambos os fundamentos (fls. 864/865).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O fato que deu origem ao recurso especial relaciona-se com uma única circunstância, qual seja a falta de assinatura do Juiz e dos Jurados em documentos pertinentes à decisão (termo de votação e sentença), acolhida pelo Tribunal *a quo* para o fim de declarar nulo o julgamento que absolveu o réu.

A irregularidade, tal como ocorrida e diante das conseqüências operadas, não poderia conduzir ao resultado conhecido.

Na verdade, trata-se de omissão de formalidade (art. 564, IV, do CPP), que se considerou sanada nos moldes do art. 572, *caput*, ocorrente a hipótese prevista no item I, isto é, a falta de argüição, no tempo oportuno, consoante dão notícia os autos.

Como se não bastasse, nenhum prejuízo aconteceu e sequer foi alegado, o que importa em recusar a argüição desse tipo de vício, nos termos dos arts. 563 e 566, do mesmo Código.

Para finalizar, demonstrou o Recorrente que o acórdão dissentiu da jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, uniformizada no texto da Súmula nº 160, *verbis*:

“É nula a decisão do Tribunal que acolhe contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.”

A recomendação respalda-se no princípio *tantum devolutum quantum appellatum* — A ausência ou a omissão do recurso da acusação impede que o Tribunal reconheça a nulidade, em prejuízo do acusado, conforme aconteceu na espécie.

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

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.775 — RS — (9163398) — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Recte.: Cenelio Mengel. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advs.: Drs. Geraldo Feix e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento para cassar o acórdão recorrido, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (21.05.91 — Sexta Turma).

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

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



RECURSO ESPECIAL Nº 10.038 — MS

(Registro nº 9169345)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrentes: *Leônidas Vieira Martins e cônjuge*

Recorridos: *Joaquim Franco Gomes e outros*

Advogados: *Drs. José Goulart Quirino e outro — Oswaldo Mochi Júnior e outros*

EMENTA: CIVIL. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. NULIDADE. USUCAPIÃO COMO DEFESA.

1. A venda de ascendente a descendente, sem o consentimento expresso dos demais descendentes, é nula e prescreve em vinte anos a ação para declarar essa nulidade.

2. A posse do imóvel em virtude de alienação em fraude da lei não se apresenta apta à aquisição do domínio, por usucapião ordinário, por lhe faltar o requisito do justo título e da boa-fé.

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, 21 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): LEÔNIDAS VIEIRA MARTINS e cônjuge interpõem recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que negou provimento à apelação interposta em autos de ação movida por Joaquim Franco Gomes e outros, visando a nulidade de venda de ascendente a descendente, realizada por interposta pessoa.

Sustetam os recorrentes violação aos arts. 177, 178, § 9º, V, *b*, e 1.132, do Código Civil, por não acolhimento do prazo prescricional de quatro anos para a referida ação, tratando-se de caso de anulabilidade, e não de nulidade; aos arts. 551 e 490 do Código Civil, face ao não reconhecimento em favor dos mesmos da prescrição aquisitiva; bem como dissídio jurisprudencial com julgado do Supremo Tribunal Federal.

Processado o recurso vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Ação de herdeiros para obter declaração de nulidade de venda feita pela autora

da herança a descendente, sem o assentimento dos demais, em infração ao art. 1.132 do Código Civil, acolhida pelas instâncias ordinárias.

O recurso especial está posto sob a alegação de negativa de vigência dos dispositivos legais mencionados no relatório e em dissídio pretoriano, fundamentos que examino a seguir:

A primeira indagação é a respeito da prejudicial de prescrição, que os recorrentes entendem se verificou em quatro anos, segundo o art. 178 § 9º, *b*, do Código Civil, dado que, tratando-se de venda simulada, é caso de anulabilidade e não de nulidade.

Já se encontra superada a velha discussão, travada entre juristas e aplicadores do direito, a respeito da simulação como fundamento da nulidade da venda de ascendente a descendente, quer a feita diretamente, quer a que se perfaz por interposta pessoa, orientação que conduziu o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula 152, estabelecendo como prescritível, a ação correspondente, em quatro anos, da data da morte do vendedor, a partir de quando nascia a mesma para os herdeiros, em defesa das respectivas legítimas.

É que veio a nortear o entendimento pretoriano, as lições doutrinárias, que, a partir do fundamento que orientou as Ordenações, de prevenir querelas entre herdeiros, para proibir as vendas de ascendentes a descendentes, indicam como da essência do próprio negócio o exame da capacidade para nele intervir pessoa que se acha proibida de realizá-lo.

Assim é que CLÓVIS BEVILÁQUA, ao comentar o art. 1.132, com a concisão de sempre, diz da razão do dispositivo:

“A razão desta proibição é evitar que, sob color de venda, se façam doações, prejudicando a igualdade das legítimas”.

E, adiante:

“As vendas realizadas contra esta proibição são nulas.” (Código Civil... Comentado”, Vol. IV, pág. 298 — Ed. F. Alves — 1952).

E ORLANDO GOMES sintetiza com precisão, a propósito do tema:

“Ao lado da capacidade, é preciso considerar a legitimação. Há pessoas que não podem comprar ou vender de outras. Dizia-se que eram afetadas por uma **incapacidade especial**, hoje diz-se que não têm **legitimação** para contratar determinado vínculo.

São partes ilegítimas para figurar num contrato de compra e venda como vendedores: a) o ascendente...

.....
Assim o **ascendente** não pode vender ao **descendente**, SALVO se os outros descendentes expressamente consentirem...” (Contratos, pág. 262, For., 6ª Ed.).

E PONTES DE MIRANDA, mais explícito, diz da existência de fraude da lei:

“A compra e venda ou a troca é nula, e não anulável, como erradamente escreveram alguns comentários.”

E, depois:

“É lamentável que, na discussão dos casos de violação do art. 1.132, com interposta pessoa, se aluda à anulabilidade por simulação (Código Civil, art. 102). Trata-se de *fraus legis* (Tratado de Direito Privado — Tomo 39, pág. 80).

Seja, portanto, pela prática de ato em fraude da lei, seja porque o consentimento expresso dos demais ascendentes se reputa como formalidade essencial à validade da venda, o certo é que estamos diante da verdadeira nulidade, dado que, embora de direito privado a regra do art. 1.132 do Código, contém ela carga de ordem pública indisfarçável, desde a sua introdução na legislação do reino, para afastar “enganos e demandas”.

Não há, pois, como invocar a simulação para dizer da invalidade do contrato assim feito, em oposição ao que quer a lei, daí porque não há como aplicar a regra prescricional do art. 178, § 9º, b, do Código Civil, mas a apreciação vintenária, como está expresso na Súmula 494 do Supremo Tribunal Federal, com este enunciado:

“A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em 20 anos, contados da data do ato, revogada a Súmula 152”.

De relação a outra prejudicial, relacionada com a argüição de usucapião, tenho que o acórdão recorrido decidiu com acerto, ao dizer que a posse dos recorrentes sobre as áreas objeto da venda proibida não se baseia em boa-fé, em face mesmo da fraude praticada.

De qualquer sorte, o exame dos elementos que ornaram a posse e lhe dão o caráter de apta à aquisição do domínio, por usucapião, diz com matéria fática e probatória, que se exaure nas instâncias ordinárias.

Quanto ao mérito, o acórdão recorrido, após análise da prova, com reprodução da que foi levada a efeito pelo julgador singular, afirma a existência de venda proibida, em que as pessoas interpostas dizem que não se vincularam ao negócio e apenas prestaram favor aos outros figu-

rantes, vendedora e comprador, ascendente e descendente, com destaque para as condições econômico-financeiras desses intermediários, que lhes não permitia aquisições que tais.

E para o reexame de provas não serve o recurso especial, como comanda a Súmula 07 da jurisprudência deste Tribunal.

O dissídio não restou comprovado, posto que se limita a petição de recurso a fazer alusão a acórdão bastante anterior à revogação da Súmula 152/STF, sem sequer transcrever a sua ementa e, menos ainda, proceder à análise determinada em norma regimental.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, peço vênias ao nobre Advogado, uma vez que o acórdão dirimiu toda matéria com base na análise da prova dos autos, extraíndo dela os seus elementos de convicção para afastar os fundamentos deduzidos na apelação veda, agora, o conhecimento do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.038 — MS — (9169345) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Rectes.: Leônidas Vieira Martins e cônjuge. Recdos.: Joaquim Franco Gomes e outros. Advs.: Drs. José Goulart Quirino e outro — Oswaldo Mochi Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 21.05.91 — 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 10.513 — SP (Registro nº 91.0008154-0)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Alves Azevedo S/A — Ind. Com.*

Advogados: *Urubatan Salles Palhares e outro*

EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO DE DIREITO COMUM. EXCLUSÃO OU LIMITAÇÃO, SÚMULA 229. LIMITE DE IDADE DO DEPENDENTE. DIREITO DE ACRESCEER.

Nos termos da Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal e art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, a percepção de indenização acidentária não exclui, nem restringe ou limita, a de direito comum fundada no dolo ou culpa do empregador.

A idade-limite para os dependentes receberem suas quotas da pensão é, *de regra*, coincidente com a maioria civil, presumivelmente reveladora da emancipação econômica.

Emancipado economicamente um dos dependentes, maiores as possibilidades do mantenedor relativamente aos demais. Direito de crescer afirmado.

Recurso especial conhecido pela alínea c e provido, restabelecendo-se a sentença.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Supremo Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento, além do signatário, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Em ação de indenização por acidente do trabalho, ajuizada com fundamento na res-

ponsabilidade civil da empregadora ALVES, AZEVEDO S/A, a eg. 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento à apelação da ré, para reduzir a fixação da indenização mensal a um terço do último salário líquido recebido pela vítima, “sendo que, dessa quantia, a metade será carreada aos filhos menores, sem acrescer a parte da co-autora, quando os mesmos filhos completaram dezoito anos de idade (sendo a parte de cada menor, portanto, de um doze avos cada, excluída ao completar dezoito anos cada um)”. (fls. 97/99; fls. 107/109)

Irresignado, manejou o MINISTÉRIO PÚBLICO estadual recurso especial, fundamentado na alínea c do permissivo constitucional, alegando divergência do acórdão recorrido com a Súmula nº 229 e arestos do eg. STF, bem assim com decisões de 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Sustenta, em síntese, a possibilidade de cumulação da indenização acidentária com a de direito comum e o direito dos menores a perceberem a indenização até a maioridade civil, quando então as verbas passariam a acrescer à indenização devida ao cônjuge do falecido (fls. 112/118).

Admitido o recurso (fls. 144), subiram os autos a este STJ, com contra-razões (fls. 140/142).

Opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso (fls. 148/149).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: 1. O v. aresto tem a seguinte fundamentação:

“Ação de reparação civil ajuizada por esposa e filhos de pedreiro falecido quando, em serviço, veio a falecer, ao cair ao solo, quando estava complementando a alvenaria de tijolos da parede externa da casa de máquinas do Laticínio, cujo telhado havia sido elevado em relação ao piso, perdendo o equilíbrio.

As conclusões do peritos criminais (laudo emprestado de fls. 21/25) são expressivas no sentido de que “no local não foram encontrados materiais destinados à confecção de andaimes, equipamentos de proteção individual como cinto de segurança e capacete”, necessários para o trabalho em altura bem superior

a dois metros, pois o sinistrado caiu de cerca de quatro metros e trinta centímetros.

Essa conclusão pericial encontra amparo na prova judicIALIZADA. Mesmo em se considerando que a infeliz vítima se conduziu imprudentemente, como transparece nos indícios dos autos, não há dúvida que o andaime de proteção aos obreiros fora retirado porque o encarregado de nome “Mineiro” mandou que fosse retirado porque “atrapalhava o trânsito de caminhões” (fls. 40v. e 39).

Além disso, também não exigira a empregadora que os obreiros, que efetuavam serviços nos telhados, usassem ou cintos de segurança ou capacete. Nenhum deles o utilizava no dia do evento.

Relevante civilmente a culpa da ré, impunha-se a procedência, acolhidos os argumentos da Douta Procuradoria de Justiça (fls. 90/92) como parte integrante deste.

Cabe, contudo, reduzir-se a fixação da indenização em um terço do maior salário-mínimo do país, sendo que, dessa quantia, a metade será carregada aos filhos menores, sem acrescer a parte da co-autora, quando os mesmos filhos completarem dezoito anos de idade (sendo a parte de cada menor, portanto, de um doze avos cada, excluída ao completar dezoito anos cada um). Essa redução se impõe dado se cuidar de ressarcimento civil e os autores já receberam verbas indenizatórias da empresa e devem estar percebendo a tarifada acidentária. E os honorários advocatícios são fixados em 15% sobre as verbas devidas até a liquidação, e mais um ano de vincendas.

Em razão disso, reduz-se à metade a importância fixada na sentença e corrigível a partir desta, a que deva ser depositada”. (fls. 97/99)

2. Em embargos declaratórios, interpostos pelo Ministério Público, restou corrigido erro material, revelando-se que o salário a ser considerado seria o “último salário líquido mensal pago ao falecido”. No alusivo ao montante da indenização, foi tido como relevante o fato de estar a família “amparada pelas prestações acidentárias, além da indenização laborativa recebida da mesma pessoa jurídica que deverá complementar, por esta, as necessidades alimentares dos demandantes, já que, caso a caso, deve ser examinada a reparação integral a ser paga. E esta re-

gra é absolutamente imprescindível, porque, quando editado o Código Civil, não só era inexistente a legislação trabalhista, como também e, principalmente, o seguro acidentário obrigatório, além do socorro previdenciário” (fls. 108). Quanto à idade-limite para os menores receberem suas quotas na indenização, o aresto afirmou evidente “o dever dos pais de criar e educar os filhos, mas esta imposição legal fica restrita à capacidade laborativa dos descendentes, atingida, via de regra, quando estes completam dezoito anos, dado que aí cessam as necessidades dos alimentandos (art. 400, CC). Contraria a ordem material das coisas determinar-se o contrário” (fls. 109).

3. A Súmula 229 do Pretório Excelso realmente acolhe o princípio da cumulação das indenizações: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”.

A adjetivação “culpa **grave**” deixou aliás de viger ante o disposto no artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, que alude simplesmente ao “dolo ou culpa”. De qualquer forma, a mera narrativa do acórdão já deixa incontestemente culpa realmente notável do empregador, através do ato de seu preposto que mandou retirar o andaime de proteção aos obreiros.

No caso em julgamento, o v. aresto, ao reduzir a pensão tendo em vista receberem os autores o benefício acidentário, operou realmente uma **parcial exclusão** do ressarcimento com base no direito comum, com infringência ao preceito sumulado. Entrou em testilha, outrossim, com o v. aresto do STF no RE 94.429 (RTJ, 115/741), apontado como paradigma e de que foi relator o em. Min. Néri da Silveira; não assim, no entanto, com o aresto no RE 90.870 (RTJ 96/817), notando-se aqui que o trecho citado na petição de REsp consta não do voto do relator, mas sim do parecer da Procuradoria-Geral da República.

Destarte, impende restaurar a sentença (fls. 62; fls. 67), com a condenação da ré ao pagamento aos autores de pensão mensal igual a dois terços do maior salário pago pela empresa.

4. No que concerne à idade-limite para os filhos receberem a indenização, podem ser aceitos como paradigma, para confronto com aresto do Tribunal de Justiça, arestos do Tribunal de Alçada do **mesmo** Estado, afastado assim o posicionamento restritivo adotado no parecer de fls. 148/149.

Arredada esta prefacial, verifica-se que realmente ocorre dissídio entre o aresto impugnado e os trazidos por cópias às fls. 119/134, do eg. 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. De mérito, não afirmada

comprovação de que os menores, dependentes do extinto progenitor, tivessem possibilidade de alcançar sua plena emancipação econômica anteriormente à data em que completariam a maioria civil, igualmente neste particular conhecimento do recurso e lhe dou provimento, restabelecendo a decisão monocrática.

5. No pertinente ao “direito de crescer”, igualmente adoto os fundamentos da orientação traçada nos arestos paradigmáticos, o do Pretório Excelso no RE 73.463 (RTJ, 79/142) e o do 1º TACSP na Ap. 421.310-9 (fls. 134), por consentânea com o *quod plerumque accidit*: emancipado economicamente um dos dependentes, maiores as disponibilidades do mantenedor relativamente aos demais. Era, aliás, nesse sentido a jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos, revelada na Súmula 57 daquela Corte.

Por todo o exposto, conheço do recurso, especial e ao mesmo dou provimento.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, acolho a exposição do voto de V. Exa. e pelos motivos revelados eu o acompanho. Parece-me que não seria ajustado à ética considerar-se a parcela percebida do INPS para fazer-se o cálculo da indenização devida em decorrência de culpa do empregador. O direito à parcela do INPS é próprio do empregado, nada tendo a ver com o desembolso do empregador ao indenizar.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.513 — SP — (91.0008154-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Alves Azevedo S/A — Ind. Com. Advogados: Urubatan Salles Palhares e outro.

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.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 13.08.91).

RECURSO ESPECIAL 11.080 — SP
(Registro nº 91.0009662-8)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Francisco Adalberto Turri*

Advogado: *Dr. Humberto Gallo*

EMENTA: Penal. Loteamento irregular. Lei 6.766/79.

Não se justifica o trancamento da ação penal em face de o loteamento haver sido regularizado antes do recebimento da denúncia. Cuida-se, *in casu*, de crime formal, que se caracteriza pela simples potencialidade de dano à administração pública, sendo irrelevante a ausência de prejuízo para os adquirentes dos lotes, porquanto a tutela jurídica alcança o bem particular *per accidens*. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo por ambas as alíneas e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de setembro de 1991 (data do julgamento).

O presente acórdão deixa de ser assinado pelo Exmo. Sr. Ministro-Presidente, por motivo de férias (art. 101, § 2º do RISTJ).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Por bem resumir a espécie, adoto, à guisa de relatório, a parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal nestes termos:

“Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público de São Paulo, alegando que o v. acórdão de fls. 99/101, em concedendo o trancamento da ação penal que tramita perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Suzano-SP, não só negou vigência ao artigo 50, parágrafo único, inciso I, da Lei 6.766/79 que dispõe sobre o parcelamento de solo urbano como, também, discrepou da orientação adotada pela Colenda Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Em poucas linhas vê-se que o Ministério Público Paulista, entendendo infringidos os artigos 50, parágrafo único, inciso I, e 51, ambos da Lei 6.676/91, denunciou FRANCISCO ADALBERTO TURRI e outros porque, à míngua da devida regularização junto à Prefeitura Municipal de Suzano e do respectivo registro perante o Cartório de Registro de Imóveis da mesma Comarca, procedeu-se à **formalização da aquisição de lote** no empreendimento imobiliário denominado Jardim Ikeda, de propriedade do recorrido.

Objetivando o trancamento da referida ação penal, impetrou-se o HC que se vê às fls. 02/08, *writ* este que o E. Colegiado Paulista houve por bem acolher ao argumento de que à época da *opinio delicti* já havia sido regularizada a respectiva documentação, tanto perante a Municipalidade quanto perante o Cartório imobiliário.

A finalizar, o recorrente traz à colação acórdão exarado pela Egrégia 2ª Câmara Criminal Gaúcha que fala da irrelevância do posterior registro à consumação delitiva”.

Opinando, o parecer é pelo reconhecimento e provimento do recurso.

Este é o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A melhor exegese é a estampada no v. acórdão da e. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul trazido a confronto pelo recorrente. Com efeito, está-se diante de crime formal, não exigin-

do, pois, para a sua consumação, a verificação de um resultado. O tipo constrói-se apenas com base na ação, caracterizando-se o crime pela simples potencialidade de dano à administração pública.

É de sabença comum que o Poder Público não raramente se vê contingenciado a regularizar loteamentos, a despeito de todos os inconvenientes que possam representar em termos de política urbanística, em razão dos aspectos sociais envolvidos.

Como dito nas razões recursais, “a prosperar o entendimento sufragado pela decisão recorrida ter-se-ia uma situação muito cômoda para os violadores da lei: inicia-se o parcelamento, cria-se uma situação de fato e só depois, com a intervenção das autoridades, procura-se regularizar o empreendimento, sem que os transtornos causados à população em geral e à administração pública seja objeto de censura penal”.

A apontada ausência de prejuízo para os adquirentes dos lotes não tem a relevância que lhe conferiu o acórdão vergastado, mesmo porque cuida-se de crime contra a administração pública.

Na verdade, como acentua Marco Aurelio S. Viana, “a ação do agente atinge um bem público diretamente, e secundariamente o do particular, porque aquele que pratica atos delituosos relativamente à área que loteia está atentando contra um bem (representado pela exigibilidade do Poder Público de ver respeitadas as suas determinações), sobre o qual o interessé máximo pertence ao Poder Público”, para concluir, em passo seguinte, de modo irrecusável, que “a tutela jurídica alcança o bem particular *per accidens*, levando-se em conta a sua participação na comunhão social” (Comentários à Lei sobre Parcelamento do Solo Urbano, Saraiva, 2ª ed., pág. 142).

Com a Lei 6.766/79, como pondera Marino Pazzaglini Filho, “o objeto da tutela penal passou a ser o interesse público referente ao desenvolvimento urbano e o interesse coletivo representado pela defesa do agrupamento dos adquirentes de lote”, arrematando com a nota de que “o delito se consuma com o simples comportamento do agente, independentemente da ocorrência de prejuízo para qualquer indivíduo” (JUSTITIA, São Paulo, 43/114, 141/144).

Assim sendo, Senhor Presidente, conheço do recurso por ambas as alíneas, e lhe dou provimento, para cassar o v. acórdão recorrido, de modo a que a ação penal prossiga como de direito. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.1080 — SP — (91.0009662-8) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Francisco Adalberto Turri. Adv.: Humberto Gallo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo por ambas as alíneas e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Sexta Turma — 03/09/91)

Votaram os Srs. Ministros José Cândido e Carlos Thibau. Ausentes, por motivo de férias, o Sr. Ministro Washington Bolívar e, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 11.779 — MS

(Registro nº 9100116700)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Relator p/Acórdão: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS*

Recorrido: *Francisco Pieretti — Espólio*

Advogados: *Solange Maria C. de Souza Campello e outros, Nelson Pereira e outros*

EMENTA: FGTS — FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. NATUREZA JURÍDICA NÃO-TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

As contribuições pertinentes ao FGTS não têm, na origem como na finalidade, feição de tributo, mas se definem como de caráter eminentemente social, o que já foi proclamado pela egrégia Suprema Corte do país.

Não se podendo defini-las como tributo, às ditas contribuições não se aplicam, no dizente à prescrição, as normas previstas no Código Tributário Nacional (artigos 173 e 174).

Recurso vencido por maioria.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro-Relator, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator p/acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O Instituto de Administração Financeira e Assistência Social — IAPAS interpõe recurso extraordinário com argüição de relevância fundado na Constituição Federal anterior, artigo 119, inciso III, alínea *a*, em face do v. acórdão de fls. 181/187, proferido pelo extinto TFR.

Sustenta, em síntese, a Autarquia, que com o advento da Emenda Constitucional nº 08/77, deixou, definitivamente, de se considerar o caráter tributário dado às contribuições devidas ao FGTS.

Inadmitido o extraordinário subiram os autos por força do agravo de instrumento ao STF, e este, em despacho de fls. 79 (apenso) determinou a remessa dos autos ao TRF da 3ª Região para o exame da admissibilidade do recurso convertido.

Às fls. 214/215 foi admitido o processamento do recurso especial, dando-se vista ao recorrido, que não se utilizou do prazo (folhas 217vº).

Trata-se de Embargos à Execução Fiscal proposta pelo Espólio de Francisco Pieretti, na execução que lhe foi intentada pelo recorrente.

A decisão monocrática (fls. 82/85) julgou procedente os Embargos, fundado na decadência do direito de constituição do crédito tributário.

O v. acórdão afrontado (fls. 181/187) deu provimento parcial ao apelo para excluir da condenação o pagamento das custas, havendo, entanto, afastada a decadência e reconhecida a prescrição.

É o relatório.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Sempre entendi que as contribuições previdenciárias, inclusive o FGTS, têm natureza tributária, porque se enquadram na definição de tributo, do art. 3º do CTN. Não passam elas de uma prestação pecuniária compulsória, criadas por lei, cobradas mediante atividade administrativa, plenamente vinculada e têm como hipótese de incidência um fato lícito e são reguladas pelo art. 217, IV, do CTN. Na sua cobrança aplica-se o disposto no art. 174 do CTN que revogou o art. 144 da Lei nº 3.807/60. Era este o entendimento predominante no TFR e já está consagrado neste E. Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais nº 1.311-PI, DJ de 06.08.90, 2.111-SP, DJ de 01.07.91, 2.252-SP, DJ de 23.04.90 e 5.043-SC, DJ de 12.11.90. No caso, os períodos das contribuições julgadas extintas pelo julgador monocrático em sua bem lançada sentença de fls. 30/37, são anteriores à Emenda Constitucional nº 08/77 e à Lei 6.830/80, sendo irrelevante a discussão, se prescreve em cinco ou trinta anos a ação para a cobrança das contribuições previdenciárias, inclusive do FGTS. Sempre sustentei que uma lei ordinária (Lei 6.830/80), não tem força para alterar uma lei complementar (Lei 5.172/66) e se a matéria de prescrição das contribuições previdenciárias, inclusive para o FGTS é regulada pelo Código Tributário Nacional, ela só poderia ser alterada por outra lei complementar e não por uma lei ordinária. Do contrário, teríamos de admitir a possibilidade de uma lei ordinária ser alterada por um decreto, uma lei complementar ser alterada por uma lei ordinária ou mesmo a Constituição por uma lei complementar e isso é inadmissível. A vigente Constituição Federal, em seu art. 146, III, *b*, dispõe que cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência. Com isto cai por terra, o argumento, às vezes usado, de que matéria tributária sobre prescrição não é de lei complementar.

Por isso, peço vênia para continuar entendendo que as contribuições previdenciárias continuam com seu caráter tributário e, como tal, na sua cobrança, sujeitam-se ao prazo prescricional de cinco anos, mesmo após o advento da Lei 6.830/80.

Nego provimento ao recurso.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Pedi vista no presente processo, que apresenta recurso especial contra a declara-

ção judicial da prescrição quinquenária para a ação de cobrança das contribuições do FGTS — Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

O eminente relator, Ministro GARCIA VIEIRA, subscreveu a tese de serem tais contribuições de índole tributária, aplicando-se-lhe em consequência o prazo do artigo 174 do Código Tributário Nacional (CTN).

Em que pesem os doutos argumentos do Ministro relator, peço vênia para deles discordar.

No Recurso Extraordinário nº 100.249-2-SP, o Colendo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 02 de dezembro de 1987, julgou por maioria de votos, vencido o Ministro relator, que ditas contribuições não têm natureza jurídica de tributo. O insigne Ministro NÉRI DA SILVEIRA, que proferiu o voto condutor do acórdão, assim o ementou:

“Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Sua natureza jurídica. Constituição, art. 165, XIII. Lei nº 5.107, de 13.9.1966. As contribuições para o FGTS não se caracterizam como crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis. Sua sede está no art. 165, XIII, da Constituição. Assegura-se ao trabalhador estabilidade, ao fundo de garantia equivalente. Dessa garantia, de índole social, promana, assim, a exigibilidade pelo trabalhador do pagamento do FGTS, quando despedido, na forma prevista em lei. Cuida-se de um direito do trabalhador. Dá-lhe o Estado garantia desse pagamento. A contribuição pelo empregador, no caso, deflui do fato de ser ele o sujeito passivo da obrigação, de natureza trabalhista e social, que encontra, na regra constitucional aludida, sua fonte. A atuação do Estado, ou de órgão da Administração Pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica torná-lo titular do direito à contribuição mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo Poder Público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o Estado, quando aciona o empregador, valores a serem recolhidos ao Erário, como receita pública. Não há, aí, contribuição de natureza fiscal ou parafiscal. Os depósitos da FGTS pressupõem vínculo jurídico, com disciplina no Direito do Trabalho. Não se aplica às contribuições do FGTS o disposto nos arts. 173 e 174, do CTN. Recurso extraordinário conhecido, por ofensa ao art. 165, XIII, da Constituição, e provido, para afastar a prescrição quinquenal da ação.”

Releva salientar que esse entendimento vale mesmo para o interregno anterior à Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977. Já a Emenda nº 18, de 1º de dezembro de 1965, à Constituição de 1946, estabeleceu que o sistema tributário nacional compunha-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria, no que foi seguida pela Carta de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, e pelo Código Tributário Nacional, de 1966.

Por evidente exclusão, a contribuição em causa só poderia ser, com esforço, considerada imposto. As taxas requerem o exercício do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e indivisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Já as contribuições de melhoria pressupõem obra pública de que decorra valorização imobiliária. Não se prestam, portanto, à caracterização do instrumento *sub examen*.

A inclusão, no CTN, do artigo 217, operada pelo Decreto-lei nº 27, de 14 de novembro de 1966, não tem o condão de convolar as contribuições ali citadas em entes tributários. Não se pode dizer que esse dispositivo determine o tratamento delas como tributos nem que estejam reguladas pelo artigo.

Apenas diz-se, no artigo 217 do CTN, que as disposições daquele Código não excluem a incidência e exigibilidade das contribuições que menciona, dentre as quais a referente ao FGTS (inciso IV).

O próprio Decreto-lei nº 27/66, em seus *consideranda*, trata as contribuições em questão como “contribuições para fins sociais”, justificando-se para que não restasse dúvida de que elas remanesciam em vigor, ou seja, que não estavam incluídas no sistema tributário então redesenhado pelo novel Código.

Após a Emenda nº 1/69, o artigo 21, § 2º, consignou em seu inciso I que a União poderia instituir contribuições no interesse da Previdência Social, não lhes mandando aplicar as disposições constitucionais tributárias, ao inverso do que fez com os empréstimos compulsórios, referidos logo a seguir, no inciso II.

Note-se que a orientação do Pretório Excelso, no sentido de considerarem-se como de caráter tributário as contribuições previdenciárias no período entre o Decreto-lei nº 27/66 e a Emenda nº 8/77 (Revista Trimestral de Jurisprudência nº 87, pp. 273/274), não se aplica ao FGTS, que tem feição diversa.

E discorre o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, naquele recurso:

“Não há compreender, desse modo, as contribuições para o FGTS como caracterizando crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis. Sua sede está no art. 165, XIII, da Consti-

tuição. Assegura-se ao trabalhador estabilidade, ou fundo de garantia equivalente. Dessa garantia promana, assim, a exigibilidade pelo trabalhador do pagamento do FGTS, quando despedido. Cuida-se de um direito do trabalhador. Dá-lhe o Estado garantia desse pagamento. A contribuição pelo empregador, no caso, é obrigação que deflui do fato de de ser ele o sujeito passivo da obrigação, que encontra, na regra constitucional aludida, sua fonte. É garantia de índole social do trabalhador, assim inscrita no art. 165, XIII, da Lei Maior. Ao Estado cumpre fazê-la respeitada e cumprida por quem obrigado a satisfazê-la; no caso, o empregador. A atuação do Estado, ou de órgão da Administração Pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica, qual se referiu, torná-lo titular do direito à contribuição mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo Poder Público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o Estado, na espécie, para si, a contribuição. Em realidade, não há, aí, contribuição de índole fiscal ou parafiscal.

“Disse-o, com precisão, o saudoso Ministro RODRIGUES ALCKMIN (RTJ 68/243):

“Aliás, o próprio reconhecimento da legitimidade ativa do empregado para reclamar depósitos a serem feitos em seu nome (Lei 5.107/66, art. 21) exclui, a meu ver, a pretendida adequação da natureza tributária a esses depósitos”.

“É de ver, outrossim, que os depósitos do FGTS pressupõem vínculo jurídico, com disciplina no Direito do Trabalho. À empresa, nessa linha, cabe complementar o depósito para ser atingido o valor da indenização devida ao empregado (Lei 5.107/66, art. 16. § 1º). Quanto ao tempo anterior à opção pelo FGTS, há responsabilidade da empresa pela indenização. Como direito social do trabalhador, *ut* art. 165, XIII, da Lei Maior, não é possível atribuir ao *quantum* do depósito do FGTS natureza tributária. Os órgãos da Previdência Social, enquanto representam o Estado, na fiscalização e garantia desse direito, com vistas à efetivação regular dos depósitos e inclusive sua cobrança, não se transmudam em sujeito ativo do crédito daí proveniente. O Estado intervém, para assegurar o cumprimento da obrigação por parte da empresa em proteção ao direito ao trabalhador. Não se cuida, aí, de crédito tributário, nem previdenciário, este a semelhança das contribuições para atender aos encargos previstos no art. 165, XVI, da Constituição. No caso, se se quisesse encurtar o prazo para exigir o recolhimento das contribuições para o FGTS, o que, em realidade, se estaria atingin-

do era o direito do trabalhador, cujo depósito de que titular, assim, resultaria desfalcado.”

Por fim, cito ainda trecho do sucinto voto-vogal do Ministro FRANCISCO REZEK nesses autos:

“Invoco, aqui, o ensinamento doutrinário do Ministro Balleiro. Receita pública é todo ingresso que, adentrando o erário, o tesouro público, sem nenhuma condição ou correspondência no passivo, vem acrescer seu vulto como elemento novo e positivo. Penso ser essa, quase que literalmente, a lição do grande mestre. Dessarte, eu não saberia como vislumbrar tributo naquilo que sequer é receita pública. O só fato de tratar-se de algo que se deve recolher obrigatoriamente não basta para determinar a natureza tributária do recolhimento.”

Destarte, por todo o exposto, não considero aplicável às contribuições para o FGTS o prazo prescricional de cinco anos do artigo 174 do CTN, prevalecendo a prescrição trintenária (Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, artigo 144; Consolidação das Leis da Previdência Social — Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976 —, artigo 221; Lei de Execuções Fiscais — Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 —, artigo 2º, § 9º).

Por conseguinte, com a vênia do eminente relator, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É como voto.

VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Também acompanho o Eminentíssimo Ministro Demócrito Reinaldo, *data venia* do entendimento do Ministro Garcia Vieira, Relator. Para tal farei juntar voto nesse sentido. (REsp nº 10.667-SP).

É como voto.

ANEXO

RECURSO ESPECIAL Nº 10.667 — SP
(Registro nº 91.85804)

VOTO — VISTA

O EXMº SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Em 11 do mês em curso, foi trazido à baila, através de dois feitos — REsp 12.801-MG e REsp

10.667-SP, cujos relatores respectivamente são os Exmos Srs. Ministros Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo, a questão atinente do FGTS e sua conceituação jurídica: se tributo ou contribuição de caráter social.

Defende o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira, com a juridicidade que sempre orna seus pronunciamentos o caráter jurídico de Tributo do FGTS, devendo, portanto, submeter-se ao regime Tributário, sofrendo de consequência, os efeitos da prescrição quinquenal.

D'outra parte, o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo faz coro a jurisprudência emanante do eg. S.T.F., onde se firmou o entendimento de que ditas arrecadações configuram contribuições de caráter eminentemente social, não se subornando ao quinquênio prescricional e sim ao prazo trintenário.

Dada a divergência, e em caráter de preventividade, pedi vista dos autos para melhor apreciar a *quaestio*.

Na existência do egrégio Tribunal Federal de Recursos, em razão de discussões congêneres, editaram-se as Súmulas nºs 107 e 108 que aplicavam o prazo prescricional de 05 anos às contribuições previdenciárias, nelas inseridas aquelas destinadas ao FGTS.

Tal entendimento perdurou uniformemente por grande lapso de tempo, até que em dado momento o Exmo. Sr. Ministro Pádua Ribeiro, levantando a hipótese jurídica do cunho social de tais contribuições (FGTS) resgatou a impossibilidade de os mesmos submeterem-se ao crivo do CTN, já que não se destinavam ao Estado, com finalidade de bem coletivo, mas eram individualizados à conta do respectivo titular, destinados a garantir a reparação de possível infortúnio profissional do beneficiário.

Neste mesmo diapasão posicionou-se o Eg. Supremo Tribunal Federal, como se observa dos precedentes transcritos no REsp 12.801-MG, v.g. — fls. 88/89 —

“Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Natureza da contribuição social, prevista no número X do artigo 43, da Carta da República, para custeio do encargo previsto no nº XIII do seu artigo 165.

Definida a natureza do FGTS, pelo Plenário da Suprema Corte, no julgamento do RE 100.249, em sessão de 02.12.87, pacificado fica o entendimento que não se aplica às contribuições a prescrição quinquenal prevista no Código Tributário Nacional, mesmo para os créditos relativos ao período anterior à Emenda Constitucional nº 8, de 1977.

Recurso conhecido e provido” (RE 114.386-0-RJ — Rel. Min. Carlos Madeira — DJ de 12.02.88 — pág. 1.933).

“Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Natureza Jurídica. Prescrição. Decadência.

Ao julgar, recentemente, o RE 100.249, o Plenário desta Corte, por maioria de votos, entendeu que as contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) não são contribuições previdenciárias, mas, sim, contribuições sociais, que, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 8/77 não tinham natureza tributária, razão por que não se lhes aplica o disposto nos artigos 173 e 174 do C.T.N.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 114.252-9-SP — Rel. Min. Moreira Alves — DJ de 11.03.88 — pág. 4.747).

“Contribuições devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, não configuram espécies de tributo, sendo alheias, à sua disciplina, as normas estabelecidas, pelo Código Tributário Nacional, a respeito da prescrição e da decadência. Precedente do Tribunal Pleno (RE 100.249).

Recurso provido, para afastar a prescrição (art. 174 do C.T.N.)” (RREE 112.888-7-SP e 112.697-3-MG — Rel. Min. Octávio Gallotti — DJ de 11.03.88 — pág. 4.746).

“Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Contribuição estritamente social, sem caráter tributário. Inaplicabilidade à espécie do art. 173 do C.T.N., que fixa em cinco anos o prazo para constituição do crédito tributário.

R.E. conhecido e provido para se afastar a declaração de decadência.

Precedente do Plenário. (RE 110.012-5-AL — Rel. Ministro Sydney Sanches — DJ de 11.03.88 — pág. 4.745).

“FGTS — Recusada a natureza tributária da contribuição, não ocorre a prescrição quinquenal do art. 174 do Código Tributário Nacional (julgamento do RE 100.249 — Pleno).

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (REE 114.372-0-RN e 109.613-6-SP-Rel. Min. Oscar Corrêa — DJ de 26.02.88 e 12.02.88 — págs. 3.195 e 1.991.”

É incontestado que à jurisprudência do eg. STF pode-se opor inconformismo, mas desconhecê-la é albergar dissenso jurídico nas decisões emanadas desta Casa.

Diante do exposto, entendendo que as contribuições para o FGTS guardam o caráter restrito de Contribuição Social, e, por isso, não se submetem ao prazo prescricional da CTN, voto no sentido de expurgar tal quinquênio prescricional sobre o FGTS.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.779 — MS — (9100116700) — Rel.: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Rel. p/Acórdão: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Recdo.: Francisco Pieretti — Espólio. Advs.: Solange Maria C. de Souza Campello e outros e Nelson Pereira e outros.

Decisão: A Primeira Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro-Relator, deu provimento ao recurso (julgado em 02.10.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



RECURSO ESPECIAL Nº 11.873 — SP

(Registro nº 9100119415)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Leonor Frungillo e outro*

Advogados: *Drs. Ana Shirley Macedo Falcão (recte.), Maria Elena Miranda Vedovato e outros (recdo.)*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. ADICIONAIS DE MAGISTÉRIO. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA.

PROCESSUAL CIVIL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. SUPRESSÃO. OFENSA AO ART. 475 DO C.P.C. CARACTERIZAÇÃO.

I — No caso, não se acha caracterizada a prescrição do fundo do direito. Inocorrência de ofensa ao art. 1º do Decreto 20.910, de 1932.

II — Afastada a prescrição declarada pelo Juízo de primeiro grau, não pode o Tribunal, entendendo não prescrita a ação, adentrar no exame dos demais aspectos da causa não apreciados e decididos por aquele Juízo. Se assim fez, excedeu os limites da devolução, negando vigência ao art. 475 do C.P.C.

III — Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de outubro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: LEONOR FRUNGILLO E AURORA FRUNGILLO GUERRA propuseram ação sumaríssima contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em que pediram fosse a ré condenada a retificar o seu enquadramento no regime da Lei Complementar nº 444, de 1985, de modo que os pontos obtidos antes do advento da Lei Complementar nº 180, de 1978, fossem consignados nos seus prontuários a título de adicionais de magistério e, ainda, a pagar-lhes as diferenças de vencimentos, vencidas e vincendas, com os acréscimos legais.

A sentença julgou a ação prescrita (fls. 122-124) e o acórdão da Segunda Câmara de Férias da Primeira Seção Civil do Tribunal de Jus-

tiça deu provimento à apelação para julgar a ação procedente, considerando prescritas apenas as parcelas pleiteadas anteriores ao quinquênio (fls. 148):

A ação, portanto, é julgada procedente, devendo a Fazenda proceder ao reenquadramento das autoras, como pedido na inicial, pagando os atrasados, observada a prescrição quinquenal das parcelas, com correção desde o ajuizamento e juros da mora a contar da citação, devendo as autoras serem reembolsadas das custas, corrigidas de cada desembolso, computando-se sobre o total apurado em liquidação a verba honorária que fica arbitrada em 10%.

Daí o presente recurso especial, pelas letras *a* e *c*, manifestado pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, sob a alegação de que o acórdão impugnado, ao afastar a prescrição, contrariou o art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, e deu-lhe interpretação divergente da que lhe tem atribuído o Supremo Tribunal Federal; e, ao julgar procedente a ação, decidindo o seu mérito, negou vigência aos arts. 475 e 515 do C.P.C., suprimindo um grau de jurisdição.

Contra-arrazoado (fls. 173-178), o recurso foi admitido (fls. 180), subindo os autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. ADICIONAIS DE MAGISTÉRIO. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA.

PROCESSUAL CIVIL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. SUPRESSÃO. OFENSA AO ART. 475 DO C.P.C. CARACTERIZAÇÃO.

I — No caso, não se acha caracterizada a prescrição do fundo do direito. Inocorrência de ofensa ao art. 1º do Decreto 20.910, de 1932.

II — Afastada a prescrição declarada pelo Juízo de primeiro grau, não pode o Tribunal, entendendo não prescrita a ação, adentrar no exame dos demais aspectos da causa não apreciados e decididos por aquele Juízo. Se assim fez,

excedeu os limites da devolução, negando vigência ao art. 475 do C.P.C.

III — Recurso especial parcialmente provido.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Quanto à prescrição da ação, bem decidiu o aresto impugnado, ao afastá-la. No sentido de que a prescrição, no caso, é apenas das parcelas vencidas, anteriores ao quinquênio contado da propositura da ação, não atingindo o próprio fundo do direito, o acórdão da 1ª Turma, proferido no Recurso Especial nº 2.140-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, assim ementado:

“ADMINISTRATIVO — FUNCIONÁRIO — REVISÃO DE PROVENTOS — PRESCRIÇÃO — CÁLCULO DE GRATIFICAÇÃO.

O litígio não envolve a própria gratificação, sim a aplicação de critério para fixação do *quantum* devido. O venerando aresto hostilizado, afastando a prescrição e determinando ao julgador de primeiro grau o exame de mérito, não merece censura. Não houve a prescrição do fundo do direito.

Recurso conhecido unanimemente e negado provimento por maioria.”

Todavia, o aresto recorrido, ao afastar a prescrição e desde logo julgar procedente a ação, suprimiu o duplo grau de jurisdição, violando os arts. 475 e 515 do C.P.C. A propósito, o decidido por esta Turma no REsp 292-SP, Relator Ministro Carlos M. Velloso, onde se lê na ementa do respectivo acórdão o seguinte tópico:

“Se o Juízo *a quo* deu pela ocorrência da prescrição, não pode o Tribunal *ad quem*, entendendo não prescrita a ação, apreciar os restantes aspectos da causa não apreciados e decididos pelo Juízo de 1º grau, pois estaria a suprimir o exame obrigatório deste último, assim excedendo os limites da devolução”.

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, em parte, a fim de que os autos voltem ao Juízo de 1º grau, para o exame das questões de mérito propriamente dito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.873 — SP — (9100119415) — Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorri-

dos: Leonor Frungillo e outro. Advogados: Dra. Ana Shirley Macedo Falcão (Recte.) e Drs. Maria Helena Miranda Vedovato e outros (Recdos.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 07.10.91 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros José de Jesus, Peçanha Martins e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 12.765 — SP

(Registro nº 91.0014621-8)

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

Recorrente: *União Federal*

Recorrido: *Gabriel de Oliveira Fontão*

Advogados: *Drs. Samira de Vasconcellos Miguel e outros*

EMENTA: DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO (CPC — ART. 475, II) — NATUREZA JURÍDICA E ALCANCE — REFORMATIO IN PEJUS — VEDAÇÃO.

A decisão de primeiro grau contrária à Fazenda Pública constitui o primeiro momento de um ato judicial complexo, cujo aperfeiçoamento requer manifestação do Tribunal.

A decisão monocrática que acumula dispositivos favoráveis e desfavoráveis ao Estado é sentença na parte que o contraria. Os dispositivos favoráveis, quando não atacados em recurso da parte contrária, produzem coisa julgada.

A decisão em remessa *ex officio* alcança somente as partes desfavoráveis ao Estado.

É vedado ao Tribunal, em sede de remessa *ex officio*, ampliar a condenação imposta à União, a título de sucumbência.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Trata-se de repetição de indébito, ajuizada por Gabriel de Oliveira Fontão contra a União Federal, objetivando a restituição de importâncias recolhidas, a título de empréstimo compulsório, instituído pelo DL nº 2.288/86, pela aquisição de veículo automotor; sustentou-se a inconstitucionalidade do tributo, pretendendo-se fosse a restituição acrescida de juros e correção monetária, a partir do efetivo reembolso, além de custas e honorários.

O Juiz Fedederal da 13ª Vara, SP, julgou procedente a ação, condenando a ré nos termos do pedido, arbitrando-se honorários de 8% (oito por cento) do valor da condenação, juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado, além de correção monetária, fls. 38.

Apelou a ré e a Terceira Turma do TRF, da 3ª Região, à unanimidade, negou provimento à apelação e, por maioria, deu provimento parcial à remessa *ex officio*, reformando a sentença para fixar os honorários em 10% (dez por cento) do valor da condenação, fls. 56. Sustentando-se constituir-se a decisão em *reformatio in pejus*, com ofensa ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, foram opostos embargos infringentes, rejeitados, por maioria, pela Segunda Seção do Tribunal, fls. 85.

Adveio recurso especial, com base no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, alegando-se violação aos artigos 512 e 475, II e III, do CPC, ante a

majoração de honorários, sem recurso voluntário da parte *ex adversa* e dissídio jurisprudencial.

O recurso foi admitido pela alínea *a*, subindo os autos a este STJ. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): O TRF da 3ª Região, por sua Terceira Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação da ré e deu provimento parcial à remessa oficial, para majorar os honorários de 5% (cinco por cento) para 10% (dez por cento) do valor da condenação. Neste ponto, questiona-se a licitude, dada a ausência de recurso voluntário da parte *ex adversa*. Alega a União que foram violados artigos 475, II e III, e 512, do CPC.

Debata-se, no caso, a remessa *ex officio*, nova estrutura da velha apelação necessária ou *ex officio* do Código de 1939, art. 822, exatamente porque vencida a União. Embora não se constitua em recurso, como pretendido pela Comissão Revisora do CPC, é providência de integração da sentença, para que esta possa gerar coisa julgada; o duplo grau de jurisdição é o resguardo dos interesses das entidades arroladas no art. 475, daí a inadmissibilidade de reforma da sentença, em desfavor de seus beneficiários.

Neste processo, agita-se interessante controvérsia: pode o Tribunal de Segundo Grau — no exame de remessa *ex officio*, reformar sentença proferida contra a União, tão-somente para elevar o valor da condenação por esta sofrida?

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região entendeu ser possível a reforma pejorativa.

Chegou a esta conclusão, através de interessante linha de raciocínio, que se pode assim resumir:

- a) a teor do Código de Processo Civil, a decisão de primeiro grau, proferida contra o Estado, não constitui sentença mas simples proposta de prestação jurisdicional;
- b) se não é sentença, nela não há condenação;
- c) assim, pode ser reformada em qualquer sentido, sem ofensa à vedação de *reformatio in pejus*.

No sistema concebido pelo Código de Processo Civil de 1973, sentença é a decisão que põe termo ao processo (Art. 162, § 1º).

Se a decisão contrária ao Estado não é terminativa, sentença não é.

A decisão do Juiz de primeiro grau constitui, em realidade, o primeiro momento de um ato prejudicial complexo, cujo aperfeiçoamento requer a manifestação de dois órgãos: o juiz singular e o Tribunal.

Assim, quando modificar o esboço da decisão que lhe é oferecido, o Tribunal não está reformando uma sentença, em desfavor do recorrente. Estará ajustando a proposta, à sentença que entende correta.

Em primorosa e ilustrada declaração de voto, a Juíza Anna Maria Pimentel expõe respeitáveis argumentos lógicos e jurídicos em favor da proposição adotada pelo Tribunal Paulista.

A tese é sedutora.

Parece-me, contudo, que ela não traduz a melhor interpretação do fenômeno “duplo grau de jurisdição”.

A meu ver, o Art. 475 do Código Adjetivo subordina ao duplo grau, tão-somente os dispositivos da sentença desfavoráveis ao Estado, e na medida em que sejam desfavoráveis.

Se determinada decisão contém dispositivos favoráveis e desfavoráveis ao Estado, ela é, na realidade, uma entidade híbrida: é sentença na parte em que favoreceu o Estado e simples esboço, na parcela em que o desfavorece.

Os dispositivos que beneficiam a Fazenda Pública, se não atacados pela parte contrária produzem coisa julgada:

Já aqueles que contrariam o interesse estatal, dependem da confirmação pelo Tribunal.

Assim, a revisão *ex officio* deve limitar-se aos dispositivos desfavoráveis à Fazenda.

Se entender que determinada condenação do Estado foi exageradamente forte, o Tribunal pode reduzi-la à medida que entenda correta.

A recíproca, contudo, não é verdadeira: ao considerar que uma condenação é suave em demasia, o Tribunal estará, logicamente, reconhecendo que ela é favorável ao Estado. Não poderá, logicamente, tomar conhecimento da remessa *ex officio*.

Na hipótese, o Tribunal entendeu que a fixação dos honorários, feita no Juízo monocrático, foi generosa para com a União.

Ora se assim ocorreu, aquela parte do dispositivo não terá sido “proferida contra a União”, mas em favor dela.

Como não houve recurso da parte desfavorecida, operou-se coisa julgada.

O Código vigente não agasalha norma expressa proibitiva ou autorizante da *reformatio in pejus*, colocando-se a doutrina, pacificamente, no sentido da proibição, posição reforçada, aliás, com a introdução no sistema recursal do **recurso adesivo**. Acresce salientar “em prol da proibição da *reformatio in pejus*, no processo civil brasileiro, que tanto quanto o juiz de primeiro grau, o órgão colegiado de segundo ou superior escallão apesar de investido dos mesmos poderes para reconhecer do processo e da lide, não pode manifestar-se sobre o que não constitua objeto do pedido — do “pedido de nova decisão” (cf. art. 514, III c/c os arts. 128 e 460, também do Código de 1973);” (Rogério Lauria Tucci, Curso de Direito Processual Civil, Vol. III, 1980, pág. 297).

O eminente Moacyr Amaral dos Santos, por seu turno, assim orienta:

“A proibição baseia-se em dois princípios que no caso vivem harmônicos e inseparáveis: o princípio da sucumbência e o princípio dispositivo.

Por aquele princípio, somente o sucumbente pode recorrer, daí resultando que o recorrente só recorre do que lhe é desfavorável. Na apelação parcial, o apelante recorre da parte que lhe é desfavorável na sentença. Por outro lado, o recurso de apelação se rege pelo princípio dispositivo: o sucumbente recorre se quiser. Por isso a apelação é voluntária. A parte que não recorre, porque não quis, conformou-se com a decisão. *Se ambas as partes parcialmente vencidas podiam recorrer, mas apenas uma recorreu, e o faz para obter decisão mais favorável, seria injusto e mesmo ilógico, piorar-lhe a situação em benefício do adversário que se conformou com a decisão. Considere-se, outrossim, que na apelação o recorrente formula um pedido, qual o de reforma da decisão para melhor. Sobre esse pedido deve pronunciar-se o juízo ad quem, acolhendo-o ou rejeitando-o. Reformando para pior, estaria decidindo extra petita*” (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º vol. 1984, pág. 114/115, grifei).

Na espécie, a par da remessa *ex officio*, que se fazia impositiva, recorreu a União, enquanto a parte *ex adversa*, por não apelar, demonstrou satisfação.

No Tribunal Federal de Recursos onde se decidiu pela inconstitucionalidade do empréstimo compulsório (AMS nº 116.582-DF), no âmbito do duplo grau de jurisdição, reformou-se a sentença remetida, para re-

duzir os honorários à taxa de 5% (cinco por cento), e, a 10% (dez por cento), como a exemplo, as Apelações Cíveis nº 126.828-CE e 154.662-MG, de que foram Relatores os Exmos. Srs. Ministros Miguel Ferrante e Geraldo Sobral, respectivamente:

“Mandado de Segurança — Empréstimo Compulsório — Decreto-Lei 2.288/86 — Honorários Advocatícios.

Inconstitucionalidade do empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei 2.288, de 1986. Decisão plenária do Tribunal Federal de Recursos.

Redução da verba de patrocínio.

Apelação improvida.

Sentença, parcialmente reformada.” (DJ de 27-04-89)

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. AUTOMÓVEIS. DECRETO-LEI Nº 2.288/86, ART. 10. JUROS. HONORÁRIOS.

I — Inconstitucionalidade da cobrança do empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei nº 2.288/86, declarada pelo Plenário desta egrégia Corte, quando do julgamento da AMS nº 116.582-DF (9567291), sessão do dia 13-10-88, Rel. Ministro PEDRO ACIOLI.

II — Os juros de mora devem ser calculados a partir do trânsito em julgado da sentença, *ex vi* do disposto no art. 167, parágrafo único, do CTN.

III — Honorários advocatícios, *in casu*, reduzidos para 10%, sobre o valor da condenação devidamente corrigido, tendo em vista a orientação desta Corte.

IV — Remessa oficial, dada como interposta, parcialmente provida e apelação desprovida. (DJ de 11-04-89).

Já no RE 100.034-PE, de que foi Relator o Min. Rafael Mayer (RTJ 108/1.266), referindo a voto proferido no RE 70.944, pelo Min. Amaral Santos, tem-se que: “**à evidência não pode o Tribunal reconhecer de recurso de ofício e quanto ao mérito provê-lo em prejuízo da parte em favor de quem foi instituído** (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, etc.) RTJ — 59/101, grifei.

A ordenar a tese sob exame vale citar:

“Recurso *Ex Officio*. Duplo grau de jurisdição. Sentença proferida contra o Estado (art. 475, II do CPC). Efeito do provimento. Preclusão. CPC, art. 473. O recurso de ofício

das sentenças contrárias à Fazenda Pública somente a esta aproveita, sem devolver a parte da decisão que lhe favoreceu em relação à qual ocorre preclusão se a parte adversa não recorre, sob pena de *reformatio in pejus*. Recurso extraordinário conhecido e provido” — RE 100.034-PE, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 108/1.266.

“Remesa *ex officio*. Não pode redundar em prejuízo da Fazenda, em cujo favor foi instituída. Recurso Extraordinário de que se conhece, para dar-lhe provimento”. RE-105.345-SP, Rel. Min. Octávio Galloti, RTJ 114/913.

“Não pode o Tribunal conhecer de recurso de ofício e quanto ao mérito provê-lo em prejuízo da parte em favor da qual foi instituído — União, Estado, Município, Distrito Federal, Territórios, etc. — a não ser que se verifique nulidade insanável, porque, nesse caso, tratar-se-ia de interesse de ordem pública, em benefício do qual foi ele também instituído. O recurso de ofício só beneficia a parte da qual a Lei o instituiu”. (Ac. unân., da 2ª T. do STF de 14-4-77) — RE 86.187-MG, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ de 13-5-77, pág. 3.089.

O Tribunal Regional Federal ao majorar os honorários contradita a inteligência do § 4º do art. 20, do CPC, a que invoca no acórdão, e se insere no § 3º, que não diz respeito à fixação dos honorários nas causas em que a Fazenda Pública é vencida. Este entendimento é consoante, aliás, ao voto do Ministro Rodrigues Alckimin, RE 82.133 de que foi relator, onde sustenta:

“(...) se o *caput* do § 3º integrasse a determinação contida no parágrafo seguinte, isto é, se a condenação em honorários devesse ser fixada entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, desnecessário seria o próprio § 4º, pois bastaria o § 3º para critério de incidência da verba em todos os casos.

Entretanto, o que se torna claro ante a leitura do Código é que este abriu exceções à regra geral dos honorários entre 10% e 20% sobre o valor da condenação, exceções estas constantes do § 4º em questão.”

Desse entendimento decorreu o seguinte acórdão:

“Honorários de Advogado — O § 3º, *caput*, não incide nos casos excepcionais do § 4º do artigo 20 do Código de

Processo Civil — A Fazenda Pública vencida — Princípio da equidade do juiz — Recurso Extraordinário não conhecido”. (STF — RTJESP, 41/101).

Ressalvando ofensa ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum* e constituir-se a decisão majoritária dos honorários em *reformatio in pejus*, acautelou-se a União, na interposição de Embargos Infringentes, rejeitados, por maioria.

Ante todo o esposado, resulta inquestionável o prejuízo da ora Recorrente com a majoração da verba honorária, caracterizadora, a meu entender, da *reformatio in pejus*.

Entendo que a fixação dos honorários em valor inferior a dez por cento implica em efetiva condenação do vitorioso.

Ninguém desconhece que, na tradição brasileira, os honorários de advogado correspondem normalmente a vinte por cento do valor da lide. Em situações especiais, este valor se reduz a dez por cento.

Ao condenar a sucumbente no pagamento de cinco por cento, o Judiciário estará, em verdade, condenando o vitorioso a arcar com a diferença entre este montante e aquele por ele ajustado com seu patrono.

Acredito que a reforma da sentença melhor traduziu o espírito que gerou o Art. 20 do CPC.

Infelizmente, a vedação da *reformatio in pejus* impede a manutenção do Acórdão recorrido.

Dou provimento ao Recurso, para restaurar a Sentença de Primeiro Grau.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.765 — SP — (91.0014621-8) — Relator: O Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: União Federal. Recdo.: Gabriel de Oliveira Fontão. Advs.: Samira de Vasconcellos Miguel e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (Primeira Turma, 23-10-91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli e Demócrito Reinaldo. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECUROS ESPECIAL Nº 13.399 — RJ
(Registro nº 91.0015749-0)

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

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorrido: *Eliseu Franklin de Andrade*

Advogados: *Drs. Rubem de Farias Neves Júnior e outros, Mário Carvalho de Jesus e outros*

EMENTA: PROCESSO CIVIL — AÇÃO RESCISÓRIA — FUNDAMENTO LEGAL DIVERSO DAQUELE INDICADO PELO AUTOR — ART. 485 DO CPC.

Ao juiz incumbe dizer o direito aplicável aos fatos.

Não merece reparo o acórdão que, sem delirar da narrativa nem do conjunto probatório, fundamenta-se em dispositivo legal diverso daquele indicado na inicial.

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, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Eliseu Franklin de Andrade ajuizou ação rescisória contra a Caixa Econômica Federal, com base no art. 485, incisos III, V e VII, do Código de Processo Civil, objetivando a desconstituição de julgado do Tribunal Federal de Recur-

sos, que considerou legítima a anulação de sua reintegração como funcionário estatutário da Ré, entendendo-a ordenada após consumada a prescrição quinquenal.

Em juízo rescindente, declarou-se, por maioria de votos, a procedência do pedido, sob a fundamentação do voto proferido pelo E. Ministro Gueiros Leite, lavrado o acórdão pelo E. Ministro Adhemar Raymundo nestes termos:

“PROCESSUAL CIVIL.

Ação rescisória. Não obstante ter o autor, na inicial, indicado o inciso 7º do art. 485 do C.P.C., da exposição fática, ali ínsita, se colhe, indubitavelmente, tratar-se de erro de fato. O fundamento jurídico da demanda (*causa petendi*) não “é a indicação do dispositivo de lei”, mas “o fato ou a série de fatos com que se compõe o direito”. Obrigatoriedade, para o julgador, de fazer a aplicação de lei ao caso concreto, dentro do panorama fático ínsito na inicial. Erro de fato, resultante de atos e documentos da causa” (fls. 472).

A essa decisão opôs o autor embargos de declaração, postulando a admissão da rescisória, com suporte nos incisos III, V e VII, do art. 485 do CPC, invocados na inicial.

Os embargos foram rejeitados às fls. 495-502, ao entendimento de que o recurso implicaria em reexame da causa, situada sob o ângulo do inciso IX do citado artigo.

Com apoio nos votos vencidos opôs a Caixa Econômica Federal embargos infringentes, rejeitados em aresto assim resumido:

“Ação rescisória. Hipótese de “erro de fato, resultante de atos e documentos da causa”. Ação julgada procedente, pela 1ª Seção, por maioria de votos. Embargos infringentes rejeitados” (fls. 610).

Ao v. acórdão opôs a sucumbente embargos declaratórios, por igual rejeitados às fls. 616-621.

Inconformada, interpôs a Caixa Econômica Federal recurso especial, fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, sustentando negativa de vigência ao art. 485, incisos III e VII, do Código de Processo Civil.

Às fls. 656-660 oferece o recorrido objeção de incompetência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região para processar a execução provisória e proferir juízo de admissibilidade do recurso especial.

Não acolhida a objeção, manifestou o autor agravo regimental, ao qual negou-se provimento, ao fundamento de que a competência para o exame de admissibilidade dos recursos especiais, interpostos de decisão do extinto TFR, é da Presidência do TFR (fls. 684).

No Tribunal de origem, admitido o apelo especial, subiram os autos a esta Corte para apreciação da questão federal suscitada.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): O presente recurso especial busca fomento em argüição de negativa de vigência à Lei 5.869/73, art. 485, incisos III e VII, que tratam da rescindibilidade da decisão de mérito, transitada em julgado, nas hipóteses, a saber: dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; e obtenção de documento novo pelo autor, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

No entanto, como ressaltado nas contra-razões do recurso, as normas invocadas não guardam pertinência com a matéria dirimida no acórdão impugnado.

Do articulado na petição recursal induz-se, porém, que o cerne do inconformismo reside na afirmação pelo aresto atacado da possibilidade de conhecimento do pedido em ação rescisória, com base em disposição legal diversa da indicada pelo autor, em face da exposição fática da causa.

Ao que sustenta a recorrente o acórdão recorrido “ao modificar o fundamento jurídico da inicial, desenquadrando o pedido dos incisos III e VII para o inciso IX, do art. 485, do CPC, o fez ilegalmente, pois não pode o juiz dar nova definição jurídica ao que foi lançado na inicial, ocasionando assim um total cerceamento de defesa ao réu” (fls. 625).

O douto voto condutor do v. acórdão na ação rescisória, prolatado pelo Eminentíssimo Ministro Gueiros Leite, analisa magistralmente a espécie, *verbis*:

“Sr. Presidente, o autor propôs a presente ação rescisória nos termos do art. 485, inciso VII, por mero engano, ao confundir a ignorância de documento novo com a ocorrência de erro de fato, resultante igualmente de atos ou documentos da causa.

Daí porque resolvi admitir a ação com apoio no inciso IX, do mesmo artigo, sem me desviar do roteiro dos fatos identificadores da *causa petendi* e que me levaram a esta convicção, em face do princípio de que é indiferente que a lei tenha sido invocada ou não no processo principal, porque nem por isso deixará de ter aplicação.

Se isso ocorre em tema de violação de literal disposição de lei (o que não é a hipótese dos autos), quando o autor deve indicar o texto postergado na decisão rescindenda, tanto melhor em se tratando de mera adequação do remédio judicial ao texto formal, isto é, quando ao invés de se ajuizar a demanda **nos termos** do art. 485, IX, indica-se o inciso VII.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o requisito do prequestionamento não se aplica à rescisória (S.T.F., Pleno, EAR nº 732-8-RJ e outros). Ora, se isso ocorre quanto ao lenho verde o que não se dará no seco. Se o prequestionamento do **fundamento** legal pode ser dispensado, não será por mero equívoco do autor que se lançará fora o seu direito. Acho que o ideal de justiça sobrepujará o princípio da segurança do julgado, tanto mais porque não mais nos encontramos no período formulário do direito imperial romano.

Não estou incorrendo, tampouco, na alteração do **fundamento** jurídico do pedido, nem pretendo aplicar ao caso os aforismos *jura novit curia* ou da *mihi factum dabo tibi jus*, impossíveis com a rescisória. Isso porque não pretendi aplicar o **direito ao fato**, mas utilizar-me de um simples **veículo formal**, pois somente se reputa alterado o pedido se alterado foi o próprio **objeto** da causa.

A explicação encontra-se em CALMON DE PASSOS, o mestre da Bahia:

“Conclui-se, portanto, que, após a qualificação das partes, deve o autor narrar os fatos. Feita a narração dos fatos, seguir-se-á a exposição dos fundamentos jurídicos do pedido, isto é, de como os fatos narrados justificam que o autor peça o que pede. Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, por conseguinte, nada mais significam do que a descrição clara e precisa do acontecimento que foi a razão de ser da demanda e a categorização jurídica desse mesmo acontecimento. A causa de pedir, ensina PONTES DE MIRANDA, supõe o fato ou série de fatos dentro de categoria ou figura jurídica com que se compõe o direito subjetivo ou

se compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo de demandar.”

(Comentários, vol. III, Forense, pág. 143)

E esclarece:

“O *nomen juris* que se dê a essa categoria jurídica ou o dispositivo de lei que se invoque para caracterizá-la SÃO IRRELEVANTES, se acaso erradamente indicados. (*Omissis*). Se o fato narrado na inicial e o que foi pedido SÃO COMPATÍVEIS com a CATEGORIZAÇÃO JURÍDICA nova, ou com o novo dispositivo de lei invocado, não há porque falar em modificação da causa de pedir ou inviabilidade do pedido. (*Omissis*). Se invoco o art. 317, II, do Código Civil, e peço desquite por abandono do lar, mas narro os fatos que caracterizam sevícias ou injúria grave, pode-se decretar o desquite com apoio no art. 317, III, sem ofensa ao princípio da INALTERABILIDADE da causa de pedir. (*Omissis*). Fundamento jurídico da demanda não é a INDICAÇÃO do dispositivo de lei em que se apóia o pedido do autor, sim a natureza do direito pleiteado.” (Autor e obra citados, pág. 144)

Daí porque admito a ação rescisória, nos termos do art. 485, inciso IX, §§ 1º e 2º, para no mérito julgá-la procedente, por achar que a respeitável decisão da Egrégia 1ª Turma está fundada em erro de fato resultante de documentos e atos da causa, ao arrepio do que considerou inexistentes fatos que efetivamente ocorreram, alguns, e outros não.

Senão, vejamos.

O presidente da Caixa Econômica Federal, julgando recurso interposto pelo autor, que pretendia **além** da reintegração já concedida pelo Conselho Administrativo da empresa, efeitos patrimoniais em atraso, **reformou** totalmente a decisão do Conselho, em julgamento de recurso parcial do servidor. Assim, transformou recurso de defesa em recurso de acusação, com inquestionável *reformatio in pejus*. A iniquidade consubstanciou-se na Portaria nº 293/71, ferindo aquele tradicional e sempre consagrado princípio. A demissão, resultante do ato e devido a um pretendido abandono de emprego, entende-se como **penalidade**, mesmo de índole administrativa disciplinar.

No recurso do autor — conforme foi acentuado de início — só se questionavam os efeitos patrimoniais da reintegração. Desse

modo, outra matéria não poderia ser ventilada, mas foi. O presidente da C.E.F., tendo em vista resolução da Diretoria tomada em sessão de 1º de abril de 1971, reexaminando o próprio mérito da decisão do antigo Conselho Administrativo resolveu restabelecer a remota demissão do autor. Mas, na dúvida sobre a procedência desse fundamento, acrescentou a seguinte razão:

“... decorridos aproximadamente 7 (sete) anos, recorreu o ex-servidor, solicitando revisão de inquérito, a qual, embora sem fundamentação legal, pois não aduziu fatos ou circunstâncias que justificassem sua inocência (art. 233 da Lei nº 1.711, de 1952), foi aceita e processada (*Omissis*).” (Fls. 106)

A ilustre Dra. MARIA RITA SOARES DE ANDRADE, quando ainda juíza federal no Rio de Janeiro, concedeu mandado de segurança ao servidor malgrado, decretando a nulidade da Portaria nº 293//71, sem mencionar o detalhe pertinente à suposta prescrição administrativa do pedido revisional. Observou apenas que, se a Administração pode rever os seus próprios atos, por certo o fará, mas não subvertendo princípios jurídicos (fls. 203/204).

Mas ao ser submetida a sentença ao crivo da Egrégia 1ª Turma, eis que a mesma, por maioria, decidiu confirmar o ato do presidente da C.E.F., sob o fundamento de que, estando a revisão do inquérito administrativo sujeita à prescrição quinquenal, legítimo seria o ato que anulou a reintegração de funcionário, ordenada depois de consumada a prescrição (fls. 192). Para tanto fazer, a Turma alegou inexistir a *reformatio in pejus*, na anulação *ex officio* pelo Presidente da Caixa, **ao tomar conhecimento do ocorrido**, embora através de recurso interposto pelo funcionário contra u'a condição imposta para a reintegração (fls. 192).

Data venia da ilustre maioria na Turma, essa foi, na realidade, uma das mais melancólicas decisões judiciais com que me tenho deparado nestes últimos tempos. Não questionarei, contudo, a sua iniquidade, mas tenho o dever de repeli-la por duas inelutáveis razões, que se enquadram no art. 485, inciso IX, §§ 1º e 2º, do CPC, a saber:

a) Não é verdade, *data maxima venia*, que o antigo presidente da C.E.F., Sr. GIAMPAOLO MARCELLO FALCO, desconhecesse os fatos que deram lugar à decisão do Conselho Administrativo. A fidelidade aos **fatos existentes** nos manda recordar

que esse mesmo cidadão compunha aquele Conselho e votou pela reintegração, juntamente com outros membros do mesmo colegiado, a saber: os doutores AGUINALDO RODRIGUES DE CARVALHO, ANTONIO RIBEIRO DE ANDRADE e MILTON RODRIGUES DE OLIVEIRA, este relator do voto e também diretor. A duplicidade de procedimento ficou provada nos autos judiciais, por meio do procedimento administrativo apensado. Esses fatos não foram examinados pela 1ª Turma, sendo por isso que incidiu na censura do art. 485, IX, § 1º. Fundou-se em erro de fato, ao admitir um fato inexistente. É melancólico — repita-se — tal comportamento, quando é sabido que a reintegração já estava administrativamente esquecida. E que o único motivo da *reformatio in pejus* teria sido a responsabilidade de alguns dos Conselheiros pelo possível desfalque patrimonial da Caixa, com o pagamento de vencimentos atrasados ao servidor;

b) Não é verdade, tampouco, que, estando a revisão do inquérito administrativo sujeita à prescrição quinquenal, legítimo seria o ato anulatório e aqui impugnado. Essa fundamentação do venerando acórdão cai pela base diante da prova, feita nos autos judiciais. O autor comprova, às fls. 58, haver entregue o documento nº 1, devidamente xerocopiado em catorze folhas, a Da. ALEXANDRA FARES, em 7 de agosto de 1964. Pelo documento nº 2, dirigido igualmente ao presidente da CEF, comprova-se que o autor requereu a remessa dos documentos 1 e 3, conforme recibo assinado também pela mesma funcionária, em 26 de agosto de 1964. O documento 4, subscrito pelo Dr. HELIO BARRETO MATEUS, então presidente da CEF, evidencia a interrupção da prescrição, que somente se consumaria em fins de setembro de 1969, conforme o disposto no art. 169, da Lei nº 1.711, de 1952, tanto mais porque, nos termos do art. 171, da mesma Lei, o pedido de reconsideração e o recurso, quando cabíveis, interrompem a prescrição até duas vezes. Tendo o autor ingressado com o pedido de revisão em 29 de setembro de 1969, conforme consta dos autos (fls. 60), é evidente a interrupção em fins de setembro de 1964, sendo, pois, tempestivo, o pedido, tanto mais que acolhido à unanimidade pelo Conselho Administrativo (fls. 58/59).

Não foi à míngua de advertência e ponderação que tão lamentáveis erros vieram viciar a respeitável decisão rescindenda. Basta ler-se o voto vencido do eminente Ministro PEÇANHA MARTINS, que é auto-explanatório:

"Data venia do eminente Ministro Relator, nego provimento ao recurso para confirmar a decisão recorrida, que examinou e bem decidiu de tudo. E assim decido por também entender que no caso, o ato de demissão foi anulado em virtude de revisão do processo administrativo que lhe deu motivo, revisão que podia ser requerida em qualquer tempo, na forma do art. 233 do Estatuto, nestes termos: "A qualquer tempo poderá ser requerida a revisão do processo administrativo de que resultou pena disciplinar, quando se aduzam fatos ou circunstâncias susceptíveis de justificar a inocência do requerente". A lei reguladora das atividades entre o impetrante e a impetrada não fixou prazo para revisão", que podia ser requerida em "qualquer tempo", inclusive pelos herdeiros do funcionário falecido, ou simplesmente desaparecido, como ainda prescreve o parágrafo único do referido artigo. Não há, pois, como falar-se em prescrição de revisão de inquérito administrativo requerida sete anos após a expedição do ato de exoneração. O disposto no artigo 169 do Estatuto não se refere à revisão do inquérito administrativo, cujo processo, por inteiro, está regulado por um capítulo especial da Lei 1.711. Contudo, mesmo que fosse possível aplicar-se a prescrição quinquenal, a decisão que determinou a reintegração teria implicado em renúncia da prescrição, "ato jurídico pelo qual o titular de um direito dele se despoja", como leciona Clovis. Nem se argumente, por outro lado, que a Diretoria da Caixa impetrada revogou a decisão que reintegrou o impetrante, um ato resultante da má vontade e do capricho que não pode produzir efeitos. É que a Administração pode rever os seus próprios atos, mas desde que eivados de vícios que os tornem ilegais, vícios que se não configuram no que deliberou reintegrar, ato que de nada padece, pois além de praticado por autoridade competente, o Conselho Administrativo obedeceu à forma legal e teve em vista, como motivo para a sua prática, os abusos e irregularidades constantes do inquérito administrativo que serviu de base à exoneração ilegal, como acentuado no voto de fls. 7, *usque* fls. 12, do Sr. Conselheiro Relator." (Fls. 190/191)

Por isso, e com a devida vênias dos colegas que votaram diferentemente, admito a rescisória nos termos do art. 485, IX, §§ 1º e 2º, do CPC, e lhe dou provimento para rescindir a respeitável decisão da Egrégia 1ª Turma, revigorando a jurídica e

humana sentença de 1º grau. Aplico à hipótese o art. 494, quanto à restituição do depósito, e condeno a ré em honorários advocatícios, a base de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa (fls. 16), bem como ao reembolso das custas do processo.

É como voto.”

Não merece censura tão respeitável decisão judicial. Ao revés, como se colhe de sua brilhante fundamentação, lastreada no magistério de grandes mestres do Direito Processual, homenageou o princípio da instrumentalidade do processo, dando-lhe escorreita aplicação em defesa da tutela da liberdade.

A jurisdição distancia-se de sua função social, constitucionalmente definida, ameaçando a própria ordem jurídica, nos momentos em que os juízes, apegados ao formalismo do procedimento, desviam-se do real escopo da prestação jurisdicional.

A meu ver não há no acórdão recorrido cerceamento de defesa, nem tampouco modificação do fundamento jurídico do pedido, pois, este não se expressa pelo dispositivo de lei apontado, mas pelas conseqüências jurídicas decorrentes dos aspectos fáticos narrados pelo autor.

Assim, na relação jurídica processual, a defesa do réu às alegações do autor se faz, fundamentalmente, em razão dos fatos embaixadores da pretensão fundada no direito objetivo.

Acerca do tema preleciona o festejado Barbosa Moreira:

“Constitui-se a *causa petendi* do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção de efeito jurídico por ele afirmado”. E acrescenta o mestre que não há alteração da *causa petendi*, quando o autor, sem modificar o fato ou o conjunto de fatos narrados, naquilo que bastaria para produzir o efeito jurídico pretendido, “invoca em seu favor norma jurídica diversa da primitivamente invocada, desde que o efeito jurídico atribuído à incidência da nova norma sobre o fato ou o conjunto de fatos seja idêntico ao efeito jurídico atribuído na inicial à incidência da norma primitivamente invocada.” (O Novo Processo Civil Brasileiro, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, pág. 19 e 21).

Aliás, esse o entendimento consagrado na jurisprudência desta Corte, consoante se extrai de passagens dos seguintes julgados.

“Inexiste dissenso entre o julgado e o libelo quando considerados exatamente os fatos descritos na inicial, não importando que lhes tenha sido emprestada qualificação jurídica não mencionada expressamente na inicial.” (REsp 1.844 — Relator Ministro Eduardo Ribeiro).

“Causa de pedir — Irrelevância de o acórdão fundar-se em dispositivo legal diverso do indicado pelo autor, desde que considerou os mesmos fatos.” (REsp 1.925 — Relator Ministro Eduardo Ribeiro)

“Segundo esmerada doutrina, *causa petendi* é o fato ou o conjunto de fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor.

Não se verifica alteração da causa de pedir quando se atribui ao fato ou ao conjunto de fatos qualificação jurídica diversa da originariamente atribuída.

Incumbindo ao juiz a subsunção do fato à norma, ou seja, a categorização jurídica do fato, incorre modificação da *causa petendi* se há compatibilidade do fato descrito com a nova qualificação jurídica ou com o novo enunciado legal.” (REsp 2.403 — Relator Ministro Sálvio de Figueiredo).

Poder-se-ia, contudo, objetar que o princípio não tem aplicação no tocante à ação rescisória, vez que revestida de maiores exigências, ante à sua relevância em contrapor a necessidade de segurança das decisões judiciais e o respeito à coisa julgada.

Sobre a questão, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Rescisória 1.037, Relator o Eminentíssimo Ministro Alfredo Buzaid, do qual destaco o seguinte trecho constante da ementa:

“3. Ação rescisória fundada no art. 485, V. Sendo o fundamento da ação rescisória violação a literal disposição de lei, não é possível conhecer do pedido por erro de fato, que é outro fundamento legal (Cód. Proc. Civ. art. 485, IX). As causas de rescindibilidade estão expressamente enumeradas no artigo 485 do Código de Processo Civil. Sendo invocada uma causa de pedir, não pode ser acolhida a ação por outra causa de pedir.

4. As ações se identificam pela causa de pedir, pelas partes e pelo pedido. Não é lícito à parte alterar a causa de pedir, nem ao juiz julgar procedente a ação por causa diversa da invocada pelo autor.” (RTJ-119/506)

Todavia, do exame dos votos proferidos na assentada de julgamento, percebe-se que as alegações deduzidas na inicial não ensejavam a admissão da rescisória por outro fundamento.

Na confirmação de voto do Eminentíssimo Ministro Relator lê-se:

“Ora, toda argumentação da autora se desenvolve não em relação a um erro de fato, mas em vista da violação a literal disposição de lei.

A fundamentação do meu voto está em que ele só poderia propor uma ação rescisória com fundamento em erro de fato, que foi, efetivamente, o que ocorreu. Mas, dando como *causa petendi* a violação literal de disposição de lei — que, na verdade, não ocorreu, — a ação não poderia ser julgada procedente.” (RTJ-119/526)

No mesmo sentido é o pronunciamento do Eminentíssimo Ministro Soares Muñoz, *verbis*:

“Ocorre que a causa de pedir, expressa na petição inicial, não se ajusta a esse defeito do acórdão. O erro em que incidiu a petição inicial não foi só de capitulação do fundamento jurídico do pedido rescisório, mas, também, da narração do fato, uma vez que não o descreve com os requisitos do erro de fato expresso nos §§ 1º e 2º do art. 485 do Código de Processo Civil. Havia em mim a preocupação de examinar a possibilidade de adequar o fundamento dos fatos expresso na petição inicial, à errônea qualificação. Mas essa minha inclinação desapareceu em face da leitura da petição inicial da ação rescisória.” (RTJ-119/527).

No caso dos autos, como bem assinalou o insigne Ministro Gueiros Leite, o autor não obstante postular a desconstituição do acórdão do TFR com base no inciso III, do art. 485 do CPC, desenvolve argumentação consentânea à previsão do inciso IX do citado artigo.

Com efeito, apesar de invocada, na petição inicial, a hipótese de documento novo, o arrazoado deduzido conduz à rescindibilidade do julgado pelo fundamento de erro de fato resultante de documentos da causa, porquanto dirigida a impugnação à decisão rescindenda, por considerar existente um fato não ocorrido.

Na espécie, o aresto recorrido, entendendo que o fundamento jurídico do pedido não se confunde com o artigo de lei apontado, confirmou a decisão proferida na ação rescisória, a qual declarou a procedência do pedido, fundada em pressuposto de erro de fato.

Não há vulneração à lei processual civil em tal decisória. A atividade do juiz, na composição de litígios, está adstrita à causa de pedir, compreendida nos aspectos fáticos a que o autor atribui conseqüências jurídicas, não vinculando-se aos incisos legais invocados, pois a ele incumbe dizer o direito aplicável ao caso concreto.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.399 — RJ — (91.0015749-0) — Rel.: Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Recdo.: Eliseu Franklin de Andrade. Advs.: Drs. Rubem de Farias Neves Júnior e outros, Mário Carvalho de Jesus e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 21.10.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pedro Acioli e Demócrito Reinaldo. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.555 — SP

(Registro nº 910007263-0)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Elias Calil Jorge*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogados: *Dr. Milton Paulo de Carvalho e Dra. Maria Schutzer Del Nero Poletti*

EMENTA: Penal. Crime comissivo por omissão. Negligência. Queda de operário no poço do elevador. Precariedade e inadequação das medidas de proteção. Negligência do engenheiro responsável pela obra. Inobservância do dever de cuidado imposto pelo art. 173, da CLT, consistente em manter as aberturas nos pisos e paredes protegidas de forma a impedir a queda de pessoas ou objetos.

Inexistência de contrariedade à NR-18, baixada pela Portaria 3.214/78, do Ministério do Trabalho, de natureza complementar. O caráter de provisoriedade não significa que a proteção não deva ser projetada de maneira a evitar a queda de pessoas. Ao exigir a proteção provisória dos vãos de acesso às caixas dos elevadores, a norma regulamentar o fez precisa-

mente no sentido de tornar efetivo o comando do art. 173, da CLT.

Dissídio jurisprudencial não caracterizado.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: A espécie foi assim sumariada e decidida na instância de origem:

“Irresignada com a r. sentença de fls. 299, que absolveu o réu ELIAS CALIL JORGE da imputação que lhe foi irrogada como incurso no artigo 121, § 3º, do Código Penal, apela tempestivamente a Justiça Pública pleiteando a condenação do apelado, insistindo na conduta negligente do acusado como causa do acidente no qual encontrou a morte Antônio Ferreira de Souza.

Contra-arrazoado o apelo, em seu parecer a ilustrada Procuradoria-Geral da Justiça opinou por seu improvimento.

É o relatório, suscinto, adotado, no mais o da r. sentença.

Verifica-se através da análise dos elementos de prova colhidos que, no dia 02 de fevereiro de 1986, no prédio em construção, localizado à Avenida Brigadeiro Faria Lima, 2.100, bairro de Pinheiros, nesta Capital, o servente de pedreiro Antônio Ferreira de Souza, que ali também residia, veio a cair por uma abertura na parede, no fundo do fosso destinado à colocação de elevador, que seria, ainda, instalado naquele local, vindo a falecer em razão das lesões corporais que experimentou.

A materialidade do delito encontra-se atestada pelo laudo de exame necroscópico de fls. 10.

Quando do ocorrido era o acusado Elias Calil Jorge o engenheiro civil responsável pela obra (cf. fls. 150, verso).

Pois bem. Constata-se que o réu houve-se no episódio com inafastável negligência, eis que, deixou de observar, nas circunstâncias do caso concreto, o dever de cuidado a que estava obrigado e consistente em manter as aberturas nos pisos e paredes protegidas de forma a impedir a queda de pessoas ou objetos (artigo 173 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação da Lei 6.514, de 1977).

Na qualidade de engenheiro responsável pela obra onde se deu o acidente, cumpria ao réu observar a norma acima mencionada, agindo no sentido de que as aberturas porventura existentes fossem protegidas de molde a evitar a queda de pessoas. Poder-se-ia argumentar que o acusado assim agira determinando a colocação de faixas de madeira (cf. fotografias de fls. 20/23 e 35). Todavia, o que é certo é o fato de que esse tipo de proteção resultou claramente impróprio ao fim a que se destinavam. Tais faixas não poderiam em circunstâncias normais evitar a queda de uma pessoa adulta. Essas proteções deveriam ter sido projetadas, como exige a lei, aliás, de forma a impedir a queda de pessoas ou a de objetos. Como, porém, deixou consignada a perícia técnica (fls. 69/72 com o complemento de fls. 85 e 97) as condições de segurança no local do ocorrido eram precárias e inadequadas.

Portanto, o descumprimento pelo acusado do dever de cuidado a que estava vinculado possibilitou desse ele causa ao evento, que, nessa conformidade, lhe era previsível objetiva e subjetivamente.

Lembre-se, ainda, que o fato comprovado da vítima encontrar-se embrigada (fls. 11) em nada elide a responsabilidade do réu no ocorrido. Além de, em sede penal, inexistir compensação de culpas, tal circunstância, comum em canteiros de obras, estava a demonstrar a necessidade de meios de proteção realmente eficientes e próprios a se evitarem fatos lamentáveis, como aquele ora examinado.

Nestas condições, dá-se provimento ao apelo da Justiça Pública para ter-se o réu ELIAS CALIL JORGE como incurso nas penas do artigo 121, § 3º, do Código Penal.

Atendidas as circunstâncias do artigo 59 do estatuto repressivo, à personalidade do réu e sua culpabilidade, fica a pena corporal fixada em um ano de detenção e, nessa quantidade, definitivamente concretizada à falta do que a modifique.

Estando preenchidos os requisitos legais, defere-se ao acusado a suspensão da pena privativa da liberdade pelo prazo de dois anos. Durante o primeiro ano do período de prova deverá o réu prestar serviços à comunidade em estabelecimento ou instituição que lhe for determinada pelo Juízo da execução. Audiência admonitória em primeira instância.

Custas na forma da lei.”

Com espeque nas alíneas *a* e *c*, do permissivo Constitucional, o réu interpôs recurso especial, alegando, em suma, que a decisão recorrida contrariou o item 18.10.20 da NR-18, baixada pela Portaria 3.214/78, do Ministério do Trabalho, aplicável à espécie, em vez do art. 173, da CLT, por tratar-se de norma específica, além de dissentir de julgados de outros Tribunais.

Sobrevindo juízo negativo de admissibilidade, na origem, manifestou-se agravo de instrumento, nos autos do qual oficiou o Ministério Público Federal, pelo improvimento.

Em petição juntada nesta instância, à guisa de memorial, o recorrente aponta a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em virtude do que pede seja declarada extinta a punibilidade.

Pelo despacho de fls. 166, dei provimento ao agravo, para melhor exame. Contendo o instrumento os elementos necessários ao julgamento do recurso especial, determinei a autuação do agravo como tal, procedendo-se a inclusão em pauta, nos termos do art. 28, § 3º, da Lei 8.038/90 c/c o art. 254, § 2º, do RISTJ.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Cumpre examinar, em primeiro lugar, pela carga de prejudicialidade que encerra, a questão atinente à prescrição.

Na verdade, assiste razão ao recorrente, quando sustenta que o recebimento da denúncia, sendo esta substitutiva de portaria, não tem virtude de interromper o lapso prescricional. De igual modo, ao dizer

irrelevante a circunstância de a denúncia, *in casu*, ter sido recebida já na vigência da nova ordem constitucional, que, entre as atribuições institucionais do Ministério Público, incluiu a de promover, privativamente, a ação penal pública. *Tempus regit actum*.

Sucedo, porém, que a denúncia, na espécie vertente, não se revela substitutiva da portaria, mas genuína. Com efeito, o fato data de 03 de fevereiro de 1986, tendo a autoria permanecido ignorada por prazo superior ao que alude o § 1º do art. 1º da Lei 4.611, de 1965, como ressuma das cotas do órgão do Ministério Público, que se encontram a fls. 23, 24 e 27, dos autos, postos em requerer diligências, na fase inquisitorial, exatamente para estabelecer a autoria do crime, lançadas, respectivamente, em 21.02.87, 29.06.87 e 30.08.88.

Não tendo se operado, pois, a prescrição, por isso que interrompida pelo recebimento da denúncia, passo ao exame das questões suscitadas no recurso.

A alegação de que o acórdão recorrido contrariou o item 18.10.20 da NR-18, baixada pela Portaria 3.214/78, do Ministério do Trabalho, que, ao ver do recorrente, seria aplicável à espécie, em vez do art. 173, da CLT, por tratar-se de norma específica, pende desarrazoada.

Primeiramente, não se cuida de norma específica, e sim de norma complementar, como ressaí do art. 200, da CLT, não arredando, pois, a aplicação do mencionado art. 173, do Código Obreiro.

Em segundo lugar, não se divisa a alegada contrariedade. Eis a disposição inserta no item 18.10.20 da NR-18:

“Os vãos de acesso às caixas de elevadores devem ter proteção provisória até a colocação definitiva das portas.”

Ora, o caráter de provisoriedade não significa que a proteção não deve ser projetada de maneira a evitar a queda de pessoas. Ao exigir a proteção provisória, a norma regulamentar o fez precisamente no sentido de tornar efetivo o comando do art. 173, da CLT.

Certo é, de outra parte, que a conclusão do acórdão encontra apoio na prova técnica produzida, indicativa da precariedade e inadequação da proteção.

Alega, ainda, o recorrente, que a decisão vergastada dissentiu de julgados de outros Tribunais, deixando, no intuito, de observar o disposto no parágrafo único do art. 255, do Regimento Interno deste Tribunal, transcrevendo apenas as ementas dos acórdãos paradigmas.

De qualquer modo, percebe-se prontamente que se distinguem os suportes fáticos.

Tais as circunstâncias, não conheço do recurso. É como voto, Senhor Presidente.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: A infração penal gera relação jurídica entre o Estado e o agente. Em conseqüência, reúnem-se os direitos e deveres contrapostos. Além disso, regem-se pelo princípio — *tempus regit actum*. Há somente uma exceção, por força de mandamento constitucional, ou seja, quando a lei posterior, de qualquer forma, beneficiar o réu.

A prescrição, sem dúvida, é instituto favorável ao delinqüente. A modificação legislativa jamais prejudicará o réu.

A denúncia é fato interruptivo da prescrição. Não o era a portaria, no processo regido pela Lei nº 4.611/65, afetada pela Constituição da República que elegeu como função institucional do Ministério Público — promover, privativamente, a ação que publica, na forma da lei (art. 129, I). A única restrição decorre do art. 5º, LIX, relativa à ação privada (*rec-tuis* — ação penal pública de iniciativa privada).

O crime é a causa da relação jurídica. No dia, é definida também a ação penal. O instituto apresenta aspecto de direito material e direito processual. O primeiro, gera ao delinqüente o direito público subjetivo de ser processado por quem tenha legitimidade para fazê-lo. O segundo enuncia as normas procedimentais.

A portaria (Lei nº 4.611/65), no tocante à prescrição era mais favorável ao réu do que a denúncia, dado não interromper o prazo.

A modificação resultante da Constituição, assim, não alcança as relações jurídicas anteriores à vigência da Lei Maior.

Há, porém, um pormenor relevante ressaltado pelo eminente Relator. A autoria da infração penal, quando ocorrida, não fora determinada. A autoridade policial promovera diligência nesse sentido. Esclarecida a particularidade, em decorrência da data, a ação penal dependeria de denúncia. A legitimidade deslocara-se da autoridade policial para o Ministério Público, pelo comando do art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.611/65, *verbis*:

“Quando a autoria do crime permanecer ignorada por mais de quinze dias, proceder-se-á a inquérito policial e o processo seguirá o rito previsto no art. 539.”

Os dados fáticos não favorecem, *data venia*, o Recorrente.

Houve instauração de inquérito policial, no dia 4/2/86 (fls. 15).

A denúncia ofertada em outubro de 1988 (fls. 14).

Dessa forma, a relação jurídica encerrava, para o caso, o início do processo por denúncia.

Nesse quadrante, jamais foi hipótese de o processo iniciar-se pela portaria. Inexiste, em consequência, afronta ao princípio de incidência incondicional da lei penal mais benigna. Ao tempo do fato, não restou prevalecente a hipótese normativa invocada pelo Recorrente. Não é, pois, caso de denúncia substitutiva. Afasta-se, logicamente, também a adequação da Súmula 607 STF (“Na ação penal regida pela Lei nº 4.611/65, a denúncia, como substitutivo da portaria não interrompe a prescrição”).

Denúncia substitutiva resultou da construção jurisprudencial, com abono do Supremo Tribunal Federal, de admitir denúncia, nos casos típicos do art. 1º, da Lei nº 4.611/65. Raciocinou-se com o princípio da aproveitabilidade dos atos processuais, inexistido prejuízo. Ilustrativamente, o RHC nº 55.501-SP, Relator o Ministro Bilac Pinto. A propósito, fundamentou o ilustre Ministro Soares Muñoz:

“Trata-se de uma construção pretoriana, nascida do princípio processual da fungibilidade das formas, que tem como teto intransponível o art. 563 do Código de Processo Penal: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Ora, atribui-o ao recebimento da denúncia, quando oferecida em substituição à portaria, efeito, contra o réu, que esta não tem, importa em violentar a razão processual que possibilita a utilização da denúncia em lugar da portaria” (RTJ 85/503).

Nessa diretriz, o RE nº 87.260-SP. Relator o saudoso Ministro Cunha Peixoto, exibido pelo Recorrente.

Colho esta passagem:

“Examinando agora com maior profundidade a matéria, vejo que esta é a melhor interpretação a se dar ao art. 117, I, do Código Penal, ficando este inciso, no que se refere à denúncia, restrito aos casos em que a ação penal forçosamente tenha de ser instaurada por ato do Ministério Público, vez que, na hipótese dos autos, tem ela o caráter meramente supletivo da Portaria policial, ajustando-se, conseqüentemente, à natureza técnico-jurídica desta última” (fls. 148).

Denúncia substitutiva se caracteriza porque apresentada em hipótese de portaria. Assim, conhecida a autoria, contudo, não ofertada a portaria no prazo legal. Caso não se desse, na espécie, à denúncia efeitos iguais à portaria, fácil seria prejudicar o réu. Todavia, se a autoria foi desconhecida, outra é a hipótese normativa.

Entender-se-á por autoria desconhecida quando a autoridade não dispuser de elementos para ofertar a portaria. Evidentemente desconhecimento jurídico, ou seja, desde que não fosse imputar a infração penal a alguém.

No caso dos autos, foi instaurado inquérito (fls. 02). Não houve, porém, indiciamento de ninguém. Além disso, o recorrente só foi ouvido por solicitação do Promotor de Justiça, conforme requerimento de 29.06.87 (fls. 24). Aliás, o mesmo órgão do Ministério Público lançou esta cota às fls. 27:

“Observado que os fatos ocorreram há mais de dois anos, e que no período busca-se esclarecer a responsabilidade geral pela morte (cf. desde fls. 35 e 74), **sendo certo que houve crime** (cf. fls. 83), roga-se urgência.”

O v. acórdão colecionado pelo Recorrente às fls. 140/146, *data venia*, não se ajusta ao caso. Não há identidade do fato. Realçou o eminente Ministro Moreira Alves, em seu douto pronunciamento, deixou expresso que ocorrera a prisão em flagrante.

Ora, no flagrante, a autoria é determinada. Conhecido, pois, o agente.

O *Habeas Corpus* nº 56.169-SP, Relator Min. Cunha Peixoto, também exibido pelo Recorrente, padece do mesmo defeito. O relatório noticiava:

“Alega o impetrante — e as informações de fls. 39/40 o confirmam — que o fato delituoso ocorreu no dia 24 de agosto de 1973, sendo desde logo conhecida a autoria...” (fls. 150).

O REC nº 91.402-RJ, Relator Min. Cunha Peixoto, também não favorece o Recorrente. Registre-se:

“Trata-se de delito de trânsito cuja autoria era conhecida desde o fato” (fls. 152).

Os demais acórdãos também não socorrem o Recorrente.

Acompanho o eminente Relator.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.555 — SP — (910007263-0) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recorrente: Elias Calil Jorge. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Advs.: Dr. Milton Paulo de Carvalho e Dra. Marisa Schutzer Del Nero Poletti.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Sexta Turma 30/09/91).

Votaram os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, José Cândido e Carlos Thibau. Ausente por motivo de férias o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

I — JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA — EMBARGOS

EAR 288-RJ Rel. Min. Peçanha Martins RSTJ 26/91/17

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AgRg no Ag 3.654-SP Rel. Min. Bueno de Souza RSTJ 26/91/29

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

CC 1.392-RJ Rel. Min. Pedro Acioli RSTJ 26/91/35
CC 1.629-DF Rel. Min. Cláudio Santos RSTJ 26/91/39
CC 1.644-MS Rel. Min. Cláudio Santos RSTJ 26/91/43
CC 1.762-BA Rel. Min. Dias Trindade RSTJ 26/91/46
CC 1.813-RS Rel. Min. José de Jesus Filho RSTJ 26/91/48
CC 2.139-RS Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro . RSTJ 26/91/52
CC 2.219-SP Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro . RSTJ 26/91/56
CC 2.243-CE Rel. Min. Américo Luz RSTJ 26/91/60

HABEAS CORPUS — RECURSO

HC 265-RS Rel. Min. William Patterson RSTJ 26/91/67
RHC 397-GO Rel. Min. Edson Vidigal RSTJ 26/91/70
HC 587-RS Rel. Min. José Dantas RSTJ 26/91/73
HC 625-DF Rel. Min. Assis Toledo RSTJ 26/91/76
HC 737-RJ Rel. Min. William Patterson RSTJ 26/91/83
HC 738-SP Rel. Min. José Cândido RSTJ 26/91/86
RHC 758-CE Rel. Min. Costa Lima RSTJ 26/91/95
RHC 786-SP Rel. Min. Edson Vidigal RSTJ 26/91/111
HC 820-RJ Rel. Min. Costa Leite RSTJ 26/91/114
RHC 872-PR Rel. Min. Edson Vidigal RSTJ 26/91/129

RHC	1.073-RS	Rel. Min. José Cândido	RSTJ 26/91/134
RHC	1.100-RS	Rel. Min. Assis Toledo	RSTJ 26/91/139
RHC	1.122-RS	Rel. Min. Assis Toledo	RSTJ 26/91/144
RHC	1.145-MT	Rel. Min. Carlos Thibau	RSTJ 26/91/147
RHC	1.176-SP	Rel. Min. Flaquer Scartezzini	RSTJ 26/91/156
RHC	1.215-MG	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 26/91/160
RHC	1.298-RJ	Rel. Min. Flaquer Scartezzini	RSTJ 26/91/167
RHC	1.412-SP	Rel. Min. Vicente Cernicchiaro	RSTJ 26/91/170
RHC	1.462-SP	Rel. Min. Vicente Cernicchiaro	RSTJ 26/91/173
RHC	1.484-PR	Rel. Min. Vicente Cernicchiaro	RSTJ 26/91/177

MANDADO DE INJUNÇÃO

MI	48-MG	Rel. Min. Costa Lima	RSTJ 26/91/183
----	-------	----------------------------	----------------

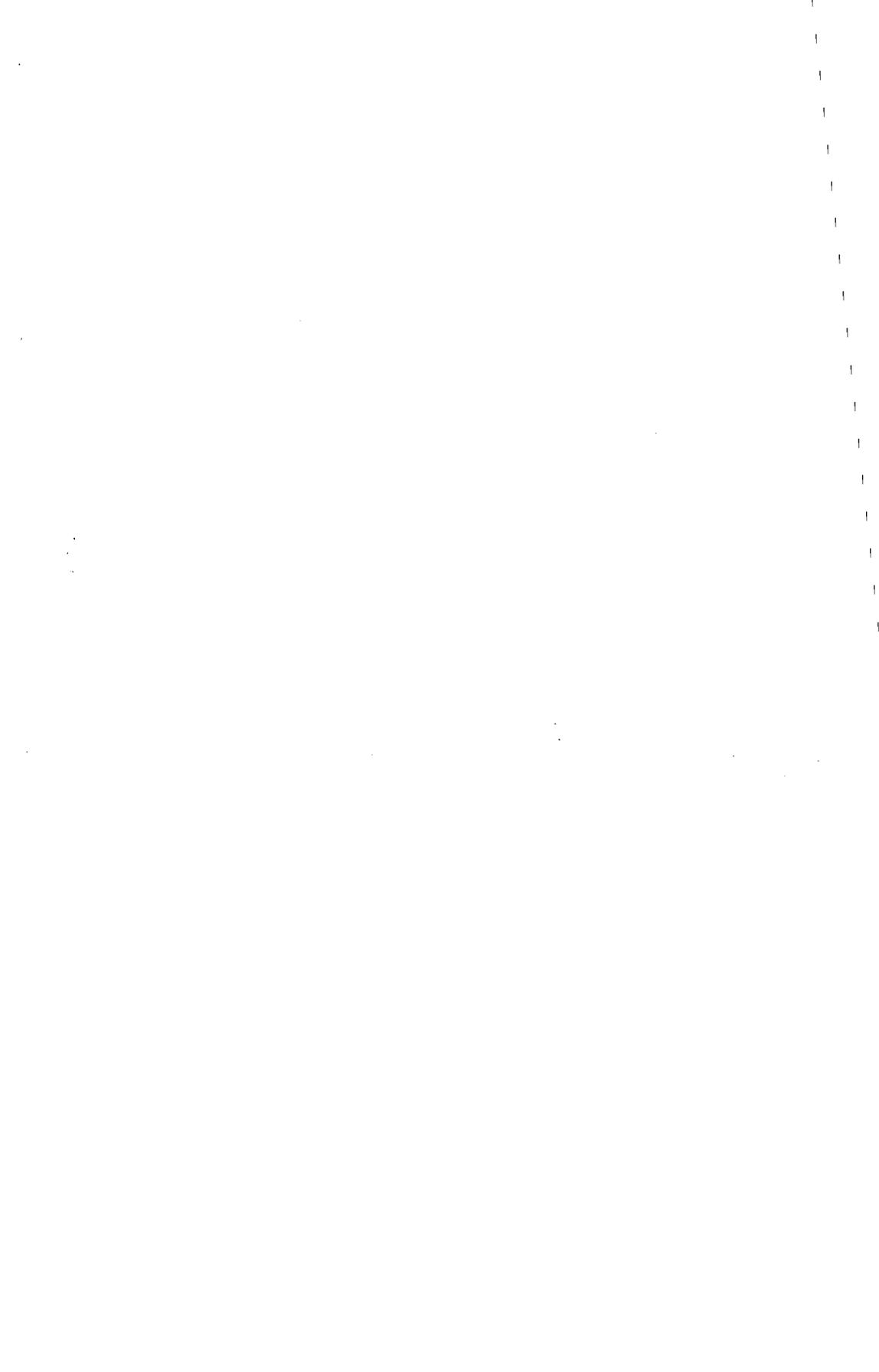
MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSOS

MS	275-DF	Rel. Min. Bueno de Souza	RSTJ 26/91/189
RMS	280-SP	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 26/91/193
RMS	340-SP	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 26/91/204
MS	380-DF	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 26/91/213
RMS	535-SP	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 26/91/224
RMS	557-AM	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 26/91/227
RMS	582-SP	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 26/91/231
MS	614-DF	Rel. Min. Geraldo Sobral	RSTJ 26/91/240
RMS	647-MG	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 26/91/246
RMS	715-DF	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 26/91/249
MS	824-DF	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 26/91/255
RMS	826-SP	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 26/91/261
RMS	836-PR	Rel. Min. Cláudio Santos	RSTJ 26/91/271
MS	849-DF	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 26/91/275
RMS	866-SP	Rel. Min. Geraldo Sobral	RSTJ 26/91/279
RMS	1.017-MS	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 26/91/286

RECURSO ESPECIAL E EMBARGOS

REsp	1.050-SP	Rel. Min. José Cândido	RSTJ 26/91/299
REsp	2.203-SP	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 26/91/305
REsp	2.266-RJ	Rel. Min. Athos Carneiro	RSTJ 26/91/313
REsp	2.378-SC	Rel. Min. Carlos Thibau	RSTJ 26/91/332
REsp	3.073-PR	Rel. Min. Carlos Thibau	RSTJ 26/91/340
REsp	3.257-RS	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 26/91/343
REsp	4.132-RS	Rel. Min. Sálvio de Figueiredo	RSTJ 26/91/346
REsp	4.599-RJ	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 26/91/356
REsp	4.689-SP	Rel. Min. Costa Lima	RSTJ 26/91/372
REsp	4.987-RJ	Rel. Min. Sálvio de Figueiredo	RSTJ 26/91/378

REsp	5.117-PR	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 26/91/392
REsp	5.280-RJ	Rel. Min. Eduardo Ribeiro	RSTJ 26/91/406
REsp	5.331-RJ	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 26/91/409
REsp	5.453-MS	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 26/91/414
REsp	5.567-SP	Rel. Min. Gomes de Barros	RSTJ 26/91/417
REsp	5.752-RJ	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 26/91/422
REsp	5.811-CE	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 26/91/425
REsp	6.044-ES	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 26/91/428
REsp	6.445-SP	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 26/91/435
REsp	6.467-SP	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 26/91/441
REsp	6.643-SP	Rel. Min. Sálvio de Figueiredo	RSTJ 26/91/445
REsp	6.813-RS	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 26/91/452
REsp	6.833-SP	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 26/91/456
REsp	6.857-SP	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 26/91/460
REsp	7.083-RS	Rel. Min. Eduardo Ribeiro	RSTJ 26/91/466
REsp	7.178-SP	Rel. Min. Eduardo Ribeiro	RSTJ 26/91/469
REsp	7.259-CE	Rel. Min. Athos Carneiro	RSTJ 26/91/473
REsp	8.064-PR	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 26/91/479
EREsp	8.100-SP	Rel. Min. Bueno de Souza	RSTJ 26/91/483
REsp	8.259-SP	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 26/91/487
REsp	8.468-SP	Rel. Min. Geraldo Sobral	RSTJ 26/91/493
REsp	8.933-SP	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 26/91/496
REsp	8.960-PR	Rel. Min. Flaquer Scartezzini	RSTJ 26/91/499
REsp	9.188-PR	Rel. Min. Dias Trindade	RSTJ 26/91/504
REsp	9.775-RS	Rel. Min. William Patterson	RSTJ 26/91/507
REsp	10.038-MS	Rel. Min. Dias Trindade	RSTJ 26/91/510
REsp	10.513-SP	Rel. Min. Athos Carneiro	RSTJ 26/91/514
REsp	11.080-SP	Rel. Min. Costa Leite	RSTJ 26/91/520
REsp	11.779-MS	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 26/91/523
REsp	11.873-SP	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 26/91/532
REsp	12.765-SP	Rel. Min. Gomes de Barros	RSTJ 26/91/536
REsp	13.399-RJ	Rel. Min. Gomes de Barros	RSTJ 26/91/544
REsp	13.555-SP	Rel. Min. Costa Leite	RSTJ 26/91/555



A

- Ct Ação de cumprimento de convenção ou acordo coletivo, homologado pela Justiça do Trabalho. Competência. Justiça do Trabalho. CF, art. 114. CC 2.219-SP. RSTJ 26/52.
- Cv Ação declaratória. Nota promissória. Mandato de extensão não especificado. Conflito efetivo de interesses entre representante e representado. REsp 2.266-RJ. RSTJ 26/313.
- PrCv Ação de depósito. Concordata. Competência. CC 1.644-MS. RSTJ 26/43.
- PrCv Ação de despejo. Locação. Denúncia vazia. REsp 6.467-SP. RSTJ 26/441.
- PrCv Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Execução por título judicial. Fixação do termo inicial da pensão alimentícia a partir da citação. REsp 2.203-SP. RSTJ 26/305.
- Cv Ação negatória de paternidade. Presunção legal (CC, art. 240). Prova. Possibilidade. Direito de família. Evolução. Hermenêutica. Recurso conhecido e provido. REsp 4.987-RJ. RSTJ 26/378.
- PrCv Ação rescisória. Dolo. Prova falsa. Documentos novos. REsp 9.188-PR. RSTJ 26/504.
- PrCv Ação rescisória. Indicação de dispositivo legal. Erro de fato. REsp 13.399-RJ. RSTJ 26/544.
- PrCv Ação rescisória. Sentença sem julgamento de mérito. REsp 6.044-ES. RSTJ 26/428.
- Pv Acidente do trabalho. Benefício. Trabalhador rural. Aposentadoria por invalidez. CF, art. 7º. REsp 8.468-SP. RSTJ 26/493.
- Pv Acidente do trabalho. Pensão. Dependentes. Idade limite. Súmula 229-STF. REsp 10.513-SP. RSTJ 26/514.

- PrPn Adiamento de júri. Prisão. Excesso de prazo. HC 587-RS. RSTJ 26/73.
- Adm Adicionais de magistério. Funcionário. Prescrição da ação. REsp 11.873-SP. RSTJ 26/532.
- PrPn Advogada. Depoimento e acareação em inquérito administrativo conduzido pelo Corregedor-Geral da Justiça. HC 625-DF. RSTJ 26/76.
- PrCv Advogado. Direitos. Estatuto da OAB. Recebimento de autos findos, independentemente de procuração. RMS 535-SP. RSTJ 26/224.
- PrCv Advogado. Mandato. Falta. Apelação. REsp 6.445-SP. RSTJ 26/435.
- PrCv Agravo de instrumento. Recurso especial. Pressupostos. AgRg no Ag 3.654-SP. RSTJ 26/29.
- PrCv Agravo de instrumento. Retratação. CPC, art. 527, § 6º. REsp 7.178-SP. RSTJ 26/469.
- PrCv Agravo retido. Ausência de iminência de dano. Desprovemento do recurso. Recurso ordinário. Tempestividade. RMS 836-PR. RSTJ 26/271.
- Ct Anistia. Promoções. Critérios objetivos e subjetivos. Efeitos financeiros. ADCT, art. 8º, e EC 26/85, art. 4º. MS 380-DF. RSTJ 26/213.
- PrCv Apelação. Mandato. Falta. Advogado. REsp 6.445-SP. RSTJ 26/435.
- Pv Aposentadoria por invalidez. CF, art. 7º. Trabalhador rural. Benefício. Acidente do trabalho. REsp 8.468-SP. RSTJ 26/493.
- Adm Apreensão e venda coercitiva. Veículos. REsp 8.933-SP. RSTJ 26/496.
- Adm Aquisição de imóvel funcional. Forças Armadas. Servidor civil. MS 614-DF. RSTJ 26/240.
- PrPn Arquivamento. Inquérito policial. CPP, art. 28. RHC 1.215-MG. RSTJ 26/160.
- Adm Ato concreto de autoridade, que não atingiu direito dos impetrantes. Denegação do pedido. Servidores públicos aposentados. RMS 647-MG. RSTJ 26/246.
- Adm Ato disciplinar. Motivo. Aferição pelo judiciário. Estabilidade. Servidor. CF/69, art. 100. Exoneração. Falta de motivação. RMS 866-SP. RSTJ 26/279.
- Ct Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 8º, e EC 26/85, art. 4º. Anistia. Promoções. Critérios objetivos e subjetivos. Efeitos financeiros. MS 380-DF. RSTJ 26/213.
- PrCv Ato judicial que determina o cumprimento de acórdão. Despacho de mero expediente. REsp 5.117-PR. RSTJ 26/392.
- PrCv Atualização. Conta de liquidação. Homologação. Procedimento. REsp 6.857-SP. RSTJ 26/460.
- PrCv Ausência. Citação. CPC, art. 215, § 1º. REsp 7.083-RJ. RSTJ 26/466.
- PrCv Ausência de dúvida ou omissão. Embargos declaratórios. EDcl no REsp 8.100-SP. RSTJ 26/483.

- PrCv Autoridade coatora. Benefício previdenciário. Reajuste. Mandado de Injunção. MI 48-MG. RSTJ 26/183.
- Trbt Avaria ou falta de mercadoria. Imposto de importação. Responsabilidade. REsp 5.331-RJ. RSTJ 26/409.
- Pv Benefício. Acidente do trabalho. Trabalhador rural. Aposentadoria por invalidez. Constituição Federal, art. 7º. REsp 8.468-SP. RSTJ 26/493.
- PrCv Benefício previdenciário. Reajuste. Autoridade coatora. Mandado de Injunção. MI 48-MG. RSTJ 26/183.

C

- PrCv Caderneta de poupança. Rendimentos de janeiro/89. Medida Provisória nº 32/Lei nº 7.730/89. Legitimidade passiva do banco depositário. REsp 8.064-PR. RSTJ 26/479.
- Cm Cambial. Vinculação a contrato. Empréstimo bancário. Autonomia da cártula. REsp 3.257-RS. RSTJ 26/343.
- PrPn Cerceamento de defesa. Validade da intimação por via postal. Vista dos autos em cartório. Nomeação de novo defensor. RHC 1.176-SP. RSTJ 26/156.
- PrCv Citação. Ausência. CPC, art. 215, § 1º. REsp 7.083-RJ. RSTJ 26/466.
- PrPn Citação. Nulidades. Recurso de apelação. RHC 1.100-RS. RSTJ 26/139.
- PrPn Citação editalícia. Nulidades processuais. Falta de fundamentação da prisão preventiva. RHC 786-SP. RSTJ 26/111.
- Pn Código Penal, art. 157, § 2º, II. Roubo. "Trombada". REsp 8.259-SP. RSTJ 26/487.
- PrPn Código Penal, arts. 171 e 71. Necessidade de justificativa para aplicação de pena-base, superior ao mínimo legal, ao réu primário de bons antecedentes. Recurso de *habeas corpus*. Fixação da pena. RHC 1.073-RS. RSTJ 26/134.
- PrCv Código de Processo Civil, art. 215, § 1º. Citação. Ausência. REsp 7.083-RJ. RSTJ 26/466.
- PrCv Código de Processo Civil, art. 527, § 6º. Agravo de instrumento. Retratação. REsp 7.178-SP. RSTJ 26/469.
- PrCv Código de Processo Civil, art. 593, II. Execução. Fraude. REsp 4.132-RS. RSTJ 26/346.
- PrPn Código de Processo Penal, art. 28. Inquérito policial. Arquivamento. RHC 1.215-MG. RSTJ 26/160.
- PrPn Código de Processo Penal, art. 564, IV. Omissão de formalidade. Júri. REsp 9.775-RS. RSTJ 26/507.

- Adm Código de Propriedade Industrial, art. 59. Marca registrada de serviços de radiodifusão. Exclusividade garantida em todo território nacional. Marca “Rádio-Cidade”. REsp 7.259-CE. RSTJ 26/473.
- PrCv Coisa julgada. Supressão de instância ou violação de lei. Inexistência. Embargos infringentes. EAR 228-RJ. RSTJ 26/17.
- Ct Competência. Ação de cumprimento de convenção ou acordo coletivo, homologado pela Justiça do Trabalho. CF, art. 114. Justiça do Trabalho. CC 2.219-SP. RSTJ 26/56.
- PrCv Competência. Ação de depósito. Concordata. CC 1.644-MS. RSTJ 26/43.
- Ct Competência. CF, arts. 25, 109 e 125. CC 1.392-RJ. RSTJ 26/35.
- Ct Competência. Diretório acadêmico. Fundação educacional. Mensalidade escolar. Justiça Estadual. CC 2.243-CE. RSTJ 26/60.
- PrCv Competência. Exceção de incompetência. Impossibilidade de arguição no caso. CC 1.629-DF. RSTJ 26/39.
- Ct Competência. Precatório. Presidente do Tribunal. CF, art. 100, § 2º. CC 2.139-RS. RSTJ 26/52.
- PrCv Concessão de medida liminar condicionada à prestação de garantia. Mandado de segurança. RMS 340-SP. RSTJ 26/204.
- PrCv Concordata. Ação de depósito. Competência. CC 1.644-MS. RSTJ 26/43.
- Adm Concurso. Juiz substituto. Títulos. Reprovação de candidato. RMS 715-DF. RSTJ 26/249.
- Cv Conflito efetivo de interesses entre representante e representado. Nota promissória. Mandato de extensão não especificado. Ação declaratória. REsp 2.266-RJ. RSTJ 26/313.
- Adm Conselho de justificação. Militar. Lei nº 5.836/72, art. 2º, inciso I, letra c, e art. 18. RMS 280-SP. RSTJ 26/193.
- Ct Constituição Federal, art. 5º, LV. Mandado de segurança. Pena disciplinar aplicada pela administração pública. Cabimento. MS 849-DF. RSTJ 26/275.
- Ct Constituição Federal, art. 8º. Mandado de segurança. Liberdade de associação constitucionalmente assegurada. Condicionamento da interpretação de Lei Estadual ao preceito da CF. RMS 826-SP. RSTJ 26/261.
- Ct Constituição Federal, arts. 25,109 e 125. Competência. CC 1.392-RJ. RSTJ 26/35.
- Ct Constituição Federal, art. 100, § 2º. Competência. Precatório. Presidente do Tribunal. CC 2.139-RS. RSTJ 26/52.
- Ct Constituição Federal, art. 114. Justiça do Trabalho. Competência. Ação de cumprimento de convenção ou acordo coletivo, homologado pela Justiça do Trabalho. CC 2.219-SP. RSTJ 26/56.

- Adm Constituição Federal, art. 184. Desapropriação. TDAs. Reajuste. Lei nº 7.738/89, arts. 9º e 10. MS 824-DF. RSTJ 26/255.
- PrPn Constrangimento ilegal. Excesso de prazo na instrução criminal. Pronúncia. Tentativa de homicídio. RHC 397-GO. RSTJ 26/70.
- PrPn Constrangimento ilegal. *Habeas Corpus*. Cabimento. Cumprimento dos requisitos. Progressão do regime prisional. RHC 872-PR. RSTJ 26/129.
- PrPn Constrangimento ilegal. Inocorrência. Recurso. Antecipação à publicação do acórdão. Possibilidade. RHC 1.298-RJ. RSTJ 26/167.
- PrCv Conta de liquidação. Atualização. Homologação. Procedimento. REsp 6.857-SP. RSTJ 26/460.
- Pn Crime comissivo por omissão. Negligência. Queda de operário no poço do elevador. REsp 13.555-SP. RSTJ 26/555.
- Pn Crime falimentar. Efeito da condenação. Lei nº 7.661/45. REsp 1.050-SP. RSTJ 26/299.

D

- PrPn Decisão. Apelo. Tribunal do júri. Falta de fundamento legal. Admissibilidade. REsp 8.960-PR. RSTJ 26/499.
- Adm Decreto nº 20.910/32. Funcionário estadual. Pontos de evolução funcional. LC nº 180/78-SP. REsp 5.567-SP. RSTJ 26/417.
- PrPn Denúncia. Inépcia. Crime de *falsum*. Prescrição. Termo inicial. RHC 1.122-RS. RSTJ 26/144.
- PrPn Denúncia. Justa causa. RHC 1.484-PR. RSTJ 26/177.
- PrPn Denúncia. Recebimento. REsp 2.378-SC. RSTJ 26/332.
- PrCv Denúncia vazia. Locação. Ação de despejo. REsp 6.467-SP. RSTJ 26/441.
- Pv Dependentes. Pensão. Idade limite. Acidente do trabalho. Súmula 229-STF. REsp 10.513-SP. RSTJ 26/514.
- PrPn Depoimento e acareação em inquérito administrativo conduzido pelo Corregedor-Geral da Justiça. Advogada. HC 625-DF. RSTJ 26/76.
- Adm Desapropriação. TDAs. Reajuste. Lei nº 7.738/89, arts. 9º e 10. CF, art. 184. MS 824-DF. RSTJ 26/255.
- PrCv Despacho de mero expediente. Ato judicial que determina o cumprimento de acórdão. REsp 5.117-PR. RSTJ 26/392.
- Cv Direito de família. Evolução. hermenêutica. Ação negatória de paternidade. Presunção legal (CC, art. 240). Prova. Possibilidade. REsp 4.987-RJ. RSTJ 26/378.
- Ct Diretório acadêmico. Fundação educacional. Mensalidade escolar. Competência. Justiça Estadual. CC 2.243-CE. RSTJ 26/60.

- Adm Dispensa. Promotora em estágio probatório. Sindicância. Processo administrativo. RMS 1.017-MG. RSTJ 26/286.
- Cv Dissolução judicial. Sociedade de fato entre concubinos. Ação proposta por espólio. Súmula 380/STF. REsp 4.599-RJ. RSTJ 26/356.
- PrCv Documentos novos. Prova falsa. Dolo. Ação rescisória. REsp 9.188-PR. RSTJ 26/504.
- PrCv Dolo. Prova falsa. Documentos novos. Ação rescisória. REsp 9.188-PR. RSTJ 26/504.
- PrCv Duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, II). Natureza jurídica e alcance. *Reformatio in pejus*. Vedação. REsp 12.765-SP. RSTJ 26/536.

E

- Pn Efeito da condenação. Crime falimentar. Lei nº 7.661/45. REsp 1.050-SP. RSTJ 26/229.
- PrCv Embargos declaratórios. Ausência de dúvida ou omissão. EDcl no REsp 8.100-SP. RSTJ 26/483.
- PrCv Embargos infringentes. Coisa julgada. Supressão de instância ou violação de lei. Inexistência. EAR 228-RJ. RSTJ 26/17.
- Cm Empréstimo bancário. Cambial. Vinculação a contrato. Autonomia da cártula. REsp 3.257-RS. RSTJ 26/343.
- PrCv Erro de fato. Indicação de dispositivo legal. Ação rescisória. REsp 13.399-RJ. RSTJ 26/544.
- PrCv Esbulho. Assistência. Interesse jurídico da CEF. Sistema Financeiro da Habitação. CC 1.762-BA. RSTJ 26/46.
- Cv Estabelecimento de ensino. Locação. Lei nº 6.239/75. REsp 6.833-SP. RSTJ 26/456.
- Adm Estabilidade. Servidor. CF/69, art. 100. Exoneração. Falta de motivação. Ato disciplinar. Motivo. Aferição pelo judiciário. RMS 866-SP. RSTJ 26/279.
- PrCv Estatuto da OAB. Direitos do advogado. Recebimento de autos findos, independentemente de procuração. RMS 535-SP. RSTJ 26/224.
- Pn Exame criminológico. Livramento condicional. Requisitos. HC 737-RS. RSTJ 26/83.
- PrPn Exame de prova. Fatos atípicos. Trancamento de ação penal. RHC 758-CE. RSTJ 26/95.
- PrCv Exceção de incompetência. Impossibilidade de arguição no caso. Competência. CC 1.629-DF. RSTJ 26/39.
- PrPn Excesso de prazo. Prisão. Adiamento de júri. HC 587-RS. RSTJ 26/73.
- PrCv Execução. Fraude. CPC, art. 593, II. REsp 4.132-RS. RSTJ 26/346.

- PrCv Execução por título judicial. Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Fixação do termo inicial da pensão alimentícia a partir da citação. REsp 2.203-SP. RSTJ 26/305.
- Adm Exoneração. Servidor. Estabilidade. CF/69, art. 100. Falta de motivação. Ato disciplinar. Motivo. Aferição pelo judiciário. RMS 866-SP. RSTJ 26/279.

F

- PrPn *Falsum*. Prescrição. Termo inicial. Denúncia. Inépcia. RHC 1.122-RS. RSTJ 26/144.
- Adm FGTS. Movimentação dos depósitos. CC 1.813-RS. RSTJ 26/48.
- Ct FGTS. Natureza jurídica não tributária. Inaplicabilidade da prescrição quinquenal. REsp 11.779-MS. RSTJ 26/523.
- PrPn Fixação da pena. Necessidade de justificativa para aplicação de pena-base, superior ao mínimo legal, ao réu primário de bons antecedentes. CP, arts. 171 e 71. Recurso de *habeas corpus*. RHC 1.073-RS. RSTJ 26/134.
- PrCv Fixação do termo inicial da pensão alimentícia a partir da citação. Execução por título judicial. Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. REsp 2.203-SP. RSTJ 26/305.
- PrPn Flagrante. Interior do domicílio. Noite. RHC 1.412-SP. RSTJ 26/170.
- PrPv Fraude. Execução. CPC, art. 593, II. REsp 4.132-RS. RSTJ 26/346.
- Adm Funcionário. Adicionais de magistério. Prescrição da ação. REsp 11.873-SP. RSTJ 26/532.
- Adm Funcionário estadual. Pontos de evolução funcional. LC 180/78-SP. Decreto nº 20.910/32. REsp 5.567-SP. RSTJ 26/417.
- Ct Fundação educacional. Diretório acadêmico. Mensalidade escolar. Competência. Justiça Estadual. CC 2.243-CE. RSTJ 26/60.
- PrCv Fundamento inatingido. Recurso especial. REsp 5.453-MS. RSTJ 26/414.

H

- PrPn *Habeas corpus*. Cabimento. Constrangimento ilegal. Cumprimento dos requisitos. Progressão do regime prisional. RHC 872-PR. RSTJ 26/129.
- PrPn *Habeas corpus*. Homicídio. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Pressupostos da prisão preventiva. Periculosidade. HC 738-SP. RSTJ 26/86.
- PrPn *Habeas corpus*. Prisão preventiva. HC 820-RJ. RSTJ 26/114.

- PrCv Herdeiros. Investigação de paternidade. Réu falecido. REsp 5.280-RJ. RSTJ 26/406.
- PrPn Homicídio. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Pressupostos da prisão preventiva. Periculosidade. *Habeas corpus*. HC 738-SP. RSTJ 26/86.
- PrCv Homologação. Conta de liquidação. Atualização. Procedimento. REsp 6.857-SP. RSTJ 26/460.
- PrCv Honorários advocatícios. Valor da causa. Impugnação. REsp 5.811-CE. RSTJ 26/425.

I

- Pv Idade limite. Pensão. Dependentes. Acidente do trabalho. Súmula 229-STF. REsp 10.513-SP. RSTJ 26/514.
- Adm Imóvel funcional administrado pelas Forças Armadas. Aquisição. Servidor civil. MS 614-DF. RSTJ 26/240.
- Trbt Imposto de importação. Responsabilidade. Avaria ou falta de mercadoria. REsp 5.331-RJ. RSTJ 26/409.
- PrCv Indenização por acidente ferroviário. Prescrição. Mérito. Princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. REsp 6.643-SP. RSTJ 26/445.
- PrCv Indicação de dispositivo legal. Erro de fato. Ação rescisória. REsp 13.399-RJ. RSTJ 26/544.
- Pn Inimputabilidade. Menores. Internação. HC 265-RS. RSTJ 26/67.
- PrPn Inquérito policial. Arquivamento. CPP, art. 28. RHC 1.215-MG. RSTJ 26/160.
- PrPn Instrução criminal. Excesso de prazo. Pronúncia. Constrangimento ilegal. Tentativa de homicídio. RHC 397-GO. RSTJ 26/70.
- PrPn Interior do domicílio. Noite. Flagrante. RHC 1.412-SP. RSTJ 26/170.
- Pn Internação. Menores. Inimputabilidade. HC 265-RS. RSTJ 26/67.
- PrCv Investigação de paternidade. Réu falecido. Herdeiros. REsp 5.280-RJ. RSTJ 26/406.

J

- Adm Juiz substituto. Concurso. Títulos. Reprovação de candidato. RMS 715-DF. RSTJ 26/249.
- PrPn Júri. Adiamento. Prisão. Excesso de prazo. HC 587-RS. RSTJ 26/73.
- PrPn Júri. Omissão de formalidade. CPP, art. 564, IV. REsp 9.775-RS. RSTJ 26/507.
- PrPn Justa causa. Denúncia. RHC 1.484-PR. RSTJ 26/177.

- Ct Justiça Estadual. Competência. Fundação educacional. Mensalidade escolar. Diretório acadêmico. CC 2.243-CE. RSTJ 26/60.
- Ct Justiça do Trabalho. Competência. Ação de cumprimento de convenção ou acordo coletivo, homologado pela Justiça do Trabalho. CF, art. 114. CC 2.219-SP. RSTJ 26/56.

L

- PrCv Legitimidade passiva do banco depositário. Caderneta de poupança. Rendimentos de janeiro/89. Medida Provisória nº 32/Lei 7.730/89. REsp 8.064-PR. RSTJ 26/479.
- Adm Lei nº 5.836/72, art. 2º, inciso I, letra c, e art. 18. Militar. Conselho de justificação. RMS 280-SP. RSTJ 26/193.
- Cv Lei nº 6.239/75. Locação. Estabelecimento de ensino. REsp 6.833-SP. RSTJ 26/456.
- Cv Lei nº 6.649/79, art. 52, X. Locação residencial. Retomada. Militar da ativa REsp 5.752-RJ. RSTJ 26/422.
- Pn Lei nº 6.766/79. Loteamento irregular. REsp 11.080-SP. RSTJ 26/520.
- Pn Lei nº 7.661/45. Crime falimentar. Efeito da condenação. REsp 1.050-SP. RSTJ 26/299.
- Adm Lei nº 7.738/89, arts. 9º e 10. Desapropriação. TDAs. Reajuste. CF, art. 18. MS 824-DF. RSTJ 26/255.
- PrPn Lei nº 8.072 de 25-07-90 (crimes hediondos). Tráfico de entorpecente. Prisão cautelar. RHC 1.462-SP. RSTJ 26/173.
- Adm Lei Complementar nº 180/78-SP. Funcionário estadual. Pontos de evolução funcional. Decreto nº 20.910/32. REsp 5.567-SP. RSTJ 26/417.
- Ct Liberdade de associação constitucionalmente assegurada. Condicionamento da interpretação de Lei Estadual ao preceito da CF. CF, art. 8º. Mandado de segurança. RMS 826-SP. RSTJ 26/261.
- PrPn Liberdade provisória. Pressupostos da prisão preventiva. periculosidade. *Habeas corpus*. Homicídio. Prisão em flagrante. HC 738-SP. RSTJ 26/86.
- Pn Livramento condicional. Requisitos. Exame criminológico. HC 737-RJ. RSTJ 26/83.
- PrCv Locação. Ação de despejo. Denúncia vazia. REsp 6.467-SP. RSTJ 26/441.
- Cv Locação. Estabelecimento de ensino. Lei nº 6.239/75. REsp 6.833-SP. RSTJ 26/456.
- Cv Locação residencial. Retomada. Militar da ativa. Lei nº 6.649/79, art. 52, X. REsp 5.752-RJ. RSTJ 26/422.
- Pn Loteamento irregular. Lei nº 6.766/79. REsp 11.080-SP. RSTJ 26/520.

M

- PrCv Mandado de segurança. Concessão de medida liminar condicionada à prestação de garantia. RMS 340-SP. RSTJ 26/204.
- Ct Mandado de segurança. Liberdade de associação constitucionalmente assegurada. Condicionamento da interpretação de Lei Estadual ao preceito da CF. CF, art. 8º. RMS 826-SP. RSTJ 26/261.
- Ct Mandado de segurança. Pena disciplinar aplicada pela administração pública. Cabimento. CF, art. 5º, LV. MS 849-DF. RSTJ 26/275.
- PrCv Mandado de segurança. Preclusão. MS 275-DF. RSTJ 26/189.
- PrCv Mandato. Falta. Advogado. Apelação. REsp 6.445-SP. RSTJ 26/435.
- Cv Mandato de extensão não especificado. Nota promissória. Conflito efetivo de interesses entre representante e representado. Ação declaratória. REsp 2.266-RJ. RSTJ 26/313.
- Adm Marca registrada de serviços de radiodifusão. Exclusividade garantida em todo território nacional. CPI, art. 59. REsp 7.259-CE. RSTJ 26/473.
- PrCv Medida Provisória nº 32. Lei nº 7.730/89. Caderneta de poupança. Rendimentos de janeiro/89. Legitimidade passiva do banco depositário. REsp 8.064-PR. RSTJ 26/479.
- Pn Menores. Internação. Inimputabilidade. HC 265-RS. RSTJ 26/67.
- Ct Mensalidade escolar. Fundação educacional. Diretório acadêmico. Competência. Justiça Estadual. CC 2.243-CE. RSTJ 26/60.
- PrCv Mérito. Prescrição. Princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. Indenização por acidente ferroviário. REsp 6.643-SP. RSTJ 26/445.
- Adm Militar. Conselho de justificação. Lei nº 5.836/72, art. 2º, inciso I, letra c, e art. 18. RMS 280-SP. RSTJ 26/193.
- Cv Militar da ativa. Locação residencial. Retomada. Lei nº 6.649/79, art. 52, X. REsp 5.752-RJ. RSTJ 26/422.
- Adm Movimentação dos depósitos. FGTS. CC 1.813-RS. RSTJ 26/48.

N

- Pn Negligência. Crime comissivo por omissão. Queda de operário no poço do elevador. REsp 13.555-SP. RSTJ 26/555.
- PrPn Nomeação de novo defensor. Cerceamento de defesa. Vista dos autos em cartório. Validade da intimação por via postal. RHC 1.176-SP. RSTJ 26/156.

- Cv Nota promissória. Mandato de extensão não especificado. Conflito efetivo de interesses entre representante e representado. Ação declaratória. REsp 2.266-RJ. RSTJ 26/313.
- PrPn Nulidades. Citação. Recurso de apelação. RHC 1.100-RS. RSTJ 26/139.
- PrPn Nulidades processuais. Citação editalícia. Falta de fundamentação da prisão preventiva. RHC 786-SP. RSTJ 26/111.

O

- PrPn Omissão de formalidade. Júri. CPP, art. 564, IV. REsp 9.775-RS. RSTJ 26/507.

P

- PrPn Pena. Regime inicial. Tráfico de substância entorpecente. REsp 4.689-SP. RSTJ 26/372.
- Ct Pena disciplinar aplicada pela administração pública. Mandado de segurança. Cabimento. CF, art. 5º, LV. MS 849-DF. RSTJ 26/275.
- Adm Penalidade mais grave do que a consignada na lei. Impossibilidade. Servidores demitidos com base em inquérito administrativo. RMS 557-AM. RSTJ 26/227.
- Pv Pensão. Acidente do trabalho. Dependentes. Idade limite. Súmula 229-STF. REsp 10.513-SP. RSTJ 26/514.
- Adm Pontos de evolução funcional. Funcionário estadual. LC nº 180/78-SP. Decreto nº 20.910/32. REsp 5.567-SP. RSTJ 26/417.
- Ct Precatório. Competência. Presidente do Tribunal. CF, art. 100, § 2º. CC 2.139-RS. RSTJ 26/52.
- PrCv Preclusão. Mandado de segurança. MS 275-DF. RSTJ 26/189.
- Adm Preço público. Taxa. Tarifa. Diferenciação. Transporte coletivo de passageiros. Poder de polícia. Contrato administrativo. Princípio da equação econômico-financeira. RMS 582-SP. RSTJ 26/231.
- PrPn Prescrição. Crime de *falsum*. Termo inicial. Denúncia. Inépcia. RHC 1.122-RS. RSTJ 26/144.
- PrCv Prescrição. Mérito. Princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. Indenização por acidente ferroviário. REsp 6.643-SP. RSTJ 26/445.
- Adm Prescrição da ação. Funcionário. Adicionais de magistério. REsp 11.873-SP. RSTJ 26/532.
- Ct Prescrição quinquenal. Inaplicabilidade. FGTS. Natureza jurídica não tributária. REsp 11.779-MS. RSTJ 26/523.

- Ct Presidente do Tribunal. Competência. Precatório. CF, art. 100, § 2º. CC 2.139-RS. RSTJ 26/52.
- PrCv Pressupostos. Recurso especial. Agravo de instrumento. AgRg no Ag 3.654-SP. RSTJ 26/29.
- PrPn Pressupostos da prisão preventiva. Periculosidade. *Habeas corpus*. Homicídio. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. HC 738-SP. RSTJ 26/86.
- PrCv Princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. Prescrição. Mérito. Indenização por acidente ferroviário. REsp 6.643-SP. RSTJ 26/445.
- PrPn Prisão. Excesso de prazo. Adiamento de júri. HC 587-RS. RSTJ 26/73.
- PrPn Prisão cautelar. Tráfico de entorpecente. Lei nº 8.072, de 25-07-90 (crimes hediondos). RHC 1.462-SP. RSTJ 26/173.
- PrPn Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Pressupostos da prisão preventiva. Periculosidade. *Habeas corpus*. Homicídio. HC 738-SP. RSTJ 26/86.
- PrPn Prisão preventiva. *Habeas corpus*. HC 820-RJ. RSTJ 26/114.
- PrCv Procedimento. Homologação. Conta de liquidação. Atualização. REsp 6.857-SP. RSTJ 26/460.
- Adm Processo administrativo. Promotora em estágio probatório. Dispensa. Sindicância. RMS 1.017-MS. RSTJ 26/286.
- PrPn Progressão do regime prisional. Cumprimento dos requisitos. *Habeas corpus*. Cabimento. Constrangimento ilegal. RHC 872-PR. RSTJ 26/129.
- Ct Promoções. Critérios objetivos e subjetivos. Efeitos financeiros. Anistia. ADCT, art. 8º, e EC 26/85, art. 4º. MS 380-DF. RSTJ 26/213.
- Adm Promotora em estágio probatório. Dispensa. Sindicância. Processo administrativo. RMS 1.017-MS. RSTJ 26/286.
- PrPn Pronúncia. Constrangimento ilegal. Excesso de prazo na instrução criminal. Tentativa de homicídio. RHC 397-GO. RSTJ 26/70.
- PrCv Prova falsa. Dolo. Documentos novos. Ação rescisória. REsp 9.188-PR. RSTJ 26/504.

Q

- Pn Queda de operário no poço do elevador. Crime comissivo por omissão. Negligência. REsp 13.555-SP. RSTJ 26/555.

R

- PrCv Reajuste. Benefício previdenciário. Autoridade coatora. Mandado de Injunção. MI 48-MG. RSTJ 26/183.

- Adm Reajuste. TDAs. Desapropriação. Lei nº 7.738/89, arts. 9º e 10. CF, art. 184. MS 824-DF. RSTJ 26/255.
- PrPn Recebimento. Denúncia. REsp 2.378-SC. RSTJ 26/332.
- PrPn Recurso. Antecipação à publicação do acórdão. Possibilidade. Constrangimento ilegal. Inocorrência. RHC 1.298-RJ. RSTJ 26/167.
- PrPn Recurso de apelação. Nulidades. Citação. RHC 1.100-RS. RSTJ 26/139.
- PrPn Recurso em *habeas corpus*. Fixação da pena. Necessidade de justificativa para aplicação de pena-base, superior ao mínimo legal, ao réu primário de bons antecedentes. CP, arts. 171 e 71. RHC 1.073-RS. RSTJ 26/134.
- PrCv Recurso especial. Fundamento inatingido. REsp 5.453-MS. RSTJ 26/114
- PrCv Recurso especial. Pressupostos. Agravo de instrumento. AgRg no Ag 3.654-SP. RSTJ 26/29.
- PrCv Recurso ordinário. Tempestividade. Agravo retido. Ausência de iminência de dano. Desprovimento do recurso. RMS 836-PR. RSTJ 26/271.
- PrCv Réu. Procurador nos autos. Necessidade de intimação. Revelia. REsp 6.813-RS. RSTJ 26/452.
- PrCv Réu falecido. Investigação de paternidade. Herdeiros. REsp 5.280-RJ. RSTJ 26/406.
- PrCv *Reformatio in pejus*. Vedação. Duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, II). Natureza jurídica e alcance. REsp 12.765-SP. RSTJ 26/536.
- Pn Regime aberto. Réu reincidente. Infringência ao art. 33, § 2º, c, do CP. REsp 3.073-PR. RSTJ 26/340.
- PrPn Regime inicial. Pena. Tráfico de substância entorpecente. REsp 4.689-SP. RSTJ 26/372.
- PrPn Regime prisional. Progressão. Cumprimento dos requisitos. *Habeas corpus*. Cabimento. Constrangimento ilegal. RHC 872-PR. RSTJ 26/129.
- Adm Reprovação de candidato. Títulos. Concurso. Juiz substituto. RMS 715-DF. RSTJ 26/249.
- Pn Requisitos. Livramento condicional. Exame criminológico. HC 737-RS. RSTJ 26/83.
- Trbt Responsabilidade. Imposto de importação. Avaria ou falta de mercadoria. REsp 5.331-RJ. RSTJ 26/409.
- Cv Retomada. Locação residencial. Militar da ativa. Lei nº 6.649/79, art. 52, X. REsp 5.752-RJ. RSTJ 26/422.
- PrCv Retratação. Agravo de instrumento. CPC, art. 527, § 6º. REsp 7.178-SP. RSTJ 26/469.

- PrCv Réu. Procurador nos autos. Necessidade de intimação. Revelia. REsp 6.813-RJ. RSTJ 26/452.
- PrCv Réu falecido. Investigação de paternidade. Herdeiros. REsp 5.280-RJ. RSTJ 26/406.
- Pn Réu reincidente. Regime aberto. Infringência ao art. 33, § 2º, c, do CP. REsp 3.073-PR. RSTJ 26/340.
- PrCv Revelia. Réu com procurador nos autos. Necessidade de intimação. REsp 6.813-RS. RSTJ 26/452,
- Pn Roubo. "Trombada". CP, art. 157, § 2º, II. REsp 8.259-SP. RSTJ 26/487.

S

- PrCv Sentença sem julgamento do mérito. Ação rescisória. REsp 6.044-ES. RSTJ 26/428.
- Adm Servidor. Estabilidade. CF/69, art. 100. Exoneração. Falta de motivação. Ato disciplinar. Motivo. Aferição pelo judiciário. RMS 866-SP. RSTJ 26/279.
- Adm Servidor civil. Aquisição de imóvel funcional, administrado pelas Forças Armadas. MS 614-DF. RSTJ 26/240.
- Adm Servidores demitidos com base em inquérito administrativo. Penalidade mais grave do que a consignada na lei. Impossibilidade. RMS 557-AM. RSTJ 26/227.
- Adm Servidores públicos aposentados. Ato concreto de autoridade, que não atingiu direito dos impetrantes. Denegação do pedido. RMS 647-MG. RSTJ 26/246.
- Adm Sindicância. Promotora em estágio probatório. Dispensa. Processo administrativo. RMS 1.017-MG. RSTJ 26/286.
- PrCv Sistema Financeiro da Habitação. Esbulho. Assistência. Interesse jurídico da CEF. CC 1.762-BA. RSTJ 26/46.
- Cv Sociedade de fato entre concubinos. Dissolução judicial. Ação proposta por espólio. Súmula 380/STF. REsp 4.599-RJ. RSTJ 26/356.
- PrPn Sonegação fiscal. Tipicidade ou atipicidade de conduta. RHC 1.145-MT. RSTJ 26/147.
- Pv Súmula 229-STF. Acidente do trabalho. Pensão. Dependentes. Idade limite. REsp 10.513-SP. RSTJ 26/514.
- PrCv Supressão de instância ou violação de lei. Coisa julgada. Inexistência. Embargos infringentes. EAR 228-RJ. RSTJ 26/17.

T

- Adm Taxa. Preço público. Tarifa. Diferenciação. Transporte coletivo de passageiros. Poder de polícia. Contrato administrativo. Princípio da equação econômico-financeira. RMS 582-SP. RSTJ 26/231.

- PrCv Tempestividade. Recurso ordinário. Agravo retido. Ausência de iminência de dano. Desprovemento do recurso. RMS 836-PR. RSTJ 26/271.
- PrPn Tentativa de homicídio. Constrangimento ilegal. Excesso de prazo na instrução criminal. Pronúncia. RHC 397-GO. RSTJ 26/70.
- PrPn Tipicidade ou atipicidade de conduta. Sonegação fiscal. RHC 1.145-MT. RSTJ 26/147.
- Adm Títulos. Reprovação de candidato. Concurso. Juiz substituto. RMS 715-DF. RSTJ 26/249.
- Adm Títulos da Dívida Agrária. Reajuste. Desapropriação. Lei nº 7.738/89, arts. 9º e 10. CF, art. 184. MS 824-DF. RSTJ 26/255.
- Pv Trabalhador rural. Benefício. Acidente do trabalho. Aposentadoria por invalidez. CF, art. 7º. REsp 8.468-SP. RSTJ 26/493.
- PrPn Tráfico de entorpecente. Lei nº 8.072, de 25-07-90 (crimes hediondos). Prisão cautelar. RHC 1.462-SP. RSTJ 26/173.
- PrPn Tráfico de substância entorpecente. Pena. Regime inicial. REsp 4.689-SP. RSTJ 26/372.
- PrPn Trancamento de ação penal. Fatos atípicos. Exame de prova. RHC 758-CE. RSTJ 26/95.
- Adm Transporte coletivo de passageiros. Taxa. Preço público. Tarifa. Diferenciação. Poder de polícia. Contrato administrativo. Princípio da equação econômico-financeira. RMS 582-SP. RSTJ 26/231.
- PrPn Tribunal do júri. Decisão. Apelo. Falta de fundamento legal. Admissibilidade. REsp 8.960-PR. RSTJ 26/499.
- Pn "Trombada". Roubo. CP, art. 157, § 2º, II. REsp 8.259-SP. RSTJ 26/487.

U

- Cv Usucapião como defesa. Venda de ascendente a descendente. Nulidade. REsp 10.038-MS. RSTJ 26/510.

V

- PrCv Valor da causa. Impugnação. Honorários advocatícios. REsp 5.811-CE. RSTJ 26/425.
- Adm Veículos. Apreensão e venda coercitiva. REsp 8.933-SP. RSTJ 26/496.
- Cv Venda de ascendente a descendentes. Nulidade. Usucapião como defesa. REsp 10.038-MS. RSTJ 26/510.
- PrPn Vista dos autos em cartório. Validade da intimação por via postal. Cerceamento de defesa. Nomeação de novo defensor. RHC 1.176-SP. RSTJ 26/156.

Impresso na **Prol** editora gráfica itda.

03043 Rua Martim Burchard, 246
Brás - São Paulo - SP
Fone: (011) 270-4388 (PABX)

com filmes fornecidos pelo Editor.