

**REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

“PUBLICAÇÃO OFICIAL”

**REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

ano 6 número 62 outubro 1994

© SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Praça dos Tribunais Superiores
70.095-900 — Brasília — DF

Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda.

SDS Bl. O - Ed. Venâncio VI - Lj. 27

Tel. (061) 224-4607 e FAX (061) 225-8494 - CEP 70.393-900

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. 2. Jurisprudência —
Periódicos — Brasil. I. Superior Tribunal de Justiça

CDD 340.605

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA

Ministro NILSON VITAL NAVES

Diretor

**REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

LEX — JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA — editada pela Lex Editora S/A	nº 1
REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO — editada pela Fundação Getúlio Vargas	nº 2
REVISTA LTr — editada pela LTr Editora Ltda.	nº 3
JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA — editada pela Juruá Editora Ltda.	nº 4
JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES — editada por Jurid Vellinich Ltda.	nº 5
REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DF E DOS TERRITÓRIOS	nº 6
REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	nº 7
REVISTA JURÍDICA MINEIRA — editada pela Interlivros de Minas Gerais Ltda.	nº 8
REVISTA JURÍDICA — editada pela Editora Síntese Ltda.	nº 9
JULGADOS DO TRIBUNAL DE ALÇADA DO RIO GRANDE DO SUL	nº 10
REVISTA DE PROCESSO — editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda.	nº 11
REVISTA DE DIREITO CIVIL — editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda.	nº 12
REVISTA DOS TRIBUNAIS — editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda.	nº 13
REVISTA DE DIREITO PÚBLICO — editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda.	nº 14
REVISTA CIÊNCIA JURÍDICA — editada pela Editora Ciência Jurídica	nº 15
REVISTA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA — editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de MG	nº 16
REVISTA DE JULGADOS DO TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DE MINAS GERAIS	nº 17
JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE — editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina	nº 18
REVISTA SÍNTESE TRABALHISTA — editada pela Editora Síntese Ltda.	nº 19
LEX — JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO — editada pela Lex Editora S/A	nº 20
REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO — editada pela Lex Editora S/A	nº 21
LEX — JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — editada pela Lex Editora S/A	nº 22
REVISTA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL — editada pela LTr Editora Ltda.	nº 23
REVISTA FORENSE — editada pela Editora Forense	nº 24
REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS — editada pela Editora Jurid Vellinich Ltda.	nº 25
SÉRIE — JURISPRUDÊNCIA ADCOAS	nº 26
REVISTA ATA — ARQUIVOS DOS TRIBUNAIS DE ALÇADA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — editada pela Editora Espaço Jurídico	nº 27
REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO — editada pela Livraria do Advogado Ltda.	nº 28
REVISTA DE DIREITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	nº 29
GENESIS — REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO — editada pela Genesis Editora	nº 30

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro WILLIAM Andrade PATTERSON — 3-8-79 — Presidente (*)
Ministro Romildo BUENO DE SOUZA — 8-4-80 — Vice-Presidente (**)
Ministro JOSÉ Fernandes DANTAS — 29-10-76
Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ — 19-12-77
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 Paulo Roberto Saraiva da COSTA LEITE — 25-9-84
Ministro NILSON Vital NAVES — 11-4-85 — Diretor da Revista
Ministro EDUARDO Andrade RIBEIRO de Oliveira — 12-6-85
Ministro Francisco DIAS TRINDADE — 9-1-86 — Coordenador-Geral da JF (**)
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 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
Ministro MILTON LUIZ PEREIRA — 23-4-92
Ministro Francisco CESAR ASFOR ROCHA — 22-5-92
Ministro ADHEMAR Ferreira MACIEL — 11-11-92
Ministro José ANSELMO de Figueiredo SANTIAGO — 12-2-93
Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR Júnior — 29-4-94

(*) 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 (Arts. 22, § 1º, e 23, do RI).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENÁRIO (*)

Presidente: Ministro WILLIAM PATTERSON

CORTE ESPECIAL

(2ª quinta-feira de cada mês)

Presidente: Ministro WILLIAM PATTERSON

Vice-Presidente: Ministro BUENO DE SOUZA
Ministro JOSÉ DANTAS
Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ
Ministro PEDRO ACIOLI
Ministro AMÉRICO LUZ
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI
Ministro JESUS COSTA LIMA
Ministro COSTA LEITE
Ministro NILSON NAVES
Ministro EDUARDO RIBEIRO
Ministro DIAS TRINDADE
Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO
Ministro ASSIS TOLEDO
Ministro EDSON VIDIGAL
Ministro GARCIA VIEIRA
Ministro WALDEMAR ZVEITER
Ministro FONTES DE ALENCAR
Ministro HÉLIO MOSIMANN
Ministro PEÇANHA MARTINS

PRIMEIRA SEÇÃO

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

Presidente: Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO

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

Ministro DEMÓCRITO REINALDO — Presidente
Ministro GARCIA VIEIRA
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS
Ministro MILTON LUIZ PEREIRA
Ministro CESAR ASFOR ROCHA

(*) 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 HÉLIO MOSIMANN — Presidente
Ministro AMÉRICO LUZ
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO
Ministro PEÇANHA MARTINS

SEGUNDA SEÇÃO

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

Presidente: Ministro NILSON NAVES

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO — Presidente
Ministro COSTA LEITE
Ministro NILSON NAVES
Ministro WALDEMAR ZVEITER
Ministro CLÁUDIO SANTOS

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

Ministro FONTES DE ALENCAR — Presidente
Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO
Ministro BARROS MONTEIRO
Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR

TERCEIRA SEÇÃO

(1ª e 3ª quintas-feiras de cada mês)

Presidente: Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI

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

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

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

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO — Presidente
Ministro PEDRO ACIOLI
Ministro ADHEMAR MACIEL
Ministro ANSELMO SANTIAGO

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL
(terças-feiras)

Ministro WILLIAM PATTERSON — Presidente
Ministro BUENO DE SOUZA — Vice-Presidente

Membros Efetivos

Ministro DIAS TRINDADE (Coordenador-Geral)

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO

Ministro ASSIS TOLEDO

Juiz HERMENITO DOURADO — TRF 1ª Região

Juiza JULIETA LÍDIA LUNZ — TRF 2ª Região

Juiz AMÉRICO LACOMBE — TRF 3ª Região

Juiz GILSON LANGARO DIPP — TRF 4ª Região

Juiz JOSÉ DE CASTRO MEIRA — TRF 5ª Região

Membros Suplentes

Ministro EDSON VIDIGAL

Ministro GARCIA VIEIRA

Juiz JOSÉ ALVES DE LIMA — TRF 1ª Região

Juiz NEY MAGNO VALADARES — TRF 2ª Região

Juiz SEBASTIÃO DE O. LIMA — TRF 3ª Região

Juiz OSWALDO M. ALVAREZ — TRF 4ª Região

Juiz PETRÚCIO F. DA SILVA — TRF 5ª Região

COMISSÕES PERMANENTES

Comissão de Coordenação

Ministro JESUS COSTA LIMA

Ministro DIAS TRINDADE

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Ministro PEÇANHA MARTINS — Suplente

Comissão de Documentação

Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ

Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI

Ministro ASSIS TOLEDO

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO — Suplente

Comissão de Regimento Interno

Ministro EDUARDO RIBEIRO

Ministro EDSON VIDIGAL

Ministro WALDEMAR ZVEITER

Ministro FONTES DE ALENÇAR — Suplente

Comissão de Jurisprudência

Ministro JOSÉ DANTAS

Ministro PEDRO ACIOLI

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

Ministro NILSON NAVES

Ministro GARCIA VIEIRA

Ministro CLÁUDIO SANTOS

COMISSÃO TEMPORÁRIA

Comissão Especial de Obras

Ministro COSTA LEITE

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO

Ministro BARROS MONTEIRO

Ministro HÉLIO MOSIMANN

	Pág.
JURISPRUDÊNCIA	13
Agravado Regimental no Agravo de Instrumento	15
Conflito de Competência	19
Embargos de Declaração em Agravo Regimental no Agravado de Instrumento	39
Embargos de Divergência em Recurso Especial	45
Habeas Corpus	83
Mandado de Segurança	91
Recurso em Habeas Corpus	99
Recurso em Mandado de Segurança	127
Recurso Especial	191
Índice Sistemático	453
Índice Analítico	459

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Nº 43.896-1 — SP
(Registro nº 93.0027504-6)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Agravante: *Fazenda Nacional*

Procuradores: *Drs. José Arnaldo Pereira dos Santos e outros, e Maria Dionne de Araújo Fêlpe e outros*

Agravada: *Sansuy Administração, Participação, Representação e Serviços Ltda.*

Advogados: *Drs. Pêrsio de Oliveira Lima e outros*

EMENTA: Superior Tribunal de Justiça. Controle difuso da constitucionalidade das leis. Constituição, art. 97.

I — O Superior Tribunal de Justiça exerce o controle difuso da constitucionalidade das leis, previsto no art. 97 da Constituição. Tal fato, contudo, não tem a amplitude de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, exercitada através dos recursos extraordinários que lhe são endereçados, cabíveis, nas causas decididas em única ou última instância, nos casos de violação da Lei Maior, previstos no inciso III do seu art. 102.

II — Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na con-

formidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio

Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

Brasília, 15 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de agravo regimental, interposto pela *Fazenda Nacional*, contra o despacho de fls. 228, que negou provimento ao agravo, manifestado contra decisão denegatória da subida do seu recurso especial, ao argumento de que o citado não se presta ao exame de matéria constitucional.

Insiste a agravante que, em face do controle difuso, insculpido no art. 97 da Constituição, seria cabível recurso especial, mesmo versando matéria constitucional.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Esta Corte exerce o controle difuso da constitucionalidade das leis, previsto no art. 97 da Constituição. Tal fato, contudo, não tem a amplitude de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, exercitada atra-

vés dos recursos extraordinários que lhe são endereçados, cabíveis, nas causas decididas em única ou última instância, nos casos de violação da Lei Maior, previstos no inciso III do seu art. 102.

Isto posto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no Ag nº 43.896-1 — SP — (93.0027504-6) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Agrte.: Fazenda Nacional. Procs.: José Arnaldo Pereira dos Santos e outros. Agrda.: Sansuy Administração, Participação, Representação e Serviços Ltda. Advogados: Pérsio de Oliveira Lima e outros. Agrte.: Fazenda Nacional. Procs.: Maria Dionne de Araújo Felipe e outros. Agrda.: Sansuy Administração, Participação, Representação e Serviços Ltda. Advogados: Pérsio de Oliveira Lima e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental (em 15.12.93 — 2ª Turma).

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

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

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 4.514-8 — SP

(Registro nº 93.0008039-3)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Autora: *Justiça Pública*

Ré: *Moderna Laboratório de Foto e Processamento de Cores Ltda.*

Suscitante: *Juízo Federal da 3ª Vara-SP*

Suscitado: *Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal de São Paulo-SP*

EMENTA: *Penal. Processual. Previdência Social. Falsificação de guias de recolhimento.*

— **Competência.** *Tranqüila jurisprudência sobre competir à Justiça Comum Estadual a ação penal por estelionato consistente da falsificação de guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando o dano patrimonial direto alcance apenas o contribuinte.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal de São Paulo-SP, nos termos do voto do Sr. Min. Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli, Jesus Costa Lima, Assis Toledo, Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Brasília, 24 de fevereiro de 1994
(data do julgamento).

Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Relatando o feito, reporto-me ao parecer da Subprocuradora-Geral Delza Curvello, lavrado nestes termos:

“Trata-se de conflito negativo de competência instalado entre o Juízo Federal da 3ª Vara/SP e o Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal de São Paulo-SP, tendente ao julgamento de crime de falsificação de guias de recolhimento de contribuições previdenciárias de pessoa jurídica.

2. O Ministério Público do Estado de São Paulo, entendendo que o crime foi praticado em detrimento de interesses da União, requereu a remessa dos autos do inquérito à Justiça Federal, com fundamento no art. 109, IV, da Constituição Federal, o que foi feito pela Juíza de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo-SP.

3. Na Justiça Federal, o Ministério Público Federal manifestou no sentido de sua incompetência, sob o argumento de que falsificação de guias de recolhimento de contribuição previdenciária não causa dano aos cofres da autarquia previdenciária, mas lesa tão-somente a particulares. Nesse caso, o contribuinte continua devedor da Previdência Social, configurando-se, em tese, estelionato praticado em detrimento do

patrimônio particular. Colaciona, inclusive, precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4. Acolhendo a manifestação ministerial, o Juiz Federal Dr. André Nabarrete Neto suscitou o presente conflito negativo de competência.

5. No caso em tela, entende o Ministério Público Federal que não existe ofensa direta a bens, serviços ou interesse da União, suas autarquias ou empresas públicas, uma vez que a infração moldada na falsificação de guias de recolhimento ao INSS não os atingiu, refletindo tão-somente na esfera do patrimônio particular.

Pelo exposto, o Ministério Público Federal opina pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente a Justiça Estadual, ora suscitada.” — fls. 148/49.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, de tão conhecida da Seção, a matéria se dispensa a maiores considerações, além da referência à orientação deste órgão, posta em linha com antigos precedentes do Tribunal Federal de Recursos, tal como a referenciei em voto no RHC 1.654-RS, que leio (cópia junta por xerocópia).

Pelo exposto, conheço do conflito e declaro competente o suscitado — Juízo de Direito da 6ª Vara-SP.

ANEXO

“RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 1.654 — RS

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Sr. Presidente, deveras, a mais antiga jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos proclamava escaparem à competência da Justiça Federal os delitos de falsificação de guias de recolhimento de contribuições previdenciárias, quando o fato não gerasse direta lesão patrimonial aos cofres da autarquia arrecadadora; não importava a essa orientação o resultado indireto, consistente, no dizer do acórdão ora examinado, de lesão do serviço da autarquia federal e do interesse na idoneidade da administração pública federal.

Tão reiterada tornou-se aquela jurisprudência, da qual o parecer suso transcrito dá alguns exemplos, que este Eg. Superior Tribunal de Justiça não relutou em perfilhá-la. Fê-lo, quando nada, já em duas ocasiões, à luz de asseverações deste quilate:

“Conflito de Competência — Falsificação de guias do INPS.

— Não ocasionando ofensa direta a bens, serviços ou interesse da União, suas autarquias ou empresas públicas, ficando a prática delituosa circunscrita a particulares, compete à Justiça Comum Estadual apreciar e julgar

os feitos relativos à falsificação de guias do INPS.

— Conflito conhecido e declarado competente o MM. Juízo suscitante.” — CC 1.623-SP, Rel. Ministro Flaquer Scartezzini, Terceira Seção, in DJ de 19.04.91.

“Penal. Processual. Estelionato. Patrimônio federal. Lesão a particular. Competência. Habeas corpus.

— Não havendo lesão ao patrimônio público e sim a particular, cabe à Justiça Comum Estadual processar e julgar o acusado de crime de estelionato praticado mediante falsificação da autenticação mecanográfica das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias.

— Recurso reconhecido e provido.” — RHC 1.300-PE, Rel. Ministro Edson Vidigal, 5ª Turma, in DJ de 21.10.91.

Em face dessa colação, correto é aplicar-se ao caso tão remansosa jurisprudência.

É bem certo que, segundo o acórdão, trata-se de uma quadrilha organizada, a qual, conforme a diversidade das ações em curso, tanto somente falsificavam a autenticação mecanográfica das guias de recolhimento, devolvendo-as às empresas interessadas, como, em casos outros, objeto de outras ações penais, posteriormente à falsificação introduziam os DARP’S no sistema de

computação da DATAPREV. Dessa segunda operação, de fato, diretamente lesiva do patrimônio da Previdência Social, não cuidam os autos, senão que cuidam daquela primeira prática criminosa, que no concernente ao dano patrimonial, em primeiro plano, configura estelionato contra a Corsan, empresa contribuinte ludibriada pela falsificação mecanográfica dos chamados DARPS.

Portanto, não há escusar-se o caso à competência da Justiça Comum Estadual, na esteira do citado assentamento jurisprudencial sobre a espécie.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para conceder a ordem, declarando a nulidade **ab initio** do processo, por incompetência do juízo, de forma que se remetam os autos à Justiça Comum Estadual.

Por se cuidar de nulidade que alcança todos os onze denunciados, aos demais estendo a ordem de **habeas corpus**, na consonância do art. 580 do Código Processo Penal.”

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 4.514-8 — SP — (93.0008039-3) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Autora: Justiça Pública. Ré: Moderna Laboratório de Foto e Processamento de Cores Ltda. Suscte.: Juízo Federal da 3ª Vara-SP. Suscdo.: Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal de São Paulo-SP.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal de São Paulo-SP, nos termos do voto do Sr. Min. Relator (em 24.02.94 — 3ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli, Jesus Costa Lima, Assis Toledo, Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.662-4 — PE

(Registro nº 93.0021404-7)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Autor: *Cloves Gonçalves Dias*

Réu: *Município de Santa Cruz do Capibaribe-PE*

Advogado: *Paulo Clemente Torres*

Suscitante: *Juízo de Direito de Santa Cruz do Capibaribe-PE*

Suscitada: *Junta de Conciliação e Julgamento de Caruaru-PE*

EMENTA: Administrativo. Servidor público municipal. Reclamação trabalhista. Competência.

1. Tratando a reclamação de questões nitidamente trabalhistas e estando o servidor do Município vinculado a regime celetista, indubitável a competência da Justiça do Trabalho.

2. Conflito conhecido; competência da suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente a Suscitada, Junta de Conciliação e Julgamento de Caruaru-PE, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas, José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli, Jesus Costa Lima e Assis Toledo.

Brasília, 21 de outubro de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Servidor Público Municipal, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho ajuizou Reclamação Trabalhista, visando o recebimento de verbas referentes a diferenças de

Salários, 13º Salários, Férias, FGTS, aviso prévio, horas extras e demais, por ter sido demitido, alega, sem justa causa.

O Juízo comum entendendo ser a lide nitidamente trabalhista, suscitou este conflito, apontando o Juízo Trabalhista como competente.

O Parecer do Ministério Público Federal é pelo conhecimento do Conflito e competência da Justiça Trabalhista.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, com razão o Juízo Suscitante. As verbas reclamadas são da esfera da Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, em acordo com o Ministério Público Federal, conheço do conflito e declaro competente a Junta de Conciliação e Julgamento de Caruaru-PE.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.662-4 — PE — (93.0021404-7) — Relator: O Sr.

Ministro Edson Vidigal. Autor: Cloves Gonçalves Dias. Réu: Município de Santa Cruz do Capibaribe-PE. Advogado: Paulo Clemente Torres. Suscte.: Juízo de Direito de Santa Cruz do Capibaribe-PE. Suscda.: Junta de Conciliação e Julgamento de Caruaru-PE.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente a Suscitada, Junta de

Conciliação e Julgamento de Caruaru-PE, nos termos do voto do Sr. Min. Relator (em 21.10.93 — 3ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas, José Cândido, Pedro Acioli, Jesus Costa Lima e Assis Toledo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 6.925-4 — PB

(Registro nº 93.0033537-5)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Autores: *Severino Matias de Carvalho e outros*

Ré: *Universidade Federal da Paraíba — UFPB*

Suscitante: *Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba*

Suscitado: *Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*

EMENTA: *Constitucional e Processual Civil. Conflito de competência. Reclamação trabalhista ajuizada por servidores públicos federais atualmente regidos pelo Estatuto (Lei nº 8.112/90). Competência da Justiça Especializada.*

I — A competência in casu se firma *ratione materiae* (CF, art. 114, caput), **não obstante serem os reclamantes, no momento, servidores da União Federal. A causa petendi e o petitum dizem respeito à li-** *de trabalhista, por vantagens advindas antes da implantação do Estatuto (Lei nº 8.112/90). Precedentes do STJ.*

II — Competência do juízo trabalhista (suscitado).

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago, José Dantas, José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli, Edson Vidigal e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausentes, nesta assentada, o Sr. Ministro Assis Toledo e por motivo justificado, o Sr. Ministro Cid Flaquer Scarcezini.

Brasília, 07 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Trata-se de conflito negativo de competência em que figura como suscitante o juízo federal da 3ª Vara-PB e como suscitado o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

2. O TRT da 13ª Região, ao apreciar recurso ordinário, declarou a

incompetência da justiça laboral para processar e julgar reclamação trabalhista ajuizada por servidores públicos federais contra a Universidade Federal da Paraíba — UFPB.

3. A ação, objeto do presente conflito, versa sobre o recebimento das diferenças salariais relativas à implantação do Plano Collor.

4. O Ministério Público Federal opinou pela competência da justiça especializada, por estarem os autores, à época, regidos pela CLT, embora, atualmente, sejam estatutários.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): O conflito se instaurou entre juízo federal, o suscitante, e juízo trabalhista, o suscitado. A ação é uma reclamatória aforada por servidores públicos federais, ora estatutários. A reclamada é a Universidade Federal da Paraíba — UFPB. A **causa petendi** está alicerçada no não pagamento das diferenças salariais em virtude da implantação do Plano Collor e reflexos.

A jurisprudência do STJ é tranqüila a respeito da competência da justiça especializada:

“Competência. Conflito. Lide trabalhista. Servidores públicos. Período anterior ao Regime Jurídico Único. Competência da Justiça do Trabalho.

Em se tratando de lide trabalhista, demarcada pelo seu objeto (pedido e causa de pedir), versando benefícios referentes a período anterior à vigência do regime jurídico único, competente para a causa é a Justiça do Trabalho.” (CC nº 2.758-RJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. DJU de 21.09.92, p. 15.649).

No CC nº 3.545-3/RJ, assim ficou o acórdão por mim ementado:

“Constitucional e Processual Civil. Reclamação Trabalhista por servidores atualmente regidos pelo Estatuto (Lei nº 8.112/90). Competência da Justiça Especializada.

I — A competência **in casu** se firma **ratione materiae** (CF, art. 114, **caput**), não obstante serem os reclamantes servidores de uma fundação pública federal, atualmente regidos pela Lei nº 8.112/90. A **causa petendi** e o **petitum** dizem respeito a direitos trabalhistas.

II — Competência da suscitante (JCJ).”

Com tais observações, declaro competente o juízo trabalhista (suscitado).

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 6.925-4 — PB — (93.0033537-5) — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Maciel. Autores: Severino Matias de Carvalho e outros. Ré: Universidade Federal da Paraíba — UFPB. Suscte.: Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba. Suscdo.: Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, nos termos do voto do Sr. Min. Relator (em 07.04.94 — 3ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Anselmo Santiago, José Dantas, José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli, Edson Vidigal e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausentes, nesta assentada, o Sr. Min. Assis Toledo e por motivo justificado, o Sr. Min. Cid Flaquer Scartezini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.032-5 — RJ

(Registro nº 93.0034678-4)

Relator: O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira

Autor: Unibanco Crédito Imobiliário S.A. Rio

Suscitante: Juízo Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro

Suscitado: *Juízo de Direito da 24ª Vara Cível do Rio de Janeiro-RJ*

Réus: *Manuel Jeremias Leite Caldas e outros*

Advogado: *Dr. Ricardo M. Amaral de Barros*

EMENTA: Processual Civil. Conflito negativo de competência. Reajuste de prestações relativas ao financiamento da casa própria. Litisconsórcio necessário da Caixa Econômica Federal. Artigo 109, I, C.F. — Artigo 47 e parágrafo único, CPC.

1. A Caixa Econômica Federal, sucessora do BNH, como gestora do SFH, é litisconsorte necessária (art. 47, CPC) nas ações promovidas por mutuários contra agente financeiro, questionando cláusulas contratuais de reajuste das prestações.

2. Fincado o litisconsórcio necessário, as suas normas são cogentes, não podendo o Juiz ignorá-las, transgredi-las, derogá-las ou afeiçoá-las à sua vontade ou à das partes, por inteira submissão a razão de ordem pública que transcende a esfera de interesse dos litigantes. Imperativamente o litisconsorte deve ser integrado na relação processual (Parágrafo único, art. 47, CPC). Apud Cândido Dinamarco.

3. Obrigatória a integração processual da Caixa Econômica Federal, compete ao Juízo Federal processar e julgar a ação (art. 109, I, C.F.).

4. A espécie, pois, é diferente de outros precedentes (p. ex.: CC 6.676-0-RJ), nos quais a controvérsia prendeu-se aos critérios de reajuste das prestações de mútuo, conforme cláusulas pactuadas, obedientes às diretrizes das Resoluções do SFH.

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal, suscitante.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária do

Estado do Rio de Janeiro, suscitante, 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. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo

e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José de Jesus Filho.

Brasília, 26 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Trata-se de Execução Hipotecária proposta pelo Unibanco Crédito Imobiliário S.A., contra Manuel Jeremias Leite Caldas e outros, objetivando o recebimento de crédito de dívida oriunda de prestações em atraso de financiamento de imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação — SFH.

Os Executados, em seus Embargos, questionaram o critério de reajuste das prestações.

O MM. Juiz de Direito da 24ª Vara Cível do Rio de Janeiro declarou-se incompetente para processar e julgar o feito, devolvendo os autos à Justiça Federal que suscitou o presente Conflito, com o seguinte entendimento:

“A despeito da competência absoluta, reconheça-se que os devedores estão discutindo a interpretação do contrato de mútuo na Justiça Federal, conforme certidão inclusa às fls. 209, em ação mandamental contra o extinto B.N.H.

A alegação de que reside obrigatoriamente do ingresso da CEF como litisconsorte, sendo sucessora do B.N.H., e, portanto, gestora do Sistema Financeiro da Habitação, não encontra ressonância.

Isto porque a Lei nº 4.380/64, no inciso I do art. 17, estabelece que a competência do extinto Banco Nacional da Habitação é a de orientar, disciplinar e de assistir financeiramente, donde conclui que a relação contratual de financiamento é restrita ao adquirente e à sociedade imobiliária, credora da obrigação assumida por aquele, observado que as condições de financiamento se submetem ao Sistema Financeiro da Habitação, dentre as quais, como principal, a de assegurar o plano de equivalência salarial.

Aliás os recursos do financiamento são carreados da própria sociedade imobiliária, não havendo, portanto, por parte da Caixa Econômica Federal interesse no feito, visto que o não pagamento não oferece qualquer afetação ao patrimônio desta instituição.

De outra feita, a matéria posta em Juízo Federal, por coincidência em processo agora em trâmite nesta Vara, entre o executado e o BNH, sucedido pela CEF, diz respeito ao índice de reajuste da prestação para determinado período, tratando-se de mandado de segurança, e, portanto, dirimindo questão específica, em que pese reconhecer sua repercussão sobre os reajustes seguintes.

Todavia, a eventual favorabilidade da sentença no referido mandado de segurança, não lhe confere direito a eventual possibilidade de inadimplência do pagamento das prestações, situação essa a depender do exame dos embargos à execução, sem falar ainda que da liquidação da sentença, processada no referido mandado, estão excluídos os impetrantes, cujos ajustes contratuais não tenham sido assumidos com o agente financeiro da CEF, com legitimidade passiva para causa.” (fls. 21/22)

O douto Ministério Público Federal assim se pronunciou:

“Antes entendíamos que se se tratasse de consignatória pura, descaberia compelir-se o órgão executor do S.F.H., a CEF, a integrar a lide em que figuram particulares, mutuários e o agente financeiro, como partes **ex adversa**, posto o fato de a entidade pública editar a norma, não autoriza seja ela chamada a compor o pleito na qualidade de litisconsorte.

Nesse sentido o CC 7.068-SC, Rel. Min. **Sebastião Reis** (DJ 19.11.87) e no CJ 6.590-0-SC — Rel. Min. **Carlos Madeira** — DJ 13.03.87 — julgados referidos pelo juiz suscitado (fls. 32).

Na Ação, contudo, questionam-se a correção dos valores a depositar pelo mutuário e os critérios de apuração das prestações devidas.

No sentido do chamamento necessário do gestor do Sistema:

“AC 104.787-PB, — Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 6ª Turma — Unânime — E-89/55; CC 7.096-SC — Rel. Min. José de Jesus Filho — RTFR vol. 159/229.”

Isto posto, na linha adotada pela Corte, é de se declarar competente o il. juiz federal, porquanto o fundamento da ação é o critério de reajuste das prestações da casa própria adquirida sob o S.F.H.)” 138/138

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Como relatado, a ação versa o reajuste de prestações relativas ao financiamento de casa própria com recursos do Sistema Financeiro da Habitação, aforada perante o MM. Juiz de Direito da 24ª Vara Cível do Rio de Janeiro-RJ, que não conheceu do pedido, à parla de necessário litisconsórcio passivo da Caixa Econômica Federal, deslocando a competência para a Justiça Federal.

A respeito do tema, a jurisprudência assentou que, a foco de financiamento com recursos do Sistema Financeiro da Habitação, quando demonstrado o interesse jurídico da Caixa Econômica Federal,

sucessora do Banco Nacional de Habitação, a competência é da Justiça Federal, uma vez findado o *litisconsórcio necessário*, porque as suas normas:

“... são cogentes, ou seja, dispõem de imperatividade absoluta: nem às partes nem ao Juízo é dado transgredi-las, derogá-las ou afeiçoá-las à sua vontade, porque subjacente a elas há uma *razão de ordem pública* que transcende a esfera de interesse das partes em conflito. Por isso, incumbe ao Juiz velar por elas inquisitivamente no processo” (Cândido R. Dinamarco — in *Litisconsórcio* — p. 179 — Ed. RT — 2ª ed. — *apud* fl. 4 — autos) — gf.

Quanto à obrigatoriedade do chamamento do gestor do SFH, anota-se: AC 104.787-PB — Rel. Min. Eduardo Ribeiro; CC 7.096-SC — Rel. Min. José de Jesus Filho (in RTFR, vol. 159/229); AI 52.120 — Rel. Min. Torreão Braz — in DJU de 17.09.87, p. 19.589.

A jurisprudência desta Seção é firme:

“Sistema Financeiro de Habitação. Reajuste de Prestações. Competência. Caixa Econômica Federal. Litisconsorte Necessário. Competência da Justiça Federal.

Quando mutuários do SFH acionam agente financeiro, questionando cláusulas contratuais de reajuste das prestações, a CEF, como gestora do Sistema, será li-

tisconsorte necessário, competindo aos Juizes Federais processar e julgar os feitos.

Conflito conhecido e declarado competente ao juiz suscitante” (CC nº 3.351-1-PR — Rel. Min. Gomes de Barros — julgado em 27.04.93).

“Processual. Conflito de Competência. Ação Versando Sobre os Critérios de Reajustamento da Prestação de Imóvel Financiado pelo SFH.

Versando a lide sobre os critérios de cálculo para efeito de reajuste da prestação de imóvel financiado pelo SFH, necessária a intervenção do seu gestor — Caixa Econômica Federal.

Competência da Justiça Federal, que se declara.

Decisão unânime” (CC nº 4.527-6-DF — Rel. Min. Demócrito Reinaldo — in DJU de 24.05.93).

Na espécie, pois, certo que se controverte a respeito dos critérios de reajuste das prestações de mútuo, conforme as cláusulas pactuadas, e obedientes às diretrizes das Resoluções do Sistema Financeiro da Habitação, como gestora, presente o interesse jurídico, da Caixa Econômica Federal, espraia-se a competência dos Juizes Federais.

Como visto, diferencia-se de outros precedentes nos quais não se discutiram os critérios de reajuste das prestações de mútuo, mas, tão-só, cuidou-se da objetiva execução da

dívida pactuada entre pessoas de Direito Privado (p. ex.: CC 6.676-0-RJ — julgado em 22.03.94).

Pelo fio do exposto, conhecendo do conflito, *voto declarando competente o Juízo Federal da 17ª Vara*, suscitante.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.032-5 — RJ — (93.0034678-4) — Relator: O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Autor: Unibanco Crédito Imobiliário S/A Rio. Advogado: Ricardo M. Amaral de Barros. Réus: Manuel Jeremias Leite Caldas e outros. Suscte.: Juízo Federal da 17ª Vara da Seção Ju-

diciária do Estado do Rio de Janeiro. Suscdo.: Juízo de Direito da 24ª Vara Cível do Rio de Janeiro-RJ.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, suscitante, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 26.04.94 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.140-2 — SC

(Registro nº 93.0035189-3)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Autora: *Companhia de Automóveis Sul Catarinense S/A Comércio e Importação*

Rés: *Ford Administração e Consórcios Ltda. e União Federal*

Suscitante: *Juízo Federal da 1ª Vara em Criciúma — SJSC*

Suscitado: *Juízo Federal da 15ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Edson Nelson Ubaldo e José Carlos Mota Vergueiro*

EMENTA: *Competência — Ação ordinária de indenização civil cumulada com declaratória — Necessidade de desmembramento.*

I — Impossibilidade de cumulação de ações se, para uma a competência é da Justiça Estadual e, para outra, a Federal.

II — A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.

III — Determinado o desmembramento dos processos e declarada a competência da Justiça Estadual para apreciar e julgar a ação de indenização civil e a da Justiça Federal para processar e julgar a ação declaratória intentada contra a União.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Comum Estadual para apreciar e julgar a ação indenizatória e o Juízo Federal da 15ª Vara de São Paulo para onde deverão ser remetidos os autos a fim de ser apreciada e julgada a ação declaratória movida contra a União Federal. Votaram com o relator os Exmos. Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Américo Luz. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 08 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Cia. de Automóveis Sul Catarinense S/A Comércio e Importação

ajuizou perante a Justiça Federal de São Paulo, ação declaratória c/c ordinária de indenização por perdas e danos contra a União e Ford Administração e Consórcios Ltda.

Decorridos quatorze anos de tramitação, quando o processo já se encontrava saneado e em fase de sentença, o MM. Juiz Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo entendeu por bem declarar “a incompetência absoluta do Juízo quanto à ação ordinária de indenização civil” e a incompetência relativa quanto à ação ordinária declaratória negativa intentada contra a União, remetendo os autos à Justiça Federal, Seção Judiciária de Santa Catarina (fls. 37/43).

Encaminhados os autos à Justiça Federal, Seção Judiciária de Santa Catarina, o MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Criciúma-SC suscitou o presente conflito de competência, considerando que:

“O pedido principal é de indenização contra a Ford Administração e Consórcios Ltda., com sede em São Paulo-SP, portanto, a competência, **in casu**, de consonância com a regra do art. 94, **caput**, do CPC é do foro do domicílio do réu.

A ação secundária, que depende exclusivamente da procedência da primeira, pois somente haverá incidência do imposto de renda se devida a indenização, de acordo com a regra do art. 94, parágrafo 4º, pode ser proposta no foro de qualquer um dos réus, a escolha do autor (no caso, houve opção pelo foro da SJSP).

Não se pode olvidar a impossibilidade de cisão das ações, uma vez que, da forma como foram colocados os pedidos, guardam eles interdependência, de forma a aconselhar que sejam decididos pelo mesmo juízo. Pelo menos, não há como observar-se a decisão do Juízo suscitado, que declarou-se absolutamente incompetente para decidir a ação de indenização (contra a FORD, domiciliada em São Paulo), e relativamente incompetente para a ação declaratória (contra a União Federal). Ora, se a Justiça Federal é absolutamente incompetente para aquela ação, em face das partes intervenientes, descabe a remessa dos autos a este juízo federal.

Com efeito, pelo que se vislumbra dos autos não houve exceção de incompetência e, tratando-se de competência relativa, como é a territorial, não poderia o juízo suscitado decliná-la de ofício, consoante iterativa jurisprudência desta C. Corte" (fls. 03/04).

Oficiando no feito, a douta Subprocuradoria Geral da República

opinou pela competência do Ilustre Suscitado. (fls. 42/50).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: A ação foi proposta pela Companhia de Automóveis Sul Catarinense S/A Comércio e Importação, pessoa jurídica de direito privado, visando receber da Ford Administração de Consórcios Ltda., também pessoa jurídica de direito privado, indenização por perdas e danos e declarada a inexistência de relação jurídico-tributária com referência à autora quanto à obrigação de recolher imposto de renda sobre referida indenização.

Como se vê, estamos diante de duas ações, a primeira entre duas pessoas jurídicas de direito privado e a outra entre uma pessoa jurídica de direito privado e a União. Competente para apreciar e julgar a primeira é a Justiça Comum Estadual e para apreciar e julgar a segunda é a Justiça Federal. Ora, conforme reconheceu o próprio Juiz suscitante (fls. 42):

"Contudo, não pode haver cumulação de ações se, para uma, é competente a Justiça Federal e, para outra, a Estadual (STF, 1ª Turma, RE 101.9141-0-CE, Rel. Min. Soares Muñoz, j. 15.05.84), devendo o Juiz, neste caso, determinar que a ação prossiga perante ele

apenas com relação ao pedido sobre que tem competência para apreciar.”

Mas Sua Excelência não seguiu esta orientação. Embora tenha ele declarado a sua incompetência absoluta para apreciar e julgar a ação de indenização entre duas pessoas jurídicas de direito privado, declinou também de sua competência relativa para apreciar e julgar a ação movida contra a União e determinou a remessa dos autos ao MM. Juízo Federal da 1ª Vara de Criciúma-SC, o suscitante. Ora, se a Justiça Federal é absolutamente incompetente para apreciar e julgar a ação de indenização, mas é competente para apreciar e julgar a ação declaratória movida contra a União e se esta competência é relativa, deveria o MM. Juízo Federal da 15ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo determinar o desmembramento dos processos e remeter o concernente à ação de indenização para a Justiça Comum Estadual e julgar a ação declaratória movida contra a União porque, em se tratando de “competência relativa” não podia ser declarada de ofício. Nossa Súmula nº 33 estabelece que:

“A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

Conheço do conflito e declaro competente a Justiça Comum Estadual para apreciar e julgar a ação ordinária de indenização movida pela Companhia de Automóveis Sul

Catarinense S/A Comércio e Importação, movida contra a Ford Administração de Consórcios Ltda. e o MM. Juízo Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitado, para apreciar e julgar a ação declaratória, movida pela mesma autora contra a União, devendo o MM. Juízo suscitante determinar o desmembramento dos processos e remeter à Justiça Comum Estadual o pleito referente à ação de indenização e apreciar e julgar a ação declaratória movida contra a União.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.140-2 — SC — (93.0035189-3) — Relator: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Autora: Companhia de Automóveis Sul Catarinense S/A Comércio e Importação. Advogado: Edson Nelson Ubaldo. Ré: Ford Administração e Consórcios Ltda. Advogado: José Carlos Mota Vergueiro. Ré: União Federal. Suscte.: Juízo Federal da 1ª Vara em Criciúma — SJSC. Suscdo.: Juízo Federal da 15ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo Comum Estadual para apreciar e julgar a ação indenizatória e o Juízo Federal da 15ª Vara de São Paulo para onde deverão ser remetidos os autos a fim de ser apreciada e julgada a ação declaratória movida contra a União Federal (em 08.03.94 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito

to Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.494-0 — RJ

(Registro nº 94.0003092-4)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Autor: *Bright Sunny Olatokunbo Komolafe*

Réu: *Benjamin Durojaiye Komolafe*

Suscitante: *Juízo Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro*

Suscitado: *Juízo de Direito da 17ª Vara de Família do Rio de Janeiro-RJ*

Advogado: *Dr. Leily C. V. de Oliveira*

EMENTA: Competência. Conflito negativo.

A ação de alimentos proposta no Brasil, residindo o devedor em outro país, é da competência da Justiça Estadual.

Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 17ª Vara de Família do Rio de Janeiro-RJ, o suscitado.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz, Costa Leite, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade.

Brasília, 27 de abril de 1994 (data do julgamento)

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, trata-se de conflito suscitado numa ação de alimentos proposta no Brasil, porque o alimentando aqui reside, contra alguém que se encontra na Nigéria. A ação foi proposta perante o Juiz Estadual, Décima Sétima Vara de Família do Rio de Janeiro, que, em virtude do alimentante residir na Nigéria, entendeu que a competência seria da Justiça Federal.

O Juiz Federal suscitou o conflito.

O Ministério Público manifestou-se pela competência do Juízo Estadual.

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A competência parece-me, indubitavelmente, da Justiça Estadual, porque a Procuradoria Geral da República não atua como intermediária no caso concreto, visto que o alimentante é que reside no exterior.

Dou pela competência do Juízo suscitado, o Juiz Estadual da Déci-

ma Sétima Vara de Família do Rio de Janeiro.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.494-0 — RJ — (94.0003092-4) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Autor: Bright Sunny Olatokunbo Komolafe. Advogado: Leily C. V. de Oliveira. Réu: Benjamin Durojaiye Komolafe. Suscte.: Juízo Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Suscdo.: Juízo de Direito da 17ª Vara de Família do Rio de Janeiro-RJ.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo de Direito da 17ª Vara de Família do Rio de Janeiro-RJ, o suscitado (em 27.04.94 — 2ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz, Costa Leite, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL
NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL
NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 39.784-0 — SP

(Registro nº 93.0017848-2)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Agravante: *Armando de Jesus*

Agravado: *José Carlos Linda*

Embargante: *Armando de Jesus*

Embargado: *Acórdão de Folhas 214*

Advogados: *Drs. Heitor Regina e outros, e Norberto Prado Soares e outro*

EMENTA: *Agravo da Lei 8.038/90. Prazo.*

O dia da circulação do “Diário da Justiça” da União na comarca de origem da causa é insignificativo para a contagem do prazo recursal.

Embargos denegados.

Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sál-

vio de Figueiredo, Barros Monteiro e Antônio Torreão Braz. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Brasília, 25 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Manifesta o recorrente embargos declaratórios à seguinte decisão:

“Agravado da Lei 8.038/90.

Insignificante na contagem do prazo para o agravo da Lei 8.038/90 é o dia da circulação do “Diário da Justiça” da União na comarca de origem da causa.

Recurso denegado.

Unânime.” (fl. 214)

Sustenta o embargante

“ausência de qualquer fundamentação da decisão, no que concerne à aludida insignificância do dia da circulação do D.J.U. na comarca de origem da causa, para efeito de contagem de prazo do recurso”.

Diz, outrossim, que conforme comprovado nos autos o Diário da Justiça da União somente circula na Comarca de Campinas de um a dois dias após a data da sua edição e é a partir desta que tem início o prazo recursal.

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Assim exarei o meu voto:

“Os argumentos expendidos pelo agravante não são capazes

de afastar a extemporaneidade do agravo regimental.

Ora, publicado o despacho agravado em 26.08.93 (fls. 192) — quinta-feira — o prazo para interposição do recurso esgotar-se-ia em 31.08.93 (terça-feira).

No entanto, o recurso somente veio a ser protocolizado em 03.09.93 — sexta-feira — (fls. 193), quando já exaurido o quinquênio legal.

Insignificante na contagem do prazo para o agravo da Lei 8.038/90 é o dia da circulação do “Diário da Justiça” da União na comarca de origem da causa.

Em face do exposto, não conheço do presente agravo” (fl. 212).

No acórdão embargado não vislumbro nenhuma omissão a ser sanada.

Ficou claro no aresto que a circulação do Diário da Justiça da União na Comarca de origem da causa não tem nenhuma significação para a contagem do início do prazo recursal. Tal contagem é feita a partir da publicação do Diário da Justiça da União na Capital Federal, pois, como expressa o art. 236 do Código de Processo Civil,

“No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial.”

Obviamente, no caso, considerado o dia da circulação do órgão ofi-

cial na Capital da República, e não na comarca de origem da causa.

Isto posto, rejeito os embargos de declaração.

EXTRATO DA MINUTA

EDcl no AgRg no Ag nº 39.784-0 — SP — (93.0017848-2) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Agrte.: Armando de Jesus. Advogados: Heitor Regina e outros. Agrdo.: José Carlos Linda. Advogados: Norberto Prado Soares e outro. Embte.: Armando de Jesus. Advogados: Hei-

tor Regina e outros. Embdo.: V. acórdão de fls. 214.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração (em 25.04.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Antônio Torreão Braz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

Nº 880-2 — RS

(Registro nº 93.0015836-8)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Embargante: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Drs. Vera Lucia Zanette e outros*

Embargada: *Rocilda Rodrigues Chaves*

Advogados: *Drs. Eduardo Marioti e outros*

EMENTA: *Processual. Mandado de segurança. Sucumbência.*

— **Honorários advocatícios. Em conta a natureza especial da ação, no mandado de segurança não cabe condenação em honorários (Súmula 512-STF, e acórdãos unânimes de Turmas do Superior Tribunal de Justiça).**

Embargos de divergência recebidos por maioria de votos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, receber os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Peçanha Martins,

Gomes de Barros e Cesar Rocha. Os Srs. Ministros Torreão Braz, Bueno de Souza, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Jesus Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Assis Toledo, Edson Vidigal, Demócrito Reinaldo, Milton Pereira e Adhemar Maciel votaram com o Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Cândido, Flaquer Scartezini, Dias Trindade, José de Jesus, Hélio Mosimann e Anselmo

Santiago não compareceram à sessão por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 23 de setembro de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de embargos de divergência relativos ao cabimento de honorários advocatícios em mandado de segurança, verba na qual o Estado do Rio Grande do Sul fora condenado pelo acórdão local (fls. 102), afinal confirmado em grau de recurso especial improvido por maioria de votos da Eg. Primeira Turma, conforme acórdão da relatoria do Sr. Min. Gomes de Barros, assim ementado:

“Mandado de segurança — Honorários — Sucumbência.

No processo de Mandado de Segurança, é oportuna a condenação em honorários de advogado, por sucumbência.” — fls. 140.

Interpuseram-se os presentes embargos, pela colação de acórdãos literalmente postos em sentido contrário, a exemplo de assertivas deste teor:

“Mandado de segurança.

— Honorários advocatícios. São incabíveis nas ações do tipo. Súmula 512-STF.

— Recurso provido.” — REsp 17.580, 2ª T., Rel. Min. Américo Luz; na mesma linha: REsp 27.879, 6ª T., Rel. Min. José Cândido; REsp 1.576, 2ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, e REsp 16.481, 2ª T., Rel. Min. José de Jesus.

Admiti os embargos, à luz do indudioso pressuposto da divergência jurisprudencial cotejada — fls. 184.

Processado, o recurso não sofreu impugnação (certidão de fls. 185 v.).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, o conhecimento dos embargos se dispensa a exame mais detido, tão real se mostra a divergência do v. acórdão atacado para com os paradigmas colacionados.

E a conhecê-los, fico em que, sem desmerecimento dos respeitáveis argumentos aduzidos no voto condutor do v. acórdão embargado — principados por salientar-se a inexistência de diferença ontológica entre a ação de pedir segurança e aquela, de pedir — através do processo de conhecimento — a correção de ato de autoridade, onde se contém coação ilegal; sem desmerecimento dessa respeitabilidade, repita-se, fico em receber os embargos.

Faço-o, sobretudo, porque, ao largo da indagada afinidade ontológi-

ca, de tamanha preocupação doutrinária, a mim parecem convincentes os fundamentos básicos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria afinal sumulada.

Na verdade, nos memoráveis debates ali travados, ressaltaram-se, no plano formal, a não sujeição do processo do mandado de segurança às regras do Cód. de Proc. Civil, salvo no que a lei especial (nº 1.533/51) houvesse remetido, não o fazendo, pois, quanto à condenação em honorários; e no plano substancial, a natureza institucional do **mandamus** como garantia de mais célere reparo do direito líquido e certo afetado por ato de autoridade, pelo que, até constituiria desestímulo a subordinação do seu agente aos ônus da sucumbência, cujo maior componente são os honorários advocatícios do vencedor, à conta do igual tratamento das partes.

Daqueles debates dá excelentes registros o acórdão no RE 61.097, julgado pelo Tribunal Pleno, em 12/09/68, in RTJ 51/805, *leading case* referenciado pela Súmula 512-S.T.F.

Reacesa a questão no advento do C.P.C. de 1973, reafirmou-se a subsistência daquele verbete, por subsistirem as mesmas razões da sumulação da matéria, conforme diversos acórdãos relacionados em obra do Prof. **José Nunes Ferreira** — “Súmulas do Supremo Tribunal Federal”, Saraiva, 3ª ed., pág. 393.

De todo esse esboço, concluo por reputar de melhor alvitre a preferência pelos acórdãos colacionados, apesar da respeitabilidade do entendimento oposto, consagrado pela v. decisão ora embargada.

Daí, que cabe receber os embargos, para prover-se o recurso especial e reformar o acórdão recorrido, no ponto da malsinada condenação em honorários.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, vejo que o v. acórdão trazido a contraste, por haver sancionado a incidência de honorários em mandado de segurança, é explícito em suas razões, de modo que posso ater-me a breves considerações, no sentido de receber os embargos, uma vez que manifestamente caracterizada a divergência.

Tal como o eminente Ministro Relator, recebo os embargos, limitando-me apenas a apontar que não são desprezíveis, evidentemente, as razões de ordem doutrinária, sistemática e mesmo legal, porque não vejo a dificuldade, tantas vezes encarecida, concernente ao convívio da lei de mandado de segurança com o Código de Processo Civil. Contudo, penso que a mudança da orientação jurisprudencial nesta matéria não se presta a atender aos interesses superiores das partes que litigam, em termos de seus direitos subjetivos

líquidos e certos, porquanto haveria, em contrapartida, a conseqüente aplicação dos honorários às partes sucumbentes — também elas impe-trantes no mandado de segurança — e a recíproca também haveria de ser aplicada, obviamente.

O que se verifica, a todo custo, é que o mandado de segurança, a se atender a essa exigência de ordem sistemática (aliás, inegável) perderia, ademais, muito de sua prestân-cia, porquanto desembocaria, neces-sariamente, em processos de liqui-dação e execução pelas verbas da sucumbência.

Embora reconheça, tanto quanto o eminente Relator, as boas razões do v. acórdão trazido a confronto, penso que os embargos devem ser recebidos.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIO-LI: Sr. Presidente, sempre defendi a tese do não cabimento do honorá-rio de advogado em mandado de se-gurança, desde quando integrante da Quinta Turma.

De modo que acompanho o Emi-nente Ministro Relator, **data venia**.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, a matéria tem tradição em duas Súmulas do Su-premo Tribunal Federal no sentido do voto proferido pelo eminente Re-lator, a quem acompanho.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, tenho entendimento firmado no mesmo sentido sustentado pelo Ilus-tre Relator quanto à subsistência da Súmula nº 512, do Supremo Tribu-nal Federal, segundo a qual não ca-bem honorários advocatícios em mandado de segurança.

Sobre o assunto reporto-me a tra-balho que sobre ele escrevi e que fa-rei anexar ao presente voto, a títu-lo de fundamentação.

Acompanho o ilustre Relator, re-cebendo os embargos.

ANEXO

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM MANDADO DE SEGURANÇA”^(*)

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEI-RO, Ministro do Superior Tri-bunal de Justiça e Professor Titular de Teoria Geral do Pro-cesso e Direito Processual Ci-vil da AEUDF (licenciado).

Há mais de duas décadas o Su-premo Tribunal Federal aprovou a Súmula nº 512, segundo a qual “não cabe condenação em honorários na ação de mandado de segurança”.

Trata-se de verbete com o qual nunca se confirmou a doutrina ma-joritária. De tempos em tempos, doutrinadores, juízes e tribunais, estes, através de acórdãos ou votos

^{*} Exposição feita em 27.05.93, no auditório do Ins-tituto dos Advogados de São Paulo.

vencidos, têm revelado posicionamento contrário à orientação por ele adotada.

Agora, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo da interpretação da lei federal, a matéria voltou à baila.

Toda controvérsia surgiu com a edição da Lei nº 4.632, de 16-5-65, que deu nova redação ao art. 64 do CPC/39, adotando o princípio da sucumbência ou sucumbimento, mantido pelo art. 20 da atual Lei Adjetiva Civil. Eis o seu texto:

“A sentença final da causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários de advogado da parte vencedora, observado, no que for aplicável, o disposto no art. 55.”

Na sua redação primitiva, o transcrito dispositivo vinculava a condenação em honorários à existência de “dolo ou culpa, contratual ou extracontratual”.

Acontece que o mandado de segurança foi, inicialmente, regulado pelo CPC/39 (arts. 319 a 331). Posteriormente, passou a ser regido pela Lei nº 1.533, de 31-12-51, cujo art. 20 revogou expressamente “os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o assunto e mais disposições em contrário.”

Daí a indagativa: a regra codificada da sucumbência é extensiva ao mandado de segurança?

A resposta à questão pressupõe diversas considerações, muitas das quais com significativos reflexos doutrinários.

Saliente-se, de início, que, segundo o art. 322 do CPC/39, o juiz, ao despachar a exordial do mandado de segurança, ordenava não somente a notificação do coator, mas também a citação do representante legal da pessoa de direito público interessada. Já a Lei nº 1.533/51 cinge-se a determinar que o juiz, ao despachar a inicial, deve apenas notificar o coator para que preste informações (art. 7º, I). Terá o novo dispositivo eliminado a figura do réu?

Sustentam alguns, como **Cândido de Oliveira Neto**, que o mandado de segurança é uma ação sem réu, porquanto “o coator não é réu, e assim suas informações não são ato de defesa, não precisando ser subsritas por advogado”. “A pessoa jurídica de direito público está decididamente proibida de intervir no processo até a sentença definitiva”⁽¹⁾. “Somente na instância de recurso é que a Lei nº 1.533 cogita da existência das partes recorrentes, ou sejam o próprio autor sucumbente, ou os terceiros interessados, entre os quais a pessoa de direito público ou delegada”, acrescenta o Desembargador **Bulhões Carvalho**, aduzindo a seguir: “Essa singular situação em que foi estruturado o mandado de segurança em que, na primeira fase, até a sentença, não cogita de réu nem de partes, impossibilita, evidentemente a aplicação do art. 64 do CPC que ordena que a parte vencida se-

(1) “Mandado de Segurança”, in “Dicionário Enciclopédico do Direito Brasileiro”, verbete citado.

ja condenada a pagar honorários à parte vencedora”⁽²⁾. Seria, como assinala **Celso Agrícola Barbi**, como a lei tivesse “transformado o mandado de segurança em processo inquisitório, sem partes, no qual a autoridade pública, em vez de defender, apenas informa”⁽³⁾.

Será, porém, admissível ação sem réu? Para os que respondem negativamente à pergunta, e que hoje integram a corrente majoritária, cumpre definir qual a parte passiva no mandado de segurança: a autoridade coatora ou a pessoa jurídica a que integra como órgão?

Essa definição é relevante, pois se condenada a pagar honorários advocatícios é a parte vencida, quem deverá ser condenado a pagá-los a autoridade coatora ou a pessoa jurídica de direito público?

Sobre a palpitante questão, em trabalho que escrevi sobre o tema, após filiar-me à doutrina no sentido de que o mandado de segurança é uma ação que, como qualquer outra, assume a feição declaratória, constitutiva ou condenatória, disse:

“O impetrado é a autoridade coatora, que figura no processo como *substituto processual* da pessoa jurídica de direito público, e, portanto, como parte em sentido formal. Parte em sentido material é a pessoa jurídica da qual a autoridade coatora é órgão. Tal

colocação da autoridade coatora como substituto processual não é referida, em geral, pelos doutrinadores. Quem a propôs, de forma magistral, foi o insigne **Amaral Santos**.

Tal posicionamento da autoridade coatora é convincente, pois, na verdade, não funciona em defesa de direito próprio, mas alheio. Ademais, permite resolver importantes questões processuais. Primeiramente, é de ver-se que a sentença contra o *substituto processual* atinge o *substituído*. De outra parte, nada impede que a pessoa jurídica ingresse no processo como litisconsorte da autoridade coatora. Aliás, há caso em que a autoridade coatora pode-se confundir com o próprio representante do ente público; é o caso dos Prefeitos. Isso não se dá quanto aos Chefes dos Executivos, federal e estaduais, pois estes não representam em Juízo as entidades que governam; quem as representa são os seus procuradores (CPC, art. 12, I).”⁽⁴⁾

Para os que assim entendem, sob tal aspecto substancial, não há óbice para que haja condenação em honorários advocatícios em mandado de segurança.

Todavia, empecos à tal conclusão são alinhados com apoio na legislação.

Sustenta-se, quanto aos processos regulados por lei especial, que só se

(2) Voto vencido no Mandado de Segurança nº 3.129, proferido no Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, in Revista de Direito Público nº 19, págs. 215-225 e Revista dos Tribunais, Volume 438, págs. 297-305.

(3) “Do Mandado de Segurança”, pág. 107 e seguintes, Forense, 2ª edição, 1966.

(4) “Mandado de Segurança: alguns aspectos atuais” in “Mandados de Segurança e de Injunção”, pág. 154, Saraiva, 1990.

aplica subsidiariamente o C.P.C. quando expressamente o diploma legal pertinente determinar. Com tal entendimento, o Supremo aprovou a Súmula nº 519, concluindo que se aplica “aos executivos fiscais o princípio da sucumbência a que se refere o art. 64 do CPC”. Decidiu aprová-la à vista do art. 76 do Decreto-lei nº 960, de 1938.

Acontece que tal argumento não pode ser acolhido quanto ao mandado de segurança, pois, como antes assinalado, a lei que o regula diz, no seu art. 19, que “aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio”, sendo expresso o seu art. 20, no sentido de que “revogam-se os dispositivos do C.P.C. sobre o assunto e mais disposições em contrário.”

Contra-argumenta o culto **Barbosa Moreira** aduzindo que “o direito processual civil cristalizado no Código é *direito processual civil comum*, que só cede ante a existência de regra peculiar a tal ou qual processo, mas que cobre a área deixada em branco pela legislação específica, na medida em que seja com esta compatível.” Em reforço dessa fundamentação, colaciona a citada Súmula nº 519 do Supremo, mas que, pelos motivos antes assinalados, não serve de suporte **data venia** à sua conclusão. Trata-se, pois, de importante argumento doutrinário apenas.

Há, ainda, argumento contrário à condenação em honorários advocatícios em mandado de segurança,

resumido por **Barbosa Moreira** e por ele próprio bem respondido. Afirma-se que “o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, na qualidade de funcionário, já recebe dela o estipêndio correspondente ao seu cargo, e com isso está recompensado de todos os serviços nos processos em que a defende”. Após analisar esse argumento, aduz, com total razão, que é falso em si mesmo, porquanto “a obrigação de pagar honorários, resultante do sucumbimento, não se caracteriza como obrigação de recompensar serviços prestados. O advogado da parte vencedora presta acaso serviços à parte vencida? É óbvio que não. “O fato constitutivo do dever de pagar honorários, para a parte vencida, não se há identificar, senão no próprio fato de ter sido derrotada.”⁽⁵⁾

Favoráveis à condenação em honorários advocatícios em mandado de segurança, argumentam outros, como o ilustre Ministro Garcia Vieira, que “na ação civil pública e, na ação popular, ambas de índole constitucional, é prevista a condenação em honorários advocatícios, até do autor.”⁽⁶⁾ Todavia, esse argumento não pode ser aceito, salvo quanto aos aspectos doutrinários que encerram, porquanto, nas citadas ações, a matéria é expressamente regulada nas leis de regência e na própria Constituição.

(5) “Mandado de Segurança e Condenação em Honorários de Advogado”, in “Revista de Direito Público do Estado da Guanabara” nº 23, págs. 50-59, 1970.

(6) Estudo anexo ao voto proferido no Mandado de Segurança nº 335-DF, in Revista do Superior Tribunal de Justiça nº 10, pag. 271-276.

No contexto assinalado, divisamos, até o momento, escólios doutrinários relevantes, mas que, a nosso ver, não infirmam os argumentos que ensejaram a edição da Súmula nº 512 do Supremo. Com efeito, compulsando os debates travados por ocasião do julgamento do RE 61.097-SP (RTJ 51/805) e RMS 17.847 (E. Decl.) (RTJ 47/777), deduz-se que os argumentos doutrinários, brilhantemente sustentados pelos insignes Ministros Amaral Santos, Adaucto Cardoso, Djaci Falcão e Aliomar Baleeiro, ficaram vencidos. Prevaleceram, em suma, os argumentos contrários, no sentido de que “a regra da sucumbência, inscrita no art. 64 do Código de Processo Civil, não se pode estender, a não ser quando a lei especial manda aplicar, subsidiariamente, o Código de Processo Civil, como acontece nos executivos fiscais. O Decreto-lei nº 960, de 17-12-68, no seu art. 76, determina a aplicação subsidiária da legislação processual. Mas isso não acontece no mandado de segurança, pela natureza especial dessa ação”, argumentou o insigne Ministro Eloy da Rocha, para acrescentar que “não há condenação, em nenhuma hipótese, ao pagamento de honorários advocatícios, no mandado de segurança, como no **habeas corpus**, duas medidas que constituem duas garantias constitucionais irmãs.”

Em tal panorama, penso que o melhor posicionamento é o de manter a orientação consagrada no verbete, porquanto, quando da sua edi-

ção, todos os argumentos, ora renovados, foram, em linhas gerais considerados, prevalecendo a orientação nele traduzida.

Para encerrar, trago um argumento a mais pela manutenção da Súmula, embora de ordem prática: admitir-se a condenação em honorários em mandado de segurança ensejará, em última análise, o congestionamento do Judiciário. Tantas serão as condenações quanto as seguranças impetradas. Todos os feitos pertinentes, concessivos ou não da ordem, ou mesmo extintivos do processo, passarão sempre a ensejar a liquidação de sentença para a execução dos honorários, com todos os problemas daí derivados: expedição de precatórios, atualização sucessiva de cálculos, impugnação às contas, recursos, etc. Nesse contexto, resulta claro que, embora as ações de segurança não percam a sua magnitude de garantia constitucional, despir-se-ão de parte da sua grandiosidade, porquanto o seu respectivo processo deixará sempre um resíduo, de alto poder poluidor, cujo saneamento só poderá ser feito à custa do alto preço decorrente da maior demora na administração da Justiça.

Em conclusão: não há olvidar que o direito é dinâmico e que as súmulas da nossa jurisprudência refletem apenas a orientação prevalente dos Tribunais sobre o deslinde de determinada controvérsia; não têm força vinculativa e, por isso, em certos casos, têm sido alteradas ou revogadas. Na hipótese, porém, creio que

a melhor solução a seguir é a adotada pelo direito anglo-saxônico: “**stare decisis et quieta non move-re.**”

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: A despeito de discordar da orientação estampada na Súmula nº 512, do STF, certo é que vem balizando os rumos da jurisprudência de longa data. Posição contrária do STJ acabaria se constituindo em fator de insegurança. A esta altura, só se justifica modificação via legislativa. Limitando-me a ressaltar o meu ponto de vista, acompanho o eminente Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: O assunto que está em pauta é do conhecimento de todos nós. Foi sumulado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1969, em verbete com essa redação: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança” (Súmula 512). Já advertia **Savigny**, nessa passagem (trata-se de citação que encontrei nas RDP nºs 19/222 e 77/112): “quando os juízes de instância inferior se conformam com a jurisprudência duma magistratura mais elevada, não cedem apenas à autoridade, mas seguem o espírito do legislador, cuja sabedoria estabeleceu os diversos graus de jurisdição”. Na RDP-77, **Rodolfo de Ca-**

margo Mancuso, em estudo dedicado ao tema dos honorários, ora sob nosso exame, conquanto tenha batido pela reforma da Súmula 512, reconheceu, em preliminar, saldo positivo para o direito sumular, na medida em que lhe parece útil a “fixação de teses jurídicas, a serem aplicadas em casos futuros e análogos”. Sucede que, a despeito de se tratar de questão sumulada, tal foi deslocada, por versar sobre matéria infraconstitucional, para a competência do Superior Tribunal de Justiça, então criado pelo constituinte de 1988 e instalado no ano de 1989. Daí caber a este Tribunal Superior pronunciar-se, assumindo livremente posição ao redor do cabimento dos honorários de advogado no mandado de segurança. Observou, com propriedade, o Sr. Ministro Cesar Rocha, no acórdão aqui declinado na condição de paradigma: “Mas, aqui e agora, não é o caso, visto que, como afirmei acima, a ordem constitucional instalada em 1988, deslocou, para esta Colenda Corte, a competência para apreciar, em definitivo, a matéria, por isso não devendo, necessária ou simplesmente, recepcionar a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal do tempo em que a ele estava destinado o deslinde final das questões infraconstitucionais, por mais se reconheça — como reconheço — sabedoria e juridicidade nas suas decisões”.

Em conseqüência, procurei, neste voto, após rápida pesquisa, resumir os argumentos jurisprudenciais e

doutrinários, que encontrei, a favor ou contra a aludida Súmula. Certamente, não trago razão nova, de tanto que já se falou e já se escreveu a respeito desse assunto. Nem sei se existe!

2. No ano de 1968, o Supremo, em Sessão Plenária, discutiu o tema relativo aos honorários, no julgamento do RE-61.097, principal referência da Súmula 512. Um ano antes, o assunto foi também objeto de debate, em Turma, segundo acórdão publicado na RTJ-47/777, mas ali igualmente contribuiu para a solução da controvérsia a circunstância de se cuidar de caso anterior à Lei nº 4.632. De ambos os casos fora relator o Ministro Amaral Santos, para o qual, em seu voto, vencido, “a verba advocatícia é devida ainda no processo de mandado de segurança, que, apesar de regulado por lei especial, submete-se às normas gerais do Código de Processo Civil”. Contrariamente, manifestou-se assim, de logo, o Ministro Eloy da Rocha, em seu voto, vencedor, iniciando-se pois, no julgamento desse RE-61.097, amplo debate: “O princípio da sucumbência, consagrado no art. 64 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 4.632, de 16.5.1965, vale nos processos regulados pelo Código de Processo Civil; não, em mandado de segurança, que é disciplinado por lei especial”. Acórdão publicado na RTJ-51/805.

Formou-se a corrente vencida com os votos dos Ministros Amaral Santos (relator), Adauto Cardoso, Djaci Falcão e Aliomar Baleeiro. De

acordo com o voto do Ministro Amaral Santos, o mandado de segurança é ação, “ação como outra qualquer”; há partes, autor e réu, “com denominações diferentes, mas nessa posição”; há relação processual; não há “distinção entre ação fundada em direito privado ou ação fundada em direito público”; em resumo, concluía, impõe-se a “aplicação do art. 64”, eis que se requer, em qualquer processo, a condenação da parte vencida “nos honorários de advogado da parte vencedora”. Conforme o voto do Ministro Adauto Cardoso, exige-se que o princípio da sucumbência seja dilatado “sempre que autoridade arbitrária ou prepotente for responsável por atos que se corrijam por meio de mandado de segurança”. Segundo o voto do Ministro Aliomar Baleeiro, outras disposições do Cód. de Pr. Civil aplicam-se, implicitamente, ao mandado de segurança; a propósito, S. Exa. lembrou, naquele momento, o que vinha acontecendo com os executivos fiscais, no que, depois, resultou na Súmula 519, com essa redação: “Aplica-se aos executivos fiscais o princípio da sucumbência a que se refere o art. 64, do Código de Processo Civil”; existem várias ações especiais “e a maior parte delas comporta o pagamento de honorários”; conclamou o Tribunal a “coibir o espírito demandista”: “Assim, todos podem se transformar em demandistas”.

Formou-se a corrente vencedora com os votos dos Ministros Eloy da Rocha (relator para o acórdão),

Thompson Flores, Themístocles Cavalcanti, Osvaldo Trigueiro, Adalício Nogueira, Evandro Lins, Hermes Lima, Victor Nunes e Gonçalves de Oliveira (impedido o Ministro Barros Monteiro, licenciado o Ministro Lafayette de Andrada, presidência do Ministro Luiz Gallotti). De acordo com o voto do Ministro Eloy da Rocha, o Cód. de Pr. Civil não se aplica subsidiariamente, salvo no tocante aos requisitos da petição inicial (veja-se o art. 6º) e ao litisconsórcio (veja-se o art. 19); deu particular relevo à natureza especial dessa ação; dificuldade de conceituar as partes, “tendo-se em vista o sujeito passivo”; quando indeferido, “ninguém jamais se lembrou de condenar o impetrante”; à semelhança do **habeas corpus**, o mandado de segurança é garantia constitucional, “duas ações especiais, a que se não estendem quaisquer regras referentes à generalidade dos processos, em matéria civil ou penal”; duas garantias constitucionais irmãs. Conforme o voto do Ministro Evandro Lins, os honorários podem “desestimular os requerimentos contra arbitrariedades e ilegalidades”; como o mandado de segurança não impede seja promovida ação ordinária, perguntou, naquele momento: “Vai-se aplicar o princípio da sucumbência, quando poderá a Justiça, amanhã, reconhecer, em ação ordinária, que a parte tinha o direito pleiteado?”; a quem vão ser pagos os honorários, ao Procurador da Fazenda, “que já recebe dos cofres do Estado?”; não se aplica o princípio,

porque a lei não mandou que fosse aplicado; ação de tipo especial, especialíssima, decorrente de preceito constitucional; como se fosse um **habeas corpus** “em matéria patrimonial, em matéria civil ou em matéria administrativa”. Segundo o voto do Ministro Gonçalves de Oliveira, o mandado de segurança é causa, sem parte vencida. Para o voto do Ministro Osvaldo Trigueiro, é lei especial, não alcançável pelos honorários, porque nela não existe “a mesma remissão de ordem geral, mas apenas a remissão parcial”; “Não seria curial que, nos casos de concessão da segurança, a Fazenda pública fosse necessariamente condenada, em pleito em que não foi chamada a intervir”; garantia constitucional, não se justificando cobrar honorários de quem dela fez uso (“reclamou contra ato que considera lesivo de direito líquido e certo”). E o Ministro Victor Nunes mostrou-se preocupado com a “aplicação indiscriminada do princípio da sucumbência, para impor a sanção dos honorários”.

3. Editado em 1973 o novo Cód. de Pr. Civil, decidiu o Supremo que a Súmula 512 continuava em vigor, consoante, dentre outros, os julgados inscritos nas RTJ's 81/640, 82/315, 84/301 e 84/579. Confira-se a ementa do RE-86.655, Ministro Xavier de Albuquerque: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança nos termos da Súmula nº 512, cuja prevalência não foi afetada pelo advento do novo Código de Pro-

cesso Civil. Jurisprudência farta e reiterada das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (in RTJ-84/301).

Registro que, no ano de 1963, o Supremo deu pelo cabimento dos honorários, conforme esse voto de relator do Ministro Luiz Gallotti, no RE-51.309, do Rio Grande do Sul: “Não vejo porque excluir a condenação em honorários advocatícios, quando o mandado de segurança é concedido. A concessão da segurança importa existência de ilegalidade patente, que se pode reconhecer de plano. Razão a mais para que os honorários sejam concedidos.” (in RTJ-29/19).

4. Seja na jurisprudência seja na doutrina, a Súmula 512 tem os seus opositores mas tem também os seus defensores. Na jurisprudência, anotou **Sérgio Ferraz**, em recente trabalho sobre o mandado de segurança, publicado pela Malheiros Editores, que, “de há muitos anos deixaram de surgir em nossos repositórios jurisprudenciais autorizados registro de decisões em contrário à Súmula 512” (ed. de 1992, pág. 133). Talvez até em razão da advertência de **Savigny**, que recordei no início deste voto. Mesmo eu, no extinto Tribunal Federal de Recursos, onde cheguei no ano de 1985, não me lembro de ter assumido orientação diversa da inscrita no aludido verbete. Deve-se, porém, ressaltar, no momento, a posição do Superior Tribunal de Justiça, em decorrência do novo modelo do Poder Judiciário,

obra da Constituição de 1988. Tal o motivo que me animou a discorrer um pouco mais a respeito do tema em causa.

Sobre a doutrina, já era lembrada pelo Ministro Amaral Santos, quando do julgamento do citado RE-61.097, no ano de 1968, a opinião de **Celso Agrícola Barbi**, em defesa dos honorários. Veja-se a sua lição, em seu “Mandado de Segurança”, publicado pela Forense:

“Com a inovação trazida ao nosso direito pela Lei nº 4.632, o assunto sofreu radical transformação. Segundo a redação por ela dada ao art. 64 do Código de Processo Civil de 1939, a sentença final condenaria o vencido ao pagamento de honorários de advogado do vencedor. Prevaleria, assim, o princípio da sucumbência, porque não mais se exigia que tivesse havido dolo ou culpa do vencido.

Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não se aplicar a regra ao processo de mandado de segurança, especialmente com o argumento de que, sendo ele regido por lei especial, estaria imune àquela regra, que está no Código mas não é repetida na Lei nº 1.533. Essa jurisprudência foi consolidada em 3.12.1969, na Súmula 512, do seguinte teor: ‘Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança’.

A nosso ver, mesmo na vigência do Código de 1939, com a modificação feita pela Lei nº 4.632, deveria ele ser aplicado ao mandado de segurança. Trata-se de disposição de caráter geral, aplicável a todos os procedimentos, e não apenas aos regulados no Código. Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal assentou jurisprudência no sentido de ser aplicável ao executivo fiscal o princípio da sucumbência previsto no art. 64 daquele Código, como se vê na Súmula 519, formulada em 3.12.69. E esse executivo, na ocasião, era regido pelo Dec.-lei nº 960, no qual não havia nenhuma norma expressa mandando aplicar o art. 64 do Código.

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 1973 manteve o princípio vigorante à época de sua publicação e dispôs no art. 20 que 'a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios'.

Essa posição do novo Código reforça a nossa convicção expressa mais acima. Acrescente-se que no § 4º do seu art. 20 regula ele a condenação em honorários, quando a Fazenda Pública for vencida, e não exclui de sua incidência os procedimentos regulados por lei especial.

Cumprе acrescentar, ainda, que a Lei nº 1.533 nada dispõe acerca da atribuição de honorários de advogado, isto é, não de-

termina que a sentença se absteinha de decidir a esse respeito. E não existe nenhum princípio geral em nosso direito que mande que cada uma das partes fique responsável pelas despesas com seu advogado.

Por todos esses motivos, entendemos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada na Súmula 512, não deu a melhor solução possível ao assunto e desatende ao princípio da sucumbência, que é geralmente adotado no direito das nações cultas." (5ª ed., págs. 253/254).

A favor da condenação em honorários de advogado, é muito citada a doutrina de **José Carlos Barbosa Moreira**, que consultei na publicação pela RT-418, do ano de 1970. Nesse trabalho, o autor examinou um a um os argumentos da Súmula 512: a) quanto à regência por lei especial, concluiu: "Onde encontrá-la, todavia, senão no Código de Processo Civil? Assim também, é neste que se deve procurar a disciplina da condenação na verba honorária, a cujo respeito silenciam as leis especiais"; b) quanto à inexistência de partes, confirmaram-se esses dois tópicos: "Tratando-se, como se trata, de processo jurisdicional, de processo de ação, é evidente que não pode deixar de haver partes: seria uma contradição nos termos" — "Ora, se há partes, há necessariamente, ao fim do processo (e abstraindo-se da hipótese de sucumbimento recíproco), uma parte vencida e outra par-

te vencedora...”; c) quanto à atuação de advogado, veja-se essa passagem: “Atua, pois, necessariamente, no processo do mandado de segurança, um ‘advogado’ da pessoa jurídica, seja ela de direito privado ou, como ocorre com mais freqüência, de direito público. Na segunda hipótese, o ‘advogado’ será naturalmente aquele a quem a Constituição ou a lei defira a representação judicial da entidade”; d) quanto ao fato do representante judicial já receber estipêndio correspondente ao seu cargo, entendeu que tanto não impediria a condenação em honorários, visto que “O fato constitutivo do dever de pagar honorários, para a parte vencida, não se há de identificar senão no próprio fato de ter sido derrotada”; e) quanto a tratar-se de garantia constitucional, à semelhança do **habeas corpus**, confira-se esse tópico: “Mas a razão fundamental por que não ocorre, no **habeas corpus**, a condenação em honorários, consiste em que êsse instituto é disciplinado pelo direito processual penal. Manifesto absurdo seria invocar essa mesma razão a propósito do mandado de segurança”. Ao cabo e ao fim, concluiu:

“Ao redor do mandado de segurança estendeu-se uma rede de equívocos, a que se acrescenta nova malha tôda vez que se quer tratá-lo como instituto **sui generis**. Nenhum processo especial é instituto **sui generis**: as próprias denominações são daquelas **qui hurlent de se trouver ensemble**... Daí o desacerto — seja-nos

permitido dizê-lo sempre com o maior respeito — do enunciado inserto na Súmula sob o nº 512. Antes de nós já o proclamara, aliás, vários Ministros da Excelsa Côrte, entre os quais o eminente processualista Moacir Amaral Santos. Estamos em que, mais cedo ou mais tarde, há de reconhecê-lo e corrigi-lo o Supremo Tribunal Federal. Daqui lhe bateremos, quando chegar o momento, os nossos modestos mas entusiásticos aplausos.” (pág. 53).

Escreveu **Sérgio Ferraz**:

“Com argumentos nem sempre coincidentes com os nossos, opinam em sufrágio à tese da Súmula **José de Moura Rocha** (ob. cit., pp. 250 e ss.), **Émerson Sandim** (‘Do mandado de segurança. Honorários advocatícios’, Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia 18/221-226), **Bulhões de Carvalho** (‘Honorários de advogado em mandado de segurança’, RF 239/335-342) e **Leonardo Greco** (Natureza Jurídica do Mandado de Segurança, p. 75). Maior, contudo, é o número de adeptos da corrente que critica o teor sumulado, cabendo referir **Barbi** (Do Mandado de Segurança, pp. 244-246), **Barbosa Moreira** (‘Mandado de segurança e condenação em honorários de advogado’, RT 418/48-53), **Adhemar Gomes da Silva** (‘Sucumbência em mandado de

segurança', RT, 512/304-306), **Rodolfo de Camargo Mancuso** ('Honorários advocatícios em mandado de segurança', RDP 77/110-121), **Coqueijo Costa** (ob. cit. p. 97), **Hely** (Mandado de Segurança, p. 66) e **Celso Bastos** e **Michel Temer** ('Contencioso administrativo', Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo 10/20 e ss.). A controvérsia doutrinária aqui retratada cinge-se ao problema da verba honorária..." (in "Mandado de segurança (individual e coletivo) — Aspectos polêmicos", págs. 132/3).

Como anotou **Roberto Rosas**, no "Direito Sumular", RT, pág. 246, é precioso o estudo de **Francisco Pereira de Bulhões Carvalho**, em voto, na defesa da Súmula 512. Dede recolho estes tópicos, relativamente ao mandado de segurança contra ato judicial:

"12. O problema de identificar-se o sujeito passivo da lide que já não é simples, quando se trata de mandados requeridos contra autoridades administrativas (escreve **Bueno Vidigal**), é mais complicado quando o coator é uma autoridade judiciária ('Mandado de Segurança', pág. 103).

A lei permite pedido de segurança contra Presidente, Vice-Presidente, Corregedor dos Tribunais, Conselho da Magistratura, Assembléia Legislativa e Tribunais de Contas, e contra de-

cisões judiciais de toda a espécie, proferidas não somente em reclamações, mas sempre que não haja recurso previsto nas leis processuais (art. 5º, n. II, da Lei nº 1.533) e até mesmo como meio rescisório de sentença passada em julgado.

Concedido o mandado em tais casos, qual será a parte vencida a ser condenada a pagar honorários? Certamente não será o Estado, que não tem interesse no litígio nem intervém na demanda.

Também não poderá ser a parte coatora, que não foi citada para a causa e se limitou a prestar informações, como no caso do **habeas corpus**.

Em muitos outros casos, ainda, o problema de encontrar o sujeito passivo da lide torna-se particularmente complexo..." (in RDP-19/221-2).

5. Há autores que sustentam que os honorários somente são cabíveis se concedida a segurança. Confirmaram-se **José Cretella Júnior**, in "Comentários à Lei do Mandado de Segurança", Forense, pág. 281, e **Sérgio Ferraz**, citado, pág. 132. Escreveu **Adilson Abreu Dallari**:

"Parece um ato de justiça a fixação de honorários no mandado de segurança. Mas, ao mesmo tempo, a fixação de honorários de advogado no mandado de segurança poderia ser um empecilho ao exercício de um direito consti-

tucionalmente assegurado. Nós poderíamos, através da atribuição dos honorários de advogado, de alguma forma, constranger o impetrante; fazer com que o impetrante se sentisse temeroso de exercitar uma garantia constitucional. Mas, ao mesmo tempo, aquele que já sofreu um prejuízo, já sofreu uma violação de direito, que tem que despende honorários de advogado para poder defender o seu direito, como é que fica? Seria de justiça, portanto, a atribuição dos honorários de advogado. A solução, a meu ver, está ligeiramente referida pelo Prof. **Celso Bastos**, quando coloca o problema em termos de responsabilidade civil, no art. 107 da CF. Não é a questão da sucumbência que eu estou me referindo aqui. Eu não vou procurar resolver questões inerentes a uma ação de índole constitucional sob prismas ou sob critérios de direito processual. Eu vou procurar a solução na própria Constituição. A restauração que eu vou procurar está na própria Constituição, no art. 107.

Em resumo, eu posso entender cabível o pagamento de honorários no mandado de segurança não por força da sucumbência, mas por força da restauração patrimonial, por uma questão até de economia processual, fazendo incidir nesta mesma ação a regra prevista no art. 107 da CF. Sob tal fundamento, seriam devidos os honorários apenas quando con-

cedida a segurança pleiteada.” (in “Curso de Mandado de Segurança”, RT, pág. 50).

No que concerne à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, à semelhança da transcrição acima, tal é o pensamento de **Maurilio Wagner de Paula Reis**, in “Mandados de Segurança e de Injunção”, Saraiva, pág. 332.

6. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendendo que não são devidos honorários em mandado de segurança, localizei os seguintes julgados, nem sempre tomados à unanimidade de votos: RMS-215, Ministro Waldemar Zveiter, 3ª Turma, DJ de 22.10.90; RMS-417, Ministro Armando Rollemberg, 1ª Turma, DJ de 11.3.91; REsp-2.125, Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 30.4.90; REsp-27.879, Ministro José Cândido, 6ª Turma, DJ de 15.2.93; REsp-8.543, Ministro Pedro Acioli, 1ª Turma, DJ de 10.6.91; REsp-17.580, Ministro Américo Luz, 2ª Turma, DJ de 31.8.92; RMS-162, Ministro Pádua Ribeiro, 2ª Turma, DJ de 3.5.93; REsp-28.898, Ministro Flaquer Scartezini, 5ª Turma, DJ de 31.5.93; REsp-16.481, Ministro José de Jesus, 2ª Turma, DJ de 28.9.92; RMS-2.168, Ministro Edson Vidigal, 5ª Turma, DJ de 17.12.92; AGA-13.967, Ministro Hélio Mosimann, 2ª Turma, DJ de 21.9.92; REsp-14.319, Ministro Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, DJ de 30.3.92.

Mas, no sentido de que são devidos os honorários, o Superior Tribu-

nal de Justiça também possui julgados, entre outros: MS-1.317, Ministro Peçanha Martins, 1ª Seção, DJ de 14.9.92; REsp-17.124, Ministro Cesar Rocha, 1ª Turma, DJ de 15.2.93 e REsp-6.860, Ministro Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ de 30.11.92.

7. Posto isto, de modo que a Corte Especial possa melhor se orientar, declino a minha posição, favorável ao princípio inscrito na Súmula 512. De todos os argumentos apresentados, separo dois deles: aquele que destaca o aspecto particular do mandado de segurança, ou a especial natureza dessa ação, de índole tão nobre que se confunde, constitucionalmente, com o **habeas corpus**; e aquele da dificuldade da condenação, particularmente quando se cuidar de mandado requerido contra ato judicial. Dou-me por bastante confortado com essas duas razões. Ao que creio, a melhor das soluções é a que propõe que o mandado de segurança não comporta, mesmo, condenação em honorários de advogado, em qualquer hipótese.

Daí que, conhecendo dos presentes embargos de divergência, também eu os recebo. Acompanho, pois, o voto do Sr. Ministro José Dantas (relator).

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sempre apliquei, eximindo-me de maiores indagações, a questionada Súmula, em homena-

gem ao fato de que cumpria ao Supremo Tribunal Federal definir o exato entendimento de direito federal. Já agora, entretanto, cabe a este Tribunal fazê-lo. Assumidas novas responsabilidades, não se há de persistir simplesmente na adoção da Súmula, dispensada a crítica de seus fundamentos. Na Turma, não cheguei a suscitar o assunto, mas, sendo trazido a debate neste órgão especial, considero adequado cuidar da matéria. Examinado, pois, os principais argumentos que embasam a conclusão consagrada na jurisprudência daquela Corte.

O primeiro, é de que se trataria de lei especial, só regendo o instituto as normas por ela expressamente invocadas.

Peço vênias para manifestar frontal divergência com tal assertiva. Se não se aplicar, subsidiariamente, o Código de Processo Civil ao mandado de segurança, simplesmente não haverá processo de mandado de segurança, porque imensos os vazios que restarão. A lei especial não pretendeu, de modo algum, regular tudo, mas apenas o peculiar ao instituto de que cuidou.

Assinalam-se algumas questões. Como se contam os prazos do mandado de segurança? Quem tem capacidade processual para impetrá-lo? Que normas haverão de ser observadas quanto à capacidade postulatória, à competência, suspeição e impedimentos do Juiz? Poupo-me de continuar a enumerar quantas matérias não estão previstas na Lei

do Mandado de Segurança e que requerem, indubitavelmente, a invocação subsidiária do C.P.C.

É verdade que a lei se reporta a um ou outro dispositivo do Código. Menciona, por exemplo, que obedecerá, a inicial, aos requisitos dos artigos pertinentes do Código de Processo Civil. Dispõe ser possível litisconsórcio e traz algumas regras sobre recursos. Entretanto, evidente que não se esgota aí a aplicação subsidiária do Código, como já salientado. Aliás, algumas dessas chamadas se explicam. No sistema anterior, o recurso era de agravo de petição, houvesse ou não julgamento de mérito, ao contrário do que sucedia no Código de 1939. Por isso, a previsão especial. Com a entrada em vigor do novo código, extinto o agravo de petição, foi preciso adaptar a lei. Daí consignar hoje que cabível a apelação. Explica-se a invocação do art. 158 do C.P.C. de 39. A inicial do mandado de segurança tem algumas peculiaridades. Considerou-se, então, conveniente explicitar que incidiriam as normas do Código de Processo Civil. A menção ao litisconsórcio é menos compreensível, podendo ter-se como supérflua. Talvez se encontrasse alguma dificuldade em haver litisconsórcio com autoridade coatora. Ninguém, entretanto, se abalancharia a dizer, inexistisse a norma contida no art. 19 da Lei 1.533/51, que a duas ou mais pessoas não fosse dado litigar juntas ou que, com violência às mais elementares regras do contraditório, não pudesse haver litisconsórcio com autoridade coatora.

Este Tribunal, vale notar, consagrou em Súmula o entendimento de que são devidos honorários, em processo falimentar, quando se trata de elisão da falência, aplicando-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil, embora a lei específica absolutamente não o preveja.

Outro argumento é o de que não haveria partes. Esse me parece tão frágil que me dispense de maiores considerações. Hoje já não se discute seriamente a questão. As partes são, de um lado, o impetrante; do outro, a pessoa jurídica, de que é agente a autoridade impetrada. Afasta-se também a dificuldade, relativamente a quem deve arcar com o pagamento quando, concedida a segurança, haja condenação em honorários. Será a pessoa jurídica de direito público, em cujo nome age a autoridade.

Mencionou-se que o mandado de segurança pode ser negado, com base apenas em falta de liquidez. O óbice também não tem consistência. Por esse ou aquele motivo, o impetrante foi vencido na ação. Se houver atuação do advogado da outra parte, o que pode não ocorrer, parece-me que também se deveria sujeitar ao pagamento de honorários, embora isso não seja propriamente o que está em causa.

Põe-se em relevo tratar-se de garantia constitucional. Ora, por ser assim, não se concluirá que o ressarcimento da parte não deva ser integral. Se adotado, aliás, como decisivo o argumento, ter-se-iam que

dispensar os honorários apenas quando vencido o impetrante. Jamais fazer menor a garantia do direito, que a concessão da segurança afirmou ser líquido e certo. Pessoalmente não chego sequer a fazer a distinção.

Também não há comparação alguma com **habeas corpus**, em que se cuida de matéria penal. Honorários dizem com o processo civil.

Deve nortear a hipótese, neste e em todos os outros casos, tratando-se de matéria civil, a formulação de **Chiovenda**: o processo não resultará em dano para quem tenha razão. Negando-se os honorários em casos que tais, o direito, obviamente, não será inteiramente reparado, o processo terá causado dano ao autor, apesar de se reconhecer a liquidez e a certeza do seu direito.

Observo, por fim, que, se os precedentes constituem patrimônio a ser respeitado, a jurisprudência não se há de ter como imutável. Especialmente quando novo Tribunal foi criado. E este, em outros temas, já tem consagrado entendimento jurisprudencial, chegando a sumulá-lo, contrariando o que era tido como assente pelo Supremo Tribunal. Tanto mais de fazê-lo quando se trata de matéria processual, não dizendo com a licitude de comportamentos individuais.

Reiterando meus pedidos de vênua aos eminentes colegas, rejeito os embargos.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Sr. Presidente, peço a palavra para justificar o meu voto. Limitei-me a acompanhar o relator na suposição de que a Súmula nº 512 do STF não contava aqui com tantos opositores.

A matéria é polêmica, como está sendo demonstrado. Mas o motivo que animou a edição do verbete foi o fato de tratar-se de uma garantia constitucional. Essa natureza do **re-medium juris** e o comando assaz imperativo dos arts. 19 e 20 da Lei nº 1.533/51, afastando a incidência de qualquer das disposições do CPC, salvo as relacionadas com o litisconsórcio, deram a tônica da exegese adotada.

Assinale-se que a aplicação do princípio da sucumbência no mandado de segurança iria dificultar o acesso do titular do direito assegurado pela Constituição ao Judiciário, receoso que ficaria das consequências de ordem econômica que adviriam do insucesso da demanda.

Aliás, a jurisprudência do STF sobre o ponto fixou salutar diretriz: deixou claro que o princípio da sucumbência previsto no Código de Processo Civil, lei subsidiária, aplica-se a todos os diplomas legais, menos àqueles que disciplinam remédios constitucionais de proteção à liberdade ou ao direito líquido e certo, e deu a interpretação correta, lógico-sistemática, à citada Lei nº 1.533/51.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, o enunciado da Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal vem sendo aplicado há anos no País. Embora não sejam vedadas estas tentativas de ressuscitar a discussão da matéria, penso que a jurisprudência dos tribunais, sem que haja um fato novo, não deve submeter-se a movimento pendular. Isso introduz na vida jurídica do País inseguranças e incertezas. Além disso, não vejo, agora, argumentos melhores ou maiores do que aqueles que foram objeto de exame quando da jurisprudência que se consubstanciou na Súmula nº 512.

Por essas razões, sem mais considerações, acompanho o Ministro Relator.

É o meu voto.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, acompanho o Eminentíssimo Ministro José Dantas, respeitando a divergência aqui manifestada e o direito de tantos quantos julgam oportuno trazer de volta a discussão da matéria quando acharem que devam fazê-lo.

É o voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, sou um dos que têm divergido, neste

Tribunal, da Súmula, e aqui continuei a divergir, porque antes a contestava como advogado. Esta Súmula, como já, aliás, acentuado, tem a característica de ter sido estabelecida por maioria exígua, de apenas um voto, num julgamento de seis a cinco. Veja-se que não seria recomendável a sua instituição, só por essa circunstância. Mas um desses votos em favor do enunciado da Súmula foi o do Ministro Evandro Lins, como acentuou o Ministro José Dantas, e o argumento era o de que sendo o mandado de segurança um remédio constitucional, haveria que se evitar óbices aos cidadãos para que esses pudessem acorrer livremente aos Tribunais na defesa dos seus direitos contra o Estado.

Mas, vejam, o mesmo Supremo Tribunal, examinando a questão dos honorários advocatícios na ação popular, deferiu honorários quando vitorioso o cidadão, negando a condenação todas as vezes em que fosse ele vencido. Isto porque, lembro-me, bem, num voto lapidar de Aliomar Baleeiro, ainda que conciso, tratava-se de defender o patrimônio público e, por isso mesmo, havia que se incentivar o cidadão a essa defesa. O mesmo acontece no mandado de segurança. Mais do que a ação popular, dá-se ao mandado de segurança, no Brasil, e com todas as razões, o título de garantia constitucional do cidadão, na defesa do seu direito líquido e certo. No momento, então, em que vai aos Tribunais na defesa desse direito, e só pode ir acompanhado de advogado, terá que

desembolsar recursos para o pagamento dos honorários mesmo na hipótese em que vencedor na causa, ou seja, quando os Tribunais reconhecem o ato abusivo do Estado. Indaga-se: será justo ou estar-se-á assegurando a esse cidadão um remédio eficaz? Creio que não. Por isso é que tenho defendido, nos casos em que tenho atuado, a aplicação da condenação de honorários sempre que vencedor o cidadão.

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Aparte): A Lei de Ação Popular é expressa. Aí o Supremo não poderia deixar de cumprir o mandamento legal.

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Ao tempo em que se discutia a fixação da Súmula 512, não havia a norma. O legislador veio, inclusive, em socorro do cidadão e do patrimônio público para fazer explícito o direito. Ou seja, valorando como um consectário lógico do remédio, o interesse que tem a Nação pela participação do cidadão na defesa do patrimônio público. Da mesma forma deverá proceder, também, no futuro, com relação ao mandado de segurança. Mas, enquanto isso não se fizer, entendo que seria iníquo deixar, ou mesmo obrigar, o cidadão a desfalcocar o seu patrimônio para a defesa do seu interesse contra o Estado.

É por isso que defendo, então, aquela terceira posição a que aludiu o eminente Ministro Nilson Naves, sobretudo porque, em litigando contra o Estado, o cidadão, para fazê-

lo, antes, já despendeu recursos, via impostos, para manter o próprio Estado remunerando os prepostos que acionarão suas armas contra ele mesmo.

Por essas razões, no caso, discordo do eminente Decano para manter a minha posição em defesa da instituição de honorários advocatícios em mandado de segurança, quando vitorioso o cidadão.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, como Relator do acórdão embargado, deveria me estender um tanto mais na justificação do meu voto. No entanto, os Eminentes Ministros Eduardo Ribeiro e Peçanha Martins já explanaram o que eu teria a dizer a esta Corte.

Devo, talvez, uma explicação, a partir do registro feito pelo Eminente Ministro Assis Toledo, no sentido de que não houve fato novo que justificasse a alteração da jurisprudência em torno do mandado de segurança.

Em verdade, parece-me que houve um fato novo extremamente relevante — e por ele, suscitei a questão, perante a 1ª Seção. Este fato se traduz, justamente, na criação do Superior Tribunal de Justiça, que hoje tem competência para dispor sobre a matéria. Entendo que, sendo da sua competência, esta Casa tem que fixar sua jurisprudência e não simplesmente se curvar a uma jurisprudência anterior.

Teria que observar quanto à posição da autoridade coatora. No entanto, o Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro já fixou a observação de que a autoridade coatora não é litisconsorte do Estado nem parte. Na verdade, ela não pode ser parte até porque não tem personalidade jurídica, é um órgão do Estado. O fenômeno que ocorre é simplesmente que, no mandado de segurança, a primeira comunicação processual do Estado, na inicial, é feita não através daquele órgão normal de comunicação, que hoje é a advocacia do Estado. A comunicação inaugural no processo de mandado de segurança se faz através de um funcionário, a chamada “autoridade coatora”, que normalmente não seria um órgão de comunicação processual da pessoa jurídica-Estado. Em verdade, a parte é a pessoa jurídica do Estado. Quanto à observação de que pode a condenação em honorários de advogado causar temor a alguém, inibindo-a de defender o seu direito, parece-me que esse temor também ocorre à pessoa que vai defender outro direito, no processo ordinário. Então, a melhor solução para obviar o temor seria, simplesmente, extinguir o instituto da sucumbência. No entanto, se ele existe, não vejo por que não o aplicar ao mandado de segurança. A Súmula do STJ nos põe diante de um paradoxo, qual seja: quando alguém defende seu direito líquido e certo, é condenado, previamente, a pagar, porque para fazer essa defesa, na nossa estrutura processual, ele, ne-

cessariamente, terá de constituir um advogado. No entanto, quando defende direito ilíquido, o autor se vitorioso, pode ser indenizado pelos gastos que fez.

Quanto ao paralelo entre **habeas corpus** e mandado de segurança, além de os dois observarem procedimentos diferentes, deve-se lembrar de uma coisa: é que, para o mandado de segurança, a lei exige a presença do advogado, enquanto no **habeas corpus** o próprio paciente da coação, da restrição à sua liberdade de ir e vir ele pode se defender pessoalmente.

Lembro, por fim, um outro argumento, que me parece também inconsistente; o de que o mandado de segurança é uma ação constitucional. Em verdade, todo direito de ação é constitucional, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição. O fato é que, a Constituição determina que se crie um procedimento mais pronto, mais rápido para a concessão de Mandado de Segurança, em defesa do direito líquido e certo. No entanto, não torna, como direito de ação, o direito ao mandado de segurança diferente do direito a qualquer prestação jurisdicional.

Por isso, Sr. Presidente, pedindo vênias à maioria agora formada, adiro ao voto do Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro e do não menos Eminentíssimo Ministro Peçanha Martins.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA: Sr. Ministro Presidente, na verdade, qualquer acréscimo pode ter característica da desnecessidade. Porém, esta necessidade, ainda que de modo singelo, para mim está presente, para rapidamente justificar o meu convencimento, fundado em dois segmentos: um, pragmático, que segue, de certo modo, o lineamento traçado durante os debates, enraizado na construção pretoriana, conhecida pelo cidadão, sendo conveniente, por isso, que seja mantida essa interpretação da lei, para a firmeza da aplicação do direito.

Esta linha pragmática, por si, é suficiente para que não se modifique a jurisprudência cristalizada na Súmula 512 — STF.

Por outro lado, diviso fundamentação com razões rigorosamente de direito, conseqüente à uma análise sistêmica baseada na Constituição, berço do Mandado de Segurança. Este sentido tem especial relevância, porque a sua natureza constitucional, no meu pensar, coloca no plano secundário outras considerações, tecidas para as ações de natureza comum, ou seja, estritamente fincadas no Código de Processo Civil.

Tanto o Mandado de Segurança tem uma natureza especialíssima que existe lei especial para disciplinar o seu processamento.

Se assim penso — no aspecto sistêmico da análise —, diante do re-

levo da Constituição, o Mandado de Segurança deve ser focado diferentemente de outras ações reguladas apenas no sistema processual comum. Por esse caminho, permito-me destacar que, na Constituição, berço comum do Mandado de Segurança, do **habeas corpus**, do **habeas data** e do Mandado de Injunção, por exemplo, o art. 5º no inciso LXIX, não cuida da sucumbência, nem da gratuidade. No inciso LXXIII, tratando da Ação Popular, ao final preceitua: "... isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência". Vale dizer, especificamente, para o caso da Ação Popular, existe previsão constitucional, com elemento objetivo, ou seja, um vencedor e um vencido, ao mencionar a sucumbência, conseqüentemente cogitando de honorários advocatícios. Outrossim, quando a Constituição, no art. 5º, inciso LXXVIII, indicando o **habeas corpus** e o **habeas data**, não se refere à sucumbência, mas à gratuidade. Como a Constituição estabelece princípios, olhando-se o contexto e não disposições isoladas, verifica-se que, no Mandado de Segurança, descogitando da sucumbência, evidencia inexistir a preocupação da verba honorária, subjugada pelo interesse público revelado no Mandado de Segurança, como primordial instituto constitucional.

Senhor Ministro Presidente, ainda que mal alinhando estas considerações, respeitando e mesmo atento às considerações divergentes que foram trazidas ao plenário, acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Sr. Presidente, o eminente Ministro Nilson Naves, no seu voto, reportou que seria Relator de embargos de divergência em que estaria sendo atacado acórdão de minha relatoria proferido na egrégia Primeira Turma, e que não teria trazido ainda a julgamento — certamente atendendo a pedido meu porque eu gostaria de alinhar algumas novas considerações que já fizera sobre o assunto.

Assim, leio meu voto, com as anotações feitas posteriormente:

“Sempre acolhi, com respeitosa reverência, os entendimentos cristalizados na Súmula do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Todavia, nunca deixou de inquietar-me o comando emergente do verbete nº 512, segundo o qual “*não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança*”.

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

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

Deve-se, inicialmente, ter em conta a observação de **Chioven-da** (in, “Instituições de Direito

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

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

Em comentário a tal dispositivo, o mestre **Pontes de Miranda** (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo I, p. 416) leciona que “hoje não há qualquer especialização de ações para que incida o art. 20. Não importa se a ação é declaratória, constitutiva positiva ou negativa, condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um ser só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer que seja perdente”.

O sempre lembrado **Hely Lopes Meirelles** (in, “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação

Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**", p. 65), afirma, enfaticamente, que "na sentença, o juiz deverá decidir sobre o pedido na inicial condenando o vencido nas custas e honorários advocatícios, consoante determina o art. 20 do Código de Processo Civil, que firmou o princípio da sucumbência, em substituição ao da culpa ou dolo processual. Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, impõe-se a condenação do vencido em honorários. Não importa que o rito dessa ação seja especial, mesmo porque, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência vem sendo aplicado sem restrições. Não vemos razão para a exclusão dessa verba pela jurisprudência dominante (STF, Súmula 512)".

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

Yussef Said Cahali (in, "Honorários Advocatícios", págs. 735/734) persegue a mesma li-

nha de compreensão, quando afirma que "no mandado de segurança há partes, autor e réu, com denominações diferentes, mas nessa posição. No mandado de segurança há relação processual que se completa com a notificação da autoridade coatora. No mandado de segurança, como toda e qualquer ação, admite-se a intervenção assistencial, da autoridade pública, do poder público, e necessariamente do terceiro interessado. Há uma lesão a direito líquido e certo, instaurando-se uma controvérsia, que não se esgota na declaração da ilegalidade do ato, dotada a sentença de certa executoriedade, ainda que restrita. No plano jurídico-processual, não há distinção entre ação fundada em direito privado ou pela ação fundada em direito público, quando se cuida de reparação de direito individual. A ação sempre é um direito público, direito subjetivo público dirigido contra o Estado, a fim de obter, através do órgão jurisdicional, a justa composição da lide. E isto somente pode ser obtido, como nas ações em geral, por intermédio de profissional habilitado (CPC, art. 36), à diferença, portanto, do que ocorre com o **habeas corpus**, para cuja impetração é dispensável a outorga de mandato a advogado constituído. Encerrando a lide, a sentença final ou é favorável ou é desfavorável à parte. A parte a quem a sentença favorece é vencedora. A parte a quem a sentença não favorece, ou cuja pretensão deixou de acolher, é vencida. De modo que,

aqui, a parte vencida, na técnica da nossa moderna legislação processual, é aquela que não obteve sentença favorável, mas que obteve uma sentença contrária. E estes conceitos se ajustam tanto ao impetrante como à autoridade impetrada. Nem encontra óbice a esse entendimento o fato de poder limitar-se a intervenção da autoridade coatora às informações administrativas, pois estas até mesmo podem ter sido omitidas, o que não se impede, como no caso da revelia, de reconhecimento de pretenção resistida”.

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

Na mesma linha **Celso Ribeiro Bastos** (in, “Do Mandado de Segurança”, 2ª ed., Saraiva, 1982, págs. 20/21) quando leciona que “a nossa posição é no sentido de que o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência. A razão é que embora a

Lei n. 1.533 alije o Código do Processo Civil, nas matérias por ela reguladas, nela nada consta acerca de honorários advocatícios, pelo que tem-se que necessariamente aplicar à espécie as leis genéricas do processo civil. Assim já devia ser antes mesmo do atual Código de Processo Civil. Não cremos que ele tenha inovado o tema. A referência freqüente feita pela jurisprudência ao surgimento do novo Código afigura-se-nos mais como um pretexto para ensejar a correção de um entendimento cujo desacerto já se fazia patente do que o reflexo de uma autêntica alteração do direito objetivo. Sobre ser juridicamente a tese correta, a condenação em honorários é também a solução mais conveniente. Por um lado, reprime a utilização abusiva da medida. De outra parte, restaura um princípio básico de injustiça, segundo o qual ninguém deve arcar com os ônus decorrentes da ilegalidade alheia. O vencedor da segurança já se viu forçado a recorrer ao Judiciário para fazer valer um direito seu, líquido e certo. Os incômodos dessa iniciativa já são em si mesmos injustificados e irreparados. Como fazê-lo arcar ainda com as despesas com o seu patrono?”.

Outros e outros doutrinadores, igualmente de reconhecido saber, prestigiam esse mesmo entendimento, tais como **Celso Agrícola Barbi** (in, “Comentários ao Código do Processo Civil”, Vol. I, Tomo I, Forense, Rio, 1975, págs. 198/199), **Othon Sidou** (in, “**Habeas Corpus**, Mandado de Segu-

rança e Ação Popular”, 2ª ed., Forense, 1983, págs. 329), **Cândido José Dinamarco** (in, “Revista de Processo” 19/199/214), **Oscavo Cordeiro Corrêa Neto** (in, “Revista dos Tribunais”, 694/257), **Luiz Antonio de Andrade** (in, “Revista da OAB/RJ”, 1/303), **Aristóteles Atheniense** (in, “Revista Jurídica Mineira”, 24/13).

Ademais, deve-se sublinhar que o tema inquieta igualmente a jurisprudência pois que são numerosos os julgados demonstradores de inconformismo com o sobredito verbete nº 512.

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

Devo assinalar que os Eminentes Ministros **Amaral Santos**, **Adauto Lúcio Cardoso**, **Djacir Falcão**, **Aliomar Baleeiro** e **Oscar Dias Correia**, dentre outros, igualmente guardavam o convencimento pessoal da aplicação de honorários de sucumbência em mandado de segurança.

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

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

É preciso observar-se que o verbete nº 512 em análise foi plasmado, após calorosas discussões, tomando-se como base o art. 64 do Código de Processo Civil de 1939. É verdade que na vigência da Lei Adjetiva Civil atual a polêmica foi verificada, mas o último grande debate de que pude colher é de 1977, quando o mandado de segurança ainda era um rito sagrado, uma palavra mágica, o *remédio heróico*, de utilização limitada, sem a frequência, senão vulgaridade, com que hoje é utilizado. E mais: naquele momento ainda era muito forte a influência das idéias concebidas, firmadas, com fincas no Código revogado.

Com efeito, sumulado o entendimento, a partir de então não mais se cuidou de refletir sobre o tema, apenas nos prestamos a aplicar, sem nenhum questionamento, e apenas com a mera referência, a Súmula 512.

Todavia, é preciso observar que o CPC vigente traz novos argu-

mentos em favor da aplicação da sucumbência em relação ao mandado de segurança, quando regula os vários processos e procedimentos especiais (art. 270); mandando aplicá-lo a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário do próprio Código ou de lei especial (art. 271); aplicando subsidiariamente as disposições do procedimento ordinário aos procedimentos especiais que se regem pelas disposições que lhes são próprias (art. 273).

É que, como lembra **Barbosa Moreira** em referência feita pelo emitente **Ministro Pádua Ribeiro** (em artigo publicado por Sua Excelência no “Correio Brasileiro”, no encarte “Direito e Justiça”, de 13 do fluente mês, posicionando-se contrariamente à tese que ora defendo), “o direito processual civil cristalizado no Código é *direito processual civil comum* que só cede ante a existência de regra peculiar a tal ou qual processo, mas que cobre a área deixada em branco pela legislação específica, na medida em que seja com esta compatível”.

Com essa mesma concepção, **Celso Agrícola Barbi**, na obra e no local já mencionados, sentença que “a simples circunstância de estar ele regulado em lei especial não é decisiva, porque se lhe aplicam inúmeras regras gerais do Código, mesmo porque se assim não fosse seria necessário fazer um Código apenas para os processos de mandado de segurança”.

Por isso é que assevera que “não se pode dizer que existe em nosso direito o princípio de não se aplicarem as normas do Código aos procedimentos regidos por lei especial. Tanto assim que o Colendo Supremo Tribunal Federal manda aplicar as normas sobre honorários de advogados aos executivos fiscais, que eram regidos por Lei especial, qual seja o Decreto-lei nº 960, de 17.3.38, como se vê na Súmula 519, construída na vigência do Código de 1939”.

Assim, justifica-se a aplicação por analogia do CPC no que couber e for compatível com cada instituto que tem regime especial.

De **Arnoldo Wald** colho o que agora destaco numa versão livre: o fato do mandado de segurança ser remédio constitucional não importa em descaber a sucumbência. Destacou-se completamente do **habeas corpus**, sendo considerado hoje por todos como uma ação própria, embora tenha maiores densidade e peculiaridades.

Mas existem outros remédios constitucionais como a ação popular e a ação civil pública, cujas leis estabelecem o cabimento de honorários (Lei nº 4.717, arts. 12 e 13, e Lei nº 7.437, arts. 17 e 18). A **contrario sensu** a ausência de normas na Lei nº 1.533 importa, pois, na aplicação análoga do Código de Processo Civil.

As dúvidas quanto à caracterização da parte são irrelevantes em relação à sucumbência. Quer se entenda como parte a autori-

dade coatora (**Hely Lopes Mello**) ou a pessoa jurídica de direito público (em **Ministro Sávio de Figueiredo**), caberá ao magistrado estabelecer a condenação, fixá-la equitativamente e estabelecer quem deverá pagar os honorários. Há, assim, uma moralização do serviço público, fazendo recair sobre a autoridade que lesa direito líquido e certo uma responsabilidade específica, com a aplicação da pena, que, para ela, representará a sucumbência, fazendo prevalecer a Lei sobre o arbítrio e os abusos de poder.

Acresce que, como o Juiz tem a faculdade de fixar equitativamente os honorários, poderá fazê-lo tendo em conta a índole constitucional do mandado de segurança, utilizando a equidade para, em determinados casos, não conceder a sucumbência, ou mandar pagar honorários simbólicos, e, em outros, verificar sobre quem deve incidir, no todo ou em parte, a responsabilidade pelo pagamento da verba honorária, seja em relação à autoridade coatora, seja no tocante à pessoa jurídica de direito público.

Com esses temperamentos, a analogia se justifica por ser compatível com a índole do **mandamus**, o que não acontece, por exemplo, com a admissão dos embargos infringentes ou com a prática de quaisquer outros atos procedimentais não previstos na lei especial, que viriam alongar ainda mais o processo, que tem como pedra de toque a celeridade e a eficiência.

É certo, como salientou **Napoleão Nunes Maia Filho**, que a atividade judicante importa em que se entenda que o processo judicial não encerra surpresas sucessivas, como um jogo aleatório e misterioso, pois é uma atividade conseqüente e previsível, dentro de segura orientação e de constante evolução.

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

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

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

Através de tais operações, não tomará o Juiz liberdades permissivas com a Lei, decidindo contra o seu comando, mas, ao estabelecer, em atividade *recriadora*, a norma regente do caso concreto, dentre as várias opções interpretativas que se oferecerem ao seu

espírito, escolherá aquela que mais completamente realize o ideal do justo.

Com efeito, não vejo na lei do mandado de segurança nenhum dispositivo que restrinja a aplicação do princípio da sucumbência. A sua exclusão decorre de criação jurisprudencial com fincas em realidades normativa e fática ultrapassadas afastando — e a meu sentir, **data venia**, erroneamente — a aplicação da regra geral contida no Código de Processo Civil. A perda da causa é o único pressuposto para que seja imposta a condenação da verba cogitada, não mais sendo ela resultante de culpa ou dolo processual.

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

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

Com tais considerações, ousou divergir do conteúdo da Súmula

512 do Pretório Excelso, para aplicar a verba honorária postulada”.

Baseado nestes pressupostos e em outros que aqui anunciei, peço vênias ao Ministro **José Dantas** e aos demais que o seguiram para divergir, acompanhando o voto do eminente Ministro **Eduardo Ribeiro**.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sr. presidente, há quase vinte anos ingressei na carreira de Juiz Federal, já um pouco maduro, e, inicialmente, não entendia por que não se aplicava nessa questão específica de sucumbência no mandado de segurança, os honorários. Inclusive, andei-me rebelando, em diversas sentenças, contra a Súmula nº 512, concedendo honorários.

Como argumentou o Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro, o processo do mandado de segurança, embora específico, evidentemente a ele se aplica o C.P.C., subsidiariamente e desde que não contrarie aquelas linhas básicas do próprio mandado de segurança. Mas, com o decorrer do tempo, passei a entender melhor o valor da Súmula nº 512.

Lembro-me, agora, do pensamento muito profundo do grande teórico italiano **Pietro Cogliolo**, no livro “Teoria do Direito Privado”, onde diz que a grandeza de Roma estava, sobretudo, nos precedentes. Então, como disse o Ministro Assis Toledo, se a toda hora, sem mais nem menos, começarmos a tentar derrubar aquilo que já está estruturado, o direito deixa de ter segurança.

Com estas breves considerações, acompanho o voto do eminente Sr. Ministro-relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 880-2 — RS — (93.0015836-8) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Embargante: Estado do Rio Grande do Sul. Advogados: Vera Lucia Zanette e outros. Embargada: Rocilda Rodrigues Chaves. Advogados: Eduardo Marioti e outros.

Decisão: A Corte Especial, por maioria, recebeu os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 23.09.93 — Corte Especial).

Votaram vencidos os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Peçanha Martins, Gomes de Barros e Cesar Rocha.

Os Srs. Ministros Torreão Braz, Bueno de Souza, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Jesus Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Assis Toledo, Edson Vidigal, Demócrito Reinaldo, Milton Pereira e Adhemar Maciel votaram com o Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros José Cândido, Flaquer Scartezzini, Dias Trindade, José de Jesus, Hélio Mosimann e Anselmo Santiago não compareceram à sessão por motivo justificado.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

Nº 24.586-7 — SP

(Registro nº 93.0007927-1)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Embargante: *Biotécno Produtos Plásticos e Médicos Ltda.*

Embargada: *Fazenda Nacional*

Advogados: *Maria Carolina Carvalho e outros, e Rubens Lazzarini e outros*

EMENTA: *Embargos de divergência. IOF. Isenção. Acórdão regional com fundamentos constitucional e infraconstitucional. Desistência do extraordinário. Questão de ordem. Precedentes do STF.*

1. Desistindo o recorrente do recurso interposto para o STF, transita em julgado o fundamento constitucional só por si capaz de manter o acórdão recorrido.

2. Não se há de conhecer do recurso ordinário intentado nessas circunstâncias, na conformidade da Questão de Ordem assentada pela E. Primeira Seção deste Tribunal, em 18.02.92.

3. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber os embargos. Votaram com o Relator os Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e Hélio Mosimann. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília, 26 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Embargos de divergência oferecidos por *Biotécno Produtos Plásticos e Médicos Ltda.* contra acórdão da Egrégia 1ª Turma, da lavra do eminente Ministro Milton Pereira, assim ementado:

Tributário. IOF. Decreto-Lei nº 2.434/88 (Art. 6º). Arts. 63, 104, 111 e 179, CTN.

— É legítima a cobrança do IOF relativo a Guias de Importação emitidas anteriormente a 1º de julho de 1988 (art. 6º, Decreto-lei 2.434/88).

— Não ocorrente a hipótese de modificação do fato gerador do IOF, devendo ser observada a interpretação restritiva.

— Precedentes jurisprudenciais iterativos.

— Recurso especial conhecido e provido.” (fl. 193).

Alega a embargante que, conhecendo de recurso especial contra decisão assentada em fundamentos constitucionais e infraconstitucional sem que fosse intentado recurso extraordinário, o acórdão embargado diverge da orientação traçada em julgados da 2ª Turma deste Pretório, consoante a qual o recurso especial interposto em tais circunstâncias não pode ser conhecido, na conformidade da Questão de Ordem estabelecida pela Primeira Seção, em 18.02.92.

Indica como paradigma dissidente o aresto prolatado no REsp 25.429-6-SP, da relatoria do eminente Min. Américo Luz, no qual a ora embargante foi parte, e em que não se conheceu do recurso pelo motivo acima exposto. Faz remissão ao

voto vencido do ilustre Min. Gomes de Barros neste processo; tece considerações sobre a igualdade, entre este e o paradigma apontado, sustentando que em ambos os casos os acórdãos regionais abordam questões de direito federal e constitucional e, não tendo vingado os respectivos recursos extraordinários, o fundamento constitucional das decisões transitaram em julgado. Por este motivo, na hipótese vertente, o acórdão do Tribunal Regional não poderá ser reformado por eventual decisão em recurso especial para o qual já não há espaço. Conclui pedindo o provimento dos embargos, para que prevaleça o seu direito já consolidado pelo trânsito em julgado do fundamento constitucional do acórdão do TRF da 3ª Região.

Admiti os embargos pela absoluta identidade de causas em que a embargante foi parte e da divergência das decisões nelas proferidas. Numa, não se conheceu do recurso; noutra, conheceu-se do recurso e deu-se-lhe provimento. Por este motivo, determinei fosse intimada a Fazenda para oferecer impugnação (fl. 267).

Em sua impugnação, a embargada alega, preliminarmente, que o recurso não pode ser conhecido porque desatendidas as exigências regimentais referentes à comprovação da divergência, esta indicada por simples juntada de cópia não-autenticada do paradigma; em segundo lugar porque os embargos de divergência foram opostos contra acórdão

proferido nos embargos declaratórios. No mérito, pugna pelo improvimento dos embargos asseverando que, na forma do art. 469, I, do CPC, os motivos da decisão, ainda que relevantes, não transitam em julgado; não há óbice ao processamento e julgamento do recurso especial porque a matéria discutida não é estritamente constitucional; alude à decisão do Min. Marco Aurélio, no Agravo de Instrumento 15.366-4-1-SP, publicada no DJ de 08.06.93, contrária à tese defendida pela embargante; afirma que os embargos não podem prosperar, sob pena de frustrar-se a missão constitucional do STJ de zelar pela integridade de lei federal, cabendo-lhe apreciar o recurso especial a fim de decidir qual o entendimento dos Tribunais Regionais Federais que interpreta corretamente o art. 6º do DL 1.434/88.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Preliminarmente: As exigências do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ não podem ser levadas ao extremo quando o paradigma indicado divergente emanar deste Tribunal, sendo evidente que aquelas exigências, por motivos óbvios, dizem respeito a decisões de outros Pretórios. No caso vertente, a cópia juntada às fls. 219/221 é de acórdão prolatado pela Egrégia 2ª Turma, em data relativamente re-

cente. Participei daquele julgamento, acompanhando o voto do eminente Relator, Min. Américo Luz. Não posso desconhecê-lo, inclusive porque já proferi votos no mesmo sentido. Ademais, naquele processo as partes e a matéria discutida eram as mesmas do presente feito.

Os embargos infringentes não foram, como afirma a embargada, manifestados contra acórdão proferido nos embargos declaratórios. Estes tiveram o fito exclusivo de prequestionar matéria constitucional para abrir a via do recurso extraordinário, efetivamente intentado às fls. 245/256. Isto se pode constatar, até mesmo pela cronologia da interposição dos apelos. Os embargos declaratórios foram oferecidos em 16.11.92 (fl. 119). Antes do seu julgamento — ocorrido a 02.12.92 (fl. 227) — foram protocolizados os infringentes, no dia 20 do mês anterior (fl. 213).

Por tais motivos, rejeito as preliminares levantadas pela embargada.

Mérito:

O ponto fundamental dos embargos é o tratamento diferenciado conferido pelas duas Primeiras Turmas deste Tribunal a causas idênticas em que a embargante foi parte. Numa, não se conheceu do recurso especial da Fazenda Nacional; noutra, conheceu-se do recurso e deu-se-lhe provimento. Entende a recorrente que deve prevalecer a orientação traçada pela Questão de Ordem estabelecida pela Egrégia 1ª Seção, em 18.02.92, e prestigiada no acórdão paradigma da 2ª Turma.

No caso em tela, o acórdão do TRF da 3ª Região (fls. 147/152) tem, na verdade, fundamentação exclusivamente constitucional, como se infere da sua ementa, valendo transcrever alguns tópicos da sua motivação:

“Como se vê, o *discrímen* indicado pela lei é a data de emissão da guia — se ela é anterior a 1º de julho de 1988, a importação não está isenta de IOF, se posterior, está.

“A *quaestio juris*, pois, está em saber se esse *discrímen* ofende ou não o princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, o denominado princípio da isonomia.”

.....
“A lei pode discriminar e essa é uma de suas funções: ela estabelece pena para o homicida, ela diz quem paga e quem não paga o imposto de renda, discriminando, pois.

Mas ela não pode discriminar arbitrariamente, irracionalmente.”

.....
“Então, tendo-se em vista a espécie, é ou não arbitrário o *discrímen* escolhido pela lei para conceder a isenção: a data de emissão da guia?

A meu sentir, é.”

.....
“De modo que, a meu sentir, a inconstitucionalidade é manifesta. Mas inconstitucionalidade de quê?

Se for do artigo 6º totalmente, a conclusão será que a isenção fica suprimida para todos.

Conclusão errônea porque divorciada da vontade do legislador que quis concedê-la.

“Então, a isenção deve ser mantida e a inconstitucionalidade merece incidir apenas na parte do dispositivo que fere a isonomia, qual seja, o critério discriminador.

“Mantida a isenção do dispositivo, sem o discrimen, segue que, em obediência à vontade do legislador expurgada do vício da inconstitucionalidade, a isenção é para todos.” (fl. 147/151).

É inequívoco, portanto, o lastro de nítida índole constitucional em que se apóia o aresto recorrido.

Inadmitido o recurso extraordinário pelo despacho de fl. 172, a Fazenda Nacional opôs agravo de instrumento para o STF do qual, posteriormente, veio a desistir (certidão de fl. 178), renunciando, destarte, à impugnação da questão constitucional enfocada no acórdão.

O recurso especial, por seu turno, foi manifestado com base nos dois permissivos constitucionais: violação aos arts. 176; 97, VI e 111 do CTN — aos quais o julgado recorrido, implícita ou explicitamente, não se referiu e, por isso, foi indeferido no particular, — e divergência jurisprudencial, fundamento este que determinou sua admissão no **a quo** (fl. 173).

Realmente, o acórdão regional não fez a menor referência aos dispositivos legais apontados, não tendo a então recorrente, ora embargada, cuidado de prequestioná-los convenientemente. Quanto à dissidência pretoriana, a meu ver, também não poderia ensejar cabimento ao especial. Os paradigmas indicados às fls. 156/159 não se prestam a esse fim. O primeiro deles refere-se à constitucionalidade do art. 6º do D.L. 2.434/88, matéria específica do recurso extraordinário do qual a recorrente desistiu; os dois restantes proclamam a consonância do referido dispositivo com os arts. do CTN que não foram objeto de exame pelo aresto recorrido, nem foram prequestionados.

Mesmo que assim não fosse, o conhecimento do recurso especial encontrava óbice intransponível na Questão de Ordem assentada pela Egrégia Primeira Seção desta Corte pois, estando o acórdão impugnado fundamentado essencialmente em matéria constitucional, suficiente para garantir sua manutenção, a desistência do recurso extraordinário pela embargada implicou no trânsito em julgado desse motivo. Essa orientação está, hoje, reforçada por recentes decisões da Suprema Corte, espancando quaisquer dúvidas sobre o tema, das quais destaco a proferida pelo eminente Min. Néri da Silveira, no AgRg no Agravo de Instrumento nº 155.533-6-SP, publicada no DJ de 11.03.94, Sec. I, pág. 4.114:

“Recurso extraordinário. Recurso Especial. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que afirma a inadmissibilidade de recurso especial, quando o acórdão local recorrido se baseia em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário, ou dele desiste. Se o acórdão de Corte de segundo grau afronta, também, a Constituição, a par de negar vigência à norma ordinária, cumpre a interposição do recurso extraordinário, no mesmo prazo do recurso especial. Se isso não sucede, não cabe, após o julgamento do recurso especial confirmando o aresto local, interpor recurso extraordinário, contra acórdão do STJ, com alegação de haver a decisão do Tribunal de segunda instância ofendido, também, a Constituição. Não é viável, sequer, em embargos de declaração ao acórdão do STJ, pretender retomar a matéria constitucional, já preclusa, por falta de oportuna interposição do recurso extraordinário. Tornou-se, em consequência, definitivo o aresto da Corte local, pelo fundamento constitucional suficiente e inata-

cado. Recurso extraordinário inadmissível. Agravo desprovido.”

Por todo o exposto, dou provimento aos embargos para reformar a decisão embargada, decretando não se poder conhecer do recurso especial nas circunstâncias em que interposto.

EXTRATO DA MINUTA

EREsp nº 24.586-7 — SP — (93.0007927-1) — Relator: O Sr. Ministro Peçanha Martins. Embte.: Biotécno Produtos Plásticos e Médicos Ltda. Advogados: Maria Carolina Carvalho e outros. Embda.: Fazenda Nacional. Procs.: Rubens Lazarini e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, recebeu os embargos nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 26.04.94 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO.

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS Nº 1.030 — DF

(Registro nº 91.0022322-0)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Impetrantes: *Divaldo Theóphilo de Oliveira Netto e outro*

Impetrado: *Desembargador-Relator da Apelação Criminal 10.808/90 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal*

Pacientes: *Raimundo Florismar da Silva (réu preso) e Maria Lêda de Lima (ré presa)*

EMENTA: *Prisão. Excesso de prazo no julgamento de recurso de apelação do réu.*

Réu preso em flagrante e condenado. Eventual retardamento no julgamento do recurso de apelação só invalida a prisão se demonstrado que, em razão desse retardamento, o paciente sofre constrangimento por tempo superior ao que seria razoável em face do dispositivo da sentença condenatória.

Pedido de habeas corpus indeferido.

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 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.

Brasília, 12 de fevereiro de 1992
(data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZ-ZINI, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Em favor de Raimundo Florismar da Silva e Maria Lêda de Li-

ma, presos em flagrante e condenados por crime previsto na Lei de Tóxicos (art. 14), impetra-se ordem de **habeas corpus** sob fundamento de excesso de prazo no julgamento do recurso de apelação.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. **Eduardo Weaver de Vasconcelos Barros**, opina nestes termos:

“Reclama o Impetrante do excessivo retardamento no julgamento pelo Órgão Impetrado da apelação interposta da sentença que condenou os Pacientes à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão em regime fechado, pelo crime do artigo 12, **caput**, c/c artigo 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76.

Reclama a Impetração de que, apesar de ter-se prontamente encerrado o processo em primeira instância, com a prolação de sentença condenatória, em maio de 1990, cerca de trinta dias após a prisão em flagrante dos Pacientes, vem se arrastando, injustificadamente, o julgamento da apelação criminal respectiva, desde outubro de 1990, não havendo sequer previsão de data para o julgamento do recurso.

Verifica-se das Informações, de fls. 39, que o recurso estava, efetivamente, em processamento naquele Tribunal na forma relatada pelo Impetrante.

A complexidade patente do caso, bem como sua gravidade, em

razão das atividades ilícitas dos denunciados, característica do hediondo crime de tráfico de tóxicos, torna razoável o prazo até agora dispendido pelo Tribunal impetrado.

A fixação de limites rígidos para o julgamento do réu preso tem, de ordinário, em consideração o julgamento em primeira instância, que vai trazer a declaração formal de procedência da imputação que lhe é feita.

Havendo reconhecimento formal da culpa do acusado, a correção do procedimento passará ter por norte a equidade, não se aplicando os prazos da lei penal, que não cuidam do processo em segunda instância.

Nesse caminho de entender parecem vir a Súmula nº 9 (“*A Exigência da Prisão Provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência*”) bem como a Súmula nº 21 (“*Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão, por excesso de prazo na instrução*”) ambas desse Tribunal Superior de Justiça.

Nada vejo que justifique a Impetração que deve, pois, ser rejeitada.” (Fls. 62/64).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A instrução criminal

encerrou-se e a sentença foi prolatada. Condenado o réu que já estava preso, o retardamento que eventualmente ocorra no julgamento de seu recurso, embora lamentável, só terá o condão de invalidar a prisão, se demonstrado que, no caso, em razão desse retardamento, estará o paciente sofrendo constrangimento por tempo superior ao que seria razoável em face do dispositivo da sentença apelada.

É o que se extrai, **a contrario sensu**, destes dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA — Demora no julgamento da apelação e permanência do acusado na prisão, por tempo superior ao da pena a que foi condenado pela sentença de que apelou. Coação ilegal evidente, por desaplicação do art. 673 do Código de Processo Penal.

Habeas Corpus deferido.” (HC 53.881, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 13/02/76, p. 899).

“EMENTA — *Sentença condenatória. Pendência de recurso da acusação. Prisão por tempo superior ao da pena imposta.*

Se, findo o cumprimento da pena imposta na sentença condenatória recorrível, pende ainda recurso da acusação na superior instância, deve o réu, não obstan-

te, retornar à liberdade.” (HC 63.344, Rel. Min. Francisco Rezak, DJ 13/12/85, p. 23.207).

Ante o exposto, acolhendo o parecer, indefiro a ordem, determinando-se, porém, expedição de ofício ao Presidente do Tribunal **a quo** com recomendação para que se dê celeridade ao julgamento da apelação do paciente.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 1.030 — DF — (91.0022322-0) — Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo. Imptes.: Divaldo Theóphilo de Oliveira Netto e outro. Impdo.: Desembargador-Relator da Apelação Criminal 10.808/90, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Pactes.: Raimundo Florismar da Silva (réu preso) e Maria Lêda de Lima (ré presa).

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu a ordem, nos termos do voto do Sr. Min. Relator (em 12.02.92 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Flaquer Scartezzini, José Dantas e Costa Lima. Ausente o Sr. Min. Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

HABEAS CORPUS Nº 2.415-0 — BA

(Registro nº 94.0000596-2)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Impetrante: *Flávio Jorge Martins*

Impetrada: *Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*

Paciente: *José Fernando Morrison Goytacaz*

EMENTA: *Habeas Corpus — Demora na conclusão de instrução criminal — Situação a que o paciente deu origem.*

— Se a demora na conclusão da instrução criminal se deu por culpa exclusiva do paciente, que se evadiu do distrito da culpa, tal atitude não pode ser levada em consideração para favorecê-lo. Ademais, alcançando, com a fuga, a liberdade almejada, não há se falar em constrangimento ilegal.

— Ordem prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Jesus Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília, 02 de março de 1994
(data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente. Ministro FLAQUER
SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Consta dos autos que (fls. 51/52), **verbis**:

“Trata-se de ordem de **habeas corpus** substitutiva de recurso ordinário, impetrada contra o v. acórdão de fls. 40/41, que julgou prejudicada a ordem em favor do paciente.

Alega, em síntese, o impetrante, que inobstante tenha o paciente sido preso preventivamente no bojo de ação penal onde é acusado dos delitos tipificados nos artigos 180 e 304 da Lei Penal, encontra-se nesse há cinco

anos, sem que tenha se encerrado a instrução criminal.

Irresignado com a situação acima descrita, impetrou-se, junto ao E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em 13.8.92, remédio heróico, visando cessar alegado constrangimento ilegal, decorrente do excesso de prazo na formação da culpa.

Ante a omissão no julgamento do remédio constitucional acima referido, impetra a presente ordem de **habeas corpus**, alegando que perdura mais de oito meses a expectativa de uma decisão sobre a **quaestio**.

Solicitadas as informações, vieram aos autos os documentos de fls. 39/41, sendo colacionada cópia do acórdão que julgou prejudicada a impetração **a quo**.”

Opina o Ministério Público Federal, ante as informações prestadas pela prejudicialidade do presente *Writ of Habeas Corpus*.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, das informações prestadas pela autoridade indigitada coatora ao E. Supremo Tribunal Federal, onde os autores foram ter, destaque, **verbis**:

“a) o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do Art.

180, do Código Penal e teve sua prisão preventiva decretada (docs. 1 e 2), sendo expedidos os competentes mandados (doc. 3).

b) com o relaxamento de sua prisão, na 5ª Vara Criminal, o paciente evadiu-se para lugar ignorado (doc. 4).

c) posteriormente, foi este Juízo informado de que o paciente encontrava-se na especializada de furtos de veículos em Fortaleza-CE, e transferido à disposição do Titular da Vara Única de Execuções Criminais, **Habeas Corpus** e Precatórias, Fórum Clovis Bevilacqua, Praça da Sé, Fortaleza, sendo adotadas todas as providências pela Dra. Juíza de Direito Titular desta Vara, a fim de ser o paciente interrogado, sem êxito (docs. 5, 6 e 7), sendo afinal liberado em 22/11/88.

d) finalmente, foi expedido edital de citação para o interrogatório do paciente, que foi declarado revel, sendo nomeado o Dr. Defensor Público, que apresentou a prévia, devendo ser marcada data para início do sumário.

Vale ressaltar que todas as medidas para andamento do feito foram tomadas, cabendo tão-somente ao paciente a responsabilidade pela não conclusão do feito.”

Em informações complementares, temos às fls. 40/41, cópia do v. acórdão do E. Tribunal baiano, de cujo teor saliente:

“A autoridade indigitada coatora, prestando as informações requisitadas, acusa, *no item b* do ofício 705/92, através do qual enviou as informações aludidas, a evasão do paciente, após o relacionamento da sua prisão na 5ª Vara Criminal, para lugar ignorado.

A Doutra Procuradoria, em seu parecer de fls. opina pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.

Data venia, o parecer da Doutra Procuradoria não merece acolhida.

Uma vez que o **a quo** informou a evasão do paciente, por conseguinte alcançado a liberdade que a impetração buscava devolver ao paciente, prejudicada é a pretensão formulada via remédio heróico constitucional do **Habeas Corpus**.

Diante do exposto, julga-se prejudicado o *writ*.”

Com efeito, evadido o paciente, alcançou o fim colimado, ou seja, a liberdade que buscava com o remédio heróico, o que torna prejudicado o presente *writ of habeas corpus*.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 2.415-0 — BA — (94.0000596-2) — Relator: O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini. Impete.: Flávio Jorge Martins. Impda.: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Pacte.: José Fernando Morrison Goytacaz.

Decisão: A Turma por unanimidade, julgou prejudicado o pedido (em 02.03.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Assis Toledo, Jesus Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

MANDADO DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 3.270-4 — DF

(Registro nº 93.0035800-6)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Impetrante: *FI Indústria e Comércio Ltda.*

Advogado: *Gustavo Adolfo Brito Ferreira*

Impetrado: *Ministro de Estado da Marinha*

EMENTA: *Mandado de segurança. Ato omissivo. Ausência de direito líquido e certo.*

- 1. Inocorre omissão da autoridade impetrada que responde, cumpridamente, os requerimentos do impetrado.**
- 2. Inexiste direito líquido e certo condicionado à apuração de ilícitos improváveis e sobre os quais o impetrado já se manifestou.**
- 3. Não se pode pretender que a autoridade ministerial confirme, por certidão, seu intento de descumprir a lei.**
- 4. Segurança denegada.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o mandado de segurança. Votaram com o Relator os Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Américo Luz, Antônio

de Pádua Ribeiro, Garcia Vieira e Hélio Mosimann.

Brasília, 19 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar,

impetrado por FI Indústria e Comércio Ltda., contra ato omissivo do Ministro de Estado da Marinha.

A questão tem sua origem em rescisão de contrato de cessão de instalações industriais públicas do Ministério da Marinha pelo então titular daquela Pasta, que a impetrante considera ilegal e abusiva, em razão do que ajuizou ação popular, em trâmite na 4ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal.

A impetrante historia todos os lances que motivaram aquela ação e sua permanente insatisfação, ao ponto de ter requerido à autoridade coatora o cumprimento do art. 10 do Código de Processo Penal Militar, Dec.-Lei 1.002/69, para apuração de fatos que reputa criminosos e, em face da resposta obtida considerando improcedentes suas acusações as quais teriam solução na esfera judicial, ingressou com pedido de reconsideração até hoje sem resultado. Por isso, impetrou o presente mandado de segurança, invocando o mencionado D.L. 1.002/69 e o art. 5º, XXXIV e XXXV, da Constituição Federal, onde pede, liminarmente, seja a referida autoridade compelida a cumprir, imediatamente, os arts. 8º, a; 9º e 10, e, do Código de Processo Penal Militar e, a final, a concessão definitiva da segurança para que lhe seja assegurado o conhecimento do resultado do inquérito a ser instaurado, a fim de utilizá-lo na defesa dos seus direitos lesados, em decorrência dos fatos que vierem a ser apurados.

Protocolizada durante o recesso de dezembro/93, a inicial foi originalmente despachada pelo Exmo. Min. Presidente desta Corte que indeferiu a liminar pretendida e determinou a ouvida do impetrado. (fls. 44).

A autoridade ministerial prestou as informações solicitadas, mediante endosso de parecer da sua Consultoria Jurídica, rebatendo as acusações assacadas pelo impetrante. Afirma que a rescisão contratual foi realizada legalmente, com lisura e transparência, não tendo ocorrido qualquer ilícito penal e disciplinar a ser apurado, inclusive porque o ato mereceu parecer favorável da Consultoria Geral da República, com aprova do Presidente, publicado no D.O. de 23.03.91. Diz ainda que teve oportunidade de responder ao subscritor da inicial e autor de uma das três ações populares interligadas e em tramitação na Justiça Federal, que o assunto estava definitivamente encerrado; pugnando, enfim, pela denegação da ordem.

Submetido o processo à SPGR, o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo da Fonseca, opinou pela denegação do **mandamus**, após exame circunstanciado do tema em debate (fls. 94/103).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Não se vislumbra a menor possibilidade de acolhimento da presente ação.

Depreende-se da inicial e demais elementos dos autos que o contrato de concessão de uso de instalações industriais da Marinha, para fabricação de munição, foi rescindido mediante renúncia de direitos, na conformidade do Parecer CS/29 da Consultoria Geral da República aprovado pelo Presidente. Apesar disso, além de ajuizar Ação Popular, em curso na 4ª Vara da Justiça Federal/DF, a impetrante requereu, na via administrativa, de modo insistente, a abertura de inquérito para apuração de possíveis ilegalidades e abuso de poder a contaminarem o aludido rompimento contratual.

Para melhor compreensão deste mandado, vale transcrever os seguintes trechos da inicial:

“Em 11 de agosto de 1993, a Impetrante, incentivada por notícias publicadas na Imprensa que davam a *autoridade coatora* como pessoa afeiçãoada a apurar, isentamente, possíveis atos irregulares praticados por seus subordinados, *através de procurador legalmente constituído*, e *na qualidade de parte ofendida*, *requereu* nos estritos termos da letra e do art. 10 do Código de Processo Penal Militar, Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, à *autoridade coatora*, o Ministro da Marinha, que segundo o mesmo Decreto-lei, Art. 7º, letra a, exerce o poder de polícia judiciária militar com relação aos órgãos sob jurisdição do Ministério

da Marinha, *apresentando como principal elemento probatório* da existência de fatos criminosos não apurados, as evidências contidas no 3º Despacho nº 171 (*secreto*); *a instauração do competente Inquérito Policial Militar* para apurar os fatos de natureza criminal militar, descritos acima e a eventual responsabilidade penal dos autores (documento, nº 02, em anexo).

Não recebendo resposta, a *impetrante* pediu informações sobre o andamento em *11 de setembro* (documento nº 03, em anexo) e remeteu mais elementos de prova em *27 de setembro* (documento nº 04, em anexo).

Finalmente, datada de *21 de setembro* mas recebida em 28.09 (documento nº 05, em anexo) participou a *autoridade coatora*, através seu Chefe de Gabinete, que considerava *improcedente* o “questionamento” (?) apresentado, “devendo ter solução na esfera judicial”(??).

Datado de *29 de setembro* (documento nº 06, em anexo) apresentou, a *impetrante*, *Pedido de Reconsideração* do despacho acima e, reiterou o requerido.

Em reforço, aditou em *21 de outubro* (documento nº 07, em anexo) e “cobrou” em *09 de novembro* (documento nº 08, em anexo).

Em resposta, datada de *08 de novembro* (documento nº 09, em anexo), a *autoridade coatora* li-

mitou-se a levantar dúvidas quanto ao que chamou de “elementos probatórios” das “acusações” e ameaçou “desconsiderar” “quaisquer correspondências” da *impetrante*, “ou de quem a representar”, caso não fossem encaminhados antes, “de forma objetiva e conclusiva”, os esclarecimentos sobre os tais “elementos probatórios” respaldadores das “acusações” aos Almirantes da Ativa e da Reserva!

Disciplinadamente, em 17 de novembro (documento nº 10, em anexo) a *impetrante* encaminhou de forma objetiva e conclusiva, os esclarecimentos exigidos.

“*Last but not least*”, aos 26 de novembro de 1993, com base nos Incisos XXXIII e XXXIV, Art. 5º da C.F., a *impetrante* pediu, que a *autoridade coatora* confirmasse, por certidão, sua decisão de descumprir a Lei (documento nº 11).

Não tendo a *autoridade coatora* se manifestado até hoje, tornou-se improtelável, o presente **mandamus**”.

A segurança, pois, é impetrada contra ato omissivo do Ministro da Marinha que, até o momento, não respondeu ao último requerimento do impetrante. Sucede que sua pretensão, como esclarecido à fl. 10 da inicial acima reproduzida, consiste em o Ministro da Marinha confirmar, por certidão, seu intento de descumprir a lei.

Ora, o direito ao recebimento de informações das autoridades públicas, assegurado no art. 5º, XXXIII e XXXIV, da CF, invocado pelo requerente, não se pode contrapor ao princípio contido no inc. II do mesmo dispositivo, consoante o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Inexistindo lei que obrigue a alguém auto-incriminar-se, não se pode pretender que a autoridade ministerial se auto-acuse, certificando que irá praticar uma ilegalidade, ou seja, descumprir a lei. Sendo assim, o alegado direito líquido e certo é nenhum.

As informações prestadas pelo impetrado e os documentos que as acompanham atestam que todas as investidas do impetrante obtiveram pronta resposta. Uma delas lembra que a rescisão se revestiu de plena legalidade, tendo sido, inclusive, aprovada pela maior autoridade do País; noutra que as acusações do requerente não constituem fato novo capaz de aconselhar a reabertura do caso no âmbito administrativo, por isso que poderia ter solução na via judicial, já provocada pelo postulante; uma terceira, afirma de modo categórico que qualquer outra reinvidicação, destituída de elementos probatórios conclusivos e objetivos, seria desconsiderada.

A despeito disso, sem demonstrar que tivesse atendido às exigências da autoridade, o impetrante quer porque quer a resposta ao seu último pedido.

Ressalte-se que o fundamento da impetração (omissão de resposta a requerimento) não coincide e invalida os pedidos constantes do requerimento final: a) seja a autoridade impetrada compelida a cumprir os arts. 8º, letra a; 9º e 10, letra e, do D.L. 1.002/69 (Cód. Proc. Penal Militar), referentes à abertura de inquérito policial militar, e b) que seja assegurado à impetrante o conhecimento integral do inquérito a ser instaurado, para utilização “na defesa dos seus direitos lesados, em decorrência dos fatos criminosos que vierem a ser apurados.”

De qualquer modo, não há direito líquido e certo a amparar tais pretensões do impetrante. Em primeiro lugar porque, como acentua o douto Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo da Fonseca:

“No âmbito da administração da pasta da Marinha o assunto mereceu exame e deliberação. No que concerne à instauração de inquérito policial não há como, na via do mandado de segurança, compelir o órgão ministerial impetrado a abrir inquérito penal, a uma porque o pedido envolve matéria fática de redobrada indagação, como se cotejarem indícios de ilicitude; a duas, porque o próprio titular da Secretaria de Estado expressara entendimento de inexistirem ilícitos outros além do apurado no IPM instaurado, incomportando exame de seus motivos neste *writ*”. (fls. 100).

Em segundo lugar, porque a rescisão contratual se deu com a anuência da impetrante e foi chancelada pelo Consultor Geral da República e pelo Presidente da Nação; em terceiro lugar porque a autoridade ministerial já se manifestou sobre a inexistência de ilícitos e a matéria já se encontra **sub judice**, na Justiça Federal; em quarto lugar porque, a asseguaração do conhecimento do resultado da apuração só aproveitaria ao impetrante se possível fosse o deferimento do primeiro pedido (abertura do inquérito) e se efetivamente fossem apurados atos criminosos, não se podendo admitir a existência de direito líquido e certo condicionado a outro evento.

Por todo o exposto, à minguada do direito líquido e certo alegado, denega a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 3.270-4 — DF — (93.0035800-6) — Relator: O Sr. Ministro Peçanha Martins. Impte.: FI Indústria e Comércio Ltda. Advogado: Gustavo Adolfo Brito Ferreira. Impdo.: Ministro de Estado da Marinha.

Decisão: A Seção, por unanimidade, denegou o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 19.04.94 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Garcia Vieira e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO.

RECURSO EM HABEAS CORPUS

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 1.909-1 — GO

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrentes: *Paulo Afonso Boaventura e José Afonso Boaventura*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Goiás*

Pacientes: *Paulo Afonso Boaventura e José Afonso Boaventura*

Advogados: *Drs. João de Araújo Dantas e outro*

EMENTA: *Ação penal privada subsidiária* (arts. 100, § 3º, do CP, 29 do CPP e 5º, LIX, da Constituição).

Promotor que, de posse de inquérito de indiciado preso, excede o prazo do art. 46 do CPP, sem requerer diligência ou oferecer denúncia. Cabimento, nessa hipótese, da ação penal privada subsidiária.

Assistência judiciária.

Designação, pelo juiz, de advogado para intentar a ação penal, por crime de homicídio, ante a reconhecida proeza dos familiares da vítima. Possibilidade (art. 32 do CPP e Lei 1.060/50).

Petição inicial. Requisitos.

Petição que, apesar de designada, por evidente equívoco, de “denúncia”, contém os requisitos essenciais da queixa e, como tal, está sendo tratada pelo juiz. Falha não substancial.

Procuração. Poderes.

Hipótese em que o instrumento deve ser examinado em conjunto com a designação do advogado pelo juiz (art. 16 da Lei 1.060/50).

Recurso de *habeas corpus* a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Ministro Fláquer Scartezini.

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

Ministro COSTA LIMA, Presidente (em exercício). Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O Tribunal de Justiça de Goiás indeferiu ordem de **habeas corpus** em acórdão que assim expõe e aprecia os fundamentos do pedido:

“Trata-se de ordem de **habeas corpus** impetrada em favor de Paulo Afonso Boaventura e José Afonso Boaventura, qualificados na peça exordial, com fulcro nas disposições do inciso LXVIII, do artigo 5º da Constituição da República, e nas dos artigos 647 e seguintes do Código de Processo Penal, indicando como autoridade coatora o magistrado em exercício na Comarca de Estrela do Norte.

Narram os impetrantes que concluído o inquérito policial em

que os ora pacientes foram indiciados por crime de homicídio praticado contra Antônio Batista Jerônimo, encaminhados os autos respectivos ao Poder Judiciário estes foram com vista ao representante do Ministério Público na Comarca no dia 02.07.91. Vencido o prazo para o oferecimento de denúncia sem que nenhuma providência tivesse sido adotada pelo Promotor de Justiça, o magistrado de 1º grau determina a busca e apreensão dos autos em seu gabinete. No dia 09 de junho de 1991 o magistrado teria nomeado o advogado Valter Gonçalves Ferreira para, na condição de Promotor de Justiça **ad hoc**, oferecer denúncia, o que resultou efetivado no mesmo dia. Aduzem que a peça acusatória ofertada articulou fatos em flagrante dissonância com o inquérito policial, tendo inclusive o seu subscritor alegado ser patrono judicial regularmente constituído, quando em verdade o instrumento de procuração somente resultou outorgado em 16.07.91 pela genitora da vítima. Registram, ainda, que da procuração não constam poderes para denunciar. Asseveram que o despacho que nomeou o promotor **ad hoc** não se respalda na lei, pois o dispositivo invocado (art. 32, CPP) diz com ação privada, ao passo que o fato ocorrido reclama a instauração de ação penal pública. Destacam também que, tendo sido concedida liminarmente pelo Vice-Presidente do Tribunal a or-

dem liberatória anteriormente impetrada e cumprido o alvará respectivo, juiz de Direito de Estrela do Norte deslocou-se à residência de familiares dos aqui novamente pacientes, de arma em punho, ocasião em que travaram uma discussão.

Ao final, invocam entendimentos doutrinários segundo os quais na ação pública a presença do Ministério Público é obrigatória a todos os atos do processo, inferindo ser este nulo a partir da denúncia, pois que vulnerado o disposto nos artigos 127 e 129, inciso I, da Constituição da República, para requerer:

a — a anulação **ab initio** do processo;

b — a concessão liminar e definitiva de salvo-conduto aos pacientes;

c — remessa de cópia do pedido à Corregedoria-Geral da Justiça.

A autoridade indigitada coatora, em seus informes, menciona que efetivamente expediu mandado de busca e apreensão dos autos de inquérito policial, no gabinete do Promotor, uma vez escoado o prazo para oferecimento de denúncia sem que nenhuma providência tivesse sido adotada pelo representante ministerial. Esclarece ter sido procurada pela genitora da vítima que assegurou-lhe não dispor de recursos financeiros para intentar a ação

penal, quando então nomeou-lhe advogado para tal fim. Diz que tendo sido oferecida queixa-crime contra os aqui pacientes, embasada no inquérito policial, e preenchidos os requisitos legais, recebem a queixa, instaurando-se a ação penal.

Assevera que o Promotor de Justiça foi intimidado para os atos do processo e deles participou.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

Em exame da questão posta, cumpre, de início, evidenciar que **in casu** desenganadamente incorreu a nomeação de Promotor de Justiça **ad hoc** para oferecimento da denúncia, como aliás fez destacar a autoridade informante. Sim, na presente hipótese, em que reclamada a propositura de ação pública, o Promotor de Justiça em exercício na comarca permaneceu com os autos do inquérito pelo período de cinco (5) dias sem oferecer denúncia, requerer diligência ou mesmo o seu arquivamento. Ante a inércia verificada, resultou produzida a queixa-crime que ensejou a instauração da ação penal.

Trata-se, na espécie, de exercitamento de direito de ação cons-

titucionalmente consagrado (art. 5º, LIX, CF) nas hipóteses em que o titular da ação descure em seu mister.

Tal previsão encontra-se igualmente consubstanciada nas regras inscritas nos artigos 100, § 3º, do Código Penal, e 29 da Lei Instrumental, **in verbis**:

“A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.”

e

“Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.”

É de sabença trivial que o titular da ação penal pública é o Ministério Público, que deverá promovê-la dentro dos prazos estabelecidos no artigo 46, do Código de Processo Penal. Inocorrendo a promoção ministerial pode o ofendido ou seu legal representante intentar, mediante queixa-crime, ação privada subsidiária da pública, que não tem desnaturado o seu caráter de ação pública.

A propósito do tema preleciona **Tourinho Filho, in** Processo Penal, vol. 1, 2ª ed., pág. 352:

“Se, entretanto, o órgão do Ministério Público não promover a ação penal dentro daqueles prazos, o ofendido ou quem o represente legalmente poderá promovê-la, apresentando queixa, substituindo, assim, a denúncia do Promotor desidioso.”

Observo, de outro plano, que a queixa substitutiva da denúncia resultou apresentada dentro do prazo decadencial de que cuida o artigo 38, do Código de Processo Penal, preenchendo, ademais, todos os requisitos indicados no artigo 41, do mesmo diploma processual. Ainda com relação à peça instauradora da ação penal, tendo a ponderar que do cotejo entre o seu conteúdo e dos elementos agregados ao inquérito, que foram trazidos por fotocópia a estes autos, extraí a plena consonância entre uma e outra peça, não vislumbrando, por isso mesmo, qualquer procedência na alegativa de que a queixa tenha narrado diversamente os fatos apurados na fase inquisitorial.

Quanto ao instrumento procuratório, visto nestes autos por fotocópia, à f. 101, estou em que atendidos os requisitos arrolados no artigo 44, do Código de Processo Penal, afastando, de consequência, a pecha de imprestabi-

lidade sobre ele irrogada. A circunstância de haver sido o mandato outorgado em data posterior ao oferecimento da queixa substitutiva não me parece erigir em fator conducente a macular a peça acusatória, configurando, quando muito, irregularidade sanada pela efetiva outorga.

Por tudo isso, tenho que juridicamente válida a queixa apresentada pela mãe da vítima, cuja oferta e recebimento não violaram os preceitos constantes dos artigos 127 e 129, inciso I, da Constituição da República, e nem tampouco acarretaram nulidade nos termos do artigo 564, inciso III, alínea **a**, do Código de Processo Penal.

Há de considerar, ainda, que o “*interveniente adesivo obrigatório*”, no conceito abalizado de **Tourinho Filho**, restou intimado a intervir em todos os termos do processo, expungindo o expecto de nulidade nos atos subsequentes do processo em face do que estabelece o artigo 564, inciso III, alínea **d**, do CPP.

Ao teor do exposto, o meu voto denega a ordem postulada, determinando no entanto seja extraída fotocópia da inicial e encaminhada à consideração da Corregedoria-Geral da Justiça, para exame do ponto que diz com o deslocamento da autoridade indigitada coatora ao local onde estavam os aqui pacientes e, de arma em punho, envolvido em discussão com aqueles.

É o meu voto.

Jamil Pereira de Macedo, Relator”. (Fls. 158/163).

Inconformados, recorrem os impetrantes, reiterando as alegações da inicial e acrescentando que, apesar de postos em liberdade, os pacientes continuam ameaçados de nova prisão.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Pedro Yannoulis, opina pelo provimento do recurso, destacando:

“18. Ora, diante dos fatos, claros e evidentes, entendo que o processo deva ser anulado, desde a denúncia, oferecida por advogado **ad hoc**, mesmo havendo membro do Ministério Público na Comarca, sem antes ter sido comunicado o fato ao ilustre Procurador-Geral de Justiça e, ainda, sem ter havido solicitação, por qualquer meio de comunicação, para que outro representante do *Parquet* fosse designado para o ato em questão.

19. Ademais, é de ressaltar mais uma vez, que a denúncia foi oferecida aos 09/07/91 e a procuração outorgada ao advogado (fls. 101) data de 16 de julho do mesmo ano, nela apenas constando poderes para propor ação penal, devendo-se entender como tal a queixa-crime (ação penal privada) e não a denúncia, nos casos de ação penal pública.

20. Dessa forma, ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso, reformando-se, conseqüentemente, o v. acórdão recorrido, a fim de que seja anulado o processo, a partir da denúncia ofertada.” (Fls. 228/229).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Não há dúvida de que, em face da omissão do Promotor de Justiça em oferecer denúncia contra os réus presos, no prazo do art. 46 do CPP, em grave crime de homicídio, e considerando que os familiares da vítima eram pessoas pobres, o Juiz de Direito da Comarca, invocando o art. 32 do estatuto processual, que lhe permite nomear advogado “para promover a ação penal”, designou o Dr. Valter Gonçalves Ferreira para o desempenho dessa missão.

Este, com efeito, propôs a ação penal de que foi incumbido, designando, por equívoco, “denúncia” à petição inicial que apresentou ao juiz, não obstante, no caso, se tratasse de uma evidente hipótese de ação penal privada subsidiária, admitida expressamente pelos arts. 29, do CPP, 100, § 3º, do CP e pelo art. 5º, LIX, da Constituição.

A equivocada troca de palavras (“denúncia” ao invés de “queixa”)

não constitui, a meu ver, vício essencial capaz de tornar nulo o processo, visto como:

- a) a designação do advogado, com apoio no art. 32, foi para ação penal privada subsidiária (fls. 86);
- b) a peça contém os requisitos essenciais da queixa, inclusive, o nome e qualificação da querelante;
- c) a querelante, mãe da vítima, ratificou a designação do Juiz, outorgando procuração, por instrumento público, “para o fim especial de propor ação penal”, ao advogado anteriormente designado;
- d) o procedimento instaurado segue o rito adequado, com a participação do Promotor (fls. 146, item 9º).

É certo que o instrumento de mandato (fls. 101) contém o nome do querelado e poderes especiais para a ação penal, mas não faz menção ao fato criminoso. Essa pequena falha, entretanto, pode ainda ser suprida (art. 568 do CPP) e, no caso, poderá até ser relevada por se tratar de assistência judiciária em favor de pessoa pobre e analfabeta (fls. 101 v.), que ortogou mandato ao advogado em evidente complementação à designação do Juiz sobre cuja finalidade não paira a menor dúvida.

Não se cuida, portanto, nesses autos, de uma hipótese de nomea-

ção de promotor **ad hoc**, como se alegou no recurso e na inicial, mas de evidente ação penal privada subsidiária, com advogado designado pelo juiz, em caso de assistência judiciária, tudo com observância do art. 32 do CPP e das disposições da Lei 1.060/50.

A alegada ameaça de nova prisão não ficou demonstrada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.909-1 — GO —
Relator: O Sr. Ministro Assis Tole-

do. Rectes.: Paulo Afonso Boaventura e José Afonso Boaventura. Advs.: João de Araújo Dantas e outros. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Pactes.: Paulo Afonso Boaventura e José Afonso Boaventura.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 26.08.92 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Edson Vidigal, Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro COSTA LIMA.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.189-1 — MS

(Registro nº 93.0029677-9)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Recorrente: *Edson Vilasante*

Advogado: *Dr. Rubens de Freitas*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul*

Paciente: *Edson Vilasante (réu preso)*

EMENTA: *Processual Penal. RHC. Réu preso por infringência ao art. 155, § 4º, CP. Alegação de constrangimento ilegal face ocorrência de excesso de prazo para formação da culpa. Soltura do paciente e absolvição do crime. Descabimento do pedido.*

1. Não há que se cogitar da existência de constrangimento pelo alegado excesso de prazo, porquanto a libertação do paciente e sua absolvição do crime que lhe foi atribuído foram providências determinadas por sentença proferida a posteriori.

2. Pedido prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o **habeas corpus**. Votaram os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli e Adhemar Maciel.

Brasília, 15 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: O advogado Rubens de Freitas impetrou ordem de **habeas corpus** em favor de Edson Vilasante, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, pleiteando a liberdade do paciente, ao argumento de que ele sofre constrangimento ilegal, devido à ocorrência de excesso de prazo para a formação da culpa, uma vez que foi preso em 30 de março de 1993, nos autos da ação criminal a que responde por suposta infração ao art. 155, § 4º, do Código Penal, e até a data da protocolização do *writ*, o sumário de acusação não havia sido concluído.

A egrégia Turma Especial do Tribunal de Justiça, à unanimidade, denegou a ordem.

Inconformado, recorre o paciente insistindo na concessão do *writ* repisando os termos da inicial.

O Ministério Público Federal, em parecer nos autos, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): O impetrante atacou excesso de prazo na conclusão do sumário de culpa.

Sobreveio a soltura do paciente e, em seguida, sua absolvição do crime que lhe foi atribuído, consoante sentença de 11 de novembro findo, como informou o MM. Juiz às fls. 54.

Assim, superado o alegado excesso de prazo, julgo prejudicado o pedido.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.189-1 — MS — (93.0029677-9) — Relator: O Sr. Ministro Anselmo Santiago. Recte.: Edson Vilasante. Advogado: Rubens de Freitas. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Pacte.: Edson Vilasante (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o **habeas corpus** (em 15.12.93 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli e Adhemar Maciel.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.211-1 — SP

(Registro nº 93.0030875-0)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *José Wilson Menck*

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

Paciente: *Michel Derani*

Advogado: *Dr. José Wilson Menck*

EMENTA: RHC — Processual Penal — Prisão preventiva — Instrução criminal — Júri — A prisão preventiva é instituto de incidência excepcional, dado afetar o exercício do direito de liberdade. Restrita aos pressupostos e circunstâncias legais. Decretada no interesse da instrução criminal (anterior à pronúncia), por si só, não mantém eficácia, ao fundamento de as testemunhas podem ser reinquiridas no plenário do Tribunal do Júri. Urge registrar, fundamentadamente, o interesse. Caso contrário, estar-se-ia considerando fato futuro e incerto.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Brasília, 07 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: José Wilson Menck interpôs Recurso Ordinário, com fulcro na alínea a do art. 105, II da C.F., contra acórdão unânime da Quinta Câmara Criminal de Férias do Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou a ordem de **Habeas Corpus** impetrada em favor de Michel Derani.

Noticiam os autos que o Paciente teve sua prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública e da instrução criminal, uma vez que as testemunhas hesitavam em prestar depoimento por vislumbra-

rem o risco de agressão por parte de Michel Derani.

Alegara o Recorrente, por ocasião da impetração do remédio heróico, que, tendo a prova testemunhal sido produzida, cessado estaria o motivo que ensejou a medida cautelar, não mais se justificando a sua subsistência.

O Juízo de Segundo Grau denegou o *writ*, ponderando que:

“De feito, não cessaram os motivos da custódia: as testemunhas realmente foram ouvidas, mas na fase de admissibilidade da acusação. Tratando-se de delito de homicídio, imputado ao Paciente, poderão as testemunhas ser novamente ouvidas, agora em plenário, se pronunciado.

Acresce que o Paciente teve decretada a prisão preventiva há mais de três anos e continua foragido. Isto significa que, para a garantia da aplicação da lei penal, remanescem motivos para a manutenção daquele decreto” (fls. 116/117).

Daí o presente recurso interposto com o propósito de revogação do decreto de prisão preventiva, não obstante estar o réu foragido.

A remessa foi autorizada pelo despacho de fls. 144.

O M. P. F., conforme parecer de fls. 153/155, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O despacho da prisão preventiva está longamente fundamentado, dedicando especial atenção aos indícios da autoria (fls. 56/64). Deixa registrado:

“A ordem pública deve ser preservada eis que comprometida diante dos fatos supranarrados:

— A instrução criminal estará comprometida a se concretizar a notícia da evasão das testemunhas da acusação;

— O homicídio foi perpetrado e há indícios de ser Michel Derani o seu mandante;

— O crime de homicídio é punido com reclusão;

— Não está presente nenhuma causa excludente da ilicitude” (fls. 63/64).

O v. acórdão encerra na motivação:

“De feito, não cessaram os motivos da custódia: as testemunhas realmente foram ouvidas, mas na fase de admissibilidade da acusação. Tratando-se de delito de homicídio, imputado ao Paciente, poderão as testemunhas ser novamente ouvidas, agora em plenário, se pronunciado.

Acresce que o Paciente teve decretada a prisão preventiva há mais de três anos e continua foragido. Isto significa que, para a garantia da aplicação da lei pe-

nal, remanesçam motivos para a manutenção daquele decreto” (fls. 116/117).

A prisão preventiva leva em conta fatos presentes. Inadmissível projetá-los para o futuro, calcado em mero juízo de probabilidade.

Certo, o julgamento do homicídio é feito pelo Tribunal do Júri. As provas poderão ser renovadas naquele colegiado. Cumpre, no entanto, considerar se as testemunhas serão as mesmas e se o **animus** de agressividade persiste. Caso contrário, chegar-se-á sempre a esta conclusão: a medida restritiva do exercício do direito de liberdade, no caso de crimes dolosos contra a vida, prolongar-se-á até o plenário. Juridicamente, é inadmissível. Estar-se-ia levando em conta uma hipótese, sem esteio na realidade fática. Hipótese, aliás, não amparada pelo **id quod plerumque accidit**. Com efeito, raramente se repetem os depoimentos testemunhais. O pormenor relaciona-se com o princípio da necessidade.

A prisão preventiva é instituto de incidência restrita. No caso dos autos destinou-se à instrução que antecede a pronúncia. Esta, evidentemente, fato futuro e incerto, não poderia ser considerado.

Lógico, nada impede ser reeditada, persistindo as causas de sua expedição.

No parecer de fls. 153/155, o Ministério Público Federal deixou escrito:

“Certamente, o Paciente tem o direito de responder o processo em liberdade tendo em vista o desaparecimento das razões que motivaram a decretação de sua prisão preventiva.

Poderá no futuro, após pronúncia, ser recolhido à prisão para se submeter ao Tribunal do Júri. Mas isso é outra história” (fls. 155).

Dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.211-1 — SP — (93.0030875-0) — Relator: O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Recte.: José Wilson Menck. Advogado: José Wilson Menck. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacte.: Michel Derani. Sustentou oralmente, o Dr. José Bonifácio Diniz de Andrada, pelo paciente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 07.12.93 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros José Cândido, Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.297-9 — SC

(Registro nº 93.0033964-8)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Recorrente: *Paulo Murillo Keller do Valle*

Advogado: *Dr. Paulo Murillo Keller do Valle*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*

Paciente: *Jorge Mira (réu preso)*

EMENTA: *Processual Penal — Recurso de habeas corpus. Crime contra os costumes — Ilegitimidade ativa ad causam do representante do Parquet — Argüição — Trancamento da ação penal.*

1. Se no bojo do processo existem elementos que legitimam a atuação do Ministério Público Estadual, não se acolhe a argüição de ilegitimidade do representante do Parquet para a instauração da ação penal, descabendo, pois, o pretendido trancamento da mesma.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Brasília, 14 de março de 1994
(data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Trata-se de recurso de **habeas corpus** contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, denegatório da ordem requerida em favor de Jorge Mira, processado perante o Juízo da Terceira Vara Criminal da Capital, como incurso, por duas vezes, nas sanções do art. 214, c/c os arts. 224, letras **a** e **c**, e 226, inciso III, todos do Código Penal.

Na impetração, o paciente pedia o trancamento da ação penal em questão, sob alegação de nulidade por ilegitimidade ativa **ad causam** do representante do *Parquet*, decor-

rente de falta de representação pelos pais das vítimas para a apuração dos fatos, sua apresentação após o prazo decadencial e ausência de prova de miserabilidade dos mesmos.

O acórdão denegatório da ordem restou assim ementado:

“**Habeas corpus.** Atentado violento ao pudor. Pretendida nulidade da ação penal, por ilegitimidade do Ministério Público, em face da ausência da prova de miserabilidade dos responsáveis pelas vítimas e extinção da punibilidade pela ocorrência da decadência do direito de queixa, em face da representação dos responsáveis pelas vítimas ter sido oferecida a destempo. Nulidade processual e decadência do direito de queixa incorrentes. Legitimidade do Ministério Público para instauração da ação penal. Ordem denegada.” (fls. 82)

Nas razões de fls. 90/95, o paciente renova os fundamentos da impetração e insiste no pedido de trancamento da ação penal.

Pelo improvimento do recurso é o parecer do douto Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Visa o paciente o trancamento da ação penal a

que responde por atentado violento ao pudor contra dois (2) menores de nove (9) e cinco (5) anos de idade, respectivamente.

Sustenta a ilegitimidade do Ministério Público para a sua deflagração, por falta de prova da miserabilidade dos pais das vítimas, de representação dos mesmos para a apuração dos fatos e sua apresentação após o prazo decadencial.

Improcede a alegação.

Nos crimes contra os costumes, a ação pública é autorizada se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (art. 225, § 1º, inciso I, do Código Penal).

No caso, a condição de miserabilidade das mães das vítimas está evidenciada dos autos. Pelas declarações de fls., verifica-se que uma é balconista, a outra é doméstica e o pai de um dos menores é motorista desempregado. Portanto, não têm condições financeiras para prover e custear as despesas de um processo penal de iniciativa privada.

Assim, torna-se desnecessário o atestado policial.

No tocante à representação, o precedente do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “A representação ao desencadeamento da **persecutio criminis** não necessita cumprir rigores formalísticos. Basta a caracterização nos autos, da manifestação dos ofendidos, ou de

seus representantes legais, ao processamento criminal dos autores do evento”, consoante ementa do acórdão lavrado no RHC nº 58.093-SP, em cujo voto condutor, o relator Ministro Cordeiro Guerra, deixou expresso que “A representação foi instituída na lei para proteger a honra das famílias e não para assegurar a impunidade de réus perversos e anormais” (in RTJ nº 95, pág. 578).

É o caso dos autos.

No dia imediato aos fatos delituosos, os genitores dos menores vítimas compareceram à Delegacia de Polícia e na presença da autoridade prestaram declarações, ocasião em que narraram o acontecido.

Demonstraram, evidentemente, inequívoca manifestação de vontade de que o acusado seja processado, não havendo razão para recusar-se legitimidade ao Ministério Público.

Por fim, impõe-se notar que o denunciado já praticou furto, roubo e seqüestro (fls. 60/61). Também é de dar-se relevo ao fato de que o seu

defensor desistiu da defesa prévia, portanto, sem nada argüir.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.297-9 — SC — (93.0033964-8) — Relator: O Sr. Ministro Anselmo Santiago. Recte.: Paulo Murillo Keller do Valle. Advogado: Paulo Murillo Keller do Valle. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Pacte.: Jorge Mira (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 14.03.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.372-0 — MG

(Registro nº 94.0001607-7)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Recorrente: *Odilon Pereira de Souza*

Advogado: *Dr. Odilon Pereira de Souza*

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

Paciente: *Antônio de Pádua Costa Malta (réu preso)*

EMENTA: *Processual Penal. Recurso de habeas corpus. Crimes de estelionato e quadrilha — Nulidades processuais — Apelação em liberdade.*

1. O habeas corpus não se presta ao exame de questões complexas e não reveladoras da ilegalidade prima facie.
2. Não goza de bons antecedentes o réu que registra em seu passado envolvimento em pluralidade de processos em andamento, caso que não autoriza o deferimento do benefício do art. 594 do CPP.
3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro e José Cândido de Carvalho Filho. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Pedro Acioli e Adhemar Maciel.

Brasília, 28 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Trata-se de recurso de **habeas corpus**, cuja ordem, imitada em favor de Antônio de Pádua Costa Malta, foi denegada pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

O recorrente respondeu a processo, juntamente com outros compãrsas seus, pelos crimes de estelionato e quadrilha ou bando, vindo a ser condenado a seis (6) anos de reclusão, em regime fechado, consoante sentença prolatada em 26 de março de 1992, pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Divinópolis-MG.

O **habeas corpus** foi impetrado objetivando a nulidade do processo e da sentença, com o conseqüente recolhimento do mandado de prisão expedido contra o paciente.

Alegou o impetrante que “não se observou o princípio do contraditório”, trata-se “de condenação oriunda tão-somente em prova produzida em inquérito” e que na sentença não foi fundamentado convenientemente a pena aplicada, quando se trata de réu primário e de bons antecedentes.

O douto Subprocurador-Geral da República, Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator:) No voto condutor do acórdão denegatório da ordem o relator, o ilustrado Desembargador Guido de Andrade, assim se manifestou, **verbis**:

“Na verdade, não se pode, na estreita via do **habeas corpus**, sem a leitura do inquérito e do processo, “pinçar este ou aquele prisma da tramitação processual, para sabermos onde se deixou de obedecer à garantia constitucional”.

Evidente que, somente através do julgamento da apelação, poderão ser apreciadas as novas questões suscitadas pelo impetrante que desafiam, inclusive, o exame do mérito da ação intentada, com aprofundada valoração da prova”. (fls. 40)

Como bem observou o douto Subprocurador-Geral da República, no parecer,

“Urge observar que, tal como se verifica da R. Sentença (cópia às fls. 24 **usque** 30), a condenação do Paciente decorreu dos depoimentos dos co-réus em Juízo, associados à farta documentação constante dos autos e que os incriminava.

Dessa forma, melhor que a pretendida nulidade seja examinada no Recurso de apelação, já que o *writ*, em seus estreitos horizontes, as provas devem apre-

sentar-se cabais, irrefutáveis e preconstituídas.

Quanto ao direito do Paciente de recorrer em liberdade, tal não se verifica, já que ausente uma das condições do art. 594 do CPP, ou melhor, não é possuidor de bons antecedentes. É primário, visto não ter contra si condenação anterior, mas, conforme folha de antecedentes, responde a outros processos criminais.

Segundo lição de **Celso Delmanto** — “Código Penal Comentado”, 2ª edição, Renovar, 1988, Pág. 97:

“Antecedentes do agente: São os fatos anteriores de sua vida, incluindo-se tanto os antecedentes bons como os maus. Serve este componente especialmente para verificar se o delito foi um episódio esporádico na vida do sujeito ou se ele, com freqüência ou mesmo habitualmente, infringe a lei. A folha de antecedentes policiais e as certidões dos distribuidores criminais permitem esse exame” (grifo nosso).

Ademais, o Paciente permaneceu revel e oculto no início da tramitação processual, o que atestava a intenção de escapar ao decreto de prisão preventiva que tinha contra si. Assim, a garantia de aplicação da lei penal recomenda a manutenção da prisão do Pacien-

te, que parece inclinado a não acatar a soberana e final Decisão.” (fls. 55/56)

Não vejo motivo para divergir.

Realmente, o **habeas corpus** não se presta ao exame de questões complexas e não reveladoras da ilegalidade **prima facie**.

Infere-se dos autos, que o paciente não tem bons antecedentes. Por estelionato responde a processos nas comarcas de Pará de Minas e Boa Esperança; é pessoa perigosa, capaz de aliciar outros para o crime, dado ao álcool e às farras. Não merece apelar em liberdade.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.372-0 — MG — (94.0001607-7) — Relator: O Sr. Ministro Anselmo Santiago. Recte.: Odilon Pereira de Souza. Advogado: Odilon Pereira de Souza. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Pacte.: Antônio de Pádua Costa Malta (preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 28.03.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro e José Cândido de Carvalho Filho. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Pedro Acioli e Adhemar Maciel.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.420-3 — TO

(Registro nº 94.0004307-4)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Manoel Lima de Araújo*

Advogados: *Hélio Luiz de Carceres Peres Miranda e outro*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins*

Paciente: *Manoel Lima de Araújo (preso)*

EMENTA: *RHC — Favor legal da suspensão condicional da pena — Art. 697, do CPP — Obrigatoriedade da manifestação, do magistrado, a respeito.*

— **Havendo sido fixada pena, em montante que comporta, em princípio, o favor legal da suspensão condicional da mesma, está o ma-**

gistrado, a teor do art. 697, do CPP, obrigado a pronunciar-se, motivadamente, sobre sua concessão, ou não.

— Recurso parcialmente provido para que haja manifestação a respeito do *sursis*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 02 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso em **habeas corpus** impetrado em favor de Manoel Lima de Araújo, contra decisão da E. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que denegou ordem interposta sob a alegação de estar, o paciente, sofrendo constrangimento ilegal em virtude de sentença monocrática condenatória não ter-lhe concedido o benefício do *sursis*, quando o mesmo, a tal, fazia jus, e ainda porque o cumprimento da reprimenda está se dando em regime mais gravoso do que o fixado no **decisum**.

Denegada a ordem sobreveio o presente recurso, em que as razões primeiras são nele repetidas.

Autos à douta Subprocuradoria Geral da República que opina pelo provimento parcial do recurso para que o Juiz prolator da sentença se manifeste expressamente sobre o *sursis*.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, a denegação da ordem pelo Tribunal **a quo**, teve como fundamento, o seguinte:

“Das informações prestadas pela autoridade indigitada coatora, extrai-se que o paciente já se achava enclausurado quando do seu julgamento, por motivos de prisão em flagrante.

Também das mesmas informações deduz-se que o Ministério Público **a quo**, arrimado nas prescrições do artigo 593, III, letra **d**, do Código de Processo Penal, articulou recurso de apelação contra a decisão do Tribunal do Júri que desclassificou o crime imputado ao paciente, do art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal

Brasileiro, para o do parágrafo 3º do mesmo Diploma Repressor, ou seja, de homicídio qualificado para culposo, impedindo, assim, o trânsito em julgado da sentença ditada pelo Tribunal Popular, podendo o caso retornar ao seu **status quo ante**.

Em razão do aludido recurso, ficou, também, impossibilitado o efetivo cumprimento da pena arbitrada pelo Juízo singular, a qual fora fixada em 1 ano e 4 meses de detenção, em regime aberto.” (fls. 42/43).

Diz o Código de Processo Penal em seu art. 697, **verbis**:

“Art. 697 — O juiz ou tribunal, na decisão que aplicar pena privativa de liberdade não superior a dois anos, deverá pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue”.

Esta determinação vem reiterada na Lei de Execução Penal, que assim estabelece, **verbis**:

“Art. 156. O juiz poderá suspender, pelo período de dois a quatro anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, na forma prevista nos arts. 77 a 82 do Código Penal.

Art. 157. O juiz ou tribunal, na sentença que aplicar pena privativa de liberdade, na situação determinada no artigo anterior, de-

verá pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a conceda quer a denegue.”

É evidente, no caso dos autos, a omissão da sentença no que se refere ao *sursis* e o equívoco do v. acórdão em não reconhecer, em benefício do paciente, tal situação.

Não há dúvidas de que, em face do art. 697, do CPP, está o Magistrado obrigado a pronunciar-se a respeito da concessão do *sursis*, nas condições ali determinadas e, não o fazendo, cabível é o **habeas corpus** pois, a este respeito já decidiu a E. Suprema Corte:

“Pena — Fixação — Reprimenda estabelecida em montante que comporta, em princípio, o favor legal da suspensão condicional.

— Acórdão omisso a respeito — Inadmissibilidade — Falha que, apesar de não justificar a anulação do acórdão, deve ser suprida pelo Tribunal — **Habeas Corpus** concedido — Aplicação do art. 697 do CPP.” (RT 633/357; no mesmo sentido HC 65.903-9/MG, in DJU 29.04.88, p. 9.846)

Note-se que a sentença condenatória reconheceu a primariedade e bons antecedentes do réu, menor de 21 anos, e fixou o regime aberto para cumprimento da pena de 1 ano e 4 meses de detenção.

Assim, sendo, a teor do art. 697 e orientação jurisprudencial da E.

Suprema Corte, irrecusável o direito do paciente ao *sursis* pretendido.

Por outro lado, se a interposição de recurso de apelação pelo MP não tem o condão de impedir a concessão do *sursis* que deveria ter sido pronunciado quando da sentença condenatória, impede, agora sim, que a audiência admonitória seja, de imediato, realizada, posto que o trânsito em julgado da sentença, não ocorreu.

Com estas considerações, dou parcial provimento ao recurso interposto para, reformando parcialmente o v. acórdão vergastado, determinar que a sentença condenatória se manifeste expressamente sobre o *sursis*, aguardando-se a admonitória para o trânsito em julgado da mesma.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.420-3 — TO — (94.0004307-4) — Relator: O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini. Recente.: Manoel Lima de Araújo. Advogados: Hélio Luiz de Carceres Peres Miranda e outro. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Paciente.: Manoel Lima de Araújo (preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Relator (em 02.05.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.423-8 — RJ (Registro nº 94.0004310-4)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Pedro Inácio Rodrigues*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Paciente: *Pedro Inácio Rodrigues (réu preso)*

Advogados: *Drs. Benito Ferolla e outros*

EMENTA: *RHC — Processual Penal — Prisão preventiva — A prisão preventiva, de natureza cautelar, visa à garantia da ordem pública, preservar instrução criminal e garantir execução de eventual condenação. Sem razão decretá-la, ao fundamento de o réu, em liberdade, ameaçar as testemunhas, depois de colhidos os depoimentos. O instituto relaciona-se com a Administração da Justiça; não se confunde com o resguardar a vida ou integridade corporal da testemunha.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros José Cândido de Carvalho Filho, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Aciole.

Brasília, 14 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Cuida-se de Recurso Ordinário interposto por Pedro Inácio Rodrigues em seu próprio favor, contra v. acórdão da E. Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, por maioria de votos, denegou a ordem de **habeas corpus**.

O Recorrente, denunciado como incurso nas penas do art. 12 da Lei 6.368/76, impetrou ordem de **habeas corpus** contra a decretação de sua prisão preventiva pelo MM. Juiz Titular da Vara de Nova Friburgo, fundamentada no argumento de que esta última seria necessária para a “garantia da ordem pública, conveniência da instrução cri-

minal e assegurar a aplicação da lei penal”, uma vez que o paciente estava ameaçando testemunhas.

Alegou-se, na inicial, a ilegalidade da referida decisão, face ao fato de que o paciente jamais faltava aos atos processuais; ser o mesmo chefe de família, trabalhador e primário; estar em tratamento médico do qual não poderia se ausentar e, ainda, diante da ausência de provas das ameaças a ele imputadas.

O *writ* foi denegado ao entendimento de que ao juiz, por estar mais próximo dos acontecimentos, cumpre a avaliação da conveniência e da necessidade da prisão preventiva (fls. 30/31).

Daí o presente Recurso Ordinário, onde se sustenta que o decreto de prisão preventiva não fora convincentemente motivado (fls. 36).

O Ministério Público Federal, conforme parecer de fls. 40/42, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): o MM. Juiz, nas informações, esclarece:

“Foi o paciente interrogado em 06 de maio do corrente ano, seguindo o processo seus trâmites normais.

Assim, em 20 de outubro último foi iniciada a Audiência de

Instrução e Julgamento, oportunidade em que foram inquiridas, entre outras, as testemunhas Maria Dalvina Klein e sua filha Wanderléa Correa. Diante das informações conflitantes destas testemunhas, procedeu-se à acareação entre elas, oportunidade em que ambas afirmaram das constantes ameaças contra elas praticadas pelo acusado, dizendo mesmo do temor que sentem pela sua segurança.

Motivado pelo fato acima e ainda levando em conta a natureza do delito entendi ser inteiramente necessária a prisão preventiva do paciente, o que foi feito para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da Lei Penal” (fls. 27).

Restou evidenciado, como registra o douto voto vencido (fls. 32) quando expedida a ordem de prisão, as testemunhas de acusação, inclusive a acareação, haviam prestado depoimento. Eventuais ameaças, na espécie, dizem respeito ao interesse da Administração da Justiça. Não visam à proteção da vida ou integridade corporal da testemunha.

Em consequência, o decreto da prisão preventiva, na espécie, é carente de legalidade.

De outro lado, a “natureza do delito” não comporta o efeito emprestado pelo ilustre magistrado. Está superado o momento legislativo de a constrição ao exercício do direito

de liberdade decorrer tão-só da espécie do crime ou da sanção cominada.

O douto voto vencido acentuou:

“Como se verifica da decisão (fls. 23) a prisão preventiva foi decretada para garantir a ordem pública e conveniência da instrução criminal.

Ora, a instrução criminal já estava encerrada e as testemunhas de acusação já tinham sido, todas, ouvidas; e no tocante à ameaça à ordem pública o decreto que acolheu a cautelar não está fundamentado. Quanto ao primeiro ponto, a prisão do paciente não mais era necessária e no tocante ao segundo (garantia da ordem pública) a decisão não explicita como ficaria ameaçada face à liberdade do paciente” (fls. 32).

Conheço do recurso. Dou-lhe provimento para conceder a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.423-8 — RJ — (94.0004310-4) — Relator: O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Recte.: Pedro Inácio Rodrigues. Advogados: Benito Ferolla e outros. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pacte.: Pedro Inácio Rodrigues (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu

provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 14.03.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros José Cândido de Carvalho Filho, Adhe-

mar Maciel e Anselmo Santiago. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.723-7 — RJ

(Registro nº 94.001, 753-4)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Rubens Lacerda*

Advogado: *Rubens Lacerda (em causa própria)*

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

Paciente: *Rubens Lacerda*

EMENTA: *Penal. Processual. Crime em tese. Comunicação do juiz ao Ministério Público, (CPP, art. 40). Inquérito policial. Trancamento. Habeas corpus. Recurso.*

- 1. Sendo ato de ofício a comunicação do Juiz ao Ministério Público, inclusive remessa de cópias de peças do processo, não constitui constrangimento ilegal reparável por habeas corpus.**
- 2. Impossível falar-se em prescrição quando nem se tem ainda, concretamente, o crime a ser imputado ao agente sob investigação policial.**
- 3. Recurso conhecido mas improvido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o

Relator, os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas, Cid Flaquer Scartezini e Assis Toledo.

Brasília, 15 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Com vistas à apuração do crime em tese de desobediência (CP, art. 330), que teria sido praticado pelo advogado Rubens Lacerda nos autos de uma Ação de Prestação de Contas, o Juiz de Direito da 30ª Vara Civil da Comarca da Capital, Rio de Janeiro, invocando o CCP, art. 40, oficiou ao chefe do Ministério Público estadual remetendo cópias de peças extraídas do processo.

Para trancar o Inquérito Policial decorrente, o advogado impetrou **habeas corpus** alegando atipicidade do fato, mas o Tribunal de Alçada Criminal denegou a ordem ao entendimento de que “sendo o Inquérito Policial procedimento investigatório legítimo a fim de apurar-se, através dele, a ocorrência de possível cometimento de infração penal, inexistente pois, o alegado constrangimento invocado”.

Neste Recurso aponta omissão do Acórdão quanto à falta de tipicidade penal e prescrição. O Ministério Público Estadual, em Parecer às fls. 39/40, acha que o caso não é de desobediência (CP, art. 330), mas de sonegação de papel de valor probatório (CP, art. 356).

O Ministério Público Federal, nesta instância, opina pelo improviamento do Recurso.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente,

ao remeter ao Ministério Público Estadual cópias de peças extraídas de processo, sob sua direção, com vistas à apuração de crime em tese que teria sido praticado pelo ora paciente, advogado respondendo à Ação de Prestação de Contas, o Juiz de Direito da 30ª Vara Civil da Comarca da Capital, Rio de Janeiro, praticou ato de ofício. Diz o

“CPP

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.”

O **habeas corpus** é instrumento constitucional (CF, art. 5º, LXVIII) destinado a garantir o direito de locomoção, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder.

O ato do Juiz ensejador de procedimento investigatório policial reveste-se de legalidade; não configura constrangimento ilegal reparável por **habeas corpus**.

Quanto à prescrição, tenho entendido, em casos que tais, que não se pode falar nisso quando ainda nem se tem concretamente o crime de cuja imputação o acusado deve se defender. Só a conclusão do Inquérito Policial apontará a providência seguinte — a denúncia ou o arquivamento.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.723-7 — RJ — (94.0017753-4) — Relator: O Sr. Ministro Edson Vidigal. Recte.: Rubens Lacerda. Advogado: Rubens Lacerda (em causa própria). Recdo.: Tribunal de Alçada Criminal do Esta-

do do Rio de Janeiro. Pacte.: Rubens Lacerda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 15.06.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini e Assis Toledo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 724-0 — SP
(Registro nº 90.0012718-1)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Martha Ferreira da Silva*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impda.: *Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Litis.: *Cia / Agrícola Parnaíba*

Advogados: *Drs. Nelson Altemani e outros, e Young da Costa Manso e outros*

EMENTA: *Processual Civil. Mandado de segurança contra decisão judicial. Recurso ordinário.*

- 1. Argüição de nulidade do v. acórdão recorrido, eis que integrado o Colegiado por juízes impedidos, componentes que foram do órgão julgante que proferira a decisão atacada pelo mandado de segurança.**
- 2. Em mandado de segurança de competência originária dos Tribunais, não ocorre o impedimento dos julgadores que tenham composto o órgão fracionário prolator da decisão objurgada pelo mandamus.**
- 3. Preliminar de nulidade que se rejeita.**
- 4. Trânsito em julgado do acórdão que ensejou a impetração, ante o desprovimento de agravo de instrumento que buscava o processamento de recurso especial.**
- 5. Repetição pelo *writ* da matéria tratada no recurso especial.**
- 6. Utilização do mandado de segurança não só como sucedâneo recursal, mas também, e principalmente, como substituto da ação rescisória.**

7. Preservação da res judicata, insuscetível de ser atacada por meio de recurso ordinário ou excepcional.

8. Recurso a que se nega provimento, sem discrepância de votos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

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

Brasília, 25 de maio de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Adoto como relatório da espécie o seguinte tópico do d. parecer ministerial, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Nelson Parucker, que opina pelo desprovimento do recurso (fls. 769/770), **verbis**:

“Cuida-se de mandado de segurança contra decisão da Sétima Câmara Civil do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, no julgamento de certo agravo de instrumento, extraído de

ação proposta pela Impetrante, a fim de invalidar alienação dita fraudulenta de determinado imóvel, decretou a extinção do processo principal, por suposta inépcia da Inicial da demanda ordinária e pretensa falta de interesse de agir da ora Recorrente, no caso, além de ilegitimidade ativa. Busca, assim, o presente *writ* o prosseguimento de tal feito, considerando-se rejeitadas as preliminares suscitadas pelos Réus, como o fez o Em. Magistrado de primeiro grau, ou, alternativamente, obter que outra e nova decisão seja proferida pelo reportado Eg. Órgão Fracionário, na espécie (fls. 2/30).

O Terceiro Grupo de Câmara Civil da Eg. Corte Paulista, por maioria, não conheceu a impetração, por entender-se incompetente para a apreciação da referida matéria jurídica posta no **mandamus**, diante da interposição, pela interessada, simultaneamente com a ação mandamental, de recurso especial, exatamente sobre a mesma questão (fls. 732/741).

Daí, este recurso ordinário, onde se assegura a nulidade do julgamento impugnado, por tomado com a participação de juízes impedidos, assemelhando-se a situação à prevista no CPC, art. 134, inciso VI, por analogia, pois a Sé-

tima Câmara Civil do Augusto Colegiado de São Paulo, no particular, era parte no processo, por ser a D. Autoridade dita coatora. Alegou, por mais, que se o Eg. Órgão Julgador, de fato, fosse incompetente para decidir a impetração, haveria de ordenar a remessa dos autos ao tribunal que entendesse competente, em lugar de proferir o Ven. Acórdão atacado, nos termos em que isto sucedeu. Ainda, que o recurso especial oferecido e que foi o motivo da recusa do exame do mandado de segurança, na verdade, fora inadmitido, por intempestividade e objeto de agravo de instrumento, que também culminou depois malogrando, deixando, destarte, de existir o obstáculo apontado. A seu turno, restou igualmente afirmado, na insurgência, que a apresentação do recurso especial, a rigor, não colidiria com a impetração, pois esta não é recurso, mas ação autônoma, de índole constitucional. De outro lado, as Súmulas 267 e 268, do Pretório Excelso, já sofreram considerável abrandamento, precisamente quando o ato impugnado se caracteriza como de ilegalidade manifesta, ou quando se configura o risco de dano irreparável, que é a hipótese em discussão. Por fim, requer a declaração de nulidade do ven. aresto hostilizado, para que outro seja prolatado, sem a participação dos Ems. Desembargadores impedidos, da Sétima Câmara Civil, ou que, por econo-

mia processual, seja desde logo resolvido o mérito do pedido (fls. 746/752).”

Acrescento que, com a chegada dos autos a esta Corte, foram distribuídos ao eminente Ministro **Nilson Naves** (fls. 768), tendo S. Exa. suscitado minha prevenção, ante a precedente distribuição e decisão do agravo que buscava o processamento do recurso especial inadmitido na origem (fls. 753).

Aceita a competência, como relator indaguei à SRIP quanto à interposição de recurso contra a decisão que desproveu o referido Ag. 3.283-SP, vindo-me resposta no sentido de que a mesma restou irrecorrida (fls. 779).

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, eis os fundamentos do v. acórdão recorrido (fls. 734/736), **verbis**:

“Ressalte-se que, pela petição de fls. 726, argüiu a impetrante o impedimento dos componentes da Turma julgadora do v. acórdão impugnado, para participar do julgamento do **mandamus**, argüição rejeitada por maioria de votos no início do julgamento.

Tem razão o nobre Dr. Procurador de Justiça oficiante ao argüir a incompetência deste Tribunal para conhecer do presente **mandamus**.

É que com a interposição concomitante do recurso extraordinário ou recurso especial, com o mesmo objetivo do *writ*, exaurida ficou a competência do Tribunal de Justiça para conhecer e julgar do mandado de segurança, porque a competência do órgão superior afasta a do inferior. E, uma vez admitido, o mandado de segurança poderia eventualmente vir a ser concedido, tirando assim a jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Consoante tem-se decidido, não se concebe que o Tribunal local possa cassar acórdão de uma de suas Câmaras, quando é certo que a mesma questão deverá passar pelo crivo superior do julgamento pela Suprema Corte do País.

Foi o que fez sentir, em caso em tudo idêntico, a E. Seção Civil deste Tribunal no julgamento do Mandado de Segurança nº 164.940, por votação unânime, em acórdão relatado pelo saudoso Ministro Rodrigues de Alckmin (in "Dez Anos de Jurisprudência", Coletânea organizada pelo Des. Henrique Machado, 2º vol., Ed. Lex, pág. 787).

E o Egrégio 1º Tribunal de Alçada Civil deste Estado, ainda em hipótese idêntica, ponderou que "... se a matéria está sujeita à apreciação do STF, incabível enfrentá-la pela via de mandado de segurança, pois caso contrário o conhecimento do tema recursal

importaria em supressão da instância apropriada do recurso previsto pela lei processual invocada pela parte, e admitido no juízo a quo. Bem por isso, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 77.294, a Corte Excelsa proclamou que, "quando a questão jurídica está submetida à apreciação de dois órgãos judiciários, mas de hierarquia diversa, a competência do órgão superior afasta a do órgão inferior, razão pela qual não conheceu do aludido recurso, inadmitindo-se, processualmente, que o vencido possa refutar o mesmo julgado pelos dois meios na justa lição de **Pontes de Miranda**" (RTJ 68/263).

É o que consta do corpo do v. acórdão publicado na RT 478/114-115.

Nessa conformidade, e na esteira do precedente jurisprudencial (RT 514/155), bem como da lição de Kazuo Watanabe mencionado pelo Dr. Procurador de Justiça ("Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra Atos Judiciais", pág. 136, comentário ao acórdão das Câmaras Cíveis Reunidas no MS 253.100, RJTJ 44/270), bem como de precedente deste mesmo Grupo (Mandado de Segurança nº 101.023-1, de São Paulo, Relator Des. Leite Cintra, não se conhece da segurança".

Na assentada, dissentiu da d. maioria o ilustre Desembargador **Jorge Almeida**, de cujo voto-vencido destaco o seguinte tópico (fls. 739/741):

“A primeira questão levantada (fls. 726), refere-se à composição do órgão julgador.

Razão tem a impetrante.

A E. Turma Julgadora da Sétima Câmara, no **mandamus**, é impetrada, figura, na relação jurídica processual, como parte passiva:

“Parte sono i soggetti, attivo e passivo, dela domanda giudiziaria” (Betti, Dir. Proc. Civ. It. 2ª ed., p. 95).

Nosso sistema processual está construído sobre a idéia de relação processual. composta por três pessoas distintas.

Na ação anulatória, onde alheia ao interesse material em conflito entre Martha Ferreira e a Cia. Agrícola, era a E. Sétima Câmara julgadora.

No *writ*, o conflito se instaurou entre a Turma Julgadora da E. Sétima Câmara e Martha Ferreira.

O mandado de segurança não é recurso, com devolução da causa, para juízo de retratação, ao mesmo julgador, no mesmo processo.

Instaurou ele nova lide, nova relação processual. Lide, onde a relação de direito material em conflito é outra, é o “direito de ação”.

Como impetrada a E. Turma Julgadora da E. Sétima Câmara não pode exercer função jurisdicional, porque *“tale posizione, che prende il nome di imparzialità, si resolve in una equidistanza dalle*

parti” (Carnelutti, Diritto e Processo, Napoli, 1958, p. 74).

Pelo esquema da ação de mandado de segurança, a Turma Julgadora impetrada é parte, não pode compor o Órgão Julgador do **mandamus**.

A segunda questão levantada se assenta no princípio da “singularidade” do recurso.

Tendo sido manifestado inconformismo para o E. Superior Tribunal de Justiça, tem-se o *writ* como interposição simultânea de recurso.

A “unirrecorribilidade”, regra do antigo estatuto processual (art. 809, CPC/39), não ganhou previsão no atual Código. É aceito em razão de princípio processual.

O mandado de segurança, se pode alcançar efeitos de recurso, não tem esta configuração. Constitui “ação” autônoma.

A lembrada Súmula nº 267, sobre “legítimo interesse”, que, em tese, estaria ausente para impetrar **mandamus** quando pendente, ainda, a mesma relação processual, não se ajusta à hipótese **sub examine**. É a “inutilidade” da atividade jurisdicional, vista na demanda posterior, que a Súmula 267 do Pretório Excelso, reprova.

No caso **sub examine**, esta “inutilidade” da provocação do exercício da jurisdição fica afastada pela consideração do elemento novo, a distinguir a causa de pe-

dir nas duas lides, na ação anulatória e no *writ*.

A morosidade no julgamento do recurso especial, deu nascimento ao interesse de pedir o **mandamus**, em salvaguarda do fim útil da ação anulatória.

O exame desta realidade, sobre os efeitos tardios do julgamento do recurso pelo Superior Tribunal de Justiça, constitui mérito do mandado de segurança, perigo, como elemento autônomo, não contido no objeto do “recurso especial.”

Há que se atentar, ainda, que o juízo de “admissibilidade do recurso, pelo juízo **a quo**, não forma preclusão, é revisto pelo juízo **ad quem**, que pode desconhecê-lo, em linha de ausência de pressuposto objetivo, sobre o qual nada se disse.

A terceira questão processual deflui do entendimento de não caber ao Tribunal local cassar acórdão de uma de suas Câmaras, que só deverá ser reexaminado por Corte Superior.

A atual Constituição Federal (art. 105, III) entrega ao Superior Tribunal de Justiça competência para julgar, em grau de recurso, as causas decididas em “última instância” pelos Tribunais dos Estados.

Este preceito não briga com o amplo alcance ofertado pelo mandado de segurança, que tem pressupostos e condições de ação próprios (art. 5º, LXIX, Const. Fed.).

No caso **sub lite**, não se está julgando em grau de recurso, sim ação autônoma, para qual não tem competência originária o E. Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, **b**, C.F.).”

O presente recurso ordinário, a seu turno, busca provimento para (fls. 752):

“a) ...decretar a nulidade do julgamento e determinar o retorno dos autos ao E. Tribunal de origem, a fim de que o mandado de segurança seja novamente apreciado, afastando-se do órgão julgador os Magistrados impedidos;
b) ou, com inegável economia processual, embora reconhecendo o impedimento, para desde logo afastar o decreto de carência e determinar que a segurança seja julgada pelo mérito.”

Recapitulados, assim, os contornos da espécie, passo a enfrentar as alegações constantes do presente recurso.

A recorrente sustenta a nulidade do v. acórdão recorrido, eis que integrado o colégio judiciário por juízes impedidos, componentes que foram do órgão judicante (7ª Câmara Civil) que proferira a decisão atacada pelo mandado de segurança.

Verifico, contudo, que a impetrante (ora recorrente) suscitou o impedimento dos Srs. Desembargadores Godofredo Mauro, Rebouças de Carvalho e Benini Cabral (fls. 726).

Somente os dois (02) últimos, contudo, tomaram parte na decisão do referido mandado de segurança, figurando dentre oito (08) juízes votantes (fls. 731).

Por derradeiro, nem mesmo a própria relatoria do processo recaiu sobre quaisquer dos nomes apontados, eis que deferida, primeiramente, ao Desembargador *Jorge Almeida* (vencido) e, ao depois, ao Desembargador *Manoel Carlos*, para redação do acórdão (fls. 736).

Acresce que, à falta de interposição de embargos declaratórios, o maior aprofundamento no exame desta questão ficou prejudicado, pois, muito embora se presuma que dois (02) julgadores (Des. **Jorge Almeida** e **José Osório**) acolhiam, ainda que em parte, o impedimento dos membros da Sétima Câmara Civil (fls. 730/731), nenhum fundamento, a esse respeito, constou do v. acórdão recorrido (fls. 734/736).

Por outro lado, acentuo que comungo do entendimento segundo o qual, em mandado de segurança de competência originária dos Tribunais, não ocorre o impedimento dos julgadores que tenham composto o órgão julgante prolator da decisão atacada pela impetração.

E o faço, na convicção de que cada Tribunal é competente para julgar os mandados de segurança impetrados contra atos dele emanados, como se infere da própria Lei Maior (artigos 102 e 105) e da Súmula 41 desta Corte, **verbis**:

“O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos.”

Aliás, na Segunda Seção deste Tribunal, tive já oportunidade de explicitar meu pensamento, ao suscitar questão de ordem em Mandado de Segurança impetrado contra acórdão daquele órgão julgante. Cuidava-se de causa de família, oriunda do vizinho Estado de Goiás, na qual o eminente Ministro Waldemar Zveiter se considerou impedido para relatar o processo, por ter participado da decisão estampada no acórdão objurgado pela segurança.

A questão foi superada, então, pela d. maioria, com a rejeição do precipitado impedimento; fato que provocou a introdução, por nossa Emenda Regimental 02, de 04.06.92, do parágrafo único do artigo 79 do RISTJ, **verbis**:

“A distribuição do mandado de segurança contra ato do próprio Tribunal, far-se-á *de preferência* a Ministro que não haja participado da decisão impugnada.” (g.n.)

Afasto, portanto, alegada eiva de nulidade do v. acórdão recorrido.

De outra banda, não deixou de observar a recorrente (pois reconhece expressamente) que “...o recurso, a que alude o v. Acórdão, foi proces-

sado como *recurso especial*; indeferido no Tribunal local, por intempestividade, houve agravo de instrumento; subindo os autos a esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, onde recebeu o nº 3.283, houve por bem o eminente Ministro Bueno de Souza (Relator), em *negar provimento ao agravo*, como demonstra a cópia anexa, da intimação publicada no Diário da Justiça da União, em 13 de agosto de 1990" (documento anexo).

Tal como fiz constar no relatório, mencionada decisão restou irrecorrida (fls. 779), circunstância que acarretou o trânsito em julgado do acórdão que ensejou a impetração.

Destarte, se, de início, ainda na origem, os dizeres da Súmula 267 do STF já recomendavam o insucesso do **mandamus** (eis que utilizado como mero sucedâneo do recurso especial), agora, com maior razão, ditos argumentos se robustecem, à luz do enunciado 268 da jurisprudência sumulada daquela Alta Corte, **verbis**:

"Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado."

De fato, tal observou o Presidente da Sétima Câmara Civil do Tribunal **a quo** ao prestar informações (na qualidade de autoridade coatora), a matéria constante do *writ* é a mesma tratada no recurso especial, concomitantemente interposto (fls. 623).

Assim, a meu sentir, a se admitir, agora, o prosseguimento deste mandado de segurança, incorrer-se-ia em intolerável ofensa à coisa julgada material, insuscetível de ser atacada por meio de recurso ordinário ou extraordinário.

Em suma, seria validar a utilização do **mandamus** como substituto da competente ação rescisória.

Ante o exposto, conheço do presente recurso ordinário, por próprio e tempestivo; nego-lhe, porém, provimento.

É como voto.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Destacada a preliminar, direito que estou de pleno acordo com o eminente Relator. Cumpre atentemos às características muito especiais do mandado de segurança contra ato judicial, que de certa forma entra, vezes muitas, em rota de colisão com a sistemática regular dos recursos.

Mas, enfim, o argumento em prol da nulidade estaria doutrinariamente fundamentado na circunstância de que os Juízes que proferiram a decisão, contra a qual se argúi mandado de segurança, estariam no pólo passivo da relação processual da ação de mandado de segurança; portanto, não poderiam simultaneamente ser julgadores.

Entretanto, impende ponderar que a autoridade coatora, a rigor,

não é a parte passiva nas ações de mandado de segurança em geral. Parte passiva é a entidade de Direito Público, à qual está vinculada a autoridade coatora. E mais ainda nos casos de mandado de segurança contra ato judicial, porque nestes a verdadeira parte passiva, se admitida a relação processual angular dentro da sistemática das ações em geral, será realmente a parte adversa naquela ação em que proferida a decisão contra a qual se impetra o *writ*.

Além disso, outro argumento parece insuperável: é o caso dos mandados de segurança contra ato praticado pelo Tribunal Pleno, hipótese freqüente, em que os julgadores não poderão ser outros senão os próprios integrantes do egrégio Tribunal Pleno.

Voto, pois, no sentido de recusar a arguição de nulidade.

VOTO

O SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Acompanho o voto do eminente Relator. O recurso cabível contra o acórdão foi interposto, mas não foi admitido. Essa não-admissão do recurso, ao final, resultou mantida pelo eminente Relator do correspondente agravo de instrumento. O mandado de segurança não é uma 'duplicata' do recurso cabível não-admitido.

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, vejo que se trata de recurso ordinário

em que se argúi nulidade do acórdão recorrido. Quero crer — e é nesse sentido a minha questão de ordem — que essa arguição de nulidade é uma preliminar que deve ser apreciada independentemente do outro argumento.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, manifesto-me quanto a esta preliminar de nulidade do julgamento, argüida com esteio em pretendida aplicação analógica do art. 134, VI, do Código de Processo Civil.

Tenho que, no caso, em se tratando de mandado de segurança contra decisão judicial, não há impedimento dos julgadores que proferiram a decisão anterior, até porque não cabe aplicação analógica, como pretendida, quando tal aplicação choca-se com o modelo constitucional. Com efeito, a Constituição, no art. 102, I, letra d, fala da competência do Supremo Tribunal Federal para o mandado de segurança contra os seus próprios atos; no art. 105, I, fala da competência desta Corte para o mandado de segurança contra os seus próprios atos; no art. 108, fala da competência originária dos Tribunais Regionais Federais para o mandado de segurança contra os seus próprios atos; e, ademais, a Lei Complementar nº 35, a LOMAN, no art. 21, é expressa quanto à competência originária dos Tribunais de Justiça para o processo e julgamento dos mandados de segurança contra os seus próprios atos e os dos seus órgãos fracionários.

Por isso, não encontro o impedimento que causaria a nulidade do julgamento. Acompanho o Eminentíssimo Sr. Ministro Relator.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Antes de passar a proferir o voto na questão preliminar, desejo registrar que recebi e dei a devida atenção aos memoriais que me foram encaminhados pelas partes. Também quero fazer constar minha satisfação em ver, neste julgamento, o Professor Néelson Altemani, um dos mais eminentes magistrados que passaram pelo Estado de São Paulo, hoje, aqui, como advogado. A S. Exa. gostaria de deixar a minha homenagem pessoal, que tenho certeza ser também desta Turma e deste Tribunal.

Quanto à preliminar, também a rejeito. A matéria é bastante conhecida. São vários os dispositivos que levam à exegese de que não há impedimento. Aduziria que, inclusive, há um verbete na súmula do Supremo Tribunal Federal, o de nº 252, no sentido de não se dar como impedidos para a ação rescisória aqueles que eventualmente tenham participado da decisão rescindenda.

Rejeito a preliminar.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Também me coloco de acordo com o Sr. Ministro Relator, observando que o mandado de segurança, que não era admitido

contra ato judicial, inclusive tendo merecido jurisprudência sumulada na Suprema Corte, veio a ser admitido por construção jurisprudencial e doutrinária. À evidência, todavia, que essa construção não tem o elástico de suprir a própria via recursal.

VOTO (PRELIMINAR)

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, rejeito a preliminar, entendendo que não ocorre aqui o impedimento dos Magistrados que participaram da decisão anterior.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 724-0 — SP — (90.0012718-1) — Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Martha Ferreira da Silva. Advogados: Nelson Altemani e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impda.: Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Litis.: Cia /Agrícola Parnaíba. Advogados: Young da Costa Manso e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Nelson Altemani, pela Recorrente.

Decisão: Rejeitada a preliminar de nulidade do acórdão recorrido, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 25.05.93 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 870-0 — RS
(Registro nº 91.0003200-0)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recte.: *Luiz Barbosa dos Reis*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Impdo.: *Governador do Estado do Rio Grande do Sul*

Recdo.: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advs.: *Luiz Gonzaga Pinheiro Martins e Márcia Porto Castro*

EMENTA: *Funcionário público. Demissão. Período eleitoral.*

— **A proibição de demissão de funcionário público em época eleitoral não alcança os casos referentes a faltas graves, devidamente apuradas em processo administrativo, onde foi observado o devido processo legal.**

— **Recurso improvido.**

ACÓRDÃO

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

Brasília, 25 de maio de 1994 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Inconformado com ato que o

exonerou do serviço público, Luiz Barbosa dos Reis impetrou mandado de segurança, decidido por acórdão assim ementado (fls. 253):

“Demissão.

Período eleitoral.

Conseqüência de processo

Razão de lei

Possível a demissão do servidor como resultado de processo administrativo, ainda que dentro do período eleitoral. A lei objetiva impedir vantagens e prejuízos eleitorais nos atos administrativos subalternos de perseguição e favorecimento, não a norma desenvolvimento da administração.

Parecer Procuradoria.

Processo Administrativo.

A norma constitucional é recomendável, mas não causa de nulidade essencial, se outro parecer houve.”

Daí o recurso ordinário alegando, em síntese, que o processo administrativo que culminou na exoneração está eivado de irregularidades insanáveis, além do que a legislação eleitoral, então vigente, impedia a demissão de qualquer servidor público no período eleitoral.

Em seu parecer de fls. 300/4, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O v. acórdão recorrido, repelindo a segurança pleiteada afirmou que “essa legislação, assim, não poderia impedir aquele trânsito maior da Administração quanto a gerir os negócios e fazer as demissões que fossem recomendadas segundo devido processo legal, demissões que decorressem de inquéritos, processos administrativos, com ampla defesa do servidor. Nesse sentido entendo que não há afronta a essa legislação eleitoral citada.” (fls. 258)

Mais adiante, referido aresto assevera que pelo fato do parecer da Procuradoria do Estado ser apenas opinativo e não ter caráter decisório, sua falta não acarreta nulidade.

Com relação à matéria, destaco, ainda, tópico do parecer da lavra do

Dr. Amir José Finocchiaro Sarti, eminente Subprocurador-Geral da República, nestes termos (fls. 303/4):

“O processo administrativo, ao contrário do que pensa o recorrente, obedeceu ao devido processo legal, resguardando o contraditório e o direito à ampla defesa (fls. 38/240). O que não se pode ignorar, de resto, é que “o processo administrativo, embora adstrito a certos atos, não tem os rigores rituais dos procedimentos judiciais, bastando que, dentro do princípio do informalismo, atenda às normas pertinentes do órgão processante e assegure defesa ao acusado” (**Hely Lopes Meirelles, op. cit.**, pág. 645).

Quando a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul atribui competência à Procuradoria Geral do Estado para “realizar processos administrativos disciplinares nos casos previstos em lei, emitindo pareceres nos que forem encaminhados à decisão final do Governador”, certamente não há de ter pretendido fazer com que *todos* (todo e qualquer) os processos administrativos disciplinares fossem realizados por aquele órgão ou, sequer, que emitisse parecer em *todos* (todo e qualquer) os casos encaminhados à decisão final do Governador. Nem há de ter pretendido, no caso específico, *esvaziar* o Conselho Superior de Polícia, a quem, pela própria natureza de suas funções, deve caber a condução dos processos administrativos disci-

plinares envolvendo o pessoal da Polícia Civil. Por conseqüência inevitável, *nesses processos* não há razão para qualquer pronunciamento da Procuradoria Geral do Estado — que, vale repetir só emite parecer nos processos que *ela própria realizar*. Nessa linha, o entendimento do Ministério Público local: “o procedimento (que) se ateve aos precisos termos da Lei nº 7.366/80, cujos artigos 101 e seguintes atribuem ao Conselho Superior de Polícia a elaboração do processo administrativo disciplinar, em se tratando de acusado policial civil. Não resta dúvida, portanto, de que, nos termos da lei, a autoridade processante, **in casu**, é o Conselho Superior de Polícia, não se tratando aqui da hipótese prevista no art. 114, IV, da Constituição Estadual” (fls. 244/245). De mais a mais, “é evidente que esse parecer é apenas opinativo e a sua falta, não sendo decisória, (tenho que) não é essencial” (do acórdão recorrido, fls. 258).

Finalmente, como já assentou o egrégio Supremo Tribunal Federal, “mandado de segurança contra ato disciplinar. Remédio cabível, em tese, por se tratar de arguição objetiva de ilegalidade, fundada exclusivamente em matéria de direito, extrínseca aos motivos da demissão impugnada e alheia à necessidade de revisão de critério político ou discricionário da autoridade. *Proibição de*

demissão de servidor público em período eleitoral (art. 15 da Lei nº 7.773/89), só alcança os atos fundados em critério de conveniência ou oportunidade, não os vinculados à prática de falta grave, cuja apuração e punição constituem dever de autoridade” (MS 21.001-DF, Pleno, votação unânime, Relator Ministro Octávio Gallotti, in DJ de 09.02.90, pág. 573).”

Por concordar com os fundamentos acima transcritos, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 870-0 — RS — (91.0003200-0) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Luiz Barbosa dos Reis. Advogado: Luiz Gonzaga Pinheiro Martins. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Impdo.: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Recdo.: Estado do Rio Grande do Sul. Advogada: Márcia Porto Castro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 25.05.94 — 2ª Turma).

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

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

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.334-0 — MS
(Registro nº 91.0020405-6)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Élio Oliveira dos Reis*

Recorrido: *Estado de Mato Grosso do Sul*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul*

Impetrado: *Governador do Estado de Mato Grosso do Sul*

Advogados: *Carlos Alberto de Jesus Marques e outro, e Candemar Cecílio Fechner Victório e outro*

EMENTA: *Administrativo. Mandado de segurança. Proibição da pesca durante a piracema. Decreto estadual nº 5.646/90. Competência concorrente do estado. Ato inquinado de ilegal, editado com respaldo em permissivo constitucional (art. 24, VI, e art. 255, § 1º, VII, da Constituição Federal) e em consonância com legislação federal aplicável à espécie (art. 2º da Lei 6.938/81, e arts. 1º, 2º e 5º da Lei 7.679/88). Inexistência de direito líquido e certo a ser protegido por ação mandamental. Recurso desprovido.*

Não há divisar qualquer ilegalidade ou abuso de poder, a ser reparado via mandado de segurança, no ato proibitivo do governo estadual, editado com o objetivo de preservar a continuidade da vida de diferentes espécies de peixes, durante o período em que se processa o fenômeno denominado piracema, se a medida adotada, na espécie, encontra amparo em norma constitucional (arts. 24, III, e 225, § 1º, VII da CF) e foi praticada, em consonância com o disposto na legislação federal (art. 2º da Lei 6.938/81, arts. 1º, 2º e 5º da Lei 6.938/81, arts. 1º, 2º e 5º da Lei 7.679/88).

Recurso a que se nega provimento. 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, 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. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Brasília, 07 de fevereiro de 1994
(data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Élio Oliveira dos Reis, pescador profissional, impetrou mandado de segurança contra ato do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, mais especificamente impugnando o artigo 22 do Decreto nº 5.646, de 28 de setembro de 1990, segundo o qual restou proibido o exercício de qualquer modalidade de pesca nos locais e época assim descritas: I — Em todo o território do Estado nos meses de novembro a janeiro; II — Nas Reservas de Recursos Pesqueiros até o mês de fevereiro.

O Tribunal Pleno do Estado de Mato Grosso do Sul denegou a segurança, em decisões unânimes assim resumida:

“Mandado de segurança. Decreto Estadual nº 5.646/90. Proibição do exercício da pesca durante a piracema. Competência legislativa suplementar do Estado. Contrariedade à Lei Federal nº 7.679/88 inexistente. Pesca artesanal. Proibição necessária à preservação dos recursos naturais da região pantaneira. CF, art. 225, parágrafo quarto. Supremacia do interesse público sobre o particular. Segurança denegada.

A proibição do exercício da pesca durante a piracema, em qualquer de suas modalidades, determinada pelo Decreto nº 5.646/90, não representa invasão da competência da União, que estabelece diretrizes e normas gerais sobre a matéria, sem exclusão da competência suplementar dos Estados.

O Decreto nº 5.646/90 não contraria a Lei Federal nº 7.679/88 ao estender sua proibição à pesca artesanal, porque a Lei se refere aos cursos d'água de modo geral, enquanto o uso dos recursos naturais da região pantaneira continua sendo tratado especificamente na Constituição Federal.

As regras relativas à proteção ambiental são ditadas pelo interesse público, que prevalece sobre o particular.” (folhas 69/70).

Irresignado com a decisão assim proferida, o impetrante interpôs o presente recurso ordinário constitucional, sob a alegação de que teve violado pelo malsinado Decreto Estadual seu direito líquido e certo de exercer a pesca nos limites da Lei Federal nº 7.679, de 1988, aduzindo basicamente que o v. acórdão recorrido confundiu os conceitos de “competência concorrente” e “competência suplementar”, deu alcance que não possui ao artigo 1º, inciso V da referida lei, devendo ainda ser observado que, no tocante ao fundamento da predominância do interesse coletivo sobre o particular, para assegurar a consecução desse desi-

derato, há de ser respeitada a ordem constitucional e levados em conta os princípios da finalidade e da proporcionalidade (fls. 88/94).

Oferecidas contra-razões (fls. 101/103), manifestaram-se os Representantes do Ministério Público Estadual (fls. 106/113) e, nesta instância, do Federal (fls. 123/129), ambos opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): A pretensão do ora recorrente, ao impetrar o **mandamus**, como visto, era a de que fosse concedida a segurança, para invalidar o artigo 22 do Decreto Estadual 5.646/90, editado pelo governo do Estado do Mato Grosso do Sul, possibilitando assim ao impetrante continuar exercendo a pesca durante o período pelo referido decreto.

Denegada a segurança pelo Tribunal de origem, com a interposição do presente recurso constitucional, insiste nos argumentos deduzidos na exordial, aduzindo, fundamentalmente, que o v. acórdão negou vigência ao artigo 1º, § 1º, da Lei Federal nº 7.679, de 1988, restando evidenciado que o recorrente teve violado pelo malsinado decreto estadual seu direito líquido e certo de exercer a pesca nos limites da referida lei federal.

Todavia, não lhe assiste nenhuma razão, nem merece qualquer censura o v. aresto recorrido, cujos judiciosos fundamentos afiguram-se-me irretocáveis.

De fato, a Constituição Federal, ao estabelecer a competência para legislar, entre outras matérias, sobre a pesca, estabelece, **in verbis**:

“Art. 24 — Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

Omissis

VI — florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;”.

Em Direito Constitucional, como é cediço, “competência concorrente é a possibilidade conferida a dois ou mais entes políticos de cuidarem de uma só matéria. No Estado Federal há competência concorrente quando a União e o Estado-membro podem dispor validamente sobre o mesmo assunto” (**in** Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 16, pág. 363), tendo-se sempre em vista, contudo, que a normatividade de princípio caiba à União.

No exame da matéria **sub judice**, além do princípio constitucional invocado, permitindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios legislar concorrentemente sobre a caça e a pesca, com o objetivo de evitar que essas atividades praticadas indiscriminadamente possam

acarretar a extinção de várias espécies animais, provocando desequilíbrio nos ecossistemas, outras disposições da Carta Política e da legislação federal, que estabelecem normas gerais no mesmo sentido, dão respaldo ao ato inquinado de ilegal, a exemplo do disposto no artigo 225 e § 1º, VII, ou no artigo 2º da Lei 6.938, de 1981, que disciplina a Política Nacional do Meio Ambiente, ou ainda nos artigos 1º, incisos I e V, e 2º, estes últimos assim expressos:

“Art. 1º — Fica proibido pescar:

I — em cursos d’água, nos períodos em que ocorrem fenômenos migratórios para reprodução e, em água parada ou mar territorial, nos períodos de desova, de reprodução ou de defeso;

.....

V — em épocas e nos locais interditados pelo órgão competente”.

“Art. 2º — O Poder Executivo, fixará, por meio de atos normativos do órgão competente, os períodos de proibição da pesca, atendendo às peculiaridades regionais e para a proteção da fauna e flora aquáticas, incluindo a relação de espécies, bem como as demais medidas necessárias ao ordenamento pesqueiro.” (folha 35).

Como é de ver, foi ao amparo da competência que lhe é conferida

concorrentemente, do que dispõe a Constituição Estadual no seu artigo 89, VII, e em consonância com a legislação federal, conforme informou a autoridade impetrada, que o Estado editou o Decreto 5.646/90, dispondo sobre a exploração dos recursos pesqueiros em Mato Grosso do Sul, sem fins e mecanismos de controle, nele inserindo-se a seguinte proibição:

“Art. 22. — Fica proibido o exercício de qualquer modalidade de pesca nos locais e épocas assim descritas:

I — em todo o território do Estado, nos meses de novembro a janeiro;

II — nas Reservas de Recursos Pesqueiros até o mês de fevereiro”.

A imposição de tal proibição, consoante se depreende das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, teve em mira preservar a continuidade de vida das diferentes espécies de peixes que povoam os rios daquele Estado, pois é sabido que a proibição da pesca, prevista no ato atacado, abrange preciosa época, durante a qual os cardumes de peixes sobem às cabeceiras dos rios para a desova de novos milhares e milhares de peixes, provocando o belíssimo fenômeno da denominada piracema.

Não há como divisar na norma proibitiva, portanto, qualquer incompatibilidade com princípios da

Carta Magna ou da legislação federal. Ao contrário, conforme demonstrado à saciedade, no curso do processo, ao regulamentar a pesca no Estado do Mato Grosso do Sul, o Decreto 5.646/90 foi editado com respaldo em permissivo constitucional (art. 24, VI, e art. 225, § 1º, VII, da CF) e em consonância com toda a legislação federal aplicável à espécie (art. 2º da Lei 6.938/81, artigos 1º, 2º e 5º da Lei nº 7.679/88).

Dessarte, é de convir que, com todo o respeito devotado à digna e sacrificada profissão de pescador, que labuta para, com o suor do seu rosto, retirar o sustento da família, não há vislumbrar no ato indigitado, contra o qual se insurge o recorrente, qualquer violação a direito individual. Daí porque, ao meu sentir, decidiu com juridicidade o egrégio Tribunal **a quo**, sendo inteiramente cabíveis e oportunas as considerações expendidas no voto proferido pelo eminente Relator, Desembargador **Elpídio Helvécio Chaves Martins**, contidas nos seguintes excertos:

“Portanto, como se verifica, a proibição determinada pelo Decreto nº 5.646/90 tem amparo legal e, ao contrário do que sustenta o impetrante, não afronta as disposições da Lei Federal nº 7.679/88, ou mesmo a Carta Magna. Além disso, o âmbito deste mandado de segurança não comporta a discussão sobre o acerto ou não do ato emanado da auto-

ridade dita coatora, isto é, se a proibição total da pesca irá, por si só, preservar a **ictiofauna**.

Nestas condições, embora se reconheça o direito constitucional do pescador ao trabalho, isto só não basta para autorizar a pesca em desacordo com o que dispõe o decreto invectivado. Isto se explica porque o direito do impetrante refere-se direta e imediatamente a seu interesse particular. Já o meio ambiente, compreendendo todos os valores imprescindíveis à qualidade de vida e ao bem-estar das gerações futuras, é tratado pelas regras de ordem pública como um bem público a ser preservado para assegurar seu uso a toda a coletividade.

É basilar para a convivência em sociedade o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Tal princípio se revela de vital importância quando se cuida da questão da degradação ambiental, em consequência do mau uso dos recursos naturais, que causa graves prejuízos à qualidade de vida local, regional, nacional e internacional.

Segue-se daí que a devastação dos recursos naturais de modo irracional e indiscriminado, por se constituir em um dos mais graves problemas a ser enfrentado na atualidade, exige a imediata ação da Administração Pública. E o decreto em apreciação tem como finalidade primordial a proteção do patrimônio natural deste Estado,

de modo favorável e oportuno ao interesse público, evitando, assim, as ações nocivas que deterioram os valores ambientais em discussão.

Com base nos fundamentos ora expostos e considerando, ainda, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado interessa a todos, direta ou indiretamente, e que o combate à exploração irracional dos recursos naturais é de capital importância para a coletividade, denego a segurança, com parecer." (folha 67).

Ante o exposto, entendo que os esforços expendidos pelo patrono do recorrente não são suficientes para abalar a solidez dos fundamentos que embasaram o **decisum** recorrido, razão pela qual, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.334-0 — MS — (91.0020405-6) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Élio Oliveira dos Reis. Advogados: Carlos Alberto de Jesus Marques e outro. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Impdo.: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Recdo.: Estado de Mato Grosso do Sul. Advogados: Candemar Cecílio Fechner Victório e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 07.02.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.449-0 — PA

(Registro nº 91.0024157-1)

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

Recorrente: *Maria Diva de Almeida Lins*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Pará*

Impetrados: *Assembléia Legislativa do Estado do Pará, Governador do Estado do Pará e Tribunal de Justiça do Estado do Pará*

Recorrido: *Estado do Pará*

Advogados: *Drs. Paulo de Tarso Dias Klautau e outro e Jorge Alex Nunes Athias*

EMENTA: *Recurso ordinário em mandado de segurança.* Não é o mandado de segurança o meio idôneo para se obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Recurso ordinário conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso mas negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 01 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer da douta Subprocuradoria Geral da República:

“Controverte-se se seriam inconstitucionais os arts. 2º e 3º da Lei

5.656/91 do Estado do Pará e, em consequência a Resolução 6/91 de seu Eg. Tribunal de Justiça por haver aquela desmembrado Serventias que englobavam o foro judicial e extrajudicial, determinando a seus então titulares que optassem por uma delas.

O v. acórdão por não ver ferimento à Constituição nem direito adquirido de antiga serventúria em permanecer com a dupla atribuição denegou Segurança que a tanto pretendia:

“Não são inconstitucionais os arts. 2º e 3º da Lei Estadual nº 5.656 de janeiro do corrente ano e artigos 1º e 2º da Resolução nº 6/91, que tratam do desmembramento das Serventias judicial e extrajudicial e dão aos titulares das mesmas o direito de escolha — 2º) Não há o direito adquirido alegado pela impetrante, pois a separação das serventias é feita por conveniência da Administração Pública.”

Daí o Recurso Ordinário (fls. 78/84), onde a recorrente insiste em que a Lei e a Resolução referidas determinando a opção, feriram, seu *direito adquirido* assegurado na Constituição Federal

de ser mantida em ambas as serventias.”(fls. 112/113)

Na parte conclusiva, opinou o douto representante do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso.

É este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O mandado de segurança foi impetrado contra os Presidentes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para que fosse declarada a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º de Lei estadual nº 5.656/91 e os artigos 1º e 2º da Resolução nº 06/91 do Tribunal de Justiça do Pará, assegurando à impetrante o direito de exercer, vitaliciamente, os cargos de Escrivã, Tabeliã e Oficial do Registro de Imóveis (1º Ofício) da Comarca de Monte Alegre.

Ora, o mandado de segurança não é o meio idôneo para se obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, mas sim a ação direta de inconstitucionalidade prevista na letra a, inciso I, do artigo 102 da Constituição Federal.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.449-0 — PA — (91.0024157-1) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Rec-te.: Maria Diva de Almeida Lins. Advogados: Paulo de Tarso Dias Klautau e outro. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Impdos.: Assembléia Legislativa do Estado do Pará, Governador do Estado do Pará e Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Recdo.: Estado do Pará. Advogado: Jorge Alex Nunes Athias.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso mas negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 01.06.94 — 2ª Turma).

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

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.601-8 — BA (Registro nº 92.0006811-1)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Elsa Maria Fernandes*

Advogados: *Genésio Ramos Moreira e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*

Impetrado: *Secretário da Educação do Estado da Bahia*

Recorrido: *Estado da Bahia*

Advogado: *Afrânio Pedreira de Oliveira*

EMENTA: *Mandado de segurança. Professora aposentada. Redução da carga horária. Lei nova. Aplicação equivocada. Correção feita pela própria administração. Ato que não fere direito do servidor.*

Rege-se a aposentadoria pela lei vigente à época da sua concessão.

Concedido, de forma equivocada, benefício de nova lei a servidor já aposentado, pode a Administração anular seu ato, uma vez constatado o vício que o torna ilegal, porque dele não se originam direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Brasília, 16 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Elsa Maria Fernandes, pro-

fessora aposentada pelo Estado da Bahia, impetrou Mandado de Segurança contra ato do Secretário de Educação daquele Estado, tendo em vista a redução de seus proventos.

As Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça, apreciando a espécie, assim decidiram:

“Mandado de Segurança — Má aplicação do Dec. 2.412/89 pela Administração Pública, concedendo **ex officio**, inversão de carga horária a servidor público aposentado e que, em atividade era bi-ocupante, ensejando a anulação do ato pela própria Administração (Súmula 473 STF) — não fere o alegado direito líquido e certo da impetrante aposentada. Inaplicação do mencionado decreto à situação apreciada. Mandado de Segurança denegado.” (fls. 62).

Irresignada, apresenta este Recurso Ordinário, com fulcro no artigo 105, inciso II, letra **b**, da Constituição vigente, aduzindo, em resumo, a impossibilidade de redução de seus proventos, sendo que, a preavaler o acórdão impugnado, argumenta, restariam violados os artigos 40, III, da Carta Magna, e 42, II, **b**, do Diploma Estadual.

Contra-razões às fls. 119/120.

Parecer da Subprocuradoria Geral da República, às fls. 127/129, opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor Presidente, trata-se de Recurso Ordinário interposto por professora estadual aposentada pelo Estado da Bahia, que, segundo alega, viu reduzidos seus proventos de inatividade — inicialmente — quanto ao valor da hora-aula, e, depois, a própria carga horária, que passou de 180, para 90 horas mensais.

A decisão recorrida considerou má aplicação do Decreto Estadual nº 2.412/89, eis que impossível a inversão de carga horária quando já aposentado o servidor que, em atividade, era bi-ocupante, ou seja, possuía dois vínculos — um estatutário e outro celetista.

Aduz a recorrente, em seu apelo, estar amparada pelo artigo 40, III, **b**, da Constituição de 1988, bem

como pelo artigo 42, II, **b**, da Carta Estadual, que lhe garantiam a aposentadoria com vencimentos integrais.

Na verdade, cinge-se a controvérsia em saber se pode, ou não, a impetrante efetivar a *inversão de carga horária* após sua aposentação. Não se trata, portanto, de redução irregular de vencimentos ou proventos.

O Decreto nº 2.412/89 estipulou:

“Art. 1º — O docente ou especialista que, *na data da publicação da Lei nº 4.694, de 09 de junho de 1987, ocupava dois cargos ou empregos de magistério público estadual, com o máximo de sessenta (60) horas semanais*, poderá permanecer nessa mesma situação, mediante opção expressa apresentada na sua respectiva Superintendência Regional de Educação, no prazo de até 15 (quinze) dias úteis, a partir da data de publicação deste Decreto, *desde que a carga horária seja igualmente distribuída em três turnos.*”

Parágrafo único — O servidor que haja optado pelo regime de tempo integral no exercício do cargo e pelo regime de tempo parcial no exercício do emprego ou vice-versa, poderá, no prazo assinado neste artigo, renovar sua opção para inverter os regimes a que está sujeito.

Art. 2º — ... (grifos nossos).”

É certo que nenhuma menção ou restrição *expressa* fez o Decreto nº 2.412/89 aos professores aposentados. Ao revés, a única condição ali imposta era a de que “O docente ou especialista, na data da publicação da Lei nº 4.694, de 09 de junho de 1987”, ocupasse “dois cargos ou empregos de magistério público estadual, com o máximo de sessenta (60) horas semanais”.

Abriu, assim, a legislação em apreço, oportunidade aos professores bi-ocupantes com carga máxima de 60 horas, de optarem pela permanência naquela situação — desde que distribuída por três turnos de aulas — ou, caso já tivessem implementado sua opção (parágrafo único), *pudesse invertê-la*.

Vemos, desta forma, que o *espírito da lei* é claro no sentido de sua aplicação aos professores em atividade (só eles podem dividir horários em três turnos de aulas), e não àqueles já aposentados.

Com efeito, a recorrente à época perfazia — em princípio — os requisitos legais, ou seja, quando da publicação da Lei 4.694 ocupava um cargo e um emprego de professor no Estado. Ocorre, no entanto, como bem assinalou a autoridade impetrada em suas informações (fls. 53/58):

“A impetrante, quando em atividade, e sob a égide do Decreto nº 979/88, se manifestou, permanecendo, conseqüentemente, na situação anterior, ou seja, com 40 hs. pelo regime celetista e 20 hs. pelo estatutário.

Ora, já aposentada, surge o Dec. 2.412/89, que ratificando e renovando o prazo para opção — anteriormente estatuída no Dec. 979/88 — a fim de que os professores com 60 hs aulas manifestem seu interesse em permanecer com esta carga horária, cria a figura da ‘inversão de carga horária’. Na situação de aposentada, inconstestável que a norma não alcançaria a impetrante. Não obstante, através de um entendimento interpretativo falho e errôneo das normas do Dec. 2.412/89, a Administração realizou, de ofício e automaticamente, a inversão de sua carga horária, sendo a impetrante — como dezenas de outros professores aposentados — alcançada pela errada interpretação da norma, situação esta, que por estar ao arrepio da lei, e por ser flagrante a irregularidade e ilegalidade, não assegura direito, e conseqüentemente, não pode prosperar a se consolidar.”

Inexistente, destarte, qualquer direito líquido e certo a amparar a pretensão da impetrante, é de se negar provimento ao presente Recurso Ordinário, mantendo-se a decisão impugnada, que encontra apoio em duas Súmulas do Supremo Tribunal Federal: nº 359 (a aposentadoria rege-se pela lei vigente à época da concessão) e 473 (a administração pode anular seus atos quando viciados).

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.601-8 — BA —
(92.0006811-1) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Elisa Maria Fernandes. Advogados: Genésio Ramos Moreira e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Impdo.: Secretário da Educação do Estado da Bahia. Recdo.: Estado da Bahia. Advogado: Afrânio Pedreira de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso mas negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 16.05.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

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

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.751-5 — PR (Registro nº 92.0013171-9)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Impdo.: *Desemb. Presidente do Trib. de Justiça do Estado do Paraná*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*

Recte.: *Luiz Boscardin*

Recdos.: *Estado do Paraná e Sandra Maria Camargo Carraro*

Advogados: *José Nunes Ferreira, Francisco de Paula Xavier Neto e outros, Júlio César Ribas Boeng e outros, e Hugo Martins Kosop e Daniel de Oliveira Azevedo*

EMENTA: *Administrativo. Serventia extrajudicial. Remoção por permuta entre escritã distrital e titular de ofício de cartório de imóveis, respectivamente filha e pai. Lei de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Paraná. Ato condicionado à existência do interesse da Justiça.*

— Ainda que a expressão “interesse da Justiça” tenha um sentido bastante abrangente, nela não se compreende o nepotismo, a simulação e a imoralidade.

— In casu, o ato de remoção não condiz com o interesse da Justiça, como exigido na Lei de Organização Judiciária do Estado, nem com o princípio da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, mas com os interesses pessoais dos envolvidos.

— Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o relator os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Brasília, 27 de abril de 1994 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: O acórdão recorrido ficou ementado nestes termos (fls. 180/181 dos autos):

“Mandado de Segurança — Oficial Maior de Cartório de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos — Substituto legal do serventuário da Justiça — Permuta de Cartórios efetuada entre a Escrivã Distrital de Jangada e o Oficial de Registro da 5ª Circunscrição Imobiliária da Capital — Segurança impetrada contra o Decreto Judiciário que concedeu a permuta — Alegação de ineficácia do ato, decorrente de duas vertentes jurídicas, uma de ordem constitucional, outra de ordem legal.

1. O dispositivo constitucional inserto no artigo 236 da vigente Carta Magna, que desloca para a União Federal a competência para a prática de atos de direção cartorial está a reclamar mediação legislativa complementar, não se tornando exequível enquanto não regulamentado.

2. A permuta de cargos foi realizada corretamente, nos moldes previstos no artigo 163 e parágrafos do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado — A exigência do relatório circunstanciado do movimento dos Ofícios em permuta nos últimos dois anos, não se destina a comprovar o tempo de funcionamento dos ofícios — É exigência secundária, cujo não cumprimento não impede a admissibilidade da permuta.

3. O impetrante, que exerceu a condição de substituto do titular do Ofício desde 01.06.64, com o advento do artigo 208 da Constituição Federal de 1969, passou a deter uma expectativa de direito à titularidade, já que o exercício desta ficou condicionado à vacância da serventia o que, na realidade, não ocorreu.

Segurança denegada.”

No julgamento do *writ* ficou vencido o relator, Desembargador Ivan Righi, por conceder a segurança “e, assim anular a permuta que se fez”, ao fundamento de que tal permuta contraria o texto do artigo 163 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado.

O recorrente, *Luiz Boscardin*, pede a reforma da decisão recorrida, para o fim de que se decrete a nulidade da investidura de Sandra Maria Camargo Carraro na titularidade do Ofício da 5ª Circunscrição Imobiliária da Comarca de Curitiba, decretando-se a nulidade do provimento do cargo, imputando-se vício de incompetência absoluta ao agente que autorizou o ato, ou seja, o Presidente do Tribunal de Justiça, com arrimo do artigo 236 da Constituição da República (Carta de 1967), combinado com o disposto no artigo 22, inciso XVI, da Lei Maior. Invoca também, o artigo 163 da Lei Estadual nº 7.297, de 08.01.80.

Pede, afinal, o recorrente, que se declare direito de responder pela titularidade do Ofício, em caráter transitório ou, em caráter definitivo, de acordo com o disposto na Constituição Federal (fls. 208).

Contra-razões da Procuradoria Geral do Estado, às fls. 213/216, opinando pelo improvimento do recurso, mantendo-se a decisão de denegação da segurança.

O Ministério Público Estadual, todavia, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, “para o efeito de ser declarada a ineficácia do ato que autorizou a permuta operada entre o cargo de titular da 5ª Circunscrição Imobiliária de Curitiba e o cargo de titular da Escrivânia Distrital de Jangada, da Comarca de Iporã do Estado do Paraná (ut fls. 227).

Subidos os autos a esta Corte Superior, a douta Subprocuradoria Ge-

ral da República, em pareceres de fls. 235/242 e 272/277, este último por decorrência da manifestação da litisconsorte às fls. 253/269, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Estou em que a verdade jurídica fica configurada na manifestação do Ministério Público do Estado do Paraná, elaborado pelo Procurador de Justiça FELIX FISHER, fundamentado no pronunciamento do ilustre Procurador Geral de Justiça (parecer de fls. 104/120) dos autos. Sustenta S. Exa.:

“A *quaestio iuris* trazida ao debate no presente recurso ordinário, em verdade, já obteve, no plano ético e jurídico solução pre-emptória e irrepreensível, quando da argumentação expendida pelo ilustre Procurador Geral de Justiça no parecer de fls. 104/120 dos autos, à qual ora nos reportamos, *data venia* para respaldar a tese meritória sustentada no inconformismo em causa.

A respeito, assim se pronunciou o digno Procurador antes mencionado:

“Parece-nos fora de questão que com o advento da nova Constituição Federal deparamo-nos com a necessidade de regulamentação, mediante a

edição de lei infraconstitucional, das atividades dos serviços notariais e de registro, consoante comando normativo expresso no § 1º, do art. 236 (C.F.).

Porém, e desde que constatada a sua não edição, surgem algumas questões quanto a necessidade de contemplar sua incidência sobre as demais normas do sistema a ela anteriores, porquanto com a promulgação de uma nova Constituição poderá haver alteração expressa, ou tácita, do critério sobre a constitucionalidade de normas que integram o sistema jurídico.

Pelo princípio da supremacia da Constituição, impõe-se a subordinação da ordem jurídica aos novos preceitos, ou seja, exige-se compatibilidade dos dispositivos legais existentes, com a nova ordem. Havendo conflito ou contradição entre qualquer norma preexistente e o preceito constitucional, surge o efeito **ab-rogativo** da Constituição Federal sobre todas as normas e atos normativos que com ela conflitarem.

Com a erudição que lhe é peculiar, ensina **Maria Helena Diniz** (in — “Norma Constitucional e seus Efeitos”, Editora Saraiva, 1989, 42) o que segue: “Com a implantação da nova Carta, ante sua supremacia, ter-se-á a subordinação

da ordem jurídica aos novos preceitos. Deve haver compatibilidade de um dispositivo legal com a norma constitucional. Havendo contradição entre qualquer norma preexistente e preceito constitucional, esta deve, dentro do sistema, ser aferida com rigor, pois é indubitável o efeito ab-rogativo da Constituição Federal sobre todas as normas e atos normativos que com ela conflitarem. *As normas conflitantes ficam imediatamente revogadas na data da promulgação da nova Carta. Não sendo nem mesmo necessárias quaisquer cláusulas expressas de revogação. Tal ocorre porque, com a promulgação da Lei Maior, cria-se uma nova ordem jurídica, à qual devem ajustar-se todas as normas, sejam elas gerais ou individuais”.*

Com efeito, ainda que da dicção do parágrafo 1º, do art. 236, da Constituição Federal dimane o raciocínio da indispensabilidade de regulamentação destinada a estabelecer a forma do provimento sob qualquer de suas modalidades, dos cargos de notários e de registradores, é certo que a lei estabelecerá como sendo de atribuição específica do poder público federal, ou mais especificamente do Poder Executivo, já que compete privativamente à União legislar sobre registros públicos (art. 22, XXV, da C.F.).

Em face disso é que a Secretaria Executiva do Ministério da Justiça baixou ato normativo ministerial, em despacho exarado no Processo nº 08000.004697/90-75, atendendo provocação da associação dos Substitutos dos Serviços Notariais do Brasil, como forma de diretriz a ser seguida pelo mencionado ministério, cujo teor adiante se transcreve:

“a) à vista do disposto nos artigos 22, inciso XXV e 236, da Constituição Federal, consideramos inequívoco o interesse da União Federal, no feito em tela;

b) ainda por força dos preceptivos referidos, da Lei Maior, *temos por impróprio que o Estado-Membro pratique atos de provimento das direções cartoriais, enquanto não editada lei federal constitucionalmente prevista*”. (doc. de fls. 61 dos autos).

Este ato normativo, que para o Ministério da Justiça tem o efeito de regulamentação provisória, é fundamentado da seguinte maneira, conforme se lê do despacho exarado pelo Consultor-Chefe: “Sendo assim, sugiro a V. Exa. determinar a publicação deste despacho, e de sua decisão, no Diário Oficial da União, Seção I, no expedien-

te deste Ministério, em face de sua natureza de verdadeiro *ato normativo ministerial*, a fim de que alcance ciência e acatamento nacionais, inclusive a ele subordinando eventuais atos já praticados a partir da Constituição de 1988, em divergência com o que aqui novamente evidenciado: tudo com o corolário, em resguardo do erário público federal e estadual, de se restaurarem plenamente as situações individuais atingidas pelos aludidos atos eventuais discrepantes do que ora explicitado” (documento visto às fls. 61 dos autos).

Vale dizer, enquanto não regulamentado o art. 236 e seus parágrafos da Constituição da República, nenhum Estado-Membro deverá praticar atos de provimento das direções cartoriais, de modo a que fique resguardado o erário público federal e estadual e situações individuais atingidas pelos efeitos da norma constitucional.

Não se pode ir ao cúmulo de dizer que a recomendação do Ministério da Justiça possa fulminar os atos praticados após a Constituição Federal vigente, entretanto a cautela é compreensível na medida em que o Projeto de Lei nº 4.573, de 06 de fevereiro de 1990, assinado pelo Senador Nelson Carneiro, prevê que a delegação será da União, outorgada pelo Poder Executivo (art. 1º) e que pode-

rá ensejar a “nulidade” dos “concursos, nomeações e quaisquer outras alterações ou modificações efetuadas nos serviços notariais e de registros, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dos Estados e do Distrito Federal, após a data de 5 de outubro de 1988” (art. 68), **vide** cópia reprográfica anexada nos autos às fls. 62/68.

Na medida em que a Constituição Federal estabelece, em seu art. 22, XXV, a competência privativa da União para legislar a respeito de registros públicos, quer significar que compete à União estabelecer normas jurídicas, editar regras e fixar princípios dominantes, disciplinando as atividades políticas e administrativas que versem sobre a matéria, como preleciona o mestre **Pinto Ferreira** (in —“Comentários à Constituição Brasileira”, Editora Saraiva, 1990, vol. 2, página 1), quando assevera: “Legislar significa a competência para estabelecer normas jurídicas, editar regras e fixar princípios dominantes disciplinando as atividades políticas e administrativas. A nossa Constituição vigente refere-se à competência da União para legislar, de acordo com o art. 22. Tal competência compreende a própria função normativa de edição de regras, não só no sentido do direito substantivo mas também no do direito formal.”...

Destarte, é forçoso reconhecer a ineficácia do ato que autorizou a permuta operada entre o cargo de titular da 5ª Circunscrição Imobiliária da Capital e o cargo de titular de Escrivão Distrital de Jangada, comarca de Iporã, porquanto há evidente contradição entre o texto constitucional e as regras que serviram de suporte de validade para autorizar o mencionado ato, já que como se disse logo acima, a competência para disciplinar as atividades dos serviços notariais e de registro é da União, cuja inconstitucionalidade pode ser declarada no âmbito do mandado de segurança, tendo em vista que na expressão ilegalidade, preconizada no art. 1º, da Lei nº 1.533/51, se compreende também a inconstitucionalidade, na abalizada opinião doutrinária de **Seabra Fagundes** (apud **Alfredo Buzaid** “Do Mandado de Segurança”, Editora Saraiva, 1989, Vol. I, páginas 107 e 108), quando escreveu: ...“na expressão ilegalidade se compreende também a inconstitucionalidade, o que vale dizer, se abrangem tanto a violação da lei ordinária, como a infração da lei inconstitucional”.

Do parecer da douta Subprocuradoria Geral da República, lavra da Dra. **Helenita Amélia Caiado de Acioli** destaque (fls. 239/242):

“Os fatos demonstram que,

a) o permutante Maurino Carraro, era Oficial do Cartório Imobiliário de Curitiba — um dos mais importantes da capital, e estava às vésperas da aposentadoria compulsória, tinha 68 anos e larga experiência nos serviços cartorários;

b) a outra permutante, Sandra Maria Camargo Carraro, filha do primeiro, era Escrivã Distrital, recém nomeada para o cargo no Cartório Distrital de Jangada, instalado na mesma data em que assumiu suas funções em 30.10.90, já com nítida intenção de permutar o cargo, consoante se vê do Ofício do MM. Juiz de Direito, às fls. 39, oficializou o pedido de permuta em 6.11.90, deferida em 23.11.90;

c) além de recém nomeada, quando da permuta, a Escrivã não chegou a praticar nenhum ato no Cartório Distrital, também recém instalado, razão pela qual não comprovou qualquer experiência no serviço que pudesse justificar a sua remoção de uma obscura Escrivania Distrital para um cartório movimentado e de expressão na Capital;

d) após o ato de permuta em 23.11.90, o pai, Maurino Carraro, requereu sua aposentadoria em 7.12.90, antes mesmo que a filha prestasse o compromisso legal no novo cargo em 12.12.90, como dito pela própria, às fls. 84.

Ora, é evidente a simulação, tudo não passou de uma farsa,

para guindar a filha como titular do “Cartório da família”, com a aposentadoria do pai e, pior, sob invocação de *interesse da Justiça*. Como se esse interesse pudesse se confundir com os pessoais.

Há de se perquirir, no caso, qual o interesse advindo para a Justiça com a permuta entre uma inexperiente escrivã, de um obscuro Distrito, com o titular de Cartório Imobiliário da Capital, prestes a se aposentar.

Ainda que a expressão *interesse da Justiça* tenha um sentido bastante abrangente, nela não se compreende o nepotismo, a simulação e a imoralidade.

In casu, o ato de remoção não condiz apenas com *interesse da Justiça*, como exigido na Lei de Organização Judiciária do Estado, mas com o *princípio da legalidade*, da *impessoalidade* e da *moralidade*, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

A permuta estava condicionada a existência do *interesse da Justiça*. A ausência desse interesse importou na desconformidade do ato com as normas legais que regiam o procedimento administrativo, na sua *ilegalidade*.

A obviedade dos motivos pessoais e espúrios da permuta, transparecem nos autos e não a legitimam, principalmente quando subsumem o *interesse da Justiça* ao interesse pessoal, considerando que a *impessoalidade* deve dominar todos os atos adminis-

trativos, que não podem ser dirigidos com o intuito de beneficiar determinada pessoa, como aconteceu no caso.

Às condições de *legalidade* e *impessoalidade* imprescindíveis à validade dos atos administrativos soma-se a da *moralidade*.

Esse princípio, como bem acentuado pelo eminente Ministro Gomes de Barros, no julgamento do REsp nº 21.923, “cobra do Administrador, além de uma conduta legal, comportamento ético”, sendo “lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo sob o aspecto da moralidade e do desvio de poder” (DJ de 13.10.92).

Conforme ressalta **Hauriou**, “não se trata da moral comum, mas sim da moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração” (**Maurice Hauriou**, “Précis de Droit Administratif”, Paris, 1927, p. 197).

Em “Comentários à Constituição de 1988”, **Wolgran Junqueira Ferreira**, esclarece que a “moral comum, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público, para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum” (ob. cit., p. 452).

Observe-se que, a *legalidade* ou *legitimidade* do ato não é só a

conformação do ato com a lei, mas também com a moral administrativa e com o interesse coletivo, como destacado na excelente monografia do paranaense **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**: “O Controle da moralidade administrativa”, S.P., Saraiva, 1974.

Ora, se as atividades cartoriais são desenvolvidas por *Delegação do Poder Público*, devem atender, sobretudo, ao *interesse público*, não havendo margem para que a Administração atue com excessos ou desvios ao decidir. Em todos os casos, sempre haverá uma única solução, capaz de assegurar com perfeição o interesse público que inspirou a norma.

Mesmo que houvesse discricionariedade no comando da norma, a Administração nunca poderia deixar de adotar a melhor solução, pois, “quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal” (cf. **Celso Antonio Bandeira de Mello**, in “Discricionariedade e Controle Jurisdicional”, Malheiros Editores, p. 32).

E, se não bastassem todos esses argumentos para demonstrar que o ato de remoção foi deferido sem atenção ao interesse da Justiça, com violação aos princípios da *legalidade*, da *impessoalidade*

e da *moralidade*, seria suficiente repetir o lapidar voto vencido do eminente Desembargador Ivan Righi, assim declarado:

“Votei, vencido, para conceder o mandado de segurança e, assim, anular a permuta que se fez, a meu ver, contra o texto do art. 163 do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado — ou seja, que se deferiu sem atenção ao interesse da Justiça. Com efeito, não é possível reconhecer tal interesse na permuta entre a escritã recém-nomeada para um novíssimo cartório distrital e o titular do Ofício da 5ª Circunscrição Imobiliária de Curitiba.

Nem se diga que na espécie dos autos o poder administrativo de autorizar a permuta fosse discricionário. Não o era, por falta de autonomia da vontade, uma vez que a lei o vinculou expressamente ao interesse da justiça. Veja-se o ensinamento de **Raselli**:

“Não me parece aceitável a opinião segundo a qual entre poder discricionário e aplicação da lei existiria somente uma diferença quantitativa, devida a uma amplitude maior de apreciação no primeiro caso. Em verdade, na aplicação da lei, mesmo nos casos em que é necessária uma grande apreciação subjetiva, a vontade do órgão é sempre vinculada à determinação que

lhe vem imposta externamente e, portanto, se diz heteronômica. Ao diverso, no poder discricionário, a vontade do órgão é autônoma” (fls. 191/2).”

Face à manifestação da litisconsorte de fls. 253/269, concedi nova vista à douta Subprocuradoria Geral da República para, querendo, ratificasse ou não o parecer anterior. A ratificação veio às fls. 272/274.

Leio e transcrevo (273/274):

“Ademais, o ato impugnado, consubstanciado na remoção por permuta, como já salientado e bem exposto no voto vencido do saudoso Desembargador Ivan Righi se fez “contra o texto” do art. 163 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado — ou seja, que se deferiu sem atenção ao interesse da justiça. Com efeito, não é possível reconhecer tal interesse na permuta entre a escritã recém-nomeada para um novíssimo cartório distrital e o titular do Ofício da 5ª Circunscrição Imobiliária de Curitiba. Nem se diga que na espécie dos autos o poder administrativo de autorizar a permuta fosse discricionário. Não o era, por falta de autonomia da vontade, uma vez que a lei o vinculou expressamente ao interesse da justiça”.

Isto posto, considerando que a litisconsorte não logrou demonstrar a legalidade, a impessoalidade e a moralidade do ato impug-

nado ou sequer evidenciar o interesse da Justiça na sua remoção, o Ministério Público Federal ratifica integralmente o Parecer nº 1.474-HCA, às fls. 235/242, pela desconstituição daquele ato e consequente provimento do recurso, na defesa da lei e da ordem jurídica.”

Ao examinar peça por peça os presentes autos, convenceram-me os competentes pareceres retroaludidos, nos quais me baseio para dar provimento ao recurso.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Srs. Ministros, também convenci-me, após ouvir a leitura do duto voto proferido pelo Ilustre Relator, dos pareceres do Ministério Público do Paraná e do Ministério Público Federal — ora reafirmado nesta assentada, em brilhante sustentação oral produzida pelo Dr. Eduardo Weaver —, e a sustentação oral feita pelo Ilustre Advogado do recorrente, Dr. Xavier, de que, na verdade, o ato atacado na espécie é ilegal, abusivo, foi praticado com desvio de poder, e é imoral. Portanto, a outra solução não poderia chegar senão àquela alvitada pelo Ilustre Relator, dando provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. A

exemplo de V. Exa. e dos Eminentíssimos Ministros, também acompanhei com muita atenção o voto do Eminente Relator, bem como a sustentação brilhante que o Ilustre Advogado, Dr. Francisco Xavier, fez da tribuna. Estou convencido, de que a permuta é um ato jurídico, e o Código Civil lhe impõe regras para a sua validade. Tudo indica que regras estabelecidas no art. 82 do Código Civil foram realmente desprezadas no ato de permuta, sem se falar no aspecto imoral que foi aqui ressaltado. O ato jurídico requer sempre um agente capaz, objeto lícito, forma prescrita e não defesa em lei. Nada disso foi observado. Conseqüentemente, pelo art. 145 desse mesmo Código, o ato deve ser considerado nulo, sem levar em conta os aspectos secundários, que aqui foram ressaltados.

Com essas breves considerações, também acompanho o voto do Eminente Relator, dando provimento ao recurso.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, não tive acesso a estes autos, mas conheço o problema através dos elementos que me chegaram às mãos e do que ouvi hoje aqui nesta sessão. Não sei se seria necessário acrescentar mais alguma coisa aos votos proferidos, com os quais, aliás, concordo inteiramente.

O que se vê aqui neste processo é de estarrecer.

Observo que só o ato da permuta, em si, sem analisar as suas causas e suas origens, já sugere uma série de indagações: permuta entre o Cartório Distrital de um Município interiorano com uma Circunscrição do Registro de Imóveis da Capital do Estado? É claro que a permuta é institucionalizada, é uma forma de provimento, de remoção, mas isto aqui deixa de ser, na verdade, uma permuta; é um prêmio, uma oferenda. Será que se pode defender a legalidade, a constitucionalidade e a moralidade desse ato?

Fiz algumas anotações: a filha do titular do Registro de Imóveis foi nomeada para esse Distrito de Jangada e, vinte e três dias depois, já galgou o Cartório do Registro de Imóveis da Capital Paranaense: seis dias após a instalação do seu Cartório Distrital, ela já requereu o Registro de Imóveis de Curitiba e, poucos dias depois, o pai com quem ela havia permutado se aposenta. Certamente a aposentadoria se verificou no Cartório Distrital, para o qual foi o servidor removido por permuta e com os proventos correspondentes ao ocupante daquele Cartório. Entretanto, aqui da tribuna, o advogado veio a nos informar que o serventuário saiu do Cartório de Registro de Imóveis para o Cartório Distrital, mas se aposentou no registro imobiliário, o que não deixa de ser, pelo menos, estranho.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Aparte): Pelo que ouvi, antes dele fazer a permuta ele requereu a aposentadoria.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Então, está mais fácil para o recorrente. O titular estava com 68 anos de idade em 1990, hoje estaria com mais de 70, quando ocorreria obrigatoriamente a vacância. A não ser que tenha outro substituto com preferência legal, o recorrente teria o direito de ser o titular do Cartório. Se o titular não chegou a sair, a situação é mais estarrecedora ainda.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Aparte): Ouvi o eminente Relator, com muita atenção, dizendo que o titular do Cartório antes da permuta teria requerido a aposentadoria. Depois ele fez a permuta, já com o pedido de aposentadoria perante o tribunal.

O SR. DR. FRANCISCO DE PAULA XAVIER NETO (Advogado): O deferimento da permuta foi formalizado antes da aposentadoria, mas a permuta em si foi efetivada depois.

Se V. Exas., me permitem outra matéria de fato: a questão da aposentadoria. Está nesse documento, parece-me, nas três ou dois, aposentado como PJ.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: A referência ao PJ-1 eu vi, mas não sei o que significa pela organização judiciária do Paraná.

O SR. DR. FRANCISCO DE PAULA XAVIER NETO (Advogado): PJ6 é Distrito, PJ1 é titular de ofício.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSI-MANN: A permuta, então, foi feita depois?

O SR. DR. FRANCISCO DE PAULA XAVIER NETO (Advogado): A permuta foi feita antes da aposentadoria.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSI-MANN: Foi antes, este também é o meu raciocínio. De qualquer forma, parece coisa de pai para filho.

Mesmo abstraindo esse aspecto moral, o ato de permuta, pela Lei de Organização Judiciária do Paraná, em seu artigo 163 e parágrafos, exigia dois requisitos: o interesse da justiça e um relatório com movimento cartorário dos últimos dois anos.

Primeiro requisito: interesse da justiça. Que interesse da justiça pode haver, na permuta de uma debutante, como diz o eminente Subprocurador da República, com um serventuário antigo, que está se aposentando? Mas alguém pode dizer — e alguns votos vencedores assim justificam — trata-se de um ato subjetivo, como é o interesse da justiça, caso em que o Tribunal não teria que dizer das razões por que está entendendo desta ou daquela forma. É subjetivo? Pode ser. Todavia, tem sempre o aspecto objetivo, uma parcela de objetividade, como dizem o voto-vencido do saudoso Desembargador Ivan Righi, o Professor Bandeira de Mello e outros administrativistas. Traz sempre uma carga de objetividade, como por exemplo: o respeito à lei e o respeito à

Constituição. Mesmo que o interesse seja subjetivo, o respeito à lei não pode ser desprezado. É evidente, porque se assim não fosse, o ato, de discricionário, passaria a ser ato arbitrário. E isso, nem a Constituição, nem o nosso sistema, nem as nossas leis permitem.

Se há para ficar com o argumentado nos votos majoritários, essa dose decisiva de subjetividade para o Tribunal de origem, por que não pode haver aqui?

Diante da simples leitura dos autos, logo vem à mente a idéia do protecionismo, que exsurge evidente no caso, com a predominância do império do sistema do filhotismo sobre o sistema do mérito, o que não é tolerado a partir da nossa Constituição. Neste caso, já não seria lícito, assim, argumentar sobre o interesse da justiça.

O outro requisito para se requerer a permuta seria um relatório com o movimento do cartório nos últimos dois anos. Este foi escancaradamente desatendido, parece-me. O acórdão justifica que não havia possibilidade, neste caso, porque o cartório distrital foi instalado no dia 30 de outubro de 1990, data em que essa serventuária assumiu o exercício. Logo, o cartório não teria dois anos de movimento. Pelo que se sabe, a lei exige o levantamento para cotejar o movimento de um cartório com o outro. Seria necessário cotejar para se saber qual é o cartório mais importante, o de mais ressonância entre o Cartório de Jangada e o

Cartório de Registro de Imóveis de Curitiba? Penso que nem precisaria. Aí deve-se ter em vista a finalidade da lei. Será que foi privilegiar os novos Cartórios? Ou os de maior movimento?

Considero, além de tudo, que o ato praticado contraria pelo menos três princípios inseridos na Constituição: os princípios da moralidade, da legalidade e da impessoalidade, previstos no artigo 37, sem falar no concurso público para a investidura do servidor, e no outro princípio, segundo o qual os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Aparte): Gostaria de fazer uma indagação a V. Exa. Essa servidora, essa titular desse outro Cartório da Capital fez concurso para ser investida no interior?

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Fez. Pelo que li, para o Cartório de Jangada, não para o Cartório de Registro de Imóveis da Capital.

A prevalecer o acórdão, o acesso ao cargo de oficial do Registro de Imóveis, no caso, não seria facultado a todos os brasileiros, mas apenas a alguns e ainda assim dependendo da prerrogativa do parentesco.

É pacífico o entendimento de que os preceitos do art. 236, da atual Constituição que não colidem com as legislações estaduais, recepcionaram as leis dos respectivos Estados, anteriores à nova ordem constitucional e prevalecem até que venha a

lume a Lei Complementar prevista na própria Constituição (Conflitos de Competência nºs 1.398 e 1.402, de que fui relator).

O outro problema, o direito do impetrante, de ver desfeita a permuta, não oferece dúvida. Guarda ele uma expectativa de direito à titularidade do cartório onde serve como substituto desde 1º de junho de 1964. Se já satisfizes os requisitos necessários, um direito se incorporou ao seu patrimônio, o de se efetivar quando ocorrer a vacância conforme decisões do Supremo e deste Superior Tribunal.

Não quero dizer com isso, desde já, que ele deva assumir o Cartório mas tem, pelo menos, legitimidade para postular neste mandado de segurança. Se assume ou não é outra questão, desta decorrente.

Pelo que se vê, como já adiantei, ainda que não admitida a permuta, ou mesmo que fosse desfeita a permuta — como parece que está sendo desfeita —, de qualquer forma, pelo implemento de idade do titular, pela compulsoriedade, o cartório hoje já estaria vago e, então, na vacância, ele seria, no mínimo, um dos postulantes, se não houve um outro substituto em condição preferencial. Ora, disse bem o Sr. Ministro Relator: “ele era substituto desde 1964”, então, o que ocorreu foi mesmo uma burla, ou uma simulação, como se tem afirmado nesta sessão. Além disso, tem outro detalhe: para a filha assumir, mesmo que por permuta, era preciso que houvesse vaga,

sem a qual ela não poderia assumir. E como ocorreu a vaga, com essa forma de permuta, em que o permutante teria se aposentado no cartório que deixou de ocupar?

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO. Não ocorreu a vaga.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Se não ocorreu a vaga, esta vai ocorrer na aposentadoria compulsória. E se ocorresse a vaga ela seria do substituto, e não de um estranho que viesse de outro cartório, um distrital do interior. Esse é o meu raciocínio.

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Gostaria de esclarecer que, imediatamente após a permuta, Maurino Carraro requereu sua aposentadoria, tendo esta sido concedida em 27 de dezembro, dias depois.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Dias depois. A permuta se deu em novembro e a aposentadoria em dezembro.

Vou concluir, dizendo que não podemos tolerar e nem permitir que isso se perpetue, institucionalizando privilégios. Infelizmente, isso é que faz alguns pensarem em controle externo e coisa parecida nessa combatida revisão constitucional, como se tal controle viesse para resolver todos os problemas. Temos que coibir essa prática, que já vai se tornando, até uma indústria rotineira no próspero Estado do Paraná. Tanto isso é verdade que só no Cartório Distrital de Jangada, tive o cuidado de analisar, no período de um ano, de 30 de outubro de 1990,

quando se deu a instalação do cartório, até o dia 04 de novembro de 1991, conforme uma certidão fornecida pela Corregedoria, foram feitas seis permutas, com subseqüentes aposentadorias, numa média de uma permuta a cada dois meses. Só naquele Cartório de Jangada. Isso é um absurdo. Imagine-se se o fato viesse a ocorrer em todo o Estado!

Dispensamo-nos de maiores considerações, pedindo até perdão por ter me estendido um pouco. Concluo que, também no meu ponto de vista, tem o recorrente direito líquido e certo, pelo menos, ao que pretende no mandado de segurança que foi interposto. Acompanho o Ministro Relator, dando provimento ao recurso.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O pedido, **data venia**, Sr. Presidente, está no sentido de assegurar ao impetrante a inteiridade no cargo de oficial de registro da Quinta Circunscrição Imobiliária de Curitiba, até a expedição de normas legais válidas e eficazes, decorrentes do art. 236 da Constituição, que venha a regular o preenchimento do cargo, quer dizer, até nisso o pedido é honesto. Ele não pede para se investir definitivamente na titularidade.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, como já

foi dito, li também o memorial e, sobretudo, ouvi os pronunciamentos dos Eminentíssimos Ministros e do ilustre representante do Ministério Público, e sobretudo a defesa apresentada pelo nobre advogado, o Dr. Francisco de Paula Xavier Neto, que, retornando à Tribuna onde começou a servir ao Direito, conduziu-se com brilho na exposição correta que fez do caso. Ganha a advocacia um grande profissional, que nós, Magistrados, confiamos continuar a defender a magistratura livre, nesta hora, em que equivocadamente se discute a questão do controle externo, exacerbada e justificada por atos como o que ora se põe em julgamento, como bem acentuou o E. Min. Hélio Mosimann.

Acompanho o douto voto do Eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.751-5 — PR —
(92.0013171-9) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Américo Luz. Recte.: Luiz Boscardin. Advogados: José Nunes Ferreira, Francisco de Paula Xavier Neto e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Impdo.: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recdo.: Estado do Paraná. Advogados: Júlio César Ribas Boeng e outros. Recda.: Sandra Maria Camargo Carraro. Advogado: Hugo Martins Kosop. Sustentou, oralmente, o Dr. Francisco de Paula Xavier Neto, pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 27.04.94 — 2ª Turma).

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

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

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2.124-5 — DF

(Registro nº 92.0023756-8)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Robson Roges Zamprogno*

Advogado: *Dr. Janes Duraes Nery*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*

Impetrado: *Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal*

Recorrido: *Distrito Federal*

Advogada: *Dra. Leila Maria Ramos Dourado*

EMENTA: *Administrativo. Servidor público. Demissão. Argüição de nulidades.*

— **Competência delegada.** Exercício regular da autoridade para a prática do ato, por força de delegação autorizada por lei.

— **Cerceamento de defesa.** Reiteração da argüição repelida como força de coisa julgada em anterior pedido de segurança.

— **Merecimento do ato.** Inviabilidade de seu reexame pelo Judiciário, tanto mais que indesmentida a prova do fato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Mins. Flaquer Scartezzini, Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima.

Brasília, 16 de março de 1994 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Para boa compreensão da espécie serve o parecer da Subprocuradora Geral Laurita Vaz, concebido nos seguintes termos:

“1. Trata-se de recurso em Mandado de Segurança contra o acórdão de fls. 80/85, do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal que denegou a segurança pleiteada por Robson Jorge Zamprogno.

2. O recorrente, ex-agente de Polícia do Distrito Federal, após processo disciplinar foi demitido do cargo, pelo Sr. Secretário de Segurança Pública, através da Portaria de 03/05/91, por haver omitido fato que impossibilitava a sua matrícula na Academia de Polícia (fls. 43), usando de diploma de 2º grau falsificado.

3. Contra este ato o recorrente impetrou Mandado de Segurança, o qual, sendo denegado, ensejou o recurso que ora se examina.

4. Argüi o recorrente que o v. acórdão atacado não justificou a decisão, bem como, não analisou a tese do cerceamento de defesa.

5. Registra ainda que, ao inscrever no concurso para agente de Polícia, preenchia os requisitos do edital; o que ocorreu foi a substituição em seus assentos funcionais do seu certificado de conclusão do 2º grau, por um certificado falso, manobra praticada por seus inimigos reconhecidos, por isso sua demissão foi baseada em prova nula.

6. E, ao ser citado para apresentar a defesa em 10 dias, rece-

beu no dia seguinte determinação para cumprir diligência no Estado de Rondônia, que durou sete dias, ficando impossibilitado de apresentar defesa efetiva, já que não lhe foi devolvido o prazo para tal.

7. Que é nula a portaria instauradora do processo disciplinar contra o recorrente, por não conter a descrição do fato delituoso ou ato ofensivo à Administração Pública (fls. 109).

8. Ainda, que o ato de sua demissão é nulo, por ter sido prolatado por autoridade incompetente. Argumenta que o Sr. Secretário de Segurança Pública, não tem poderes para admitir ou demitir policial civil do Distrito Federal, já que a Lei 8.028/90, no seu art. 19, inciso I, alínea b, atribui ao Ministro da Justiça, a competência para nomear e demitir funcionários da Polícia Civil; que a Lei 4.878/65, está revogada pela Lei 8.112/90, e não pode ser ressuscitada somente para demitir o recorrente; que com a edição da Lei 236 de 21/01/92, o Exmo. Sr. Governador baixou em 22/01/92 o Decreto nº 13/732, delegando a competência ao Sr. Secretário de Segurança Pública para gerir a Polícia Civil do DF, com base nas legislações caducas, quando ratifica o Decreto 7.321/82.

9. Finalmente, alega que o Decreto 7.321 de 22 de dezembro de 1982, suporte de sua demissão revigorado pelo Decreto 13.731 de

20/01/92, deixou de existir a partir do Decreto Legislativo nº 01 da Lei 236 de 20/01/92.

10. O recurso merece provimento em parte.

11. De fato, verifica-se às fls. 16 que o recorrente foi citado para apresentar sua defesa, em 10 dias, com vista dos autos somente em cartório, no dia 21/03/91.

12. No dia seguinte, quando já transcorria o seu prazo limitado de defesa, recebeu ordem de serviço (fls. 13 e 15) para cumprir precatória no distante Estado de Rondônia, que durou 7 dias. E, retornando, não teve ele o prazo de defesa renovado.

13. Assim, demonstrado ficou o cerceamento de defesa, que contraria o princípio consubstanciado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

14. Ademais, constata-se no processo mais uma irregularidade ensejadora de nulidade, eis que inepta a Portaria de fls. 109 que instaurou o processo disciplinar contra o recorrente. Nela, realmente não constam os atos ilícitos atribuídos ao recorrente, configurando-se aí mais um cerceamento de defesa.

15. Nesse sentido já decidiu esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do ROMS nº 1.074-ES, assim ementado:

“EMENTA: *Administrativo. Recurso em mandado de seguran-*

ça. Processo disciplinar. Omissão dos fatos imputados ao acusado. Nulidade. Provimento.

1. A portaria inaugural e o mandado de citação, no processo administrativo, devem explicitar os atos ilícitos atribuídos ao acusado.

2. Ninguém pode defender-se eficazmente sem pleno conhecimento das acusações que lhe são imputadas.

3. Apesar de informal, o processo administrativo deve obedecer às regras do devido processo legal.

4. Recurso conhecido e provido.” (DJ de 30/03/92)

16. Ante ao exposto, opina o MPF pelo conhecimento e provimento em parte do recurso, para anular o processo disciplinar desde a Portaria inaugural, por cerceamento de defesa.” — fls. 126/29.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, penso que o v. acórdão recorrido respondeu com acerto à arguição de nulidade do processo administrativo a que respondeu o impetrante, afinal demitido.

Indo-se por partes, primeiramente, convenha-se na incensurabilidade

de destas assertivas sobre a competência do Secretário de Segurança Pública para a prática do ato, consoante a legalidade da delegação permitida por lei:

“Na hipótese vertente a alegação de ilegalidade do ato impugnado porque incompetente a autoridade que o praticou, se apresenta inconsistente, face ao que dispõe a Lei nº 7.063/82, em seu art. 1º e parágrafos 1º e 2º c/c o art. 1º, inciso III, letra a, do Decreto nº 7.321/82.

Dispõe a Lei nº 7.063/82 mencionada:

“Art. 1º — É facultado ao Governador do Distrito Federal, aos Secretários de Governo e, em geral, às autoridades da Administração local delegar competência para a prática de atos administrativos conforme se dispuser em regulamento.

§ 1º — A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.

§ 2º — O ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objetos da delegação”.

Complementando, vem o Decreto nº 7.321/82, e, como norma regulamentar da Lei supracitada, dispõe:

“Art. 1º — Fica delegada competência às autoridades abaixo mencionadas para praticarem os seguintes atos administrativos:

I —

II —

III — Ao Secretário de Segurança Pública:

a) nomear, exonerar e demitir funcionários de cargos integrantes de categorias funcionais do Grupo Polícia Civil, do Quadro de Pessoal do Distrito Federal.”

Como se vê, a Lei nº 7.063/82 autoriza a delegação de competência e o Decreto nº 7.321/82 regulamenta a quem poderá ser delegado poderes e especifica os atos que poderão ser praticados com a delegação de tais poderes, sendo indubitoso que o Sr. Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal dispõe de poderes para aplicar a pena de demissão.

Argumenta ainda o impetrante a inexistência da figura do Secretário de Segurança Pública do D.F. no texto Constitucional. Em resposta, diz o informante que:

“A Secretaria de Segurança Pública não tem que estar prevista na Constituição Federal, nem tampouco o cargo de seu Titular, pois constituem parte da estrutura orgânica do Governo do Distrito Federal, que possui Lei própria dispondo sobre a sua organização.

É por demais sabido que a Constituição Federal dispõe ser competência da União organizar e manter a Polícia Civil do Distrito Federal, segundo inteligência do inciso XIV, do seu art. 21. Diz, ainda, o texto constitucional que a Lei Federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar.

Data venia, não quis com isso a Magna Carta trazer embaraços à normalidade funcional da administração pública, pois, se assim fosse, seria o mesmo que patrocinar a anarquia administrativa. A matéria depende de regulamentação e, por enquanto, estão em vigência as Leis não revogadas.” — fls. 81/82.

Por sua vez, no que tange ao cerceamento de defesa, tenha-se que bem se houve o v. acórdão em relegar a reiteração da arguição, nos termos da coisa julgada no mandado de segurança anterior, então impetrado no curso do processo administrativo e por objeto o alargamen-

to do prazo de defesa, conforme sentença de primeiro grau assim reportada pelo voto condutor do acórdão:

“No que respeita ao alegado cerceamento de defesa no procedimento administrativo temos que, conforme documentos fornecidos pela 2ª Vara da Fazenda Pública, a questão já foi apreciada judicialmente, decisão transitada em julgado, que assim concluiu:

“Permito-me, em conclusão, pôr em relevo dois temas: cerceamento de defesa e inconstitucionalidade do art. 421 do Decreto nº 59.310/66.

Quanto ao primeiro, verifico que a autoridade, no âmbito do processo administrativo, tem-se portado de maneira incensurável, pois ao impetrante vem dando todas as oportunidades processuais de defesa. O exame dos documentos trazidos pela autoridade autoriza afirmar que foi preservado, sem ferimento, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

O art. 421 do aludido Decreto nº 59.310, que, no prazo de defesa, fixa em 48 horas o tempo hábil de requerimento de diligências, não fere o direito de defesa ou o contraditório e não agride a Lei nº 4.878/65. Cabia ao servidor requerer as diligências e provas a seu ver necessárias dentro do prazo daquele regulamento, daí porque o indeferimento por intem-

pestividade é lícito e bem fundado. De restó, cumpre observar que a autoridade, mesmo após a liminar por mim concedida, não estava obrigada a admitir provas impertinentes ao fim do processo.” — fls. 82.

Logo, se mais houvesse de cobrar do acórdão, que a esse propósito acusa de omissão, certo é que devia fazê-lo o recorrente por meio dos devidos embargos de declaração, e não por meio de recurso ordinário que sequer refuta a objeção da coisa julgada.

Finalmente, no que pretendesse a apreciação do merecimento do próprio ato demissório, o pedido de segurança foi bem respondido, nestes termos:

“Temos ainda que a falsidade do documento que serviu de fundamento ao processo administrativo que culminou com a demissão do impetrante, foi atestada pelo Instituto de Criminalística do D. Federal.

Sustenta, ainda, o Impetrante, que quando se inscreveu no Concurso para Agente de Polícia preenchia os requisitos exigidos pelo Edital pertinente. A substituição do seu verdadeiro certificado de conclusão do 2º grau pelo certificado reconhecidamente falso e que instruiu o procedimento administrativo, foi obra de inimigos dele, impetrante.

Assim, cerceada a sua defesa, não teve como comprovar a subs-

tuição. Nulo, portanto, o ato atacado.

Ora, sobre a inexistência do cerceamento da defesa no procedimento administrativo, já nos pronunciamos. E, na via estreita do Mandado de Segurança é inadmissível o exame de provas que demandem dilação probatória, que seria o caso, para o exame de tal alegação". — fls. 83.

Em homenagem ao parecer do Ministério Público Federal, acrescenta-se que restaria atentar-se para os alegados vícios da portaria de instauração do processo administrativo.

Todavia, conquanto abordada no recurso, tal matéria não foi objeto da inicial; pelo que, forçoso é concluir-se pela inviabilidade da tardia inovação da inicial, com indevida supressão da instância.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 2.124-5 — DF — (92.0023756-8) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Recte.: Robson Roges Zamprogno. Advogado: Janes Duraes Nery. T. Origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Impdo.: Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal. Recdo.: Distrito Federal. Advogada: Leila Maria Ramos Dourado.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 16.03.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Flaquer Scartezini, Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2.632-2 — MG

(Registro nº 93.0005824-0)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de Minas Gerais*

Advogado: *Dr. Marcos Afonso de Souza*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Impetrado: *Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Recorrida: *Associação dos Magistrados Mineiros — AMAGIS*

Advogados: *Drs. João Bosco Leopoldino da Fonseca e outros*

Recorrido: *Cláudio Renato dos Santos Costa*

Advogado: *Dr. Hélio Costa*

Recorrido: *Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Drs. Francisco Deiro Couto Borges e outro*

EMENTA: Magistrados. Promoção. Tribunal de Alçada para o Tribunal de Justiça. Critério a ser observado.

I — Os juízes que integram, pelo quinto, os Tribunais de Alçada, somente concorrem às vagas no Tribunal de Justiça correspondentes à classe dos magistrados. Interpretação dos arts. 93, III, parte final, e 94 e parágrafo único, da Constituição em vigor. Precedente do S. T. F. na ADIn nº 29-RS e PR (RTJs 132/483, 133/955 e 139/3).

II — Recurso ordinário conhecido e provido, a fim de conceder-se a segurança.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 15 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: A Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de Minas Gerais impetrou mandado de segurança contra o ato da Corte do Tribunal de Justiça daquele Estado, que, em decorrência da aposentadoria do Desembargador Capanema de Almeida, proveu a respectiva vaga mediante promoção, por antiguidade, do ilustre juiz do Tribunal de Alçada, Dr. Cláudio Renato dos Santos Costa, que integrava o quinto constitucional, classe dos advogados. Entendeu aquela Egrégia Corte Superior, por maioria de votos, que as vagas oriundas de ocupantes do quinto constitucional, ocorridas no Tribunal de Justiça, devem ser

preenchidas por integrantes do referido quinto no Tribunal de Alçada, por antigüidade e merecimento, segundo interpretação da expressão “classe de origem”, constante do art. 93, inciso III, parte final, da Constituição Federal em vigor.

Sustentou, em suma, a impetrante que o ato atacado deixou de obedecer ao procedimento previsto na Constituição Federal, tendo a promoção se consumado através de ato do Presidente do Tribunal de Justiça, quando, a seu ver, era da competência privativa do governador (Constituição Federal, art. 94 e parágrafo único; Constituição Estadual, art. 90, inciso III, e art. 99 e parágrafo).

Contra o acórdão do Egrégio Tribunal a quo (fls. 155-164), denegatório da segurança, a impetrante manifestou o presente recurso ordinário, insistindo em que lhe seja deferida a ordem.

Contra-arrazoado o recurso pela Associação dos Magistrados Mineiros — AMAGIS (fls. 184-199) e pelo litisconsorte necessário (fls. 200-201), o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, através da sua ilustrada Procuradoria Geral da Justiça, manifestou-se pelo seu provimento (fls. 205-209).

Neste Tribunal, a douta S. G. R., em parecer do Dr. Eduardo Weaver de Vasconcelos Barros, ilustre Subprocurador-Geral, opinou no sentido do provimento do recurso (fls. 219-224).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): A questão controvertida, consistente em saber se os juizes dos Tribunais de Alçada, oriundos da classe dos advogados concorrem às vagas do Tribunal de Justiça somente destinadas aos magistrados ou, se, para tal fim, há de observar-se a classe de origem, constitui tema de alta indagação e que ensejou vivos debates à vista dos arts. 93, III, *in fine*, e 94 e parágrafo único da vigente Constituição Federal.

Todavia, a esta altura, já se encontra decidida, em última instância, por quem de direito, isto é, pelo Supremo Tribunal Federal, que tem a incumbência de dar a última palavra sobre a interpretação dos textos constitucionais. De fato, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 29-RS e PR, fê-lo através de acórdão, cuja ementa bem reflete o teor da decisão (RTJ 132-483):

“Tribunais de Justiça. Preenchimento do quinto constitucional. Critério. Estados onde há o Tribunal de Alçada. Assento nº 5/89, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Assento nº 4 do Tribunal de Justiça do Paraná (art. 3º).

Resulta do art. 94 da Constituição Federal que um quinto dos lugares dos Tribunais dos Estados será preenchido com membros do Ministério Público e de advogados, que atendam às con-

dições ali estipuladas, mesmo naqueles Estados em que houver Tribunais de Alçada.

O disposto na parte final do item III, do art. 93, da Carta Política Federal, não interfere no critério fixado no seu artigo 94, pois os Juizes do Tribunal de Alçada ao nele ingressarem, embora o tenham feito como membros do Ministério Público ou advogados, passam a ser considerados magistrados, e em tal qualidade é que concorrerão às vagas dos quatro quintos dos tribunais de Justiça, destinados a tal categoria. Não há, magistrados que passaram a ser, como considerá-los ainda integrantes da classe dos advogados ou membros do Ministério Público para os fins do art. 94 da Constituição Federal, que nenhuma ressalva estipula a respeito.

Assento nº 5/89 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, dispondo de modo diverso, é considerado inconstitucional. Parágrafo único do art. 3º do Assento Regimental nº 4/88, do Tribunal de Justiça do Paraná, que, dispondo no mesmo sentido do Assento nº 5 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já veio a ser julgado inconstitucional, por maioria, na mesma Sessão Plenária do Supremo Tribunal Federal.”

Opostos embargos infringentes ao referido julgado, foram eles, por maioria, rejeitados (RTJ 133/955), através do aresto assim ementado:

“1. *Recurso — Embargos infringentes — Demanda direta de inconstitucionalidade — Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.* As normas processuais contidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 no que com esta se mostrem compatíveis. O fato de a Carta não mais conter permissivo no sentido da edição apenas obstaculiza novas inserções, não implicando revogação das existentes. Daí o cabimento dos embargos, tal como previstos no Regimento, valendo notar que a Lei 8.038/90 não disciplinou sequer a demanda direta de inconstitucionalidade.

2. *Recurso — Legitimidade — Demanda direta de inconstitucionalidade — Ato normativo de Tribunal.* O autor do ato normativo impugnado é parte legítima não só para figurar como requerido na demanda direta de inconstitucionalidade, como também para interpor recurso contra a decisão proferida. O interesse na manutenção do ato faz surgir, por construção jurisprudencial, a legitimidade.

3. *Tribunal de Justiça — Quinto constitucional — Tribunal de Alçada.* O disposto na parte final do inciso III do artigo 93 da Constituição Federal, “... de acordo com o inciso II e a classe de origem”, não autoriza a conclusão de que, havendo no Estado Tribu-

nal de Alçada, o preenchimento das vagas destinadas ao Quinto no Tribunal de Justiça ocorre mediante movimentação daqueles que, no Alçada, hajam ingressado com observância de idêntico critério. O teor do artigo 94 da Lei Básica referida não contempla qualquer exceção, sendo impróprio vislumbrá-la na referência “a classe de origem”, contida no primeiro dispositivo, porquanto implica a cassação de prerrogativa da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público, restrição ao sistema federativo e introduz carreira não contemplada na organização do Judiciário. Assento Regimental que dispõe de forma diversa é merecedor da pecha de inconstitucional.”

Finalmente, interpostos embargos declaratórios, foram eles, por unanimidade, rejeitados. O respectivo acórdão está encimado pela seguinte ementa (RTJ 139/3):

“Ação direta de inconstitucionalidade — Objetos imediato e mediato. A ação direta de inconstitucionalidade tem como objeto mediato acórdão em que se declare a falta de harmonia entre o ato normativo que se quer alvejado e a Lei Básica.

Ementa. — Teor — Natureza — Deve refletir o entendimento da maioria, e somente este, pois compõe a grande peça que é o acórdão da Corte. Havendo o impasse na fundamentação do que

decidido, impróprio é lançar, na ementa, qualquer das razões que serviram de base aos votos proferidos, porquanto, na demanda direta de inconstitucionalidade, nada mais representam do que simples opiniões dos julgadores. Isto acontece quando a Corte, embora chegando à conclusão sobre a inconstitucionalidade do ato normativo, deixa de contar com maioria quanto a um dos fundamentos que exsurgiram, como ocorre, por exemplo, quando cinco votos consignam a movimentação dos juízes egressos do Quinto para as vagas de carreira, cinco para os do próprio Quinto existentes no Tribunal de Justiça e um voto tem por base não haver direito à movimentação. A ausência de uma definição sobre o tema é flagrante, sendo certo que o provimento pertinente à ação direta de inconstitucionalidade não há de ganhar, necessariamente, contornos que o revelam como substitutivo do ato declarado inconstitucional.”

Isto posto e à vista do parecer da douta S. G. R., dou provimento ao recurso, a fim de reformar o acórdão recorrido e conceder a segurança, nos termos do pedido.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 2.632-2 — MG — (93.0005824-0) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de Minas Gerais.

Advogado: Marcos Afonso de Souza.
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Impdo.: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Recda.: Associação dos Magistrados Mineiros — AMAGIS. Advogados: João Bosco Leopoldino da Fonseca e outros. Recdo.: Cláudio Renato dos Santos Costa. Advogado: Hélio Costa. Recdo.: Estado de Minas Gerais. Advogados: Francisco Deiro Couto Borges e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 15.12.93 — 2ª Turma).

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

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

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2.939-6 — ES

(Registro nº 93.010876-0)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrentes: *Dayse Renata da Costa Araújo e outros*

Advogados: *Drs. Augusto Costa Oliveira Neto e outros*

T. de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Espírito Santo*

Impetrada: *Secretaria de Estado da Administração e dos Recursos Humanos — SEAR*

Recorrido: *Estado do Espírito Santo*

Advogada: *Dra. Rosa Maria Assad Gomes*

EMENTA: *Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Acesso funcional. Inviabilidade. Consagração do Merit System pela Constituição Federal de 1988, art. 37, incisos I e II. Incompatibilidade da legislação anterior. Inexistência de direito adquirido. Recurso ordinário conhecido e improvido.*

I — Os ora recorrentes ajuizaram mandado de segurança com o escopo de impedir a realização de concurso público para o cargo de delegado de polícia. Alegaram que tinham direito adquirido a vagas por acesso funcional. Sucumbiram. Recorreram ordinariamente.

II — Embora a Carta de 1969, no caput do art. 97, alardeasse que os cargos públicos estivessem abertos a todos os brasileiros, na

forma da lei, logo a seguir, no § 1º, solapava a grandeza de sua própria dicção, pois falava em “primeira investidura”. Hoje, diferentemente, a Constituição, em seu art. 37, inciso II, exige concurso público para os cargos ou empregos públicos (faz ressalva), até mesmo para o servidor que entrou no serviço público mediante concurso de provas ou provas e títulos. Foi a consagração do merit system. Evitou-se, com isso, que servidores incapazes de disputa externa para cargos maiores, a eles tivessem ingresso pela via transversa do acesso funcional.

III — Não se pode invocar direito adquirido, pois o novo ordenamento constitucional se tornou visceralmente incompatível com a legislação infraconstitucional anterior.

IV — Recurso ordinário conhecido, mas improvido.

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. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro e Pedro Acioli.

Brasília, 11 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro, LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança in-

terposto por Dayse Renata da Costa Araújo e outros contra acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

2. Os ora recorrentes impetraram mandado de segurança, objetivando impedir a realização de concurso público para o preenchimento de vagas no cargo de delegado de polícia substituto, conforme o Edital SEAR nº 19/91. Alegam que foi violado o direito líquido e certo de acesso funcional. O Pleno do TJES denegou a segurança, em acórdão assim ementado:

“Mandado de Segurança — Investidura em cargo público — Acesso funcional — Hipótese que não se enquadra no artº 39 da Constituição Federal — Ausência de plano de carreira — Segurança denegada.

A investidura no cargo ou emprego público depende de concurso público de provas e de provas

e títulos, não contemplando, portanto, as investiduras derivadas, como se dá com o acesso, que há de derivar de situação precedente, em conformidade com o art. 37, II da Constituição Federal.

Denega-se, de conseguinte, a segurança.” (MS nº 2.659, Rel. Des. Maurílio Almeida de Abreu). (fl. 167).

3. Inconformados, os impetrantes interpõem recurso ordinário. Aduzem que as Leis nº 3.400/81, nº 3.705/84 e o Decreto nº 2.034-N/85 previam o acesso de agente de presídio, investigador de polícia e escrivão de polícia, ao cargo de delegado de polícia substituto, sendo este, direito adquirido. Ressaltam que a investidura derivada (acesso) constitui meio hábil para o preenchimento de cargo ou emprego público.

Ainda os cargos ora ocupados são da mesma natureza do cargo de delegado de polícia civil (Decreto nº 2.961-N/90).

Por fim, argumentam que possuem o direito adquirido para a investidura no referido cargo, pois ao tempo da Lei Complementar nº 04/90 já preenchiam todos os requisitos para o exercício do direito.

4. O Ministério Público Federal opina pelo improvimento do recurso. Alega que a CF/88 estabelece a realização de concurso público para o preenchimento de vagas no serviço público, com algumas exceções, nas quais os recorrentes não se enquadram. Além disso, não foram

atendidas as exigências necessárias para o acesso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): O eminente Desembargador Almeida de Abreu, relator **a quo**, foi muito preciso e seguro em seu voto condutor, mostrando que o provimento por acesso em cargos públicos não mais faz sentido no novo ordenamento jurídico nacional, inaugurado em 05/10/88.

Realmente, Senhor Presidente, a Constituição de 1988, sem dúvida o mais afinado de todos os nossos Estatutos políticos com o povo, consagrou, de modo definitivo, o denominado *merit system* no serviço público. Pouco adiantava a Carta de 1969, no **caput** do art. 97, alardear que “os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”, se logo a seguir, no § 1º, já restringia: “a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público ou de provas e títulos,”. Hoje, diferentemente (CF, art. 37, II), suprimiu-se o adjetivo “primeiro” que qualificava o substantivo “investidura”. Daí ter lembrado, com acerto, o eminente relator do acórdão recorrido, com fulcro em lições sempre oportunas de Celso Antônio Bandeira de Mello, que havia

uma burla manifesta, “eis que permite que candidatos que ultrapassaram apenas concursos singelos, destinados a cargos de modesta expressão — e que se qualificaram somente para eles — venham a ascender, depois de aí investidos, a cargos de outros, para cujo ingresso se demandaria sucesso em concursos de dificuldades muito maiores, disputados por concorrentes de qualificação bem mais elevada”.

Os recorrentes não têm direito ao que vindicam. Não se pode falar em direito adquirido, pois toda a legislação anterior, no particular, foi revogada pela nova Constituição, pois com ela visceralmente incompatível.

Com essas breves considerações, conheço do recurso para negar-lhe provimento.

É como voto.

EXTRATO DE MINUTA

RMS nº 2.939-6 — ES — (93.0010876-0) — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Maciel. Rectes.: Dayse Renata da Costa Araújo e outros. Advogados: Augusto Costa Oliveira Neto e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Impda.: Secretaria de Estado da Administração e dos Recursos Humanos — SEAR. Recdo.: Estado do Espírito Santo. Advogada: Rosa Maria Assad Gomes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 11.04.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 3.014-3 — RS

(Registro nº 93.0012806-0)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrentes: *Oly Érico da Costa Fachin e cônjuge*

T. Origem: *Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul*

Impetrado: *Juiz de Direito da 8ª Vara Cível de Porto Alegre-RS*

Recorrida: *Habitasul Crédito Imobiliário S/A*

Advogados: *Drs. Lauro Franco Leitão e outro, e Paulo Sérgio Viana Mallmann e outros.*

EMENTA: Execução. Intimação da penhora. Recusa do devedor a apor a nota de ciente. Ausência de testemunhas. Mandado de se-

gurança. 1. Quando do ato judicial impugnado couber recurso ordinário, o cabimento do mandado de segurança pressupõe a própria interposição desse recurso. 2. “Uma vez inexistindo testemunhas presenciais quando da intimação da penhora, e verificada a recusa em lançar o ciente pelo devedor, basta a fé pública do oficial de justiça para validar o ato, posto que a exigência de constar o nome de testemunhas do ato somente se impõe quando houver testemunhas, não sendo o serventuário obrigado a convocá-las, ou a procurá-las alhures, o que nem seria possível, porquanto dificilmente o devedor ficaria aguardando tal providência”. Acórdão local, que, decidindo segundo esta ementa, não malferiu os arts. 239, parágrafo único, inciso III, 664 e 669, do Cód. do Pr. Civil. Precedentes do STJ a propósito do assunto: REsp’s 9.444, 10.141, 21.261 e 26.862. 3. Recurso ordinário constitucional a quem a Turma negou provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Costa Leite (§ 2º, art. 162, RISTJ).

Brasília, em 22 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: No Tribunal de Alçada do Rio

Grande do Sul, a espécie foi descrita da seguinte forma pelo Juiz Arnaldo Rizzardo:

“1. Perante a Egrégia Câmara de Férias Cível deste Tribunal, Oly Érico Costa Fachin e sua mulher Zilah Krug Fachin ingressaram com Mandado de Segurança contra o ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Capital, praticado nos autos da ação de execução que contra eles e contra Antônio Augusto Greca e sua mulher Helena Beatriz Fachin Greca, bem como contra o casal de Sérgio Canozzi, foi ajuizada por Habitusul Crédito Imobiliário S/A.

Através do presente **mandamus**, objetivam os impetrantes, liminarmente, seja determinada a sustação dos atos processuais tendentes à alienação dos bens que lhes pertencem e que foram

penhorados para garantia da execução de dívida decorrente de financiamentos concedidos à Empresa Urbânia — Comércio e Construções Ltda., dos quais os executados figuraram como fiadores.

Isto porque, segundo afirmam, aos impetrantes não foi oportunizada a interposição dos embargos, porquanto em razão de procedimento irregular e inexistente do ponto de vista processual, não foram eles intimados da penhora na forma do art. 669 do Código de Processo Civil. Diante disto, requereram, no mérito, fosse decretada a nulidade dos atos processuais, a partir da intimação da penhora.

Distribuídos os autos ao eminente colega Armínio José Abreu Lima da Rosa, prestados os esclarecimentos por este solicitado e deferida a liminar para sustar a realização da praça (fls. 157/159), sobreveio contestação da credora Habitasul — Crédito Imobiliário S/A, que, rebatendo os argumentos trazidos pelos impetrantes, sustentou a regularidade dos atos praticados no processo e, em consequência, o acerto do que fora determinado nos autos (fls. 166/169).

Em parecer lançado nas fls. 174/177, opinou o **custos legis** pela cassação da liminar e denegação da segurança.

Feito o que, foram os autos a mim redistribuídos.”

Foi a segurança denegada por acórdão assim ementado:

“Execução. Intimação da penhora. Negativa do devedor em assinar e ausência de testemunhas.

Uma vez inexistindo testemunhas presenciais quando da intimação da penhora, e verificada a recusa em lançar o ciente pelo devedor, basta a fé pública do oficial de justiça para validar o ato, posto que a exigência de constar o nome de testemunhas do ato somente se impõe quando houver testemunhas, não sendo o serventuário obrigado a convocá-las, ou procurá-las alhures, o que nem seria possível, porquanto dificilmente o devedor ficaria aguardando tal providência.

Mandado de segurança denegado.”

Daí o presente recurso ordinário, remetendo-se aos arts. 239, parágrafo único, inciso III, 664 e 669 do Cód. de Pr. Civil. Em resumo, pedem os recorrentes:

“14. Em assim sendo, **data venia**, o processo de execução que foi aforado pela litisconsorte Habitasul — Crédito Imobiliário S/A está eivado de nulidades que, em prosseguindo, levarão, com certeza, ao fim por ela desejado; a alienação dos bens penhorados, com evidentes vícios, impossibilitando a discussão, via embargos, do título executivo da sedizente credora. Concedida a segu-

rança, anulando-se o processo desde a penhora, estará viabilizando o caminho para a discussão do objeto do título executivo.

15. Por tais singelos argumentos — e certamente pelos demais que serão carreados aos autos — os recorrentes esperam o provimento do presente Recurso Ordinário, ensejando a concessão da segurança pleiteada na vestibular.”

Recebido o recurso, a Habitasul Crédito Imobiliário S.A., ouvida, ofereceu contra-razões, postulando seja negado provimento.

Com vista dos autos, a Subprocuradoria Geral da República, em parecer subscrito pelo Procurador Gilmar Ferreira Mendes, opinou em sentido contrário ao provimento do recurso.

No período de férias, despachou nestes autos o Sr. Ministro Presidente, concedendo efeito suspensivo ao recurso ordinário **verbis**:

“Vistos, etc.

Considerando as alegações contidas na petição de fls. 246/249, em especial a iminência da designação de praça para os bens penhorados, objeto destes autos, e tendo em vista que o processo já se acha concluso ao ilustre Relator, para o julgamento, o que, decerto, ocorrerá logo após o recesso da Corte, defiro o pedido, para conferir efeito suspensivo ao recurso ordinário, até decisão do mesmo.

Publique-se.

Brasília, 12 de julho de 1983.

Ministro William Patterson, Presidente do Superior Tribunal de Justiça”.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Quando concedeu a liminar, para sustar a realização da praça, disse o seguinte, em seu despacho, o Juiz Arminio José Abreu Lima da Rosa, nesses tópicos:

“Está em jogo o cumprimento da intimação prevista em o art. 669, C.P.C., assim como ofensa ao art. 239, parágrafo único, inc. III, mesmo estatuto legal.

Os impetrantes, ainda é bom giz, não ofereceram agravo de instrumento.”

.....
“Quero crer que, estando presentes os requisitos estabelecidos pelo legislador para a concessão do *writ*, respeita a inoccorrência de coisa julgada (preclusão máxima) ou preclusão, não há porque exigir o oferecimento de recurso, paralelamente ao mandado de segurança, abastardando a garantia constitucional (para limitá-la à concessão de efeito suspensivo a recurso!) e agredindo a legalidade.”

Quando do julgamento do pedido de segurança, ficou assinalado no acórdão, relatado pelo Juiz Arnaldo Rizzardo:

“Quanto ao cabimento do mandado de segurança, desde que presente a violação de direito indubitado, é indiscutível, embora não promovido, anteriormente, o agravo de instrumento.

Valem as razões do parecer do Ministério Público, o que, aliás, fora sustentado pelo juiz, ao conceder a liminar.”

No meu entendimento, se do ato judicial couber recurso ordinário, o mandado de segurança há de pressupor a interposição do recurso. Vale dizer, o mandado só terá cabimento para pleitear-se efeito suspensivo para o recurso ordinário, que não o tenha. Aqui nestes autos, segundo as transcrições acima, do ato judicial impugnado cabia agravo de instrumento. Mas o agravo não foi tirado. Logo, a impetração não tinha cabimento.

2. Seja lá como for, o acórdão recorrido, no atinente ao mérito, denegou a segurança amparado em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, declinando-os. Ei-lo, palavra por palavra:

“No mérito, não há como conceder-se a segurança.

Em primeiro lugar, merece fé pública o oficial de justiça. Na hipótese, havia um segundo oficial, que assinou igualmente a certidão.

De outra parte, a pretensão é assentar uma afirmação que depende de prova.

Por que estariam os impetrantes ao lado de um dado real, e não os oficiais de justiça?

Ora, não há a menor prova quanto à falta de intimação.

Se correta e normal a citação, nada impedia aos devedores que procurassem informar-se a respeito do processo.

Mas, e o que é mais grave, em outro processo é alegada idêntica matéria. Isto é, nunca o oficial de justiça realiza o ato segundo os ditames da lei.

Não ocorrem formas de tumultuar a execução, à míngua de outros argumentos mais sólidos e idôneos?

De uma forma ou de outra, não se extraem dos autos a menor certeza do afirmado. E diante da fato tão nebuloso, descabe o remédio ora pretendido.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 21.261-7, através da Quarta Turma, sendo Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 23 de junho de 1992, ementou: ‘Processo Civil. Execução. Intimação da penhora. Código de Processo Civil, arts. 669 e 239. Precedente. Recurso desacolhido. Dada as peculiaridades da providência quanto ao instituto da citação, não se exige, para os fins do art. 669, CPC, que o oficial de justiça, armado

de fé pública no cumprimento do seu mister, certifique dando nomes de testemunhas que presenciaram a recusa de intimação a apor o seu aceite, até porque nem sempre é possível essa presença'.

No voto lemos:

'Ernane Fidélis, em seu 'Manual de direito processual civil', Saraiva, 1985, vol. I, nº 441, p. 289, ressalva:

'Se o intimado se recusar a apor sua nota de 'ciente', tanto o oficial de justiça quanto o escrivão deverão fazer constar o nome das testemunhas que assistiram ao ato. A exigência, porém, só se impõe, quando houver testemunhas do ato, não sendo o serventuário obrigado a convocá-las, porque sua palavra goza de fé pública'.

Por outro lado, segundo o magistério do admirável Amílcar de Castro, a intimação a que se refere o art. 669 tem, muitas vezes; a natureza de citação.

Esta Quarta Turma, no REsp 10.141-SC, de que relator em. Ministro Athos Carneiro, com invocação de precedente do Supremo Tribunal Federal, teve oportunidade de salientar a desnecessidade da providência do art. 239, parágrafo, inciso III, em se tratando de citação.

A eg. Terceira Turma, por sua vez, enfrentando o tema específico, em caso similar, no REsp 9.444-CE, relatado pelo Sr. Ministro Dias Trindade, arrimando-se na fé pública do serventuário e na distinção dos processos de conhecimento e de execução, ementou (j. em 14.5.91):

'Civil processual. Processo de execução. Citação e intimação da penhora.

A certidão do Oficial de Justiça de que citou o devedor e o intimou da penhora em processo de execução, não cede a simples alegação de omissão de testemunhas da recusa do devedor em apor ciência'.

Tenho por acertada essa construção, sobretudo quando se sabe dos percalços do nosso processo executivo, no qual todos os expedientes são utilizados para o descumprimento da obrigação contida no título, como no caso de que se cuida, em que todas as evidências militam contra a impugnante."

Assim, denega-se a segurança, adotando-se, também, as razões do Ministério Público, sendo de notar que sequer houve um pedido dirigido ao juiz, apontando o defeito, e buscando a suspensão da praça.

Supportarão os impetrantes as despesas com novas publicações de editais, como ficou lembrado na fl. 159."

À vista dos precedentes das Turmas que compõem a nossa 2ª Seção, o acórdão recorrido, diria eu, mostra-se a cavaleiro, incensurável portanto.

3. Certo que, ao findar o seu voto, no REsp-9.444, desta 3ª Turma, afirmou o Sr. Ministro Dias Trindade que “somente prova conclusiva em contrário pode desconstituir os atos do Oficial, que não cedem a simples alegações de eventuais irregularidades”. Também eu penso da mesma maneira. A saber, desde que se trate de prova que contenha conclusão, prova robusta e impecável. Não é, porém, o caso destes autos. Aqui o acórdão deixou assentado que “não há a menor prova quanto à intimação”, fl. 196.

Recebi no final do mês passado, e mandei juntá-los por linha, autos de uma justificação, acompanhados de petição onde se lê o seguinte:

“4. No intuito de documentar os fatos alegados, tanto no mandado de segurança, como no recurso ordinário, descaracterizando o comportamento malicioso que lhes é imputado — aliás, equivocadamente — os recorrentes ajuizaram anexa justificação judicial que foi processada perante a 8ª Vara Cível de Porto Alegre. (Processo nº 01193233333).

5. Na justificação judicial em tela está suficientemente provado: (a) o Sr. Oficial de Justiça não agiu, do ponto de vista processual, corretamente quando

afirmou, na certidão, que os ‘devedores negaram-se a assinar intimação da penhora’, (b) todos os Oficiais de Justiça que procuram os recorrentes, tanto em sua residência, como em seu local de trabalho (4º Ofício do Registro de Imóveis de Porto Alegre) são atendidos, sem distinção; (c) o Sr. Oly Érico da Costa Fachim, em seu local de trabalho, atende, diariamente, diversos Oficiais de Justiça que, em serviço, cumprem determinações judiciais e os atende, sempre, diretamente, salvo quando ausente de sua serventia; (d) no mandado de citação e penhora, expedido por ordem do MM. Juiz de Direito, consta como residência da filha dos recorrentes, Sra. Helena Beatriz (também co-devedora), o imóvel situado na rua Cel. Aurélio Bittencourt, nº 200, apartamento nº 301 e a prova feita, através da justificação, é uníssona em afirmar que a mesma nunca residiu neste apartamento, possuindo como residência o apartamento nº 202, do edifício situado na rua Cel. Bordini nº 745; (e) em sua residência (rua Aurélio Bittencourt nº 200, apartamento nº 301, bairro Rio Branco), o Dr. Fachin, bem como sua esposa, Sra. Zilah, atendem a todas as pessoas que, na portaria do edifício, os procuram, independentemente do assunto a ser tratado pelos visitantes.

6. Outros fatos, de interesse dos postulantes, também constam provados na anexa justificação

judicial. Provado, está, outrossim, que o Sr. Oly Érico da Costa Fachin — pelo depoimento do Dr. Hermann Homem de Carvalho Roenick (desembargador aposentado e hoje advogado militante) — é homem de fino trato, educado e que está sempre atento aos seus particulares e da serventia extrajudicial de que é titular (4^o Offício do Registro de Imóveis).”

Sobre ser tardia (porque a petição inicial do mandado de segurança é que há de ser instruída com documentos), e lhe faltando ainda o contraditório, a justificação não ofereceu, segundo penso, nenhuma prova conclusiva.

Destarte, o meu voto nega provimento ao recurso ordinário. Em consequência, perde a sua eficácia o despacho de fl. 251.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 3.014-3 — RS — (93.0012806-0) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Rectes.: Oly Érico da Costa Fachin e cônjuge. Advogados: Lauro Franco Leitão e outro. T. Origem: Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul. Impdo.: Juiz de Direito da 8^a Vara Cível de Porto Alegre-RS. Recda.: Habitasul Crédito Imobiliário S/A. Advogados: Paulo Sérgio Viana Mallmann e outros. Sustentou oralmente, o Dr. Lauro Leitão, pelos Recorrentes.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento

ao recurso ordinário, pediu vista o Sr. Ministro, Eduardo Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros Waldemar Zveiter e Cláudio Santos (em 26.10.93 — 3^a Turma).

Ausente justificadamente o Sr. Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Alega-se, no recurso, que a execução não poderia ter prosseguido sem que se fizesse o depósito do bem penhorado. O tema, entretanto, não foi suscitado na inicial, razão por que me abstenho de o examinar.

A questão fundamental diz com o pretendido descumprimento do disposto no artigo 239, parágrafo único, III do Código de Processo Civil. A certidão do Oficial de Justiça consignou que se fizera a intimação da penhora mas que os executados se recusaram a apor o ciente, não sendo indicados testemunhas, já que nenhuma teria presenciado o ato.

A formalidade de que se cuida só merece exame, obviamente, quando se pretenda sustentar a falsidade do certificado pelo Oficial. A menção do nome de testemunhas presta-se a demonstrar que a intimação realmente se fez, malgrado a negativa da nota de ciente.

No caso, seria mister se afirmasse não ter havido a intimação, sendo falsa a certidão, e que essa carecia de valor probante, desacompa-

nhada da indicação de testemunhas e não aposto o ciente. A inicial, entretanto, não se abalançou a deduzir aquelas assertivas com a clareza recomendável, tanto mais necessária por implicar prática de crime por parte do meirinho. Vale transcrever, a propósito, o que consta dos itens 6 e 7 (fls. 3):

“Os impetrados *não* foram intimados da penhora (art. 669 do C.P.C), visto como segundo o Sr. Oficial de Justiça “o Sr. Oly Érico da Costa Fachin e s/m. Zilah Krug Fachin negaram-se a exarar sua assinatura, deixando de arrolar testemunhas face não existirem no local.”

Tendo em vista tal procedimento, de resto irregular e inexistente do ponto de vista processual, os impetrados não embargaram a execução.”

Em verdade, diz-se que não teria havido intimação, não propriamente porque o ato não houvesse sido efetivado, mas em virtude de defeito formal.

De qualquer sorte, entretanto, tenho como correta a doutrina acolhida pelo acórdão e pelo voto do eminente Relator, firme em precedentes deste Tribunal.

O Código de Processo Civil, ao cuidar da intimação, estabelece que, faltando o “ciente”, deverá o Oficial indicar testemunhas presentes ao ato. Curiosamente, a mesma determinação não foi feita quando regulou a citação. Está a questão em saber se devem-se indicar testemu-

nhas sempre que falte o “ciente”, ainda que não as exista. Entender-se assim conduziria à necessidade de o serventuário suspender o ato, encontrar pessoas que se dispusessem a assisti-lo e renovar a intimação. Tal complicação não foi pretendida pela lei. Nela se diz que a certidão conterà “os nomes das testemunhas que assistiram ao ato”. Isso significa que haverão de ser relacionadas as pessoas que estiverem presentes. Nenhuma se encontrando no local, inviável a indicação. Foi o que ocorreu na hipótese.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, negando provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 3.014-3 — RS — (93.0012806-0) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Rectes.: Oly Érico da Costa Fachin e cônjuge. Advogados: Lauro Franco Leitão e outro. T. Origem: Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul. Impdo.: Juiz de Direito da 8ª Vara Cível de Porto Alegre-RS. Recda.: Habitasul Crédito Imobiliário S/A. Advogados: Paulo Sérgio Viana Mallmann e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, a Turma, por una-

nimidade, negou provimento ao recurso ordinário (em 22.02.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Costa Leite (§ 2º, art. 162, RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL Nº 3.560-0 — RS

(Registro nº 90.0005450-8)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Adolpho Luiz Testa — Espólio*

Recorrida: *Myrna Reus de Oliveira*

Advogados: *Drs. Gomercindo Lins Coitinho e outro, e José Ademir Goulart Domingues*

EMENTA: *Direito Civil. Doação. Companheira.*

O art. 1.177 do Código Civil não atinge a doação à companheira.

Recurso não conhecido.

Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Brasília, 13 de dezembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de recurso extraordinário convertido em recurso especial contra decisão proferida pela Egrégia 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com a seguinte ementa:

“Ação reivindicatória de bens móveis proposta pelo Espólio con-

tra a companheira do falecido. Distinção entre companheira e concubina. Contra a primeira não incide o veto do Código Civil, no art. 1.177, às doações do marido à concubina. Inversão do ônus da prova. Herança de grande vulto. Capricho na propositura da demanda. Apelação do Espólio desprovida.” (fls. 244)

Alega o recorrente violação dos arts. 1.168 e 1.177 do Código Civil e dos arts. 131, 400, inc. II e 401, do CPC, além de dissídio jurisprudencial. Sustenta, em seu inconformismo, ser nula a doação por infringência da forma prescrita em lei. Diz, outrossim, ser vedada a doação à concubina e que a lei não faz distinção entre esta e a companheira.

Pelo despacho de fls. 373 a 377 foi o recurso admitido.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu desprovemento.

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR, (Relator): No caso, interposto recurso extraordinário, não foi admitido (fls. 287). A arguição de relevância, julgada prejudicada, tendo o eminente Ministro Sepúlveda Pertence assim consignado na decisão de fl. 181 dos autos respectivos e que se encontram apensados aos do recurso especial:

“O caso se equipara, pois, **mutatis mutandis**, a decisão plená-

ria de questão de ordem na ARV 15.528, 27.4.89, rel. o eminente Ministro Néri da Silveira, DJ de 5.5.89, quando, após julgar prejudicada a arguição de relevância, assentou o Tribunal, porém, que “as questões nela suscitadas não estão preclusas, podendo eventualmente, servir de base a admissibilidade, pelo Presidente do Tribunal **a quo**, do recurso especial em que se converteu, **ipso jure**, originalmente interposto, a teor do art. 105, III, letras **a** e **c**, da Constituição, salvo quando, na arguição de relevância, se cogita apenas de matéria constitucional.”

A arguição de relevância que, nos termos da supramencionada decisão, baliza, na hipótese vertente, o recurso especial, diz tão-somente, embora não o mencione, com o art. 1.177 do Código Civil.

Com efeito, considerou o seguinte:

“... a decisão recorrida, sem lei que autorize, retira do patrimônio da família legítima os bens reivindicados, para determinar a sua entrega à concubina do falecido, o que ressalta o aspecto econômico da causa, a exigir a apreciação do recurso extraordinário, pelo Tribunal.

É relevante, ainda, a questão federal controvertida, eis que o aresto impugnado propicia o enfraquecimento da família legítima, assim entendida como a constituída pelo casamento e que goza de proteção do Estado, por imperativo constitucional (C.F.,

art. 175). Ao mesmo tempo, exalta pretensos valores novos, minando a instituição pela concessão que faz, à margem da lei.” (fls. 273)

Destarte, a alegação de ofensa a outros dispositivos que não o art. 1.177 do Código Civil prende-se a matéria preclusa, circunstância que obviamente impede que do recurso se conheça no que lhe faz respeito.

O Espólio de Adolpho Luiz Testa propôs contra *Myrna Reus de Oliveira* ação reivindicatória dos móveis que guarneciam o apartamento onde a ré viveu maritalmente com o falecido, desde setembro de 83, até a sua morte, ocorrida em janeiro de 85.

A sentença julgou parcialmente procedente a ação para determinar que os bens adquiridos posteriormente ao concubinato ficassem em poder da ré.

O v. acórdão negou provimento à apelação, lhe tendo dado norte o brilhante voto do Desembargador Galeno Lacerda, ao tecer as seguintes considerações:

“Doutrina e Jurisprudência acolhem a distinção entre concubina e companheira, apontada por **Osni Duarte Pereira** e adotado pelo Supremo Tribunal Federal:

“Concubina é amante, é a mulher do lar clandestino, oculto, velado aos olhos da so-

ciidade, como prática de bigamia e que o homem frequenta simultaneamente ao lar legítimo e constituído segundo as leis. Companheira é a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que a apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem” (R.F., 197/97).

Tratando-se de companheira, não incidem os arts. 1.177, 1.474 e 1.719, III, do Código Civil, que nulificam as doações, seguros ou legados à concubina. Neste sentido, decidiu a Suprema Corte, em voto lapidar do Ministro Antônio Neder:

“Quanto à ofensa dos arts. 1.177 e 1.474 do Código Civil, é de se dizê-la não configurada. Sem dúvida, o acórdão local, seguindo a sentença, diferenciou, em ambas essas regras, a proibição de o cônjuge adúltero favorecer a sua *concubina* e a permissão de o cônjuge adúltero amparar a *companheira*. Um intérprete rigorista poderá vislumbrar eufemismo nessa diferença. Todavia, em jurídica linguagem é de se admitir a diferenciação, porque, na verdade, o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, ter encontros amorosos com outra mulher, como pode também separar-se *de fato* da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para viver **more uxório**

com a outra. Na primeira hipótese o que se configura é um concubinato segundo o seu conceito moderno, e obviamente a mulher é *concubina*; mas, na segunda hipótese, o que se concretiza é uma união-de-fato (assim chamada por lhe faltarem as *justae nuptiae*) e a mulher merece havida como *companheira*; precisando melhor a diferença, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a *companheira*, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal. Estabelecendo tal distinção ao interpretar pelo método teleológico as duas questionadas regras, o acórdão recorrido não as contrariou, porquanto se restringiu a salientar o sentido, a vontade que uma e outra contêm” (RTJ, 82/933-4).

No mesmo sentido, decidiram o 1º Grupo de Câmaras Cíveis deste Tribunal (RJTJRS, 80/126), e esta Câmara, no acórdão de 26.06.83, na A.C. nº 583019567.

No caso em exame, o próprio Espólio apelante confessa, na inicial, que o **de cujus** viveu maritalmente com a ré de setembro de 83 até a data de seu falecimento, ocorrido em 12 de janeiro de 85.

Na verdade, propusera ele ação contra a esposa em 8 de setembro de 83 (fls. 138). A apelada, a seu

turno, é viúva e possui um filho menor do matrimônio. À instância do falecido, desfez sua casa para acompanhá-lo em vida nova, levando o filho para o novo lar. Adolpho Luiz Testa, homem rico, montou o apartamento com luxo, para desfrutá-lo, evidentemente, com a companheira, e a nova casa era freqüentada por parentes e amigos, ao menor por um filho e um irmão, como se verifica dos autos. Quando o câncer que viria a vitimá-lo surgiu, a companheira dedicada acompanhou-o aos Estados Unidos e lá permaneceu durante o tratamento ao enfermo. Tratava-se, portanto, de união duradoura e ostensiva, com separação de Adolpho de sua esposa.

Estes fatos revelam que a situação da demandada se ajusta ao conceito de *companheira*, e não ao de *concubina* e que, assim, a ela não se aplicam os vetos do Código Civil às doações recebidas do marido separado da esposa legítima. Em situações dessa ordem, as doações presumem-se compensatórias ou remuneratórias, invertendo-se ônus da prova, como sustenta **Mário Aguiar Moura**, citando acórdão do Supremo (“Concubinato”, 6ª, ed., p. 170).

O autor reivindica todos os móveis do apartamento, onde vivia a ré com o *companheiro*: de sala, quarto e cozinha; mesas, sofás, cama, copos, talheres, guardanços, cortinas, tapetes, apare-

lhos eletro-domésticos e de adorno. Nada escapa à sua voracidade. Sua intenção é castigar a “amante” do pai, deixando-a privada do mínimo necessário a reconstituir a vida depois da morte do companheiro.

A todas essas, trata-se de herança de enorme vulto. Basta ler a inicial do inventário a fls. 123 e ss., para se deparar com bens de grande valor: nada menos do que 14 imóveis e avultado capital em empresas de porte. Diante desse valiosíssimo ativo, superior, sem dúvida, a muitas dezenas de milhões de cruzados, os móveis reivindicados assumem ínfima e ridícula proporção. Como prova do capricho na propositura da demanda, basta o fato de que os móveis da residência da família não foram arrolados no espólio, em clara discriminação contra a requerida.

A Justiça, evidentemente, não pode agasalar intenções de subalterna vindita e de agravo à própria memória do morto. Reivindicar a cama de casal do pai com a ré chega às raias do acinte intolerável. A rigor, o inventariante carece de interesse legítimo, econômico e moral, para a propositura desta demanda. Mas, para afastá-la, basta a consideração de que a ré, como companheira, e não concubina, recebeu, na verdade, os bens reivindicados e mantidos em seu poder pela sentença, como legítima doação do falecido.

Bem decidiu o Tribunal de Origem, pois que a boa exegese do art. 1.177 do Código Civil é a de que o seu comando se dirige à concubina e não companheira.

A nova Constituição da República em seu art. 226, § 3º, erigiu em entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher.

Esta Turma ao julgar o REsp. 196, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo, assim decidiu, como soa a ementa do acórdão respectivo:

“Direito Civil — Sucessão — Legado — Validade de instituição legado à companheira. Distinção entre companheira e concubina. Inteligência do art. 1.729 do Código Civil.

— Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se construção jurisprudencial a distinguir companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com porte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira afastando a sua incapacidade para receber legado em disposição de última vontade, em exegese restritiva do art. 17, III, do Código Civil.

— Impende dar à lei, especialmente em alguns campos do direito, interpretação construtiva, teleológica e atualizada.”

Quanto ao dissídio jurisprudencial alegado não no tenho por demonstrado. Há diversidade de bases fá-

ticas entre o aresto recorrido e os apontados como paradigmas.

Em face do exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.560-0 — RS — (90.0005450-8) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Adolpho Luiz Testa — Espólio. Advogados: Gomercindo Lins Coitinho e outro. Recda.: Myrna Reus de Oli-

veira. Advogado: José Ademir Goulart Domingues.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 13.12.93 — 4ª Turma).

Votaram com o relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 4.673-0 — SP (Registro nº 90.0008197-1)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Municipalidade de São Paulo*

Recorrida: *CONFASA — Contabilidade S/C Ltda.*

Advogados: *José Favaro Sobrinho e Wilson Seixas*

EMENTA: Tributário. ISS. Sociedade de profissionais liberais. Dec. 406/68.

— Não tendo os sócios habilitação para o pleno exercício das atividades da sociedade de profissionais liberais, esta não pode gozar das benesses do Decreto 406/68, art. 9º, § 3º.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Brasília, 18 de maio de 1994 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Trata-se de recurso especial interposto pela Municipalidade de São Paulo, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional contra acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada que, confirmando a sentença, admitiu a concessão do privilégio tributário referente à fixação de alíquota fixa ou variável na cobrança de ISS.

Sustenta negativa de vigência aos artigos 1º, da Lei 6.899/81, 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto 406/68.

Admitido o recurso apenas pela letra a, os autos vieram a esta Corte, onde o Ministério Público Federal opinou no sentido do improviamento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Controverte-se sobre a cobrança de ISS de empresa que alega estar acobertada pelo sistema de tributação privilegiada em razão da prestação de serviços pela sociedade de profissionais.

A recorrente sustenta que a empresa não se enquadra no caso de privilégio tributário concernente ao ISS, vez que, de 1976 a 1989, estava cadastrada como administradora de bens imóveis e outros serviços técnico-administrativos, além do que, como nem todos os profissionais da sociedade têm habilitação técnica para o cumprimento inte-

gral dos serviços em nome da recorrida pois, compondo-se por contadores e técnicos em contabilidade, os últimos não podem, em decorrência da lei, exercer atividades típicas daqueles, circunstância esta que retira a recorrida da condição de sociedade de profissionais liberais, afastando-se, assim, a incidência do art. 9º, § 3º, do Decreto 406/68.

O Decreto 406/68, ao estabelecer critério especial de tributação para as sociedades de profissionais liberais, em seu art. 9º, estatui que:

“Art. 9º —

§ 1º — quando se tratar de prestação de serviço sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado por meio de alíquotas fixas ou variáveis.

§ 2º —

§ 3º — quando os serviços a que se referem os itens 1, 2, 3, 5, 6, 11, 12 e 17 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio ou não, que presta serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal nos termos da lei aplicável.”

Depreende-se desses textos que, para efeito do ISS, se faz necessário que todos os sócios da sociedade de profissionais liberais estejam habilitados para o pleno exercício de todas as atividades abrangidas por seu objeto social.

No caso dos autos, a recorrida é sociedade prestadora de serviços

contábeis e administrativos, sendo constituída por contadores e técnicos em contabilidade. Referidas categorias profissionais, embora assemelhadas, não se confundem, tendo atribuições específicas (Decreto-lei 9.295/46).

Assim, como nem todos os integrantes da sociedade têm habilitação legal para o pleno exercício das atividades da sociedade, esta encontra-se fora do alcance da hipótese prevista no art. 9º, § 3º do Decreto 406/68.

Neste sentido o precedente da Suprema Corte no RE 82.091-SP, RTJ 90/140-157, assim ementado:

“Imposto Sobre Serviços. Sociedade em que nem todos os prestadores de serviços, sócios, empregados ou não, possuem habilitação profissional para a prestação do serviço. Exegese do § 3º do Decreto-lei nº 406/68. Razoável, quando não a melhor, a interpretação de que, para fazer jus ao benefício previsto no mencionado § 3º, é mister que todos os prestadores de serviço em nome da so-

iedade estejam para isso profissionalmente habilitados. Recurso extraordinário não conhecido.”

Do exposto, dou provimento ao recurso em ordem a julgar improcedentes os embargos, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.673-0 — SP — (90.0008197-1) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Municipalidade de São Paulo. Advogado: José Favaro Sobrinho. Recda.: CONFASA Contabilidade S/C Ltda. Advogado: Wilson Seixas.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 18.05.94 — 2ª Turma).

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

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

RECURSO ESPECIAL Nº 6.009-0 — MS

(Registro nº 90.0011329-6)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Recorrentes: *José Atanásio da Silva e cônjuge*

Recorridos: *Ambrosina Pereira da Silva e outros, Luiz Teixeira Noronha e cônjuge, e Walmor Rocha Soares*

Advogados: *Drs. Jorge Antonio Gai, Zelinda Durão Delarissa e outro, Manoel Cunha Lacerda e Carmelino de Arruda Rezende*

EMENTA: *Registro público. Ação de retificação de divisas (art. 213, Lei 6.015/73).*

1. No caso de haver impugnação fundamentada do pedido, deduzida por interessado legítimo e, bem assim, lastreada em alegação de lesão a direito, deverá o Juiz, ante a concretização do conflito de interesses, remeter as partes às vias da jurisdição contenciosa.

2. Precedentes.

3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso.

Votaram com o Relator os Senhores Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Ruy Rosado.

Brasília, 06 de junho de 1994 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: *José Atanásio da Silva* e cônjuge ajuizaram ação de retificação de divisas contra os diversos sucessores de Virgílio Atanásio da Silva, alegando que, na divisão amigável da Fazenda Inhumas, como depois se verificou, ficaram faltando

120 hectares e 4.880 m², na área do quinhão que lhes coube por "... falha ocorrida no traçado da linha divisória entre os quinhões n^{os} 6 e 5B..." (fls. 162, 1^o vol.).

Cumprе ressaltar que, antes de intentarem os autores o presente feito, propuseram ação reivindicatória fundada na matrícula imobiliária 5.995, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Coxim-MS, a refletir a anotação do erro há pouco referido. Contudo, não lograram êxito em seu intento, pois a sentença declarou nula mencionada matrícula (fls. 36-40, 1^o vol.).

2. Ao apreciar a presente ação, entendeu o MM. Juiz de Direito tratar-se de providência de natureza meramente administrativa. Assim, determinou o arquivamento do feito, remetendo as partes às vias ordinárias (fls. 161/166, 1^o vol.).

3. A Turma Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, porém, à unanimidade, proveu apelação pelos autores, consoante os dizeres da seguinte ementa (fls. 248, 2^o vol.), *verbis*:

“Apelação cível — Retificação de área — Procedimento de natureza contenciosa e não administrativa — Dever de decidir — Sentença modificada.

Se a inicial traz todos os seus requisitos, ocorrendo a citação da parte **ex adversa** e praticando-se todos os atos que compõem o procedimento ordinário, não pode o julgador, no final, remeter as partes às vias ordinárias, desprezando a ocasião para solucionar o conflito, sob a alegação de que se trata de procedimento administrativo.”

4. Retornaram os autos ao juízo de origem, que, após determinar as diligências de praxe, exarou sentença considerando os autores carecedores de ação e, via de consequência, julgou extinto o processo, com fulcro no artigo 267, VI do Código de Processo Civil (fls. 338/343, 2º vol.).

5. Novamente, os autores interpuseram apelação que, apreciada pela Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, resultou desprovida, à unanimidade, conforme bem resumiu a seguinte ementa (fls. 420/421, 3º vol.):

“Apelação cível — Ação de retificação de divisas — Divisão amigável já ocorrida entre as partes — Pretensão de obter a prestação jurisdicional com base nos artigos 631 e 860 do Código Civil e 212 da Lei nº 6.015/73 (LRP) — Re-

*tificação contudo somente possível quando não condiz com o título — Registro entretanto levado a efeito com base em dados constantes das escrituras — Pedido impugnado pelos interessados chamados a juízo — Incidência do parágrafo quarto do artigo 213 da Lei dos Registros Públicos — Solução pelas vias ordinárias — Sentença de primeiro grau dando pela carência da ação — Extinção do feito com fulcro no inciso VI do artigo 267 do CPC — **Decisum** confirmado — Apelo improvido.*

1. A retificação de que trata o artigo 212 da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), somente é possível quando não condiz com o conteúdo do título.

2. Por outro lado se o pedido é feito com base na Lei dos Registros Públicos e vem a ser impugnado pelos interessados chamados em Juízo, a solução deve ser remetida às vias ordinárias a teor do que preceitua o parágrafo quarto do artigo 213 da mesma lei.

3. Por final, não se compoem a busca da prestação jurisdicional com as regras da lei específica dos Registros Públicos, escorreito, sem dúvida, o **decisum** de primeiro grau que, julgando o autor carecedor da ação, extingue o feito com fulcro no inciso VI do artigo 267 do CPC.”

Embargos declaratórios opostos pelos autores e apelantes foram re-

jeitados, por unanimidade, nos termos desta ementa (fls. 438), **verbis**:

“Embargos de declaração — Não comprovação de qualquer dos permissivos contidos no art. 535 incisos I e II — Improvido.

Não se comprovando ter havido no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição, nem mesmo ter omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o Tribunal, nega-se provimento aos embargos de declaração.”

6. Daí o presente recurso especial, fundado na alínea a, alegando que o julgado recorrido negou vigência aos artigos 468, 470, 471 e 282 do Código de Processo Civil.

Admitido seu processamento no Tribunal **a quo**, (fls. 466/467, 3º vol.), com as contra-razões subiram os autos.

Nesta instância, facultei a manifestação da D. Subprocuradoria Geral da República que, em parecer da lavra do ilustre Dr. Osmar Brina Corrêa Lima, opinou pelo desproviamento. (fls. 485/488, 3º vol.)

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, colho do v. acórdão recorrido o seguinte tópico (fls. 417/418):

“Proposta e homologada a divisão amigável do imóvel Fazenda Inhumas, com o conseqüente registro

da escritura atributiva dos quinhões, buscam os apelantes promover retificação de divisas, sob o fundamento de que, após as sucessivas alienações feitas em seu quinhão, restou-lhes uma área de 120 ha e 4.880 m² que não podem alienar, em decorrência de que, pelo erro havido na descrição das divisas, a posse desse remanescente está com terceiros, antigos condôminos.

A retificação do registro só é possível quando não condiz com o título. No caso, o registro foi efetuado nos moldes dos dados e informes constantes das escrituras de divisão.

Qualquer alteração na descrição das divisas, no sentido de devolver a posse dos 120 ha e 4.480 m² aos apelantes, implicaria em atingir interesses de terceiros, os quais, antigos condôminos, inclusive contestaram ou impugnaram o pedido.

Há ainda o interesse daqueles que adquiriram pequenos quinhões dentro da gleba de 798 ha e 8.440 m², conferida aos apelantes na divisão, visto que o presente pedido busca alterar as divisas da antiga gleba de 798 ha e 8.440 m².

A sentença de homologação de partilha transitou em julgado, restando aos apelantes, como consignou o juiz, as ações e recursos adequados.

O que se verifica é que os apelantes estão sem a posse dos rema-

nescentes 120 ha, e qualquer que seja a decisão nesta ação a lhe favorecer, atingirá terceiros que, de uma forma ou de outra estão na posse do imóvel.

Em verdade, se falha há, não se encontra no registro, mas no título, que, segundo os apelantes, descreveu divisas imprecisas. O que não dá para entender é que, promovendo os condôminos a divisão amigável do imóvel, tudo leva a crer que cada um tinha a sua posse localizada de há muito, e reconhecia as divisas do outro sendo que somente após a divisão amigável homologada judicialmente e após terem alienado todo o seu quinhão de 798 ha é que os apelantes notaram que não tinham a posse de todo o imóvel que lhes foi atribuído?

Nota-se que não houve cautela por ocasião da localização dos quinhões quanto à descrição das partes destacadas, razão do litígio que se vislumbra. Trata-se, na verdade, de matéria de alta indagação, que enseja minucioso exame da titulação do imóvel com o concurso de todos os interessados, restando ainda aos apelantes, caso tenham a firme convicção de quem está indevidamente na posse da área de 120 ha, lançar mão da possessória, já que, a simples retificação de divisas implicará em retificação de área, e pior ainda, em fixação de divisas, o que não pode ser solucionado neste pedido de retificação, mormente ainda quando a ação de

divisão amigável fez trânsito em julgado.

A previsão inserida no parágrafo quarto do artigo 213, a de que: 'se o pedido de retificação for impugnado fundamentalmente, o Juiz remeterá o interessado às vias ordinárias', dentro dessa mesma linguagem, ao julgar o Juiz os apelantes carecedores da ação (artigo 267, VI, do Código de Processo Civil), nada mais fez que remetê-los às vias ordinárias."

E no judicioso parecer ministerial há pouco mencionado, destaco estes tópicos (fls. 487/488):

"Consta da sentença que o Sr. *Luiz Teixeira Noronha* apresentou "impugnação" com preliminares (fls. 162). Sem examinar o conteúdo da sua impugnação, penso que ele, talvez induzido pelo nome atribuído à ação, bem como pela referência explícita à Lei 6.015/73 na inicial, poderá não ter se posicionado como se já se tratasse da "via ordinária", referida no § 4º do artigo 213 da referida lei. Com isso teria ficado prejudicado, com relação a ele, o princípio do contraditório.

Meu posicionamento pessoal se volta para a convicção de que o processo possui caráter meramente instrumental. Contudo, essa convicção esbarra em alguns limites. Um dos limites consiste, precisamente, no respeito ao princípio do contraditório.

Em homenagem a esse princípio, creio que a solução mais sensata seja no sentido de se desprover ao recurso. Com isso, as partes irão para as vias ordinárias. E ali, certamente, o processo poderá ser mais ágil, já que várias peças destes autos poderão ser aproveitadas e consideradas validamente.”

Comungo do entendimento esposado pelo d. voto proferido no aresto recorrido e, bem assim, das observações feitas pelo *Parquet*, porquanto, de fato, o pedido não visa apenas a retificação do registro imobiliário; mas, também e principalmente, retificar o próprio título, atingindo, em consequência, o direito de terceiros que, aliás, impugnaram fundamentadamente a pretensão, em sede de jurisdição graciosa.

No julgamento do REsp. 8.856-SP, em 06 de agosto de 1991 (DJU 02.09.91), sendo Relator o eminente Ministro Athos Carneiro, esta Quarta Turma decidiu à unanimidade (e com minha modesta adesão), na conformidade desta ementa:

“Retificação do registro imobiliário. Lei 6.015, artigo 213. Alteração de área. Oposição. Indeferimento.

Se o pedido de retificação for impugnado fundamentadamente, por interessado legítimo, deverá o juiz remeter às vias da jurisdição contenciosa, máxime se a diferença a maior importa em percentual de 165% sobre a área titulada.

O pedido administrativo com vistas à alteração da área titulada,

para maior, pode perfeitamente substituir o assim chamado ‘usucapião de sobras’, mas isso apenas se não houver oposição fundada.

Recurso especial não conhecido.”

No mesmo sentido o v. acórdão do REsp 9.297-RJ, Rel. Ministro Athos Carneiro (DJU 07.10.91).

É bem verdade que, por ocasião do julgamento da primeira apelação, o egrégio Tribunal local bem poderia ter explicitado entendimento no sentido de se aproveitar o feito, mediante as diligências saneadoras que houvesse por bem recomendar, de modo a ser tratada a causa, a partir de então, como demarcatória com queixa de esbulho, o que bem poderia, por um lado, obviar qualquer lesão a direitos de terceiros e, por outro lado, adequar o processo ao escopo colimado pelos recorrentes (o qual, bem pesadas suas alegações e expectativas, a tanto, na verdade, corresponde).

Nesta altura, contudo, em sede de recurso especial, não há senão reconhecer, como ora faço, que, em nenhum momento, os preceitos legais dados por vulnerados foram, sequer, cogitados pela decisão ora impugnada.

Ante o exposto, meu voto não conhece do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.009-0 — MS — (90.0011329-6) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Bueno de Souza. Rectes.: José Atanásio da Silva e cônjuge. Advogado: Jorge Antonio Gai. Recdos.: Ambrosina Pereira da Silva e outros. Advogados: Zelinda Durão Delarissa e outro. Recdos.: Luiz Teixeira Noronha e cônjuge. Advogado: Manoel Cunha Lacerda. Recdo.: Walmor Rocha Soares. Advogado: Carmelino de Arruda Rezende.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 06.06.94 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 6.896-0 — AL

(Registro nº 90.0013526-5)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Recorrentes: *Leone Lopes Vieira e cônjuge*

Recorrida: *Enaura Alves de Oliveira Dantas*

Advogados: *Drs. Leone Lopes Vieira e José Ribeiro de Barros*

EMENTA: *Civil e Processual. Ação anulatória de escritura pública de compra e venda de imóvel. Legitimidade ativa da viúva do transmitente. Mandatário. Proibição de adquirir bens do mandante.*

1. Sendo a viúva a herdeira única e universal do mandante, exsurge, de forma iniludível, a sua legitimidade ad causam para a propositura da demanda.
2. O mandatário com poderes para alienar bens do mandante, não pode adquirir tais bens e, tampouco, vender ao seu cônjuge.
3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a se-

guir, por unanimidade, não conhecer do recurso.

Votaram com o Relator os Senhores Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Ruy Rosado.

Brasília, 06 de junho de 1994
(data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BUENO DE
SOUZA: Cuida-se de recurso espe-
cial, com fundamento na alínea *a* do
permissivo constitucional, interposto
contra acórdão assim ementado
(fls. 113):

*“Ação ordinária de anulação de
escritura pública. Procedência.*

Sendo a autora viúva e herdeira
testamentária do **de cujus** e
exercendo, na ação intentada, ti-
tularidade na relação jurídica,
não pode ser considerada carece-
dora da ação porque tem legiti-
midade **ad causam**.

Se a procuração não foi outorga-
da em causa própria, o mandatá-
rio, com poderes para alienar
e/ou administrar os bens do man-
dante, não pode vender tais bens
a si próprio, nem, obviamente, ao
seu cônjuge porque, neste último
caso, está vendendo para si mes-
mo.

Inteligência do art. 1.133, II, do
Cód. Civil. Ação julgada proceden-
te.

Sentença confirmada.

Decisão unânime.”

O recorrente sustenta contrarie-
dade aos artigos 301, X, 267, VI, do

Código de Processo Civil, e, bem as-
sim, aos artigos 945, § 2º, e 1.137,
inciso I, parte final, do Código Civil.

A D. Subprocuradoria Geral da
República opinou pelo desprovimen-
to do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE
SOUZA (Relator): Senhor Presiden-
te, para maior esclarecimento da es-
pécie, tenho por oportuno transcre-
ver o seguinte tópico do parecer mi-
nisterial local, cujas razões foram
adotadas pelo v. acórdão recorrido
(fls. 107/109), **verbis**:

“No caso em análise, a alegação
do réu é de que falta à autora a
legitimidade ad causam, isto é,
não é ela a titular da relação ju-
rídica de direito material discu-
tida em juízo.

Os autos, **data venia**, demons-
tram o contrário.

A propósito, os documentos de fls.
39/51 deixam claro que o **de cu-
jus** Luiz Dantas não deixou her-
deiros necessários, motivo pelo
qual instituiu a autora como sua
herdeira universal.

Ainda que tal não tivesse aconte-
cido, seria sua herdeira legítima
única, em razão da inexistência
de herdeiros necessários, dada a
sua condição de cônjuge, pessoa
que na ordem de sucessão heredi-
tária vem logo após os descen-
dentes e ascendentes.

Ora, a lei sucessória, ao deferir a sucessão legítima ao cônjuge não faz qualquer distinção em face do regime de bens do casamento, de modo que a esposa, seja qual for o regime de bens, pode vir a ser herdeira do marido e vice-versa.

Diante disso, sendo herdeira universal, pela lei e, no caso, também por testamento, somente a ela a lei defere o interesse jurídico para perseguir todo e qualquer bem do espólio que entenda estar indevidamente em mãos alheias.

É da autora, sem dúvidas, a titularidade da relação jurídica posta em lide, tendo, portanto, legitimação para agir.

Costuma-se, no comércio jurídico de bens imóveis, com o fito de adiar o pagamento do imposto de transmissão, hoje também estendido à promessa de venda e compra, outorgar procuração ao comprador para que este lavre, quando lhe aprouver, a escritura de venda.

Tal procedimento é garantido no Código Civil, sendo irrevogável o mandato outorgado em tal condição, pois, em verdade, de mandato tem apenas o nome. É o ensinamento da doutrina de **Orlando Gomes**:

“Com esse nome designa-se um negócio jurídico que de procuração tem apenas a forma, ou, quiçá, a aparência. Trata-se, a rigor, de negócio de alienação, gratuita ou onerosa.

A cláusula **in rem suam** desnatura a procuração, porque o

ato deixa de ser *autorização representativa*. Transmitido o direito ao procurador em causa própria, passa este a agir em seu próprio nome, no seu próprio interesse, e por sua própria conta.” (Contratos, pág. 425, 6ª ed., Forense, 1977).

Ora, os termos da procuração de fl. 09 deixam claro que ali se contém uma “autorização representativa” e não uma compra e venda disfarçada, um mandato geral de administração com cláusula concedendo poderes especiais para alienação de imóveis, fato que descaracteriza a procuração como sendo em causa própria. Trata-se, em verdade, de mandato na acepção restrita do termo.

Ademais, ainda que se considerasse a procuração tratada como em causa própria, padecia ela de vício de forma, pois não observou solenidade exigível à sua validade. Vejamos:

“Sendo *negócio translativo*, há de preencher os requisitos necessários à validade dos atos de liberalidade ou de venda. Transfere créditos a esta, um título de transmissão, a ser transcrito para que se opere a translação. Quando tem por objeto bem imóvel, a procuração em causa própria exige a forma de instrumento público.” (Orlando Gomes, ob. cit., pág. 425).

Enfim, a procuração em causa própria constitui-se em verdadeiro negócio translativo de direitos, com finalidade própria e única, e não mera representação, de modo que a autorização de venda ao próprio mandatário constante da procuração questionada é inválida, além de, no caso, desobedecer à solenidade especial.”

Como bem observou nesta Corte o ilustre Subprocurador-Geral José Ribamar de Castro Viana (fls. 137/138):

“Não há falar em negativa de vigência aos invocados preceitos processuais: como bem demonstrado no parecer de fls. 106 a 109 do Procurador Geral da Justiça do Estado de Alagoas, a autora, ora recorrida, é parte legítima para a ação de nulidade de escritura pública porque foi instituída herdeira universal, além de ser a única herdeira legítima, à falta de herdeiros necessários.

Os outros preceitos legais invocados, do Código Civil, além de não terem sido questionados no acórdão recorrido, não foram violados. O acórdão recorrido entendeu nulo o negócio por ter lesado o art. 1.133, II (= proibição de comprar o mandatário os bens de cuja administração ou alienação esteja encarregado), 145, III (= nulidade absoluta do ato jurídico não revestido da forma prescrita em lei) e V (nulidade absoluta do ato jurídico quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito), do Código Civil. (Cf. fls. 113 e

109). Os preceitos legais apontados como violados referem-se à impossibilidade de presunção de pagamento quando se der a quitação por escritura pública (= art. 945, § 2º) e à irrevogabilidade do mandato quando for em causa própria a procuração dada (= art. 1.317, I, parte final), matérias impertinentes ao acórdão recorrido, posto que, como se viu, ele deu pela nulidade do negócio jurídico por outros fundamentos, não atacados pelo recorrente.”

A essas exatas razões, acrescento que, consoante consta dos autos, o referido mandato foi outorgado pelo de cujus ao seu advogado, para que esse administrasse bens imóveis, em razão do precaríssimo estado de saúde do outorgante.

Eis por que meu voto não conhece do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.896-0 — AL — (90.0013526-5) — Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Rectes.: Leone Lopes Vieira e cônjuge. Advogado: Leone Lopes Vieira. Recda.: Enaura Alves de Oliveira Dantas. Advogado: José Ribeiro de Barros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 06.06.94 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.973-0 — RJ

(Registro nº 91.0012409-5)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Rel. p/ Acórdão: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Município do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Maurício Eiras Araújo*

Advogados: *Drs. Alexandre Nery Brandão e outro, e Walter Elysio Borges Tavares*

EMENTA: Processual — Mandado de segurança — Liminar em ação civil pública — Cassação.

— Não cabe Mandado de Segurança contra liminar deferida, com fundamento no Art. 12 da Lei 7.347/85.

— O Amparo Constitucional não se presta a substituir o agravo previsto no Art. 12.

— A Decisão no Agravo Regimental contra ato do relator condena apenas aquele ato. Não opera preclusão, quanto ao mérito.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Ministro Relator, dar provimento ao recurso.

Votaram com o Ministro Humberto Gomes de Barros os Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Brasília, 2 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator p/ acórdão.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: O Município do Rio de Janeiro promoveu, perante a 2ª Vara da Fazenda Estadual, Ação Pública Civil contra Maurício Eiras Araújo e outros, visando o desapossamento de área de terra marginal de proteção ambiental da Tijuca. O juiz de primeiro grau concedeu a liminar, determinando a remoção dos posseiros. Maurício Eiras Araújo impetrou mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça daquele Estado, visando à concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento que manifestou e atacando a validade do ato judicial, por ferir-lhe direito líquido e certo. A “li-

minar”, na segurança, foi concedida, para sustar o desapossamento, com o deferimento do *writ*, a final.

Irresignado, o Município, interpôs recurso especial, embasado nos permissivos das letras **a** e **c**, sobre alegar afronta ao artigo 5º, II, da Lei nº 1.533/51, artigo 460 do Código de Processo Civil, artigo 12 da Lei nº 7.343/85 e dissenso com a Súmula 512 do STF.

Admitido na origem, nesta instância, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

OS SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): A hipótese pertine a um mandado de segurança concedido, originariamente, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e que “cassou liminar deferida” em Ação Civil Pública promovida pelo Município do Rio de Janeiro, pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual. A Ação visava a desocupação, por inúmeros posseiros, de áreas invadidas na faixa marginal da Lagoa da Tijuca.

Irresignado com o deferimento da segurança, o Município vencido manifestou recurso especial, com arrimo nos permissivos das letras **a** e **c**, acoimando, o acórdão, de ofensivo ao artigo 5º, II, da Lei nº 1.533, de 1951, artigo 460 do Código de Processo Civil, artigo 12 da Lei Federal

nº 7.347, de 1985, além de conflitar com a Súmula 512 da Suprema Corte de Justiça. Aduz, para sustentar os fundamentos de sua inconformação, que se concedeu segurança contra ato judicial passível de recurso (artigo 5º, II, da Lei nº 1.533/51), e se conferiu, ao **mandamus**, julgamento **extra petita**, pois, o que se postulou, com ele, foi o conferimento de efeito “suspensivo” ao agravo de instrumento interposto contra “liminar” na Ação Pública Civil, sem atacar-lhe o “mérito”, ou os seus fundamentos essenciais.

Estou em que não tem razão, o recorrente, a não ser na parte referente ao dissenso com a Súmula da Suprema Corte, como se verá, a seguir.

Com efeito, no **mandamus**, como deflui claramente da inicial, não se pretendeu, apenas, a concessão de efeito suspensivo, ao agravo de instrumento. Ali, se atacou a validade da própria decisão judicial (liminar na Ação Pública Civil), acoimando-se-lhe de ilegal, por afrontar direito líquido e certo e pleiteou-se a manutenção dos impetrantes, na posse dos respectivos imóveis, atribuindo-se, ainda, à impetração, a feição preventiva. É o que se observa dos termos da inicial, na qual se inscreveu: “o direito líquido e certo a ser assegurado (a garantia de efeito suspensivo ao agravo de instrumento) é demonstrado de plano, configurado ainda no justo receio de o impetrante e dos demais posseiros serem despojados da posse do imóvel que ocupam faz vários anos, por via

de ação imprópria (laudo técnico incluso) e removidos para imóvel pertencente a empresa subsidiária da Carvalho Hosken, contra quem litiga. Daí, também, decorrer o conteúdo preventivo desta segurança. E não é só: uma vez incomprovado o dano ambiental, a liminar concedida viola frontalmente direito líquido e certo do impetrante e dos demais réus da indigitada ação, consubstanciado no artigo 508 do Código Civil, que nada tem a ver com os interditos, ações possessórias ou similares, incabível medidas liminares, exigindo sentença definitiva que complete a cognição. Por todos esses motivos, o impetrante pede e espera seja concedida a presente segurança e a respectiva “liminar”, assegurando-o e aos demais posseiros a posse da área de terra em questão, como imperativo dos melhores princípios de direito e superiores interesses da justiça” (folhas 06 e 07).

Como se observa, o pedido, na impetração, foi abrangente: pediu-se o efeito suspensivo, ao agravo e pleiteou-se, ainda, a permanência na posse das terras, desafiando a “liminar” (o ato judicial atacado), denominando-o de ilegal e afrontoso a direito líquido e certo (artigo 508 do Código Civil). Portanto, o deferimento da segurança, suspendendo os efeitos do ato judicial malsinado, se conteve nos estreitos limites do “pedido”, sem se desbordar para o julgamento **extra petita**. Não vejo, pois, configurada a alegada ofensa ao disposto no artigo 460 do Cód-

igo de Processo Civil, que, aliás, sequer foi prequestionado, mesmo por via dos embargos declaratórios, como é de jurisprudência cediça, nesta egrégia Turma.

Quanto à alegativa de ofensa ao artigo 5º, II, da Lei nº 1.533/51, desmerece considerada, porquanto, é remansosa a jurisprudência que permite a impetração de segurança contra ato judicial, passível de recurso, com abrandamento da compreensão da Súmula nº 267 do Preτόrio Excelso.

No pertinente à desafeição ao artigo 12 da Lei nº 7.347/85, válidas são as observações do Ministério Público: Em se tratando de Ação Civil Pública baseada em dano ao ecossistema e já que a ocupação se dá em área marginal de proteção ambiental, embora seja facultado ao Juiz, a concessão de “liminar”, entretanto, como a aferição daquele dano depende de perícia especializada, razoável se nos afigura a decisão que, longe de conceder a desocupação e remoção, procura manter o **status quo**, até final sentença, a fim de evitar danos irreparáveis (folha 240).

Demais disso, uma só motivação bastaria como empeço inarredável ao deferimento do recurso (e consequente concessão da segurança). É que, o mérito de todas estas questões jurídicas e fáticas já teve deslinde quando do julgamento do agravo regimental interposto contra a decisão concessiva de “liminar”, na presente segurança. O acórdão, no agravo regimental, restou inata-

cado, através do recurso próprio, transitando em julgado. A discussão sobre ser ou não possível a concessão de segurança para cassar a “liminar”, na ação civil pública — se existiam ou não, os pressupostos configuradores — envolve matérias fáticas e jurídicas “preclusas”. E, segundo a jurisprudência cristalizada, em Súmula, na Corte Suprema, não cabe mandado de segurança contra decisão com trânsito em julgado (verbete 268).

No dizente à imposição de honorários advocatícios, em sede de mandado de segurança, há conflito com a Súmula 512 do STF e com a jurisprudência desta Corte.

Conheço, pois, do recurso, pela letra c do admissivo constitucional, e dou-lhe provimento, em parte, para afastar a condenação em honorários advocatícios.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.973-0 — RJ — (91.0012409-5) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Relator p/Acórdão: O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Recte.: Município do Rio de Janeiro. Advogados: Alexandre Nery Brandão e outro. Recdo.: Maurício Eiras Araújo. Advogado: Walter Elycio Borges Tavares. Sustentou oralmente a Dra. Luiza Rangel de Moraes, pelo Recorrente.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Relator dando parcial

provimento ao recurso, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira (em 01.12.93 — 1ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Cuida-se de Mandado de Segurança interposto contra ato judicial.

Nos autos de ação civil pública, movida pelo Município do Rio de Janeiro, o MM. Juiz de Primeiro Grau, fincado no permissivo contido no Art. 12 da Lei 7.347/85, concedeu medida liminar.

Um dos réus impetrou Mandado de Segurança, contra a decisão liminar.

O E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu a Segurança.

No voto formador do V. Acórdão concessivo da Segurança, o E. Desembargador relator esclarece, **in verbis**:

“Sucede que o presente Mandado de Segurança não tem como finalidade, estritamente, aquele efeito suspensivo. Este aparece por via de consequência. O *writ* não menciona aquele efeito, nem sobre o tema fazem considerações o informante e o assistente.

O Mandado é realmente contra a liminar do Ilustrado Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital, proferida com base no Art. 12 da Lei nº 7.347, de 85". (Fl. 216)

A partir desta explicitação, o Acórdão passou a afirmar que a execução da liminar causaria danos irreparáveis aos demandados na ação civil pública.

Logo após, o Aresto reconhece que as questões agitadas pelas partes estão envolvidas em fatos complexos, a demandarem provas orais e periciais.

Afirma que diante de semelhante complexidade, o Juiz não deveria ter concedido a liminar.

Percebo nesta passagem, uma contradição: se as questões, por dependerem de prova, não podiam ser examinadas no preâmbulo da ação civil pública, como pode o Tribunal conhecê-las na sede mais estreita do Mandado de Segurança?

Vejo, ainda, outra deficiência:

Sabemos todos que a concessão de Mandado de Segurança tem como pressuposto um ato estatal, praticado com ilegalidade.

Aqui, o deslinde há que partir de uma questão nuclear, a saber: É lícito ao Juiz, no processo da Ação civil pública, adotar providências liminares?

Se a Lei outorga ao Magistrado, o poder cautelar liminar, a Segurança haverá de ser denegada.

A resposta encontra-se no Art. 12 da Lei 7.347/85, nestes termos:

“Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.”

O art. 12 outorga ao Juiz, competência para — movido por livre convicção e partindo dos fatos que lhe são postos — adotar, liminarmente, providências cautelares.

Na hipótese, o Magistrado, apreciando os danos potenciais ao meio ambiente e a situação dos demandados, entendeu que a profilaxia das lesões requeria medidas emergenciais.

Certo ou errado, este foi o convencimento do Juiz, frente à prova dos autos.

Certa ou errada, a providência do Juiz manteve-se nos limites de sua competência legal.

Reformar o ato, somente é possível, mediante agravo previsto no corpo do Art. 12, ao qual se poderia ter emprestado efeito suspensivo (Art. 14).

Substituir aquele agravo pelo remédio heróico do Mandado de Segurança é **data venia**, subverter a ordem processual. Tanto mais, quando a concessão da segurança toma como alicerce uma série de conjeturas.

Peço licença para, finalmente, discordar do E. Relator, na assertiva de que a decisão relativa ao

agravo regimental transitou em julgado, prejudicando o exame do mérito.

O agravo regimental teve como objeto único, a concessão da liminar, neste processo de Mandado de Segurança.

O acórdão que o resolveu acertou, apenas, que a liminar fora bem concedida, pelo Relator. Nada adiantou, em relação ao mérito. A preclusão que dele resultou em nada afetou a questão de fundo.

Por estas razões, atrevo-me em discordar do E. Relator, para indeferir a Segurança.

Dou provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, peço vênua para acompanhar o voto do eminente Ministro Humberto Gomes de Barros. Porém, deixo registrado que a dispensa da justificação (art. 12), confronta, hoje, o texto constitucional, que exige decisões administrativas ou judiciais motivadas.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, peço vênua a V. Exa. para acompanhar o Eminente Ministro Humberto Gomes de Barros.

Entendo que o artigo 12, como bem salientou o Eminente Ministro

Humberto Gomes de Barros, dá poderes ao Juiz de conceder a liminar na ação civil pública e, neste caso, parece-me ser caso típico de liminar.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Mas ele concedeu a liminar satisfativa que a lei impede.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mesmo ela sendo satisfativa, podia e devia ter sido concedida, porque se não fosse concedida esta liminar, continuariam as invasões, as construções. E, como bem salientou o Eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, o mandado de segurança foi impetrado não para dar efeito suspensivo, mas para atacar a própria liminar e para esse efeito não caberia.

Quero também discordar do Eminente Ministro Milton Luiz Pereira, quando S. Exa. cita o artigo 12, que diz: "Poderá o Juiz conceder mandado liminar com ou sem justificação prévia". Também entendo como o Sr. Ministro Humberto, pois aqui não se trata de fundamentação, trata-se de justificação, a exemplo do que acontece nas ações possessórias, o Juiz poderia fazer uma justificação prévia, ouvindo testemunhas, juntando documentos etc., para depois conceder. Aqui ele pode fazer isso sem a justificação prévia, mas não quer dizer que ele possa conceder a liminar sem motivação.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.973-0 — RJ — (91.0012409-5) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Relator p/ Acórdão: O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Recte.: Município do Rio de Janeiro. Advogados: Alexandre Nery Brandão e outro. Recdo.: Maurício Eiras Araújo. Advogado: Walter Elysis Borges Tavares.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, venci-

do o Exmo. Sr. Ministro Relator, deu provimento ao recurso (em 02.03.94 — 1ª Turma).

Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

(*)RECURSO ESPECIAL Nº 15.614-0 — SP

(Registro nº 91.0021087-0)

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

Recorrente: *Municipalidade de São Paulo*

Recorrido: *Alcides Trindade*

Advogados: *Drs. Arnaldo Penteado Laudisio e outros, e Helenice Dall'Oco A. Xande Nunes e outro*

EMENTA: Responsabilidade civil. Servidor Público. Denúnciação à lide. Artigo 70, III do CPC. Nada impede que a Administração Pública denuncie à lide na qualidade de terceiro o seu funcionário na forma estabelecida no artigo 70, inciso III do CPC. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maio-

ria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Peçanha Martins, que fará juntar voto, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante

(*) Republicado por ter saído com incorreção na Revista nº 58, páginas 260/268.

do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Brasília, 06 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A questão foi assim exposta no Juízo de 1º grau:

“Alcides Trindade promoveu demanda em face da Municipalidade de São Paulo, pelo procedimento comum sumaríssimo, alegando que é proprietário do automóvel VW 1974, azul, placas DY 8408. No dia 22 de maio de 1988 transitava pela Marginal Esquerda do Tietê, por volta das 17,00 horas quando, após a ponte da Freguesia do Ó, sofreu colisão com o veículo de carga 1980, placas 2184, de propriedade da ré, por culpa exclusiva de seu motorista que chocou-se em sua traseira, projetando-o sobre o veículo que estava à frente. O veículo da ré transitava sem os necessários equipamentos de segurança e os devidos cuidados. Pede, em consequência, seja a ré condenada a pagar-lhe o que terá que despende, orçado em Cz\$ 416.000,00, devidamente atualizado, com demais cominações legais.

Contestando, a ré requereu em preliminar denunciação da lide ao seu motorista e, no mérito, atribuiu culpa ao próprio autor que estancou abruptamente, com a pista molhada, não logrando seu preposto frenar a tempo. Caso procedente, a importância pretendida supera o valor do veículo, devendo, pois, ser arbitrada (fls. 37/39).

Indeferida a denunciação (fls. 36), foram ouvidas duas testemunhas do autor (fls. 47/48) e, aos debates, compareceu apenas o procurador do autor, tendo insistido na procedência diante da prova (fls. 53).” (fls. 55/56)

Veio então, o nobre Juiz a julgar procedente o pedido para condenar a Municipalidade a indenizar o autor da ação.

No duplo grau de jurisdição, o agravo retido da Municipalidade que se insurgia contra o indeferimento do pedido de denunciação da lide de seu motorista veio a ser rejeitado, mantida a sentença.

Inconformada, recorreu a Municipalidade com espeque nas letras a e c da previsão Constitucional, sob alegação de que o v. acórdão impugnado negara vigência ao artigo 70, inciso III do CPC e divergira de julgados que indica, posto que tem direito de regresso assegurado pela Constituição Federal e deveria fazer, e de fato o fez, a denunciação da lide.

Foi o recurso inadmitido. Irresignada, agravou a Municipalidade.

Provi o agravo para melhor exame da demanda. Ouvida, opinou a dou-
ta Subprocuradoria-Geral da Repú-
blica pelo provimento do recurso.

É este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Com base nessa norma constitucional, a Municipalidade de São Paulo denunciou à lide o seu motorista, envolvido no acidente de trânsito. Tal pretensão veio a ser indeferida nas instâncias ordinárias, à consideração de que a Municipalidade poderia usar a via de regresso. Tudo bem. Sucede, que nada impedia a Municipalidade de denunciar à lide na qualidade de terceiro o seu motorista na forma estabelecida no inciso III do artigo 70 do CPC. E foi o que ela fez acertadamente **data venia**. Aliás, esta Turma contra o voto do em. Ministro Peçanha Martins no REsp 4.338, publicado na RSTJ nº 40/pág. 285, Relator o em. Ministro Américo Luz assim decidiu:

“Processual Civil. Servidor público. Ação indenizatória. Responsabilidade civil. Denúnciação da lide. Art. 70, III, do CPC.

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

Recurso provido.”

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido a fim de que se profira nova decisão a partir do indeferimento da denúnciação da lide.

É o meu voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, fico vencido, farei juntar voto que proferei em caso semelhante.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL
Nº 4.338 — SP

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Cuida-se, no caso, de recurso especial manifestado contra acórdão da Egrégia 2ª Câmara Civil do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, que, julgando agravo de instrumento requerido pela Fazenda do Estado, indeferiu a denúnciação à lide do seu funcionário, pleiteada em ação ordinária de indenização proposta por Alexandrino Alves Camilo e outros.

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

Data maxima venia tenho opinião divergente.

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

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

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

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

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

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

“Art. 74. Feita a denunciação pelo autor, o denunciado, comparecendo, assumirá a posição de li-

tisconsorte do denunciante e poderá aditar a petição inicial, procedendo-se em seguida à citação do réu.”

“Art. 75. Feita a denunciação pelo réu:

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

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

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

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

Os fundamentos das demandas do Estado e do denunciado à lide não são os mesmos. E a responsabilidade objetiva do Estado foi estabe-

lecida em favor do A., que não pode ser obrigado, no processo, a provar culpa ou dolo do agente público ou ver retardado o julgamento da lide pelo exercício do seu direito de ampla defesa.

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

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 15.614-0 — SP — (91.0021087-0) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. — Recente.: Municipalidade de São Paulo.

Advogados: Arnaldo Penteado Laudisio e outros. Recdo.: Alcides Trindade. Advogados: Helenice Dall’Oco A. Xande Nunes e outro.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, vencido o Sr. Ministro Peçanha Martins, que fará juntar voto (em 06.12.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS.

RECURSO ESPECIAL Nº 20.557-1 — RJ (Registro nº 92.0007000-0)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Delta Comércio e Representações Ltda.*

Advogados: *Fábio Coutinho Kurtz, Mário Luiz O. da Costa e outros*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Procurador: *Milbert Macau*

EMENTA: *Tributário. Importação. ICMS. Recolhimento antecipado. Fato gerador. Convênio ICM 66/88. Artigo 34, § 8º, do ADCT. Artigo 1º do Decreto-Lei nº 406/68.*

— Até que Lei Complementar seja editada, prevalece o disposto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 406/68, diploma legal recepcionado pela vigente Constituição Federal, não prevalecendo a exigência de recolhimento do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro previsto no Convênio nº 66/88.

— Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

— Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Brasília, 16 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto por *Delta Comércio e Representações Ltda.*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas a, b e c, da Constituição Federal, contra decisão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, guarnecida pela seguinte ementa:

“Processual Civil — Embargos de Declaração.

I — Inexiste bitributação, pois o imposto de importação tem como fato gerador a entrada do produto estrangeiro no território nacio-

nal e o ICMS o recebimento desse produto pelo importador, que são momentos distintos.

II — A Lei Estadual nº 1.423, de 28.01.89, definiu o fato gerador do ICMS.

III — Embargos de declaração improvidos.”

Alega a recorrente que o v. acórdão negou vigência ao Decreto-Lei nº 406/68; julgou válida a determinação do artigo 2º, II, e § 6º, da Lei Estadual nº 1.423/89, contestada em face da Lei Federal (DL 406/68, além de dissídio jurisprudencial.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 111/113, manifestou-se pelo conhecimento mas não provimento do apelo especial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor Presidente, no regime da Constituição anterior, a questão foi exaustivamente apreciada pelos Tribunais Superiores, tornando-se a jurisprudência pacífica no antigo TFR e cristalizada em Súmula do egrégio Supremo Tribunal Federal, segundo a qual:

“Na importação de mercadorias do exterior, o fato gerador do ICM ocorre no momento de sua entrada no estabelecimento do importador” (Súmula nº 577).

Novas dúvidas, entretanto, foram suscitadas com o advento da Constituição de 1988, que no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispõe no seu art. 34, 8º:

“Art. 34. (omissis)

.....
§ 8º — Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.”

De fato, com fundamento nesse permissivo constitucional, foi celebrado o Convênio ICM 66/88, prevendo que o fato gerador do imposto ocorre “na entrada no estabelecimento ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bens, importados do exterior”. De outra parte, a Lei Estadual nº 1.423/89 também estabeleceu que o fato gerador do imposto ocorre “no recebimento pelo importador de mercadoria ou bens importados do exterior” (art. 2º, V, da citada lei).

O cerne da questão ora suscitada, portanto, está em saber se essas disposições contidas no convênio e lei estadual citados encontram base constitucional e legal, conforme concluiu o aresto guerreado, ou se

ja, se o fato gerador de mercadoria importada é a entrada no estabelecimento ou no território nacional. Entendo que nem o convênio e nem a Lei nº 1.423/89, poderiam dispor sobre a ocorrência do fato gerador do imposto, alterando disposições do DL nº 406/88 e do Código Tributário Nacional, recepcionadas pela atual Constituição. Na ausência de lei complementar, os Estados só poderão celebrar convênio para regulamentar provisoriamente o ICM, no que diz respeito às lacunas existentes e sobre matéria tratada em dispositivos de lei complementar que não foram recepcionados pela Carta Magna. É de aplicar-se, portanto, a legislação anterior, quando não for esta incompatível com as disposições do novo texto constitucional.

Ora, a teor do disposto no art. 146, III, letra a, da CF, somente a lei complementar poderá estabelecer normas gerais sobre o fato gerador, não podendo ser, dessarte, conferido este poder aos Estados, por delegação.

Nesse sentido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dominante, caminham no sentido oposto ao do acórdão recorrido.

Sobre o tema, **Ives Gandra Martins** faz os seguintes comentários:

“Na falta de lei complementar editada para a instituição do ICMS no prazo de sessenta dias contados da promulgação da *Constituição*, as disposições tran-

sitórias autorizam os Estados, a fixar *normas* para regular provisoriamente a matéria. Tal autorização, à evidência, só pode versar sobre as lacunas existentes e sobre os dispositivos da lei complementar anterior não recepcionados. Entretanto, o dispositivo entusiasmou de tal forma os senhores Secretários da Fazenda dos Estados que eles produziram um convênio inconstitucional (66/88), com características de confuso regulamento. Não há nele nem estrutura, nem perfil de lei complementar.” (in Sistema Tributário na Constituição de 1988, São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 288).

De outra parte, nesta Colenda Corte, as egrégias Primeira e Segunda turmas decidiram no mesmo sentido:

“ICMS. Exigibilidade antecipada. Convênio nº 66/88.

Não editada a Lei Complementar necessária à instituição do ICM prevalecem as disposições contidas no DL nº 406/68, recepcionadas pela vigente Constituição Federal. Os Estados e o Distrito Federal, mediante convênios, só poderão fixar normas para regular provisoriamente a matéria nas lacunas existentes e sobre os dispositivos da lei complementar não recepcionados. Não prevalece, portanto, a exigência do recolhimento do ICM por ocasião do desembaraço aduaneiro introduzido pelo Convênio nº 66/88.

Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 14.410-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, in DJ de 06.12.91).

“Tributário. Importação. ICMS. Recolhimento antecipado. Fato gerador. Convênio ICM 66/88. Art. 34, § 8º, do ADCT. Artigo 1º do Decreto-Lei nº 406/68.

— Até que Lei Complementar seja editada, prevalece o disposto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 406/68, diploma legal recepcionado pela vigente Constituição Federal, não prevalecendo a exigência de recolhimento do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro previsto no Convênio nº 66/88.

— Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

— Recurso provido.” (REsp nº 15.922-0-RJ, de minha relatoria, in DJ 19.10.93).

Com a promulgação da nova Constituição Federal, à luz do disposto no § 8º, do artigo 34, do ADCT, portanto, não é de se entender que tenha sido derogado o item II, do artigo 1º, do DL nº 406/68, nem deixado de prevalecer a orientação contida na Súmula nº 577-STF.

Isto posto, mantendo tal entendimento, dou provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.557-1 — RJ — (92.0007000-0) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Hélio Mosimann. Recte.: Delta Comércio e Representações Ltda. Advogado: Fábio Coutinho Kurtz. Recda.: Fazenda Nacional. Advogado: Milbert Macau.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento nos termos do voto do

Sr. Ministro-Relator (em 16.05.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 21.396-8 — RS

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *João Tadeu Ramos de Oliveira*

Recorridos: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Ave-
lino Leite*

Advogados: Drs. Alceu Ferreira Nunes e José de Oliveira Ramos Neto

EMENTA: *Júri. Quesitos. Contradição.*

Reconhecimento da circunstância qualificativa do motivo fútil (art. 121, § 2º, II, do CP) e, ao mesmo tempo, da circunstância atenuante da influência de violenta emoção (art. 65, III, c, in fine).

A qualificadora do “motivo fútil” pode coexistir com a atenuante da influência de violenta emoção. Não vai contra a experiência cotidiana o deparar-se com indivíduos portadores de uma sensibilidade à flor da pele que, por razões insignificantes, são impedidos à prática de crimes, quando provocados.

Não se deve confundir a circunstância atenuante em foco (“sob influência de violenta emoção”) com a causa de diminuição de pena do art. 121, § 1º (“sob o domínio de violenta emoção”). Só esta última apresenta real incompatibilidade com a qualificadora do motivo fútil.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Flaque Scartezzini, José Dantas e Costa Lima.

Brasília, 24 de junho de 1992 (data de julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente (este acórdão deixa de ser assinado por motivo de licença do Min. Presidente). Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através de sua Primeira Câmara Criminal, negou provimento à apelação de João Tadeu Ramos de Oliveira, confirmando decisão do Tribunal do Júri que o condenou à pena de doze anos de reclusão por crime previsto no art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Inconformado, recorre o réu, com fulcro no art. 105, III, letras a e c do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência ao art. 564, parágrafo único do CPP, e divergência com jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal.

O recurso especial subiu em razão de provimento que dei ao agravo contra o despacho que o inadmitira.

Nesta instância a douta Subprocuradoria da República, em parecer da lavra do Dr. Edinaldo de Holanda, opina pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Postula o recorrente a anulação do julgamento por entender que houve contradição nas respostas, por parte do Conselho de Sentença, ao admitir a qualificadora do motivo fútil e, ao mesmo tempo, a circunstância atenuante da violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

É que os jurados, na resposta ao 8º quesito, reconheceram e qualificadora do motivo fútil. Todavia, na resposta ao 9º, reconheceram a existência de atenuante, e, ao responder o 10º, especificaram a atenuante da violenta emoção.

Diz o acórdão, no particular:

“

Não houve contradição dos jurados ao terem reconhecido a ocorrência de homicídio qualificado por motivo fútil e a da atenuante genérica de haver o réu cometido o crime sob violenta emoção provocada por ato injusto da vítima.

Não surgiu evidente incompatibilidade com a resposta afirmativa dessa circunstância legal, que somente serve para reduzir a pena-base fixada pela prática do delito qualificado”. (Fls. 139/140).

O dissídio realmente não ficou caracterizado. O recorrente não cumpriu as exigências do art. 255, § 1º, do Regimento Interno desta Corte, sendo que a citação de acórdão, a fls. 144, (RHC 57.067 do STF) não corresponde ao texto dos repositórios citados (RT 545/431 e DJ de 18.06.79, p. 4.735): a RT pública, no local indicado, acórdão referente ao HC 58.064-5, que não cuida da violenta emoção; no DJ indicado, consta ementa relativa ao RHC 57.067, mas também esta não corresponde ao texto citado no recurso e não cuida da violenta emoção.

Pela letra a (negativa de vigência ao art. 564, parágrafo único, do CPP), o êxito do recurso dependerá de se poder reconhecer contradição nas respostas dadas aos quesitos 8º a 10º, acima referidos.

O acórdão negou essa contradição. Há, porém, julgados, não referidos no recurso, que reconhecem a incompatibilidade entre o motivo fútil e o estado de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima. Assim se decidiu, por exemplo, no HC 61.490, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek (RTJ 109/131). Não obstante, examinando, de modo mais específico, o confronto entre a circunstância qualificativa do motivo fútil

e a circunstância atenuante genérica da violenta emoção, decidiu a mesma 2ª Turma do STF, Rel. Min. Cordeiro Guerra, pela inexistência de contradição, como consta desta ementa:

“ — Júri. Quesitos. Reconhecimento da circunstância qualificativa do motivo fútil (art. 121, § 2º, II, do CP) e da circunstância atenuante genérica (art. 48, IV, c, segunda parte) não importa em contradição a justificar a nulidade do julgamento.

Não há confundir a atenuante genérica mencionada com a causa especial de diminuição da pena do art. 121, § 1º, do Código Penal.

RE conhecido e provido”. (RTJ 94/436).

Este último acórdão, aliás, se apóia em parecer por mim emitido, como Subprocurador-Geral da República, do qual extraímos o seguinte tópico:

“

4 — A circunstância qualificativa do “motivo fútil” pode, segundo pensamos, coexistir perfeitamente com a atenuante da violenta emoção. Não vai contra a experiência da vida cotidiana o deparar-se alguém com indivíduos, portadores de uma sensibilidade à flor da pele, que se deixam inflamar por razões verdadeiramente insignificantes, co-

locando-se na situação do art. 48, IV, c, do CP. E se, no impulso, cometem o crime, podem, concomitantemente, estar agindo por motivo fútil.

5 — Tomemos este tópico de **Anibal Bruno**, para demonstração do que acima ficou dito:

“Motivo fútil é aquele pequeno demais para que na sua insignificância possa parecer capaz de explicar o crime que dele resulta. O que acontece é uma desconformidade revoltante entre a pequenez da provocação e a grave reação criminosa que o sujeito lhe impõe. A um leve gracejo de um companheiro o agente responde com uma facada que o mata; vê uma criança colhendo uma laranja no seu quintal e a abate com um tiro. O que o Código toma em conta é essa estranha insensibilidade, esse desprezo pela vida alheia, que o agente revela na inconseqüente motivação do seu comportamento.” (Crimes contra a pessoa, Ed. Rio, 3ª Ed., p. 78).

Parece-nos óbvio que, se “um leve gracejo” pode inegavelmente constituir — muitas vezes, de fato constitui — provocação injusta e também causa de tão violenta quanto desproporcionada reação, não há como negar, em tese, pelo menos nesse exemplo, a possibilidade de conjugação, no mesmo comportamento, da futilidade do motivo com a influência de

forte emoção provocada por ato injusto da vítima.

Tudo dependerá, em cada caso, do temperamento do próprio agente”. (RTJ 94/438).

Não vendo razão para, agora, mudar de orientação, reafirmamos aquele entendimento. Contradição, haverá, certamente, entre a qualificadora do motivo fútil e a causa de diminuição “sob o domínio de violenta emoção”. Não entre aquela e a mera circunstância atenuante “sob influência de violenta emoção”, hipótese destes autos.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Sr. Presidente, gostaria de acrescentar uma palavra à questão, inobstante o voto do Sr. Ministro Relator ter exaurido a matéria.

Já que S. Exa., extra-voto, disse que o jurado não está na obrigação de julgar milimetricamente de acordo com o texto mas de acordo de sua compreensão do fato, acrescentaria que, conforme minha experiência quanto ao júri, quando o jurado responde à atenuante genérica é porque quer abrandar a pena a ser aplicada.

Daí a dificuldade de encontrar-se qual das atenuantes a considerar, em correspondência à amenização da pena desejada pelo júri. Pelo que, há levar-se possível contra-

dição e fixar-se que é da mecânica do júri o jurado exercer a justiça mais brandamente, numa espécie adjutória à aplicação da pena pelo juiz togado.

Com essas considerações, adiro, inteiramente, ao voto do Sr. Ministro Relator, bem posto em recusar a alegada incompatibilidade entre o motivo fútil, qualificadora, e a violenta emoção, atenuante.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.396-8 — RS — Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo.

Recte.: João Tadeu Ramos de Oliveira. Adv.: Alceu Ferreira Nunes. Recdos.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Avelino Leite. Advogado: José de Oliveira Ramos Neto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 24.06.92 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Edson Vidigal, Flaquer Scartezzini, José Dantas e Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

RECURSO ESPECIAL Nº 24.238-5 — GO

(Registro nº 92.0016738-1)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Companhia Níquel Tocantins*

Recorridos: *Jonas da Mota Bastos e cônjuge*

Advogados: *Agrício Martins Borges e Custódio Carvalho Peres e outro*

EMENTA: *Usucapião. Ânimo de dono. Tentativa de aquisição do imóvel.*

O fato de o possuidor reconhecer a existência de um titular da propriedade, junto ao qual pretendia regularizar o domínio, não significa que ele exerça a posse sem ânimo de dono.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a se-

guir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, em 17 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR,
Presidente. Ministro RUY ROSADO
DE AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Cuida-se de ação de usucapião proposta por Jonas da Mota Bastos e sua mulher contra Companhia Níquel Tocantins, julgada procedente no juízo singular.

Apelou a contestante, proprietária do imóvel, alegando ausência de **animus domini** dos antecessores dos apelados e, por conseqüência, a impossibilidade da **accessio possessionis**, para o fim pretendido. No caso, os primitivos possuidores, que por longos anos exerceram a posse do imóvel, solicitaram ao instituto de desenvolvimento agrário a regularização do domínio, com o que teriam reconhecido a propriedade de outrem, fato suficiente para afastar, no entendimento da contestante, o ânimo de dono.

A 1ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível do eg. Tribunal de Justiça de Goiás, à unanimidade, negou provimento à apelação, sob a seguinte ementa, **verbis**:

“Usucapião. Animus domini. Ato translativo de posse. Domínio. Para efeito de usucapião, não se exige que do documento translativo da posse conste que os cedentes exerciam-na com **animus domini**, por ser condição subjetiva e abstrata.

A tentativa de regularização do domínio, por parte do possuidor, não afasta o **animus domini**, a menos que se aniquile a própria essência do instituto de usucapião extraordinário.

Apelação conhecida, mas improvida.” (fls. 194)

Rejeitados os embargos declaratórios (fls. 205/209), interpôs a Companhia Níquel Tocantins recurso especial, pelas alíneas a e c do permissor constitucional, sob a alegação de contrariedade aos arts. 550 e 552 do CC, além de dissídio jurisprudencial com aresto do eg. TJPR. Em suma, renova as questões relativas ao **animus domini** e à impossibilidade de **accessio possessionis**, aduzindo que “o ânimo de dono, na realidade, exclui qualquer submissão do possuidor a direito de outrem. Desde que a posse do possuidor dependa de direito de terceiro, estará ele possuindo com base nesse direito e não em fato próprio. E ainda porque, no segundo caso, permite a união de posses de naturezas diversas, ou seja, de simples posses para fins de interditos a posse **ad usucapionem**, a posse qualificada. E isso é ofensivo à lógica jurídica.” (fls. 211/218)

Admitido o apelo especial pela il. Presidência do Tribunal **a quo** (fls. 231/234), opinou a douta Subprocuradoria Geral da República pelo seu não conhecimento (fls. 239/242).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): O v. acórdão está assim fundamentado, *litteris*:

“Para a aquisição do domínio, pelo usucapião, é indispensável que a posse seja: com **animus domini**, contínua, isto é, sem interrupção durante o tempo definido em lei, tranqüila, mansa, pacífica e incontestada. Presentes tais requisitos, não há como não reconhecê-lo ao possuidor.

No caso em apreço, todos esses requisitos encontram-se presentes.

A alegação da apelante de não constar dos atos translativos da posse que os cedentes a exerciam com **animus domini**, é de todo insubsistente. O **animus domini**, como é de sabença trivial, é condição subjetiva, abstrata, que não se transmite por documento escrito. É a intenção de ter a coisa como sua, que se exterioriza por atos de verdadeiro dono.

Por outro lado, o fato de ter um dos antecessores dos apelados procurado o Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás — IDAGO — para regularizar o domínio sobre o imóvel não afasta o **animus domini**, pois o poder de fato sobre a coisa, à vista de todos, não se confunde com o domínio.

A exegese da apelante, neste particular, **data venia**, é angus-

ta. Acolher sua tese, afastando o **animus domini**, seria aniquilar com o próprio instituto do usucapião que, na dicção do art. 941 do Cód. de Pr. Civil, é o procedimento próprio do possuidor para ver reconhecido seu domínio sobre um imóvel.

Logo, se a posse dos apelados era exercida com a intenção de dono, legítima sua pretensão de crescer à sua a de seus antecessores para contar o tempo exigido pelo art. 550 do Código Civil.” (fls. 196/197)

O recurso não merece prosperar.

Não se pode reexaminar agora a questão relativa à existência ou não do ânimo de dono, matéria de fato analisada a contento nas instâncias ordinárias.

O v. acórdão partiu da premissa fática de que havia, por parte dos possuidores, o propósito de possuir a gleba como sua. Esse raciocínio não pode ser eliminado pelo fato, também admitido no acórdão, de que o possuidor anterior pretendia, em certa época, regularizar a sua situação, junto ao órgão incumbido de executar a política agrária no Estado. Isto porque não são incompatíveis, de um lado, a idéia de que o imóvel é de propriedade alheia, e de outro, o ânimo de possuí-lo como seu. O que interessa é existir no possuidor o propósito de exercer a posse com exclusão do eventual titular do domínio, cuja existência pode ser amplamente reconhecida. Um dos requisitos da

ação de usucapião é a citação daquele em nome de quem está registrado o imóvel; vencedora a tese da apelante, a satisfação deste requisito processual já acarretaria o reconhecimento da inexistência do ânimo de dono.

No que toca ao dissídio com o aresto *in* RT 316/481, do Eg. Tribunal de Justiça do Paraná, melhor sorte não socorre à recorrente, pela dessemelhança de situações. Tratou-se ali da situação de posseiros, simples ocupantes de gleba do Estado, aos quais se negou o ânimo de dono.

Pelo exposto, não existindo ofensa a dispositivo legal, nem dissídio jurisprudencial, não conheço do recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.238-5 — GO — (92.0016738-1) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recente.: Companhia Níquel Tocantins. Advogado: Agrício Martins Borges. Recdos.: Jonas da Mota Bastos e cônjuge. Advogados: Custódio Carvalho Peres e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 17.05.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 24.893-4 — RO (Registro nº 92.0017976-2)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Márcio Cunha Borges*

Advogados: *Drs. José Perdiz de Jesus e outros*

Recorrentes: *Paulo Whately Sack e outros*

Advogados: *Drs. Erasmo Valladão A. N. França e outros*

Recorrido: *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA*

EMENTA: *Recurso especial. Dissídio pretoriano. Paradigma do extinto T.F.R. Prestabilidade para a sua comprovação.*

Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Indenização. Deságio dos TDA's.

I — Os acórdãos do extinto Tribunal Federal de Recursos prestam à comprovação do dissídio para fins de interposição de recurso especial.

II — No cálculo da indenização, decorrente de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, não se inclui o deságio dos Títulos de Dívida Agrária.

III — Recursos especiais conhecidos, mas desprovidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer dos recursos e, no mérito, por maioria, negar-lhes provimento. Vencido o Sr. Ministro Américo Luz.

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

Impedido o Sr. Ministro José de Jesus.

Brasília, 15 de dezembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Decidiu, em suma, o acórdão do Egrégio Tribunal a quo, em ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, que “a indenização pelo deságio dos TDA’s, comercializados de imediato, não tem base legal” (fls. 291 e fls. 312).

Contra esse decisório, dois recursos especiais foram interpostos: o primeiro (fls. 374-399), por Márcio Cunha Borges, com fundamento nas letras a e c do permissivo constitucional, sob alegação de negativa de vigência ao art. 105, § 1º, da Lei nº 4.504/64 e dissídio jurisprudencial; e o outro (fls. 497-503), por Paulo Whately Sack e Vicente Nelson Giovanni Mazarella, com apoio na letra c do permissivo constitucional, alegando dissídio pretoriano.

Sem contra-razões (fls. 578), o recurso foi admitido (fls. 579), subindo os autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Cinge-se a questão em saber se, no pagamento da indenização fixada em ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, tem cabimento, ou não, a compensação a título de deságios dos TDA’s.

No caso, claro é o dissídio entre o decidido pelo acórdão recorrido e pelo proferido pelo extinto T.F.R. na AC 103.752-RO.

Preliminarmente assinalo que, ao contrário do sustentado no douto

despacho que admitiu o processamento do recurso, com apoio em precedente da Egrégia Primeira Turma, entendo que precedente do extinto T.F.R. presta-se a demonstração do dissídio pretoriano. Com efeito, as atribuições exercidas pelo T.F.R. são, na sua quase totalidade, as mesmas hoje desempenhadas pelos TRFs. Deixar de admitir, como paradigmas, julgados da Corte extinta implicaria, em muitos casos, suprimir a possibilidade de recurso especial, fundado na letra c, por muito tempo, até que os novos Tribunais Federais pudessem apreciar o extenso número de questões federais por ela examinados. Ademais, não se me afigura de bom-senso desprezar o rico manancial de precedentes, hauridos no curso da sua existência, por Corte que gozou de tão significativo prestígio nacional.

Conheço, pois, dos recursos.

No mérito, porém, nego-lhes provimento. Sobre o tema controvertido, aduziu o douto voto-condutor do aresto recorrido, da lavra do Dr. Olindo Menezes (fls. 286-289):

“3. A respeito da indenização pelo deságio dos TDA's, ela não tem embasamento legal suficiente. Segundo a demonstração do laudo pericial, os Títulos da Dívida Agrária sofrem no mercado financeiro deságios variáveis que reduzem o seu valor real, afirmativa que o perito atrela em comunicados de empresas que operam com o título. Em consequência, deveriam os apelantes receber uma quantidade maior desses tí-

tulos, em relação ao valor nominal da indenização, em ordem a que, comercializados no mercado com deságio, rendessem a importância correspondente ao montante indenizatório devido (cf. fls. 99 a 101).

A sentença adotou a tese e condenou o INCRA a pagar uma indenização adicional, correspondente à compensação do deságio, em percentuais que estipula — 40% nos títulos com prazo de resgate de 2 a 5 anos, 50% nos de prazo de 2 a 15 anos e 60% nos de 2 a 15 e 20 anos.

A compreensão, todavia, não pode prosperar, a despeito do apoio que teve na jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos. A pronta comercialização dos TDA's no mercado financeiro é assunto de conveniência e risco de quem os receba, não podendo o Poder Público arcar com os ônus daí decorrentes. Compensar o desapropriado pelo deságio equivaleria a converter à vista a indenização que a Constituição determinou fosse a prazo.

O tema já foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 115.166-8/PA, relatado pelo Min. Célio Borja, que repeliu a indenização pelo deságio (por maioria). Do voto do Relator merecem destaque os seguintes pontos, ressaltados pelo parecer da Procuradoria Regional da República:

“Sr. Presidente, entendo que a Constituição, no art. 161, opera de maneira diversa do que ocorre com o § 22 do art. 153, porque, nesse último, o pagamento é prévio e a indenização é justa e feita em dinheiro. Portanto, supõe-se que ao ser desapossado, o expropriado foi indenizado. O fato é que, no caso de desapropriação prevista no art. 161, o pagamento não é prévio porque, através desse expediente de uma entrega de títulos **pro soluto**, se tem como desobrigada a União.

Mas o que ocorre, Sr. Presidente, com esses títulos? O mesmo que ocorreria com qualquer obrigação de pagamento cujo emitente seja o Tesouro, ou um particular. Se o pagamento se faz diferido do tempo, seja o título transmissível ao portador ou transmissível por endosso, o portador do título, se quer antecipar a liquidação ou pagamento, vai ao mercado, normalmente, como aqui ou em qualquer parte do mundo, compra mais com deságios, que correspondem exatamente ao tempo que se tem que esperar para realizar aquela promessa de pagamento que lá está.

Se é essa a hipótese que está em discussão, se foi isso que o v. acórdão quis contemplar e ao mesmo tempo dar solução, exigindo que a União garantis-

se a paridade desse título quando descontado no mercado antecipadamente, é claro, essa tese eu não sufrago.”

.....

“Então, Sr. Presidente, concludo que não é possível sufragar a tese desposada no acórdão recorrido de que a União deverá garantir ao portador desses títulos a compensação pelo deságio que eles venham a sofrer, se levados ao mercado antecipadamente. Penso que essa tese não pode ser sufragada porque não tem respaldo na Constituição; o que a Constituição quis foi exatamente diferir o pagamento num prazo de até 20 anos.

Então, não tenho como, se o titular do crédito quer antecipar a sua liquidação indo ao mercado, forçar a União a responder por isso. O que ela tem é o dever de resgatá-los pelo valor, nominal, valor de fato, quando do vencimento, e aí o valor corrigido, corrigido tal como determina a Constituição e a Lei.

Portanto, conheço e dou provimento ao recurso.”

4. Também a Terceira Turma deste Regional, no julgamento da AC nº 89.01.09080-5/RO, realizada em 12.02.1990, relatada pelo Juiz Adhemar Maciel, entendeu ser incabível a indenização pelo deságio dos TDA's. Da ementa do

jugador merecem transcrição os seguintes tópicos:

“1. A indenização dos expropriados pelo deságio dos TDA's importa em afronta à Constituição, que, embora mande pagar o equivalente econômico pela perda do bem, diz que no caso de latifúndio para reforma agrária, o pagamento da terra improdutiva será em títulos da dívida pública.

Indenizar-se também pelo deságio é premiar o latifundiário. Como qualquer título, o TDA tem valor facial, certo, e valor de mercado, flutuante. Se o seu titular quer negociá-lo antecipadamente, que arque com deságio.”

Esta Quarta Turma, no julgamento da AC nº 89.01.05207-5/RO, ocorrido em 25.03.1991, consagrou o mesmo entendimento. Foi Relator o Juiz Leite Soares.”

No voto-vista que proferi no REsp nº 14.054-RO, sustentei o mesmo entendimento, reportando-me, inclusive, ao precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (RE 115.166-8).

Isto posto, em conclusão, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.893-4 — RO — (92.0017976-2) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Márcio Cunha Borges. Advo-

gados: José Perdiz de Jesus e outros. Rectes.: Paulo Whately Sack e outros. Advogados: Erasmo Valladão A. N. França e outros. Recdo.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA. Sustentou, oralmente, o Dr. José Perdiz de Jesus, pelo recorrente.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso mas negando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Hélio Mosimann. Aguardam os Srs. Ministros Peçanha Martins e Américo Luz (em 16.08.93 — 2ª Turma).

Impedido o Sr. Ministro José de Jesus.

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

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Para acompanhar o voto do eminente relator, que concluiu conhecendo do recurso, mas negando-lhe provimento, reproduzo o voto que proferi em situação análoga — compensação dos TDA's a título de deságio — no REsp nº 14.054, já referido (Rel. Min. Peçanha Martins):

O presente recurso especial, interposto em ação de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, insurge-se contra a parte da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal, que não concedeu a pretendida compensação dos títulos da dívida agrária, pelo deságio.

Limitada a irresignação a essa tese, o voto do eminente relator, Ministro Peçanha Martins negava provimento ao recurso, enquanto o Ministro Américo Luz, pedindo vista do processo, discordava para provê-lo. Já o Ministro Pádua Ribeiro, também através de voto-vista, acompanhava o relator.

A questão, realmente comporta discussão, que ainda perdurará por algum tempo, pelo menos enquanto tivermos que conviver com o clima da instabilidade. Pendo, no momento, para o lado da tese que não consagra a compensação do deságio, ficando o portador dos títulos livre para negociá-los no mercado, como bem entender. O que tem feito a jurisprudência é determinar, da forma mais completa possível, o resgate pelo *valor real*, valor sempre corrigido, dentro do espírito que norteou o princípio constitucional. Esse também o sentido em que se direcionou o nobre relator, afinado, aliás, com o Supremo Tribunal Federal, na decisão trazida ao bojo dos autos, que considerou inviável obrigar-se a desapropriante a garantir compensação pelo deságio que os títulos venham a sofrer, se levados ao mercado antecipadamente. O que se impõe é o resgate pelo valor corrigido, quando do vencimento. A tese da compensação pelo deságio, assinala o relator para o acórdão, Ministro Célio Borja — vencido o Ministro Oscar Corrêa — não pode ser sufragada porque carece de respaldo

constitucional (RE nº 115.166-PA, RTJ, Vol. 133, págs. 877 a 886).

Meu voto coincide, pois, com o do nobre relator: nego provimento ao recurso.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, insisto no meu voto. **Data venia**, dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.893-4 — RO — (92.0017976-2) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Márcio Cunha Borges. Advogados: José Perdiz de Jesus e outros. Rectes.: Paulo Whately Sack e outros. Advogados: Erasmo Valladão A. N. França e outros. Recdo.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu dos recursos e, no mérito, por maioria, negou-lhes provimento, vencido o Sr. Ministro Américo Luz (em 15.12.93 — 2ª Turma).

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

Impedido o Sr. Ministro José de Jesus.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 24.955-0 — SP

(Registro nº 92.0018092-2)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Nova Distribuidora Irmãos Reis S/A*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Celso Botelho de Moraes e outros, e Margarida Maria Pe-
reira Soares e outros*

EMENTA: *Tributário — Adicional do imposto sobre a renda — Lei Estadual nº 6.352, de 29.12.88 — Inconstitucionalidade.*

— Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da Lei nº 6.352, de 29.12.88, que instituiu, no Estado de São Paulo, o adicional do imposto sobre a renda, é ilegal a exigência do recolhimento do imposto.

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

Brasília, 13 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Recurso especial mani-

festado por Nova Distribuidora Irmãos Reis S/A, fundado no art. 105, III, b da Constituição Federal, para impugnar acórdão proferido pela Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negando provimento à apelação e confirmando a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o mandado de segurança impetrado a fim de evitar o recolhimento antecipado do adicional do imposto de renda sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital.

Foram opostos embargos declaratórios, rejeitados por unanimidade.

Sustentando a inconstitucionalidade e ilegalidade do tributo, ante a inexistência de legislação regulamentadora, interpõe este apelo especial alegando que a Lei Estadual

nº 6.352/88, bem como o Comunicado CAT nº 21/89, contrariam o disposto no art. 43 do CTN.

Interposto, simultaneamente recurso extraordinário para o STF, admitido juntamente com o especial, por despacho do II. Vice-Presidente do Tribunal **a quo**.

A Subprocuradoria Geral da República manifestou-se às fls. 300, pelo não conhecimento do recurso, acrescentando: “É que não houve o necessário prequestionamento da lei federal tida por violada. Pelo contrário, só foi prequestionada matéria constitucional em confronto com a referida Lei 6.352/88, do Estado de São Paulo, que instituiu o ADIR.”

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Da r. decisão ora recorrida sublinho alguns trechos que valem transcritos (fls. 178/182):

“

Toda a matéria relativa à incidência, imunidade e isenção a respeito do imposto de renda propriamente dito é a regulamentada pela Constituição e pelas leis federais.

A Constituição Federal atribuiu aos Estados um adicional de cinco por cento sobre o imposto de

renda incidente sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital devido por pessoas físicas e jurídicas domiciliadas em seu território.

Assim desde que a Lei Estadual criou esse tributo consistente em adicional de imposto de renda incidente sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital, com a observância das normas constitucionais e gerais de direito tributário, o adicional passou a ser devido sobre o imposto de renda sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital, por pessoas físicas e jurídicas domiciliadas em seu território.

.....

Sobre o imposto de renda devido à União é que incide o adicional devido ao Estado.

Assim sendo, se o imposto de renda da União é exigível por normatizado constitucionalmente, o adicional criado pelo Estado na forma da Constituição também é devido e incidente sobre o imposto de renda devido à União.

Dispensável é a edição de lei complementar para tornar exigível o adicional do imposto de renda devido aos Estados.

.....

Como a Constituição usou a expressão lucros evidente que ela autorizou aos Estados cobrarem o adicional do imposto de renda

cobrado pela União sobre lucros das empresas — pessoas físicas e jurídicas.

.....

E uma vez lançado o imposto de renda sobre lucros pela União, o Estado pode cobrar o adicional. Desde que a União tenha lançado o imposto de renda sobre lucros independente do término do ano civil, de forma legítima, o adicional segue a sorte do imposto de renda federal exigido pela União sobre os lucros.

.....

Não expedido regulamento a respeito dos prazos aplica-se a legislação do imposto de renda federal, por força do citado parágrafo único do art. 5º da Lei Estadual nº 6.352/88.”

Do exposto concluo ter o v. acórdão hostilizado decidido pela constitucionalidade da Lei 6.352/88.

Mas, não foi este o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 28-4, que recebeu a seguinte ementa:

“Adicional do imposto de renda em favor dos Estados-membros.

— Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 28-4, o

Plenário desta Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei 6.352, de 29.12.88, que instituiu, no Estado de São Paulo, o adicional do imposto de renda.

— Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 159.143-9, D.J. 17.12.93, Rel. Min. Moreira Alves).

Inconstitucional a Lei 6.352, ilegal a exação fiscal, pelo que conhecido do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.955-0 — SP — (92.0018092-2) — Relator: O Sr. Ministro Peçanha Martins. Recte.: Nova Distribuidora Irmãos Reis S/A. Advogados: Celso Botelho de Moraes e outros. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Margarida Maria Pereira Soares e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 13.04.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 26.539-7 — RJ

(Registro nº 92.0021298-0)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Manoel Lopes da Silva*

Recorrido: *Simon Ple Calçados e Bolsas Ltda.*

Advogados: *Drs. Oswaldino Grigorio e outros, e Neyde Cardoso de Araújo Cassar e outro*

EMENTA: REsp — Processual civil — Apelação — Em havendo acórdão dissentido, em parte, da r. sentença, impõe-se decisão específica. Caso contrário, não é exaurida a prestação jurisprudencial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Brasília, 13 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Adoto o relatório de fls. 238/239.

Às fls. 258/268, acórdão julgando conflito de competência suscitado pela 6ª Turma do STJ (fls. 238/244), dando como competente para julgar o presente recurso esta Eg. 6ª Turma.

Petição, às fls. 278/273, noticiando o falecimento do ora recorrente — Manoel Lopes da Silva — e habilitando-se como substitutas, na qualidade de filhas e únicas herdeiras, Ângela Célia Lopes Palmeira e Isabel Cristina Lopes da Silva.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): No recurso de apelação, o ora Recorrente postulou:

- a) retomada do imóvel;
- b) modificação do critério para atualização do valor do aluguer;

c) converter a anualidade da correção em trimestralidade;

d) inversão dos ônus da sucumbência (fls. 144).

O v. acórdão (fls. 163) encerra esta fundamentação:

“Ação renovatória julgada procedente, e fixado o novo locativo com base no laudo do perito, à taxa de doze por cento ao ano, aplicado o método da rentabilidade.

Quanto à retomada do imóvel nº 24, situado na Av. Ministro Edgar Romero, locado, o il. juiz sentenciante manifestou-se contrário, e, por impropriedade a modificação da periodicidade em fase de contestação.

Ninguém duvida que na peça de defesa possa, o réu, pedir, sem reconvir, em termos de ação.

Diante do exposto, confirma-se a r. sentença (fls. 132/133) de 1º grau, por suas razões que integram a este aresto, como forma de decidir, viabilizada pela norma regimental (art. 108, § 4º)”.

Nota-se, o aresto, formalmente, prestigiou o julgado monocrático. Substancialmente, contudo, dissentiu num pormenor.

O MM. Juiz não considerou a defesa, ao fundamento de, no particular, ser indispensável a reconvenção:

“No tocante à anualidade, já por demais, assiste razão ao Réu,

todavia, por ausência de reconvenção não se admite à alteração do pedido” (fls. 132).

O v. acórdão, por sua vez, deixou expresso:

“Ninguém duvida que na peça de defesa possa, o réu, pedir, sem reconvir, — em termos de ação” (fls. 163).

Em sendo assim, discordou, em parte, da sentença. Impunha-se, então decidir o particular.

Com efeito, não foi esgotada, em 2º grau, a prestação jurisdicional. O pormenor é reclamado neste recurso (fls. 182).

Conheço do recurso, a fim de o E. Tribunal concluir o julgamento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 26.539-7 — RJ — (92.0021298-0) — Relator: O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Recte.: Manoel Lopes da Silva. Advogados: Oswaldino Grigorio e outros. Recdo.: Simon Ple Calçados e Bolsas Ltda. Advogados: Neyde Cardoso de Araújo Cassar e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 13.06.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 26.607-9 — SP

(Registro nº 92.0021532-7)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Justiça Pública*

Recorrido: *Júlio José Vigorito*

Advogado: *Zacarias Vicente Dedinho*

EMENTA: *Recurso especial — Conversão de pena em multa — Recurso ministerial — Prescrição.*

— Não tratando o recurso ministerial de majoração da pena, e ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva, é de ser declarada esta, sem o exame do mérito.

— Recurso do MP, prejudicado.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso e declarar a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Assis Toledo.

Brasília, 07 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso especial manifestado pelo Ministério Público contra acórdão da E. Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que, por votação unânime, deu parcial provimento ao recurso do recorrido Júlio José Vigorito, para substituir a pena de seis (6) meses de prisão simples, com *sursis* por dois (2) anos, pela pena pecuniária fixada e 10 dias-multa, de valor mínimo.

O recurso vem interposto com supedâneo da alínea c do permissivo constitucional (art. 105, III, CF), sustentando que o aresto recorrido teria divergido da jurisprudência do E. TJMG, bem como deste C. Superior Tribunal de Justiça (fls. 104/108).

Sem contra-razões, foi admitido o recurso e, após subirem a esta Superior Instância, opina a douta Subprocuradoria pelo prejuízo do mesmo, em face da ocorrência da pretensão punitiva.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, o recurso vem posto por dissídio jurisprudencial que, a meu ver, ficou perfeitamente caracterizado, eis que o v. acórdão assim decidiu:

“Mas se é inevitável a condenação, a pena carcerária comporta substancial modificação, em primeiro lugar porque o digno Magistrado não explicou porque não admitia a substituição por outra mais leve e, em segundo lugar, porque sendo primário o réu, nada infirmando seus bons antecedentes, tal medida é de rigor, constituindo até um direito, a teor do art. 60, § 2º, do CP, fazendo-se aqui e agora a alteração para sanção pecuniária, estabelecida no piso, com oportuna atualização, nos termos do art. 49, parágrafos 1º e 2º, do CP, a qual subsiste com a anteriormente fixada pela r. sentença, mantida no mais, totalizando, portanto, 20 dias-multa.” (fls. 99).

Traz, em confronto, arestos dos E. Tribunais, de Alçada Criminal de

São Paulo, de Justiça de Minas Gerais e deste Superior Tribunal de Justiça, comprobatórios da dissidência, posto que o entendimento dominante é de que só poderá ocorrer a conversão da pena de detenção em multa quando ela for isolada, e não cumulativa.

Por estes motivos, pede a reforma o v. acórdão para ver restaurada a sentença monocrática.

A dissidência está bem posta, razão do conhecimento do presente recurso, pela alínea a do permissivo constitucional.

No entanto, pela data em que foi proferida a sentença e pela pena imposta verifico a ocorrência da prescrição.

Conforme consta da r. sentença de fls. 67/68, publicada em 07/06/91 (fls. 69), o réu restou condenado ao cumprimento de seis meses de prisão simples.

A teor do art. 109, inciso VI, para a pena imposta a prescrição se dará em dois anos, o que ocorreu em 07 de junho de 1993, visto que a última causa interruptiva foi a sentença condenatória, eis que o recurso do MP, que poderia, se postulasse a majoração da pena, interromper a prescrição, simplesmente pede a manutenção daquela, não sendo caso, portanto, de interrupção.

Assim, declaro a extinção da punibilidade para o réu, em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com o que, fica prejudicado o recurso do Ministério Público paulista.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 26.607-9 — SP — (92.0021532-7) — Relator: O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezini. Rec-te.: Justiça Pública. Recdo.: Júlio José Vigorito. Advogado: Zacarias Vicente Dedinho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o recurso e declarou a prescrição da preten-

são punitiva, nos termos do voto do Ministro Relator (em 07.03.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Assis Toledo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 29.675-8 — SP

(Registro nº 92.0030281-5)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Usina Central do Paraná S/A Agricultura Indústria e Comércio*

Recorrida: *Cooperativa Central dos Produtores de Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo — COPERSUCAR*

Advogados: *José Guilherme Villela e outros, e Cristóvão Julius Bagumil Strojnowsk e outros*

EMENTA: *Embargos de devedor. Compensação.*

A devedora que não é titular de dívida líquida e vencida não pode pretender a compensação (Artigo 741, VI, do CPC).

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Tor-

reão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Brasília, em 13 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: A Usina Central do Paraná S/A — Agricultura, Indústria e Comércio opôs embargos de devedor à execução de sentença, intentada para receber verbas de sucumbência (honorários advocatícios), movida pela Cooperativa Central dos Produtores de Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo — Copersucar. A embargante requereu a compensação do seu débito com crédito em conta corrente que possui junto à exequente, conforme extrato que juntou, pedindo a suspensão da execução. Julgados improcedentes os embargos, apelou a embargante.

A eg. 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, negou provimento à apelação, sob a alegação principal de que o crédito pretendido para a compensação não era líquido e exigível (fls. 49/50).

Inconformada, interpôs a Usina Central do Paraná S/A recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a, da CF, sustentando contrariedade ao art. 741, VI do CPC. Aduz que a exigência de compensação com execução aparelhada é apenas para garantir efeito suspensivo aos embargos do devedor. Portanto, não há por que deixar de admitir como compensável o crédito em conta corrente, uma vez que decorre de documento emitido pela própria recorrida, equivalente, destarte, a reconhecimento de dívida (fls. 53/55).

O recurso foi admitido na origem (fls. 65), subindô os autos a este eg.

STJ, com as contra-razões, em as quais salienta a recorrida que a recorrente alterou o seu pleito inicial, ao sustentar a tese de que a compensação com execução aparelhada seria apenas para garantir efeito suspensivo aos embargos, o que pleiteara na inicial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): A compensação é “a extinção recíproca de obrigações até a concorrência de seus respectivos valores, entre pessoas que são devedoras uma da outra” (Clóvis, Código Civil, art. 1.009), podendo efetuar-se entre dívidas líquidas e vencidas (art. 1.010 do CC). Líquida, diz o mesmo Código, “é a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto” (art. 1.533). Esta é a compensação legal, regulada no Código e que pode ser objeto de embargos do devedor na execução de sentença, assim como previsto no artigo 741, inciso VI do CPC, provocando a suspensão do processo executivo.

O documento apresentado pela embargante é uma cópia de extrato de conta corrente, relativo ao período de vinte dias do mês de março de 1983. Evidentemente, dívida comprovada por tal documento não se apresenta com a característica de liquidez, assim como exigido na lei, pois o extrato refere-se a um curto período de tempo, sabendo-se que as relações dos correntistas desenvolve-

ram-se por muitos anos, como é comum entre cooperativa e cooperativados, e que “continuam em litígio”, como afirmado na petição de embargos. Mais afastada ainda a possibilidade de definir-se a liquidez de dívida fundada em tal documento quando dele se extrai que a executada e embargante é devedora e não credora, apresentando vultoso saldo negativo.

A recorrente esgrime com a tese de que, apesar de não dispor de execução aparelhada, poderia oferecer embargos fundados na compensação, os quais apenas não teriam efeitos suspensivos.

O tema tem sido objeto de divergência na doutrina, havendo lições no sentido de que “os embargos na execução de título judicial têm sempre efeito suspensivo, já que os que não se enquadrarem no art. 741 devem ser liminarmente indeferidos (art. 739, II) (**Humberto Theodoro Jr.**, Processo de Execução, p. 376). Já outros admitem embargos sem suspensividade (**Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, XI/119).

O nosso Direito Civil já foi mais condescendente com o devedor, admitindo a compensação ainda de dívidas incertas e ilíquidas, que pudessem ser provadas em nove dias (artigo 849 da Consolidação de **Teixeira de Freitas**, e nota 10), e mesmo hoje não há razão para afastar a hipótese da compensação judicial. (**Orlando Gomes**, Obrigações, 160 e seguintes).

No caso, porém, a questão é irrelevante porque a embargante, opondo os embargos, requereu expressa-

mente a suspensão da execução e nesse âmbito é que sua pretensão pode ser apreciada neste recurso especial.

De qualquer modo, ainda que não dispusesse de “execução aparelhada, preparada, pronta” para dar início ao processo de execução, a embargante deveria dispor ao menos da titularidade de dívida líquida e vencida, na forma do artigo 1.010 do CC, para pretender colocar-se, com relativa igualdade, frente ao título exequendo, proveniente de sentença trânsita em julgado. A embargante, porém, não desfrutava dessa posição.

Isto posto, não encontrando violação ao disposto no artigo 741, VI, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.675-8 — SP — (92.0030281-5) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recte.: Usina Central do Paraná S/A Agricultura Indústria e Comércio. Advogados: José Guilherme Villela e outros. Recda.: Cooperativa Central dos Produtores de Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo — Copersucar. Advogados: Cristóvão Julius Bagumil Strojnowsk e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 13.06.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.023-3 — SP

(Registro nº 92.0031126-1)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Construtora Wasserman Ltda.*

Recorridos: *João Fernandes da Silva Neto e cônjuge*

Advogados: *Carlos Alberto Barboza e Odair de Carvalho*

EMENTA: *Contrato. Resolução. Mora. Jus variandi. Purgação da mora.*

1. A simples mora não é suficiente para a resolução de contrato de promessa de compra e venda.

2. Em princípio, são incompatíveis as condutas do promitente vendedor que, ao mesmo tempo, promove a execução dos títulos e propõe ação para extinguir o contrato.

3. A purgação da mora pode ocorrer ainda após o prazo de contestação, demonstrada a boa fé do devedor.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, em 30 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: A Construtora Wasserman Ltda. promoveu contra João Fernandes da Silva Neto e sua mulher ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de um apartamento, por falta de pagamento de várias prestações. Paralelamente, a construtora propôs a execução das notas promissórias impagas.

Na audiência, os réus contestaram. Depois de alegarem a falta de prévia notificação, requereram e obtiveram do juiz a oportunidade para purgar a mora (fl. 122). Senten-

ciando, o magistrado considerou satisfeita a dívida e extinto o processo (art. 269, II, CPC).

A egrégia 10ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao negar provimento à apelação da autora, considerou que a credora renunciara aos efeitos da mora, ao requerer a execução dos títulos protestados, pelo que possível a sua purgação. Entendeu, ainda, ter ela ocorrido com o depósito de quantia suficiente e em momento processual adequado, apesar de posterior ao término do prazo para a contestação.

A construtora ingressou com recurso especial, com base nas alíneas a e c do permissivo constitucional, por negativa de vigência aos artigos 27 do Dec. 2.044/1908, e 955 do Civil, quanto à caracterização da mora, e por divergência jurisprudencial com acórdãos que julgaram dispensável a prévia interpelação judicial, admitiram a purgação da mora apenas no prazo da contestação e, quanto ao valor, mandaram incluir na conta o IPC de janeiro de 1989.

O recurso foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): O credor somente pode requerer a resolução do contrato quando o adimplemento da prestação já se tornou inútil para

ele. Portanto, ainda que caracterizada a mora, poderia não estar qualificada para ensejar o pedido de extinção do contrato. De outra parte, o credor que se propõe a executar o contrato e obter do devedor o cumprimento da sua obrigação, está demonstrando que tem interesse no cumprimento e na permanência da relação obrigacional, e não no seu desfazimento. Em princípio, são incompatíveis as condutas de quem ao mesmo tempo pede para executar e para desfazer; a utilização do **jus variandi**, — a ensejar ao credor buscar uma ou outra solução, seja porque a execução se mostrou inviável, seja porque a prestação ainda lhe é útil, — fica dependente de o autor demonstrar as razões pelas quais ficou autorizado a passar de uma para outra ação. Na espécie, isso não aconteceu, daí o acerto do bem lançado acórdão ao dizer que a autora renunciara aos efeitos da mora quando promoveu a execução dos títulos e deixou de previamente notificar o devedor.

Como se vê, com tal fundamentação, o acórdão recorrido não negou vigência ao artigo da lei que dispõe sobre os efeitos cambiários do protesto, porquanto disso não se tratava na ação de rescisão de contrato; nem ao artigo 955 do Código Civil, pois não se disse que não houve mora, apenas que ela, apesar de existente, não bastou à resolução do contrato.

Quanto à divergência jurisprudencial, dois temas devem ser de logo descartados: a inexistência de

prévia notificação não serviu de fundamento à decisão, pelo que inviável examinar o tema nesta instância; a pretendida inclusão do percentual de 70% correspondente à inflação de janeiro de 1989, medida pelo IPC, foi deferida pela sentença e mantida pelo v. acórdão: “Apesar disso, a apelante acabou sendo beneficiada com a inclusão do expurgo da inflação de janeiro de 1989, diante da falta de impugnação da parte contrária, o que se tornou imutável”.

Relativamente à oportunidade para a purgação da mora, é de se conhecer da irresignação, fundada que está em dois acórdãos divergentes da orientação adotada no julgado sob exame, mas não deve prosperar. Para a aceitação da purgação da mora deve-se considerar substancialmente a boa fé do devedor, a sua lealdade em relação à outra parte, o seu empenho em realmente executar o contrato e adimplir sua obrigação. Daí porque o depósito pode acontecer antes ou depois do término do prazo da contestação, desde que essa demora não caracterize o propósito de ganhar tempo às custas do credor. No caso dos autos, os demandados já na contestação requereram a oportunidade para pagar e atenderam à conta, tão logo efetuada: “A audiência de instru-

ção e julgamento, onde se requereu a purgação da mora no momento processual da contestação, foi suspenso a requerimento da própria apelante, que pediu dez dias de prazo para se manifestar sobre o pedido, seguindo-se a esta várias diligências que não permitiram ao réu o imediato depósito da importância devida” (acórdão, fl. 272).

Isto posto, conheço em parte do recurso, pelo dissídio, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.023-3 — SP — (92.0031126-1) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recente.: Construtora Wasserman Ltda. Advogado: Carlos Alberto Barboza. Recdos.: João Fernandes da Silva Neto e cônjuge. Advogado: Odair de Carvalho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 30.05.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrentes: *Edmundo Rossi Cuppolini e cônjuge*

Recorrido: *Eletro Aços Marconi Ltda.*

Advogados: *Drs. Haroldo Guilherme Vieira Fazano e outros, e Sônia Maria de Oliveira Pirajá e outro*

EMENTA: *Processo civil e Direito comercial. Legitimidade ativa da sociedade para opor embargos de terceiro contra penhora de cotas do sócio por dívida particular deste. Penhorabilidade das cotas de sociedade de responsabilidade limitada. Doutrina. Precedentes. Recurso provido.*

I — Representando as cotas os direitos do cotista sobre o patrimônio da sociedade, a penhora que recai sobre elas pode ser atacada pela sociedade via dos embargos de terceiro.

II — A penhorabilidade das cotas, porque não vedada em lei, é de ser reconhecida.

III — Os efeitos da penhora incidente sobre as cotas sociais não de ser determinados em atenção aos princípios societários, considerando-se haver, ou não, no contrato social proibição à livre alienação das mesmas.

IV — Havendo restrição contratual, deve ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1.117, 1.118 e 1.119).

V — Não havendo limitação no ato constitutivo, nada impede que a cota seja arrematada com inclusão de todos os direitos a ela concernentes, inclusive o *status* de sócio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, prosseguindo no julgamento, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Montei-

ro, que reformulou seu voto proferido em 30.11.93, Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 3/93, e Fontes de Alencar.

Brasília, 8 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Ajuizou a recorrida embargos de terceiro em relação à execução de sentença na qual figura como executado um de seus sócios, tendo sido nela penhoradas as cotas sociais deste, buscando levantar a constrição, ao fundamento de serem esses bens impenhoráveis, por não poderem ser cedidos sem anuência dos demais sócios.

Apreciando os embargos, o MM. Juiz os julgou improcedentes.

Ao apelo da embargante foi dado provimento pelo eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão relatado pelo Des. **César de Moraes**, que consigna fundamentos do seguinte teor:

“A r. sentença parte de equívoco manifesto, que compromete todo o arcabouço decisório, quando inclui, entre os fundos líquidos, a que se refere o art. 292 do Código Comercial, as quotas de participação do sócio devedor na sociedade.

Necessidade não havia de disposição expressa, arredando a constrição sobre quotas sociais por dívidas particulares do sócio, pela singela razão de que a quota integra o patrimônio da sociedade e não do sócio. Garantia das dívidas da sociedade, as quotas não podem responder por dívidas dos sócios; se o pudesse, aberta estaria a burla, em detrimento de terceiros de boa fé.

Incisiva, a propósito, o excelente magistério de **Rubens Requião**, trazido à colação pelos terceiros-embargantes: “... o que se precisa ter em mente, na hipótese em exposição, é a certeza de que os fundos sociais não pertencem ao quotista, mas à sociedade. Sustentar-se o contrário é pôr-se abaixo toda a teoria da personificação jurídica e negar-se a autonomia do seu patrimônio em relação aos seus componentes”; e noutro lance: “Entre o sócio e a sociedade ergue-se a personalidade jurídica desta, com a sua conseqüente autonomia patrimonial. Por isso, pertencendo o patrimônio à sociedade, não pode o credor particular do sócio penhorá-lo para o pagamento de seu crédito” (fls. 4/5).

Somente se admitiria a penhorabilidade se o contrato social previsse a perspectiva de alienação de quotas a terceiros; mas esse não é o caso dos autos.

Como o Relator já teve oportunidade de realçar, quando exercia sua atividade jurisdicional no Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil; “... não há confundir-se fundo líquido com lucro líquido, este, sim, sempre sujeito à constrição judicial. Os fundos líquidos compreendem os empréstimos feitos pelo sócio à sociedade e os lucros retidos; esses fundos eram relativamente penhoráveis (art. 943, nº 11, do CPC de 1939). A quota social integra o fundo social, o patrimônio da so-

cidade, que não pode ser penhorado por dívida do sócio. Somente em caso de dissolução, o fundo social pode converter-se em fundo líquido do sócio, passando da impenhorabilidade para a penhorabilidade relativa” (Revista Forense, 253/303).

A penhora de quota social por dívida de sócio possibilita o ingresso na sociedade a terceiro não vinculado à **affectio societatis**, quebrando todo o sistema que disciplina a constituição e a vida das sociedades por quotas de responsabilidade limitada; e essa penhorabilidade viola frontalmente o art. 20 do Código Civil”.

Os embargos declaratórios apresentados pelos embargados restaram rejeitados.

Irresignados, interpuseram os embargados recursos extraordinário e especial, embasado, este último, em negativa de vigência aos arts. 3º, 267, I e IV, 301, X e 1.046, CPC, em face da ilegitimidade ativa **ad causam** da embargante, não reconhecida pelo acórdão impugnado, além dos arts. 591, 649 e 655, X, da lei instrumental, 292 do Código Comercial, 2º, § 1º, da Lei de Introdução e 20 do Código Civil, decorrentes da declaração de impenhorabilidade das cotas de sociedade de responsabilidade limitada por dívida pessoal do sócio. Aduziram, ainda, divergência pretoriana com julgados estampados em RTJ 109/1.004, RT 613/199, 571/134, 569/105, 639/112 e 520/159.

Contra-arrazoados os recursos, restou inadmitido o extraordinário, manifestando agravo o recorrente, e admitido o especial, pelo que, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): 1. Versa a irresignação dois capítulos distintos.

O primeiro, quanto à alegada ilegitimidade de parte da embargante, porque concernente a uma das denominadas condições da ação, reclama exame preliminar e se concentra na afronta aos arts. 3º, 267, 301 e 1.046, CPC. O segundo, sobre questão de mérito, ligada à penhorabilidade, ou não, das cotas de sociedade de responsabilidade limitada, assentado na vulneração de dispositivos legais e na divergência pretoriana quanto ao tema.

2. Quanto ao primeiro ponto, não logra prosperar a preliminar de ilegitimidade da embargante, assim veiculada:

“Ora, a constrição judicial **in casu** recaiu sobre as cotas sociais do sócio Dorival Masci de Abreu. Por esse motivo, somente este sócio (Dorival), possuiria, em tese, legitimidade ativa para ajuizar os embargos de terceiro.

Aliás, o artigo 1.046, do Código de Processo Civil é claro quando exige para o ajuizamento da

ação, que o terceiro tenha sofrido turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial.

Enfim, o possuidor das cotas é o sócio Dorival e não a sociedade recorrida que embargou de terceiro”.

A propósito da natureza jurídica das cotas de sociedade de responsabilidade limitada, ensina **Rubens Requião**:

“Não nos parece procedente a classificação da cota social como um bem imaterial. Melhor se nos afigura a posição de **Carvalho de Mendonça**, que nela viu, como já sabemos, um direito de crédito futuro, pois ao contribuir para a formação do capital social o sócio transfere seus cabedais, e passa a gozar apenas dos resultados líquidos desse investimento. Seu direito a tais cabedais, que integram o patrimônio da sociedade e passam a pertencer-lhe, constitui uma expectativa de crédito futuro, que se vai consolidar se remanescer algum valor na liquidação da sociedade” (“Curso de Direito Comercial”, 1^o vol., Saraiva, 1989, 19^a edição, n^o 263, p. 347).

No dizer de **Carlos Henrique Abrão**, as cotas “representam os direitos do cotista sobre o patrimônio líquido da sociedade” (“Penhora de Cotas de Sociedade de Responsabilidade Limitada”, Rev. dos Tribunais, 1991, 2^a edição, n^o 24, p. 72).

Em artigo doutrinário, sob o título “Embargos de terceiro”, o Des. **Ruy Rosado de Aguiar Júnior**, com referência à legitimidade ativa para opor esses embargos, leciona:

“O Código de Processo Civil de 1939 concedeu a defesa ao simples possuidor e ampliou o cabimento da ação, para proteger qualquer direito (art. 707).

O Código de 1973 não repetiu a mesma regra, excluiu a referência ao “direito” e distinguiu senhor e possuidor do possuidor. A omissão ao direito já foi criticada, com procedência, por **Pontes de Miranda**, pelo que se deve interpretar “posse”, no texto do art. 1.046, *caput*, “em sentido larguíssimo”, compreensivo de qualquer “direito”.

O emprego das duas expressões “possuidor” e “senhor e possuidor” é explicado pela diversidade de fundamento com que os embargos podem ser opostos, determinante do âmbito do ônus probatório do autor, da contestação a ser oferecida pelo embargado e do conteúdo eficaz da sentença que julgar os embargos. Se o autor é possuidor e como tal impugna o ato judicial de constrição, limita o debate a essa matéria e obterá sentença que lhe garantirá tão-somente a posse — que, inclusive, pode ser temporária, como a do locatário — sem afastar o direito de propriedade que o executado porventura detenha. Já nos embargos opostos pe-

lo senhor e possuidor, cumpre-lhe fazer a prova do domínio em que sustenta o seu pedido, e, se vencedor na ação, a sentença dará proteção também ao domínio. Se fundado só na posse, sendo essa negada, a sentença faz coisa julgada material e obsta à ação possessória; se fundado no domínio, negado este, obsta à reivindicatória. Esta pode ser a razão pela qual conveio o legislador em distinguir *senhor e possuidor e possuidor*" (RT 636/17).

Representando as cotas penhoradas direitos incidentes sobre o patrimônio da embargante, a penhora afetaria fração ideal dessa universalidade de bens, sob sua posse e domínio, legitimando-a para opor os embargos de terceiro.

No julgamento do RE 90.910-PR (RTJ 95/834), o Sr. Ministro **Cunha Peixoto**, ao fundamentar seu voto divergente, externou considerações que dão suporte a esse entendimento, assim vazadas:

"Por outro lado, gostaria de dizer que o capital com que os cotistas entram para a formação da sociedade perde sua individualidade; passa a constituir patrimônio da sociedade, de modo que a penhora viria a recair sobre parte ideal desse patrimônio".

Destarte, quanto à prejudicial de ilegitimidade ativa da recorrida, assentada na irrogação de ofensa aos arts. 3º, 267, 301 e 1.046, CPC, do

recurso não conheço, frisando que, no particular, não cuidaram os recorrentes de demonstrar como se teriam operado as vulnerações, limitando-se a apontar, e sem muita precisão, diga-se, os dispositivos tidos por violados.

3. No que diz com o segundo capítulo do inconformismo, embasado em ambas as alíneas do autorizativo constitucional, vislumbro a configuração do dissídio pretoriano no tocante ao tema, em face da divergência de soluções jurídicas adotadas pelos paradigmas colacionados e pelo acórdão recorrido quanto à possibilidade de recair a penhora sobre as cotas de sociedade de responsabilidade limitada, de que seja titular o sócio executado, assim como afronta aos arts. 591 e 649, CPC.

A exemplo do que afirmei em voto-vista no REsp nº 19.018-0-PR, assinalo inicialmente que poucos são os precedentes concernentes ao tema, na jurisprudência desta Corte.

A eg. Terceira Turma, ao enfrentar a questão, em três oportunidades, adotou por unanimidade, nos dois primeiros recursos que julgou, posição favorável à penhorabilidade das quotas de sociedade de responsabilidade limitada. Os REsp 21.223-PR (DJ 1º.3.93), da relatoria do Sr. Ministro **Dias Trindade** e 16.540-PR (DJ 8.3.93), relatado pelo Sr. Ministro **Waldemar Zveiter**, receberam, respectivamente, ementas que traduzem essa orientação, do seguinte teor:

“Processual civil. Penhora de quotas em sociedade de responsabilidade limitada.

Responde o devedor com todos os seus bens, presentes ou futuros, para o cumprimento de suas obrigações, não havendo lei que exclua da execução as quotas do sócio em sociedade de responsabilidade limitada”.

“Processual. Penhorabilidade de quotas sociais. Matéria de fato.

I — Doutrina e jurisprudência dominante são acordes em que a penhora de quotas sociais não atenta, necessariamente, contra o princípio da **affectio societatis** ou contra o da **intuitu personae** da empresa, eis que a sociedade de responsabilidade limitada dispõe de mecanismos de autodefesa.

II — Matéria de prova ou de interpretação de contrato não se reexaminam em especial (Súmulas 5 e 7 do STJ).

III — Recurso não conhecido”.

Em data mais recente, voltando a examinar a matéria, ao ensejo do julgamento do REsp 34.882-5/SP (DJ 9.8.93), de que foi relator o Sr. Ministro **Eduardo Ribeiro**, aquela Turma, sem a participação dos Srs. Ministros **Dias Trindade** e **Cláudio Santos**, sufragou entendimento resumido por esta ementa:

“Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Penhorabilidade das cotas de capital social.

O artigo 591 do CPC, dispendo que o devedor responde, pelo cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens, ressalva as restrições estabelecidas em lei. Entre elas se compreende a resultante do disposto no artigo 649, I do mesmo Código que afirma impenhoráveis os bens inalienáveis.

A proibição de alienar as cotas pode derivar do contrato, seja em virtude de proibição expressa, seja quando se possa concluir, de seu contexto, que a sociedade foi constituída **intuitu personae**. Hipótese em que o contrato veda a cessão a estranhos, salvo consentimento expresso de todos os demais sócios. Impenhorabilidade reconhecida”.

No primeiro julgado cuja ementa transcrevi, a análise do tema enfocou o aspecto processual da questão, enquanto no segundo se abordou a matéria do ponto de vista dos princípios do direito comercial relativos à empresa.

O último dos precedentes adotou como fundamento a impenhorabilidade dos bens inalienáveis, nos termos do art. 649, I, CPC, podendo derivar a inalienabilidade da vedação contida no contrato constitutivo, seja expressamente, seja quando do contexto exsurja natureza **intuitu personae** da sociedade.

Dirirjo, respeitosamente, desse entendimento, sob o argumento de que a impenhorabilidade atinente aos bens inalienáveis, preconizada

pelo art. 649, I, CPC, concerne aos bens gravados com cláusula de inalienabilidade, nos moldes fixados pela legislação civil. Esses casos são regulados em lei, não sendo de dilatar as causas de sua instituição, principalmente em face da repercussão sobre os direitos de terceiros, não valendo sua estipulação em causá própria.

A constituição de sociedade com proibição de alienação de quotas tem validade entre os sócios e pode ser oposta aos terceiros adquirentes, no âmbito do direito privado. Não pode, entretanto, ser erigida em autêntica "cláusula de inalienabilidade", oponível **erga omnes**.

A propósito do tema, discorrendo sobre a "inalienabilidade", professa **Caio Mário**:

"Para que prevaleçam e produzam os seus efeitos, as restrições voluntárias ao direito de propriedade devem ser subordinadas a determinados requisitos: a) Não de provir de doações ou testamento. Não é lícita a imposição das cláusulas em contrato de compra e venda, permuta, ou outra modalidade aquisitiva onerosa. Nem se tolera que resultem de ato do próprio dono. É inválida, obviamente, a declaração restritiva em relação aos próprios bens" ("Instituições de Direito Civil", vol. IV, Forense, 1981, 4ª edição, nº 301, pg. 96).

Em monografia sob o título "Das cláusulas de inalienabilidade, inco-

municabilidade e impenhorabilidade" (Saraiva, 1986, 3ª edição, nº 4, pg. 28), consigna **Carlos Alberto Dabus Maluf**:

"No Brasil, apesar de haver divergências entre os autores, nossa lei civil permite a inalienabilidade temporária ou vitalícia, conforme o disposto nos arts. 1.676 e 1.723".

Evidentemente a personalidade jurídica do sócio e da sociedade não se confundem. Entretanto, a personalidade da sociedade nasce da vontade dos sócios, em decorrência do ato de sua constituição, corporificado no contrato social. Daí porque a restrição voluntária ao direito de propriedade, contida nesse instrumento, não tem o condão de arredar a afetação dessa parcela do patrimônio do devedor ao cumprimento de suas obrigações.

O cerne da controvérsia, no entanto, que reclama adoção de orientação uniforme, foi com precisão sumariado pelo Sr. Ministro **Xavier de Albuquerque**, no julgamento do RE 90.910-PR (RJT 95/834), após referir-se aos julgados divergentes da colenda Suprema Corte, neste excerto:

"De um modo geral, a tese da impenhorabilidade das cotas assenta em princípios doutrinários de direito comercial: o capital social pertence à sociedade, que tem personalidade jurídica distinta da dos sócios que a integram,

sendo destacados, portanto, os patrimônios daquela e destes; por outro lado, não se pode admitir o ingresso na sociedade, à revelia dos sócios e pela via da expropriação e venda forçada das cotas de um só deles, de pessoa estranha, quiçá indesejável, com quebra de **affectio societatis**. Também busca apoio, de ordinário, no art. 292 do Código Comercial. E ainda se fundava, no regime do Código de Processo Civil de 1939, no art. 942, XII daquele estatuto, que dizia impenhoráveis os fundos sociais, pelas dívidas particulares dos sócios, não compreendendo a isenção os lucros líquidos verificados em balanço”.

E, mais adiante, refutando argumentação contestatória expendida pelo Sr. Ministro **Cunha Peixoto**, asseverou:

“Na execução falimentar, a arrecadação faz as vezes da apreensão judicial na execução singular. Ora, se não é possível que para a sociedade ingresse um estranho no lugar do sócio que lhe devia, ou um estranho que arrematou, em juízo, o direito do sócio devedor, então, que se converta essa solução em apuração de haveres, em liquidação parcial, ou no que quer que seja, contanto que se persevere — isto é o que me impressiona — no entendimento de que um bem patrimonial indiscutível, que alguém possui, não res-

ponde pelas suas dívidas junto aos seus credores. Haverá soluções, que não examinei, porque não é propriamente o que está em causa, e a Lei de Falências dá ensejo a que se encontre um modo adequado à preservação da **affectio societatis**; mas, a exclusão pura e simples da penhorabilidade, em nome de uma vedação contratual de ingresso de estranho, — a permitir que o princípio jurídico basilar de que o patrimônio de cada qual responde pelas suas obrigações, seja excepcionado por uma convenção privada —, parece-me que não é possível”.

Esse, a meu sentir, é o questionamento relevante diante do problema, a confrontação e a interação das normas processuais, de interesse público, com as regras do direito privado concernentes às sociedades por cotas de responsabilidade limitada.

A matéria invoca problemática complexa, cujo deslinde percorre vasta gama de normas e princípios, como adverte **Carlos Henrique Abrão** em monografia sobre o tema:

“O trato da questão, em matéria de penhora das cotas se reveste, na atualidade, de alta significação, porquanto, procura delimitar a responsabilidade societária, no que concerne à assunção de obrigações pelo sócio fora das relações internas da empresa à qual se associa.

O instituto, não se pode negar, compreende o inter-relacionamento das matérias de Direito material e formal, embora não se possa admitir que a Ciência jurídica seja formada por compartimentos estanques; há vasos comunicantes que se completam na estrutura e determinação da mesma árvore genealógica.

O Direito que se busca é, essencialmente prático, ligado à realidade espontânea dos fatos. Assim é que, o fim do Direito destina-se, substancialmente, ao serviço da comunidade. Os direitos se afiguram efetivos, dentro de seu plano de eficácia, tendo existência real, coadunando-se com a pluralidade do grupo social.

A preocupação na abordagem do tema é, evidentemente, de se saber quais as limitações que a matéria comporta, sem no entanto deixar de lado o aspecto prático que o conteúdo normativo apresenta. O Direito tem que significar regras concretas do dever-ser, assim ele é um constante **hic et nunc** para se amoldar ao caso concreto, na perspectiva de solução do conflito verificado.

A regra-matriz da norma jurídica, em termos de sociedade por cotas apresenta um conflito de natureza substancial, porque não se logrou captar o real significado da matéria. Hodiernamente, os comandos jurídicos não são estabelecidos para satisfazerem as

necessidades individuais, mas para atenderem a ordem pública.

Surge assim, na elaboração deste estudo a problemática de se perquirir a real situação do credor, tendo em vista a relação obrigacional que o vincula ao devedor-cotista. O direito do credor é uma prerrogativa jurídica, ou seja, uma relação entre o sujeito ativo, titular de um crédito, e um sujeito passivo, obrigado a suportar a responsabilidade correspondente ao direito creditício. Haveria uma situação jurídica subjetiva relativa a direitos-padrões, jungida à construção do legislador na feitura da ordem jurídica.

No plano jurídico da certeza e da segurança se impõe a plenitude de um sistema normativo, que deve, obviamente, propor ao intérprete os mecanismos tendentes a regular este conjunto ordenado” (ob. cit., nº 1, pg. 9).

Abordando o assunto em tópico específico, aduz o referido doutrinador:

“Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o problema da penhora das cotas ganhou singular importância, porquanto não tratou, de forma expressa, desta questão.

Entretanto, prevê o art. 591 do CPC/73: “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Tal preceito implica concluir que a responsabilidade do devedor cotista é integral, não importando o fato dos seus bens estarem unidos a um patrimônio social. Entretanto, a ressalva do art. 292 do Cód. Com., poderia ser compreendida como restrição legal, dando azo à impenhorabilidade das cotas do capital social.

Não se pode equiparar a penhora da cota, à penhora no rosto dos autos, tendo em vista uma restrição à eventual disponibilidade, pelo devedor-executado, da sua cota, bem como dos fundos líquidos e lucros existentes que lhe fossem atribuíveis. A reserva de um capital que satisfaça o débito do cotista é o principal meio que encontra o credor para receber o seu crédito. Na realidade, existindo uma pluralidade de execuções, contra o devedor-cotista, é normal e natural que o credor por dívida particular requeira ao órgão judicante a reserva de seu quinhão.

No rol dos bens absolutamente impenhoráveis, o legislador pátrio não inclui as cotas, o que leva a concluir que o art. 649 do CPC/73, não veda a aquisição do quinhão pertencente ao devedor-cotista.

Se não existe uma disposição expressa, que proíba a penhora, o mais correto parece se utilizar das regras gerais que regulam o instituto. Com efeito, o art. 655, do CPC/73 estabelece uma ordem

dispositiva concernente à graduação dos bens, sendo lógico moldar a figura desta norma, ao inc. X, que dispõe sobre a penhora de direitos e ações.

A cota não deixa de representar um direito, um bem incorporado, dotado de conteúdo econômico, relativo à relação existente entre o sócio e a sociedade. Elas, por evidente natureza representam os direitos do cotista sobre o patrimônio líquido da sociedade, isto é, sobre aquela diferença de cálculo existente entre o ativo e o passivo da empresa, incluindo-se o capital.

Penhorada a cota da sociedade, o credor adquiriria o **status** de sócio? Se a sociedade quiser impedir o ingresso de terceiro estranho, poderá remir o valor da execução.

Consoante determina o art. 651 do CPC vigente é lícito ao executado remir a execução. Na realidade, a sociedade como terceiro interessado que é, pode realizar esta operação, evitando o ingresso de terceiros, pagando e se sub-rogando nos direitos do credor exequente.

Ainda que a penhora se efetue, dentro desta linha de raciocínio, o credor não adquirirá, **data venia** o **status** de sócio. O credor, efetuada a penhora, passa a ocupar a posição de devedor, uma vez que a constituição judicial abarca os direitos de conteúdo patrimonial, não as qualidades

inerentes do sócio. A posição de cotista não se adquire pela simples penhora do quinhão social, porquanto o **status socii**, compreende um conjunto complexo de direitos e obrigações de ordem econômica e pessoal. Entendemos que se a cota for adquirida por terceiro, não querendo a sociedade o seu ingresso, deve-se liquidá-la, reduzindo o capital social, caso se necessite.

Uma vez admitida a possibilidade jurídica da penhora da cota, a sociedade, ou os demais sócios que a compõem devem ter preferência ao licitante, utilizando este direito no prazo de cinco dias, depositando o valor da arrematação, assim se impediria a entrada do credor particular do devedor-cotista na sociedade, contrariamente à vontade social estabelecida.

Apesar destas inúmeras posições tiradas a lume da legislação adjetiva civil, há ainda, uma corrente que se utiliza da analogia do art. 720 do CPC/73, para defender a tese da penhora das cotas. Com efeito, este dispositivo normativo ao permitir o quinhão do sócio na empresa, por intermédio do usufruto estabelece e prioriza a própria penhora das cotas sociais. Para que haja o usufruto judicial, torna-se imprescindível a penhora anterior do quinhão. A interpretação desta norma comporta, porém, melhor análise. O seu real escopo é facilitar as garantias que, evi-

dentemente, uma empresa necessita no gerenciamento de suas atividades, dotando o interesse do credor de plena eficácia na prestação jurisdicional. Trata-se, no entanto, de medida excepcional cuja origem se liga à circulação das riquezas existentes no mundo dos negócios, onde o empresário precisa de crédito correspondente ao capital de giro, para se manter no exercício da sociedade. Ainda que o usufrutuário, por força da penhora do quinhão do sócio na empresa, exerça os direitos inerentes ao devedor, nem por isso ele se torna sócio da sociedade, mas sim mero fruidor dos benefícios destas, uma vez que o **status socii** se prende à figura do nu-proprietário” (ob. cit., nº 24, pg. 71).

Humberto Theodoro Júnior,
escrevendo a propósito, assinala:

“Sem embargo de algumas opiniões em contrário, tem prevalecido, desde longa data, na doutrina e jurisprudência, o entendimento de que apenas os fundos líquidos que o sócio tenha como credor da sociedade comercial podem ser penhorados; não assim a sua cota social, que, salvo na hipótese de sociedade anônima, não seria um valor disponível, mas parte do próprio capital da pessoa jurídica, sem o qual esta não pode subsistir.

Daí o corolário inevitável de que a cota social do devedor ou

“a fração do capital social é impenhorável”.

Argumentam, mais, os adeptos desse entendimento, que as sociedades, inclusive as limitadas, são formadas **intuitu personae**, de sorte que seria inadmissível que, por via da penhora e conseqüente arrematação da cota, um estranho viesse a imiscuir-se na sociedade, assumindo a posição de sócio contra ou sem a vontade dos demais participantes do contrato social.

Os argumentos, sem embargo das excelentes autoridades que os prestigiam, não me convencem do acerto da radical posição dos que se opõem, intransigentemente, à penhorabilidade da participação do sócio no capital social da empresa econômica.

Embora a pessoa jurídica tenha personalidade e patrimônio próprios, a conseqüência obrigatória desse fato me parece que é a de que não responderá ela, como pessoa jurídica, pelas dívidas dos sócios, nem vice-versa. Mas, não se me afigura razoável dizer que o capital da sociedade não integra o patrimônio do sócio, a nenhum título.

Ora, o patrimônio de qualquer pessoa natural se compõe de todos os valores de expressão econômica de que possa usufruir e dispor. E nesse sentido é inegável que a criação e manutenção da pessoa jurídica, no plano comercial, se fazem apenas no interes-

se lucrativo dos respectivos sócios. A sociedade, na verdade, existe para servir aos sócios, para assegurar-lhes lucros e rendimentos. É um instrumento, enfim, da atividade econômica dos seus componentes.

A personalidade jurídica que o direito atribui ao ente criado pelos sócios não lhe retira esse apatnágio de criatura dos sócios com o fim único de lhes servir no plano econômico.

Ademais, não perde o sócio o domínio sobre a sua cota social, pois, na dissolução da sociedade deverá ser reembolsado de parcela do acervo societário que lhe seja correspondente. E, no caso de sucessão hereditária, seus herdeiros receberão ditas cotas, ou pelo menos o seu equivalente econômico, como parcela integrante do inventário e partilha do patrimônio deixado pelo **de cujus**.

A posição do sócio não é, de tal arte, a de alguém que apenas tenha perdido a propriedade dos bens que deu para a formação do patrimônio social. Ao contrário: por não configurar a espécie uma doação, a verdadeira posição do sócio é a de real credor, perante a pessoa jurídica, do valor correspondente à sua cota-parte no acervo social. E tanto é, realmente, assim, que o capital social, na contabilidade mercantil figura entre as verbas do passivo da empresa.

A meu entender, o desvio de ótica que cometem os que negam

a penhorabilidade da cota-social se prende ao fato de focalizarem apenas o contrato entre os sócios, deixando de lado o principal, para os credores, que não é o vínculo social, mas a expressão ou o produto que desse vínculo se pode extrair em conversão econômica.

A qualidade de sócio me parece que, inegavelmente, é personalíssima e, assim, nas sociedades **intuitu personae**, não pode ser expropriada e transferida a terceiro por arrematação em execução forçada.

Mas, a expressão dessa qualidade no patrimônio do devedor, isto é, o que representa essa participação na sociedade para a economia do devedor, esse valor ou esses haveres me parece que não podem ser sonegados à responsabilidade patrimonial, sob pena de colocar o sócio em posição de suprema e injusta vantagem perante o credor insatisfeito, que não consegue executar seu devedor, por falta de bens particulares, embora seja titular de meios econômicos expressivos empregados em sociedade comercial, não raras vezes detentora de vultosos patrimônios e recursos.

O que urge reconhecer é que a cota do sócio integra o patrimônio da pessoa jurídica apenas enquanto aquele conserva sua condição plena de sócio. Rompida a relação econômica entre os sócios, o valor da cota é um crédito como qual-

quer outro, que o respectivo titular pode exigir e dispor como o condômino exige seu quinhão e dispõe dele ao dissolver-se a comunhão.

Respeitada, portanto, a impenhorabilidade da qualidade personalíssima do sócio, não vejo obstáculo a que a penhora incida sobre a expressão econômica da participação do devedor nos bens sociais.

A arrematação ou adjudicação da cota social, destarte, faz-se por meio de sub-rogação apenas econômica do adquirente sobre os direitos do sócio de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade, a fim de receber seus haveres na empresa, nunca, como adverte **Amílcar de Castro**, como substituição ao devedor, como se fosse, na qualidade de novo sócio, um sucessor do devedor.

Daí por que se me afigura melhor o entendimento de que a penhora dos fundos líquidos do sócio deve alcançar não apenas os créditos dele perante a sociedade, mas igualmente sua cota-parte no patrimônio social.

Essa possibilidade de penhora da própria cota social está, aliás, implicitamente reconhecida pelo novo Código de Processo Civil, cujo art. 720 regula, de maneira expressa, o usufruto forçado sobre quinhão do sócio na empresa, como uma das formas de pagamento ao credor na execução por quantia certa. Ora, para se che-

gar a essa modalidade de pagamento, é claro que a cota do sócio teria que, previamente, ter sido submetida à penhora.

Ainda no regime do CPC revogado, o Colendo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo chegou a admitir a penhora da cota social e mereceu, por isso, aplausos de Luiz Gastão Paes de Barros Leães.

Mais recentemente, e já sob o império do Código de 1973, voltou o 1º Tribunal de Alçada Civil paulista a decidir que “o quinhão social integra o patrimônio do sócio e responde pelas suas dívidas, com a ressalva de que a eventual arrematação ou adjudicação do quinhão penhorado não importa em transmissão de qualidade de sócio, mas apenas de direito orientado à solução da dívida, ainda que à custa da dissolução da sociedade” (“Curso de Direito Processual Civil”, vol. II, Forense, 1991, 3ª edição, nº 816, pg. 922).

Do citado Tribunal são exemplos os julgados cujas ementas transcrevo:

“Penhora. Cota social. Admissibilidade. Efeitos. Inteligência do art. 292 do código comercial. Apelação improvida.

O quinhão social integra o patrimônio do sócio e responde pelas suas dívidas, com a ressalva de que a eventual arrematação ou

adjudicação do quinhão penhorado não importa em transmissão da qualidade de sócio, mas apenas de direitos orientados à solução da dívida, ainda que a custa da dissolução da sociedade” (RT 520/159).

“Sociedade comercial. Responsabilidade limitada. Cotas sociais. Penhorabilidade.

Penhoráveis são as cotas de sócio de sociedade de responsabilidade limitada em execução aforada contra ele por obrigação sua, e não da sociedade” (RT 569/105).

“Penhora. Cotas de capital. Sociedade de responsabilidade limitada. Dívidas de sócio. Admissibilidade.

Em execução movida contra sócio de sociedade comercial de responsabilidade limitada admissível é a penhora das cotas de capital a ele pertencentes, visto que elas integram seu patrimônio e respondem por suas dívidas” (RT 571/134).

Também foi adotado esse entendimento em julgado relatado no Supremo Tribunal Federal pelo Sr. Ministro **Francisco Rezek** (RTJ 115/919), sumariado pela ementa do seguinte teor:

“Sociedade de Responsabilidade Limitada. Quotas de capital. Penhorabilidade. São penhoráveis, por dívida particular do sócio, as respectivas quotas de capital na sociedade limitada. Precedentes do STF”.

O voto proferido pelo Sr. Ministro **Athos Carneiro**, como relator do referido REsp 19.018-0/PR, consigna argumentos de relevância jurídica que, a meu sentir, harmonizam, em posição intermediária, os princípios do direito societário com a garantia de efetividade dos mecanismos judiciais da execução forçada das obrigações, tanto as resultantes de ato de vontade quanto as derivadas de ordem judicial.

Desse voto, destaco:

“O prof. **João José Ramos Schaefer**, em trabalho de doutrina (in Rev. AJURIS, V. 30/203), sustentou a penhorabilidade das quotas, concluindo em que, feita a penhora, o credor particular do sócio não se torna sócio, “continuando este a exercer os direitos pessoais a ela inerentes”; todavia, vendida a quota em hasta pública, o adquirente dela entrará na sociedade “com os mesmos direitos e obrigações decorrentes da qualidade de acionista”.

Tal posição foi contestada pelo Des. **Clarindo Favretto**, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (artigo na Rev. AJURIS, v. 36/23), que realça a diferença entre uma cota de sociedade limitada e uma ação de sociedade anônima, esta formada **intuitu pecuniae**, aquela **intuitu personae**, valendo de seu trabalho alinhar o seguinte trecho:

“Os credores do sócio particular não podem considerar como garantia a quota do sócio,

mas os rendimentos que esta venha a produzir na sociedade, a que a lei denomina de fundos líquidos do sócio, enquanto permanecer como quota.

A quota do sócio só se considera garantia do credor particular, por dívida daquele, como potencial, quando venha a ser transformada em patrimônio individual, por despedida, que pode ocorrer pela dissolução da sociedade, pela dissidência, pelo acordo ou pela morte.

Há que se observar, por sobre tudo, que o contrato de sociedade pode não conferir aos sócios a faculdade de disposição de suas quotas, para transferência a estranhos, por sorte que não se torna disponível o respectivo direito”.

Esta orientação, em última análise, e em termos, foi a adotada pelo ilustre comercialista e igualmente Des. do TJRS, prof. **Cristiano Graeff Junior** (in Rev. AJURIS, v. 53/21-33) para quem há que partir da distinção: se o pacto societário prevê a livre transferência de quotas, “há a antecipada concordância à substituição dos sócios”, ocupando o arrematante o lugar do devedor; porém se a sociedade houver sido formada **intuitu personae**, então a expropriação forçada de uma quota irá esbarrar “na lei e na vida mercantil, pois acarretará a dissolução da sociedade ou

sua ruína, com manifesto prejuízo para os demais quotistas”. Nesse segundo caso, “a penhora e conseqüente expropriação não podem recair na ‘quota’ social, mas apenas no direito patrimonial que ela confere ao sócio: fruir os lucros durante a vida social e na liquidação participar da partilha de eventuais resíduos” (grifo nosso). Em última análise, “basta penhorar ao invés da quota, o direito e ação a ela correspondente (arts. 655, X e 720)”. Situação similar, diga-se, **mutatis mutandis**, à do usufruto de empresa — CPC, arts. 716 e ss.”.

A conclusão desse voto, no particular, determinou recaísse a penhora não sobre a quota social mas sobre os direitos e ações a ela correspondentes, a fim de que o arrematante ou adjudicatário deles usufríssem.

Na oportunidade desse julgamento não me pus de acordo com tal solução. Em verdade estaria a penhora recaindo sobre o direito de usufruto da cota social, posto que a lei civil define o usufruto como “o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade” (art. 713). Esse direito não está, no momento, constituído. O bem que integra o patrimônio do executado é a cota, e é da essência do processo executivo a garantia do juízo mediante a penhora. O usufruto de empresa não se confunde com a

penhora, que é, no dizer da doutrina, “o primeiro ato executivo e coativo do processo de execução por quantia certa” (Theodoro Júnior, ob. cit., vol. II, nº 807, pg. 906), e tem por conseqüência “sujeitar os bens por ela alcançados aos fins da execução, colocando-os à disposição do órgão judicial” (**idem, ibidem**), enquanto aquele é forma de pagamento do credor, somente tendo lugar na fase final do processo. Nesse sentido o precedente do Tribunal de Justiça da Guanabara, estampado em RT 467/200, de cuja ementa se colhe, no que interessa:

“A constituição de usufruto de imóvel ou de empresa — instituído novo surgido com o atual Código de Processo Civil — é, na sistemática deste, medida que o juiz somente poderá conceder ou deferir na fase final do processo de execução, após percorridas as etapas preliminares nas quais o mesmo se desenvolve: penhora, depósito, avaliação etc., isso porque referido usufruto não se equipara à penhora, mas, ao pagamento ao credor”.

Ademais, ao determinar tal desdobramento, no momento de declarar a subsistência, ou não, da penhora efetuada sobre as cotas, estar-se-ia monitorando os atos seguintes do processo executivo, impondo-se a constituição do usufruto que, no entendimento da doutrina, “depende sempre de pedido do credor, já que este tem o direito de exigir sempre que a execução termi-

ne, desde logo, pela entrega da soma de dinheiro a que corresponde a obrigação” (**Theodoro Júnior**, ob. cit., nº 886, pg. 986). Confirma-se, também a respeito, nota que fiz constar do “Código de Processo Civil Anotado”, art. 721, da editora Saraiva, 5ª edição, citando **José Augusto Delgado**, no sentido de que não deve ser concedido de ofício.

A penhorabilidade das cotas, porque não vedada em lei, é de ser reconhecida. Os efeitos de sua excusão, no entanto, hão de ser determinados em atenção aos princípios societários, considerando-se haver, ou não, no contrato proibição a livre alienação das mesmas. Daí, na esteira do magistério de **Carlos Henrique Abrão**, entender que seja facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução sub-rogando-se nos direitos do credor, ou, ainda, remir o bem (CPC, art. 787) ou conceder-se à sociedade e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto, aplicando-se os arts. 1.117, 1.118 e 1.119, CPC, ou, ainda, que sejam apurados os haveres do arrematante. Garante-se, desta forma, que possa a sociedade obstar a entrada em seu meio de pessoa indesejável. Não havendo restrição no ato constitutivo, nada impede que a cota seja arrematada com inclusão de todos os direitos a ela concernentes, inclusive o **status** de sócio.

Mantendo este entendimento, conheço parcialmente do recurso por ambas as alíneas e nessa parte lhe

dou provimento para restabelecer a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.854-2 — SP — (92.0033414-8) — Relator: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Rectes.: Edmundo Rossi Cuppolini e cônjuge. Advogados: Haroldo Guilherme Vieira Fazano e outros. Recdo.: Electro Aços Marconi Ltda. Advogados: Sônia Maria de Oliveira Pirajá e outro.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Barros Monteiro (em 11.10.93 — 4ª Turma).

Aguardam os Srs. Ministros Tbrreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALÊNCAR.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: 1. Não prospera o apelo especial quanto à alegada ilegitimidade de parte da ora recorrida, até porque, conforme deixou salientado o eminente Relator, não cuidaram os recorrentes de evidenciar as violações à lei federal, pois, se limitaram a apontar, sem muita precisão, os artigos que se consideraram afrontados.

2. De outro lado, sobre a penhorabilidade das cotas sociais assim me pronunciei quando do julgamento do REsp nº 19.018-0/PR, que enfocou idêntico tema **in verbis**:

“Quanto ao segundo e principal tema do apelo especial, vale ressaltar desde logo que a tendência moderna da jurisprudência e mesmo da doutrina é pela admissibilidade de a penhora recair sobre as cotas sociais de que titular o devedor, dado o seu manifesto conteúdo econômico, o que a coloca como garantia ao direito dos credores (art. 591 do CPC).

Ainda que se cuide no caso de sociedade constituída **intuitu personae**, penso que tal como o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, cabível a penhora sobre as cotas sociais referidas.

Considero também que a proibição da transferência das cotas, resultante da estipulação expressa no contrato social ou decorrente de seu contexto por cuidar-se de sociedade constituída **intuitu personae**, não induz a inalienabilidade prevista no art. 649, inc. I, do CPC. É que, conforme acentuou o douto voto prolatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo, “a impenhorabilidade atinente aos bens inalienáveis, preconizada pelo art. 649, I, CPC, concerne aos bens gravados com cláusula de inalienabilidade, nos moldes fixados pela legislação civil. Esses casos são regulados em lei, não sendo de dilargar as causas

de sua instituição, principalmente em face da repercussão sobre os direitos de terceiro, não valendo sua estipulação em causa própria. A constituição de sociedade com proibição de alienação de quotas tem validade entre os sócios e pode ser oposta aos terceiros adquirentes, no âmbito do direito privado. Não pode, entretanto, ser erigida em autêntica ‘cláusula de inalienabilidade’, oponível **erga omnes**”.

Ao depois, a eventual arrematação por terceiro das aludidas cotas sociais não pode comprometer o ato constitutivo, desde que, em face da publicidade que costuma cercar a expropriação executiva com que se operará a transferência da cota, a própria sociedade e os seus sócios têm meios suficientes a seu dispor para obstar que a venda compulsória dê ensejo ao ingresso de terceiros indesejados no seio da empresa. Tais providências legais vêm discriminadas pelo Prof. **Domingos Afonso Kriger Filho** em seu trabalho doutrinário “A Penhorabilidade da Cota do Sócio de uma Limitada”, a saber: a) participação no leilão através de lance; b) remissão da execução; em casos especialíssimos, a remissão de bens (**in** Revista Jurídica, nº 191, págs. 28-29). Em linhas gerais, esta é a diretriz traçada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo com apoio no magistério de Carlos Henrique Abrão, que entende ser facultado à sociedade, na qualidade de ter-

ceira interessada, remir a execução, sub-rogando-se nos direitos do credor; ou remir o bem; ou exercerem ela e os sócios a preferência na aquisição das cotas; ou, ainda, ser possível a apuração dos haveres do arrematante.

Em verdade, a lei não exclui a penhorabilidade das cotas. Em hipótese de eventual entrada de pessoa indesejável em seu meio, dispõe ela de instrumentos legais próprios a impedi-la. Nada havendo em seu ato constitutivo a respeito da cessibilidade das cotas, será a cota passível de arrematação, compreendendo todos os direitos a ela concernentes, inclusive o **status** de sócio.”

3. Também aqui, pelas mesmas razões, acompanho o ilustre Relator, conhecendo, em parte, do recurso e, nessa parte, dando-lhe provimento para restabelecer a sentença.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.854-2 — SP — (92.0033414-8) — Relator: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Rectes.: Edmundo Rossi Cuppolini e cônjuge. Advogados: Haroldo Guilherme Vieira Fazano e outros. Recdo.: Electro Aços Marconi Ltda. Advogados: Sônia Maria de Oliveira Pirajá e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Barros Monteiro, conhecendo em parte do recurso e, nessa parte,

dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (em 30.11.93 — 4ª Turma).

Aguardam os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: No voto que proferi no REsp nº 19.018-PR, cuja cópia vai em anexo, deixei expresso que a penhorabilidade de quota de sociedade de responsabilidade limitada dependia do que dispusesse o contrato ou o estatuto social. Se proibisse a transferência da quota a terceiros, ou se a sociedade fosse constituída **intuitu personae**, seria ela impenhorável, devendo a constrição incidir sobre os **fundos líquidos** que o devedor possuir na companhia, a teor do disposto no art. 292 do Código Comercial.

Na espécie vertente, verifico que o contrato social (fls. 11/14) silencia, dele não constando nenhuma cláusula permitindo ou proibindo a transferência de quotas. Verifico também que não se trata de sociedade de pessoas, pois o seu objeto é a indústria e comércio de ferro e aço, em que não se exigem atributos ou qualidades específicas para os sócios.

Constatado esse fato, entendo que não existe veto à penhorabilidade

de, conforme se infere do voto a que me referi.

Por isso, acompanho o Ministro Relator.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL Nº 19.018 — PR

VOTO (Vista)

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: A questão suscitada no recurso, concernente à nulidade dos cheques emitidos em moeda estrangeira, desmerece conhecimento à vista do que dispõe o artigo 42 da Lei nº 7.357/85. Ademais, sobre ela não discrepam os eminentes pares que me antecederam.

No respeitante à penhorabilidade das quotas de sociedade de responsabilidade limitada, creio que somente uma disciplina legislativa expressa e concludente poderá pôr cobro às dúvidas refletidas no dissenso que lavra na doutrina e na jurisprudência.

Sou inclinado a admitir, porém, que a interpretação adotada pelo eminente Ministro Athos Carneiro melhor se ajusta às regras jurídicas das leis comerciais e processuais relacionadas com o tema objeto da controvérsia.

Não me convence o argumento, esgrimido por certa corrente em prol da penhorabilidade, segundo o qual o devedor responde, para o

cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, porque o artigo 591 do Código de Processo Civil, em que se arrima, ressalva as restrições estabelecidas em lei. E também porque o artigo 649, I, do mesmo diploma legal, ao estatuir a impenhorabilidade dos bens declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução, tem ampla incidência, compreendendo todo e qualquer negócio jurídico, inclusive as sociedades comerciais. Traduz essa intenção o contrato social que proíbe a transferência de quota a terceiro ou que a condiciona ao acordo unânime dos sócios. Daí o dizer **Pontes de Miranda** (“Tratado de Direito Privado”, 1965, tomo 49/387):

“Se a transferibilidade (alienabilidade) é *subjetivamente limitada*, ou *subjetivamente restringida* por alguma cláusula negocial, o que é preciso é que o promotor da medida executiva, ou da medida cautelar, tenha *legitimação subjetiva* à aquisição. Por exemplo: a quota do sócio, que somente a sócio poderia ser transferida, somente por ação dele pode ser atingida, quer executiva quer cautelarmente. Se a quota do sócio pode ser alienada a terceiro, é penhorável, arrestável ou por outro meio constringível a pedido do terceiro. Se a alienação, em virtude de cessão, depende de algum requisito, como o de permissão de maioria, tem de ser satisfeito para que a medida

executiva possa ser definitiva, porque somente então há a transferência.”

A vedação de cessão de quota a terceiro ocorre quase sempre nas sociedades formadas **intuitu personae**, em que a pessoa do sócio é fundamental à própria existência da entidade.

Por isso, a mim me parece correta, porque mais conforme aos princípios, a construção do Prof. Cristiano Graeff Júnior, citado no voto do eminente relator.

Parte o ilustre autor do pressuposto de que cabe aos quotistas, no contrato ou no estatuto social, a teor da permissão contida no art. 291 do Código Comercial, dispor sobre a transferibilidade das quotas, permitindo-a ou proibindo-a. Na primeira hipótese, não há o que discutir porque o sócio pode ser substituído pelo credor sem causar empeco ou perturbação na vida da sociedade.

“Se, porém — escreve — o contrato revelar uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada constituída em razão de pessoas, a desapropriação é juridicamente impossível.

Essas sociedades, porque formadas **intuitu personae**, estão submetidas às regras estabelecidas ao Cód. Com. para as sociedades nele previstas”.

E arremata linhas adiante (AJURIS, vol. 53, pág. 29):

“A cessão forçada dos direitos de um de seus sócios esbarra na lei e na vida mercantil, pois acarretará a dissolução da sociedade ou sua ruína, com manifesto prejuízo para os demais quotistas.

Constituída em consideração às qualidades, habilitações e qualificações dos sócios, que devem conjugar esforços para lograr o fim comum de obter lucro, a substituição forçada de um deles pode desorganizá-la.

É que as aptidões e qualidades das pessoas não são iguais. Não se pode substituir um médico por um mecânico e vice-versa numa sociedade em que essas qualificações são indispensáveis para sua viabilidade.

Destarte, a penhora e conseqüente expropriação não podem recair na “quota social”, mas apenas no direito patrimonial que ela confere ao sócio: fruir os lucros durante a vida social e na liquidação participar da partilha de eventuais resíduos.”

Discordo do mencionado autor quando assevera que basta penhorar, ao invés da quota, o direito e ação a ela correspondente (**Walde-mar Ferreira** diz que não se deve confundir **direitos e ações** com fundos líquidos e preleciona (“Sociedades por Quotas”, 1958, vol. III/774):

“O grande princípio, que veio do código de 1850, no tocante às dí-

vidas particulares dos sócios, é o do art. 292. O credor particular de um sócio só pode executar os fundos líquidos que o devedor possuir na companhia ou sociedade, não tendo estes outros bens desembargados; ou se, depois de executada, os que tiver não forem suficientes para o pagamento.”

Embora registrando essa discordância quanto ao ponto por último enfocado, acompanho o Ministro Relator, conhecendo do recurso pela letra c, no pertinente à questão da penhorabilidade da quota social, e dando-lhe provimento.”

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.854-2 — SP — (92.0033414-8) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Sálvio de Figueiredo. Rectes.: Edmundo Rossi Cuppolini e cônjuge. Advogados: Haroldo Guilherme Vieira Fazano e outros. Recdo.: Eletro Aços Marconi Ltda. Advogados: Sônia Maria de Oliveira Pirajá e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 08.03.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, que formulou o seu voto proferido em 30.11.93, Antônio Tórrão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.992-3 — RJ

(Registro nº 92.0033833-0)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Isaldino Gomes*

Recorrida: *Companhia Brasileira de Trens Urbanos — CBTU*

Advogados: *Drs. Maria Helena de Magalhães e outros, e Emmanuel Brum Gama e outros*

Ementa: *Responsabilidade Civil. Estrada de ferro. Passageiro vítima de assalto.*

Situação que se equipara ao caso fortuito, pois o dano se deve a causa alheia ao transporte em si.

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 maioria, vencido o Sr. Ministro Dias Trindade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 8 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Isaldino Gomes intentou ação indenizatória contra a “Companhia Brasileira de Trens Urbanos — CBTU”, alegando que no dia 24 de setembro de 1989, quando se encontrava na plataforma da estação ferroviária de “Queimados”, foi surpreendido por um tumulto, em meio ao qual foi projetado na linha férrea. Acentuou que, em consequência do evento, veio a sofrer várias mutilações.

O MM. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido, após examinar o quadro probatório em que uma das testemunhas informara ter sido o autor vítima de um assalto ao

qual reagira, tendo sido lançado pelos meliantes no leito ferroviário. Eis os fundamentos centrais da decisão de 1º grau:

“A inicial alude a tumulto na estação superlotada, em consequência do qual projetou-se o demandante sobre os trilhos. Isso, ainda segundo aquela peça, num domingo, o que aliás, confirma o prefalado *Hélio*.

Com efeito, o dia 24.09.89 recai em domingo, sendo que guardas ferroviários foram informados de que o autor estava ferido, no leito da estrada, às 10hs40min (fls. 8vº). O acidente, pois, ocorreu na manhã.

Ora, que a estação fique superlotada nas manhãs dos dias úteis, e que nela possa haver tumultos, com sérias probabilidades de acidentes como o descrito na peça vestibular, é absolutamente previsível e altamente provável — a experiência o demonstra. Numa manhã de domingo, não. Essa situação equivale a caso fortuito e arreda a responsabilidade da ré” (fls. 54).

Ao apelo do demandante a Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro negou provimento sob a ementa seguinte:

“Responsabilidade Civil.

Acidente ferroviário.

Assalto na plataforma de embarque.

Projeção da vítima, no leito da via férrea, por meliantes.

Danos daí resultantes.

Responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

Culpa de terceiro.

Elisão da responsabilidade de transportador.

Se o acidente ocorreu na plataforma de embarque, antes do início da viagem, o caso é de responsabilidade extracontratual ou aquiliana, cuja configuração depende de prova da culpa do transportador.

A culpa de terceiro elide a responsabilidade do transportador, se o acidente não está relacionado com o fato do transporte.

Apelação improvida.

Sentença confirmada” (fls. 84).

Ainda irressignado, o autor manejou este recurso especial, apontando violação aos arts. 1º e 17 do Dec. Leg. nº 2.681, de 07.12.1912, além de discrepância com a Súmula 187-STF. Sustentou o recorrente que o contrato de transporte se inicia com o pagamento da passagem e que a responsabilidade contratual do transportador não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido pela alínea a, do permissivo constitucional, subindo em seguida os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Em tese, a hipótese enfocada é de responsabilidade contratual da transportadora, porquanto o autor comprara o bilhete e ingressara no recinto de embarque (cfr. REsp nº 37.765-0/RJ, por mim relatado).

Todavia, conforme deixaram patente as instâncias ordinárias, o autor — ora recorrente — fora lançado aos trilhos por três meliantes, ao reagir a um assalto. Dá-se aí u’a excludente da responsabilidade da empresa ferroviária, nos termos do disposto no art. 17, 2ª alínea, inc. I, do Dec. Leg. nº 2.681/1912: caso fortuito ou força maior.

Ressaltou o Acórdão recorrido com inteira razão que se mostra pertinente a Súmula 187 do Sumo Pretório se o acidente está relacionado com o fato do transporte em si. “Se não está, o fato, inevitável e imprevisível, é estranho ao fato do transporte; equipara-se ao caso fortuito e exime de responsabilidade o transportador” (fls. 87).

O tema não é novo nesta Casa. Quando do julgamento do REsp nº 35.436-6/SP, a Eg. Terceira Turma teve ocasião de examinar evento no qual se envolvera precisamente um passageiro ferido em assalto. A decisão então tomada harmoniza-se com a orientação traçada pela segunda parte da motivação expendida pelo C. Tribunal a quo. Confira-se a sua ementa:

“Responsabilidade Civil — Estrada-de-ferro — Passageiro ferido em assalto.

O fato de terceiro que não exonera de responsabilidade o transportador é aquele que com o transporte guarda conexão, inserindo-se nos riscos próprios do deslocamento. Não assim quando intervenha fato inteiramente estranho, como ocorre tratando-se de um assalto”.

Em seu douto voto, o Sr. Relator, Ministro Eduardo Ribeiro, reportou-se a um precedente também por ele relatado (REsp nº 13.351), em que intervieria um fato inteiramente estranho ao transporte em si (caso de um passageiro atingido por uma pedra atirada de fora do veículo). S. Exa., ao evocar ali eventual hipótese de atentado ou de assalto, anotou que a situação se equipara ao fortuito, excluindo-se, assim, a responsabilidade do transportador.

Não se pode argumentar com a alegada falha na segurança, que estaria a cargo da ferrovia. Ainda que mantivesse a empresa um expressivo corpo de guardas, não teria como impedir a ocorrência de eventos dessa mesma natureza, considerando-se que diariamente passam pelo local milhares de usuários das composições ferroviárias.

Vale recordar que a diretriz imprimida pelo Supremo Tribunal Federal não diverge de tal entendimento. Em ação reparatória de danos movida por parentes de vítima

falecida em assalto a ônibus suburbano, a Suprema Corte reputou tratar-se de caso fortuito ou força maior (RTJ 96/1.201, relator Ministro Décio Miranda).

Nesses termos, não há na espécie falar em contrariedade aos arts. 1º e 17 do Dec. Leg. nº 2.681, de 1912, nem tampouco em divergência com a mencionada Súmula nº 187-STF.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Na linha do voto do Sr. Ministro *Dias Trindade*, há expressiva corrente doutrinária que vem ampliando seu entendimento no sentido de estender à empresa transportadora a responsabilidade quando se verificam fatos como o exposto, em que se atira pedra contra o veículo transportador, ou quando ocorren-te a ação criminosa de outrem, res-ponderia a empresa por tais fatos.

No entanto, em termos de jurisprudência, tal corrente ainda não foi agasalhada, o que se verifica não só em relação à jurisprudência então formada no Supremo Tribunal Federal como em relação à jurisprudência até hoje adotada neste Superior Tribunal de Justiça.

Com estas observações e em face dos precedentes deste Tribunal, e especialmente desta Turma, acom-

panho o Sr. Ministro Relator, com a devida vênia do Sr. Ministro *Dias Trindade*.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, **data venia**, vou discordar, por entender que a empresa que contratou o transporte tinha a obrigação de manter a segurança de seus passageiros e evitar esses assaltos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.992-3 — RJ — (92.0033833-0) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Barros Monteiro. Recte.: Isaldino Gomes. Advogados: Maria Helena de Magalhães e outros. Recda.: Companhia Brasileira de Trens Urbanos — CBTU. Advogados: Emmanuel Brum Gama e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, não conheceu do recurso, vencido o Sr. Ministro Dias Trindade (em 08.02.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.592-3 — PR

(Registro nº 93.0001876-0)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Auto Elétrica 108 Ltda.*

Advogados: *José Cid Campelo Filho e outros*

Recorrida: *Larissa Comercial de Combustíveis Ltda.*

Advogados: *Marizete Muraro e outros*

EMENTA: *Civil. Locação. Aluguéis. Reajustes. Multa sobre o valor da causa. Recurso especial.*

1. Imprópria no caso destes autos a aplicação da multa de 1% sobre o valor da causa.

2. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas e Cid Flaquer Scartezzini. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Assis Toledo.

Brasília, 7 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Procedente na sentença o pedido de despejo por falta de pagamento — locação comercial não amparada pela Lei de Luvas — apelou a locatária, mas o Tribunal de Alçada do Paraná confirmou a decisão, em Acórdão que teve por ementa:

“Locação — Despejo por falta de pagamento — Contestação. O apelante deixou de efetuar o pagamento dos aluguéis, obrigação precípua do locatário, nos termos do Art. 19, inciso II da Lei 6.649. Não tendo comprovado o erro na correção dos aluguéis e não tendo purgado a mora ou efetuado o

pagamento do valor que entendia devido, outro não podia ser o desfecho da demanda. Recurso improvido.”

Ofertados embargos declaratórios, restaram rejeitados e, considerados procrastinatórios, aplicou-se a multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do CPC, Art. 538, p. único.

Manifestou a vencida Recurso Especial, alegando contrariedade à Lei 6.649/79, Arts. 15, §§ 1º e 2º, 36 e 46 e, ao CPC, Art. 538.

Admitido o recurso na origem apenas pelo fundamento de ofensa ao CPC, Art. 538, com as contra-razões da recorrida, subiram os autos a esta Corte.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, inconformada com o resultado que lhe foi adverso, quer a recorrente a sua inversão, aduzindo que a recorrida pretendeu receber, a título de alugueres, valores acima daqueles devidos, pois reajustados com base nos índices de variação do IPC, sendo que os mesmos deveriam ser reajustados com base na variação do BTN e, extinto este, da TR.

O julgado recorrido asseverou:

“A pretexto de que o índice de correção do aluguel é vedado por lei, o apelante deixou de efetuar

o pagamento dos aluguéis, limitando-se a contestar a ação. Competia-lhe, todavia, demonstrar o excesso alegado, nos termos do Art. 333, inciso II do Código de Processo Civil, o que não foi feito. Ainda que tivesse razão, certamente não podia permanecer no imóvel sem pagar o aluguel, obrigação precípua do locatário, nos termos do Artigo 19, inciso II da Lei 6.649.

Assim, não tendo comprovado o erro na correção dos aluguéis e não tendo purgado a mora ou ofertado o pagamento do valor que entendia devido, outro não podia ser o desfecho da demanda, pois nos termos do Artigo 52, inciso I da Lei 6.649, o despejo será concedido se o locatário não pagar o aluguel da locação.” (fl. 81).

Não obstante rejeitados os embargos declaratórios, esclareceu o Acórdão:

“A Lei 6.649, Art. 15, § 3º, não veda a adoção de IPC como índice de correção. Qualquer índice pode ser contratado desde que observado o limite estabelecido pelo § 2º do mencionado Artigo.” (fls. 92/93)

E acrescentou:

“A decisão está embasada na falta do pagamento do aluguel — vários meses — e na ausência da prova do excesso pretendido pelo

locador. Mera alegação não pode ser acolhida para justificar o descumprimento da mais fundamental das obrigações do inquilino — o pagamento do aluguel.” (fls. 92).

Improcede, pois, o argumento de que o Acórdão entendera que a locatária deveria ter, cumulativamente, contestado a ação e purgado a mora. A recorrente fez a opção de contestar a ação, alegando que a locadora queria cobrar mais do que efetivamente devido. A tese foi apreciada nas instâncias originárias que concluíram, que a recorrente não logrou provar o alegado, como era de ser mister, consoante o CPC, Art. 333, II e, com vários aluguéis não honrados no vencimento, impunha-se a procedência do pedido de despejo por falta de pagamento.

Mas, assiste razão à recorrente, ao insurgir-se contra a aplicação de multa nos embargos declaratórios, pois, foi na oportunidade desses embargos, que o Acórdão esclareceu a questão da permissibilidade de os alugueres do contrato locatício serem reajustados com base no índice do IPC, pelo que tenho por imprópria a aplicação da multa prevista no CPC, Art. 538, p. único. Se, de alguma forma, aquele Acórdão corrigiu omissão do anterior, não podem os embargos de declaração serem considerados protelatórios.

Ademais, “viola o texto do Art. 538, par. único do CPC o Acórdão que não explicita os fundamentos pelos quais toma os embargos de

declaração como manifestamente protelatórios.” (REsp 6.707-DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 04.11.91).

Assim, conheço do recurso pelo fundamento de ofensa ao CPC, Art. 538, e ao mesmo dou parcial provimento, para retirar da condenação a multa de 1% sobre o valor da causa.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.592-3 — PR — (93.0001876-0) — Relator: O Sr. Ministro Edson Vidigal. Recte.: Auto

Elétrica 108 Ltda. Advogados: José Cid Campelo Filho e outros. Recda.: Larissa Comercial de Combustíveis Ltda. Advogados: Marizete Muraro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Relator (em 07.03.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas e Flaquer Scartezini. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Assis Toledo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.617-4 — PR

(Registro nº 93.0002008-0)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorridos: *Antenor Claro de Oliveira e outros, e Flávia Claro de Oliveira*

Interes.: *Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná — DER/PR*

Advogados: *Drs. Júlio Cesar Ribas Boeng, Jacy Gabardo e outros, Acyr de Oliveira Lima e outros, e Athos Pedroso e outros*

EMENTA: *Desapropriação. Honorários periciais. Assistente técnico integrante dos quadros da autarquia.*

I — *Exclui-se da condenação a obrigação da autarquia de pagar os honorários periciais ao seu próprio assistente técnico, uma vez que o mesmo é funcionário celetista, integrante dos quadros daquele órgão, onde já é remunerado mensalmente para desempenhar a referida função.*

II — *Recurso conhecido e 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 dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 25 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado do Paraná*, com fundamento no art. 105, III, alínea a, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça daquele Estado que, nos autos da presente ação expropriatória, entendeu pela obrigação do Departamento de Estradas de Rodagem em suportar o pagamento de salário ao assistente técnico que indicara para concorrer aos trabalhos periciais, ainda que pertencendo aludido assistente (engenheiro) ao quadro funcional do próprio DER/PR.

Sustenta o recorrente, em síntese, contrariedade ao art. 20, § 2º, do CPC.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde dispensei a manifestação do douto Ministério Público Federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Pleiteia o recorrente a reforma do **decisum** na parte que impõe ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná — DER/PR o pagamento da verba honorária a assistente técnico por ele indicado.

Tenho que restou evidenciado o equívoco do v. acórdão hostilizado, merecendo, por isso, reforma.

É que como bem salientou o DER/PR em suas razões de apelação:

“... a concessão de honorários a serem pagos pela própria autarquia ao vistor que é seu funcionário celetista integrante de seu quadro de pessoal remunerado mensalmente para o desempenho de sua atividade, implicaria em dupla remuneração pelo mesmo encargo ou serviço, o que contraria princípio moral e legal, eis que viola o disposto no artigo 20 **caput** do Código de Processo Civil, que determina “a sentença condenará o vencido a pagar ao

vencedor as despesas que este antecipou e os honorários advocatícios”, ora os autores não anteciparam honorários ao vistor indicado pelo expropriante e sendo este profissional integrante de seu quadro funcional celetista, percebendo: salários mensais; diárias para viagens; servindo-se de condução do órgão para atender os encargos; contando com a colaboração de advogados, datilógrafos, topógrafos, desenhistas, motoristas, etc...; na confecção dos laudos; possuindo verbas do órgão para extrair certidões, declarações, fotocópias, etc...; seria ilógico, irracional, imoral, e sobretudo ilegal, fosse determinada a obrigação da autarquia de pagar ainda honorários ao seu próprio funcionário, assim fosse deveria a sentença determinar que elevado percentual destes honorários fossem desembolsados pelo louvado, para remunerar advogados, datilógrafos, topógrafos, motoristas, desenhistas, etc... todos contratados do órgão e integrantes de seu quadro de pessoal celetista ou estatutário, que de forma inegável contribuíram para a perícia e confecção do laudo pericial.

Ademais, a própria indicação do referido engenheiro para a função de assistente técnico nas ações de interesse do DER/PR, decorre do fato de ser funcionário celetista integrante dos quadros do órgão lotado no Setor de Avaliação, cujas funções estão perfeitamente

definidas no Regulamento da Autarquia (Decreto nº 3.843, de 31.08.77).

Por assim, também entendeu, a Egrégia Câmara Cível do Tribunal de Justiça, através do acórdão nº 1.849, proferido na Apelação Cível nº 1.642/82, tendo como Relator o Desembargador **Ossian França**, estabeleceu:

“Exclusão do assistente técnico do Apelante por pertencer o *expert* aos quadros da autarquia Apelante e o recebimento dos honorários constituiria remuneração dúplice” (fls. 451/452).

Com efeito, o expropriante foi condenado a pagar honorários periciais ao seu próprio assistente técnico, que é funcionário celetista integrante dos quadros da autarquia, onde já é remunerado mensalmente para desempenhar a função de assistente técnico nas causas de interesse do órgão, por isso deve ser excluída da condenação a obrigação de pagar os aludidos honorários.

Cabe, ainda, transcrever trechos da fundamentação produzida pelo recorrente, nas razões de recurso, que com muita propriedade aduziu:

“Enfatize-se, a bem da realidade, que, ainda que o atuante assistente técnico não pertencesse ao quadro funcional do DER/PR, descabida se faria a condenação desse órgão na remuneração daquele profissional, pois, insista-

se, o que determinam o artigo 20 e seu § 2º do CPC é a obrigação de o vencido compor as despesas previamente suportadas pela parte vencedora, e não aquelas que ele próprio, vencido, tenha sofrido no curso da lide.

Com efeito, na busca do acerto da causa deve-se ter em mira a integral recomposição dos lesados interesses da parte, sem, no entanto, que tal desiderato implique ou sirva de motivo a injusto e escamoteado empobrecimento do pólo que se proclame culpado.

Em consonância com a postura até aqui defendida pelo **Parquet**, encontra-se o escólio de **Ernani Fidélis dos Santos**, ao esclarecer que, **verbis**:

“A sentença, seja ela de mérito ou simplesmente terminativa, no comum, deve condenar o vencido a pagar todas as **despesas antecipadas** pelo vencedor, as custas ainda devidas e honorários advocatícios, mesmo que o advogado atue em causa própria (art. 20). Nas despesas, além das custas normais do processo, se incluem a indenização de viagem, diária de testemunha e **remuneração de assistente técnico** (art. 20, § 2º).” (grifos nossos — Manual de Direito Processual Civil, vol. I, 2ª ed., Ed. Saraiva, 1988, pág. 113).

Do aludido excerto, avulta que o assistente técnico a ser remunera-

rado pelo vencido não é o seu, mas sim o da parte vencedora, ressalvada a hipotética situação em que esta última haja antecipado a remuneração do assistente técnico da parte contrária, que, a final, venha a tornar-se sucumbente, o que, **data venia**, incorreu nos presentes autos.

A propósito, a sucumbência e a objetividade, que caracterizam a imposição das despesas processuais à parte vencida, são didaticamente detectadas por **José Frederico Marques**, **in litteris**:

“A obrigação de pagar as despesas processuais, imposta ao vencido, não se assenta em base subjetiva (isto é: não se alicerça na culpa), visto que seu fundamento único está na sucumbência. A responsabilidade, portanto, é, aí, exclusivamente objetiva, uma vez que a obrigação decorre do resultado do processo: o vencido é condenado ao pagamento das despesas processuais, em virtude de lhe ter sido desfavorável o resultado do processo.” (Manual de Direito Processual Civil, vol. III, 2ª parte, 5ª ed., Ed. Saraiva, 1981, pág. 261).

Idêntica percepção é encontrada em **Lopes da Costa**, que assim a expressa:

“Proferida a decisão e caracterizada a sucumbência, qualquer que seja o processo ou procedimento, o vencido será

condenado nas despesas, o que constitui título executivo (arts. 584, I, 585, V). Condenação essa que se impõe mesmo nos incidentes do processo, nos quais não são devidos honorários (art. 20, § 1º). No sistema brasileiro vigente, a atribuição das despesas se funda, segundo a doutrina de **Chiovenda**, no instituto da sucumbência, sendo objetiva a responsabilidade do vencido, razão pela qual não mais se perquire da culpa ou não do que sucumbiu.” (Manual Elementar de Direito Processual Civil, Atualizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3ª ed., Forense, 1982, pág. 152).

Em essência, não há negar, juntamente com **José Frederico Marques**, “que em face do sistema adotado no Código de Processo Civil, há, para as partes, o *ônus* de prover as despesas dos atos processuais, e, ao depois, a *obrigação* de pagar o vencido, ao vencedor, as despesas que este havia efetuado.” (obra citada, pág. 259).” (fls. 573/577).

Com estas considerações, adotando os douts fundamentos exarados acima, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.617-4 — PR — (93.0002008-0) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Ministério Público do Estado do Paraná. Advogado: Júlio Cesar Ribas Boeng. Recdos.: Antenor Claro de Oliveira e outros. Advogados: Jacy Gabardo e outros. Recda.: Flávia Claro de Oliveira. Advogados: Acyr de Oliveira Lima e outros. Interes.: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná — DER/PR. Advogados: Athos Pedroso e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 25.05.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 31.737-3 — MG

(Registro nº 93.0002197-4)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *BEMGE — Banco do Estado de Minas Gerais S/A*

Recorridos: *João Bosco da Silva e outro*

Advogados: *Drs. José Augusto Lopes Neto e outros, e Fued Ali Lauar e outro*

EMENTA: Execução com base em nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito (“cheque especial”). Título executivo extrajudicial. Em tal caso, se não apresentado, pelo credor, o demonstrativo contábil (conta gráfica ou conta corrente), a nota promissória, por si só, não é título executivo extrajudicial. Precedentes do STJ. Acórdão que, ao reputar, na espécie, nula a execução, não ofendeu o art. 585, incisos I e II, do Cód. de Pr. Civil. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite.

Brasília, em 8 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de embargos à execução, ao fundamento de que, segundo o relatório da sentença:

“... a nota promissória objeto da execução, emitida pelo primeiro e avalizada pelo segundo, carece de

literalidade, porque está vinculada a contrato de ‘cheque especial’ (Super BEMGE), o que retira sua eficácia como título de crédito líquido, certo e exigível. Aduzem que é necessária a demonstração da existência do crédito que ela indica, inclusive mediante a exibição do respectivo extrato de conta corrente, o que não foi demonstrado pelo credor. Por fim, dizem que a execução se faz na quantia de Cr\$ 227.725,19 (duzentos e vinte e sete mil, setecentos e vinte e cinco cruzeiros e dezenove centavos), ao passo que o crédito concedido aos embargantes, através do ‘Super BEMGE’, foi de Cr\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil cruzeiros), estando, pois, acrescidos encargos na ordem de Cr\$ 57.725,19 (cinquenta e sete mil, setecentos e vinte e cinco cruzeiros e dezenove centavos), que carecem de origem, motivos pelos quais querem o decreto de nulidade da execução e extinção do processo.”

Julgados os embargos improcedentes, foi interposta apelação, e o Tri-

bunal de Alçada de Minas Gerais, por sua 2ª Câmara Civil, decretou, de ofício, a nulidade da execução, nos termos seguintes:

“Cuida-se de embargos à execução, arrimada em nota promissória dada em garantia de contrato de cheque especial, julgados improcedentes ao precípua fundamento de que autônomo, líquido, certo e exigível o título exequendo, inobstante sua vinculação a contrato.

Embora revelados por intocáveis os aspectos de direito da respeitável sentença, bem assim, os julgados por ela enfocados, mostra o caso em tela algumas peculiaridades. Não se discute mais que o contrato levado à execução só adquire configuração de título extrajudicial, acompanhado da respectiva conta gráfica, em se tratando de cheque especial. **In casu**, tendo sido executada, tão-só, a nota promissória, desacompanhada do contrato, não se cogitaria do extrato de conta gráfica, dada a autonomia da cambial em apreço.

Todavia, em razão de que admitido, na inicial da execução pelo próprio Banco exequendo, ser o título propulsor do feito, uma garantia do contrato de cheque especial, não há, em verdade, como se prescindir da conta corrente, sob pena de desconfiguração da extrajudicialidade da cambial.

Assim, considerando-se por prejudicados os demais argumentos expendidos por ocasião do recur-

so, toma-se, pela decretação, de ofício, da nulidade da execução, face à pré-falada inexistência de título hábil, ao seu suporte, e à conseqüente extinção dos embargos.

Pague ao Banco exequendo, as custas processuais e verba honorária **ex adversa**, na razão de 15% sobre o valor dado à causa, bem como, as custas do recurso.”

Daí o recurso especial, interposto pelo Banco do Estado de Minas Gerais S.A., com a alegação de ofensa ao art. 585, incisos I e II, do Cód. de Pr. Civil, admitido por este despacho:

“Argumenta o recorrente com a autonomia do título cambial que, pela simples circunstância de estar vinculado a um contrato, não perde sua característica de certeza, liquidez e exigibilidade, salientando que, **in casu**, formalmente perfeita a nota promissória, não impugnada, além de aliada a execução apenas contra os avalistas, cuja obrigação também é autônoma e prevalece sobre a própria anulação da dívida garantida.

O recurso oferece condições de admissibilidade.

O recorrente, se não demonstrou à sociedade a incidência dos premissivos constitucionais do recurso especial, pelo menos conseguiu trazer à discussão a possibilidade de que isso tenha ocorrido, **in casu**.

Diante dessa situação, é recomendável que se requeira a elevação da apreciação do Superior Tribunal de Justiça, árbitro maior das controvérsias sobre aplicabilidade de normas infraconstitucionais.

Admito, pois, o recurso, determinando a sua remessa imediata àquela Corte Superior.”

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Segundo a decisão recorrida, o contrato de cheque especial é título executivo extrajudicial desde que acompanhado “da respectiva conta gráfica”. No caso presente, a execução funda-se em nota promissória, “uma garantia”, conforme também o acórdão, “do contrato de cheque especial”. Acontece, porém, que a exequente não fez, e o acórdão entendeu que lhe competia fazer, não fez acompanhar a nota promissória “da respectiva conta gráfica”. Posto isto, pergunta-se: a execução reúne condições de ter seguimento? Vem o recorrente alegando que sim, fundado no art. 585, incisos I e II, do Cód. de Pr. Civil. Vejamos, então, a jurisprudência da nossa 2ª Seção.

Quando do julgamento do REsp-22.718, aqui nesta 3ª Turma, tentei confirmar acórdão que entendera não ser título executivo “contrato de abertura de crédito em conta corrente”. Fiquei, no entanto, vencido, e o acórdão recebeu essa ementa, escrita pelo Sr. Ministro Dias Trindade:

“Processual Civil. Título executivo. Cheque especial. O contrato de abertura de crédito rotativo — cheque especial — é título executivo e sua liquidez se expressa por meio de extratos de movimentação da conta, cuja exatidão poderá ser discutida em embargos do devedor.” (REsp-22.712, in DJ de 21.9.92).

Da 4ª Turma, pelas ementas, confirmaram-se os seguintes julgados:

“Abertura de crédito com garantia hipotecária.

Não contraria o art. 585, III, do CPC, o entendimento de que, nos casos de abertura de crédito com desembolsos condicionados, a inicial da ação de execução deve ser acompanhada do adequado demonstrativo contábil.

Recurso especial não conhecido.” (REsp-6.949, Sr. Ministro Athos Carneiro, in DJ de

“Execução. Contrato de abertura de crédito e nota Promissória. Ilíquidez. Carência decretada.

Não basta ao credor, na execução fulcrada em contrato de abertura de crédito e em nota promissória a ele vinculada, assinalar, de modo unilateral, o saldo devedor no verso da cambial. É necessário, segundo jurisprudência da eg. Quarta Turma, que a inicial da execução venha acompanhada do adequado demonstrativo contábil.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp-9.784, Sr. Minis-

tro Barros Monteiro, in DJ de 17.08.92).

“Processo civil. Execução. Contrato de abertura de crédito rotativo. Apresentação dos extratos bancários. Liquidez. Art. 585, II, CPC.

I — O contrato de abertura de crédito rotativo, desde que acompanhado do respectivo extrato de movimentação da conta corrente e presentes os demais requisitos legais, impende ser considerado como título executivo extrajudicial.

II — Possibilidade, em sede de embargos, de impugnar-se o demonstrativo contábil elaborado pela instituição bancária com lançamentos abusivos ou em desacordo com os termos do instrumento contratual.” (REsp-11.037, Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, in DJ de 8.6.92).

Recentemente, da 3ª Turma, veja-se o REsp-29.597, Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, com essa ementa:

“Contrato de abertura de crédito. Limitando-se a ensejar a utilização de determinada quantia, não consubstancia obrigação de pagar quantia determinada, inexistindo correspondência com o modelo previsto no artigo 585, II, do CPC.

Impossibilidade de o título completar-se com extratos fornecidos pelo próprio credor que são documentos unilaterais. Não é dado às

instituições de crédito criar seus próprios títulos executivos, prerrogativa própria da fazenda pública.” (In DJ de 13.09.93).

2. Pois bem, ao revés da 4ª, esta 3ª Turma ultimamente não tem admitido possa o contrato de abertura de crédito completar-se com extratos fornecidos pelo próprio credor. É questão que está a exigir, oportunamente, pronunciamento da Seção a teor do art. 14-II do nosso Regimento.

3. Porém, aqui nestes autos cuida-se da nota promissória passada em garantia do contrato. Que nem foi completada, afirmando então o acórdão que não era possível “prescindir da conta corrente”. Veja-se que a 4ª Turma, no julgamento do REsp-9.784, citado linhas atrás, deu à nota o mesmo tratamento do contrato. Nesta 3ª Turma, no concernente à promissória, encontrei divergência (é o que me parece), ao comparar, por exemplo, as decisões proferidas nos REsp's 3.257, de 1990, Sr. Ministro Waldemar Zveiter, e 27.070, de 1992, Sr. Ministro Cláudio Santos. Confirmam-se as respectivas ementas:

— “Comercial — Empréstimo Bancário — 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 cam-

bial 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.” (In DJ de 27.08.90).

— “Processual Civil. Recurso Especial. Execução. Nota Promissória.

Cambial vinculada a contrato de abertura de crédito e emitida em garantia da avença.

Indispensabilidade dos demonstrativos do débito. Recurso não conhecido.” (In DJ de 05.04.93).

4. Posto isto, o meu entendimento coincide com o do acórdão recorrido, quanto à nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito. Neste caso, a nota promissória é título executivo extrajudicial, mas desde que acompanhada dos demonstrativos do débito. Em suma, talqualmente escrito na ementa do REsp-27.070, desta 3ª Turma, da relatoria do Sr. Ministro Cláudio Santos. Por isso é que, na espécie ora submetida ao nosso exame, do recurso especial não conheço.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Por certo que a nota pro-

missória goza de autonomia e basta ao exequente a sua apresentação para que se instaure o processo de execução.

Se fica indubiosamente esclarecido, entretanto, que aquela promissória era apenas garantia de um contrato de abertura de crédito, que visava simplesmente a garantir o pagamento do crédito a ser utilizado, e, se há fundadas dúvidas quanto ao que resultou da utilização daquele, parece-me que a solução do acórdão está consentânea com os princípios. A liquidez do título foi afetada.

Acompanho o voto do eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.737-3 — MG — (93.0002197-4) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Recte.: BEMGE — Banco do Estado de Minas Gerais S/A. Advogados: José Augusto Lopes Neto e outros. Recdos.: João Bosco da Silva e outro. Advogados: Fued Ali Lauer e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 08.02.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 32.104-2 — PR

(Registro nº 93.0003332-8)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrentes: *Rene Henrique Faria e cônjuge*

Recorridos: *Daniilo Antônio Slavieiro e cônjuge, e Frida Martha Dams*

Interessada: *Delfina Vasquez Paz*

Advogados: *Drs. Luiz Fernando Kuster e outros, Jonas Keiti Kondo, Alonso Canhetti Postigo e outro, e Tomás Antonio Bajo Polo*

EMENTA: Venda realizada pelo mandante ao mandatário. 1. É nula a venda, a teor do art. 1.133-II do Cód. Civil. 2. Exame da Súmula 165/STF. 3. Há caso em que terceira pessoa acha-se legitimada para pleitear a nulidade. Isto é, a nulidade não é só “pleiteável pelo mandante, alguém no seu interesse, ou herdeiros seus”. Hipótese em que não há de ser extinto o processo, sem o julgamento do mérito. 4. Recurso especial conhecido e provido, para repletar o fundamento de ilegitimidade ativa.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite.

Brasília, em 30 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Adoto o de fls. 441/2, apresentado pelo Desembargador **Wilson Reback**, nos termos seguintes:

“Rene Henrique Faria e sua mulher Edna de Fátima Silveira Faria propuseram ação de declaração de nulidade de ato jurídico cumulada com reintegração de posse contra Delfina Vasquez Paz, Frida Martha Dams e Daniilo Antônio Slavieiro e sua mulher Vanir Albina Basso Slavieiro, alegando na inicial que Antonio Henrique Faria Filho, pai do autor, adquiriu de Delfina Vasquez

Paz, através de Escritura Pública de Cessão e Transferência de Direitos, uma área de terras medindo 40.000 m², constituída pelas chácaras nº 89 e 91, da Gleba Ribeirão do Tigre, Seccção 'A', da Colônia de Paranavaí, no município de Nova Londrina, sendo a vendedora no ato, representada pela mandatária Frida Martha Dams. Disseram que os títulos de domínio pleno dos referidos imóveis foram outorgados pelo I.T.C. do Estado do Paraná, em favor de Delfina Vasquez Paz, em 05.12.78, ocorrendo que a ré Frida Martha Dams, aproveitando-se do falecimento de Antonio Henrique Faria Filho ocorrido em 12.04.79, ao invés de dar cumprimento à Escritura Pública de Cessão e Transferência de Direitos, engendrou trama para lesar os herdeiros do cessionário, substabelecendo a procuração na pessoa do Bel. Pedro Bortolo de Luiz Martini, tendo este outorgado àquela (Frida), em nome da titular do domínio (Delfina), escritura de compra e venda, lavrada às fls. 306/308, livro 29-E, do Tabelionato de Londrina, e, posteriormente, a ré Frida, alienou e outorgou escritura pública de compra e venda, das mesmas propriedades, a favor de Danilo Antonio Slaviero, infringindo, assim, disposição expressa do artigo 1.133, II, do Código Civil, sendo nula a escritura de compra e venda e respectivos registros lavrados em favor de Frida Martha

Dams, restando contaminados pelo vício todos os demais atos posteriores.

As primeiras requeridas, embora em contestações separadas, sustentaram que realizaram um contrato verbal, havendo a ré Frida adquirido por compra de Delfina, os imóveis referidos na inicial, pelo valor de Cr\$ 40.000,00, quantia paga em dois pagamentos, com recursos financeiros próprios, havendo o **de cujus** Antonio Henrique, apenas prestado assistência à compradora na transação, pessoa com quem vivia maritalmente por mais de vinte anos. Disseram que o negócio foi realizado mais na base da confiança, pois conheciam-se há muitos anos, sendo que, apenas pelo fato de haver a vendedora Delfina transferido sua residência para outro Estado, para garantia do negócio, é que a vendedora outorgou à compradora a procuração com poderes para venda do imóvel, assinar escrituras e outros, sendo que esta, ainda para uma maior garantia, resolveu lavrar a Escritura Pública de Cessão e Transferência de Direitos a Antonio Henrique, quando ainda era vivo, para assegurar os direitos até a expedição do Título de Domínio Pleno pelo Estado. Disseram que não houve trama alguma, ao utilizar-se da procuração para lavrar-se escritura em nome da ré Frida, visto que o ato era consequência de um negócio realizado anteriormente, havendo a ré Delfina, in-

clusivo ratificado a venda através de escritura pública de ratificação, confirmando o uso da procuração.

Os réus Danilo Antonio Slaviero e sua mulher, em sua contestação afirmam que a pretensão dos autores não pode prevalecer por não revestir-se de amparo em lei, porque são eles adquirentes de boa-fé não podendo contra si prevalecer a medida.”

Por sentença, o Dr. Juiz

“... julgou procedente, em parte, a ação, para decretar a nulidade das escrituras lavradas às fls. 306/308 do Livro 29-E, e às fls. 139/140 do Livro 30-E, do Tabelionato de Nova Londrina e determinar seu cancelamento, bem como dos registros R-2-3.177, R-2-3.178, R-3-3.177 e R-3-3.178, do Ofício do Registro de Imóveis daquela localidade, deixando de reintegrar os autores na posse do imóvel, por não ser demonstrado que estes estiveram na posse efetiva, por si, ou por antecessor.

Sustenta que os autores não são partes ilegítimas, pois foram os únicos prejudicados pela alienação dos réus a qual foi feita a **non domino** e em fraude à lei.”

2. Mas o Tribunal deu provimento às apelações, para, “considerando a ausência de legitimidade para a causa e carência de ação dos autores, julgar extinto o processo, com fundamento no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil; c) julgar

prejudicado o recurso adesivo”. Ficou o acórdão ementado desta forma:

“Ação de declaração de nulidade de ato jurídico cumulada com reintegração de posse. Procedência parcial, relativamente à nulidade. Recursos dos réus providos para julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, e prejudicado o recurso adesivo dos autores, que visava à procedência total da ação.

— A anulabilidade do ato, com base no inciso II, do art. 1.133, do Código Civil é pleiteável pelo mandante, alguém no seu interesse, ou herdeiros seus; terceiras pessoas padecem de legitimidade para pleitear a anulação do ato.

— A ratificação pelo mandante torna válidos os atos praticados pelo mandatário com excesso de poderes.”

3. Rejeitados os embargos de declaração por eles formulados, os autores interpuseram o recurso especial: pela alínea **a**, têm por ofendidos os arts. 1.133-II do Cód. Civil (“embasamento legal da conclusão sentencial”) e 3º do Cód. de Pr. Civil (“pois é evidente e claro o interesse e a legitimidade do Recorrente para promover a presente ação”); pela alínea **c**, apresentam dissídio com acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O Presidente Luís Renato Pedroso admitiu o recurso pelo fundamento da alínea **c**, *litteris*:

“Impressionou-me o alegado dissídio pretoriano e, verificando o aresto recorrido em cotejo com o decisório colacionado, ousou concluir pela sua ocorrência.

Veja-se que, enquanto o aresto increpado nega legitimidade a terceiros para pleitear a anulação da compra e venda por procuração sob o pretexto de excesso no mandato, no paradigma os terceiros são considerados partes legítimas.

Às fls. 478, os recorrentes demonstraram, com toda propriedade, a divergência, ao afirmarem que, no aresto colacionado, ‘o procurador substabeleceu os poderes recebidos a outrem para em seguida receber o domínio do imóvel que lhe incumbia transmitir a terceiros em nome do alienante’ e, no caso dos autos, ‘quem veio reclamar foi o sucessor hereditário do cessionário dos direitos relativos àqueles imóveis.”

Penso que a alçada do apelo está plenamente justificada, dispensando a análise do outro fundamento, nos termos da Súmula 292 do STF, conquanto pareça flagrante a infringência ao inciso II do artigo 1.133 do Código Civil, quando o decisório recorrido retirou dos sucessores hereditários do cessionário a legitimidade para pleitear a anulação do negócio.

Ante o exposto, admito o recurso.

Publique-se e subam os autos, após as formalidades de estilo.”

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Dispõe a Súmula 165/STF: “A venda realizada diretamente pelo mandante ao mandatário não é atingida pela nulidade do art. 1.135, II, do Código Civil”. O art. 1.133, e não o art. 1.135 a que se refere a Súmula, cuida das pessoas proibidas de comprar, mesmo em hasta pública; o mandatário é uma dessas pessoas; não pode ele adquirir os bens de cuja administração ou alienação esteja encarregado (item II do art. 1.133); trata-se de proteção ao mandante; mas se este comparece ao ato de venda, recebendo o preço e transferindo posse e domínio, tem-se então por revogado o mandato que outorgara, ainda que no caso de mandato para administrar, com o que afastada fica a proibição legal; ver RF-97/613 e 109/97 e RTJ-1/126, 22/282 e 23/306. No caso de má-fé do mandatário, daí decorrendo defeito do ato jurídico; ver RE-17.409 e RTJ-52/606; no caso de boa-fé, RTJ-55/495 e 64/676.

2. No caso sob exame, veja-se por que o acórdão proclamou a ilegitimidade dos autores para pleitearem a nulidade do ato (a questão não teria sido apreciada na sentença):

“Esse aspecto (o da ilegitimidade), de indubitável relevância jurídica, não foi, entretanto, abordado pela respeitável sentença, o que não impede sua apreciação, em grau recursal, por força do disposto no art. 515, § 2º, do Código de Processo Civil, preceituando que ‘quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais’.

Ora, a procuração outorgada por Delfina concedia poderes à Frida Martha Dams para ceder, vender e transferir ‘o imóvel situado à Rua Sebastião Moraes s/nº na cidade de Nova Londrina’.

Todavia, ao utilizar a aludida procuração, o objeto da cessão, na escritura lavrada, não foi o imóvel imperfeitamente descrito no instrumento, mas justamente as chácaras já descritas, imóveis devidamente identificados, caracterizando-se excesso de mandato, cujo ato não foi ratificado pela mandante.

Já na venda das chácaras à Frida Martha Dams, utilizou-se a mesma procuração por esta substabelecida a Pedro Bortolo Luiz Martini, ocorrendo, também aqui, o excesso de mandato, cujo ato porém, foi ratificado expressamente pela mandante.

Tem-se, pois, que o primeiro ato, viciado, não tinha condições de produzir efeitos: consequente-

mente, sem condições de gerar o direito pretendido pelos autores.

Por outro lado, é jurídico o entendimento dos apelantes no sentido de que legitimidade para a causa teria a mandante, porque o preceito do art. 1.133, II, do Código Civil, tem por finalidade o interesse e a proteção dos mandantes contra os abusos de mandatários.

Outrossim, em vista da Súmula 165, do Supremo Tribunal Federal, preceituando que ‘a venda realizada diretamente pelo mandante ao mandatário não é atingida pela nulidade do art. 1.133, II, do Código Civil’, não ofende o direito admitir-se que a ratificação do ato, pelo mandante, exclua a nulidade, pois, obviamente, a ratificação evidencia a vontade do mandante, e, no caso a de validar a venda feita dos imóveis à Frida, que ela, mandante, confirmou, quer na contestação, quer em seu depoimento pessoal.

Nas razões da apelação, Frida Martha Dams argumenta que os autores, meros compromissários compradores sem direito **erga omnes**, não podendo pleitear o domínio do imóvel, porque despidos de documentos suficientes, ‘não poderiam por mais razões, pleitear a anulação das escrituras originárias dos títulos de domínio, por total falta de capacidade jurídica’.

Afirma, ainda:

‘A anulação de ato jurídico exige interesse comprovado e direito para ser pleiteado e os AA. não tinham esse interesse e muito menos direito de pleitear, uma vez que não eram e nunca chegaram a ser titulares ou aparentes titulares do domínio da área discutida.’

Todas essas razões levam à conclusão de faltar aos autores legitimidade para a causa, sendo, portanto, carecedores da ação.”

Quanto à ratificação do ato pelo mandante, quero também crer que tal se aproximaria do princípio sumulado, de sorte que a venda então assim realizada não seria atingida pela nulidade. Mas o que ficou decidido nestes autos foi que os autores, como terceiros, não são parte legítima. Ao que julgo, embora a norma em causa busque dar proteção ao mandante, a legitimidade ativa não há de se circunscrever apenas, como se acha expresso na ementa do acórdão recorrido, ao “mandante, alguém no seu interesse, ou terceiros seus”. Hipóteses há em que terceira pessoa acha-se legitimada para intentar a ação. Note-se que se trata de nulidade absoluta. Esta é uma das hipóteses em que os atuais recorrentes estão legitimados para figurar no pólo ativo da demanda. É o que eu acho. Vejamos.

Consta destes autos que Frida e Antônio Henrique eram companheiros. Frida era a mandatária e Delфина, a mandante. Frida prometeu

ceder os imóveis a Antônio Henrique (chácaras nºs 89 e 91, situadas em Paranavaí, fls. 471). O pagamento teria sido efetuado. Porém, morreu Antônio Henrique. Após, Frida substabeleceria a procuração e teria recebido os imóveis do substabelecido. Foi a presente ação ajuizada por herdeiro de Antônio Henrique, que alegou e pediu, na petição de interposição do recurso especial, o seguinte, em suma:

“3. Nos autos do inventário então aberto (fls. 14 e seguintes), os direitos sobre aquelas glebas tocaram ao ora Recorrente René Henrique Faria, consoante a partilha de fls. 34 (cáp. III, item I-A), que passou a ser o titular de tais direitos, então já quitados pelo mesmo.

É que, aos 29.11.79, o Espólio resgatou o cheque relativo ao saldo do preço, como se vê do recibo de fls. 119, confirmado pelo depoimento de fls. 204, do advogado Irineu Codato.”

.....
“Com a devida vênia, portanto, jamais se poderá negar legitimidade ativa para o Autor, ora Recorrente, vir promover a presente demanda, eis que o interessado único na perfeita utilização daquele mandato passou a ser, exclusivamente, o titular dos direitos que aquele instrumento representava.”

.....
“Contando com os doutos suplementos dessa Augusta Corte

de Justiça, confia e espera, seja conhecido e provido o presente Recurso Especial para, afastada a ilegitimidade ativa **ad causam** pronunciada pela Egrégia 4ª Câmara Cível, sejam os autos devolvidos para que julgamento de mérito seja feito.”

Tais as circunstâncias, conheço do recurso especial pelo fundamento da alínea **a** (tenho dúvida quanto a encontrar-se caracterizado o dissídio), dando-lhe provimento para, afastada a ilegitimidade ativa, que o acórdão local proclamou, seja retomado o julgamento da apelação.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.104-2 — PR — (93.0003332-8) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Nilson Naves. Rectes.: Rene Henrique Faria e cônjuge. Advogados: Luiz Fernando Kuster e outros. Recdos.: Danilo Antonio Slavieiro e cônjuge. Advogado: Jonas Keiti Kon-do. Recda.: Frida Martha Dams. Advogados: Alonso Canhetti Postigo e outro. Interes.: Delfina Vasquez Paz. Advogado: Tomas Antonio Bajo Polo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 30.11.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.018-3 — SP

(Registro nº 93.0006905-5)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Instituto Nacional de Seguro Social — INSS*

Advogados: *Solon José Ramos e outros*

Recorrido: *José Vieira de Oliveira*

Advogado: *Roberto Moreira César*

EMENTA: *Recurso especial. Admissibilidade. Fundamento. Constituição, art. 105, inciso III, letra a. Particularização dos dispositivos de lei alegados de violados. Exigência. Dissídio jurisprudencial. Letra c, inciso III, art. 105, da Constituição.*

I — Exige-se, para a admissibilidade do recurso especial, quando interposto sob o fundamento da letra *a*, do inciso III, do art. 105, da Constituição, a particularização dos artigos de lei reputados de violados.

II — Tem-se como segundo pressuposto de conhecimento do recurso, sob esse fundamento, o prequestionamento da matéria, ou seja, sobre ela deve o Tribunal a quo se pronunciar, para evitar a pena de supressão de instância.

III — No que toca à letra c, dissídio jurisprudencial, não basta a transcrição da ementa do acórdão paradigma, devendo ser atendido o disposto no art. 255, § 2º, do RISTJ, combinado com o parágrafo único, do art. 26, da Lei nº 8.038/90.

IV — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Egrégia Sexta Turma, do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel, Anselmo Santiago e Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro José Cândido.

Brasília, 13 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras a e c, da Constituição, contra acórdão do Segundo Tribunal de Al-

çada Civil, que reconheceu o interesse do Ministério Público para recorrer de sentença homologatória de liquidação.

Alega a Recorrente que falta o interesse de recorrer ao *Parquet*, quando já homologado acordo entre as partes, representadas por seus legítimos patrocinadores.

O aresto recorrido, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público Estadual, concluiu o seguinte (fls. 75/77):

“Procede o inconformismo do zeloso Curador de Acidentes do Trabalho.

Em que pese a transação havida entre o autor, representado por advogado, e o INSS, tem o Ministério Público, legitimidade para recorrer, pois, as funções daquele respeitável órgão nas ações acidentárias, tem caráter bastante abrangente no interesse do acidentado, sendo uma das finalidades da sua presença, suprir eventuais deficiências da atividade do patrocinador da parte.

Cabe ainda destacar, que a legitimidade recursal do Ministério

Público decorre de determinação legal, que vem estampada no artigo 499, § 2º do Código de Processo Civil, sobre o qual se manifesta **José Carlos Barbosa Moreira**:

‘Os recursos utilizáveis pelo Ministério Público são os mesmos, em qualquer hipótese, de que dispõem as partes, sem diferença no que tange aos pressupostos de cabimento. Recorrendo, assume o Ministério Público, no procedimento, na *condição de parte*, com iguais “poderes e ônus”, à semelhança do que ocorre quando exerça o direito de ação (art. 81), salvo regra especial, a que dispensa de preparo os recursos por ele interposto (art. 511).’ Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V — artigos 476 a 565 — pág. 235 — Editora Forense — 1974.

Oportuno, citar o julgamento trazido pelo douto procurador de justiça, em seu bem elaborado parecer:

‘A norma ao legitimar o Ministério Público, a recorrer, em qualquer ação na qual atue como parte ou fiscal da lei, já se lhe reconheceu previamente o interesse.’ (Recurso Especial nº 5.617-SP, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça — Rel. Ministro Pedro Acioli, j. de 25.09.91, m.v.).

Assim, mesmo diante do expresso acordo entre a autarquia e o autor, persiste a legitimidade do Ministério Público para recorrer, como se parte fosse.”

Nesta instância, o Ministério Público Federal pronunciou-se pelo não conhecimento, quanto à letra *a*, e pelo improvimento, quanto à letra *c*.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A irresignação da autarquia federal não atende aos pressupostos de admissibilidade recursais.

Para roborar a assertiva, insta transcrever, **in totum**, o recurso especial manejado — (fls. 80/81):

“Entende o Instituto **permissa venia**, que cabível o presente, apoiado no art. 105-III, letras *a* e *c* da CR/88, uma vez que houve contrariedade e negativa de vigência de legislação federal motivo pelo qual requer o seu deferimento e processamento regular.

Trata-se de caso em que as partes fizeram acordo em execução, com sentença homologatória objeto de recurso de apelação por parte da D. Curadoria de Acidentes do Trabalho, cujo seguimento foi negado por falta de interesse de recorrer.

Daí o Agravo de Instrumento, cuja Eg. 3ª Câmara o acolheu pelo v. acórdão de fls. 75/77, sob o fundamento de que o *Parquet* tinha legítimo interesse nos termos do § 2º do art. 499 do CPC.

O próprio obreiro em sua contraminuta, às fls. 65-v. requereu a manutenção da r. decisão recorrida.

À interpretação dada pelo douto Magistrado no v. acórdão **permissa venia**, não é a melhor, tendo em vista os julgados desse Col. Tribunal.

Ficou decidido no REsp nº 4.343-SP, DJU 29.10.90, p. 12.130, partes MP em nome de José dos Santos Filho e INSS, cuja ementa registra o seguinte:

Ementa: Processual Civil. Ação acidentária. Cálculo de liquidação. Concordância das partes. Homologação. Recurso Especial interposto pelo Ministério Público.

Conformando-se as partes com cálculo de liquidação, inexistente interesse, abstratamente considerado, para que o Ministério Público, como fiscal da lei, recorra da sentença homologatória. Recurso não conhecido.”

É exatamente a hipótese dos autos.

No mesmo sentido REsp nº 2.613-SP DJU 21.5.90 p. 4.431.

Sendo assim essa a melhor interpretação, de forma que requer a reforma do r. julgado.

Por outro lado, não se pode deixar de registrar que o obreiro não é incapaz e tem Advogado contratado que o representa nos autos, de forma que o ato da D. Curadoria cerceia o seu direito, inclusive o disposto no art. 133 da CR/88 e Lei 4.215/63 (EOAB).

Segundo deixou consignado o saudoso **Manuel Inácio Carvalho de Mendonça** (Doutrina e Prática das Obrigações — 49ª ed., 1956 — tomo nº 1/656, “a transação produz entre as partes efeito de coisa julgada e só pode ser rescindida por dolo, violência ou erro essencial sobre a pessoa ou coisa a respeito da qual versar a contestação”).

Nenhuma dessas hipóteses ocorre nestes autos.

Ao contrário. O Ministério Público, no caso apesar de **custos legis**, está querendo modificar decisão com trânsito em julgado, proferida anteriormente ao acordo realizado sobre a conta e em execução. É lamentável.

O v. acórdão de fls. 135 mandou aplicar o índice integral desde o início do benefício. Essa decisão transitou em julgado (art. 5º, inc. XXXVI da CR/88) sem recurso do MP. Agora não pode fazer mais nada, ante o disposto nos arts. 473 e 610 do CPC.

Assim, o apelo e conseqüentemente o Agravo, são procrastinatórios, para defender tese já vencida neste caso. Não se respeita mais nem trânsito em julgado.

Porém, o mais importante é que, nesta lide, o *Parquet* se apresentou sem interesse legítimo (§ 2º do art. 499 do CPC), pela melhor interpretação, a desse Col. Tribunal.

Ante todo o exposto, o Instituto espera que o presente seja deferido e ao final acolhido, com a reforma da r. decisão combatida.”

A Recorrente sustenta, tão-somente, negativa de vigência a dispositivo de lei, não indo além disso, para pretender conhecimento do recurso pela letra *a* do permissivo constitucional.

No que toca à letra *c*, dissídio jurisprudencial, não passou da transcrição da ementa do v. acórdão paradigma, não atendendo ao disposto no art. 255, § 2º, do RISTJ, combinado com o parágrafo único, do art. 26, da Lei nº 8.038/90 e para não conhecer de tais recursos eu já me pronunciei em diversas causas assim:

“Recurso especial. Admissibilidade. Fundamento. Constituição, art. 105, inciso III, letra a. Particularização dos dispositivos de lei alegados de violados. Exigência. Dissídio jurisprudencial. Letra c, inciso III, art. 105, da Constituição. Aditamento a recurso especial. RISTJ, art. 141.

I — Exige-se, para a admissibilidade do recurso especial, quando interposto sob o fundamento da letra *a*, do inciso III, do art. 105, da Constituição, a par-

ticularização dos artigos de lei reputados de violados.

II — Tem-se como segundo pressuposto de conhecimento do recurso, sob esse fundamento, o prequestionamento da matéria, ou seja, sobre ela deve o Tribunal **a quo** se pronunciar, para evitar a pena de supressão de instância.

III — O aditamento ao recurso especial somente é lícito ou admissível se submetido ao indispensável juízo de admissibilidade recursal no Tribunal **a quo** antes deste proferir despacho acerca do recurso — art. 141, do RISTJ.

IV — O agravo de instrumento traz matéria puramente de técnica processual, restrita ao exame dos pressupostos ou requisitos de admissibilidade do recurso especial, deles não se pode fugir ou ultrapassar esses limites.

V — Recurso especial, preliminarmente, não conhecido.”

Assim sendo, não conheço do recurso por nenhum dos fundamentos.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.018-3 — SP — (93.0006905-5) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Aciole. Recte.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogados: Solon José Ramos e outros. Recdo.: José Vieira

de Oliveira. Advogado: Roberto Moreira César.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 13.09.93 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel, Anselmo Santiago e Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro José Cândido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.458-9 — SP

(Registro nº 93.0008080-6)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Agro-Pecuária São Bernardo Ltda. e outros*

Recorridos: *Luiz Caetano Zanin e outro*

Advogados: *Drs. Laércio Antônio França e outros, e Antônio Eusedice de Lucena e outro*

EMENTA: *Sociedade — Saída de sócio.*

Não havendo ofensa à lei de ordem pública nem se vislumbrando hipótese de enriquecimento sem causa, não há razão para negar eficácia a cláusula contratual que estabeleceu devessem os haveres do sócio que se retira serem pagos em parcelas.

Aplicação do princípio da força obrigatória dos contratos e incidência, ademais, do disposto no artigo 302, 6 e 7 do Código Comercial (Decreto 3.708/19 — art. 2º) e no artigo 668 do Código de Processo Civil de 39, em vigor por força do artigo 1.218 da vigente lei processual.

Cláusula contratual que se justifica por interessar à continuação da empresa que se poderia inviabilizar caso o pagamento do sócio que se retira devesse fazer-se integralmente, de uma só vez.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tri-

bunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 13 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Cuida-se de processo em que se litiga a propósito da apuração de haveres de sócios dissidentes, ajuizada por Luiz Caetano Zanin e outro contra Agro-Pecuária São Bernardo Ltda. e outros, julgada procedente. As partes recorreram.

Em segundo grau, proveu-se a apelação dos autores e reformou-se a decisão, determinando-se a “verificação física e contábil dos valores ativos atualizados até a data do único pagamento”, não se acolhendo o pedido adesivo dos réus.

No especial, os réus alegaram que contrariados os arts. 291 e 302 do Código Comercial e art. 668 do antigo C.P.C., pois desconsiderada a estipulação contratual, em que prevista a forma de pagamento, no caso de retirada do sócio. Afirmaram existir divergência jurisprudencial.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Não se controverte deva realizar-se o pagamento aos dissidentes pelo valor real de suas cotas. Está a questão em saber se haverá de efetuar-se de uma só vez, ou do modo previsto no contrato, forma essa afastada pelo acórdão.

Tem-se admitido que a apuração de haveres, quando se cuide de retirada de sócio, far-se-á como se de dissolução total se tratasse. Nesse sentido o julgado desta Terceira Turma, ao apreciar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 22.352, de que relator o Ministro Waldemar Zveiter.

Creio que esse entendimento presta-se a orientar a jurisprudência, notadamente no concernente à necessidade de proceder-se a um levantamento do valor real do acervo, para que o sócio receba aquilo que efetivamente corresponda a sua quota. No precedente acima citado, ao que se verifica do relatório, estaria envolvida outra questão, que é a de que ora se trata, qual seja o modo de pagamento do devido ao sócio que se retira. O voto do eminente Relator daquele julgado, entretanto, limitou-se a salientar devesse “ser o **quantum** devido medido com justiça”. Isso após reproduzir trecho do voto do Relator do acórdão recorrido onde se consigna “que a liquidação da cota parte do sócio retirante deve ser feita de forma ampla, porquanto a dissolução, ainda que

parcial, deve obedecer as regras da dissolução total, para atribuir-se ao sócio retirante exatamente o justo e igualitário, como se de dissolução total se cuidasse”.

Vê-se que, embora mencionada a adoção do modelo da dissolução total, não se cuidou, diretamente, da forma de pagamento, mas apenas da liquidação do valor da cota, malgrado aquela fosse referida no relatório. Em vista dessa peculiaridade, permito-me divergir do entendimento de que não seja possível aos sócios dispor como serão saldados os haveres daquele que deixe a sociedade.

Não se pode colocar seriamente em dúvida que, em nosso direito, subsiste o princípio da força obrigatória dos contratos, fundado na autonomia da vontade. Claro que a liberdade de contratar não é sem limites, que estes podem ser encontrados nas leis de ordem pública, em certos princípios gerais, e nas naturais vedações decorrentes do que se aceita como correspondendo aos bons costumes. A regra, entretanto, é a liberdade. Não se chocando o pactuado com algum preceito que se possa extrair daquelas diretivas, o ordenamento reconhece a valia e eficácia da norma criada pelas partes.

Especificamente em relação às sociedades por cotas, há que se ter em conta que o artigo 2º do Decreto 3.708/19 estabelece que seu título constitutivo será regulado pelo que se contém no Código Comercial,

artigos 300 e 302. O item 6 desse último dispõe que o contrato deverá prever a propósito da liquidação e partilha da sociedade. E o item 7 estatui amplamente que haverá de conter “todas as mais cláusulas e condições necessárias para se determinarem com precisão os direitos e obrigações dos sócios entre si”.

Ainda inexistissem as normas acima citadas, não se poderia negar aos sócios liberdade de dispor quanto à forma de pagamento do devido ao dissidente. Desde que o pactuado não ultrapasse as limitações acima apontadas, lícito aos interessados convencionar, como melhor lhes parecer, impondo-se reconhecer obrigatoriedade ao ajustado. Mais ainda se a própria lei é que determina que o façam.

Não bastasse isso, outra regra existe, e muito expressiva, referente exatamente à hipótese em exame. Trata-se do que se contém no artigo 668 do Código de 39, em vigor por força do artigo 1.218 da vigente lei processual. Aí se cogita da apuração de haveres, quando a retirada do sócio não levar à dissolução da sociedade, prevendo-se, como primeiro critério para o pagamento, o estabelecido no contrato social. A falta de previsão nesse, ou de posterior convenção, é que restará espaço para determinação pelo Juiz. No caso, contratou-se que ao sócio que deixasse a sociedade seriam pagos os respectivos haveres, no prazo “máximo de 36 (trinta e seis) meses, em prestações iguais, mensais e sucessivas, sem juros, ou noutra for-

ma que resultar de acordo entre os sócios remanescentes, porém nunca em tempo ou forma superior acima”.

O pagamento em parcelas, e não de uma só vez, justifica-se. Pretende-se a continuação da empresa. Se houver de saldar-se o devido ao sócio que se retira em um só pagamento, a ser feito de imediato, envolvendo tudo aquilo que constitui o patrimônio líquido da empresa, poderá ver-se essa na contingência de desfazer-se de parte significativa de seus bens de capital, eventualmente inviabilizando-a. Não se pode ter como leonina, ou propiciadora de enriquecimento sem causa, a disposição convencionalizada. Há que se emprestar eficácia ao livremente estabelecido pelas partes e que atende à conveniência de manter-se a empresa.

Certo que a questionada cláusula refere-se a parcelas iguais. Entenda-se: substancialmente e não apenas nominalmente iguais. Haverão de sofrer correção monetária.

Considero que contrariado o citado dispositivo do Código de 1939, razão por que conheço do recurso e dou-lhe provimento para determinar que o pagamento dos haveres se faça na forma contratual, em trinta e seis parcelas iguais, mas corrigidas. Tendo havido sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e honorários dos respectivos advogados.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.458-9 — SP — (93.0008080-6) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Rectes.: Agro-Pecuária São Bernardo Ltda. e outros. Advogados: Laércio Antônio França e outros. Recdos.: Luiz Caetano Zanin e outro. Advogados: Antônio Eusedice de Lucena e outro.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite, conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Nilson Naves (em 03.05.94 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: O Sr. Relator conhece do recurso especial e lhe dá provimento, considerando contrariado pelo acórdão estadual o art. 668 do Cód. de Pr. Civil de 1939, segundo o qual “Se a morte ou a retirada de qualquer dos sócios não causar a dissolução da sociedade, serão apurados exclusivamente os seus haveres, fazendo-se o pagamento pelo modo estabelecido no contrato social, ou pelo convencionalizado, ou, ainda, pelo determinado na sentença”. Do exame a que procedi destes autos, tenho idêntica conclusão, principalmente porque S. Exa. determina que as

trinta e seis parcelas sejam corrigidas. Parcelas essas previstas no contrato social, tal o critério que há de disciplinar o pagamento.

Também eu conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.458-9 — SP — (93.0008080-6) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Rectes.: Agro-Pecuária São Bernardo Ltda. e outros. Advogados: Laércio Antônio França e outros. Recdos.: Luiz

Caetano Zanin e outro. Advogados: Antônio Eusedice de Lucena e outro.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Nilson Naves, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 13.06.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.770-0 — RJ

(Regisro nº 93.0009200-6)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Relator p/acórdão: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Ouro Fino Importadora e Exportadora S/A*

Recorrido: *Banco Central do Brasil*

Advogados: *Drs. Ruy Meireles Magalhães e outros, e Luiz Eduardo Monteiro de Almeida e outros*

EMENTA: *Processual — Sucumbência — Extinção do processo sem julgamento do mérito.*

Se a sentença terminou o processo, sem julgar o mérito, não há lugar para a condenação prevista no Art. 20 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tri-

bunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Ministro-Relator, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro

Relator para Acórdão os Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Ministro Garcia Vieira.

Brasília, 02 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator p/Acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: O Banco Central do Brasil promoveu Ação Cautelar contra Ouro Fino Importadora e Exportadora S.A. — visando sustar processo de execução e conseqüente cumprimento de precatório já expedido e, ainda, atribuir efeito suspensivo a agravo de instrumento, por ele interposto, contra decisão que julgou a liquidação de sentença.

Concedida liminar e citada a ré, contestou a ação e, subseqüentemente manifestou agravo regimental.

No julgamento do agravo, o Tribunal de Justiça, sobre alegar a existência de fato superveniente não imputável ao requerente, entendeu sem objeto a ação cautelar e declarou a inexistência de sucumbência, já na fase de embargos declaratórios.

Contra esta decisão, manifesta, a Ouro Fino, recurso especial, sob o pálio das letras **a** e **c**, aduzindo ofensa aos artigos 20, 806, 808 e

811, III, do Código de Processo Civil eis que:

a) são cabíveis, em ação cautelar, honorários advocatícios;

b) o requerente não promoveu, no prazo legal, a ação principal (artigo 806), tendo incorrido em dano processual (artigo 811, III).

Admitido na origem, vieram os autos a esta instância.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros:

Ao julgar agravo regimental interposto no curso de medida cautelar promovida pelo Banco Central contra a Empresa Ouro Fino Importadora e Exportadora S.A. visando atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento e conseqüente sustação de processo de execução (e do cumprimento de precatório), assim decidiu o egrégio Tribunal Regional Federal:

“Agravo Regimental. Suspensão de medida liminar determinada pelo relator em processo cautelar. Tendo o procedimento cautelar perdido o seu objeto em virtude de fatos supervenientes, julga-se prejudicado o agravo” (folha 167).

Opostos embargos declaratórios, sob fundamento de omissão quanto

às matérias consignadas nos artigos 20 (ônus da sucumbência), 801, I e 811 do Código de Processo Civil, as-sentou-se, no acórdão:

“Embargos de Declaração. Procedimento Cautelar. Natureza. Medida Liminar. Perda de objeto. Efeitos. Na hipótese prevista no artigo 800, parágrafo único, do CPC, o procedimento cautelar tem natureza incidental. Perdendo a medida o seu objeto, em virtude de fato superveniente, não há imputável ao requerente, não há sucumbência. Também nessa hipótese não há que se cogitar de responsabilidade do requerente, porque incorrentes as condições estabelecidas para a reparação do dano — inexistente no caso concreto — pelo artigo 811 do CPC” (Folha 180).

É contra esta decisão que, agora, se insurge, a vencida, com arrimo na letra **a**, do admissivo constitucional.

Aduz, como motivação de seu apelo, que, em se tratando de medida cautelar preparatória, a sua extinção implicaria a imposição de honorários advocatícios (artigo 20) e que, a ação principal não foi ajuizada no prazo dos artigos 806 e 808, III e, por fim, decorrerem os danos da só promoção da ação cautelar (artigo 811, III). Pedes, ainda, a devolução do processo, ao Tribunal **a quo**, para novo julgamento, com observância da lei, incluindo-se, na condenação, os honorários e o “da-

no cautelar”, ou, alternativamente: o provimento do recurso, a condenação da verba honorária e o reconhecimento do dano, a ser apurado em liquidação.

Examinemos, desde logo, as questões pertinentes aos artigos 806, 808, III, e 811, III, do Código de Processo Civil. Sustenta, a recorrente, que a cautelar requerida perante o Tribunal, com o visto de atribuir efeito “suspensivo” ao agravo de instrumento (e suspender a execução) se reveste da natureza de “preparatória”, dependente, por isso mesmo, da promoção da ação principal no prazo da lei (artigo 806): “cabe à parte propor a ação no prazo de trinta (30) dias da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

Não me parece com a razão a recorrente. Os Tribunais, inclusive o STJ, excepcionalmente, têm admitido, em procedimento cautelar, efeito suspensivo a recursos que não o têm. Mas, nesses casos, a cautelar é necessariamente “incidental”. Ela, na hipótese, tem objetivo definido e limitado, que é a consecução de efeito suspensivo a determinado recurso. Atendido ou não o seu objeto, o procedimento cautelar se “exaure”, em si mesmo, independentemente da promoção de outra qualquer ação. A ação principal, no caso, é dispensada, porque o resultado se obtém através do procedimento cautelar simplificado que basta, em si, sendo “satisfativa” a medida dele decorrente. Aqui, o artigo 806 é inaplicável, dado que é manifesta a

desnecessidade do ajuizamento de ação principal, porque essa seria despida de objetivo. A medida incorpora-se aos atos do “procedimento recursal” (para o qual se postulou o efeito suspensivo), cessando a sua individualidade processual, porque se exauriu, com o próprio julgamento. Que finalidade teria a ação principal? Referendar ou ratificar a cautelar “satisfativa”? A sua promoção seria perda de tempo, quando não um **bis in idem**.

Feitos esses esclarecimentos, afastada fica, desde logo, a possível ofensa ao artigo 811, III, desde que se não há falar em prejuízo relativo à execução da medida. É que, o alegado prejuízo só teria razão de ser, se, uma vez executada a medida, cessasse a sua eficácia pela inércia da requerente em ajuizar a ação principal (artigo 811, III). Descabendo, na hipótese, ação principal, não há de se falar em cessação da eficácia da cautelar (artigo 806).

Não vislumbro, pois, qualquer ofensa aos artigos 806, 808 e 811, III, invocados pela recorrente.

Diversa se me afigura, todavia, a conclusão em relação ao artigo 20 da Lei do Processo. Observe-se, desde logo, que se trata de processo cautelar em que a recorrente foi citada, contestou e foi, subseqüentemente, declarado sem objeto (implicitamente extinto). Aí, quanto aos honorários advocatícios, incide a regra do artigo 20 do Código de Processo Civil, independentemente de ter havido ou não culpa do requerente. Sem valia a justificação do

aresto recorrido: “perdendo a medida o seu objeto, em virtude de fato superveniente, não imputável ao requerente, não há sucumbência”. Esse era o sistema do Código revogado, que só impunha o pagamento da verba honorária ao vencido que tivesse agido com dolo ou culpa. No atual sistema, a lei impõe “que a sentença” condene o vencido a pagar ao vencedor os honorários advocatícios”. Extinguindo-se o processo, com ou sem julgamento de mérito, os honorários são devidos. A razão está em que a “atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva”.

Acerca do assunto, ficou assentado no julgamento do Recurso Especial nº 28.407-0 (julgado em sessão de 25.11.92): “Nessa linha de raciocínio, parece-me indubitoso que, em ação cautelar, é cabível a condenação em honorários advocatícios. A lei dispõe (artigo 20 do CPC) que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”. O Código usa o termo “sentença”, no seu sentido próprio, que é ato pelo qual o juiz põe termo ao “processo”, decidindo ou não o mérito da causa”. (CPC, artigo 162, § 1º). A cautelar, por definição expressa no Código, constitui processo “autônomo”, com essa previsão clara e precisa no artigo 270: “este Código regula o processo de conhecimento, de execução, “cautelar” e os procedimentos especiais”. Definida a ação cautelar como processo cau-

telar, a “sentença” que lhe puser termo — com ou sem julgamento de mérito — condenará o vencido a pagar ao vencedor, as despesas que antecipou e os honorários advocatícios (CPC, artigos 20 e 162, § 1º). O procedimento cautelar só é dependente do processo principal para efeito de fixação da competência do juízo (artigos 796, 800 e 809). Nos demais aspectos, a sua autonomia decorre de norma expressa de lei, mesmo porque, uma vez instaurado o processo cautelar, a ação principal poderá nem sequer existir e o resultado daquele não influi no julgamento desta, salvo em hipóteses específicas” (artigo 810).

Entendo, do exposto, que o acórdão objurgado, ao veicular a condenação em honorários à existência de culpa do requerente, em cautelar extinta, por estar sem objeto, se houve com afronta ao artigo 20 do Código de Processo Civil. Conheço, pois, do recurso, pela letra **a**, do admissivo constitucional.

Transporta, assim, a questão do conhecimento, ressurgue uma outra controvérsia: a da quantificação dos honorários. **In casu**, aplica-se a jurisprudência pacificada na Suprema Corte, cristalizada na Súmula 456, com a seguinte dicção:

“O STF, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

Isso significa, como acentuou, com maestria, o Ministro Victor Nunes Leal, nos acórdãos explicativos

da Súmula (ERE nº 46.988-SP) que, “vencida a preliminar de conhecimento do recurso extraordinário (ou especial), o Tribunal julga a causa, apreciando os fatos, quando necessário. A essa altura do processo, transposto o obstáculo do cabimento, não haverá empecilho para que se incursione no exame das provas, desde que indispensável ao julgamento da questão federal envolvida”. Em seus comentários à Súmula 456, citada, esclarece **José da Silva Pacheco**:

“Objeto do conteúdo de mérito é o próprio conteúdo da impugnação à decisão recorrida. Quando nela se denuncia vício de juízo (**error in iudicando**) resultante de má apreciação da questão de direito, ou da questão de fato, ou ambas, pedindo-se, em consequência, a reforma da decisão, acoimada de injusta, o objeto do juízo de mérito, no recurso (ao menos qualitativamente), coincide com o objeto da atividade cognitiva no grau inferior de jurisdição, com a matéria neste julgada.”

E, em conclusão, arremata:

“Assim, ao conhecer do recurso extraordinário consoante a Súmula 456, pode o STF: a) decidir a lide nos limites em que foi proposta; b) dentro desses limites, pode examinar provas, questões de direito e de fato e decidir de acordo ou diferentemente do que

foi julgado nas instâncias inferiores” (Julgamento da causa, pelo STF, após o conhecimento do Recurso Extraordinário, Revista dos Tribunais, volume 251, págs. 251 a 255).

Jungido, que está, o julgamento do especial às regras preconizadas para o extraordinário, nenhum empeco haverá na fixação dos honorários advocatícios, nesta fase, ainda que se tenha de adentrar nos fatos.

Todavia, na hipótese vertente, em sendo dado o elevado valor atribuído à ação, hei por bem de fixar os honorários advocatícios em dez por cento (10%) sobre este valor (da causa) e para esse fim, dou provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, peço vênia a V. Exa., porque me parece que o art. 20 se refere à sentença. Sentença, em nosso Direito Positivo, é aquele ato judicial que põe fim ao processo, com ou sem o julgamento do mérito. Diz o art. 20, mais adiante, que “condenará o vencido”. Vencido, **data venia** de V. Exa. não é quem sofreu prejuízo, mas quem sucumbe no julgamento do mérito; aquele cuja pretensão foi repelida judicialmente. Ora, na hipótese, declarou-se que o processo não tinha objeto, quando em verdade o que desapareceu foi o interes-

se da parte autora, porque aquela sua pretensão tornou-se impossível ou foi satisfeita. Em função de satisfação ou da impossibilidade, o processo se declarou extinto.

Mas, no ato em que se declarou a extinção, a sentença não definiu quem seria o vencedor, nem quem seria o vencido e, por isso, sem essa definição, é impossível aplicar o art. 20 do Código de Processo Civil. Por esse fundamento, peço vênia a V. Exa. para divergir e negar provimento ao recurso especial.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Ministro Presidente e Relator, pelo que tenho fixado na memória, trata-se de cautelar incidental, inequivocamente descaracterizada como preparatória, tendo em vista o seu específico objetivo: obter o efeito suspensivo para o recurso interposto. Tenho sustentado, em alguns precedentes, o cabimento de honorários, cuidando-se de cautelar preparatória, e, na sentença, o Juiz, porque a ação consequente não foi promovida, ou nas demais hipóteses, pôs fim ao processo. De qualquer forma, estabelecido um contraditório. O caso específico foge dessa vereda, ficando esclarecido que na ação principal, com resultado favorável, houve decorrente condenação em honorários. Desse modo, compreendendo que não são convenientes conclusões processuais in-

flexíveis, sob pena, em determinadas circunstâncias, cairmos na perplexidade, o caso comporta peculiar solução.

Com essas razões, com a devida vênia, no caso específico, esclarecido que na apelação os honorários foram prodigalizados, na conclusão, acompanho o voto do eminente Ministro Humberto Gomes de Barros.

Com as devidas vênicas, pois, nego provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, como bem salientado por V. Exa., independe da boa-fé a condenação da verba honorária.

Todavia, a teor do disposto no art. 20 do CPC, **data venia** de V. Exa., entendo que ela está condicionada, inelutavelmente, à ocorrência de sucumbência, uma vez que aquele próprio dispositivo diz que a sentença explicitará que o vencido pagará ao vencedor a verba honorária.

No caso, não houve vencido nem vencedor, porque a ação cautelar, de que é originário o presente recurso especial, foi considerada prejudicada, uma vez que, como ela visava apenas dar efeito suspensivo a um agravo de instrumento, e este, por sua vez, foi considerado prejudicado, já que a apelação que cuidava da mesma causa fora decidida pelo Tribunal antes do julgamento do próprio agravo e da ação cautelar.

Destarte, havendo sido apenas considerada prejudicada a ação cautelar, evidentemente, que não houve vencido nem vencedor.

Por tais razões, e com as mais respeitosas vênicas a V. Exa., acompanho os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.770-0 — RJ — (93.0009200-6) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Relator p/Acórdão: O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Recte.: Ouro Fino Importadora e Exportadora S/A. Advogados: Ruy Meireles Magalhães e outros. Recdo.: Banco Central do Brasil. Advogados: Luiz Eduardo Monteiro de Almeida e outros. Sustentaram oralmente o Dr. Ruy Meireles Magalhães, pelo Recorrente e a Dra. Geisa Assis Rodrigues, pelo Recorrido.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Relator, negou provimento ao recurso (em 02.02.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

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

Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.111-9 — SP

(Registro nº 93.0010230-3)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Haspa Habitação São Paulo S/A de Crédito Imobiliário — em liquidação extrajudicial*

Recorrido: *Benedito Limeira de Moraes pelo Curador de Ausentes*

Advogados: *Drs. Álvaro Eduardo Ribeiro dos Santos e outros*

EMENTA: Imissão de posse. Imóvel financiado pelo SFH.

A ação de imissão de posse fundada no Decreto-lei nº 70/66 pode ser proposta contra terceiro ocupante do imóvel, mas se, intentada apenas contra o devedor, o agente financeiro, embora instada a se manifestar quanto à certidão do oficial de justiça, não requereu a citação daquele, não há cogitar de negativa de vigência ao art. 37, §§ 2º e 3º, do mencionado diploma legal. Dissídio jurisprudencial não caracterizado.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquígráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Brasília, 31 de maio de 1994 (data de julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Adoto, à guisa de relatório, a parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal, nestes termos:

“Trata-se de ação de imissão de posse proposta pela ora Recorrente, dizendo-se amparada por um título executivo e uma carta de arrematação, sendo que o MM. Juiz decretou a extinção do feito, sem julgamento de mérito, de vez que o réu não detinha a posse direta do imóvel (fls. 64/67).

Inconformada, a Autora apelou às fls. 73/76, irrisignação a que a

Quarta Câmara do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, negou provimento (fls. 97/98 v.).

Por isso, o recurso especial de fls. 100/108, da Suplicante, com base nos permissivos constitucionais das alíneas **a** e **c**, ao fundamento de o Ven. Acórdão atacado haver violado o art. 37, §§ 2º e 3º, do Decreto-lei nº 70/66, bem assim, por haver dissentido da jurisprudência sobre a matéria, segundo alguns Vens. julgados, que restaram apontados.

Por via do r. despacho de fls. 115/116, da Em. Presidência do Aug. Colegiado **a quo**, foi admitido o apelo extremo, por ambos os sustentáculos invocados.”

Opinando, o parecer é pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Entendeu o v. acórdão recorrido que “a ação proposta pela recorrente, conforme se verifica na leitura do art. 37 e seus parágrafos do Decreto-lei nº 70/66, é limitada ao litígio entre o adquirente e o devedor e não terceiro, em relação ao qual mister a propositura de outro tipo de demanda”.

Não tem sido este, porém, o entendimento desta Corte, como ressaltou o parecer do Ministério Pú-

blico. Em verdade, a questão já foi examinada em pelo menos dois julgados pela e. Quarta Turma. Refiro-me aos Recursos Especiais nºs 2.496-RJ e 2.792-RJ, assim enunciado o primeiro, da lavra do eminente Ministro Fontes de Alencar:

“Ação de imissão de posse (DL nº 70/66). Imóvel financiado. Citação do devedor. Dissídio jurisprudencial.

I — A ação de imissão de posse fundada no Decreto-lei nº 70/66 pode ser validamente proposta pelo arrematante contra aquele que, de modo mero, ocupa o imóvel que fora financiado por agente do Sistema Financeiro da Habitação. Imprescindível, contudo, que se faça, também, a citação do devedor.

II — Recurso especial atendido, sem desacordo de votos.”

A despeito disso, não vejo como possa vingar o presente recurso especial. Com efeito, há um pormenor relevante. Segundo o acórdão recorrido, “no ato da citação constatou-se que o devedor não mais residia no imóvel, ora habitado por terceiro, cuja citação não foi pleiteada pela recorrente, embora instada a se manifestar quanto à certidão do Sr. oficial de justiça”.

Tal circunstância, aliás, serve a distinguir a hipótese dos autos das trazidas a cotejo pela recorrente, pelo que não conheço do recurso especial. É como voto, Senhor Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.111-9 — SP —
(93.0010230-3) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Haspa Habitação São Paulo S/A de Crédito Imobiliário — em liquidação extrajudicial. Advogados: Álvaro Eduardo Ribeiro dos Santos e outros. Recdo.: Benedito Limeira de Moraes pelo Curador de Ausentes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 31.05.94 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.801-1 — RJ

(Registro nº 93.0012586-9)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Relator para o Acórdão: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Casas Sendas Comércio e Indústria S/A*

Recorrido: *Odilon Rosa*

Advogados: *Aloysio Pinheiro de Vasconcellos e outros, e Pedro Ribeiro Gonçalves*

EMENTA: *Civil — Ação de reparação de danos — Furto de veículo em estacionamento.*

I — A jurisprudência do STJ orientou-se no sentido de que o furto de veículo ocorrido em estacionamento de estabelecimentos comerciais ou bancários é indenizável e, ainda que se trata de depósito irregular, gratuito, o depositário responde pelos prejuízos.

II — Recurso conhecido a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taqui-

gráficas a seguir, por maioria, vencido o Senhor Ministro Relator, conhecer do recurso especial, mas negar-lhe provimento. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Waldemar

Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Costa Leite.

Brasília, 28 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator para o Acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O Eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento à apelação interposta por Casas Sendas Comércio e Indústria S/A, na indenizatória ajuizada por Odilon Rosa. Esta a conclusão:

“Furto de automóvel em estacionamento de supermercado. Responsabilidade deste, por descumprimento do dever de guarda, sendo certo que o estacionamento soma para atrair mais fregueses e constitui fator a torná-lo não propriamente gratuito, criando para o comerciante o dever de velar pela intangibilidade dos veículos dos clientes que se utilizam da área especialmente destinada a tal fim.

Apelo improvido.”

Interposto recurso especial, alegou-se violação a dispositivo constitucional e negativa de vigência aos arts. 1.265, 1.281 e 1.287 do Código

Civil. Equivocada a decisão recorrida, quando entendeu que o estacionamento gratuito de veículos configurava contrato de depósito. Afirmou-se existir divergência jurisprudencial.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Reproduzo, inicialmente, voto que proferi no REsp 28.019, em que fiz transcrever o por mim prolatado no REsp 6.366.

“A questão posta nos autos é relativamente nova, sobre ela não se podendo ainda apontar entendimento firme. Variam as soluções, desde as mais rigorosas, quanto ao dever de guarda, até às que só o reconhecem quando reunidos requisitos capazes de vislumbrar um autêntico contrato de depósito, ainda que verbal.

Claro está que quando se possa afirmar ter-se concluído, tacitamente embora, contrato com aquela natureza, não haverá dúvida de que surge para o depositário o dever de guarda e conseqüente responsabilidade por indenizar, em caso de perda ou danificação do bem. Ocorre que o contrato de depósito, que tem natureza real, só se perfaz com a efetiva entrega da coisa. Ora, não se me afigura possível vislumbrar exista tradição, com o simples fato de alguém permitir que outrem se uti-

lize de determinado espaço para estacionar seu veículo.

Colocam alguns, como decisiva, a circunstância de ser cobrada alguma importância. Embora de relevo, não basta para a solução de todos os casos.

Em primeiro lugar, pode haver responsabilidade, mesmo sem o pagamento. Quando um estabelecimento comercial propicia a seus clientes área para que estacionem seus veículos, é evidente que não age apenas por serem seus dirigentes pessoas corteses, desejosas de agradar ao próximo. Não se trata de procedimento desinteressado, mas que objetiva captar clientela. A compensação estará nas maiores vendas.

Por outro lado, embora não seja freqüente, pode ocorrer que alguém franqueie o uso de um terreno, recebendo por isso remuneração, mas fique claro que não assume qualquer dever de guarda. É comum nas cidades grandes a cobrança, pelo Poder Público, de certa importância para que se possa deixar o veículo na rua, à beira da calçada. O pagamento é contraprestação apenas pelo uso do bem público. Nunca se sustentou, que eu saiba, resultasse daí qualquer dever de vigilância.

Sustenta outra corrente que a pedra-de-toque estará no fato de haver controle de entrada e saída. Assim, quando o proprietário do veículo recebesse um *ticket*, comprobatório de que o deixara no local, cuja apresentação seria necessária para retirá-lo.

O fato tem importância, mas é necessário melhor explicá-lo. Não é a circunstância de receber-se um comprovante que dá nascimento ao dever de custódia. Importa que isso indicia haver o proprietário do estacionamento chamado a si a guarda da coisa.

Tenho como destituída de fundamento a afirmação, que ouso qualificar de simplista, no sentido de que o comerciante assume a custódia, podendo ser responsabilizado pelos danos sofridos pelo bem, pelo simples fato de facultar um local onde possa ser deixado.

Note-se a situação desigual e injusta que se criaria. Um estabelecimento que se encontre perto de área pública, onde possam os veículos ser estacionados, não se exporia ao problema. Os fregueses dela se valeriam e não teria o comerciante responsabilidade alguma pela guarda. Já um outro, menos favoravelmente situado quanto a isso, haveria de adquirir um terreno e ensejar que a clientela dele se valesse. Junto com isso, segundo o entendimento a que recuso adesão, estaria necessariamente criado o dever de custodiar os veículos. Não se percebe por que haja de ser assim. Porque não possa ser apenas oferecida a facilidade de estacionamento.

Outra, a meu ver, a circunstância que se há de ter em conta. Ao destinar determinado local para que a clientela possa deixar seus veículos, cria-se um atrativo, pelas facilidades daí decorrentes. Pode o comer-

ciante, entretanto, considerar conveniente aumentar o fator de captação. Para isso acena com algum tipo de segurança. Os fregueses afluirão em maior número, em virtude dessa outra vantagem. Não será necessário que de modo algum se explicita que os freqüentadores do estabelecimento usufruirão desse outro benefício. Isso resulta das próprias condições do lugar, aptas a criar no usuário a idéia de que ali se dispensa segurança. Cria-se, assim, um vínculo entre quem se utiliza do estacionamento, certo de que devidamente protegido, e o dono do estabelecimento, que auferir os proventos de vê-lo mais procurado.

Dir-se-á que será penalizado justamente aquele que se dispôs a dar alguma garantia aos clientes e que melhor, então, não o fazer. O argumento, a meu ver, não teria procedência. Repita-se. O comerciante oferece condições melhores porque isso é bom para os negócios. Cabe-lhe avaliar os custos e os benefícios.”

A jurisprudência desta Turma, assim como a da 4ª, tem-se orientado firmemente no sentido de reconhecer a responsabilidade do comerciante que mantém o estacionamento, em caso de furto de veículo aí deixado, sem proceder a distinções. Os fundamentos, entretanto, não são uniformes. Assim é que se indica o risco profissional (REsp 31.787), o dever de vigilância decorrente do fato de o comerciante ter o objetivo de atrair a freguesia, visando ao lucro (REsp 7.901), tratar-se de elemento indispensável à própria atividade (REsp

31.554), configurar-se o contrato de depósito (REsp 18.163), ainda que irregular (REsp 28.534), ou presumir-se seguro o local oferecido pela empresa (REsp 29.198).

Das razões de decidir apontadas peço vênia para aderir apenas à última. Desde que as circunstâncias de fato justifiquem a crença de que o local oferece segurança, aquele que propicia o estacionamento estará, ainda que tacitamente, acenando com a vantagem, havendo a asunção tácita do encargo.

Certo que ensejar facilidade de estacionamento convém ao comerciante. Não se percebe por que, entretanto, não lhe seja possível apenas criar uma determinada comodidade sem que, necessariamente, haja de crescer a segurança. Poderá fazê-lo ou não. Na busca da preferência da clientela, visando certamente maior lucro, ser-lhe-á dado, consoante lhe pareça mais adequado, oferecer maiores ou menores vantagens. Responderá pelas que proporcionar ou mesmo der a aparência de que o faz.

O caso em exame apresenta peculiaridade, e não encontrei precedente, desta 3ª Turma, que da circunstância cuidasse, ao menos expressamente. Refiro-me à existência, no local, de avisos que explicitavam não se responsabilizar a empresa pela segurança dos veículos.

O eminente Ministro Athos Carneiro, em julgamento proferido pela Egrégia 4ª Turma — REsp 5.905

—, fez consignar na ementa presumir-se o dever de guarda dos veículos estacionados, “salvo se ostensivos avisos comunicam que a empresa não assume tal encargo”. Reiterou a ressalva ao julgar o REsp 8.754, embora assinalando que não se aplicaria ao caso concreto, em que o automóvel fora entregue a manobrista. Aquela Colenda Turma, entretanto, ao apreciar o REsp 23.602, relatado pelo ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo, acolheu o entendimento, exposto pelo Relator, no sentido de que sem relevo a afixação dos questionados avisos, pois a empresa não poderia “eximir-se do seu dever de ter na guarda e conservação da coisa confiada ao cuidado e à diligência habituais com aquilo que é seu”.

Releva, para decisão da matéria, verificar qual a natureza do vínculo que se estabelece entre quem se utiliza do estacionamento e aquele que o propicia. Da questão cuidei no voto transcrito, negando que, do simples fato de facultar-se a comodidade de um local para deixar o veículo, resulte a existência de contrato de depósito. Mesmo prescindindo da exigência, para o depósito voluntário, da prova por escrito (Código Civil — art. 1.281), parece-me claro, **data venia**, que não se acham presentes os elementos indispensáveis a sua configuração, quando apenas se possibilita ao cliente um local para deixar seu automóvel. Como já assinalado, o depósito é contrato real, só se formando com a entrega da coisa, o que ob-

viamente não ocorre com a simples utilização de lugar para estacionar. Tenho que forçado, manifestamente forçado, entender-se haja sido entregue o bem móvel, para ser guardado, até que o depositante o reclame, tal exige o artigo 1.265 do Código Civil. Importante notar que a finalidade do depósito é a guarda da coisa. Sua razão de ser está em confiar-se a custódia do bem móvel ao depositário, até que seja reclamada sua restituição. Nada disso ocorre, a toda evidência, quando alguém apenas permite que certo espaço seja usado para estacionar-se um veículo.

Outra característica, apontada pela doutrina, é de que se trata de contrato **intuitu personae**. Confia-se a guarda do bem a alguém porque nessa pessoa tem-se confiança. Também ausente esse elemento, na hipótese, em que o condutor do veículo serve-se do local apenas por ser o mais cômodo para as compras que deseja fazer.

A jurisprudência da 4ª Turma deste Tribunal já evoluiu da concepção de ver, no caso, o questionado contrato. Esclarecedor, a propósito, o voto do Ministro Sálvio de Figueiredo no REsp 32.674, em que outros precedentes são mencionados, no sentido de que o dever de indenizar encontra amparo, “não em contrato de depósito tal como regulado no Código Civil, mas sim na obrigação de guarda e vigilância que a empresa comercial tacitamente assume ao proporcionar a seus clientes local presumivelmente seguro para estacionamento”.

Nesta 3ª Turma, segundo pude verificar das pesquisas realizadas, apenas os Ministros Waldemar Zveiter e Nilson Neves adotam como fundamento, para reconhecer a obrigação de indenizar, existir, no caso, contrato de depósito. E o Ministro Neves tem aduzido outras razões além dessa.

Não havendo liame entre as partes, oriundo do contrato em exame, e note-se que não é possível falar-se em depósito irregular, figura inteiramente estranha ao caso de que se cuida, por tratar-se de bem infungível, só haverá razão para afirmar-se existente a obrigação de indenizar caso a empresa haja assumido, expressa ou tacitamente, o dever de vigilância. Foi o fundamento consignado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo no voto acima citado. Ou como fez notar o Ministro Dias Trindade, ao apreciar o REsp 31.554, o cliente “prefere ir às compras na convicção de que terá asseguradas garantias ao seu patrimônio”.

Se assim é, não se vislumbra impedimento a que o comerciante, que mantém local destinado a estacionamento, deixe claro que não enseja mais que a comodidade. Nenhuma lei de ordem pública impõe seja obrigatório fornecer segurança. A empresa poderá, então, com o risco de fazer menos atraente seu negócio, explicitar que dá uma coisa mas não a outra. A quem não parecer conveniente a opção, será lícito procurar outro centro comercial.

No caso em exame, a recorrente fez afixar avisos, consignando não se responsabilizar pela segurança. Quem se utilizou do estacionamento

to não pode, a toda evidência, sustentar que oferecida aquela, implicitamente, quando o contrário fica expresso. Não vejo qualquer fundamento jurídico para concluir-se pela responsabilidade da recorrente.

Conheço do recurso, pelas letras *a* e *c* e dou-lhe provimento para julgar improcedente a ação, com a condenação do autor em custas e honorários, arbitrados estes em dez por cento sobre o valor da causa.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, peço vênua para divergir de Vossa Excelência, mantendo a jurisprudência da Corte.

Por brevidade, anexo ao presente o Acórdão proferido no REsp nº 32.296-4-RS, dentre inúmeros outros de que fui relator. Destaco, com a devida vênua, afigurar-se irrelevante tenha, neste caso, a Empresa fixado aviso no local afirmando eximir-se de responsabilidade. Isso porque tal fato não a elide, seja pela vantagem que lhe advém da captação de clientela embutida no lucro do valor da mercadoria, pela comercialização do depósito irregular ou, ainda, pelo dever de guarda.

Entendo que o estabelecimento comercial que oferece a comodidade para a guarda de veículo é responsável por ele, devendo indenizar quando ocorrido o furto, como aqui se deu.

Presente o dissídio com o aresto do Egrégio Supremo Tribunal Federal, conheço do recurso mas lhe nego provimento.

É o voto.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL Nº 32.296-4 — RS

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Francisco de Assis Vieira Sanseverino*

Recorrida: *Companhia Zaffari de Supermercados S/A*

Advogados: *Drs. Décio Scaravaglioni e outros e Fábio Melo de Azambuja e outro*

EMENTA: *Civil — Indenização — Responsabilidade pela guarda de veículo em estacionamento de supermercado.*

I — O estabelecimento comercial que oferece estacionamento em área própria para comodidade de seus clientes, ainda que a título gratuito, assume, em princípio, a obrigação de guarda dos veículos, sendo assim responsável civilmente pelo seu furto ou daniificação.

II — Recurso conhecido pela letra c e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Brasília, 4 de maio de 1993 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Com fundamento na letra c do permissivo constitucional, Francisco de Assis Vieira Sanseverino interpõe, contra o Acórdão de fls. 92/94, recurso especial (fls. 108/117).

O **decisum**, ora impugnado, concluiu que, afastando-se a tese de que se cria uma aparência de segurança, no caso do estacionamento, o que se busca é proporcionar ao cliente maior facilidade de acesso pela comodidade que proporciona.

Na insurgência, o recorrente alega que tal entendimento colide com a interpretação dada à hipótese por precedentes do STJ.

Vislumbrando ocorrente a pretendida divergência com a jurisprudência da Corte, o eminente Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça local defere o processamento do apelo (fls. 134).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O Acórdão impugnado, proveniente da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao reformar a sentença de fls. 67/71, deduz que (fls. 94):

“O surgimento de supermercados e centros comerciais no país, para facilitar as vendas e proporcionar maior comodidade aos compradores, criou polêmica quando da ocorrência de furto de veículo guardado nos locais designados por aqueles estabelecimentos.

A solução não é fácil, porque envolve responsabilidade civil.

Aceita esta, causaria enormes prejuízos aos donos daquelas casas comerciais, criando um verdadeiro seguro, totalmente gratuito, gerando inclusive abusos: bastaria alegar o furto de um automóvel para obrigar o pagamento.

Desta forma, a questão envolve matéria de direito e de fato.

Depois de muito meditar sobre a matéria, fiquei convencido de que não cabe a culpa, porque in-

xiste a transferência da guarda do veículo.

O cliente o coloca onde bem entender, ficando com as chaves, sem a ação de qualquer manobrista, a ausência de fornecimento de documento de controle, bem como sem pagamento.

Afasto a tese de que se cria uma aparência de segurança: o que se busca é proporcionar ao cliente maior facilidade de acesso, pela comodidade do estacionamento.”

Todavia a tese, aqui defendida, não reflete a hipótese dos autos.

Melhor sorte toca a sentença, quando aduz às fls. 68 que:

“O réu em nenhum momento impugna tenha o furto ocorrido no interior de seu estacionamento e a prova pretendida com a certidão juntada ao final, que restou impugnada por encerrada a instrução, poderá ser questionada ao infinito. Ora, possibilidades de localização do veículo sempre existirão; não cabe ao autor provar inexistência do bem, ou melhor, não cabe ao autor fazer prova contínua da não localização do veículo; tal linha de raciocínio impediria cobertura de qualquer seguro por furto.”

Ressalte-se, ainda, que o próprio recorrente é quem afirma às fls. 27 da contestação:

“Os ‘vigias’ contratados pela ré, exercem a função específica

de disciplinar o fluxo de veículos em seus estacionamentos, não permitindo que clientes estacionem em locais que dificultem fluxo do trânsito.

Os 'vigias' não exercem a guarda de veículos, pois não possuem *tickets* para entregar aos clientes..."

De conseguinte, reconhece que possui estacionamento com vigilância.

Continuando, diz ainda a sentença, atenta aos fatos da causa, bem como ao qualificá-los juridicamente com a tese acolhida em precedente de minha relatoria (fls. 68/69):

"Em relação às demais argumentações o entendimento é pacífico em nossos Tribunais:

"Civil. Indenização. Contrato de depósito para guarda de veículo. Estacionamento. Furto. I — Comprovada a existência de depósito, ainda que não exigido por escrito, o depositário é responsável por eventuais danos à coisa. II — Depositado o bem móvel (veículo), mesmo que gratuito o estacionamento, se este se danifica ou é furtado, responde o depositário pelos prejuízos causados ao depositante, por ter aquele agido com culpa in vigilando, eis que é obrigado a ter na guarda a conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence (artigo 1.266, 1ª parte do

CC). III — Recurso não conhecido (III T., Min. Waldemar Zveiter, 25.3.91, p. 3.222). (BIM, nº 166, abril, ano XV, p. 19)."

A necessidade de comprovante por parte do supermercado não procede, pois: a) ninguém é obrigado a comprar, pode entrar, olhar e sair livremente; b) tal comprovante apenas traduziria uma compra feita, não trazendo inclusive o nome do comprador; c) o próprio requerido não fornece nenhum comprovante aos veículos estacionados em suas dependências."

Realmente, a situação concreta consubstanciada na espécie **sub judice** retrata os modelos trazidos pelo recorrente e oriundos da Terceira e Quarta Turmas do STJ, pelo que merecem transcritos, como assim (fls. 114/115):

"Responsabilidade pela guarda de veículo. Supermercado. Demanda indenizatória procedente.

O estabelecimento comercial que oferece estacionamento em área própria para comodidade de seus clientes, ainda que a título gratuito, assume em princípio a obrigação de guarda dos veículos, sendo assim responsável civilmente pelo seu furto ou danificação.

Dissídio jurisprudencial.

Recurso Especial conhecido, mas não provido." STJ, 4ª Turma, Recurso Especial, Relator o Sr. Ministro Athos Carneiro, proferido em 16 de março de 1992, publicado no DJU nº 66, em 06.04.92, p. 4.502.

“Responsabilidade civil. Estacionamento em supermercado. Furto de automóvel.

A empresa que, visando a atrair clientes, põe à disposição destes, estacionamento de veículos, responde pelos prejuízos sofridos em caso de furto. Precedentes do STJ.” STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 20.256 (92.0006432-9), São Paulo, Relator o Sr. Ministro Barros Monteiro, proferido em 5 de maio de 1992, publicado no DJU nº 117, em 22.06.92, p. 9.766.

“Responsabilidade civil — Estacionamento — Furto de veículo.

Oferecendo o comerciante estacionamento para seus clientes em que, pelo aparato apresentado, são induzidos à crença de que também se propicia segurança, responde civilmente pelos prejuízos decorrentes de furto ou daniificação do veículo.” STJ, 3ª Turma. Recurso Especial nº 12.021-0-SP (91.0012553-9), Relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, proferido em 30 de junho de 1992, publicado no DJU nº 147, em 3.8.92, p. 11.308.

“Civil. Responsabilidade. Furto em estacionamento de supermercado.

A empresa que explora supermercado é responsável pela indenização de furto de automóvel, verificado em estacionamento que mantém, ainda que não cobre por esse serviço destinado a atrair clientela, por falta ao seu dever de vigilância.” STJ, 3ª Turma, Re-

curso Especial n. 17.232 — São Paulo (Reg. nº 92.8313), Relator o Sr. Ministro Dias Trindade, proferido em 9 de março de 1992, publicado no DJU nº 66, em 6.4.92, p. 4.494.

Por esses paradigmas, vê-se que se adequam perfeitamente ao caso dos autos, na interpretação dada pela sentença de primeira instância.

Daí que, fiel a esse entendimento haurido na jurisprudência da Corte, conheço do recurso pela letra c e lhe dou provimento para, cassando o Acórdão recorrido, restaurar a sentença.”

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.801-1 — RJ — (93.0012586-9) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Relator p/ o Acórdão: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Casas Sendas Comércio e Indústria S/A. Advogados: Aloysio Pinheiro de Vasconcellos e outros. Recdo.: Odilon Rosa. Advogado: Pedro Ribeiro Gonçalves.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conheceu do recurso especial, mas negou-lhe provimento. Lavrará acórdão o Sr. Ministro Waldemar Zveiter (em 28.02.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.960-0 — PE

(Registro nº 93.0016638-7)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA*

Advogados: *Marlene Tavares de O. Kawahala e outros*

Recorrida: *Fazendas Reunidas Locio S/A*

EMENTA: *Recurso especial. Execução fiscal. Cobrança do ITR. Dívida de natureza tributária. Representação afeta à Procuradoria da Fazenda Nacional e não ao INCRA.*

Cabe à Procuradoria da Fazenda Nacional propor e acompanhar as execuções fiscais para cobrança de dívida oriunda das receitas arrecadadas pelo INCRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Brasília, 11 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: *O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, interpôs recurso especial ao v. acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

“Agravado de Instrumento. INCRA. Legitimidade para cobrança do imposto territorial rural — ITR.

Tributo de competência da União Federal (CF/88, art. 153, VI). Em regra, compete à Procuradoria da Fazenda Nacional a cobrança da dívida ativa da União.

Possibilidade de delegação da representação judicial da Fazenda Nacional, expressamente prevista no art. 29, § 5º, do ADCT.

As disposições das Leis nºs 8.022/90 e 8.383/91 em nada alteram a validade da delegação ao INCRA, efetivada com base em norma constitucional transitória.

Agravo a que se nega provimento.”

Sustenta o recorrente, em síntese, que o v. acórdão, em decidindo pela sua **legitimatio ad causam**, teria violado o art. 1º da Lei nº 8.022/90, e art. 67, da Lei nº 8.383/91, bem como divergido da interpretação dada, acerca da matéria, pela 1ª Turma do TRF-4ª Região, que optou pela ilegalidade da Portaria nº 449.

A admissão do recurso deu-se pela alínea c.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 60/61, opina pelo não conhecimento do recurso ou, se conhecido, pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor Presidente, a jurisprudência do STJ vai-se inclinando em sentido contrário à tese consagrada no acórdão recorrido.

Efetivamente, a jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público tem se pronunciado no sentido de que a atribuição de propor e acompanhar as execuções fiscais na cobrança da dívida ativa oriunda das receitas arrecadadas pelo INCRA é da Procuradoria da Fazenda Nacional. Confirmam-se:

“*Competência — Execução fiscal — INCRA — Procuradoria da Fazenda Nacional.*”

Compete à Procuradoria da Fazenda Nacional propor e acompanhar as execuções fiscais para a cobrança da dívida ativa oriunda das receitas arrecadadas pelo INCRA. Não existe lei autorizando a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a delegar a competência que lhe foi atribuída pela Constituição (art. 131) e pelas Leis nºs 8.022/90 (art. 1º) e 8.383/91 (art. 67), para representar a União na cobrança do ITR.

Recurso provido”. (REsp nº 38.824-0-RJ. Rel. Min. Garcia Vieira, in DJ de 08.11.93).

“*Competência. Execução Fiscal. INCRA. Procuradoria da Fazenda Nacional. ITR.*”

I — A competência para propor e acompanhar as execuções fiscais na cobrança da dívida oriunda das receitas arrecadadas pelo INCRA é a Procuradoria da Fazenda Nacional. Precedente.

II — Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 35.366-1-RJ, Rel. Min. José de Jesus Filho, in DJ de 07.02.94).

No primeiro precedente, o eminente relator pôs termo à controvérsia aos seguintes argumentos:

“Está bem claro pelo artigo 131, § 3º da Constituição Federal vigente que:

“Na execução da dívida de natureza tributária, a represen-

tação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.”

No caso, a dívida é de natureza tributária e sobre isto não paira a menor dúvida.

A Lei nº 8.022, de 12 de abril de 1990, em seu artigo 1º transferiu para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a apreciação, inscrição e cobrança do Imposto Territorial Rural. Também a Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, em seu artigo 67, estabeleceu que:

“A competência de que trata o artigo 1º da Lei nº 8.022, de 12 de abril de 1990, relativa à apuração, inscrição e cobrança da Dívida Ativa oriunda das receitas arrecadadas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, bem como a representação judicial nas respectivas execuções fiscais, cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.”

Como se vê, está bem clara a competência da Procuradoria da Fazenda Nacional para propor e acompanhar as execuções fiscais para a cobrança da dívida oriunda das receitas arrecadadas pelo INCRA.

A delegação de competência ao INCRA pela Portaria nº 449/90 (doc. de fls. 21) violou os dispositivos constitucionais (art. 131) e

legais (art. 1º da Lei nº 8.022/90 e artigo 67 da Lei nº 8.383/91) e não pode prevalecer. Pela delegação a autoridade administrativa transfere a seu subordinado atribuições decisórias, e no caso, não existe subordinado e a competência é prevista em dispositivo permanente da Constituição e em leis editadas após a sua vigência e com ela perfeitamente compatíveis”.

Na linha desses precedentes é que conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.960-0 — PE — (93.0016638-7) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA. Advogados: Marlene Tavares de O. Kawahala e outros. Recda.: Fazendas Reunidas Locio S/A.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 11.05.94 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 36.617-8 — SC

(Registro nº 93.0018701-5)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Carlos Alberto Furtado ou Carlos Humberto Furtado ou Carlos Gilberto Furtado*

Advogado: *Laurinho Aldemiro Poerner*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

EMENTA: *Recurso especial. Dissídio jurisprudencial. Apontada contrariedade e negativa de vigência ao art. 33, § 2º, letra c, combinado com o § 3º e art. 59, todos do Código Penal. Fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda. Requisitos para o regime aberto. Procedência.*

I — Se o condenado satisfaz os requisitos legais para a expiação da pena em regime aberto — letra c, do § 2º e § 3º, do art. 33, combinado com o art. 59, todos do Código Penal, é vedado impor-lhe, sem qualquer fundamentação, regime mais rigoroso de cumprimento da reprimenda.

II — Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Egrégia Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro José Cândido.

Brasília, 14 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro VICENTE CERNICCHIARO, Presidente (Art. 101, § 2º do RISTJ). Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso especial interposto, com esteio nas letras *a* e *c*, do inciso III, do art. 105, da Constituição, por Carlos Humberto Furtado, condenado por infração ao art. 213 combinado com o art. 224, *a* e 226, III, todos do Código Penal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cuja

parte recorrida teve a seguinte redação (fls. 83):

“A condenação é de rigor.

Assim sendo, considerando as circunstâncias do art. 59 navegarem em seu favor, fixa-se-lhe a pena-base em 3 (três) anos de reclusão, reconhecendo-se a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), que não opera face a pena situar-se no mínimo legal, acrescentando-a de 1/4 (um quarto), pela causa especial de aumento prevista no art. 226, III, perfazendo, ao final, a pena a ser cumprida em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime semi-aberto, por infração ao art. 213, *c/c* o art. 224, *a*, e 226, III, todos do Código Penal.

De conseguinte, dá-se provimento ao recurso para condenar o acusado à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão em regime semi-aberto.”

Alega o recorrente, em decorrência da não fixação do regime inicial aberto, contrariedade e negativa de vigência ao artigo 33, § 2º, letra *c* combinado com o § 3º e art. 59, do Código Penal, pois — fls. 101/102:

“A opção pelo regime inicial da execução cabe, pois, ao juiz da sentença, que o estabelecerá no momento da fixação da pena, de acordo com os critérios estabelecidos no art. 59, relativos à culpabilidade, aos antecedentes, à

conduta social e à personalidade do agente, bem como aos motivos e circunstâncias do crime.” (negritos nossos).

Ora, todos os requisitos do artigo 59, do Código Penal foram preenchidos pelo Acusado, conforme reconheceu o Exmo. Desembargador Relator, não observa-se, *s.m.j.*, a necessidade do mesmo permanecer em regime mais severo, pois, preencheu a premissa para tal benesse, na sua totalidade, não podendo, desta forma, reconhecer que sua culpabilidade é favorável, seus antecedentes inexistentes, sua conduta social normal e sua personalidade ótima, e mesmo assim, deixá-lo cumprir a pena em um regime mais penoso. É um entreechoque das circunstâncias favoráveis do réu contra um regime punitivo mais severo. Neste meio existe o preceito legal (art. 33, par. 3º, do CP) que demonstra o caminho a ser seguido, ou seja, estabelecer um regime mais brando ao acusado que possui menos periculosidade, objetivando a proteção do próprio acusado de uma degradação que são inseridos na intimidade dos cárceres brasileiros. Não deferindo tal benesse ao réu, tal atitude afronta o preceito legal, a política criminal, bem como, nega vigência a respectiva lei federal, demonstrando a necessidade do acolhimento do respectivo recurso especial.”

Ademais, assevera que o acórdão recorrido diverge de decisão de ou-

tros Tribunais pátrios, com relação à necessidade de fundamentação para aplicação de um regime de cumprimento de pena mais rigorosa — fl. 99.

O recurso especial foi admitido pelo dissenso pretoriano — fls. 117/118.

Nesta instância, com vista do feito, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso — fls. 124/126.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Preliminarmente, quero salientar que apesar de só ter sido admitido pelo fundamento da letra c, do inciso III, do art. 105, da Constituição, nada obsta o conhecimento do recurso especial pela letra a, do inciso III, do art. 105 — Súmulas nºs 292 e 528, do Supremo Tribunal Federal.

Feita esta prelibação, passo a examinar a negativa de vigência a dispositivo de lei federal.

Para tanto, transcrevo o art. 33, **caput**; § 2º, letra c e § 3º, do Código Penal, **in verbis**:

“Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.”

§ 2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em

forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

.....
c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

E, de igual modo, o teor do **caput** do art. 59, do *Código Penal*, **verbo ad verbum**:

“Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”

Presume-se dos artigos de lei colacionados que razão tem o Recorrente.

Se o acórdão recorrido reconheceu que “as circunstâncias do art. 59 navegarem em seu favor”, não poderia impor um regime inicial de expiação da pena mais rigoroso, ou seja, semi-aberto, sem qualquer fundamentação. Todavia, assim proce-

dendo, patentemente, foram violados os artigos legais apontados.

Assim, dou provimento ao recurso para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, restando prejudicado o alegado dissídio jurisprudencial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.617-8 — SC — (93.0018701-5) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Recte.: Carlos Alberto Furtado ou Carlos Humberto Furtado ou Carlos Gilberto Fur-

tado. Advogado: Laurinho Aldemiro Poerner. Recdo.: Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 14.09.93 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Ademar Maciel, Anselmo Santiago e Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro José Cândido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.770-0 — SP

(Registro nº 93.0019048-2)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Giselle Pilão Barsotti*

Recorrido: *Marcelo Guimarães Machado*

Advogados: *Drs. Clito Fornaciari Júnior e outro, e José Aparício Marques da Cruz e outros*

EMENTA: *Alienação de coisa comum. Citação de terceiro, beneficiário de estipulação feita pelos condôminos. Art. 1.105 do CPC.*

Havendo entre os estipulantes e o terceiro-beneficiário um vínculo de caráter meramente obrigacional, o interesse deste último no procedimento de alienação de coisa comum é tão-só econômico e não jurídico. Desnecessidade de sua citação.

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 unani-

midade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antô-

nio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 30 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Em separação consensual, convencionou-se que o imóvel pertencente aos separandos seria vendido e que sobre o produto apurado correriam na proporção de 1/3 a mulher, o varão e o pai deste. Frustrada a venda extrajudicial, o ex-marido aforou contra a ex-mulher pedido de alienação de coisa comum, no qual a requerida argüiu a necessidade de citação do terceiro-beneficiário, José Altino Machado, sob pena de poder ser alegada pelo mesmo, futuramente, a nulidade do feito.

Rejeitada tal matéria preliminar, a requerida manifestou agravo de instrumento, a que o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento com esteio nestes fundamentos:

“O agravo não comporta provimento. A pessoa que a agravante quer ver citada não é proprietária do imóvel.

Só os condôminos é que devem integrar o procedimento. Por ou-

tro lado, os ditos direitos pessoais do terceiro não estão vinculados ao imóvel. Aliás, é juridicamente herética a afirmação da agravante de que o pai do agravado tem direito pessoal sobre o imóvel.

Por outro lado, causa espécie a preocupação da agravante com a possibilidade de vir a ocorrer negócio simulado entre ela e o agravado, para prejudicar terceiro. Basta apenas que as partes atuem com boa-fé processual, como manda a lei, para que seus alegados temores não se concretizem.

Não há motivo jurídico algum para o deferimento do requerimento de citação de terceiro, que não tem interesse jurídico no procedimento. Afinal, se a venda fosse extrajudicial, chega a ser evidente que não cogitariam os condôminos da obrigatória presença do terceiro na lavratura da escritura, mesmo porque desnecessária qualquer anuência expressa para que tal alienação produzisse os efeitos almejados. A mesma razão há de prevalecer na alienação judicial. Pelo exposto, negam provimento ao agravo” (fls. 52).

Arredados os declaratórios, a vencida apresentou este recurso especial com fulcro na alínea a do permissor constitucional, alegando contrariedade aos arts. 1.105 e 1.113 do CPC. Sustentou a recorrente, em síntese, que ao pai do ora recorrido será entregue uma parte da-

quilo que se apurar na alienação judicial, donde o seu interesse em participar do procedimento.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): O ponto nodal da controvérsia cinge-se a saber se o pai do recorrido, beneficiário da estipulação, se enquadra ou não na figura de “interessado” inscrita no art. 1.105 do Código de Processo Civil.

Está-se diante de u’a estipulação em favor de terceiro, porquanto ex-marido e ex-mulher convencionaram, quando da separação consensual, destinar 1/3 do produto da venda do imóvel em tela ao progenitor daquele. O aludido beneficiário é completamente estranho ao contrato no momento de sua formação (**J.M. de Carvalho Santos**, “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, vol. 21, pág. 59). Ele é um terceiro (cfr. **Cunha Gonçalves**, “Tratado de Direito Civil”, vol. IV, tomo I, pág. 360, ed. 1958), que, estranho ao instrumento da estipulação, assume a posição de credor (**Washington de Barros Monteiro**, “Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações”, 2ª parte, pág. 49-50, ed. 22ª).

Escorreita, portanto, a assertiva formulada pelo Magistrado de 1ª

instância no sentido de que há entre os estipulantes e o terceiro-beneficiário um vínculo de caráter meramente obrigacional. Pode este ter um interesse econômico, mas não interesse jurídico no procedimento de jurisdição voluntária instaurado para a venda do imóvel em questão, do qual devem participar necessariamente apenas os condôminos, ex-marido e ex-mulher.

Não há falar, assim, em afronta ao art. 1.105 da lei processual civil, nem tampouco do art. 1.113 do mesmo **Codex**, cuja invocação, aliás, não encontra nenhuma pertinência na espécie em debate.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.770-0 — SP — (93.0019048-2) — Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Gisselle Pilão Barsotti. Advogados: Clito Fornaciari Júnior e outro. Recdo.: Marcelo Guimarães Machado. Advogados: José Aparício Marques da Cruz e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 30.11.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.822-7 — RJ

(Registro nº 93.0019196-9)

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

Recorrente: *Sociedade Anônima do Gás do Rio de Janeiro*

Recorridos: *Companhia de Gás do Estado do Rio de Janeiro — CEG e Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Alcino Medeiros Caldas e outros, Luiz Roberto Lemos Tavares e outros, e Letácio Jansen, Pedro Gordilho*

EMENTA: *Processual — Sentença que decide processo de liquidação — Ato que homologa cálculo de atualização de valor — Recursos apropriados.*

— **É apelável, não agravável a sentença que põe termo à liquidação mediante cálculo. Não é certo confundir-la com decisão interlocutória que resolve, dentro do processo de execução, incidente destinado a atualizar o valor do título.**

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 9 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: A Recorrente apelou contra decisão que julgara os cálculos de liquidação de Sentença.

Seu recurso, interposto dentro do prazo de cinco dias, foi recebido como agravo e, como tal, remetido ao E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Aquela V. Corte negou-se em tomar conhecimento do recurso.

Proclamou que o agravo de instrumento seria recurso hábil, para enfrentar decisão homologatória de cálculos do contador, relativos a juros de mora e correção monetária.

A tese prestigiada pelo V. Acórdão toma como premissa a afirma-

ção de que, a teor do Art. 604, I, do Código de Processo Civil, somente ocorre liquidação mediante cálculo do contador, quando a condenação abrange “juros, ou rendimento do capital, cuja taxa é estabelecida em lei ou contrato.”

Ora — argumenta o Acórdão — a condenação cujo valor se estava a apurar envolvia juros de mora e correção monetária.

Nenhuma destas entidades — continua a Decisão — se inclui na previsão do Art. 604, I.

Com efeito — sustenta — juros de mora não decorrem do capital, mas do inadimplemento culposo; de seu lado, a correção monetária não constitui rendimento do capital.

Ora — conclui — “não se encontrando os juros de mora e a correção monetária enquadrados nos vários dispositivos legais que cuidam da liquidação da sentença, não há como considerar o cálculo em torno desses acréscimos, liquidação de sentença” (fl. 594).

Se não existiu liquidação, o Ato judicial que homologou os cálculos não é sentença nem se expõe a apelação.

A Recorrente interpôs recurso especial, pela alínea *a*. Afirma que o Acórdão maltratou o Art. 604, I, do CPC.

Esta, a controvérsia.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator):

Cuida-se de identificar o recurso apropriado para desafiar ato judicial que homologa cálculos do contador.

O tema deu ensejo a longa perplexidade, que hoje tende a serenar.

Para superar a discussão, seria oportuna breve recordação em torno da natureza jurídica do ato judicial que homologa cálculos para apurar o correto valor da condenação.

Sabemos todos que o processo de execução tem como pressuposto a existência de título líquido e certo.

Sabemos, também, que nem sempre a sentença condenatória se traduz em título líquido e certo. Na maioria das vezes, faz-se necessário apurar, quando menos, o exato montante dos juros que se acrescentam ao capital resultante da condenação; em outras oportunidades, tornam-se imprescindíveis operações complexas, para se chegar ao exato montante.

Esta apuração é feita através da liquidação: um processo incidente entre o de conhecimento e o de execução.

Entre nós, o processo de liquidação pode adotar três procedimentos: cálculo do contador, artigos e arbitramento.

O primeiro destes ritos é o mais simples e se reserva a apurações que demandam simples cálculos matemáticos.

O Artigo 604, I do CPC reserva a liquidação mediante cálculos, para

a apuração do montante dos juros e rendimentos que se acrescentam ao capital objeto da sentença condenatória.

O dispositivo legal não faz restrição quanto à natureza dos juros a serem apurados pelo contador: eles podem ser contratuais, moratórios ou compensatórios.

Não foi, **data venia**, feliz o V. Aresto recorrido, quando circunscreveu a incidência da liquidação mediante cálculos, à pesquisa de juros contratuais.

Houve, assim, na espécie, um processo de liquidação.

Este processo terminou com o ato judicial contra o qual a ora Recorrente interpôs apelação.

Este ato, em nosso Direito Processual positivo, constitui sentença (CPC, Art. 162, § 1º). O recurso específico para desafiá-la é a apelação (CPC, Art. 513).

Não se há de confundir a sentença que decide liquidação mediante cálculos do contador, com o ato judicial que homologa cálculos de atualização de valor referente a título executivo (judicial ou extrajudicial).

A atualização do título não resulta de sentença.

Como registrei acima, o processo de execução tem como pressuposto a existência de título líquido e certo. Por isto, ele ocorre, sempre, depois do processo de liquidação. Em verdade, não se pode conceber processo de liquidação complementando o executivo.

A decisão atualizadora do título tem como escopo incorporar ao tí-

tulo (já existente), juros e outros valores acrescidos pelo decurso do tempo.

Em conjuntura inflacionária, como a que atravessamos, a atualização serve para atualizar a expressão monetária do valor inscrito no título.

Ao contrário da liquidação (que é processo), a atualização constitui simples incidente necessário à consumação do processo executivo.

A decisão atualizadora não põe termo final ao processo. Pelo contrário, ela possibilita seu desenvolvimento. Por isto, ela não é sentença, mas decisão interlocutória (CPC, Art. 162, § 2º).

Em sendo interlocutória, deve ser desafiada por agravo.

Esta Turma, no julgamento do REsp 19.639-0/SP (de que fui relator), afirmou, **in verbis**:

“Decisão que homologa cálculos de atualização em processo executivo fiscal tem natureza interlocutória. O remédio específico para desafiá-la é o agravo de instrumento, não a apelação.”

Na hipótese destes autos, não se cuida em decisão homologatória, mas de sentença que terminou o processo de liquidação.

Dou provimento ao recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.822-7 — RJ — (93.0019196-9) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Humberto Gomes de Barros. Recte.: Sociedade Anônima do Gás do Rio de Janeiro. Advogados: Alcindo Medeiros Caldas e outros. Recda.: Companhia de Gás do Estado do Rio de Janeiro — CEG. Advogados: Luiz Roberto Lemos Tavares e outros. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advogado: Letácio Jansen.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 09.03.94 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.008-6 — SP

(Registro nº 93.0020261-8)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Estado de São Paulo*

Advogados: *Antonia Marilda Ribeiro Alborgheti e outros*

Recorridos: *Cristina Maria Notari Godoy e outros*

Advogados: *Antonio Roberto Sandoval Filho e outro*

EMENTA: *Processual Civil. Recurso especial. Vulneração ao art. 588, do CPC. Execução provisória. Prestação de caução.*

I — *A caução tem por objetivo evitar o denominado risco processual a que se submete o executado.*

II — *No vertente caso, a execução ensejará a expedição de ofício requisitório, que será prenotado segundo a ordem cronológica, de modo que, não se cuidando de levantamento de importância, impropede a exigência de caução, a qual só será devida quando o Estado depositar a importância dos autos.*

III — *Assim, a vulneração ao artigo 588, do CPC, é inconsistente, posto que a finalidade da caução é evitar futuro dano, o que, na hipótese, só ocorrerá com o depósito do quantum debeat, não com a expedição de precatório.*

IV — *Recurso especial não conhecido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Egrégia Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformida-

de dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do Voto do Senhor Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel e

Anselmo Santiago. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro e José Cândido.

Brasília, 21 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, letra *a*, da Constituição, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que confirmou rejeição de embargos opostos à execução, entendendo impertinente a exigência de prestação de caução.

Em suas razões recursais, a Recorrente expressa que — fls. 99:

“... o v. acórdão recorrido, ao permitir que os exequêntes prosseguissem com a execução provisória do julgado, sem prestação de caução, feriu o disposto no art. 588 do CPC, estando, também, em desarmonia com a melhor doutrina pátria.

Segundo o mestre **Alcides de Mendonça Lima**, do ônus de prestar caução o credor não pode se esquivar, “pois é condição para o exercício da faculdade de executar provisoriamente” em continuação, diz que “o ato de prestar caução é obrigatório, não

ficando na dependência do credor exequente, nem da discricionariedade do juiz...” (in Comentários ao CPC — Forense — pág. 409).

Interessante, também, observar o que, a respeito, leciona o mestre **Humberto Theodoro Júnior**, in “Processo de Execução”, 9ª Edição, pág. 143:

‘A Execução provisória é realizada por conta e risco do exequente (...) dá a exigência de caução que ponha a salvo dos riscos de danos da execução provisória, garantia essa que é um direito do devedor e que o Juiz não pode, a seu arbítrio, dispensar.’”

Às fls. 102/110, os Recorridos pugnam pelo improvimento do recurso especial, levando em consideração o seguinte:

“Alega a Fazenda do Estado de São Paulo, que a presente execução é provisória, devendo assim os Autores prestarem caução, para regular prosseguimento da execução.

8. O que realmente pretende a Ré é tumultuar e procrastinar o bom andamento do feito, pois a execução contra a Fazenda do Estado, obedece todo um procedimento, sendo necessário a expedição de ofício requisitório, que será prenotado segundo a ordem cronológica para pagamento no ano seguinte de sua expedição.

Até a data do efetivo pagamento, com certeza, a apelação interposta nos Autos da presente ação, contra a r. sentença que homologou a conta de liquidação, já estará definitivamente julgada, não necessitando ser prestada caução, seguindo assim, o princípio da economia processual.

9. Não obstante o empenho da Ré não há como alterar-se o procedimento exigido, uma vez que a prestação de caução só é pertinente quando vem a proceder o levantamento de depósito efetuado, o que não se verifica **in casu**.”

Dispensei vista dos autos ao Ministério Público Federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Em virtude de sentença homologatória de conta de liquidação, a Fazenda do Estado de São Paulo apelou contra a inclusão do percentual de 70,28% nos cálculos. Logo, quanto a esta parte da sentença homologatória, incorreu o trânsito em julgado, porque houve recurso.

A execução desta parte da sentença — inclusão do índice de 70,28%, é provisória, devendo, em regra, a teor do inciso I, do art. 588, do CPC, ser exigida a caução do exequente.

A caução tem por objetivo evitar o denominado risco processual a que se submete o executado.

No vertente caso, a execução ensejará a expedição de ofício requisitório, que será prenotado segundo a ordem cronológica, de modo que, não se cuidando de levantamento de importância, impropriedade a exigência de caução, a qual só será devida quando o Estado depositar a importância dos autos.

Assim, a vulneração ao artigo 588, do CPC, é inconsistente, posto que a finalidade da caução é evitar futuro dano, o que, na hipótese, só ocorrerá com o depósito do **quantum debeatur**, não com a expedição de precatório.

Nesta direção, este Tribunal decidiu, no REsp número 20.054-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJ de 22.06.92 o seguinte:

“Processual Civil. Execução provisória. Prestação de caução. A prestação de caução na execução provisória, exigida pelo artigo 588, I, do Código de Processo Civil, tem como escopo evitar o chamado risco processual, sobretudo quando os procedimentos executivos envolvem a entrega de bens ou dinheiro ao credor. Se a execução não definitiva não implica risco, é prescindível a garantia. Outrossim, podem os procedimentos seguir sem ela, até o momento do levantamento do dinheiro ou bens.”

Em assim sendo, não conheço do recurso especial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.008-6 — SP — (93.0020261-8) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Recte.: Estado de São Paulo. Advogados: Antonia Marilda Ribeiro Alborgheti e outros. Recdos.: Cristina Maria Notari Godoy e outros. Advogados: Antonio Roberto Sandoval Filho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso espe-

cial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 21.09.93 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel e Anselmo Santiago. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro e José Cândido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.361-1 — SP

(Registro nº 93.0021279-6)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Paulinvel Veículos Ltda.*

Advogados: *Drs. Ana Maria Moliterno Pena de Freitas e outros, e José Roberto Silva Frazão e outros*

EMENTA: *Processual Civil. Litispendência. Argüição depois de interposto o recurso especial. Não conhecimento. Ilegitimidade ativa ad causam não reconhecida.*

Tributário. ICMS. Operações de vendas de veículos automotores. Antecipação do recolhimento em decorrência do regime de substituição tributária disciplinado pelos Convênios nºs 66/88 e 107/89. Ilegitimidade.

I — Não se conhece de pedido atinente a litispendência se só foi agitado depois de interposto o recurso especial, sobretudo quando a primeira ação ainda encontra-se tramitando nas esferas ordinárias.

II — Não obstante a eleição, pela sistemática implantada, da montadora como substituta tributária, fica a revendedora de veículos, na aquisição desses bens junto ao fabricante, compelida ao pagamento antecipado do ICMS relativo à venda futura a ser realizada por si ao consumidor final, daí a sua legitimidade para a causa.

III — A competência atribuída aos Estados e ao Distrito Federal, para, na ausência de lei complementar necessária à instituição do ICMS, celebrarem Convênio para regular provisoriamente o mencionado imposto, restringe-se às lacunas existentes e às matérias legais não recepcionadas pela Constituição vigente (art. 34, § 5º, ADCT).

IV — É ilegítima a cobrança do ICMS antes de concretizado o fato desencadeador da obrigação tributária, bem como, comportando cômoda quantificação, a base de cálculo é estipulada em fictícia tabela, desvinculada, pois, do valor real da operação.

V — Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 27 de abril de 1994 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: A recorrida, empresa revendedora de veículos, ajuizou ações ordinária e cautelar objetivando eximir-se do recolhimento antecipado do ICMS — incidente sobre

operações de vendas de veículos automotores a consumidores finais — no momento da aquisição desses bens junto à indústria montadora, em decorrência do regime de substituição tributária determinado pelos Convênios 66/88 e 107/89.

A egrégia Décima Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acolhendo a apelação da autora, julgou procedentes os pedidos, rejeitando, na seqüência, os embargos de declaração opostos.

Dáí o recurso especial, agitado pela Fazenda do Estado com fincas na alínea a do permissivo, por alegada ofensa aos artigos 3º, 6º e 267, VI, CPC; 128, CTN, e às cláusulas 17 do Convênio 66/88 e 1, 2, 3 e 4 do Convênio 107/89, considerando-se a ilegitimidade ativa *ad causam* da autora e a legalidade do regime de substituição tributária.

A recorrida ofereceu contra-razões, sustentando o acerto do decurso e o não cabimento do recurso interposto.

O recurso foi admitido pela decisão de fls. 194, ascendendo os autos a esta Corte.

Observo que, após julgada a apelação, interposto recurso especial e de ter o mesmo sido admitido, a recorrente atravessou uma petição pedindo a extinção do feito em razão do reconhecimento de litispendência.

Para tanto alega que a recorrida teria impetrado, em 31.1.91, mandado de segurança contra ato do Delegado Regional Tributário da Grande São Paulo, em que pretendia a mesma tutela jurisdicional perseguida no presente feito, que estaria em curso perante ainda as instâncias ordinárias.

Em resposta, a recorrida argumenta que o pedido formulado naquele **mandamus** é distinto do que aqui se cuida, visto que, naquele *writ*, postulara o não pagamento do tributo apenas no referente a determinados veículos que estava adquirindo, ao passo que na ação ordinária de que o processo em exame dá conta, proposta em maio de 1991, o pedido é genérico, visto que por ele pretende o reconhecimento de que não é devedora do ICMS na forma que indica, pretendendo, assim, que seja a recorrente instada a abster-se de exigir a antecipação da exação no referente a todos os veículos que a recorrida viesse a adquirir a partir de então.

Recurso extraordinário também admitido na origem.

Dispensei a ouvida da douta Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Inicialmente saliento que a exceção de litispendência só foi alegada depois de a recorrente ser derrotada nas instâncias ordinárias e após a admissão do seu recurso especial, o que denota, quando nada, uma atitude processualmente desleal da recorrente. Igualmente, observo que o **mandamus**, conforme informação da própria recorrente, ainda não venceu todas as etapas das instâncias inferiores.

Tenho que esse pedido sequer merece ser conhecido, visto ter sido apresentado a desoras, eis que, como leciona **Calmon de Passos** (in "Comentários ao Código de Processo Civil", III Vol., Forense, Rio, pág. 258), a litispendência é considerada como pressuposto processual de desenvolvimento, ou seja, requisito indispensável para que a relação processual se desenvolva validamente.

Tem por fito, já que a finalidade precípua do processo é tornar efetivo o direito material com vistas à pacificação social, evitar que sejam proferidas decisões contraditórias sobre causas que tenham as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.

Nisso consiste, em última análise, a proibição do **bis in idem** pro-

cessual, além, evidentemente, de outras razões tais como a de evitar o sobrecarregamento das atividades judiciais com a repetição da mesma demanda.

Sendo assim, sem dúvida nenhuma que a *utilidade* de sua argüição já não permanece existente no caso de que ora se examina, eis que já não se pode mais evitar decisões contraditórias nas instâncias ordinárias — que, diga-se de passagem, não ocorreu na hipótese em tablado — sendo impossível atender ao principal objetivo da litispendência, que é o de evitar sentenças discrepantes.

Ademais, não se pode perder de vista que, na análise da litispendência, pode o julgador, em determinados casos, para tê-la ou não como configurada, ser instado a examinar os fatos da causa, o que é impossível de ser feito no âmbito do recurso especial, como de curial sabença.

Demais disso, o tema em análise não foi levado — ou por descaso, ou por má-fé da recorrente, ou seja lá por qual outro motivo — ao conhecimento das instâncias ordinárias, prescindindo, assim, do indispensável prequestionamento.

Com efeito, depois de firmada a posição das instâncias inferiores, descabe a argüição de litispendência só agitada para apreciação no âmbito do especial, por não ser daquelas matérias que esta Corte tenha que apreciar até de ofício.

De mais a mais, seria ilógico desconstituir o r. aresto hostilizado,

que já se encontra em estágio bem mais avançado que o primeiro, para retrotrair, a discussão sobre a matéria posta em exame, para o âmbito do primeiro processo, que se encontra em fase anterior ao presente, quando por nada não fosse seria em atenção ao princípio da celeridade processual.

Anoto, por final, que, não se conhecendo desse pedido, não se está a correr o risco de que sejam lançadas decisões conflitantes sobre causas idênticas visto que, para isso evitar, adotar-se-ia uma de duas posições: a) se o primeiro processo já se encontrasse também no âmbito deste STJ, seria de ter-se os feitos como conexos e determinar o apensamento de um ao outro; ou b) se o primeiro processo não se encontrasse neste eg. Tribunal, como é o caso, seria de julgar o presente recurso especial que ora se analisa e, posteriormente, por importar em prejudicialidade para o primeiro, requerer a sua extinção sem julgamento do mérito.

Diante de tais pressupostos, não conheço do pedido no referente à ocorrência da litispendência.

Todavia, ainda que assim não fosse, de logo afirmo que não se deu a litispendência no caso em tablado.

Pontes de Miranda (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo IV, Forense, 1974, Rio, pág. 114), observa que “há litispendência quando está em curso ação cuja sentença teria de examinar e decidir quanto às mesmas *quaestiones*

facti e às mesmas quaestiones iuris".

Por isso que a eg. Primeira Seção pontificou no AgRg no MS nº 1.163-DF, de que foi relator o eminente Ministro **José de Jesus Filho**, que "*a identidade de demandas que caracteriza a litispendência é a identidade jurídica, quando, idênticos os pedidos, visam ambos o mesmo efeito jurídico.*" (in "Código de Processo Civil", **Theotônio Negrão**, 25ª ed., nota 21ª ao art. 301).

No caso, pela primeira ação interposta, isto é, o mandado de segurança, a recorrida pretendia ver-se liberada no recolhimento antecipado do ICMS apenas no atinente à operação de vendas dos veículos que anexou como documento de nº 18 (leia-se isso às fls. 221).

Já na ação ordinária de que ora se cogita, a recorrida pretende que seja a recorrente compelida a abster-se de exigir a antecipação do ICMS para toda e qualquer operação de aquisição de veículo que vier a praticar.

Com efeito, são distintos os pedidos. Destarte, quando muito poder-se-ia dizer que as causas seriam conexas, nunca que seja ocorrente a litispendência.

No mais, a questão é conhecida desta egrégia Turma, já tendo sido apreciada nos REsps 35.571-0-SP, relator o eminente Ministro **Demócrito Reinaldo**, e 38.529-6-SP, de que foi relator originário o eminente Ministro **Garcia Vieira**.

Alega a Fazenda recorrente a ilegitimidade da impetrante para a causa uma vez que, por estar na condição de substituída da obrigação de recolher o tributo, seria ela terceira e, exatamente por isto, não teria legitimidade nem interesse para discutir a obrigação, cujo cumprimento estaria afeto à substituta, vale dizer, à empresa montadora.

Acontece que, nos termos em que posta a questão, a impetrante só pode exercer a sua atividade, isto é, comprar os veículos pretendidos para revendê-los, se, no momento da compra, já pagar o ICMS que seria incidente na efetivação da venda de cada veículo ao consumidor.

Ora, esse óbice que, pelo menos em tese, é ilegal, só pode ser afastado por um provimento jurisdicional e, evidentemente, que recaindo sobre a impetrante o ônus do pagamento dessa antecipação, conferida está a ela a legitimidade para instar o judiciário a decidir o impasse.

É que a legitimidade de parte, nos moldes definidos pela norma contida no art. 3º do Código de Processo Civil, já se satisfaz com a possibilidade, demonstrada **quantum satis**, de existência do alegado direito do autor contra o réu, o que levou **Frederico Marques** a afirmar que **legitimatío ad causam** significa existência de pretensão juridicamente razoável.

Sem dúvida que a impetrante tem, assim, interesse processual, que é aquele, na lição de **Arruda Alvim**, que se expressa pela indis-

pensabilidade do uso do processo para o autor, sob pena de, não o sendo, ficar o autor sem meios para fazer valer a sua pretensão.

Ora, a exigência que é feita à impetrante de antecipar o pagamento do tributo tão logo quando adquira o veículo da montadora, importa em, pelo menos em tese, ofensa ao seu direito subjetivo de só pagar a exação após a efetivação da venda do veículo ao consumidor.

Por tais razões, reconheço, a impetrante, como parte legítima para impetrar o **mandamus por isso mesmo que dou por superada a preliminar agitada pela Fazenda**.

Melhor sorte não ampara a recorrente com relação à legitimidade do sistema da substituição tributária disciplinado pelos Convênios nºs 66/88 e 107/89.

O art. 34 do ADCT permitiu aos Estados e ao Distrito Federal, enquanto não elaborada lei complementar necessária à instituição do ICMS, celebrarem convênio fixando normas para regular provisoriamente a matéria.

Veio, então, o Convênio nº 66/88 (e 107/89) que, sob o color de disciplinar o instituto da substituição tributária, criou uma hipótese de antecipação do ICMS, nas operações de venda de veículos automotores, estabelecendo que a sua base de cálculo seria fundada em fictício e estimado valor de tabela, determinando a exigência do tributo antes da ocorrência do fato gerador, em

concreto, e definindo, como substituto tributário, um terceiro sem qualquer vínculo com o fato imponível.

Com finsas no Convênio nº 107/89, o Estado de São Paulo, através de Decreto, estabeleceu a figura de “substituto tributário”, em razão do que as revendedoras de veículos ficaram obrigadas a pagar o ICMS tão logo adquirissem veículos e acessórios dos fabricantes (montadores) sendo a base de cálculo fundada em fictício e estimado valor de tabela.

Contra tal procedimento, insurgiu-se a recorrida pela via do remédio heróico de que resultou o presente apelo nobre.

Inicialmente observo que se é certo, como é, que o art. 34, § 8º, do ADCT, possibilitou aos Estados e Distrito Federal a celebrarem convênio, fixando normas para regular provisoriamente a matéria necessária à instituição do ICMS, não menos verdadeiro é que tal convênio deve restringir-se somente às lacunas existentes e às matérias legais não recepcionadas pela Constituição Federal.

Esse entendimento é absolutamente assente nesta Corte conforme dão conta os julgados nos Recursos Especiais 14.410-0-RJ (relator eminente Ministro **Garcia Vieira**), 20.324-0-RJ (relator eminente Ministro **Demócrito Reinaldo**), 14.777-0-SP (relator eminente Ministro **Antônio de Pádua Ribei-**

ro), 7.582-0-RJ (relator eminente Ministro **Américo Luz**) e 23.628-2-SP (relator eminente Ministro **José de Jesus**) e 33.186-2-RJ (de minha relatoria), por exemplo.

Estabelecida essa premissa, impõe a análise de várias questões.

A primeira delas diz respeito à substituição tributária, na forma como está prevista no art. 121 e incisos do CTN, tão bem aceita pela doutrina como um mecanismo utilizado pela administração a possibilitar uma maior racionalização na arrecadação.

O substituto tributário não pode ser pessoa estranha ao fato gerador, devendo guardar com este estreita ligação.

Todavia, para que seja regular a substituição é necessário que já exista o substituído, daí porque a vinculação só pode se dirigir para o futuro, para as operações subseqüentes. Se por mais não fosse seria até mesmo por uma imperiosidade lógica visto que um contribuinte só poderá substituir um outro se já estiver configurado como tal numa operação considerada.

Ora, a teor da norma contida no art. 155, I, b, da Constituição Federal, a saída da mercadoria representa o aspecto temporal da hipótese de incidência do ICMS, pelo que, enquanto não tiver se realizado tal ocorrência, não estará configurado o fato gerador do tributo (o fato imponível) e, conseqüentemente, não

terá nascido a obrigação tributária e nenhum tributo será devido nem poderá ser exigido.

Com efeito, essa antecipação atenta e viola o princípio constitucional da tipicidade tributária, pois representa uma exigência feita antes de concretizado o fato desencadeador do nascimento da obrigação tributária.

Por outro lado, a base de cálculo do ICMS é o valor da operação.

No caso em exame, contudo, pretende-se estabelecer a base de cálculo como sendo o valor da tabela e não o valor da operação.

É inquestionável que há hipóteses em que a base de cálculo pode ser arbitrada, conforme o editado no art. 148 do CTN.

No entanto, o caso em exame refoge às inteiras às hipóteses previstas naquele indicado dispositivo, visto ser possível a determinação do valor da operação, sob pena de ferir de morte o disposto no art. 2º, I, do Decreto-lei nº 406/68.

Daí porque irregular a utilização da tabela quando a operação comporta cômoda quantificação.

Diante de tais pressupostos, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.361-1 — SP —
(93.0021279-6) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Cesar Asfor Rocha. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Ana Maria Moliterno Pena de Freitas e outros. Recda.: Paulinvel Veículos Ltda. Advogados: José Roberto Silva Frazão e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 27.04.94 — 1ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.891-0 — SP

(Registro nº 93.0026053-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrentes: *América Latina Companhia de Seguros e outro*

Recorrida: *Organização Magnata de Transportes Ltda.*

Advogados: *Cláudio Valheri Lobato e outro, e Ernesto Beltrami Filho e outros*

EMENTA: *Responsabilidade civil. Transporte. Furto de mercadoria. Ato de terceiro. Inexistência de conexidade. Ausência do dever do ressarcir.*

Não há que se falar em responsabilidade da transportadora, eis que o ato lesivo fora praticado por terceiro e não guarda conexidade com o transporte em si. Demais disso, a prevenção contra eventos danosos como o furto de mercadoria transportada por via terrestre é incumbência da autoridade pública competente, que tem o poder de polícia.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribu-

nal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Votaram com o relator os Ministros Costa Leite, Nil-

son Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 22 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Cuida a espécie de ação de indenização (regressiva), onde se busca obter do transportador o ressarcimento da importância paga a segurador, pelos danos causados à carga transportada pela ora recorrida.

A ação foi julgada improcedente no juízo singular, mas, no entanto, reformada pela Sétima Câmara Especial do Eg. Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, cabendo invocar a parte dispositiva da decisão proferida em grau de apelação:

“O transportador é responsável pela entrega da coisa ao destinatário, no contrato de transporte. Assume responsabilidade pelas perdas, subtrações ou avarias, exceto se oriundas, como escreve **Maria Helena Diniz**, de vício próprio, força maior ou caso fortuito (Código Comercial, artigo 102, Dec. nº 2.681/12, artigo 1º). Nesses casos, adverte a doutrinadora, o remetente correrá os riscos, o condutor estará isento de responsabilidade, “mas deverá

provar que os prejuízos provieram desses fatos, sem culpa sua” (Código Comercial, artigo 104). As anotações da escritora estão no “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 3º volume, Editora Saraiva, págs. 414/420).

A doutrina tem entendido como caso fortuito a subtração de veículo. **Arnaldo Rizzardo** diz que “o guardião de coisa perigosa, “diligente na custódia e que, não obstante, é desapossado da coisa, mediante violência (roubo), não é responsável pelos danos que ela venha a produzir após o evento criminoso” (v. “A Reparação nos Acidentes de Trânsito”, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, pág. 64). E justifica: “Revela-se a posse no poder físico, no império sobre a coisa. Se o proprietário de um automóvel furto não dispõe dessa faculdade, fere o mais elementar princípio de justiça pretender que ele responda pelos danos causados pelo ladrão” (obra citada, pág. 88). São citadas decisões, nesse sentido.

Ora, é evidente que a subtração mediante violência, como no caso — admitida na própria inicial e comprovada nos autos —, não tendo a transportadora, por seu preposto, agido com culpa, isenta esta de responsabilidade pela coisa, lançando sobre os ombros da remetente os riscos, tudo segundo a seqüência acima exposta. Não se pode dizer que age com culpa, na verdade, quem desce de veículo, em plena luz do dia, para

examinar pneu furado, na via pública pela qual transitava, rumo ao destino, e vem a ser subjogado, como ocorreu com o motorista da transportadora, sob ameaça de arma de fogo, enquanto, paralelamente, companheiro do infrator se apossa do veículo e sua carga. O motorista da transportadora agira segundo os homens costumam agir, nas circunstâncias, não se podendo esperar que resistisse fisicamente, sob pena de perda da vida, para que a carga não fosse levada.

As seguradoras falaram em itinerário inadequado para o caminho da transportadora, mas não houve determinação contratual de outro, de modo a se poder falar em desrespeito ao avençado. O itinerário, a propósito, já que por dentro da cidade, e não pelas avenidas marginais, podia ser tido, teoricamente, como sendo mais seguro, porque mais perto de auxílio ou da própria Polícia.

Para afastar os riscos a que sujeita, a remetente fizera contrato de seguro da carga, abrangendo roubo. E, no caso, paga a indenização, as seguradoras não podem, em face das circunstâncias, se voltar contra a transportadora, por tudo o que exposto. A questão de seguro que existiria entre transportadora e terceiro não importa para a solução do presente litígio e não há prova a respeito.

Assim, foi dado provimento ao recurso, para julgamento de im-

procedência da ação. As autoras pagarão as custas, com correção monetária desde o desembolso, e honorários advocatícios de 15% do valor da causa, assim fixados em função do grau de dificuldades, especialmente. O valor da causa será corrigido, desde a data da propositura da ação". (Folhas 250/252).

Inconformado, o apelado maneja recurso especial, lastreado nas alíneas a e c do autorizador constitucional, alegando ofensa ao art. 1.058, § 1º, do Código Civil.

Sustenta o recorrente que o roubo às mercadorias transportadas pela recorrida é fato previsível, e por tal evitável, sendo, portanto, inconcebível qualificá-lo como fortuito ou força maior de modo a excluir a responsabilidade civil da transportadora pelos danos causados à mercadoria que lhe foi consignada.

Em contra-razões, a recorrida postula a manutenção do julgado criticado, argumentando que o conceito de força maior não faz menção à sua inevitabilidade, mas sim à irresistibilidade.

O apelo foi admitido pela alínea a.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Inicialmente, gostaria de afastar a aplicação da

Súmula nº 7 desta Corte ao presente caso, eis que a controvérsia dos autos está em classificar-se ou não o fato danoso como caso fortuito ou força maior, de sorte a isentar a recorrida da responsabilidade civil decorrente do roubo à mercadoria por ela transportada, e não em perquirir a verificação da culpa.

Carvalho de Mendonça assevera que:

“É a inevitabilidade (nunca a imprevisibilidade) que caracteriza o caso fortuito ou a força maior para os efeitos da extinção da obrigação; e com a estranheza do devedor à causa que não lhe é imputável resume o seu conceito fundamental”. E prossegue: “Caso fortuito é o acontecimento devido às forças da natureza, estranho à obra do homem, como a morte natural, o raio, a chuva, o terremoto, a neve, as inundações, as alterações dependentes da natureza das coisas, a moléstia, etc., e força maior, que muitos denominam caso fortuito dependente do fato do homem, para distingui-lo da espécie acima, que chamam caso fortuito dependente da natureza, é o fato ou obra de terceiro fora de qualquer influência do devedor, como o incêndio, a interrupção dos meios de transporte, seja ato de autoridade no uso legítimo das suas funções, como a proibição de uma indústria por ato de poder público, a proibição da exportação, ou a violência **extra juris ordi-**

nem, como a invasão de piratas, a rapina, o assalto de ladrões, as ordens de requisição, as leis que declaram fora de comércio coisas que antes não estavam, etc.” (Tratado de Direito Comercial, vol. 6, RT, I, nº 406/407).

Outrossim, escreve **Fran Martins**:

“A isenção da responsabilidade do condutor ou transportador nos danos verificados por vício próprio da mercadoria, caso fortuito ou força maior está no art. 102 do Código Comercial, reproduzindo no art. 1º, ns. 1, 2 e 3 do Dec. nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, e no art. 168, letra a, do Regulamento Geral dos Transportes. A prova, entretanto, de que os danos provieram desses fatos cabe ao transportador. Se, contudo, se provar que para a ocorrência dos danos por vício próprio da coisa, caso fortuito ou de força maior houve negligência ou culpa do transportador, este passará a responder pelos prejuízos, uma vez que os danos não se teriam verificado houvesse ele adotado as medidas de cuidado que tinha o dever de praticar como transportador ou, no dizer da lei, “por ter deixado de cumprir as precauções e diligências praticadas em circunstâncias idênticas por pessoas diligentes”. (Código Comercial, art. 104). (In **Contratos e Obrigações Comerciais**, Forense, 9ª edição, pág. 276).

Depreende-se, portanto, que casos fortuitos ou de força maior são aqueles que decorrem de fatos ou fenômenos inesperados, ou imprevisíveis, ou quando previsíveis, que sejam inevitáveis.

Na espécie, tenho como caracterizada a ocorrência de força maior, de modo a exonerar a recorrida do dever de ressarcir à recorrente o valor do prêmio pago ao segurado decorrente de furto de mercadoria transportada pela recorrida, eis que o ato lesivo praticado por terceiro não guarda conexão com o transporte de coisas em si, constituindo-se em motivo de força maior, impeditivo do cumprimento de dever de segurança e incolumidade da transportadora.

Ademais, à transportadora não pode ser atribuído o poder de polícia, nem o dever de evitar sinistros como o que ocorreu com a mercadoria furtada.

Nesse sentido cabe invocar acórdão da lavra do eminente Ministro Eduardo Ribeiro que, embora tratando de hipótese diversa da ora apreciada, aborda a questão da responsabilidade por ato de terceiro, sendo mister destacar o seguinte trecho:

“O fato de terceiro que não exonera de responsabilidade o transportador é aquele que com o transporte guarda conexão, inserindo-se os riscos próprios do deslocamento. Assim, os precedentes que deram origem ao enunciado em exame, referentes a choques com outros veículos.

Não haverá exclusão da responsabilidade, em virtude de o dano haver ocorrido por culpa do outro envolvido no acidente.

A mesma solução não se há de emprestar quando intervenha um fato inteiramente estranho. É o que sucede havendo, por exemplo, um atentado ou um assalto. O dano deve-se a causa alheia ao transporte em si. Tem-se hipótese que se deve equiparar ao fortuito, excluindo-se a responsabilidade.

Salienta-se que o lançamento de pedras, contra os comboios, ocorre com frequência, criando-se o risco para os passageiros. Daí não se conclui deva responsabilizar-se a empresa. Os assaltos a ônibus também se tornaram relativamente comuns. Nem por isso me parece seja exigível dos transportadores a manutenção de guarda permanente nos veículos de molde a evitá-los. A prevenção de atos dessa natureza cabe à autoridade pública, inexistindo fundamento jurídico para transferi-los a terceiros”.

Destarte, estou em que inexiste a responsabilidade de transportador em ressarcir a recorrente, eis que o ato de terceiro não guardou conexão com o transporte, configurando-se a força maior, excludente da responsabilidade da recorrida.

Isto posto, não conheço do recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.891-0 — SP — (93.0026053-7) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Rectes.: América Latina Companhia de Seguros e outro. Advogados: Cláudio Valheri Lobato e outro. Recda.: Organização Magnata de Transportes Ltda. Advogados: Ernesto Beltrami Filho e outros. Sustentou oralmen-

te, o Dr. Ernesto Beltrami Filho, pela Recorrida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 22.02.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.000-1 -- MS

(Registro nº 93.0026275-0)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Banco Bradesco S/A*

Recorrida: *Vida Natural Medicamentos da Flora Ltda.*

Advogados: *Valter Ribeiro de Araújo e outros, e José Newton da Silva*

EMENTA: Processual Civil. Prazo. Pedido de reconsideração. Agravo.

Pedido de reconsideração não suspende o curso do prazo de agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Votaram com o Relator os Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 22 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Recurso Especial interposto pelo Banco Bradesco S/A contra

VOTO

o v. acórdão da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Entendeu a eg. Turma julgadora que sendo o pedido de reconsideração mera praxe processual, não prevista no Estatuto Processual Civil, não suspende o prazo para interposição de agravo de instrumento e, por este motivo, decidiu não conhecer do agravo interposto fora do prazo previsto no artigo 523, do Código de Processo Civil.

Irresignado, maneja o recorrente recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sustentando negativa de vigência aos arts. 162, §§ 2º e 3º; 504 e 522, do CPC, bem como divergência jurisprudencial.

Alega que ao determinar o registro da penhora no Cartório de Registro de Imóveis o i. magistrado proferiu despacho de mero expediente, do qual não é cabível agravo de instrumento, e que apenas após o pedido de reconsideração é que foi proferida decisão interlocutória ensejadora do recurso. Neste sentido, aduz que o prazo recursal iniciou-se somente após a decisão do pedido de reconsideração, razão pela qual o agravo é tempestivo.

Sem contra-razões, foi o apelo inadmitido na origem, subindo os autos por meio de agravo a que dei provimento para melhor exame.

É o relatório.

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Determinei o seguimento deste recurso especial porque há uma questão interessante a ser apreciada.

Tudo surgiu de decisão do dirigente do processo de execução, a ordenar, de ofício, o registro da penhora visando manter a segurança do juízo expropriatório.

O Banco credor pediu a reconsideração do decisório face achar onerosa a providência, daí aparecendo o indeferimento contra o qual foi manejado agravo de instrumento.

Sustenta o recorrente que a primeira decisão era de mero expediente e somente a segunda tinha caráter interlocutório, porquanto a lide incidental emergiu do pedido de reconsideração.

O Eg. Tribunal **a quo** entendeu, entretanto, não suspender o curso do prazo do agravo o pleito de reconsideração.

E o Presidente da Corte Estadual expôs o seguinte ponto de vista:

“Com a devida vênia, a pretensão não reúne condições para prosperar. Isto porque a argumentação parte de premissa não veraz, qual seja, o fato de ter a decisão que determinou o registro da penhora como despacho de mero expediente, quando na verdade se trata de decisão interlocutória.

Em se considerando que não é da essência do processo executi-

vo o registro da penhora, claro está que qualquer determinação judicial nesse sentido possui um nítido caráter de decisão interlocutória, passível, desde logo, de ser atacada por via de agravo de instrumento. E tanto a decisão não era ordinatória que o recorrente, desde a prolação com ela não se conformou. Entendeu que a mesma lhe trazia gravame, o que, via de regra, não ocorre na hipótese de despachos de mero expediente, como se pode notar na própria literalidade do termo. No entanto, ao apresentar um singelo pedido de reconsideração, que não é providência prevista no Código de Processo Civil, deixou escoar o prazo para o recurso cabível, o que levou ao não-conhecimento da súplica contra a decisão proferida quando da resposta judicial ao pedido de reconsideração." (fls. 72/73)

De fato, não há diferença quanto ao conceito da primeira e da última decisão do juízo monocrático.

Ambas causaram gravame à parte e assim desde a ordem inicial o interessado deveria ter-se utiliza-

do do meio processual cabível para provocar o reexame da questão. Não o fazendo, deixou ocorrer a preclusão, uma vez que, na verdade, pedido de reconsideração não suspende prazo processual.

Diante do acerto da decisão recorrida, e da ausência de comprovação do dissídio, não conheço do recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.000-1 — MS — (93.0026275-0) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Banco Bradesco S/A. Advogados: Valter Ribeiro de Araújo e outros. Recda.: Vida Natural Medicamentos da Flora Ltda. Advogado: José Newton da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 22.02.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.029-0 — RJ (Registro nº 93.0026385-4)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Município do Rio de Janeiro*

Recorridos: *Fragoso Pires Comércio e Indústria S/A e outros*

Advogados: *Drs. Luis Cesar Souza de Queiroz e outros, e Suzel W. A. Matos Rosman e outros*

EMENTA: *Tributário. Ação anulatória de crédito fiscal procedente. Depósito suspensivo da exigibilidade do crédito. Juros de mora de 12% ao ano indevidos.*

Julgada procedente a ação de anulação de crédito tributário, não está o fisco obrigado, frente ao contribuinte autor da demanda, ao pagamento de juros de mora de 12% ao ano, ainda que tenha sido efetuado depósito em juízo para suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 13 de abril de 1994 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Os recorridos ingressaram com uma ação com o objetivo de anular parte do crédito tributário cobrado pelo recorrente, tendo sido efetuado depósito integral do crédito tributário, com o objetivo de

suspender a sua exigibilidade, sendo julgada procedente em primeira instância.

As partes apelaram, tendo o eg. Tribunal **a quo** negado provimento ao recurso do Município e provido o dos particulares, apenas para condenar o ora recorrente no pagamento de juros de mora de 12% ao ano sobre a importância depositada a maior, tendo em conta: **a**) reciprocidade de tratamento (art. 161, § 1º, CTN); **b**) art. 293, CPC; e, **c**) aplicação ampliativa da Súmula nº 46 TFR.

Daí o recurso especial em exame lançado com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, por alegada ofensa ao art. 161, § 1º, CTN e ao art. 293, CPC, bem como divergência pretoriana.

Respondido tempestivamente, o recurso foi inadmitido, do que foi agitado agravo de instrumento a que dei provimento para melhor exame.

Dispensei o pronunciamento da douda Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Conheço do recurso por estarem presentes os requisitos de sua admissibilidade.

O r. aresto hostilizado, em ação anulatória parcial de crédito fiscal, confirmou **decisum** monocrático que julgou procedente a ação, e além do mais condenou o recorrente no pagamento de juros de mora de 12% ao ano sobre a quantia que fora depositada para exigir o crédito tributário cuja anulação foi decretada.

E o fez, tendo em conta: a) reciprocidade de tratamento (art. 161, § 1º, CTN); b) art. 293, CPC; e c) aplicação ampliativa da Súmula nº 46, TFR.

Com razão o recorrente.

O v. acórdão guerreado tratou o caso como se cuidasse de ação de repetição de indébito. Se dela se cogitasse, sem dúvida que a solução encontrada teria sido a mais adequada.

No caso em tablado, contudo, não se pode falar que o recorrente tenha incorrido em mora, para que fosse penalizado com o pagamento dos juros de que se fala.

Mora é o retardamento na execução da obrigação e os juros moratórios são devidos como indenização pelo retardamento no pagamento da dívida.

É certo que o contribuinte em mora é devedor do fisco de juros de

mora de 1% ao mês (art. 161, § 1º, CTN). Por essa razão, na repetição do indébito, tendo em conta a igualdade de tratamento que se deve dispensar às partes, tem-se feito incidir os mesmos juros de 1% ao mês, quando da devolução da quantia indevidamente recebida.

A hipótese, contudo, é outra, pois que de simples ação anulatória do débito fiscal, vale dizer, o fisco não vai devolver nenhuma importância ao contribuinte, pois dele nada recebeu.

Por outro lado, evidente que a correção monetária incidirá sobre a quantia depositada, mesmo nos casos (como o presente) de depósito para suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas aí é porque essa parcela não importa em nenhuma penalização, em nenhum acréscimo, senão em mera manutenção do valor aquisitivo da moeda.

Demais disso, é de ser observado que a condenação dos referidos juros decorreu de pedido formulado apenas na apelação, sendo os mesmos concedidos em face do que decorreria do disposto no art. 293, segundo o qual "*os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais*".

Quer isso dizer que se tem por implicitamente formulado o pedido de condenação de juros, como decorrência ou acessório do principal,

quando este importar em condenação em dinheiro.

O principal, na hipótese, foi a anulação parcial do crédito fiscal, não havendo na hipótese, repito, nenhuma postulação para que seja devolvida importância anteriormente recebida, nem assim se reclama nenhum pagamento a ser efetuado pelo recorrente.

Com efeito, essa regra não tem nenhuma incidência no caso em tela. Destarte, também por isso — isto é, porque o pedido só surgiu na apelação, importando em indevida inovação — não são devidos os juros ali referenciados.

Diante de tais pressupostos, dou provimento ao recurso, para desobrigar o recorrente do pagamento aos recorridos dos juros de mora consignados no r. aresto objurgado.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.029-0 — RJ — (93.0026385-4) — Relator: O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Recte.: Município do Rio de Janeiro. Advogados: Luis Cesar Souza de Queiroz e outros. Recdos.: Fragoso Pires Comércio e Indústria S/A e outros. Advogados: Suzel W. A. Mattos Rosman e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 13.04.94 — 1ª Turma).

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.424-4 — SP

(Registro nº 93.0027766-9)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Bamerindus — Companhia de Seguros*

Recorridos: *Condomínio Edifício Solar das Palmas e Itaú Seguros S/A*

Advogados: *Drs. Pedro Manfrinato Ridal e outros, Wanderley dos Santos Roberto e outro, e Gerbeil de Andrade Luz e outros*

EMENTA: *Condomínio — Furto de veículo estacionado na garagem.*

O condomínio só terá o dever de indenizar caso resulte demonstrado que, explícita ou implicitamente, obrigou-se a propiciar se-

gurança, responsabilizando-se por falhas quanto a isso. O simples fato de manter um garagista não conduz necessariamente à conclusão de que deva ser civilmente responsável por danos ocasionados nos veículos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 07 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Bamerindus — Companhia de Seguros interpôs recurso especial, visando a desconstituir decisão que negou provimento à apelação interposta na ação regressiva que ajuizou contra Condomínio Edifício Solar das Palmas, controvertendo sobre a responsabilidade do réu, em virtude do furto de veículo no estacionamento do prédio.

Sustentou que desatendido o disposto nos arts. 2º, § 1º e 22, § 1º, alí-

nea b da Lei 4.591/64, e divergência jurisprudencial. Argumentou que indiscutível a responsabilidade do recorrido, em relação aos veículos estacionados em área que administra, dado que firmara contrato de seguro e mantinha empregados, para a guarda dos mesmos, ausentes na ocasião do furto.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Este Tribunal por suas Terceira e Quarta Turmas, vem reiteradamente decidindo que o condomínio será responsável por indenizar dano, resultante de furto de veículos em garagem do prédio, quando haja, explícita ou implicitamente, assumido o dever de vigilância. Assim, nos Recursos Especiais 9.191, rel. Barros Monteiro, DJ 30/09/91, 32.313, rel. Barros Monteiro, DJ 31/05/93, 31.541, rel. Cláudio Santos, DJ 21/06/93 e 37.098, rel. Costa Leite, DJ 25/10/93.

Mesmo no acórdão citado no especial — REsp 20.303 — não se consagrou tese diversa. Note-se, de início, que nesse julgado foi negada a responsabilidade do condomínio, havendo o eminente Relator, Minis-

tro Sálvio de Figueiredo, salientado, com muita propriedade:

“Em síntese, o que impede considerar é que o condomínio possui vontade própria emanada da vontade majoritária dos moradores. A estes, em última análise, cabe avaliar até que ponto pretendem responsabilizar o condomínio pela guarda de seus bens particulares e até que ponto desejam que tal responsabilidade corra por conta e risco das pessoas físicas que o compõem”.

Esse, a meu sentir, o ponto básico. Os condôminos são livres de estabelecer o que mais lhes convier. Podem convencionar que o condomínio responda por qualquer dano infringido a condômino, nas dependências do prédio. Lícito também assim não pactuar. O síndico, já se salientou mais de uma vez, deve prover segurança nos termos das deliberações dos condôminos. No exame do caso concreto, por conseguinte, há que verificar se tiveram ou não o propósito de avençar ficasse o condomínio com o dever de vigilância, de tal modo que faltando essa, se pudesse concluir por sua obrigação de indenizar. Nem será do fato de existir um porteiro ou garagista que se haverá de concluir, necessariamente, pela assunção do dever de propiciar segurança completa.

Ponderei, em outra oportunidade, que não se haverá de ampliar a responsabilidade dos interessados além do que possa resultar do exame de

suas deliberações. Ademais de faltar, para isso, qualquer fundamento jurídico, poderia conduzir a resultados indesejáveis. Assim exprimi meu pensamento:

“No caso, ocorreria uma socialização forçada dos riscos. É como se os condôminos fossem seguradores uns dos outros, ainda que forçados, porque isso não convencionaram. Essa socialização dos riscos é injusta, pois responde pelo risco também aquele que eventualmente não tenha automóvel. O que for proprietário de um veículo modestíssimo responderá pelo furto de outro, valioso, sem que nada tenha sido convencionado nesse sentido”.

Procedendo agora a exame da jurisprudência do Tribunal, encontrei voto do eminente Ministro Athos Carneiro em que o mesmo ponto é realçado:

“Posso imaginar a hipótese, por exemplo, de um prédio em que haja condôminos de mais posses que os outros. Se algum dos mais abastados resolve comprar um automóvel estrangeiro de alto custo, e o mesmo é furto, todos os condôminos ficariam pessoalmente responsáveis por fato do qual não lhes caberia a mínima culpa, arcando com despesas desproporcionais.”

Considero, pois, que o entendimento tendente a alargar a respon-

sabilidade do condomínio, não só carece de base jurídica, como envolve conseqüências que de nenhum modo o fazem recomendável.

No caso em julgamento, examinando os elementos fáticos, o Egrégio Tribunal concluiu não ter havido assunção de responsabilidade. E como essa também não resulta diretamente da lei, o veredicto não poderia ser outro.

Conheço do recurso, pela letra c, mas nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.424-4 — SP — (93.0027766-9) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Bamerindus — Companhia de Seguros. Advogados: Pedro Manfrinato Ridal e outros. Recdo.: Condomínio Edifício Solar das Palmas. Advogados: Wanderley dos Santos Roberto e outro. Recdo.: Itaú Seguros S/A. Advogados: Gerbeil de Andrade Luz e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso especial, mas lhe negando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Aguardam os Srs. Ministros Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves (em 01.03.94 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Solicitei vista dos autos

porque pendente de vista o REsp nº 41.775, de que relator o Senhor *Ministro Nilson Naves* cujo voto profere nesta data.

A hipótese destes autos é sumariada assim pelo eminente relator Senhor Ministro **Eduardo Ribeiro**

“Condomínio — Furto de veículo estacionado na garagem.

O condomínio só terá o dever de indenizar caso resulte demonstrado que, explícita ou implicitamente, obrigou-se a propiciar segurança, responsabilizando-se por falhas quanto a isso. O simples fato de manter um garagista não conduz necessariamente à conclusão de que deva ser civilmente responsável por danos ocasionados nos veículos.”

No que diz com a tese tenho ponto de vista divergente manifestado em vários precedentes e que sintetizei no voto-vista aludido no REsp nº 41.775, cujo trecho peço vênia para transcrever:

“Assim como o Senhor Ministro Nilson Naves e na esteira de inúmeros precedentes de que fui relator, citados no acórdão paradigma excludo de logo a responsabilidade do condomínio quando existente cláusula de não indenizar. E, por isso peço licença ao eminente Ministro Eduardo Ribeiro para não acompanhar na integralidade seu erudito voto e os arestos ali referidos, ao que entendi, no ponto em que se inverte aquela posição. Isto é ine-

xistindo cláusula expressa na convenção que admita tal responsabilidade, entender-se-á indevida. Tenho como regra o oposto, como já demonstrado em precedentes julgados com âncora na doutrina, dentre outros, de **Caio Mário da Silva Pereira, Nascimento Franco e Niskke Gondo**, cuidar-se de obrigação legal ou institucional do síndico e seus prepostos, a quem na qualidade de representante e administrador da coisa comum compete exercer a administração interna da edificação no que respeita à *vigilância*, moralidade e *segurança* (art. 22, § 1º, *b*, da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964), donde, seu descumprimento, por ação ou omissão, importa responsabilidade do Condomínio.”

O Acórdão recorrido caminha na mesma orientação adotada pelo Senhor Ministro **Eduardo Ribeiro**, para confirmar a sentença. Nesta, contudo, está expresso (fls. 119):

“Cabia-lhe, portanto, provar a culpa do condomínio e demonstrar que o segundo foi diligente ao estacionar o veículo na garagem do condomínio. Não provada a culpa em nenhuma das modalidades a ação improcede.”

Evidenciada pois a inexistência de culpa do condomínio, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator por sua conclusão.

Conheço do recurso pela letra *c*, mas nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.424-4 — SP — (93.0027766-9) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Bamerindus — Companhia de Seguros. Advogados: Pedro Manfrinato Ridal e outros. Recdo.: Condomínio Edifício Solar das Palmas. Advogados: Wanderley dos Santos Roberto e outro. Recdo.: Itaú Seguros S/A. Advogados: Gerbeil de Andrade Luz e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, mas lhe negou provimento (em 07.06.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **EDUARDO RIBEIRO**.

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrentes: *Maria Helena Crisóstomo Silva e outro*

Recorrida: *Mirna Buchvieser Ltda.*

Advogados: *Drs. Nelson Santos Peixoto e João Sorbello e outros*

EMENTA: *Rol de testemunhas. Oferecimento tempestivo, considerada, porém, dispensável a prova.*

Fundamento novo deduzido pela Segunda Instância, que não vem a ser atacado pelos recorrentes.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 14 de dezembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: "Mirna Buchvieser Ltda."

ajuizou ação ordinária de indenização contra Maria Helena Crisóstomo Silva, como pessoa física e firma individual; e Isildo Abel Raimundo, em virtude de concorrência desleal com o desvio de clientela e venda de produtos confeccionados pela autora para clientes próprios a preço menor, quando a co-ré ainda trabalhava na empresa demandante, sendo auxiliada pelo co-réu, que armazenava as mercadorias e facultava o uso de seu telefone.

Saneado o feito e realizada a prova pericial, o Dr. Juiz de Direito designou a audiência de instrução e julgamento para o dia 28.4.92, determinando a apresentação do rol de testemunhas em cinco dias.

A 15.4.92 os réus protocolizaram o rol de suas testemunhas, mas o MM. Juiz de Direito houve por bem indeferir o pedido, por extemporâneo (fls. 492). Daí o agravo retido

de fls. 504/506, interposto pelos réus sob o fundamento de que o rol fora oferecido em tempo hábil, antes dos cinco dias previstos no art. 407 do CPC.

Julgada improcedente a ação, a autora apelou, tendo os réus em contra-razões reiterado o agravo retido. A Eg. Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao mencionado agravo e deu provimento, em parte, ao apelo para julgar parcialmente procedente a pretensão inicial, condenados os réus ao pagamento da soma dos pedidos atendidos pela corré, reduzido o montante assim apurado em 50%. Tocante ao agravo retido, assentou que o rol fora apresentado tempestivamente; todavia — anotou o julgado — a prova oral pretendida era desnecessária e irrelevante, pois a matéria a ser apreciada já se encontrava comprovada nos autos, notadamente pela prova técnica.

Rejeitados os declaratórios, os réus manejaram este recurso especial com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando ofensa aos arts. 243 e 407 do CPC e 145 do Código Civil, sem indicar, de outro lado, qualquer aresto como divergente. Apontaram os recorrentes cerceamento de defesa, eis que, designada a audiência, nela foram inquiridas testemunhas arroladas pela autora, não se dando o mesmo com as suas testemunhas.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido pela letra **a**.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): O Acórdão recorrido reconhece que o rol de testemunhas aforado pelos réus deu entrada em Juízo tempestivamente, a ponto tal de haver o voto vencedor, da lavra do ilustre Desembargador Fonseca Tavares, censurado o proceder da Magistrada de 1º grau, que computara o prazo correspondente a contar de seu despacho que designara a audiência e não regressivamente, como exige a lei (art. 407 do CPC).

Só que o julgado aduziu um outro motivo para não acatar o pedido de inquirição das mesmas testemunhas: a sua total irrelevância, não só em face da prova técnica produzida (voto condutor do Acórdão — fls. 560), mas também diante da circunstância de que os fatos alegados eram perfeitamente comprováveis através de perícia e documentos (voto vencedor declarado — fls. 564).

Ora, este fundamento novo acrescentado pelo **decisum** recorrido não foi impugnado pelos recorrentes, que, a rigor, se cingiram a dar como afrontado o art. 407 da lei processual civil. A violação invocada deste preceito legal, todavia, não era suscetível de concretizar-se, pois o decisório admitira a oferta em tempo hábil do rol de testemunhas.

Segundo o estatuído no art. 400 do CPC, “a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O Juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre os fatos:

I — já provados por documento ou confissão da parte;

II — que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”.

Assim, o Eg. Tribunal a quo, ainda que de modo inverso, ou seja, depois de já coletadas as povas pericial e documental, aplicou o supra-mencionado dispositivo legal.

Sem que se diga que o tenha feito acertadamente, o que sobreleva aqui é que os recorrentes não profli-garam de modo específico este entendimento manifestado pela C. Câmara, que destarte, à falta de devida impugnação, permanece incólume. Pouco importa a alusão que tenham eles feito à ausência de pre-juízo material por parte da autora, assertiva que envolve, por sinal, reexame de matéria probatória, vedada no âmbito angusto do recurso especial (Súmula nº 07-STJ).

Como se vê, a verdadeira questão de direito a florada com o Acórdão recorrido, pertinente ao indeferimento da inquirição das testemunhas por ser despicienda a prova, não chegou a ser aventada no apelo extremo.

Daí a sua inadmissibilidade no caso, por inoccorrência de vulneração do art. 4º do Código de Processo Civil, acima referido, e dos arts. 145

do CC e 243 do CPC, nomeados pelos ora recorrentes apenas de passagem, os quais, diga-se, nenhuma vinculação ostentam com a espécie em debate. Quanto ao dissídio pretoriano, não cuidaram os réus-recorrentes de colacionar algum aresto suscetível de confrontação.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.427-9 — SP — (93.0027769-3) — Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. Rectes.: Maria Helena Crisóstomo Silva e outro. Advogado: Nelson Santos Peixoto. Recda.: Mirna Buchvieser Ltda. Advogados: João Sorbello e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 14.12.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.926-2 — SP

(Registro nº 93.0029383-4)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Adilson Benedito Maluf*

Recorridos: *José Mário Caputo, Município de Piracicaba e Gaúcho Indústria de Painéis Publicitários Ltda.*

Advogados: *Drs. Victor Hugo Diniz da Silva e outros, Adalberto Carlos Machado, Oswaldo da Silva Cardoso e outros, e Ovídio Satolo e outros*

EMENTA: Processual Civil. Litisconsórcio. Art. 191 CPC. Advogados distintos. Prazo em dobro. Litisconsorte aparentemente não sucumbente.

Só depois do trânsito em julgado da sentença que afastou o litisconsorte, é que o litisconsórcio restará desfeito, cessando assim, a partir desse momento, a aplicação da regra benévola do art. 191 do CPC, que concede prazo em dobro para os litisconsortes que forem patrocinados por advogados diferentes.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Brasília, 13 de abril de 1994 (data do julgamento).

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

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Em sede de ação popular, figuravam no pólo passivo o recorrente e a empresa Gaúcho Indústria Painéis Publicitários, patrocinados por distintos profissionais.

A douta sentença monocrática julgou procedente a ação, decretando a invalidade do ato impugnado, condenando o recorrido, afirmando descaber “a responsabilização da outra acionada” (fls. 167).

O recorrente apelou no prazo de trinta dias, invocando o disposto no art. 191 do Código de Processo Civil, por terem os litisconsortes advogados distintos, tendo sido a mesma

recebida, contra o que foi lançado agravo de instrumento ao argumento de que não havia litisconsorte, e, portanto, o prazo seria simples; como decorrência, a apelação seria intempestiva.

Mantido o despacho agravado, o eg. Tribunal de Justiça deu pela intempestividade do apelo visto que, afastada a litisconsorte do pólo passivo da demanda, só restara um réu, no caso, o ora recorrente.

Daí o presente recurso especial lançado com fincas nas letras **a** e **c** do permissivo, por alegada violação ao art. 191 do Código de Processo Civil e divergência pretoriana, que procura demonstrar com indicativo, apenas, de repositórios onde estariam contidas decisões em sentido diverso à ora atacada.

Sem resposta, o recurso foi recebido apenas pela letra **a**.

Dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Não conheço do recurso pela alínea **c**, pois deficiente a demonstração da divergência, visto que o recorrente apenas refere-se a repositório oficial onde alegadamente haveria decisões que serviriam para configurar o confronto. Não cuidou, sequer, de reproduzir ementa nem trecho algum de acórdão.

Mas conheço-a pela letra **a**.

Pontifica o art. 191 do Código de Processo Civil, **verbis**:

“Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”.

Infere-se de sua simples leitura que, havendo litisconsortes, o prazo para interpor o recurso apelatório será de trinta dias, prazo dentro do qual foi lançada a apelação do recorrente.

É certo que a sentença de primeiro grau afirmou descaber a responsabilização do litisconsorte pessoa jurídica, com isso afastando a possibilidade de sua condenação.

Todavia, dessa sentença, esse litisconsorte não sucumbente poderia, em tese, por alguma outra razão, querer recorrer, como, apenas por exemplo, por não ter o **decisum** julgado a lide temerária, nem condenado o autor ao pagamento do décuplo das custas (art. 13, Lei da Ação Popular).

O fato é que, pelo menos em tese — repito — tinha o litisconsorte não sucumbente legitimidade e interesse para recorrer, mesmo que depois pudesse ser verificado que ele não reunia essas duas necessárias condições para lançar a sua irrisignação.

Ademais, só depois do trânsito em julgado da sentença que afastou

o litisconsorte, é que o litisconsórcio estará desfeito, cessando, assim, a partir desse momento, a aplicação da regra benévola do art. 191 do CPC que concede prazo em dobro para os litisconsortes que forem patrocinados por advogados diferentes.

Diante de tais pressupostos, dou provimento ao recurso, determinando o retorno dos autos ao eg. Tribunal **a quo** a fim de que prossiga no julgamento, afastado o óbice da intempestividade.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.926-2 — SP — (93.0029383-4) — Relator: O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Recte.: Adilson Benedito Maluf. Advogados:

Victor Hugo Diniz da Silva e outros. Recdo.: José Mário Caputo. Advogado: Adalberto Carlos Machado. Recdo.: Município de Piracicaba. Advogados: Oswaldo da Silva Cardoso e outros. Recdo.: Gaúcho Indústria de Painéis Publicitários Ltda. Advogados: Ovídio Satolo e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 13.04.94 — 1ª Turma).

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.185-2 — MG (Registro nº 93.0030237-0)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Banco do Brasil S.A.*

Recorrida: *Cojan Engenharia S.A.*

Advogados: *Lincoln de Souza Chaves e outros, e Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho e outro*

EMENTA: *Título de crédito. Duplicata. Legitimidade para recorrer. Art. 499, CPC.*

Há que se considerar como terceiro prejudicado o endossatário de título de crédito, na espécie duplicata, para o fim de legitimar o direito de recorrer de decisão que ameace crédito seu representado pela cártula comercial. Na hipótese, tem o endossatário, embora não tendo figurado como parte em ação anulatória de duplicata, inequívoco interesse jurídico a legitimar seu apelo.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Costa Leite, Nilson Naves e Waldemar Zveiter. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Eduardo Ribeiro.

Brasília, 24 de fevereiro de 1994
(data de julgamento).

Ministro WALDEMAR ZVEITER,
Presidente. Ministro CLÁUDIO
SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: O despacho de admissibilidade do presente apelo assim sintetiza a questão debatida nos autos:

“Cuida-se de recurso especial oferecido por Banco do Brasil S.A. contra acórdão proferido pela egrégia Quinta Câmara Cível deste Tribunal, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição da República.

O aresto hostilizado manteve, por maioria de votos, decisão interlocutória de primeiro grau, que inadmitira recurso de apelação interposto pelo recorrente, eis que o mesmo não fora parte na ação originalmente ajuizada.

Entendeu a Turma Julgadora que “(...) a ação foi proposta apenas contra Indústria de Metais Vulcânia S/A e não contra o agravante, pelo que não lhe assistia mesmo direito à apelação.” (fls. 51) e mais que “Nem por isso fica violado o direito do agravante, que poderá pleitear a cobrança do valor do desconto da Indústria de Metais Vulcânia S/A, por ação própria, como bem aduziu a sentença, que dirimiu a ação anulatória.” (fls. 52).

Insurge-se o recorrente contra tal entendimento, alegando ter havido ofensa ao art. 499, caput, e § 1º, do Código de Processo Civil.

Citando o voto minoritário que lhe fora favorável, argumenta o peticionário que a decisão lhe é prejudicial, pois que lhe retira o “direito de utilizar a via executiva para reaver seu crédito.” (fls. 58).

Assevera que sua condição de terceiro interessado no processo legitima sua intervenção no mesmo por via do recurso inacolhido em primeira instância.

Com efeito, a argumentação recursal trouxe razoável dúvida sobre a incidência ou não das normas que invoca.

O recorrente, se não demonstrou à saciedade a incidência dos permissivos constitucionais do recurso especial, pelo menos conseguiu trazer à discussão a possibilidade de que isso tenha ocorrido, **in casu**.

Ademais, conforme pontifica o em. Min. **Sálvio de Figueiredo**, “fundando-se o recurso nas alíneas **a e c** do art. 105, III, da Constituição, em torno de teses jurídicas inegavelmente polêmicas nos pretórios estaduais, e não tendo ainda esta jovem Corte se pronunciado na matéria, quer-me parecer que não se deve pautar com rigidez na apreciação do seu cabimento, dada a missão constitucional atribuída a este Tribunal de fiel guardião do direito federal, assegurando-lhe a inteireza e a uniformidade de interpretação.” (REsp nº 6.589-MG), ementa publicada no DJU de 19.08.91).

Diante dessa situação, é recomendável que se requeira elevada apreciação do Superior Tribunal de Justiça, árbitro maior das controvérsias sobre aplicabilidade de normas infraconstitucionais.

Admito, pois, o recurso, determinando a sua remessa imediata àquela Corte Superior.” (fls. 70/71).

Contra-razões apresentadas às fls. 63/68.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Cinge-se a controvérsia dos autos em saber se o ora recorrente pode ser considerado

terceiro prejudicado, nos termos do art. 499 do CPC, de modo a legitimar o direito do mesmo de interpor recurso de apelação objetivando resguardar seu direito de regresso em relação à endossante, que figura como ré na ação de anulação de duplicata.

Restou decidido no v. acórdão obargado que “Terceiro prejudicado é o que sofre um prejuízo de direito, um prejuízo jurídico, e não um prejuízo de fato e, no presente caso, não houve prejuízo jurídico para o agravante, quando a própria decisão agravada lhe reservou o direito de pleitear o direito de reembolso do valor descontado pela via própria.

O que não me parece jurídico é o que pretende o agravante: que a sentença lhe garanta o direito de regresso contra a Indústria de Metais Vulcânia S/A, quando a sentença, dando pela procedência da anulatória da duplicata, por falta de **causa debendi**, fez desaparecer a natureza cambial da duplicata, desaparecendo com ela a própria força cambial do endosso, em branco ou em preto, que nela constasse.

Nem por isso fica violado o direito do agravante, que poderá pleitear a cobrança do valor do desconto da Indústria de Metais Vulcânia S/A, por ação própria, como bem aduziu a sentença, que dirimiu a ação anulatória.” (fls. 51/52).

Não comungo da orientação adotada pelo acórdão recorrido. Com efeito, entendo que o banco recorrente tem legitimação para recorrer

como terceiro prejudicado, eis que indubitavelmente presente está o seu interesse jurídico na reforma da decisão impugnada, configurado na possibilidade de utilizar o recorrente a via executiva para reaver valores descontados por Indústria de Metais Vulcânia S/A.

Tenho, pois, como comprovada a existência de nexo de interdependência entre seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial a ensejar a qualificação do recorrente como terceiro prejudicado.

Dissertando sobre o interesse em recorrer, **Barbosa Moreira** explica que a “Noção de interesse, no processo, repousa sempre, ao nosso ver, no binômio utilidade + necessidade: utilidade da providência judicial pleiteada, necessidade da via que se escolhe para obter essa providência. O interesse em recorrer, assim, resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem”.

Prossegue o ilustre processualista asseverando que “do mesmo modo que o interesse em agir, como condição de legítimo exercício da ação, se liga à ocorrência de uma situação em que para alguém se torna necessário ingressar em juízo,

por não haver outro remédio eficaz para a (suposta) lesão ao seu (alegado) direito, assim também o interesse em recorrer, como requisito da admissibilidade do recurso, pressupõe a necessidade deste para o atingimento do resultado prático que o recorrente tem em vista.” (In comentários ao CPC, vol. V, Forense).

Considera ainda, acerca da relevância do princípio da necessidade, que a idéia que nos há de orientar na pesquisa é a de que não se deve admitir o recurso senão quando a interposição dele seja o único remédio capaz de ministrar garantia plena contra o ato judicial. Desde que por via mais simples, sem qualquer gravame, pudesse o recorrente obter total proteção, deixa o recurso de ser necessário e, por conseguinte, falta o interesse em recorrer.

Diante da abalizada lição da doutrina entendo que, na espécie, configurado está o interesse de intervir do Banco do Brasil, eis que inegavelmente houve prejuízo jurídico, na medida em que seu pleito quanto ao resguardo do direito de regresso foi desacolhido.

Ademais, é de se frisar que o endossatário resguardou seus direitos, no momento próprio e utilizando-se dos meios processuais adequados (protesto da duplicata no prazo legal) quando seu título de crédito sofria a agressão da ação anulatória.

Por tal, considero que o não reconhecimento da qualidade de terceiro prejudicado do ora recorrente, ensejando a decretação de sua ilegitimidade para recorrer, constitui

verdadeiro gravame ao direito do recorrente, eis que inviabilizou a ação executiva destinada a obter o ressarcimento do valor descontado pelo sacador.

Assim sendo, tenho como evidente o prejuízo jurídico sofrido pelo recorrente, motivo por que conheço do recurso e dou-lhe provimento, para reformar o decisório atacado, ensejando o conhecimento da apelação interposta pelo recorrente.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.185-2 — MG — (93.0030237-0) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Cláudio Santos. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Lincoln de Souza Chaves e outros. Recda.: Cojan Engenharia S/A. Advogados: Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 24.02.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves e Waldemar Zveiter.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WALDEMAR ZVEITER.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.210-7 — RJ

(Registro nº 93.0030339-2)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Recorrente: *Luiz Cosme Ferreira*

Advogado: *Luiz Eduardo Peregrino Fontenelle*

Recorrido: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogado: *Hélio Rosalvo dos Santos*

EMENTA: *Processual Civil e acidente do trabalho. Extinção do processo. Intimação pessoal.*

1. É indispensável a intimação pessoal, se é a parte que deve ser submetida à perícia, não valendo a que foi realizada pelo Diário Oficial na pessoa do advogado.

2. O Juiz não pode, de ofício, extinguir o processo nas hipóteses previstas no inciso III do artigo 267 do Código de Processo Civil sem que a parte seja intimada pessoalmente.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Brasília, 21 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Interpõe recurso especial, pelas alíneas a e c do permissivo constitucional, *Luiz Cosme Ferreira*, irrisignado porque a ação de acidente do trabalho que movera contra o Instituto Nacional do Seguro Social foi julgada improcedente em primeiro grau, tendo em vista a sua ausência à perícia designada. Entendeu o MM. Juiz de Direito inexigível a intimação pessoal do autor-recorrente e incomprovada a seqüela indenizável.

O eg. Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, examinando a questão em embargos declaratórios, manteve a sentença de primeiro grau, argumentando que não se pode obrigar o autor a realizar a perícia, necessária à demonstração da causa de pedir (fls. 46/47).

Alega o recorrente violação aos artigos 267, § 1º, 234 e 238 do CPC, posto que antes de julgar o feito deveria o autor ter sido intimado pessoalmente para que comparecesse à perícia, não sendo suficiente a intimação do seu advogado através da imprensa. Indica como paradigmas julgados do extinto Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo e também desta Corte (fls. 49/52).

Não houve contra-razões (fl. 60) e o especial foi admitido (fls. 66/67).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): O mandado que se encontra na fl. 16 apenas consigna a citação do Procurador do INSS. Não registra haver sido dado ciência ao advogado do autor para a realização da perícia e a audiência de instrução e julgamento.

A intimação da parte não pode ser efetuada na pessoa do advogado por ela constituído. A perícia a ser realizada é no autor da ação acidentária. Trata-se de ato pessoal não delegável.

De outro modo, não se extingue processo nas hipóteses previstas no inciso III do artigo 267 do Código de Processo Civil sem, preliminarmente, ser intimada a parte pessoalmente, de acordo com o disposto no § 1º do mesmo dispositivo legal.

O saudoso Ministro **Geraldo Sobral**, em hipótese absolutamente idêntica e, também do Tribunal de

Alçada Civil do Rio de Janeiro, assim ementou o julgamento:

“Processual. Perícia. Inexistência de intimação pessoal da parte. Negativa de vigência ao art. 267, § 1º do CPC.

I — Face à clareza do que dispõe o art. 267, III, e § 1º do CPC, e ainda considerada a condição pobre do obreiro que seria submetido à perícia, não tendo sido ele intimado pessoalmente, houve negativa de vigência ao indigitado dispositivo legal.

II — Recurso provido.” (REsp 1.490/RJ, DJU 25.03.91)

No mesmo sentido: REsp nº 3.744-RJ, Rel. Min. **Vicente Cernicchiaro**, DJU de 10.09.90, p. 9.119 e REsp nº 2.884-RJ, Rel. Min. **Garcia Vieira**, DJU de 07.11.90.

Por fim, não se trata de obrigar a parte para comparecer à perícia, mas de intimá-la para esse ato.

Derradeiramente, não tenho como vulnerados os artigos 131 e 458, II, do C.P.C.

Conheço do recurso especial e lhedou provimento cassando o acórdão recorrido, determinando que a diligência se faça com a intimação pessoal da parte, proferindo-se outro julgamento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.210-7 — RJ — (93.0030339-2) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Recte.: Luiz Cosme Ferreira. Advogado: Luiz Eduardo Peregrino Fontenelle. Recdo.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogado: Hélio Rosalvo dos Santos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Min. Relator (em 21.02.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Dantas, Flaquer Scartezini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.229-8 — SP

(Registro nº 93.0030411-9)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Ferrovia Paulista S/A — FEPASA*

Recorridos: *Leonel Adhemar Hase e cônjuge*

Advogados: *Drs. Carlos Eduardo Cavallaro e outros, Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista e outros*

EMENTA: Desapropriação indireta — Direito de ação — Prescrição — Coisa julgada — Juros Compensatórios e moratórios — Cumulatividade — Inocorrência do Anatocismo — Artigo 177, Código Civil — Artigo 467, CPC — Súmulas 12 e 69-STJ — Súmula 74-TFR.

1. A chamada desapropriação indireta, afetando o domínio privado, quanto à sua natureza jurídica, é ação real, albergada pelo prazo prescricional vintenário. Prescrição afastada.

2. Os *juros compensatórios* servem para compensar a desapropriação material, causadora de dano à propriedade, recomposição patrimonial que homenageia o princípio constitucional da justa e ampla reparação, conseqüente ao injusto desapossamento, estabelecendo o equilíbrio entre a situação econômica anterior e a posterior. Compondo e integrando a própria indenização, incluem-se, implícita ou explicitamente, como objeto da causa petendi da ação expropriatória, não comportando restritiva interpretação do pedido indenizatório.

3. Na desapropriação indireta os juros compensatórios são devidos, desde a imissão na posse, contados sobre o valor simples da indenização (valor do laudo) e, a partir dessa avaliação, considerando-se o correspondente valor corrigido monetariamente, cálculos que não constituem o anatocismo (Súmulas 12 e 69-STJ — e 74-TFR).

4. Precedentes jurisprudenciais.

5. Recurso parcialmente provido somente para delinear a incidência e contagem dos juros compensatórios.

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, dar 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. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Garcia

Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Brasília, 02 de maio de 1994 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: a *FEPASA* — *Ferrovia*

Paulista S.A., com base no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, interpôs o presente Recurso Especial, impugnando o v. aresto do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em Ação de Desapropriação, assim concluiu:

“No que tange à preliminar de prescrição, tem liberal jurisprudência pátria ensinado que, embora tratando-se de ação sucedânea da reivindicatória, apresenta a de indenização por apossamento administrativo seu lapso extintivo, entretanto, balizado pelo prazo máximo da prescrição aquisitiva, pelo simples fato de que, enquanto não usucapido o bem em poder do atual possuidor, tem seu proprietário ação para reivindicá-lo. E os juros compensatórios são acissionais a tal indenização, pelo que a ação que os tem por objeto precípua deve receber igual tratamento.

Assim, rejeita-se tal preliminar.

Melhor sorte não se reserva à preliminar de coisa julgada, atinentemente aos juros compensatórios, porquanto, exatamente por não terem sido pleiteados tais acessórios juntamente com o principal, é que são aqui exorados, a salvo de tal empecilho legal.

Desacolhe-se, **ipso facto**, tal preliminar.

Agora, conducentemente aos juros moratórios, embora estri-

bados no art. 293 do CPC, não poderiam ter sido pleiteados nem concedidos da maneira por que o foram, isto é “incidindo sobre o valor da indenização corrigida, mais os juros compensatórios”, porque tal verba já fora objeto da precedente demanda indenitária.

Logo, a esse propósito, decreta-se a extinção do processo, com alicerce na última figura do inciso V do art. 267, c.c. respectivo § 3º, do CPC.

No mérito, saliente-se que já havia coisa julgada também quanto à época do apossamento, isto é, março de 1973, “data em que teve início o serviço de aterro” (v. item “6” da sentença de fls. 10/18), e, por esse motivo, tal data, confirmada pela r. sentença ora em exame, prevalecerá.

Conducentemente dos critérios de cálculo dos juros compensatórios propostos pelas partes, não os tem acolhido esta Câmara, devendo-se capacitar-se, no que tange ao *anatocismo* decorrente de sua capitalização, mês a mês, e de sua contagem sobre os moratórios, o seguinte e recente julgado do STJ:

“Administrativo — Desapropriação — Juros Compensatórios — Capitalização — Anatocismo — Lei de Usura.

Ressalvada a diferença etiológica, os juros compensatórios e os moratórios têm igual natureza.

A incidência de juros moratórios sobre juros compensatórios constitui anatocismo, vedado pela Lei de Usura (Decreto nº 22.626, de 07/04/33).

Recurso Especial nº 28.315-6-SP — Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, j. em 30.11.1992”.

Os juros moratórios, do art. 293 do diploma civil adjetivo, não podem, nesta espécie, prevalecer, por incompatíveis com a natureza do pedido, eis que ressuscitariam e revalidariam o proibido anatocismo” (fls. 212/213).

Sustenta a Recorrente que os juros compensatórios, não pleiteados em ação proposta anteriormente, não são devidos, eis que prescrito o direito. Estaria assim, o v. aresto, investindo contra a coisa julgada, com o que estaria negando vigência aos artigos 467, do Código de Processo Civil e 177, do Código Civil.

Aduziu que, por outro lado, o v. **decisum** afronta o teor da Súmula 74/TFR, quanto à forma de contagem dos juros compensatórios, divergindo, ainda, da jurisprudência desta Corte (fls. 216/222).

Para os Recorridos, no Recurso está ausente o requisito do prequestionamento, incidindo, portanto, a Súmula 282/STF. No mérito, disseram que “os juros compensatórios não foram concedidos na oportunidade, porque não foram *objeto de pedido*”, assim, não há que se falar

em coisa julgada (grifos do autor). Quanto à alegada prescrição seria incabível, porquanto a hipótese trata de desapropriação conhecida como material. E, aduziu, deverem os juros compensatórios incidir sobre a indenização corrigida, em uma única etapa (fls. 231/247).

Entendendo estar a matéria satisfatoriamente exposta, preenchido o requisito do prequestionamento, comprovado o dissídio pretoriano, o E. Tribunal de origem admitiu o Recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Em desapropriação indireta, o v. acórdão assentou:

omissis

“No mérito, saliente-se que já havia coisa julgada também quanto à época do apossamento, isto é, março de 1973, “data em que teve início o serviço de aterro” (v. item “6” da sentença de fls. 10/18) e, por esse motivo, tal data, confirmada pela r. sentença ora em exame, prevalecerá.

Conducentemente aos critérios de cálculo dos juros compensatórios propostos pelas partes, não os tem acolhido esta Câmara, devendo-se capacitar-se, no que tange ao *anatocismo* decorrente de sua capitalização, mês a mês, e de sua contagem sobre os moratórios...” (fl. 213).

Com manifesto inconformismo, foi articulado recurso (art. 105, III, a e c, C.F.), em abreviado, argumentando que foi violado o art. 467, CPC, e o art. 177, Código Civil.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Na senha das questões debatidas, com pertinência, asseverou o julgado:

omissis

“No que tange à preliminar de prescrição, tem liberal jurisprudência pátria ensinado que, embora tratando-se de ação sucedânea da reivindicatória, apresenta a de indenização por apossamento administrativo seu lapso extintivo, entretanto, balizado pelo prazo máximo da prescrição aquisitiva, pelo simples fato de que, enquanto não usucapido o bem em poder do atual possuidor, tem seu proprietário ação para reivindicá-lo. E os juros compensatórios são acessionais a tal indenização, pelo que a ação que os tem por objeto precípua deve receber igual tratamento.

Assim, rejeita-se tal preliminar.

Melhor sorte não se reserva à preliminar de coisa julgada, atinentemente aos juros compensatórios, porquanto, exatamente por não terem sido pleiteados tais acessórios juntamente com o principal, é que são aqui exorados, a salvo de tal empecilho legal” (Fl. 212).

A propósito da *prescrição*, abono a completar externada pelo v. acórdão, perfeitamente amoldado à prevalente jurisprudência; confira-se:

“Prescrição — Desapropriação Indireta.

Inexistiu negativa de vigência dos artigos 3º e 177 do Código Civil e a ilegitimidade **ad causam**. Não houve prescrição. O direito de reivindicar imóvel é inerente ao direito de propriedade, permanecendo aquele enquanto não ocorrer a perda deste. Vários atos do Poder Público detonaram o inequívoco reconhecimento do direito do domínio de Bernardo Moreira Peixoto sobre o imóvel objeto da ação.

Recurso não conhecido por unanimidade” (REsp 4.164-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira — in DJU de 04.03.91).

“Desapropriação Indireta. Interesse de Agir. Prescrição. Mata de Preservação Permanente. Indenizabilidade. Juros Moratórios e Compensatórios.

I — A área florestada, incluída no perímetro do “Parque Estadual da Serra do Mar”, impedindo a sua exploração econômica, é indenizável. Precedentes.

II — Os proprietários do imóvel, em tal caso, têm interesse de agir em juízo, através de ação de desapropriação indireta.

III — O fato de os proprietários terem adquirido a área, após

a criação do parque, não exclui o referido interesse processual, nem o seu direito à indenização, porquanto, segundo reiterados precedentes, os adquirentes, nessa hipótese, sub-rogam-se em todos os direitos e ações correspondentes.

IV — O prazo prescricional da ação de desapropriação indireta é o vintenário e, no caso, não transcorreu.

V — Os juros moratórios, na desapropriação, fluem a partir do trânsito em julgado da sentença e são cumuláveis com os compensatórios (Súmulas nºs 12 e 70 do S.T.J.), sendo devidos estes, na espécie, a partir de quando ficou caracterizada a restrição ao uso do imóvel.

VI — Recurso especial não conhecido” (REsp 7.515-0-SP — Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro — in DJU de 02.08.93).

“Desapropriação Indireta — Prescrição do Direito de Ação — Prazo — Interrupção — Decreto de Utilidade Pública — Divergência Jurisprudencial Incomprova da — Acórdãos de um Mesmo Tribunal. RISTJ, Art. 255.

— Tratando-se de ação indenizatória por desapropriação indireta, o prazo prescricional de 20 (vinte) anos tem início a partir da ocupação indevida do imóvel. O decreto declaratório de utilidade pública, reconhecendo o domínio da área ilegítimamente ocupada, interrompe o prazo prescricional.

— Divergência entre acórdãos do mesmo Tribunal não enseja recurso especial pela letra c.

— Acórdão do Supremo Tribunal Federal que não dissente da tese esposada na decisão recorrida, não se presta à demonstração da divergência jurisprudencial alegada.

— Recurso não conhecido” (REsp 26.568-3-SP — Rel. Min. Peçanha Martins — in DJU de 17.12.92).

“Desapropriação Indireta — Prescrição — Alegada violação dos artigos 177, 550 e 551, Código Civil.

1. Vivo o domínio, reconhecido o direito de propriedade, viva a ação do proprietário para postular judicialmente o direito à indenização, decorrente de ilícito apossamento administrativo.

2. Atrato de ação real, a jurisprudência assentou prescrição vintenária para a extinção do direito.

3. Iterativos precedentes.

4. Recurso improvido” (REsp 7.553-0-SP — Rel. Min. Milton Pereira — in DJU de 18.10.93).

Logo, esmaecida está a pretendida violação ao art. 177, Código Civil.

No concernente aos *juros compensatórios*, também, ponho-me de acordo com o hostilizado julgado. Com razão, a jurisprudência firmou que equivalem à compensação pela

desapropriação material causadora de dano à propriedade privada, servindo para a recomposição patrimonial, homenageando o princípio constitucional da justa e ampla reparação, conseqüente ao injusto desapossamento. Como o expropriado não recebeu previamente o valor do bem, impossibilitado de gerir ou aplicar o capital, retribui-se-lhe com os juros *compensatórios*, a fim de que a indenização seja completamente reparadora. É apropriado veio para estabelecer o equilíbrio entre a situação econômica anterior e a posterior.

Em sendo assim, compõem ou integram a própria indenização assegurando a equivalência econômica do patrimônio desfalcado por ilícito procedimento administrativo. Em compeço a indenização (no sentido de ampla e justa reparação patrimonial), há que ser entendido no pedido inicial. A pretensão, no pertencente, não deve ser interpretada restritivamente, e sim na correspondência da amplitude da finalidade econômica de indenização reparatória da diminuição patrimonial. Inclui-se, sempre, como implícito ou explícito objeto da **causa petendi** da ação expropriatória.

Por essas estrias, a par da motivação desenvolvida no v. aresto, com a adição desses delineamentos, não registro contrariedade ou negativa de vigência ao art. 467, CPC.

Na viseira da incidência e contagem dos *juros compensatórios*, a jurisprudência harmonizou a solução, cônsono cristalizado na repetência dos julgados:

“Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios” (Súmula 12-STJ).

“Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel” (Súmula 69-STJ).

Sequer é acolhível o *anatocismo*, apesar de vencida a minha opinião, à vista dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 24.943-5, aparando o dissídio, assim:

“Desapropriação. Indenização. Juros Compensatórios e Juros Moratórios: Cumulação. Inocorrência de Anatocismo.

I — Os juros compensatórios integram a indenização, incidindo sobre o seu valor os juros moratórios. Essa forma de cumulação dos juros não constitui anatocismo.

II — Embargos de Divergência rejeitados” (Rel. Ministro Pádua Ribeiro — in DJU de 30.08.93).

Apenas comporta, finalmente, elucidar que, à luz da Súmula 74-TFR, os *juros compensatórios* são devidos, desde a precipitada imissão na posse, contados sobre o valor simples da indenização (valor do laudo) e, a partir dessa avaliação, considerando-se o correspondente valor corrigido monetariamente.

Pelo fio do exposto, tão-somente para bem explicitar a aplicação da

Súmula 74-TFR, quanto ao início da contagem e compreensão do *valor simples* da indenização, parcialmente, *voto provendo o recurso*.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.229-8 — SP — (93.0030411-9) — Relator: O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Recte.: Ferrovia Paulista S/A — FEPASA. Advogados: Carlos Eduardo Cavalheiro e outros. Recdos.: Leonel Adhe-

mar Hase e cônjuge. Advogados: Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (em 02.05.94 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.679-0 — DF (Registro nº 93.0031591-9)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Weg Motores S/A*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Advogados: *Drs. Domingos Novelli Vaz e outros, e Lindemberg da Mota Silveira e outros*

EMENTA: *IPI — Crédito-prêmio — Prescrição — Excedente — Direito ao recebimento — Conversão — Correção monetária — Juros de mora.*

I — Como a prescrição é quinquenal, regulada pelo Decreto nº 20.910/32, estão prescritas as parcelas anteriores a 09/02/82.

II — Autorizado o recebimento, em espécie, do excedente do estímulo fiscal, depois de compensado com os débitos do IPI e outros impostos federais.

III — A conversão da diferença do crédito-prêmio será efetuada no valor da moeda estrangeira ao câmbio do dia em que o crédito poderia ser contabilizado e, a partir daí, incidirá correção monetária.

IV — Os juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

V — Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 07 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Cuidam os autos de ação ordinária proposta contra a União, onde se discute a constitucionalidade e legalidade do Decreto-Lei nº 1.724/79 e de diversas Portarias do Ministério da Fazenda que suspenderam a vigência do crédito-prêmio do IPI, bem como reduziram a base de cálculo do referido estímulo fiscal, redefiniram os benefícios e excluíram vários produtos do direito à vantagem.

Requeru a Autora a condenação da União a ressarcir as diferenças do crédito-prêmio do IPI.

Em primeira instância a ação foi julgada parcialmente procedente

“para que a ré pague as diferenças do crédito-prêmio do IPI, no período de 19/dez/81 a 30/abr/85, calculadas na forma prevista no DL nº 491/69 e Decreto nº 64.833/69, sem as exclusões e reduções previstas nas Portarias MF nºs 78, 89 e 292/81, convertendo-se os valores das exportações em moeda nacional pela taxa cambial vigente à data do efetivo lançamento do crédito. Sobre estas diferenças incidem correção monetária na forma da Lei nº 6.899/81 e juros moratórios de 0,5% ao mês a partir da citação.” (fls. 260/261)

Opostos embargos declaratórios, foram os mesmos rejeitados (fls. 266).

Opostos outros embargos de declaração, ficou esclarecido que “a conversão cambial há de ser levantada até a data da propositura da ação”, encontrando-se a partir daí “um “débito” sobre o qual deve incidir a correção monetária, a partir do ajuizamento, como previsto no art. 1º da Lei nº 6.899/81”. (fls. 271)

Apreciando o feito o Egrégio TRF da 1ª Região assim decidiu:

“Crédito-Prêmio do IPI — Decreto-lei nº 1.724/79.

1. Inconstitucionalidade dos artigos 1º e 5º do Decreto-lei nº 1.724/79, que alterou a legislação que instituiu e regulamentou o crédito-prêmio do IPI (Decreto-lei nº 491/69 e Decreto nº 64.833/69) — Precedente do Pleno do extinto TFR. 2. Como a condenação reporta-se à moeda estrangeira, de-

ve-se obedecer ao valor da mesma no dia em que era devido o benefício, incidindo a partir daí a correção, segundo a Súmula 46. 3. Juros de mora de acordo com o § 1º do artigo 161 do CTN. 4. Sentença parcialmente confirmada.” (fls. 335)

Opostos embargos declaratórios, foram estes rejeitados (fls. 394/398).

Inconformada, a Autora interpôs o presente recurso especial, com apoio nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sustentando que o v. aresto hostilizado violou: a) os artigos 173 e 174 do CTN ao tomar como marco inicial do período de prescrição, cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, quando o prazo prescricional para o fisco conta-se a partir do primeiro dia do exercício subsequente; b) os artigos 172, II do CC, 867 do CPC e 174, II do CTN, ao não considerar como interrompido o curso do lapso prescricional em 19.12.86 (data do ajuizamento da medida cautelar de protesto interruptivo de prescrição); c) o § 1º do art. 219 e art. 263 do CPC que prevêm a antecipação do efeito interruptivo da prescrição para o despacho que ordenou a citação ou intimação (Súmula nº 78 do TFR); d) os artigos 535 do CPC por não ter o v. acórdão recorrido esclarecido omissão apontada nos declaratórios; e) os artigos 128 e 460 do CPC ao modificar a forma de ressarcimento do incentivo sem que as partes tivessem recorrido; f) o Decreto-lei nº 491/69 e Decreto 64.833/69, quando

declarou a impossibilidade da restituição em espécie; g) o art. 108 do CTN e 2º do Decreto-lei nº 491/69 ao não conceder a correção cambial dos valores calculados nos termos da Portaria nº 292/81, modificada pela Portaria nº 298/83; h) e o artigo 21, parágrafo único do CPC, uma vez que descabe a imposição de custas e honorários à recorrente, em proporção, já que sucumbiu em parcela mínima.

Alegou, ainda, divergência jurisprudencial com acórdãos que traz à colação (fls. 400/433).

Admitido o recurso (fls. 459/460), subiram os autos a este Colendo Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Aponta a recorrente como violados vários dispositivos de leis federais, versando sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço do recurso pela letra **a**.

Visa o presente recurso reformar o venerando aresto recorrido apenas na parte referente à prescrição, forma de ressarcimento do incentivo, correção cambial, correção monetária, juros de mora e sucumbência recíproca.

Com referência à prescrição, entendeu o MM. Juiz Singular (fls. 255) que:

“Pelo princípio da **actio nata**, a ação nasce com a lesão do di-

reito. A base de cálculo do crédito-prêmio do IPI foi reduzida (lesão) no período de 01/abr/81 a 30/abr/85. Desde então a ação podia ter sido proposta; mas como o protesto só foi ajuizado em 19/dez/86, estão prescritos os créditos adquiridos antes de 19/dez/81, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 c/c o art. 172-II do Código Civil (fls. 235-v.).

É preciso considerar que para cada crédito calculado com base de cálculo reduzida (= lesão), corresponde uma ação distinta. Daí que estão prescritos os créditos adquiridos antes de 19/dez/81. E se a prescrição já está consumada, o protesto não pode interromper o que não existe.”

Para o venerando aresto hostilizado,

“... tendo sido proposta a demanda em 1987, mês de fevereiro, prescritas então as diferenças do crédito-prêmio do IPI que poderiam ser contabilizadas até janeiro de 82, diante da prescrição quinquenal.” (fls. 333).

A recorrente, por sua vez, sustenta que,

“... as parcelas pretendidas desde 01.04.81 não estariam prescritas, tendo em vista a interposição de protesto interruptivo de prescrição em 1981, e a contagem do prazo, da mesma forma que para a União, em consonância com os artigos 173 e 174 do CTN” (fls. 402).

As parcelas pretendidas pela autora se referem ao período de 01.04.81 a 30 de abril de 1985 (fls. 03).

A presente ação foi proposta no dia 09.02.87 (fls. 02 v.).

Como a prescrição é quinquenal, regulada pelo Decreto nº 20.910/32, estão prescritas as parcelas anteriores a 09.02.82 e o protesto, só ajuizado em 19.12.86, não teve o efeito de suspender a prescrição porque esta já estava consumada.

Correto o v. acórdão atacado nesta parte.

O crédito-prêmio será deduzido do valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, incidente sobre as operações, da recorrente, no mercado interno (Decreto-Lei 491/69, art. 1º, § 2º). Feita a dedução, havendo remanescente, poderia ele ser usado no pagamento de outros impostos federais “ou aproveitados nas formas indicadas por regulamento” (§ 2º). O Decreto nº 64.833/69 que regulamentou os estímulos fiscais previstos no Decreto-Lei 491/69, por sua vez, no seu artigo 3º, letras **a**, **b** e **c**, autorizou a expedição de “Nota de Crédito Fiscal de Exportação” a ser utilizada no pagamento de outros tributos federais, na comprovação de excedente de crédito para recebimento em espécie, a título de restituição e em outras modalidades de compensação.

Como se vê, é autorizado o recebimento, em espécie, do excedente do estímulo fiscal referido, depois de compensado com os débitos do IPI e outros impostos federais.

Aqui merece censura o v. aresto contrariado por ter entendido que o benefício só poderia ser pago sob a forma de compensação (fls. 346).

Correção cambial e correção monetária não podem ser superpostas. Primeiro faz-se a correção cambial, calculando-se o crédito sobre o valor FOB, em moeda nacional, das vendas para o exterior, aplicando-se as alíquotas da Tabela anexa à Lei 4.502/64 (Decreto-Lei 491/69, art. 2º, **caput**), podendo também ser efetuado sobre o valor CIF, C&F, e C&I (§ 1º). A conversão será feita pela taxa vigente no dia da conversão e a partir daí incidirá a correção monetária. (Lei 6.899/81)

Também nesta parte não merece censura o v. aresto alvejado, ao ter entendido que:

“... deve-se proceder a conversão da diferença do crédito-prêmio no valor da moeda estrangeira ao câmbio do dia em que o crédito poderia ser contabilizado e, a partir daí, incidirá a correção monetária, segundo a Súmula 46-TFR — em aplicação analógica.”

Os juros moratórios de 12% (doze por cento) ao ano, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença (art. 161 do CTN).

Aqui, também deve ser mantida a decisão hostilizada.

Como houve sucumbência recíproca, está correta a respeitável sentença de fls. 254/261, nesta parte mantida pelo v. aresto recorrido, por ter condenado ambas as partes em 50% (cinquenta por cento) das custas antecipadas e dos honorários de advogado.

Também neste ponto merece ser mantido o v. acórdão combatido.

Dou parcial provimento ao recurso apenas para reconhecer à recorrente o direito de receber o excedente do crédito-prêmio IPI em espécie, através de “Nota de Crédito Fiscal de Exportação”.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.679-0 — DF — (93.0031591-9) — Relator: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Weg Motores S/A. Advogados: Domingos Novelli Vaz e outros. Recda.: Fazenda Nacional. Advogados: Lindemberg da Mota Silveira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso (em 07.02.94 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.838-5 — SP

(Registro nº 93.0032100-5)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Recorrente: *Instituto Nacional de Seguro Social — INSS*

Advogados: *Vilma Westmann Anderlini e outros*

Recorrida: *Palmira Rodrigues Barbosa*

Advogado: *Manoel da Silva Neves Filho*

EMENTA: Previdenciário. Rurícola. Aposentadoria. Requisitos.

A atividade de trabalhador rural pode ser comprovada mediante depoimentos de testemunhas, se apoiados em algum início razoável de prova material, o que não se vê nos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Brasília, 21 de fevereiro de 1994
(data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: O Instituto Nacional do

Seguro Social — INSS interpõe recurso especial pela alínea a, item III, art. 105 da Constituição Federal, fundado em que teriam sido violados o art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e os artigos 60, § 5º, 61 e 179 do Decreto nº 611/92, que não admite a comprovação de atividade rurícola, para efeito de aposentadoria por velhice, exclusivamente através de prova testemunhal, sem que haja um início de prova material, hipótese dos autos. Como consequência, restou incomprovado o período de carência mínimo necessário para a concessão da aposentadoria deferida judicialmente, restando infringidos ainda os artigos 25, II, e 48, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91 e os artigos 49, parágrafo único, 282, II e 283 do Decreto nº 611/92. Traz julgados do extinto Tribunal Federal de Recursos, de minha lavra (AC 152.884-DF), e do

próprio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ora recorrido (fls. 46/51).

A eg. Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, reformatando a r. sentença de primeiro grau, acolheu o pedido de aposentadoria por velhice, entendendo que ficou plenamente comprovada a qualidade de rurícola da autora, apresentando-se razoável início de prova material respaldada por depoimentos orais (fls. 39/44).

Não houve contra-razões (fl. 53) e o especial foi admitido (fls. 55/56).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): A divergência jurisprudencial está comprovada e violados os dispositivos legais questionados, uma vez que, mesmo sob o regime das Leis Complementares nºs 11/71 e 16/73, sempre se exigiu um começo razoável de prova material da atividade como trabalhador rural.

No caso dos autos, o único documento apresentado foi uma certidão de casamento em que a requerente é qualificada como de “rendas domésticas” (fl. 08).

Não há nenhuma prova material da atividade da autora como trabalhadora rural.

A Lei nº 8.213, de 24.7.91, artigo 11, I, a, IV, a, e VII, não a dispensa.

Incenssurável a sentença ao dizer:

“Em casos como o presente, exigiu o legislador que o início de prova documental fosse bem alicerçado pela prova colhida em audiência. Se o primeiro é insubsistente (fl. 08) o outro não logrou infirmar convicção ao Juízo, até porque não lograram precisar, com certeza necessária, o período e os empregadores para que eventualmente teria a demandante trabalhado.” (fls. 16 v.)

Desse modo, dou provimento ao recurso, restabelecendo a decisão de 1º grau.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.838-5 — SP — (93.0032100-5) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Recte.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogados: Vilma Westmann Anderlini e outros. Recda.: Palmira Rodrigues Barbosa. Advogado: Manoel da Silva Neves Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau (em 21.02.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Dantas, Flaquer Scartezini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.866-0 — SP

(Registro nº 93.0032214-1)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Empresa Guarda Patrimonial São Paulo S/C Ltda.*

Recorrida: *Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo — COHAB — SP*

Advogados: *Drs. Elton Calixto e outros, Lúdia Toyama e outros, e Rubens Ferraz de Oliveira Lima (sustentação oral)*

EMENTA: Civil. Responsabilidade contratual. Prestação de serviço de vigilância. Força maior.

Invasão de conjunto habitacional que, nas condições normais de prestação do serviço de vigilância contratado, não era possível evitar, tornando-se oponente, assim, à responsabilidade contratual, na falta de estipulação em contrário, a escusativa do art. 1.058 do Código Civil.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 29 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Ação de indenização ajuizada pela Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo contra Empresa Guarda Patrimonial de São Paulo S/C Ltda., assim resumidas pela sentença as alegações da autora:

“... sendo sociedade de economia mista municipal integrante do SFH, fez construir em área de sua propriedade, localizada em Carapicuíba, o ‘Conjunto Habitacional Presidente Castelo Branco’ composto de inúmeras unidades habitacionais destinadas a adquirentes de modesto poder aquisi-

tivo. Ocorre que, em face de problemas estruturais em dez edifícios do setor VII do Conjunto, localizados na Rua Estádio nºs 281/283 e Av. Perimetral nºs 289 e 209, as famílias moradores foram removidas nos dias 10 e 15-11-87 ante o risco de desabamento. Com o fato, ela autora celebrou com a ré contrato de prestação de serviços de segurança particular de guarda e vigilância dos imóveis, constando cláusula no sentido de que a contratada responderia pelos danos e prejuízos causados aos imóveis por terceiros. Em novembro de 1988, e em 13-12-88, em plena vigência do contrato, os edifícios foram invadidos por cerca de cem pessoas estranhas que, com uso de veículos, furtaram tudo que compunha os apartamentos e mais os materiais que isolavam os prédios, como atesta o Boletim de Ocorrência nº 5.515/88 lavrado pela Delegacia de Polícia de Carapicuíba. Tentou ser ressarcida pela ré dos prejuízos, mas, não logrando seu intento, pleiteia a condenação da mesma no pagamento dos prejuízos a serem calculados em liquidação, conforme relação de materiais a fls. 29, mais os ônus da sucumbência.”

Julgada improcedente a ação, a autora apelou, tendo a e. Décima Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, invertido o resultado do julgamento, consoante os seguintes fundamentos constantes do voto condutor do acórdão:

“A respeitável sentença, entendendo que o caso presente caracterizava ato de terceiro, o qual, pelas circunstâncias se aproxima do caso fortuito, isentou a ré de responsabilidade civil pelos danos sofridos pela autora.

Todavia, embora a cuidadosa sentença, alicerçada em ensinamentos doutrinários de peso, tenha caracterizado a ocorrência dos fatos como decorrentes de força maior porque os invasores eram mais de 100 (cem) e os vigilantes da ré em número de 5 (cinco), os quais se limitaram a avisar a polícia que também nada fez diante da presença de mulheres e crianças.

À primeira vista os argumentos da respeitável sentença impressionam, mas diante da previsão contratual (cláusula 1ª, fl. 7) de que a apelada se responsabilizou pela vigilância contra roubos, furtos ou invasões dos locais, tendo mais assumido a responsabilidade pelos danos e prejuízos (cláusula 1ª, parágrafo 2º), evidencia-se que os fatos ocorridos estavam caracterizados no contrato, e que não pode agora a ré eximir-se do dever de indenizar, invocando ausência de culpa, porque, a aceitar-se a tese, não haveria como responsabilizar-se as seguradoras por roubos de veículos, já que diante das armas dos assaltantes, o fato se torna irresistível, como também teria sido irresistível o impedimento de matogotes de cem pessoas invadindo o local.

Foi exatamente diante dessa possibilidade que se lançou no contrato a responsabilidade civil da ré, independentemente de culpa desta pelo evento, equivalendo ao risco assumido pelas seguradoras, ou ainda nos contratos aleatórios, uma vez que se não houvesse o risco da invasão não seria necessária contratação de empresa especializada em vigilância.

Assumi a ré a responsabilidade pelo risco objetivo, independentemente de culpa, ou da invocação do caso fortuito ou força maior, e, nesse sentido, já o reconheceu a r. sentença ao afirmar que 'Deveras, a cláusula contratual obriga a ré à reparação em qualquer caso, mesmo por fato de terceiro, pois não cogita de culpa. Obrigou-se a ré ao ressarcimento mesmo sem ter inserido em imprudência ou negligência, de sorte que a exceção a essa sua obrigação será a ocorrência de caso fortuito ou força maior...' (fls. 135/136).

Ora, ao assumir a obrigação de indenizar os prejuízos, e, se não se cogita de ter ou não agido culposamente, não tem aplicabilidade, na espécie, a invocação do caso fortuito ou força maior, por ato de terceiro, já que aquela se caracteriza como responsabilidade objetiva, em que sempre haverá o dever de indenizar, e estes (caso fortuito ou força maior) evidenciam uma responsabilidade subjetiva, da qual não se cogita, como a própria decisão deixou elucidada.

A culpa contratual pode ser subjetiva (e aí sim caberá a invocação daquelas excludentes da culpa), ou objetiva, pela teoria do risco contratual, independentemente daquela, (quando não é afastada a discussão sobre a culpa e suas excludentes da responsabilidade civil), que, é exatamente a hipótese dos autos”.

Prestigiado, em sede de embargos infringentes, o entendimento da maioria que se formou no julgamento da apelação, na conformidade do acórdão de fls. 228/229, a ré manifestou o presente recurso especial, com fulcro nas alíneas a e c do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência aos arts. 1.056 e 1.058 do Código Civil, além de dissídio com julgados de outros tribunais que arrola.

O recurso não foi admitido na origem, subindo os autos por força de provimento a agravo.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): No primeiro momento do juízo de admissibilidade, indeferiu-se o processamento do recurso, quanto à alínea a, na compreensão de que incidentes os vetos das Súmulas n^{as} 05 e 07, deste Tribunal.

Todavia, não se cuida aqui de interpretar o contrato nem de proceder ao reexame da prova, mas de definir se à responsabilidade con-

tratual, derivada dos §§ 1º e 2º da cláusula primeira de avença, pode opor-se a escusativa do art. 1.058, do Código Civil.

O acórdão vergastado, consoante filtra do relatório, entendeu que não, recorrendo à teoria do risco contratual. Já a sentença de primeiro grau assim situou a questão:

“Inferese de fls. 7/14 que as partes celebraram contrato de prestação de serviços, sucessivamente prorrogado, pelo qual a ré obrigou-se a guardar e vigiar a área de propriedade da autora denominada ‘Carapicuíba VII’, visando, como dispunha o § 1º da cláusula primeira, evitar invasões, roubos de fios e demais peças de todos os conjuntos e setores, bem como as entradas e saídas irregulares de materiais de qualquer natureza.

Por força do § 2º da cláusula primeira a ré responsabilizou-se pelos danos ou prejuízos *causados por quem quer que seja*, sem direito a ressarcimento.

Sucedede que, no curso do contrato, a área objeto da guarda e vigilância foi alvo de invasão por cerca de cem pessoas que, com o emprego de veículos, furtaram materiais que equipavam os apartamentos do conjunto habitacional.

Diante disso, sob a tese de má ou inexistente prestação do serviço, a autora quer ser ressarcida pela ré do prejuízo verificado.

A ré, por sua vez, busca eximir-se da responsabilidade com base no fato de terceiro.

A regra fundamental da responsabilidade contratual está contida no art. 1.056 do Código Civil, segundo o qual: ‘Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos’.

Todavia, o art. 1.057, do Código Civil revela que a inexecução da obrigação só conduzirá ao dever de ressarcir, se houve culpa do inadimplente. Se a obrigação foi descumprida, mas quem deu causa à inexecução não agiu dolosamente, nem atuou com imprudência ou negligência, não pode ser compelido a reparar o prejuízo porventura sofrido pelo contratante.

Nesse sentido, o art. 1.058 determina que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Assim, o caso fortuito ou de força maior implica na noção de ausência de culpa e esta é meio liberatório da responsabilidade civil.

Resta saber se o fato de terceiro invocado pela ré como eximente de culpa equivale ao caso fortuito ou de força maior, já que, pela cláusula contratual, é sua a responsabilidade pelos danos causados por terceiro, assim abrangido pela locução *quem quer que seja*.

Deveras, a cláusula contratual obriga a ré à reparação em qualquer

caso, mesmo por fato de terceiro, pois não cogita de culpa. Obrigou-se a ré ao ressarcimento mesmo sem ter inserido em imprudência ou negligência, de sorte que a exceção a essa sua obrigação será a ocorrência do caso fortuito ou de força maior, porquanto o contrato seja omissivo no referente a tais excludentes de responsabilidade, incidindo aqui a regra do art. 1.058 do Código Civil.

Aguiar Dias (in 'Responsabilidade Civil', 6ª ed., Ed. Forense, vol. II, nº 218), seguindo uma opinião muito difundida, depois de acentuar que o fato de terceiro figura ao lado do caso fortuito e de força maior na abrangência da expressão *causa estranha* usada pelo art. 1.382 do Código Napoleônico, ensina que ele 'só exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimina, totalmente, a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato'.

A adoção dessa opinião, como leciona **Silvio Rodrigues** (in 'Direito Civil', 4ª ed., Ed. Saraiva, 1979, vol. 4, nº 61), 'envolve a idéia de que o fato de terceiro, como circunstância exoneradora total da responsabilidade, está em situação tão próxima ao caso fortuito ou de força maior, que com ele se confunde. E o indigitado responsável, que o aduz, para ter sucesso em sua defesa, precisa demonstrar não só que o fato era previsível, como também que era inevitável'.

De tal arte, embora o fato de terceiro não tenha a equivalência do caso fortuito e da força maior, pode haver exclusão de responsabilidade se, no caso concreto, nada obstante a cláusula contratual, ficar provada a similitude de um e outros diante da imprevisibilidade e inevitabilidade do fato danoso.

Saliente-se, no entanto, que a previsão do fato de terceiro é imanente ao contrato celebrado pelas partes. Afinal, a ré foi contratada para prestar serviços de guarda e vigilância, valendo dizer que lhe cumpria precisamente impedir que fatos de terceiro acarretassem danos ao objeto do contrato.

Portanto, a invasão da área vigiada e o furto de materiais passíveis de subtração não é, por si só, eximente de responsabilidade, dado que amplamente previsível, mormente porque para esse fim foi a ré contratada.

Sobra a inevitabilidade ou irresistibilidade dos fatos de terceiro, que pudessem tornar impossível o cumprimento da obrigação, pois, nessas hipóteses, não haverá relação de causalidade e, por conseguinte, responsabilidade pela reparação.

Pois bem! O contrato, qual se vê de sua cláusula primeira (fls. 7), obrigou a ré a colocar no local da prestação dos serviços 15 vigilantes por turno; ao depois, por instrumento de retratificação

(fls. 16/17), o contingente foi reduzido para 5 vigilantes no turno diurno e 11 no noturno.

Logo, quando do furto registrado pelo Boletim de Ocorrência copiado a fls. 23, às 08:00 hs. do dia 13-12-88, a ré mantinha no local 5 vigilantes para a guarda de 10 prédios de apartamento, ou seja, contingente risível para impedir a invasão e o saque por aproximadamente 100 pessoas, número a que se refere o próprio registro policial, bem como a petição inicial.

Vê-se do telex copiado a fls. 27 que no mesmo dia 13-12-88, mas só às 17,40 hs., a autora solicitou da ré o remanejamento de 20 vigilantes para o conjunto habitacional, sendo 8 para o período diurno e 12 para o noturno.

Ora, tal medida foi tomada depois de consumado o fato e comunicado o mesmo à autoridade policial, o que se deu às 14,40 hs., a evidenciar que o contingente de 5 vigilantes, mais eventual apoio policial, era insuficiente para coibir a invasão e o saque continuado.

Só isso basta para isentar a ré de responsabilidade, pois inevitável a seus vigilantes, em número tão reduzido por força de cláusula contratual, o fato de terceiro. Não há indícios de que, diante das circunstâncias, houve má execução ou inexecução do serviço."

Ante o quadro fático delineado, afigura-se-me escoreita a solução da sentença.

Ausência de culpa e caso fortuito ou força maior são critérios distintos para a exoneração de responsabilidade, na precisa observação de **Arnoldo Wald** ("Obrigações e Contratos", Editora Revista dos Tribunais, 11ª ed., pág. 112).

A ausência de culpa, em verdade, não serviria a arredar a obrigação de ressarcir os danos, na espécie vertente, em face dos claros termos dos §§ 1º e 2º da cláusula primeira do contrato. Mas o risco contratual a que o acórdão recorrido conferiu relevo não transcendeu em absoluto, aos domínios da culpa. Com efeito, o devedor só responde pelos prejuízos decorrentes de caso fortuito ou força maior se houver expressamente por eles se responsabilizado, segundo o art. 1.058 do Código Civil.

In casu, verificou-se que, nas condições normais de prestação do serviço de vigilância contratado, não era possível evitar a invasão, tornando-se oponente, assim, à responsabilidade contratual, na falta de estipulação em contrário, a escusativa do mencionado dispositivo da lei substantiva civil.

Tais as circunstâncias, Senhor Presidente, conheço do recurso pela alínea **a**, eis que não se apresenta suficientemente caracterizado o dissídio jurisprudencial, e lhe dou provimento, para cassar o v. recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.866-0 — SP —
(93.0032214-1) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Costa Leite. Recte.: Empresa Guarda Patrimonial São Paulo S/C Ltda. Advogados: Elton Calixto e outros. Recda.: Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo — COHAB — SP. Advogados: Lídia Toyama e outros. Sustentou oralmente, o Dr. Rubens Ferraz de Oliveira Lima, pela Recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial

e lhe deu provimento (em 29.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.878-4 — SP
(Registro nº 93.0032233-8)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrente: *Banco Credit Commercial de France S.A.*

Recorrida: *Textil M. M. Ltda.*

Advogados: *Drs. Mario Sergio Duarte Garcia e outros, e José Mansur e outros*

EMENTA: *Medida cautelar. Petição inicial que não indica a ação principal e seu fundamento (CPC, art. 801, III).*

— Emenda da vestibular, por determinação do juiz, após a contestação.

— É admissível a emenda da vestibular após a contestação, na hipótese acima referida, eis que tal emenda não implica modificação do pedido ou da causa de pedir, mas mera correção de defeito ou irregularidade.

— Ausência de contrariedade aos artigos 264 e 801, III, do CPC.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhe-

cer do recurso. Votaram com o Relatos os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, 11 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: A controvérsia está retratada no despacho que admitiu o recurso especial, *verbis* (fls. 231/233):

“Recurso especial interposto contra o v. acórdão da Egrégia Segunda Câmara (fs. 176-80), cujo relatório se adota, no qual se alega violação aos arts. 264 e 801, inc. III, do Código de Processo Civil, bem como dissídio jurisprudencial com Agravo de Instrumento nº 72.668-1-SP.

Sustenta o recorrente ser inepta a inicial da cautelar, pois não menciona a lide principal a ser proposta, requisito legal relevante para aquilatar a legitimidade e interesse da autora. Assevera inexistir permissão legal para que a recorrida emendasse a vestibular, após a contestação ofertada, sem a concordância do réu. Apresenta a título de reforço de argumentação, a Apelação 235.673. Ampara sua tese em lições doutrinárias.

Viável a abertura da instância superior, com suporte na alínea a, do permissivo constitucional.

Com efeito, em que pese o r. posicionamento esposado pelos ínclitos Julgadores, não menos coerente a tese defendida na peça recursal, pois tem entendido a jurisprudência ser inepta a inicial que não atende ao disposto no inc. III, do art. 801, do Código de Processo Civil, quando a medida cautelar não tem caráter satisfativo, devendo ser extinto o processo cautelar por falta de menção, na inicial, da ação principal a ser proposta e seu fundamento (cf. RJTJESP 102/243, RT 476/140, 506/143, 608/70 e RF 292/326).

Destarte, diante do eventual risco de ofensa ao aludido dispositivo, aconselhável a manifestação da Corte Superior.

De outra parte, com relação ao art. 264 do Código de Processo Civil, registre-se que não restou contrariado, pois, de acordo com o v. aresto atacado, inexistente, no caso, a vedação disciplinada nesta regra legal, por se tratar do saneamento de uma omissão, sem que o fato implique na modificação do pedido ou causa de pedir.

Quanto à letra c, também merece guarida o presente apelo.

De fato no paradigma colacionado, decidiu-se que por imposição legal é necessária a indicação na inicial da cautelar, da lide prin-

cial a ser movida, demonstrando o fundamento da sua pretensão, pois, só assim, o magistrado reúne condições de examinar se comporta medida cautelar e, ao mesmo tempo, estabelecer a competência para o processo, sob pena de decretar-se a inépcia da peça vestibular. Já, o v. acórdão hostilizado defende tese diversa. Assim, atendidos os requisitos regimentais e sumulares, conveniente pronunciamento da Corte Superior.

Isto posto, defiro o recurso especial.”

Processado o recurso, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): Sustenta o recorrente a inépcia da inicial da cautelar, porque não indica a lição principal a ser proposta, tal como determina o art. 801, inciso III, do CPC. E acrescenta que a emenda da inicial após a contestação, como fez o juiz, não era permitida, à vista do disposto no art. 264 do mesmo diploma legal.

É indiscutível que a designação da lide e seu fundamento constitui um dos requisitos básicos que o requerente deve preencher ao formular o pedido da medida cautelar não satisfativa. Doutrina e jurisprudência não oferecem discrepância quanto a este ponto. Essa assertiva, con-

tudo, não afasta a aplicação do art. 284 do CPC, porque em tal hipótese não se cogita de modificação do pedido ou da causa de pedir, mas de correção de defeito ou irregularidade. É o que se tira da lição de **Calmon de Passos**, *Comentários ao Código de Processo Civil, Forense*, vol. III/226, *verbis*:

“Para facilitar o entendimento, portanto, poderemos dizer que o defeito se prende ao modo enunciar e à irregularidade ao modo de dispor. Enunciar e dispor tanto os fundamentos de fato e de direito do pedido, quanto o próprio pedido, ou algum requisito da inicial que a eles se vincula de tal modo que possa refletir, quando deficiente, sobre o julgamento do mérito, dificultando-o.”

O julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo apontado como paradigma não colide com o acórdão recorrido, visto como ambos defendem a necessidade de mencionar o requerente a ação principal e seu fundamento. Esse mesmo paradigma, entretanto, não tratou da emenda da inicial em casos como o dos autos.

À vista do exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.878-4 — SP — (93.0032233-8) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Recte.: Banco Credit Commercial de France S/A. Advogados: Mario Sergio

Duarte Garcia e outros. Recda.: Textil M. M. Ltda. Advogados: José Mansur e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. José Augusto Martins, pelo Recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 11.04.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.527-6 — SP
(Registro nº 93.0033993-1)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Paulo de Oliveira Amaral*

Recorrida: *Pátria Companhia Brasileira de Seguros Gerais*

Advogados: *Hélio Cerqueira Costa e outro, e Mário César de Novaes Bispo e outros*

EMENTA: *Civil — Ação de indenização — Responsabilidade civil — Construtor — Prescrição — Inteligência do art. 1.245 do Código Civil.*

I — Comprovado o nexa da culpabilidade, responde o construtor pelos vícios da construção e o prazo do artigo 1.245 do Código Civil em caso que tal é de garantia da obra, sendo que o demandante que contratou a construção tem prazo de 20 (vinte) anos para propor ação de ressarcimento, que é lapso de tempo prescricional.

II — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade,

não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 22 de março de 1994
(data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuida-se de Ação Ordinária de Indenização regressiva ajuizada por *Pátria Companhia Brasileira de Seguros Gerais* contra *Paulo de Oliveira Amaral*, em face de defeitos constatados em obra executada sob a responsabilidade do réu.

Julgado procedente o pedido (fls. 191/195), apelou o vencido, alegando que está demonstrado nos autos que o imóvel foi construído durante o ano de 1969 e que esteve abandonado durante largo tempo. Os danos só surgiram em 27 de dezembro de 1983, conforme a prova existente. Portanto, aduz, não é o responsável, nos termos do art. 1.245 do Código Civil, que cuida da garantia existente. Pediu, então, a improcedência da ação (fls. 197/203).

A Sétima Câmara Cível do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, negou provimento à apelação, aduzindo, em síntese, que os defeitos verificados são decorrentes da má execução da obra (fls. 217/219).

Irresignado, ainda, interpôs o apelante Recurso Especial, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição, sustentando que o Acórdão, dessa forma teria negado a vigência do art. 1.245 do Código Civil, uma vez

que os defeitos somente surgiram após o decurso do prazo de garantia (fls. 222/228).

Sem contra-razões, o nobre Terceiro Vice-Presidente daquela Corte o admitiu (fls. 231/233).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): No essencial, é ler o que dispôs o Acórdão (fls. 218/219):

“O presente apelo não comporta provimento. Ao contrário do alegado, a prova pericial não constatou que os defeitos surgiram em 27 de dezembro de 1983. Ao contrário, o auxiliar do Juízo afirmou que as trincas e rachaduras foram decorrência de recalques causados por deficiente instalação da rede coletora de esgotos. Tais conclusões não foram contrariadas por qualquer outra e devem subsistir. E se as rachaduras são meras conseqüências dos defeitos da construção da rede coletora, não se pode afirmar que esses defeitos tenham surgido apenas em 1983. Eles existem, em rigor, desde a má execução da obra.”

.....
“... a ação está fundada na responsabilidade aquiliana, tanto assim que esse foi o fundamento de que se serviu o acórdão de fls.

184/186, para afastar a prescrição invocada na resposta e determinar que o feito fosse julgado pelo mérito. E, como é cediço, em hipóteses de culpa aquiliana o prazo prescricional é o comum, ordinário. Ação fundada no art. 159 do Código Civil pode ser manejada até em vinte anos. A propósito, em hipótese análoga, a decisão do Pretório Excelso, no RE nº 106.143-0-SP, 1ª T., v.u., Rel. Ministro Sydney Sanches, in DJU 12.02.88, p. 1.990, que examinou caso de má execução de serviços de construção.

Em resumo, não estando baseada a ação na responsabilidade que se imputa ao construtor, independentemente da demonstração de sua culpa, no prazo de cinco anos, mas estribada na má execução de seus serviços, em que o ônus da prova é do acionante, o prazo é o comum. E, portanto, havendo prova suficiente de ocorrência da má execução, no referente à rede coletora de esgotos, aforada a ação antes do decurso do lapso prescricional comum, previsto no art. 177 do Código Civil, era mesmo de rigor a decretação da procedência, máxime pela inexistência de qualquer prova que possa ser contraposta às conclusões do auxiliar do Juízo.”

Vê-se que o Aresto recorrido, arremado nas provas, inclusive, pericial, carregadas aos autos, aplicou corretamente o direito à espécie.

Tenho afirmado entendimento no sentido de que, em tais casos, para ajuizamento da ação cabível, predomina o prazo de garantia, que é o quinquenal, sem prejuízo do ordinário prescrito no art. 177, do Código Civil.

E, nesse sentido, dúvidas não há. Como afirmado na sentença (fls. 194) o defeito causador do dano surgiu ainda no prazo de garantia perdurando seus efeitos, por isso, em relação ao recorrente.

Essa é a orientação consolidada na doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A propósito, colhe-se do magistério de **Aguiar Dias** a seguinte lição:

“De forma que, no artigo 1.245, estão simultaneamente, previstas as opiniões das duas correntes: há prescrição de cinco anos para os vícios aparentes, porque não se pode alegar, em relação a eles, que não corre a prescrição de ação ainda não nascida, pois ela surge com o recebimento da obra, em que se observem defeitos manifestos; e há prescrição de vinte anos para os vícios ocultos. Nem por isso deixa o prazo de cinco anos de ser de garantia em relação aos vícios encobertos da obra. Desde que se manifeste, a responsabilidade do empreiteiro se estabelece de pleno direito, e nenhuma prova pode ser exigida ao proprietário que goza, contra o empreiteiro, de

presunção, sem possibilidade de prova em contrário, a não ser no caso de haver o empreiteiro prevenido o dono da obra, relativamente ao defeito do solo. Mas esse raciocínio não estaria certo. Nenhuma razão existe para que seja menor a prescrição em um ou outro caso, uma vez que ela se conte da manifestação do direito. Quer dizer: no vício manifesto, existe desde o primeiro dia da entrega, ela se conta desse dia.

No caso, há que distinguir. A responsabilidade do incorporador não se funde na responsabilidade do construtor. Esta é que se funde naquela, que a absorve, aplicando-se o artigo 1.245, como garantia pela solidez da obra por cinco anos, ao lado da prescrição de vinte anos ou comum, conforme ficou dito acima, para os vícios ocultos” (Responsabilidade Civil em Debate, Forense, 1ª Ed., pág. 59).

E a essa orientação se somam **Carvalho Santos, Caio Mário, Hely Meirelles e Said Cahali**.

Vale invocar o precedente de minha relatoria, cujo Acórdão, por sua ementa dispôs:

“Civil — Responsabilidade civil — Construtor — Prescrição — Inteligência do art. 1.245 do Código Civil.

I — Comprovado o nexo da culpabilidade responde o construtor pelos vícios da construção e o

prazo do artigo 1.245 do Código Civil em caso que tal é de *garantia da obra*, sendo que o demandante que contratou a construção tem prazo de 20 (vinte) anos para propor ação de ressarcimento, que é lapso de tempo prescricional.

II — Recurso não conhecido.”

Ali proferi:

“... sobre a aplicação das disposições insertas no art. 1.245 do Código Civil. Esse artigo é expresso em atribuir a responsabilidade do empreiteiro pela solidez na chamada *garantia* que perdura mesmo quando recebida a obra sem ressalvas. Todavia, essa garantia, no dizer de **Aguar Dias**, fica restrita, exclusivamente, à solidez e segurança da obra, desinfluyente se houve ou não culpa do empreiteiro, por ser presumida. (AC 32.739-RJ — 11.09.84).

O Acórdão, **in casu**, seguiu o fundamento da sentença e esta assentou (fls. 237): “sem desmerecer os doutos autores das opiniões da exclusiva aplicação da hipótese do art. 1.245 do Código Civil, filio-me dentre aqueles que distinguem a obrigação contratual, para a qual a demanda só prescreve vinte anos após a entrega da obra ou do habite-se, aqui confessadamente admitido em 1972.”

Concluindo (fls. 239): “Nos termos em que entendo que respon-

de o Construtor/Incorporador ficou caracterizada a inexecução da sua obrigação e foram constatados os danos decorrentes.”

(REsp nº 8.489-0-RJ — DJ de 24.06.91).

De igual, o REsp nº 2.302-0-RS (DJ de 04.06.90).

E assim, também, entende a Colenda Quarta Turma, conforme Acórdão proferido no REsp nº 5.522-0-MG, relatado pelo eminente **Ministro Sálvio de Figueiredo** (DJ de 01.07.91).

Cumprir registrar que o recurso teve seguimento por evidente equívoco do douto Vice-Presidente do Tribunal de origem, ao compreender afirmada no acórdão existente a responsabilidade do construtor mesmo quando exaurido o prazo de garantia; circunstância que além de incorrida, não foi objeto do **decisum** e, portanto, não prequestionada.

Não vejo, assim, configurada a pretendida ofensa ao dispositivo legal apontado. A responsabilidade de

que se cogita foi apurada com base nas provas dos autos, inclusive pericial, e nestes ficou evidenciado o nexo de culpabilidade do recorrente.

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.527-6 — SP — (93.0033993-1) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Paulo de Oliveira Amaral. Advogados: Hélio Cerqueira Costa e outro. Recda.: Pátria Companhia Brasileira de Seguros Gerais. Advogados: Mário César de Novaes Bispo e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 22.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL nº 41.634-5 — RS

(Registro nº 93.0034310-6)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrente: *Rodobens Administração e Promoções Ltda.*

Recorrido: *Cláudio dos Santos*

Advogados: *Drs. Roberto Lopes da Silva e outros, e Sadimar Maggioni*

EMENTA: *Foro de eleição. Artigo 111 do CPC. Contrato de adesão.*

— O art. 111 do CPC aplica-se aos contratos em que as partes contratantes têm plena liberdade para estabelecer cláusulas disciplinadoras dos seus direitos e obrigações, o que acontece quando elas são economicamente iguais. Está, portanto, fora do seu alcance o contrato de adesão que não proporciona à parte aderente a oportunidade para decidir sobre a eleição do foro.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, 01 de março de 1994
(data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Rodobens Administração e Promoções Ltda., nos autos da ação de cobrança que lhe move Cláudio dos Santos, argüiu, por meio de exceção, a incompetência do foro de Porto Alegre, alegando que, pelo contrato vigente entre as partes, houve eleição do foro da comarca de São José do Rio Preto, São Paulo.

A E. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul confirmou a decisão que desacolheu a exceção, dando ensejo ao presente recurso especial, à base das alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em que se alega ofensa ao art. 111 do CPC e conflito com julgados de outros Tribunais.

Admitido o recurso pela letra **c**, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): A recorrente colacionou vários paradigmas que estariam em desacordo com o acórdão recorrido. Entretanto, seja porque esses paradigmas não têm por objeto contrato de adesão, seja porque omitido o nome do repositório em que teriam sido publicados, não foram atendidas as exigências elencadas no art. 255 do RISTJ, tidas como indispensáveis ao conhecimento do recurso. No atinente ao aresto do E. Tribunal de Justiça de São Paulo estampado na RT vol. 680, embora cuide de contrato de

adesão, limitou-se a recorrer e a transcrever-lhe a ementa que, como se sabe, não basta para comprovar a divergência.

Quanto à interpretação do art. 111 do CPC, filio-me à corrente, **data venia** dos que pensam o contrário, que só dá prevalência ao foro eleito em contrato de adesão quando os pactuantes são economicamente iguais. É que, em tal hipótese, ambos tiveram liberdade de escolha, não se podendo presumir a imposição da parte mais forte, a anular a vontade da outra. Na espécie concreta, porém, o autor da cobrança é pessoa física, a quem não se atribui a posse de vultosa fortuna. Há a presunção de que assinou o contrato de adesão porque, de outro modo, não poderia adquirir o automóvel, circunstância, aliás, que veio a ser comprovada com o ajuizamento da presente ação.

A jurisprudência desta E. Quarta Turma orienta-se neste sentido, conforme se infere do excelente voto proferido pelo Ministro Athos Carneiro no REsp nº 26.788-6/MG (DJ de 07/12/92).

A propositura da ação no foro onde se situa a agência da empresa em que a obrigação foi contraída, como ocorreu **in casu**, não fere a regra jurídica do citado art. 111 do CPC.

À vista do exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.634-5 — RS — (93.0034310-6) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Recte.: Rodobens Administração e Promoções Ltda. Advogados: Roberto Lopes da Silva e outros. Recdo.: Cláudio dos Santos. Advogado: Sadimar Maggioni.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 01.03.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.661-2 — BA (Registro nº 93.0034337-8)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrido: *Luiz Carlos Alves*

Advogados: *Drs. Izaias Batista de Araújo e outros, e Sandra Leite e outro*

EMENTA: *Processo Civil. Agravo de instrumento em segundo grau. Falta de peça de traslado obrigatório. Conversão em diligência. Inaplicabilidade do enunciado nº 288 da Súmula/STF às instâncias ordinárias. Vulneração do art. 523, CPC. Divergência jurisprudencial. Recurso provido.*

I — Descabe aplicação, nas instâncias ordinárias, do enunciado nº 288 da súmula do Supremo Tribunal Federal, voltado para a instância extraordinária.

II — Nessa linha, vulnera o art. 523, parágrafo único, CPC, o acórdão do Tribunal local que não conhece do agravo por falta de traslado de peça obrigatória, sem determinar seja diligenciada sua complementação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 3/93, e Fontes de Alencar.

Brasília, 15 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Ao julgar o agravo interposto pelo recorrente, o eg. Tri-

bunal de Justiça da Bahia proferiu acórdão sumariado por esta ementa:

“A falta de traslado de peças obrigatórias para a formação do instrumento de agravo, impõe o seu não conhecimento”.

Do voto condutor desse julgado se extrai:

“É atualmente jurisprudência pacífica dos nossos Tribunais que cumpre ao Agravante fiscalizar a elaboração do instrumento de agravo e, encontrando-se este sem o traslado de peças obrigatórias, previstas no parágrafo único do Art. 523 do Código de Processo Civil, o mesmo não pode ser conhecido.

In casu, o Agravante não trasladou a certidão de intimação do decisório agravado, segundo se verifica dos autos.

Dessa forma, a teor dos julgados desse Tribunal, proferidos pe-

la 1ª Câmara Cível, nos Agravos de Instrumento de nºs 65/89 e 41/89, publicados, respectivamente, no Diário Oficial do Estado de 28 de novembro de 1989 e 30 de novembro de 1989, não tem este Agravo condição de prosperar, pois a omissão de peça essencial implica no seu desconhecimento.

Ditos arestos, frise-se, encontram em sintonia com a súmula 288 do Supremo Tribunal Federal”.

Inconformando-se, manifestou o agravante recurso especial fundamentado nas alíneas a e c do autorizativo constitucional, argumentando com ofensa ao art. 523, CPC, bem como alegando divergência interpretativa com julgados do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, além dos enunciados nºs 235 da súmula/TFR e 3 da jurisprudência sumulada do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Sem contra-razões, foi admitido o recurso pela alínea a.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): A jurisprudência reiterada desta e da Terceira Turmas já pacificou o entendimento de que às instâncias ordinárias não cabe aplicar o enunciado nº 288 da súmula/STF, na esteira da orientação que já vinha prevalecendo no Supremo Tribunal Fe-

deral na vigência do regime constitucional anterior, do que é exemplo, dentre outros, o RE 94.660-GO, relatado pelo Sr. Ministro **Rafael Mayer**, sob esta ementa:

“Agravo de Instrumento. Traslado deficiente. Peça obrigatória. Conversão em diligência. Código de Processo Civil, artigo 523 (aplicação). 1. O procedimento do agravo de instrumento nos tribunais ordinários se subtrai à incidência da Súmula 288, posto que distinto da regulação do agravo de instrumento pertinente à denegação de recurso extraordinário (artigo 544 do Código de Processo Civil e artigo 315, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). 2. Nega vigência ao artigo 523 combinado com 557 do Código de Processo Civil decisão que se excusa de converter o julgamento em diligência para juntar peça obrigatória requerida na petição. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

Esta Quarta Turma, ao julgar o REsp 2.308-SP (DJ 30.3.92), relatado pelo sr. Ministro **Bueno de Souza**, sufragou como entendimento:

“Processual Civil. Agravo de instrumento. Ausência de peça obrigatória.

1. O enunciado da Súmula 288 do STF não pode ser aplicado pelos Tribunais locais.

2. Necessidade de converter-se o julgamento em diligência para suprir a falta.

3. Precedentes.

4. Recurso especial conhecido e provido”.

Acompanhei o voto do Relator, nessa oportunidade, invocando precedente da relatoria do Sr. Ministro **Athos Carneiro**, no REsp 3.269-RS (DJ 25.3.91), de cuja ementa se lê:

“Agravado de Instrumento. Falta de peça de traslado obrigatório. Artigo 523, parág. único, do Código de Processo Civil.

Na falta de peça de obrigatório traslado, não deverá o julgador indeferir de logo o agravo, mas convertê-lo em diligência para complementação do instrumento — CPC, art. 557, “caput”, segunda parte.

Recurso especial conhecido e provido”.

A eg. Terceira Turma, julgando o REsp 13.913-PB (DJ 5.11.91), de que foi relator o Sr. Ministro **Dias Trindade**, ementou:

“Civil/Processual. Agravado de instrumento. Peças obrigatórias.

Contraria os arts. 523 e 527 o acórdão que não conhece de agravo por falta de traslado das peças obrigatórias, antes que convertido em diligência para que a serventia componha o instrumento. (Súmula 235-TFR)”.

No mesmo sentido se orientava a jurisprudência sumulada do extin-

to Tribunal Federal de Recursos, sob o referido verbete nº 235.

No caso vertente, o Tribunal de origem, ao aplicar o enunciado nº 288 da súmula/STF, deixando de conhecer do agravo, vulnerou o art. 523, CPC, bem como dissentiu dos paradigmas colacionados.

Ao votar nos Embargos de Divergência 14.827-0-MG, tive ocasião de assinalar:

“Debate-se na espécie sobre a possibilidade ou não do juiz ou tribunal, e por extensão também da instância extraordinária, de ofício ensejar posterior juntada de procuração a recursos desta desprovidos.

Tema sobremaneira encontrado em nossa realidade forense, que se tornou tormentoso na jurisprudência em face da deficiência redacional, no ponto, da legislação processual, ainda não se pacificou neste Tribunal quando já decorridos quase cinco anos de sua existência.

Os votos até aqui proferidos no caso bem demonstram a dissonância.

Na doutrina, os comentários, cursos e manuais não têm enfrentado diretamente a questão, à exceção, ressalve-se, de **Tornaghi**, favorável, diga-se de passagem, à aplicação do art. 13. E mesmo assim sem versar especificamente o tema e aprofundar-se na incidência ou não daquela norma na instância especial.

Daí o relevo de um posicionamento desta Corte na matéria, ela que tem por missão dar a autêntica exegese da lei federal e serenar as eventuais divergências pretorianas.

Na vigência do sistema constitucional anterior, apreciando falta de procuração em instância ordinária, teve o Supremo Tribunal oportunidade de proclamar (RE 92.237, sendo relator o saudoso Ministro **Cunha Peixoto**, RTJ 95/1.349):

“O art. 13 do Código de Processo Civil não cuida apenas da representação legal dos incapazes e das pessoas jurídicas, mas inclui no elenco das irregularidades a serem sanadas a hipótese da incapacidade postulatória”.

Neste Tribunal, uma das correntes entende que a representação pelo advogado estaria regida exclusivamente pelo art. 37, CPC, sendo inaplicável, via de consequência, a norma do art. 13, que se destinaria à representação de incapazes e das pessoas contempladas no art. 12. Desse posicionamento são exemplos, dentre outros, os REsps 6.445, 9.308 e 10.028, da eq. 3ª Turma.

Em face da deficiente dogmática adotada pelo legislador de 1973, tenho que imprescindível se torna, em primeiro plano, delimitar o conteúdo do art. 13 para aferir-se o seu real alcance, se abran-

gente ou não da representação postulatória.

Expressa a referida norma:

“Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.

Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:

I — ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo;

II — ao réu, reputar-se-á revel;

III — ao terceiro, será excluído do processo”.

Mestre **Frederico Marques**, ao cuidar da representação no processo, na 7ª edição (1980) do seu “Manual” (Saraiva, vol. I, § 28, nº 227), ensina:

“Há, portanto, três espécies de representação processual: a) a representação legal, dos incapazes e das pessoas jurídicas; b) a representação voluntária ou convencional (Cód. Civ., art. 1.288); e c) a representação postulatória”.

Amaral Santos, também de saudosa memória, e com sua invejável didática, na mesma direção arremata, em suas “Primeiras Linhas” (Saraiva, 13ª ed., 1987, 1º vol., cap. XXXIV, nº 293):

“Autores há, seguindo **Car- nelutti**, que consideram como representação processual a chamada representação voluntária; outros, como **Calamandrei**, compreendem na representação processual a representação legal e a voluntária.

Entendemos, todavia, que a representação no processo compreende: a) a representação legal, obrigatória, respeitante à capacidade processual; b) a representação voluntária, voluntariamente determinada pela parte, de natureza convencional; c) e a representação propriamente processual, a consistente na terceira espécie das representações acima aludidas, e em virtude da qua¹ as partes postulam em juízo, representação esta que é a um tempo legal, no sentido de que é obrigatoriamente imposta pela lei, e convencional, no sentido de que o representante, voluntariamente escolhido pelo representado, atua no processo em nome deste, por força de um contrato, o contrato de mandato”.

Destarte, dentro do sistema jurídico vigente, não se pode simplesmente excluir do texto do art. 13 a representação postulatória.

Por sua vez, diz o art. 37, CPC:

“Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não

será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exhibir o instrumento de mandato no prazo de quinze (15) dias, prorrogável até outros quinze (15), por despacho do juiz.

Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos”.

Dada a aparente contradição, por tratarem as duas normas de um mesmo tema, melhor se põe uma interpretação construtiva, afinada com o princípio da instrumentalidade do processo e em harmonia com a mais autorizada doutrina em nossos dias.

Dispensando-me de incursões mais longas, restrinjo-me às lições de dois seguros processualistas desta Seção, que refletem com absoluta precisão a evolução do direito processual em nossos dias.

Por primeiro, colho do voto do Sr. Ministro **Eduardo Ribeiro**, no REsp 5.392-SP:

“Constitui afirmação mais que corrente a de que o proces-

so há de estabelecer adequada conjugação de dois valores: justiça e segurança. O objetivo de alcançar um deles leva, em regra, a de que o outro sofra alguma restrição. Isto se apresenta muito claro em tema de recursos, ou quando se fixam os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. Penetra, entretanto, todo o sistema. O processo moderno não se prende ao rigoroso mecanismo de preclusões, próprio do direito germânico. A elas não pode renunciar, entretanto, pena de sacrificar a segurança. Cuide o intérprete de tirar da lei o necessário a que se possa alcançar esta última, com o mínimo sacrifício para a justiça.

O citado artigo 13 propicia solução satisfatória para os defeitos de representação. Recomenda-se sua adoção também quando diga com aquela privativa do advogado. Se este desde logo não traz aos autos a procuração, disporá do prazo de quinze dias para fazê-lo, alegando urgência. Se isto não argüir, o Juiz haverá de fixar o prazo, determinando seja a falta suprida.

Observa-se que até quando se trata de documentos, tidos como indispensáveis à proposição da ação, haverá o Juiz de determinar sejam apresentados. É o que se conclui do disposto nos artigos 283 e 284 do CPC.

Não se justifica, a meu ver, tratamento diverso quando a peça faltante seja a procuração. A circunstância de exigir-se determinação judicial, que opera como uma advertência à parte, torna bastante distinto o procedimento que resulta da interpretação dada ao artigo 37 pelo acórdão recorrido”.

Em seqüência, trago à colação o voto do Sr. Ministro **Athos Carneiro**, em um dos seus últimos julgamentos nesta Segunda Seção:

“Reconsiderando a posição que adotei, sem fundamentá-la, no aresto embargado, rogo vênha para conhecer dos embargos e acolhê-los. Sou totalmente infenso à decretação de nulidades, sem antes conceder à parte — que aliás não deve inexorável e inapelavelmente responder pelos erros procedimentais de seu advogado — a oportunidade de sanar as nulidades sanáveis, de corrigir as irregularidades passíveis de correção.

Tenho por mui judiciosos os argumentos expendidos pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Vicente de Paulo Saraiva, cuja parte final apresenta o teor seguinte:

“Verifica-se, destarte, que nosso sistema processual é de *pas de nullité sans grief*,

por um lado; e por outro, a presença constante do magistrado na regularidade do processo, de instância em instância, em sucessivos juízos de admissibilidade.

No caso, cabia ao magistrado de 1º grau, para poder receber a apelação, verificar todos seus requisitos, objetivos e subjetivos, de admissão — entre os quais o da nova representação postulatória. Não o fez por um lapso, como cumpria, determinando novo substabelecimento — cujo equívoco era muito compreensível, aliás, dada a pleora de causas semelhantes e respectivos recursos, a cargo e uma plêiade de advogados do Banco embargante.

Como o recebimento do recurso não vincula o Tribunal **ad quem** (RE 85.516/SP — STF/2ª t., j. 20.09.77, v.u., Rel. Ministro Moreira Alves, DJU 11/11/70, p. 8.020), ao il. Relator da apelação cabia, por sua vez, ter mandado corrigir a irregularidade postulatória, propiciando prazo para tanto. Se não cumprida a obrigação, não precisava sequer ter submetido o apelo todo ao Colegiado: inadmitia-o, simplesmente.

O que a tradução literal do art. 37 do CPC está con-

duzindo, em última análise, é numa autêntica transformação do advogado em substituto processual das partes — e não em seu mero mandatário. Aquelas é que são os sujeitos da relação jurídica processual, por óbvio. E, por óbvio também, elas é que têm de pronunciar-se se o advogado, que se apresenta como defensor delas, foi por elas realmente constituído como tal. Daí a intimação dever ser dirigida a elas — que ratificam ou não um mandato, até então meramente subentendido, e que a partir daí passa a ser corporificado através do instrumento. Não propiciar às partes a decisão a respeito de seu patrono agride ao próprio princípio constitucional de ampla defesa, **d.v.**

Ademais, é de se perguntar — ante o princípio teleológico do *cui prodest?*

A quem aproveitaria anular-se uma demanda judicial, facilmente emendável? Ao Estado-Juiz, perpetuando-se os litígios que perturbam as relações sociais?! Aos próprios litigantes, que novamente teriam de reiniciar tudo de novo, por causa de uma mera nuga processual?

Daí a compreensível exprobação da Suprema Corte, ao

acolher o RE 82.932/AM (RTJ 86/853), contra o que chama de fetichismo das formas; tanto mais quanto

“O Código de Processo Civil ... é infenso ao feiticismo formal, admitindo o suprimimento ou repetição dos atos defeituosos, ainda que cominada pena de nulidade, se não há prejuízo para as partes...” (fls. 151/152)”

Quer-me parecer, ressalvo, que uma distinção há de ser feita, a saber, quando se trata de ausência ou deficiência de mandato nas instâncias ordinárias e na extraordinária.

Em se tratando daquelas, aplicável seria o art. 13, como decidiu a 4ª Turma, por unanimidade, no REsp 1.561-RJ, sob minha relatoria, em 11.12.89, no qual se discutia sobre ausência de procuração em instância ordinária, com a seguinte ementa (DJU de 5.2.90 e texto integral in “O processo Civil no STJ”, Saraiva, 1992, p. 1/4:

“Processo Civil. Mandato. Suprimimento. Oportunidade.

1. Em face da sistemática vigente (CPC, art. 13), o juiz não deve extinguir o processo por defeito de representação antes de ensejar à parte suprir a irregularidade.

2. O atual Código de Processo Civil prestigia o sistema que

se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis”.

Nessa linha, aliás, também ressaltou o Ministro **Eduardo Ribeiro**, no referido REsp 5.392-SP, e com a expressa adesão dos Srs. Ministros **Waldemar Zveiter** e **Cláudio Santos**, verbis:

“Salientou o eminente Relator que esta 3ª Turma já deixou de conhecer de recursos especiais, por falta de instrumento de mandato. Não me parece que a hipótese seja a mesma. O suprimimento daquela haverá de fazer-se onde praticado o ato. Não se coadunaria com o especial proceder-se à diligência neste Tribunal”.

Em nível de agravo regimental, reiteradamente assim tem decidido a 4ª Turma em casos nos quais tenho sido relator, e por unanimidade, de que é exemplo o AgRg no Ag 39.465-RS, (DJ de 29.11.93), cuja ementa assim se expressou:

“Processo Civil. Mandato. Ausência. Inaplicabilidade do art. 13, CPC, em instância extraordinária. Agravo desprovido.

I — Pacificou-se na Quarta Turma o entendimento de que o recurso especial interposto

por advogado sem procuração nos autos é de ser considerado inexistente, não se aplicando, na instância especial, o art. 13, CPC.

II — O recurso especial, pelas suas características e finalidades, de nobreza constitucional, tendo por escopo não os interesses da parte mas o resguardo do direito federal infraconstitucional, assim como a uniformidade interpretativa deste, reclama, e com justificadas razões, maior rigidez em sua admissibilidade”.

Confirmam-se, no mesmo sentido, dentre outros, os AgRgs 37.800-RS, 37.804-RS e 40.794-TO.

Esse também o sentido de decisão emanada do Supremo Tribunal Federal (Ag. 126.910-3-SP, relator o Sr. Ministro **Marco Aurélio**) publicada no DJU de 5.6.92.

“Vistos, etc.

Sem instrumento de mandado, o advogado não será admitido a postular em juízo (primeira parte do **caput** do artigo 37 do Código de Processo Civil). A agravante não se faz representada pelo causídico devidamente constituído. O subscritor do agravo não possui, nos autos, os indispensáveis poderes.

Nem se diga pertinente ao disposto na segunda parte do

aludido preceito legal. Há de se ter em conta que a interposição do recurso não é passível de enquadramento entre os atos reputados urgentes. É que concorre, sempre, a possibilidade de o provimento judicial ser contrário aos interesses sustentados no processo, cabendo à parte precatar-se.

A irregularidade da representação processual resulta na inexistência do ato praticado, motivando, assim, o não conhecimento do recurso. Declaro-o com base nos artigos 28, § 2º, e 38 da Lei nº 8.038/90 e considerando, ainda, o teor no artigo 21, § 1º do Regimento Interno desta corte”.

Outro a propósito, **mutatis mutandis**, não é o entendimento que tem sido adotado nesta Corte quanto às peças informadoras de agravos contra decisões que na origem inadmitem o recurso especial, na esteira, assinale-se, da jurisprudência firmada anteriormente na Suprema Corte. A respeito, dentre outros, confira-se o REsp 4.927-RJ (DJU de 5.11.90, de que foi relator o Sr. Ministro **Cláudio Santos**), assim ementado:

“Agravo de instrumento. Peça obrigatória. Ausência. Diligência. É de converter-se em diligência o agravo de instrumento na falta de peça obrigatória. A Súmula nº 288 do STF

não incide nos agravos de instrumento perante os tribunais ordinários, posto que distintos os ordenamentos regentes. Recurso especial conhecido e provido”.

Pelo exposto, conheço do recurso por ambos os fundamentos para, cassando o v. acórdão, ensejar seja complementado o instrumento e julgado o agravo como de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.661-2 — BA —
(93.0034337-8) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Izaias Batista de Araújo e outros. Recdo.: Luiz Carlos Alves. Advogados: Sandra Leite e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 15.03.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93 e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.867-4 — RS

(Registro nº 93.0035118-4)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Seltec Empresa Nacional de Serviços Ltda.*

Recorrido: *Município de Pelotas*

Advogados: *Renato Donadio Munhoz e outros, e Pedro Orestes Sorondo e outros*

EMENTA: *Tributário. ISS. Sua exigência pelo município em cujo território se verificou o fato gerador. Interpretação do art. 12 do Decreto-lei nº 406/68.*

Embora a lei considere local da prestação de serviço, o do estabelecimento prestador (art. 12 do Decreto-lei nº 406/68), ela pretende que o ISS pertença ao Município em cujo território se realizou o fato gerador.

É o local da prestação do serviço que indica o Município competente para a imposição do tributo (ISS), para que se não vulnere o princípio constitucional implícito que atribui àquele (muni-

cípio) o poder de tributar as prestações ocorridas em seu território.

A lei municipal não pode ser dotada de extraterritorialidade, de modo a irradiar efeitos sobre um fato ocorrido no território de município onde não pode ter voga.

Recurso provido indiscrepantemente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar 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. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Brasília, 4 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: *Seltec — Empresa Nacional de Serviços Ltda.* promoveu, contra o Município de Pelotas, uma Ação Cautelar de Sustação de Protestos em conexão com uma Declaração, esta última visando à isenção do pagamento de ISS sobre

prestação de serviços realizados em território de outro município.

Indeferidas, na primeira instância, em grau de apelação, o Tribunal de Justiça julgou procedente a sustação de protestos, sob color de que, em se tratando a certidão de dívida pública não estaria sujeita a protesto (não constitui título cambial).

Estribada no artigo 105, III, letras **a** e **c**, a Seltec manifesta REsp, sob pretexto de violação, pelo **decisum**, aos artigos 20, 801, 806 e 808 do Código de Processo Civil e artigos 9º e 12 do Decreto-lei nº 406/68 e divergência com julgados de outros Tribunais, eis que:

a) o ISS deve ser cobrado no Município em cujo território se constou o serviço;

b) o preço do serviço é o efetivo valor remuneratório daquele.

Admitido na origem, subiram os autos a esta instância para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): *Seltec — Em-*

presa Nacional de Serviços Ltda. promoveu contra o Município de Pelotas uma Ação Cautelar de Sustação de Protestos e uma Declaratória (visando o não pagamento do ISS sobre serviços pretados em território diverso daquele em que tem sede o seu Estabelecimento). Indeferidas, na Primeira Instância, em grau de apelação, o Tribunal de Justiça reformou, em parte, a decisão monocrática e julgou procedente a sustação de protesto (folha 151).

Inconformada, manifesta, a *Seltec*, REsp, com arrimo nas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional. A alegativa é de afronta, pelo decisório **a quo**, aos artigos 20, 801, III, 806 e 808 do CPC; artigos 9º e 12 do Decreto-lei nº 406/68 e dissenso pretoriano, eis que:

- a) a certidão da dívida ativa não está sujeita a protesto;
- b) o ISS deve ser cobrado no lugar da prestação do serviço;
- c) o preço do serviço é o efetivo valor remuneratório daquele.

Em primeiro lugar, afastado de apreciação os dispositivos do Código de Processo Civil, indicados como violados (artigos 20, 801, 806 e 808), por absoluta ausência de prequestionamento. Em verdade, as matérias disciplinadas nas questionadas regras legais não foram discutidas e nem julgadas no decisório, mesmo porque, manifestamente impertinentes não tiveram assomada a discussão no curso da causa. É certo que a recorrente embargou de declaração, visando suprir a omissão.

Mas, como se sabe, são serôdios os embargos visando prequestionar matéria só aflorada no recurso de esclarecimento. Ademais, se rejeitados os embargos, como no caso, a recorrente teria de se apoiar no REsp por violação ao artigo 535, para possibilitar novo exame das questões pelo Tribunal **a quo**, evitando supressão de instâncias.

Quanto à questão nodal do recurso — a de que o ISS é devido no território do Município em que se prestou o serviço — parece-me com a razão, a recorrente. É certo que o artigo 12 do Decreto-lei nº 406/68 dispõe que, “considera-se local da prestação do serviço, o do estabelecimento prestador, ou, na falta, o do domicílio do prestador”.

É de ver que o dispositivo supra não tem sentido absoluto. A sua compreensão, como ensinam os doutrinadores, exige temperamentos. É curial que na repartição dos tributos, a lei pretende que o ISS pertença ao Município em cujo território se realizou o fato gerador. É, pois, o local da prestação do serviço que indica o município competente para a cobrança do tributo. Entender-se de outro modo é um contra-senso, eis que, se permitiria que, um serviço realizado dentro das fronteiras de um município, a outro se deferisse.

O insigne tributarista Roque Carraza, ao escrever sobre aspectos controvertidos do Decreto-lei nº 406/68 e, dentre eles, o local da prestação do serviço, para efeito de estabelecer a propriedade do ISS,

esclareceu, com maestria: “A matéria vem disciplinada no artigo 12: Considera-se local da prestação do serviço o do estabelecimento prestador ou, na falta, o do domicílio do prestador. Esse artigo 12, creio eu, deve ser considerado com grandes cautelas justamente para que não se vulnere o princípio constitucional implícito que atribui ao Município competência para tributar as prestações ocorridas em seu território. Se o serviço é prestado no Município “A”, nele é que deverá ser tributado pelo ISS, ainda que o estabelecimento prestador esteja sediado no Município “B”. Do contrário estaríamos admitindo que a lei do Município “B” pode ser dotada de extraterritorialidade, de modo a irradiar efeitos sobre um fato ocorrido no território do município onde ela não pode ter voga... Sempre o ISS é devido no Município em cujo território a prestação de serviço se deu. Isso a despeito do que dispõe o artigo 12 do Decreto-lei nº 406/68, que não se sobrepõe a nenhuma norma constitucional” (Rev. de Direito Tributário, vol. 48, págs. 210/211).

A Egrégia 2ª Turma desta Corte Suprema já enfrentou a **vexata quaestio**, averbando, com juridicidade: “O ISS é tributo de competência dos Municípios. O fato impositivo deve ocorrer nos limites geográficos dessa pessoa jurídica de direito público interno. Decorre de princípios “em harmonia com normas constitucionais. Se o fato gerador acontece em outro local, evidente a invasão de competência”. Em outra oportu-

nidade, proclamou esta Egrégia Corte, em acórdão da lavra do Ministro Vicente Cernicchiaro: “O imposto sobre serviços de qualquer natureza é da competência do município. O fato gerador deve acontecer nos respectivos limites geográficos. Não alcança fato impositivo, ainda que realizado por filial, cuja matriz tenha domicílio em outro” (REsp nº 38, julgado em 28.08.1989). **Tollit quaestio**.

Acolhida, pois, a tese da recorrente, a de que o tributo (ISS) é indevido, desde que cobrado por Município diverso, perde a razão de ser a discussão (a decisão) sobre a base de cálculo ou valor da operação ou quantificação do débito. É que, essas questões, acaso sejam suscitadas, serão apreciadas e decididas quando da exigência (se houver interveniência do judiciário) do tributo no Município em que se deve efetuar o pagamento. Parece-me, sem dúvida, que as demais questões estão prejudicadas.

Conheço do recurso pelas letras **a** e **c** e dou-lhe provimento, invertendo o ônus da sucumbência (estabelecido na sentença de 1º grau).

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.867-4 — RS — (93.0035118-4) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Seltec Empresa Nacional de Serviços Ltda. Advogados: Renato Donadio Munhoz e outros. Recdo. Município de Pelotas. Advogados: Pedro Orestes Sorondo e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 04.04.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 42.100-4 — RS
(Registro nº 93.0035691-7)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Recorrente: *Instituto Nacional de Seguro Social — INSS*

Advogado: *Lino Dalmolin*

Recorridos: *Júlio de Quadros e outros*

Advogado: *Walter Torres de Leão*

EMENTA: Previdenciário. Reajuste de benefícios. Decreto-lei nº 2.351, de 07.08.87. Incidência.

O reajuste dos benefícios previdenciários, enquanto esteve em vigor o Decreto-Lei nº 2.351, de 07.08.87, deveria ser feito com base no salário mínimo de referência.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Brasília, 21 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente e Relator.

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social — INSS, arri-mado na alínea a do permissivo constitucional, pleiteando a reforma do v. aresto de fls. 91/98 proferido, à unanimidade, pela eg. Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que decidiu pela adoção do Piso Nacional de Salários, e não do salário mínimo de referência, como parâmetro para o reajustamento dos benefícios previdenciários.

rios, a partir do advento do Decreto-Lei nº 2.351/87.

Alega o recorrente violação ao art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 2.351, de 07.08.87, devendo ser aplicado para o reajuste do benefício previdenciário o salário mínimo de referência (fls. 100/110).

Não houve contra-razões (fl. 112) e o especial foi admitido (fl. 113).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Dispõe o Decreto-lei nº 2.351, de 07 de agosto de 1987:

“Art. 2º — O salário mínimo passa a denominar-se Salário Mínimo de Referência.

§ 1º — Ficam vinculados ao Salário Mínimo de Referência todos os valores que, na data de publicação deste Decreto-lei, estiverem fixados em função do valor do salário mínimo, especialmente os salários-profissionais de qualquer categoria, os salários normativos e os pisos salariais fixados em convenção ou acordo coletivo de trabalho, bem assim salários, vencimentos, vantagens, soldos e remunerações em geral de servidores públicos civis e militares da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios e respectivas autarquias

e, ainda, pensões e proventos de aposentadoria de qualquer natureza, penalidades estabelecidas em lei, contribuições e benefícios previdenciários e obrigações contratuais ou legais.”

De pronto, verifica-se que o salário mínimo foi transmutado para corrigir as aposentadorias, inclusive as de natureza previdenciária, em *salário mínimo de referência*.

Observou, com a acuidade que lhe é peculiar, o Juiz **Ary Pargendler**, na Argüição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 90.042047-0-RS:

“O Decreto-lei nº 2.351/87, foi uma tentativa de desfigurar o salário mínimo como indexador econômico. A proposta era a de dobrá-lo em dois institutos: (a) o do piso nacional de salários, que teria ganhos reais e serviria apenas para efeito da remuneração assalariada e (b) o do salário mínimo de referência, que funcionaria como cláusula de escala móvel.

As finalidades do aludido diploma foram desde logo desvirtuadas. Nem o piso nacional de salários teve ganhos reais projetados, nem o salário mínimo de referência acompanhou os índices de inflação. O resultado foi a deterioração de um e de outro, de modo que os valores atrelados ao salário mínimo de referência — e um exemplo disso são os benefícios

previdenciários — sofreram uma defasagem brutal no poder aquisitivo.

Daí todavia, não decorre qualquer inconstitucionalidade, que supõe estivesse a Previdência Social obrigada a pagar aos segurados benefícios reajustados segundo a evolução do salário mínimo ou, como se quer, do piso nacional de salários.

A Constituição Federal nunca assegurou isso de modo permanente. Fê-lo, a de 1988, em caráter transitório, até que fosse votada a Lei de Custeio e de Benefícios da Previdência Social (ADCT, art. 59).

De modo que o Decreto-Lei 2.351/87, não estava obrigado a vincular o reajuste dos benefícios previdenciários à evolução do salário mínimo ou do seu equivalente piso nacional de salários. Fez, no entanto, aquilo que era o mínimo ético: mandou que o Poder Executivo observasse, na respectiva fixação, a defasagem da moeda. Tudo a revelar que a Lei é boa e que só foi comprometida pela sua má aplicação.” (fls. 104/105)

A trilha foi seguida pelo ilustre Juiz **Sílvio Dobrowolski**:

“1. O Decreto-Lei 2.351/87, instituiu o Piso Nacional de Salários, para os trabalhadores ativos, de modo a receberem reajustamen-

tos salariais, considerado o aumento de produtividade. Traduz-se em fórmula justa, para premiar quem trabalha e, por seu esforço, eleva a produção, beneficiando o País, como um todo.

2. Já com relação aos aposentados e servidores públicos, o diploma sob enfoque, instituiu como indexador, para manter o poder aquisitivo, o salário mínimo de referência.

Embora haja disparidade em frente aos trabalhadores ativos do setor privado, a desigualdade das situações permite o trato diferente.

Por outro lado, a regra referida em nada maltratou a norma do art. 165, da Constituição Federal de 1969, que previu alguns direitos específicos, dos trabalhadores, entre os quais o da previdência, e ainda admitiu “outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social”.

A manutenção do poder aquisitivo das pensões dos aposentados, em nada se opõe à citada regra constitucional. A existência do benefício previdenciário mira, por si, à melhoria da condição social dos trabalhadores, uma vez que lhes assegura a proteção perante a velhice, a doença, o acidente no trabalho. Essa consequência, sem dúvida, é motivo de melhoria da condição social dos trabalhadores e a preservação do poder aquisi-

tivo das pensões não delira dessa finalidade constitucional.

Se a aspiração por um aumento no valor dos benefícios é compreensível, o fato de não ser o mesmo deferido, de modo algum ofende o Texto Maior citado." (fls. 106/107)

A Súmula 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos não considerou essa legislação. Portanto, não invocável para sustentar o **decisum**.

O critério da proporcionalidade do reajuste dos benefícios previdenciários foi uma constante. Até para possibilitar-lhes a manutenção e oferecer condições para a concessão de outros. É o que vamos encontrar disciplinado no Decreto-lei nº 7.835, de 06.08.45, o que foi mantido pelo art. 67, § 2º da Lei nº 3.807, de 26.08.1960, que vigorou até que fosse modificado pelo Decreto-lei nº 66, de 21.11.1966, o qual foi alterado pela Lei nº 5.890, de 08.06.1973, modificada pelo Decreto-lei nº 2.807, de 22.12.1983, que foi revogado pelo Decreto-lei nº 2.113, de 01.04.1984. A proporcionalidade foi mantida pelo artigo 5º da Lei nº 7.238, de 29.10.1984.

Desse modo, a autarquia recorrente não cometeu ilegalidade ao reajustar pensões e aposentadorias, com base no salário mínimo de refe-

rência, no período em que esteve em vigor o referido Decreto-Lei nº 2.351/87, isto é, de setembro de 1987 a junho de 1989, por força do disposto na Lei nº 7.789/89 c.c. o artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A decisão recorrida, assim, contrariou o previsto no art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 2.351/87, o que me leva conhecer e dar provimento ao recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 42.100-4 — RS — (93.0035691-7) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Recte.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogado: Lino Dalmolin. Recdos.: Júlio de Quadros e outros. Advogado: Walter Torres de Leão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento nos termos do voto do Ministro Relator (em 21.02.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Drs. Vilma Westmann Anderlini e outros*

Recorrida: *Conceição Valim Pereira*

Advogado: *Dr. Carlos Alberto Rodrigues*

EMENTA: *Previdenciário. Rurícola (bóia-fria). Aposentadoria por velhice. Prova puramente testemunhal. Admissibilidade no caso concreto: contestação abstrata e falta de contradita das testemunhas. Interpretação de Lei de acordo com o art. 5º da LICC, que tem foro supralegal. Recurso especial conhecido pela alínea c, mas improvido. Não conhecimento pela alínea a do autorizativo constitucional.*

I — Mulher com 57 anos de idade, alegando que trabalhou anos a reio como “bóia-fria”, ajuizou ação pedindo sua aposentadoria por velhice (CF, art. 202, I). O juiz — e em suas águas o tribunal a quo — julgou procedente seu pedido, não obstante ausência de prova ou princípio de prova material (Lei nº 8.213/91, art. 55, § 3º).

II — A Previdência, após sucumbir em ambas as instâncias, recorreu de especial (alíneas a e c do art. 105, III, da CF).

III — O dispositivo infraconstitucional que não admite “prova exclusivamente testemunhal” deve ser interpretado cum grano salis (LICC, art. 5º). Ao juiz, em sua magna atividade de julgar, caberá valorar a prova, independentemente de tarifação ou diretivas infraconstitucionais. No caso concreto, a contestação se primou por ser abstrata e não houve contradita das testemunhas. Ademais, o dispositivo constitucional (art. 202, I) para o “bóia-fria” se tornaria praticamente ineficaz, pois dificilmente alguém teria como fazer a exigida prova material.

IV — Recurso especial conhecido e improvido pela alínea c e não conhecido pela alínea a do autorizativo constitucional.

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 pela alínea *a*, conhecer pela alínea *c*, do permissivo constitucional, porém negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli.

Brasília, 22 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF.

2. Conceição Valim Pereira, rurícola, ajuizou ação, pleiteando sua aposentadoria por velhice. Teve seu pedido acolhido. O INSS recorreu. A 2ª Turma do TRF da 3ª Região negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

“Previdenciário. Benefício. Aposentadoria por velhice. Condição de rurícola. Prova. Período de carência. Honorários advocatícios.

À minguia de outras provas, admitem-se, para comprovar a condição de rurícola, os depoimentos testemunhais, tendo em vista a lastimável situação daqueles que trabalham no campo.

Comprovada a carência, admitidos períodos descontínuos, faz jus a autora à aposentadoria por velhice rural.

Honorários advocatícios fixados com moderação.

Apelo improvido.” (AC nº 92.03.44801-2/SP, Rel. Juiz José Kallás, julgado em 10.11.92).

3. Inconformado, o recorrente interpõe recurso especial. Alega violação ao art. 25, II; ao art. 48, parágrafo único, e ao art. 55, § 3º, todos da Lei nº 8.213/91; bem como ao art. 49, parágrafo único; ao art. 60, § 5º; ao art. 61; ao art. 179, § 1º, § 2º e § 3º, todos do Decreto Regulamentador nº 611/92. Aduz que a prova da atividade laborativa, por um período mínimo legal, é indispensável para tornar devido o benefício pleiteado. Ressalta que a legislação vigente não permite tão-somente prova testemunhal, como se deu **in casu**.

4. Sem contra-razões (conforme certidão, às fls. 52).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Como se viu do relatório, o recorrente, INSS, quer a reforma do julgado ao fundamento de que ele, além de contrariar a jurisprudência, vai de encontro a dispositivos de leis infraconstitucionais.

Senhor Presidente, conheço do recurso pela alínea c. O antigo TFR, como se pode ver da ementa colacionada, da lavra do eminente Ministro Costa Lima, não admitia prova exclusivamente testemunhal para configurar atividade laboral. Quanto ao segundo aresto, ele não se presta para o fim colimado, uma vez que é do mesmo tribunal cuja decisão se ataca (Súmula nº 13/STJ).

No caso concreto, é certo, o juiz monocrático (fls. 26/37) se baseou única e exclusivamente no depoimento de duas testemunhas (fls. 20/21). Ocorre, todavia, que na contestação (fls. 17/18) o ora recorrente se limitou a alegações abstratas, falando que o art. 202 da Constituição Federal não é *self executing*, pois as despesas da Previdência sempre dependem de fonte de custos etc. Por outro lado, não houve contradita de testemunhas.

A recorrida, por ocasião da refrega processual, já contava com a ida-de constitucional (art. 202, I). Segundo seu depoimento, corroborado pelas testemunhas, trabalhou como “bóia-fria” nas fazendas da região.

A jurisprudência do TFR, embora não de todo firme, foi predominantemente sensível à situação de nosso trabalhador rural:

“Previdência Social Rural. Trabalhadores rurais avulsos. Aposentadoria-invalidez. Não desmerece a prova de qualidade do trabalhador rural avulso a sua produção só por via de testemunhas, pois só recentemente, e por via de uma greve, tiveram eles reconhecido o direito do registro de seus contratos de trabalho na carteira de trabalho e previdência social. Provada a invalidez do trabalhador, correta é a concessão da sua aposentadoria, com prestações a partir da data do laudo médico”. (AC nº 90.483/SP, Rel. Min. Carlos Madeira in DJU 22/06/84.

“Previdenciário — Prorural — Aposentadoria por velhice (artigos 2º, I, e 4º, da Lei Complementar nº 11/71). Benefício que se concede a trabalhadora rural que enviuvando e necessitando sustentar-se e a seus filhos, comprovou ter mais de 65 anos de idade e que, por mais de 15 anos, exerceu a dura labuta de “bóia-fria” em fazendas da região. Prova testemunhal que se acolhe, por não haverem os depoentes sido contraditados em juízo. Sentença reformada apenas na parte que diz respeito à condenação do INPS no reembolso de despesas de condução do Oficial de Justiça e de

correio, que pertencem ao gênero custa (art. 2º da Lei nº 6.032/74)". (Ac. nº 94.997-SP. Rel. Min. Carlos Thibau in DJU de 19.12.84).

"Previdenciário — Aposentadoria por velhice — Funrural — Justificação — Decreto nº 72.711/73.

1) O Decreto nº 72.711/73 (art. 141, parágrafo único) quando estabelece que a justificação por testemunhas deve estar acrescida de "razoável princípio de prova material" endereça-se à própria administração, para a concessão, na esfera administrativa, do benefício pleiteado. No âmbito judicial, todavia, submetido qualquer assunto ao crivo do contraditório, todo meio de prova legalmente permitido, inclusive o exclusivamente testemunhal, e admitido para formar a convicção do juiz.

2) Procedência parcial do pedido, para a concessão da aposentadoria, por velhice (regulamento do programa de assistência ao trabalhador rural, Decreto nº 73.617/74, art. 15).

3) Apelo improvido". (AC nº 46.059-SP. Rel. Min. Washington Bolívar in DJU de 06/11/80).

Assim, Senhor Presidente, embora conhecendo do recurso pela alínea c do permissivo constitucional, nego-lhe provimento.

O recorrente, também como se viu do relatório, recorreu com fulcro

na alínea a do autorizativo constitucional. O § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/91, é verdade, diz:

"A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no artigo 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento."

Ora, esse dispositivo tem que ser interpretado **cum grano salis**. Ao juiz é que caberá, dentro de seu livre convencimento, em cada caso, tomar como provado ou não o fato deduzido em juízo. Todos nós que conhecemos a vida dos "bóias-frias", sabemos que praticamente é impossível a qualquer deles, por meio de documentos, provar que trabalhou para alguém no campo. O preceito legal, tenho para mim, embora factível no meio urbano, dificilmente o será no rural.

No tocante ao custeio previdenciário, vem a pêlo a argumentação do Juiz José Kallás, relator **a quo**:

"Com o advento da Lei nº 7.787, de 30.06.89, que em seu artigo 21 criou novos recursos para a Previdência Social, tornou-se aplicável o artigo 201, §§ 5º e 6º, da Constituição".

Com tais observações, inobstante as judiciosas argumentações do recorrente, não conheço do recurso pela alínea a.

Em resumo, Senhor Presidente, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 42.667-7 — SP — (94.000996-8) — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Maciel. Recte.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogados: Vilma Westmann Anderlini e outros. Recda.: Concei-

ção Valim Pereira. Advogado: Carlos Alberto Rodrigues.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso pela alínea a, conheceu pela alínea c, do permissivo constitucional, porém negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 22.03.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 42.860-2 — SP

(Registro nº 94.0001498-8)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Video Cast Produções Ltda.*

Advogados: *Valéria Bertazoni e outros, e Célio Rodrigues Pereira e outros*

EMENTA: *Tributário. ISS. Distribuição de filmes e “video-tapes”. Afastada incidência do ICMS.*

A distribuição de filmes e “video-tapes” é hipótese de incidência do ISS, por achar-se expressamente prevista na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 406/68.

O item 63 da referida lista trata da distribuição com gênero, tornando defeso ao Poder Tributante identificar, em suas espécies, fatos geradores subsumidos a distintas hipóteses de incidência.

O vocábulo “distribuição”, para fins de tributação pelo ISS, abrange inclusive a venda de fitas às chamadas “vídeo-locadoras”, afastada, in casu, a incidência do ICMS.

Recurso improvido, por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha, 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. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Brasília, 11 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado de São Paulo*, com arrimo na letra *a* do admissivo constitucional, contra o v. acórdão da Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça Paulista, no sentido de afastar do campo de incidência do ICMS os serviços de distribuição de filmes gravados em fitas de vídeo-cassete.

Em suas razões, o Estado recorrente aponta violação ao artigo 8º do Decreto-lei nº 403/68, fundado em que a atividade exercida pela recorrida caracteriza-se como de “co-

mercialização” de mercadoria, não se incluindo no conceito de “distribuição” estatuído no item 63 da Lei Complementar nº 36, de 15.12.87.

Ofertadas as contra-razões (fls. 308/311), subiram os autos a esta superior instância, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): O **thema decidendum** reside precipuamente na busca da correta delimitação do termo “distribuição”, contido no item 63 da lista de serviços instituído pela Lei Complementar nº 56/87, que torna tributáveis pelo ISS os serviços de “gravação e distribuição de filmes e *video-tapes*”.

Entende o recorrente que a atividade desempenhada pela recorrida, consistente na venda de fitas de vídeo-cassete a empresas especializadas em sua locação a consumidores desejosos de obter sua simples reprodução em aparelho doméstico (vídeo-locadoras), configura operação eminentemente mercantil, traduzida na alienação de bem material.

Segundo lhe parece, não se pode conferir ao vocábulo “distribuição” amplitude tal a ponto de englobar negócios jurídicos cujo elemento central consista na venda de mercadoria.

Preambularmente, julgo oportuno rememorar alguns aspectos nor-

mativo-conceituais relativos ao ISS, com força para esmaltar a contro-
vêrsia e concorrer sobremaneira pa-
ra seu adequado deslinde.

É cediço que tanto o ISS como o ICMS quadram-se como tributos destinados a onerar a circulação, aqui concebida como a marcha de bens e serviços em direção ao consumo. Noutras palavras: ambas as imposições tributárias têm por suporte fático idêntico fenômeno econômico, a saber, a circulação (vide, a propósito, **Bernardo Ribeiro de Moraes**, in Doutrina e Prática do ISS, 1ª ed., 3ª tiragem, 1984, págs. 74 e ss.).

Ao legislador coube a tarefa de diferenciar e delimitar a hipótese de incidência destes tributos, tendo por ponto de partida a preponderância do elemento imaterial (serviço) ou material (mercadoria) dos bens “in comércio”, gravando a circulação onde impere o primeiro com o ISS e o segundo com o ICMS.

Em determinadas situações, onde a prestação de serviço inclui fornecimento de mercadoria, incidirá apenas a exação municipal, desde que o fato imponible figure na lista instituída pela norma de regência (artigo 8º, § 1º do D.L. 406/68).

Igualmente, caso o fornecimento de mercadorias abranja prestação de serviços especificados na citada lista, fica a operação sujeita, com reserva, ao ISS, conforme deduz-se, a **contrario sensu**, da leitura do indigitado artigo 8º, § 2º, do D.L. 406/68).

Desta maneira, solucionou o legislador os casos em que a operação possui caráter misto, envolvendo prestação de serviços e fornecimento de mercadoria, definindo a subsunção do ato de mercancia segundo a supremacia do fator imaterial ou material nele incrustado.

Isto posto, há de se considerar, nesse passo, a taxatividade da lista de serviços, cuja consequência primeira é afastar do campo de incidência do ISS qualquer serviço que não se ache ali consignado.

Nesse ponto, adentro o **meritum causae**, analisando o significado do vocábulo “distribuição” e seu contexto de inserção, no desiderato de precisar seus exatos alcance e sentido.

Na oportunidade, reporto-me às bem lançadas razões do voto-condu-
tor do aresto recorrido, da lavra do ilustre Desembargador **Érix Ferreira**, do seguinte teor:

“Não pode prevalecer, entretanto, o conceito restrito sustentado pela Fazenda. O contrato de “distribuição” de filmes e “vídeo-tapes”, na acepção de mera “locação” do direito de exibição da obra, sem perda para o produtor dos seus direitos sobre ela, pode ocorrer, como de fato tem ocorrido nas práticas observadas. Estas, entretanto, não se esgotam nessa única modalidade de “distribuição”, não sendo raros os negócios em que parece às partes mais conveniente “vender” a obra ao seu consumidor e não simples-

mente exibi-la. Essa alternativa viabilizou-se a partir do surgimento dos vídeo-cassetes com os correspondentes equipamentos domésticos destinados à sua reprodução. Se, quanto aos filmes, a “locação” da obra por prazo determinado representava a opção mais interessante em vista de sua reprodução restrita às salas dos cinemas públicos, no tocante aos vídeo-cassetes a realidade prática tornou-se muito diferente. Ao lado da venda das fitas gravadas diretamente ao consumidor final, em lojas especializadas e até em magazines e supermercados, proliferaram-se as “vídeo-locadoras”, empresas dedicadas exclusivamente ao aluguel dessas fitas aos interessados na sua reprodução doméstica. E essas empresas, por sua vez, têm suas fitas adquiridas dos produtores, normalmente por intermédio de empresas “distribuidoras”, tais como a autora.

Percebe-se, pois, que a “distribuição” de vídeo-cassetes assemelha-se bastante à prática equivalente costumeiramente adotada para a “distribuição” de livros e revistas. E não se pode negar aos contratos que se fazem entre produtor e “distribuidor” visando, tanto uma como a outra operação, o qualificativo “de distribuição” apenas porque neles haveria uma transmissão do direito de uso da obra, corporificada pela venda e compra do seu meio de gravação, a fita ou o livro.

O paralelo com o livro presta-se, ainda, a evidenciar que, tanto para a obra gravada em fita como para a impressa no livro, preservam-se os direitos autorais, vedada ao “adquirente” sua reprodução ou exploração comercial. E, como o livro nas bibliotecas, permite-se às “vídeo-locadoras” seu aluguel a terceiros.

Se consultada a doutrina, verificar-se-á não ser estranho como objeto dos contratos de distribuição em geral a venda de mercadorias. Ao contrário, esse é o objetivo normal de tais contratos. A “distribuição” de filmes é que, diante de suas peculiaridades, costumava exibir características especiais, como se viu.

Discorrendo sobre o contrato de concessão comercial, como nele compreendido o contrato de distribuição, assim se manifesta **Rubens Requião**:

“Em todos esses conceitos de concessão comercial ou de franquia, vemos que a operação comercial de “distribuição” de produtos e mercadorias se correlaciona estreitamente com o contrato de compra e venda em massa. O objetivo do contrato, qual seja, o seu **nomem juris**, é impor e expandir a comercialização, vale dizer, a venda dos produtos ao consumidor.” E, mais adiante: “O contrato de distribuição, como se sabe, está em via de tipificação legal no Direito brasilei-

ro, sendo objeto de definição no Projeto de Código Civil, dispondo o parágrafo único do art. 708: "Caracteriza-se a distribuição quando o agente tiver a sua disposição coisa a ser negociada." (fls. 269/270).

A toda evidência, a operação **in comento** (comercialização de obras cinematográficas gravadas em fitas de vídeo-cassete) afigura-se passível de sujeitar-se à incidência do ICMS. Contudo, o legislador optou por tipificá-la como fato gerador do ISS, de certo, repito, por considerar a prevalência do elemento imaterial (prestação de serviço inclusa na produção e reprodução da obra) sobre o corpóreo (venda da fita na qual acha-se encravado o trabalho cinematográfico).

O ponto de vista esposado pela Fazenda de São Paulo é incompatível com a sistemática do ISS, pois o que mais importa no exame do fato imponível em tela não é a comercialização do instrumento (fita de vídeo-cassete, película, etc.) e sim a prestação de serviço nela embutida. Noutras palavras: o fator primordial a delinear a moldura fática da exação é a supremacia da obra artística (filme) sobre o instrumento à qual a mesma incorporou-se, restando óbvio, pelos fins da atividade comercial examinada, que a aquisição da fita é motivada pelo conteúdo a ela agregado.

Em resumo, a recorrente esforça-se na tentativa de diferenciar a dis-

tribuição dos filmes e fitas de vídeo-cassete de sua comercialização, apegando-se à natureza de mercadoria desses bens.

Falece-lhe razão, contudo, na medida em que busca distinguir onde a lei não o faz, separando a distribuição com propósito "locatício" daquela realizada com escopo alienatório.

O item 63 da lista de serviços trata da distribuição como gênero, tornando defeso ao aplicador da norma identificar em suas espécies fatos geradores subsumidos a distintas hipóteses de incidência tributária.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento, para que a distribuição de fitas de "vídeo-tapes" realizada pela recorrida sujeite-se exclusivamente à tributação pelo ISS, afastada, assim, a incidência do ICMS sobre a mesma operação.

É como voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, **data venia**, fico vencido.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: **Data venia**, fico vencido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 42.860-2 — SP —
(94.0001498-8) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Valéria Bertazoni e outros. Recdo.: Vídeo Cast Produções Ltda. Advogados: Célio Rodrigues Pereira e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha, negou provimento ao recurso (em 11.04.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 43.035-6 — SP

(Registro nº 94.0001878-9)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrentes: *Arthur Alves Dutra Júnior e outros*

Recorrido: *Assessor Consultores Empresariais S/C Ltda.*

Advogados: *Drs. Clito Fornaciari Júnior e outros e Paulo Carvalho Caiuby e outros*

EMENTA: *Processual Civil — Medida cautelar de produção antecipada de prova — Antecipação da discussão da questão de mérito.*

I — Na medida cautelar de produção antecipada de prova, não se antecipa o exame da questão de mérito da ação principal a ser proposta, porque isto implicaria em transmudar a medida cautelar antecipada em processo contencioso.

II — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade,

não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Costa Leite e Eduardo Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 05 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente. Ministro WALDEMAR
ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Medida Cautelar de Produção Antecipada de Prova, nos autos da qual aviou-se Agravo de Instrumento contra decisão que considerou descabida contestação por versar esta matéria de mérito da Ação Principal.

O acórdão concluiu que, na impugnação, o que se contesta é o cabimento ou não da medida (fls. 115).

No apelo, com fundamento na alínea a do permissivo, alega-se malfezida a regra do artigo 802, do CPC.

Às fls. 157, exarou-se despacho, onde se deferiu o recurso, atendendo-se a que o dispositivo dito violado foi expressamente indicado e não se vislumbra a incidência dos vetos regimentais ou sumulares.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): A Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo examina a espécie, deduzindo-a assim (fls. 114/115):

“O nobre Magistrado deixou de apreciar a contestação, considerando-a descabida, por versar ela sobre matéria a ser apreciada na ação principal. E basta um exame, mesmo perfunctório, dessa peça, para se concluir que a afirmativa é verdadeira, ou seja, de

que nada de interesse para o andamento da medida cautelar foi alegado pelos agravantes, que resolveram entrar no mérito da questão.

Nestes termos, a contestação não pode mesmo ser admitida, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário uniforme, segundo o qual a impugnação há de restringir-se ao cabimento ou não da medida. Adotando-se orientação diversa, obrigar-se-á o Juiz a decidir questões que nada têm a ver com o processo cautelar, proferindo sentença que não terá força apenas formal e homologatória, mas que decidirá o mérito em ocasião inoportuna, contrariando o objetivo e a finalidade desse processo.

Assim, nenhum reparo merece a r. decisão agravada.”

Trata-se, como se vê, de decisão que afastou, em medida cautelar de antecipação de prova, a contestação do agravante porque esta indevidamente adentrou questão de mérito, a qual, eventualmente, competiria à ação principal proceder ao seu exame.

O Acórdão impugnado se amoldou à exegese que parte da doutrina ensina sobre a regra do artigo 802 do CPC, tal como demonstra escólio de **Ulderico Pires dos Santos**, apontado pelo recorrido, assim transcrito (fls. 141/143):

“Malgrado disponha o artigo 802 do Código de Processo Civil que, em qualquer processo caute-

lar, o requerido será citado para oferecer contestação, o certo é que,

“isto só poderá ocorrer naqueles casos em que há de ter o seu merecimento julgado pelo juiz a quem foi requerido, se não é ele que deva decidir sobre o valor, importância e idoneidade da prova colhida antecipadamente, não se poderá cogitar de contestação desta nos autos do procedimento cautelar porque o seu destinatário não é o magistrado que a dirige e sim o que irá decidir sobre o merecimento dos fatos nela colhidos. Se nos autos da prova assim antecipada não se pode discutir o valor dos elementos provantes coligidos nem adentrar-se no conhecimento da matéria pertinente ao mérito da ação de conhecimento ainda por propor, não parece lógico e muito menos razoável sustentar que ela possa ser contestada perante o Juízo onde foi produzida.

Se isto fosse possível como alguns sustentam, a prova antecipada se transmudaria em processo contencioso e o juiz que a presidisse não se limitaria a homologá-la como ocorre. Sim, porque neste caso teria de aparar as arestas surgidas e, se o fizesse, o conteúdo cognitivo da sentença cautelar não teria força apenas formal,

isto é, não se restringiria à eficácia probativa desejada” (**Ul-derico Pires dos Santos, in Medidas Cautelares, Doutrina e Jurisprudência**, Ed. Saraiva, 1979, pág. 178).”

Disso resultou correta a conclusão do aresto impugnado, ao interpretar o art. 802, do CPC.

Registro não ser esse entendimento doutrinário pacífico. Contrapõe-no os ensinamentos, dentre outros, de **Pontes de Miranda, Humberto Theodoro Jr., Ovídio A. Batista da Silva, José Frederico Marques** a dizer cabível a contestação nas ações de assecuração de provas com esteio no comando genérico do referido art. 802 da lei adjetiva civil.

Contudo, neste caso, afirmado no acórdão que seu exame envolve o mérito da questão, não se o pode ter como negado desmerecendo maior exame a controvérsia.

Reservando-me para em circunstância diversa melhor aprofundar a matéria sem por agora comprometer-me com a tese, ante a peculiaridade do caso versante não há, reafirme-se, como acolher-se a pretensão do recorrente, de que o aresto lhe tenha negado vigência.

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.035-6 — SP — (94.0001878-9) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Rectes.:

Arthur Alves Dutra Júnior e outros.
Advogados: Clito Fornaciari Júnior e
outros. Recdo.: Assessor Consultores
Empresariais S/C Ltda. Advogados:
Paulo Carvalho Caiuby e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 05.04.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os
Srs. Ministros Cláudio Santos, Costa
Leite e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr.
Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro
EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 43.488-2 — SP
(Registro nº 94.0002645-5)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Benedito Vigare Vento*

Advogados: *Drs. Mirna Cianci e outros, e Milton Idelfonso da Rocha e
outros*

EMENTA: *Responsabilidade civil — Homicídio praticado por policial militar — Menor — Pensão — Dano moral e material — Cumulação.*

I — Reconhecido o direito dos pais à indenização por morte de filho, ainda que em tenra idade, como dispõe a Súmula nº 491 do Excelso Pretório.

II — A indenização aos pais, por morte de filho menor, deve ser a mais ampla possível e alcançar todos os danos sofridos.

III — Correta a fixação da indenização na forma preconizada no V. acórdão recorrido.

IV — Proposta a ação apenas pelo pai da vítima, há que se excluir da indenização a genitora, que não fez parte da relação processual.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformida-

de dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros,

Milton Luiz Pereira e César Asfor Rocha.

Brasília, 09 de março de 1994
(data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, com apoio nas alíneas a e c do permissivo constitucional, nos autos de ação indenizatória movida em virtude de homicídio praticado por policial militar.

Alega a recorrente que o v. ares- to hostilizado violou os arts. 2º, 286, 603, 608 e 219 do CPC ao condenar a Fazenda ao pagamento de pensão mensal em valor certo e determinado, bem como à indenização por dano moral, sem que a inicial tivesse descrito a perda material havida e o dano de ordem moral.

Esclarece que, como o falecido estava desempregado, necessária era a comprovação de que ele costumava dedicar-se a trabalho remunerado, a média da remuneração e que contribuía para o lar, sendo ilegal a condenação da recorrente ao pagamento de pensão por este período em que o **de cujus** encontrava-se desempregado, sobrevivendo às custas da família.

Prossegue apontando como violado o art. 1.537 do CC, aduzindo que

a indenização por homicídio não tem cabimento quando a vítima não exerce profissão lucrativa.

Insurge-se, a final, contra a condenação referente ao décimo-terceiro salário, ao argumento de que tal verba tem caráter trabalhista e decorre da relação de emprego inexistente entre as partes.

Traz à colação acórdãos divergentes e requer o provimento do especial (fls. 141/154).

Admitido o recurso (fls. 159/162), subiram os autos a este C. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: Apon- ta a recorrente, como violados, vá- rios dispositivos legais versando so- bre questões devidamente preques- tionadas.

Conheço do recurso pela letra a.

Pediu o autor fosse a recorrente obrigada a indenizá-lo pelos prejuí- zos que a morte de seu filho menor Roberto Ribeiro Vento, com vinte anos de idade lhe causou (fls. 05).

No dia 24.03.90 Roberto Ribeiro Vento foi atingido mortalmente, pe- las costas, pelo policial militar Ro- mildo Antonio Freitas, quando pas- seava, na garupa de uma moto, com seu amigo, tendo falecido no mesmo dia (doc. de fls. 10). Referido policial estava fardado e em serviço e não houve qualquer culpa do filho do autor que, apenas subiu no passeio,

onde havia algumas pessoas esperando ônibus. Nenhuma delas foi atingida. Aliás, estas questões de fato, admitidas como verdadeiras pelo v. acórdão recorrido, não podem ser revistas em sede de recurso especial (Súmula 07 do STJ).

Embora o autor tenha feito um pedido muito sintético e ter afirmado que os danos deveriam ser apurados em execução, tinham o Juiz Singular e o Tribunal condições de fixar, desde logo, a indenização devida ao autor. Em se tratando de morte de menor pertencente a família de poucos recursos, a presunção é a de que ele contribuía com o seu trabalho para o sustento de sua família. Com sua morte, existe o dano sofrido pelos pais. Hoje esta questão já está completamente pacificada em nossos Tribunais, inclusive no C. Supremo Tribunal Federal e no STJ. A Jurisprudência da Excelsa Corte cristalizou-se na Súmula nº 491, **verbis**:

“É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”

Como se vê, é irrelevante que o menor, quando morreu, estivesse, momentaneamente, desempregado.

Nesta indenização devem ser incluídos o dano material e o dano moral. Neste sentido a nossa Súmula nº 37, nos seguintes termos:

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

É claro que não se pode negar os danos morais sofridos pelos pais pela morte brutal e covarde de um filho, em plena juventude de seus 20 anos. Nenhum valor material poderia compensar tamanho sofrimento. Neste caso, a indenização tem muito de subjetivismo e visa, também, impor um castigo ao responsável pelos danos, além de dar certo conforto e satisfação à família da vítima. O STJ, no Recurso Especial nº 26.507-RJ, DJ de 09.11.92, entendeu que:

“Se existe dano material e dano moral, ambos ensejando indenização, esta será devida como ressarcimento de cada um deles, ainda que oriundos do mesmo fato”.

No Recurso Especial nº 1.999-SP, DJ de 07.05.90, entendeu a Egrégia 4ª Turma que,

“Em famílias de poucos recursos, o dano resultante da morte de um de seus membros é de ser presumido, máxime se residente no lar paterno”.

Neste mesmo precedente foi reconhecido o direito dos pais à indenização por morte de filho, ainda que em tenra idade, como dispõe a citada Súmula 491, da nossa mais alta Corte de Justiça.

A mesma Egrégia 4ª Turma do STJ, no Recurso Especial nº 3.003-MA, DJ de 09.12.91, admitiu que, na fixação dos danos morais, existe

certo grau de subjetivismo, a critério das instâncias locais, sendo estas também questões de fato, soberanamente apreciadas, em definitivo, pelo v. aresto hostilizado.

No Recurso Especial nº 528-7-RJ, DJ de 12.11.90, firmou a E. Segunda Turma o entendimento de que na responsabilidade civil pela morte de filho menor, o dano moral é indenizado pela via reflexa, pelo que representava a presença dele, no seio da família, em termos de potencial e futura ajuda.

É claro que a indenização aos pais, por morte de filho menor, deve ser a mais ampla possível e alcançar todos os danos sofridos.

Como se vê, a indenização, no caso, podia ser fixada desde logo, nos autos da ação de conhecimento, não se podendo falar em petição inepta ou em decisão além ou aquém do pedido. A inicial, embora sucinta, contém todos os requisitos legais e o pedido é bastante claro no sentido de se condenar a recorrente na indenização decorrente dos prejuízos causados aos pais, pela morte do filho. É claro que desta indenização, fazem parte os danos materiais e morais e, para compensá-los, é correto fixar uma pensão a ser paga aos pais e certa quantia como danos morais.

Apenas na questão referente ao reconhecimento do direito da mãe da vítima à pensão, em caso de morte do pai, tem a Fazenda Estadual razão. De fato a ação só foi proposta pelo pai (fls. 02/07). Se ela não faz parte da relação processual e nada se pediu em seu nome, não podia lhe ser reconhecido nenhum direito, nesta ação.

Dou parcial provimento ao recurso apenas para excluir da indenização a genitora da vítima. No mais, confirmo integralmente o venerando acórdão recorrido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.488-2 — SP — (94.0002645-5) — Relator: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Mirna Cianci e outros. Recdo.: Benedito Vigare Vento. Advogados: Milton Idelfonso da Rocha e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso (em 09.03.94 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrente: *Construtora e Comércio H. Schultz e Companhia Ltda.*

Recorrido: *Banco de Investimentos BCN S.A.*

Advogados: *Drs. Eugênio Ledoux Pereira e outros, e Paulo Macarini e outros*

EMENTA: *Execução por título extrajudicial. Embargos do devedor.*

— Alegação de ofensa aos artigos 130 e 586 do CPC que implica o reexame de prova, inadmissível em sede de recurso especial.

— A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis, por visarem ambas ao mesmo objetivo (STJ, Súmula nº 30). Dissídio pretoriano comprovado quanto a esta questão.

— Recurso conhecido em parte e em parte provido para excluir da condenação a comissão de permanência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Brasília, 12 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR,
Presidente. Ministro ANTÔNIO
TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: A E. Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina confirmou, em grau de apelação, a sentença de inferior instância na parte em que julgou improcedentes os embargos opostos pela Construtora e Comércio H. Schultz & Cia. Ltda. à execução que lhe move o Banco de Investimentos BCN S.A. e, provendo recurso adesivo, reformou-a, no atinente à correção monetária, para

determinar a sua incidência a partir do ajuizamento.

O acórdão recebeu a seguinte ementa (fls. 7.466):

“Embargos do devedor. Agravos retidos e apelação. Inexistência de cerceamento de defesa. A prova pericial produzida foi suficiente. Cambiais devidamente formalizadas.

Inexistência de excesso de execução. Desprovimento do recurso da sentença que julgou improcedentes os embargos.

Nos honorários advocatícios incide a correção monetária a partir do início da ação.”

A esse acórdão manifesta a Construtora e Comércio H. Schultz & Cia. Ltda. recurso especial, escudada nas alíneas a e c do permissivo constitucional, sob a alegação de ofensa aos artigos 130 e 586 do CPC e dissídio com os julgados do STJ nos Recursos Especiais nºs 4.130/MG e 4.909/MG.

Inadmitido na origem, o recurso subiu a esta Corte em virtude de provimento do agravo de instrumento interposto.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): Assevera a recorrente que o pedido de perícia complementar deveria ter sido

deferido para evidenciar os valores apropriados pelo credor no abatimento do saldo da dívida, daí resultando a impossibilidade de demonstrar a sua liquidez, com violação dos arts. 130 e 586 do Código de Processo Civil.

Tal pretensão implica o reexame de prova, que é inadmissível no âmbito do recurso especial.

Em todo caso, cabe ao juiz decidir quais as provas necessárias à instrução do processo e à demonstração do alegado pelas partes. No caso, as instâncias ordinárias entenderam que a prova pericial produzida era suficiente e este comportamento não colide, antes se amolda à regra do citado art. 130. De outra parte, como ressaltado no aresto recorrido, a execução fundou-se em cambiais, sendo despcienda a alegação de contrariedade ao art. 586 do CPC, por isso que “não há impugnação à validade dos documentos e ao valor intrínseco que embasaram a cobrança.”

A correção monetária dos honorários advocatícios incidente a partir do ajuizamento da ação está em consonância com a Súmula nº 14 deste STJ.

Todavia, comissão de permanência e correção monetária são inacumuláveis, nos termos da jurisprudência desta Corte condensada na Súmula nº 30. Neste particular, a recorrente comprovou o dissídio entre o acórdão recorrido e os julgados expedidos nos Recursos Especiais nºs 4.130-MG e 4.909-MG, relatados pelos Ministros Cláudio Santos e Dias Trindade, respectivamente.

Do quanto foi exposto, conheço em parte do recurso pela alínea c e em parte lhe dou provimento para excluir da condenação a comissão de permanência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 45.192-2 — SC — (94.0007095-0) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Recte.: Construtora e Comércio H. Schultz e Companhia Ltda. Advogados: Eugênio Ledoux Pereira e outros. Recdo.: Banco de Investimentos BCN

S/A. Advogados: Paulo Macarini e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 12.04.94 — 4ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 45.942-7 — DF

(Registro nº 94.0008458-7)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Recorrido: *Mário José Vilani*

Procuradores: *Osmar Alves de Melo e outros*

Advogados: *Drs. Renato Ramos e outros*

EMENTA: Tributário. Importação de Veículo Automotor. Pretendida Regularização de Precedente Internação no Território Nacional. Denúncia Espontânea. Artigos 96, 97, 138 e 180 CTN. Leis nºs 4.502/64, 2.446/88 e 2.457/88. Decretos-Leis nºs 70.235/72 e 1.455/76. Comunicados 204/88 e 234/89 (CACEX). Portarias nºs 327, 340 e 56/90-MEFP.

1. A importação e internação de veículo automotor sem a necessária guia ou de documento equivalente, configuram infração fiscal que, pelos efeitos de posterior legislação permitindo a entrada, não fica albergada por anistia (hipótese de exclusão do crédito tributário), nem extingue punibilidade de sanção aplicável ao ilícito administrativo.

2. A denúncia espontânea pressupõe a boa-fé, não servindo para escapar, direta ou indiretamente, de sanções aplicáveis ao ilícito tipificado pela ação anterior, praticada deliberadamente contra disposições fiscais.

3. É legal a fiscalização voltada a coibir a prática de ilícito fiscal por violação da ordem jurídica, causador de danos e prejudicando a tutela de valores públicos e sociais.

4. Recurso provido.

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, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Demócrito Reinaldo. Impedido o Sr. Ministro Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Brasília, 27 de abril de 1994 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA: O Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região prolatou acórdão, consubstanciado na ementa, a saber:

“Tributário. Veículo Estrangeiro. Regularização Fiscal. Portaria 56/90 do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

1. A revogação da norma impeditiva da importação de veículos estrangeiros, “retirando-lhes a qualidade jurídica de **mercadoria proibida**, abriu ao interessado a possibilidade de sua regularização, beneficiando-se com a denúncia espontânea (art. 138, do CTN), mediante pagamento dos tributos e acréscimos legais incidentes, caso não iniciada qualquer ação fiscal.

2. Apelo e remessa improvidos” (fl. 23).

Contra o v. aresto, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial fundado no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alegando contrariedade aos artigos 1º e 2º, do Decreto-Lei 2.446/88.

Contra-razões foram apresentadas às fls. 29/31.

O Recurso foi inadmitido na origem, subindo a esta Corte, por força do provimento dado ao Agravo de Instrumento interposto.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Face ao advento da Portaria nº 56, de 15.03.90 — MEFP, a impetração da segurança visou o reconhecimento do direito líquido e certo da regularização administrativa, pela autoridade fiscal, de veículo automotor, interiorizado irregularmente no território nacional.

A Fazenda Nacional, tempestivamente, articulou Recurso Especial (art. 105, III, a, C.F.), alegando contrariedade e negativa de vigência aos artigos 1º e 2º, Decreto-Lei nº 2.446/88, para obliterar o v. acórdão, assim *ementado*:

“Tributário. Veículo Estrangeiro. Regularização Fiscal. Portaria 56/90 do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

1. A revogação da norma impeditiva da importação de veículos estrangeiros, “retirando-lhes a qualidade jurídica de **mercadoria proibida**”, abriu ao interessado a possibilidade de sua regularização, beneficiando-se com a denúncia espontânea (art. 138, do CTN), mediante pagamento dos tributos e acréscimos legais incidentes, caso não iniciada qualquer ação fiscal.

2. Apelo e remessa improvidos” (fl. 23).

De início, para compreensão da questão jurídica, convém memorar

a legislação de regência, sobressaindo o Decreto-lei nº 2.446/88, que tornou possível a regularização fiscal de veículo automotor de procedência estrangeira, condicionando:

“a) ingresso no território nacional até a data de publicação do decreto-lei (art. 1º);

b) requerimento protocolado dentro do prazo de sessenta dias contados da data de publicação deste decreto-lei e instruído com os documentos ali previstos (art. 2º);

c) pagamento, no prazo de cinco dias da ciência do despacho deferitório, dos tributos devidos (art. 2º, § 1º); e

d) o veículo não ter sido objeto de destinação, na forma prevista no art. 29 do Decreto-lei nº 1.455/75” (fls. 50/51).

Mais adiante, o prazo de ingresso foi ampliado pelo Decreto-lei nº 2.457/88 e pelas Portarias nºs 327 e 340 — Ministério da Fazenda, por fim, estabelecendo-se o prazo limite para a protocolização do requerimento até 14.11.1988.

A legislação superveniente estampa-se nos Comunicados CACEX nºs 204, de 15.9.88, e 234, de 12.12.89, suspendendo a importação de veículo automotor. A Portaria nº 56, de 15.03.90, à sua vez, revogou as normas que suspendiam a importação.

Aí a questão: com a revogação, ficou autorizada a regularização fiscal dos veículos importados anteriormente ao desabrigo da lei?

Ora, é da sabença geral que a política fiscal varia segundo razões econômicas e, quanto à importação (facilitando, impedindo ou restringindo), com inteira submissão a condições factuais dos mercados interno e externo, de regra, condicionando a fixação de prazos.

No caso, o veículo foi importado sem a necessária guia, durante o período de proibição, assim tipificando infração fiscal, sujeita à pena de perdimento (Decreto-lei nº 1.455/76):

“Art. 23 — “Consideram-se danos ao erário as infrações relativas às mercadorias;

I — Importadas ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente quando sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação em vigor...”

Parágrafo único: “O dano ao erário decorrente das infrações previstas no **caput** deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias”.

Noutro eito, colho pertinentes observações lavradas pelo eminente Ministro Gomes de Barros, como relator, votando no REsp 39.277-2; textualmente:

“... a pena de perdimento incide quando alguém importa algo, cuja entrada no Brasil esteja proibida. A Lei, porém, remete à norma regulamentar, a explicitação dos bens, cuja importação é vedada.

O art. 23 contém uma norma sancionadora em branco. Uma daquelas em que — no exato conceito **Aníbal Bruno** — “a descrição das circunstâncias elementares do fato, tem de ser completada por outra disposição legal já existente ou futura.” (Direito Penal — Ed. Nacional de Direito — 1956 — vol. I — pág. 198).

A norma penal em branco funciona, normalmente, como sancionadora das infrações aos preceitos relacionados com determinações emanadas do poder de polícia.

Como tais ordens são, por natureza, mutantes, o Legislador outorga um mandato para que a autoridade complemente o dispositivo (**Álvaro Mayrink da Costa** — “Direito Penal” — Forense — 1982 — pág. 120).

Exemplo eloqüente de norma em branco é aquela que define como delito, a ser punido com determinada sanção, o avanço de sinal vermelho do semáforo. Nela, o ato ilícito é a desobediência à proibição de continuar. O local e o momento em que se dá a vedação ficam a critério da polícia de trânsito.

José Frederico Marques ministra primorosos ensinamentos em torno da relação entre a norma penal em branco e o direito intertemporal.

A questão se origina na hipótese em que a norma complementar é revogada ou modificada.

No exemplo acima figurado, imagine-se que foi desativado o semáforo, cujo sinal foi desobedecido.

Pergunta-se: com a desativação do sinal, o motorista que o desrespeitara livra-se da multa? — Em outras palavras: norma revogada retroage, para beneficiar o infrator?

Frederico Marques diz, a propósito:

“Nos crimes, entretanto, que dependem de tabelamento administrativo, a retroatividade não se justifica. Seria o mesmo que admitir-se a eficácia retroativa de uma norma técnica de trânsito posta em vigor para facilitar o tráfego e a circulação, tal como se o trânsito à direita passasse a ser contramão, e, a esquerda, mão de direção. Em face dessa mudança, poder-se-ia declarar extinta a punibilidade por **novatio legis**, do motorista que fora declarado imprudente (e por isso condenado) por trafegar contramão?”

A norma penal não proíbe a venda por preço X, e sim, a venda acima do tabelamento, como imprudência também existe em trafegar pela contramão pela esquerda ou pela direita” (Curso de Direito Penal — Saraiva — 1954 — vol. I — pág. 207).

As normas complementares são concebidas para atender as exi-

gências do momento. Já a norma em branco existe para assegurar a obediência das determinações emanadas do Estado. Tal obediência é uma necessidade permanente da sociedade organizada.

Beneficiar o infrator, em casos semelhantes, com o princípio da **abolitio delictio**, é desviar a norma dos fins sociais a que ela se dirige.

Estender o permissivo, além do limite estabelecido em Lei, é dar tratamento privilegiado ao contrabandista, ao tempo em que se maltrata o Ordenamento Jurídico.

O preceito do art. 138 do Código Tributário exclui a responsabilidade pessoal, mas não torna lícito o ato ilegal”.

Acrescente-se que a Portaria 56/90, em liberando a importação de veículos, **ipso facto**, não regularizou as importações anteriores. A demão, espraia-se que o perdão de penalidade fiscal (art. 180, CTN) dá-se mediante *anistia*, hipótese de exclusão do crédito tributário, somente possível mediante Lei e não pelo através de Portaria, como se depreende do art. 97 — **caput** — e inc. VI, CTN.

Na viseira do art. 138, CTN, não se olvide que a *denúncia espontânea* é estimulada pela *boa-fé*, não podendo ser toldada por ação anterior, praticada deliberadamente contra a lei, nem serve ao intuito de escapar, por algum modo, de obrigação fiscal. A respeito, com preeminência, lecionou **Ruy Barbosa Nogueira**:

“Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador de obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido ou evitar ou diferir o seu pagamento (Lei 4.502/64, art. 72)” — Ed. Saraiva — 6ª ed. — págs. 215/216).

Essa conceituação não sofre oscilação doutrinária, implicando na conclusão de que é legítima a ação fiscal objetivando estabelecer se o particular, de forma devida, cumpriu as obrigações formais emanadas do ato, dentro da perspectiva geral de que poderá haver tributo fiscalizado.

Desse modo, mesmo ocorrendo a *denúncia espontânea*, não perde motivação o procedimento fiscal, acertado que o § 1º, art. 7º, do Decreto nº 70.235/72, conceituando a atividade de fiscalização, dispõe que o início do procedimento *exclui a espontaneidade* do sujeito passivo em relação a atos anteriores. Ecoa que a “determinação é salutar, pois em contrário dificilmente o contribuinte seria punido, já que, ao ser intimado do início do procedimento, correria à repartição para sanar suas falhas”. (**Antonio da Silva Cabral in** Processo Administrativo Fiscal — págs. 197/198 — Ed. Saraiva — 1993).

Com relação à ilicitude fiscal (art. 96, CTN), ainda pode ser asseverado que prejudica a sociedade,

causando dano pela violação da ordem jurídica, integrando-se na categoria geral do “ilícito administrativo”, conseqüentemente, ensejando a sanção correspondente, não desparecendo sem a sua expressa exclusão, por lei justificadora desse favorecimento, diante da rebeldia ou descumprimento do dever cívico de pagar tributos e de cumprir a legislação tributária. Em contrário, seria tangenciar a tutela de valores públicos e sociais violados por deliberada afronta aos deveres fiscais.

Por fim, sinalize-se que, a dizer sobre a extinção de punibilidade, não se alvoroçaria na argumentação, mesmo por sua regra de utilidade, vista a revogação dessa possibilidade (art. 98, Lei 8.383/91), caso se evoluísse para discutir não o ilícito fiscal, mas a prática de crime.

Confluente às razões compendia-
das, no estuário da conclusão, *voto
provido o recurso*.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 45.942-7 — DF — (94.0008458-7) — Relator: O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Recte.: Fazenda Nacional. Procs.: Osmar Alves de Melo e outros. Recdo.: Mario José Vilani. Advogados: Renato Ramos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 27.04.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Demócrito Reinaldo.

Impedido o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 46.261-4 — MG

(Registro nº 94.0009086-2)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Padimaq Ltda.*

Recorrida: *Dynamaq Equipamentos Ltda.*

Advogados: *Drs. Judas Tadeu Baptista e outros, e Rosana Alves da Silva e outro*

EMENTA: Execução. Título executivo extrajudicial.

Para que a duplicata ou triplicata sem aceite se formalize como título executivo extrajudicial, é mister que esteja acompanhada de documento comprobatório de entrega e recebimento da mercadoria (art. 15, II, c, da Lei nº 5.474/68), não sendo possível a formalização posteriormente ao ajuizamento da execução, em sede de embargos do devedor. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Minitros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Brasília, 10 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Adoto, à guisa de relatório, a parte expositiva do r. despacho de fl. 131, da lavra do ilustre Vice-

Presidente do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

“Amparando-se no permissor constitucional do art. 105, III, a e c, Padimaq Ltda. oferece o presente recurso especial em face do aresto de fls. 81/83, complementado pelo de fls. 94/96, prolatados pela egrégia Quarta Câmara Civil deste Tribunal.

Assevera a recorrente que ‘admitindo como títulos executivos válidos, as duplicatas e triplicatas anexadas à inicial da execução, sem aceite e sem comprovantes de entrega da mercadoria’, o aresto objurgado negou vigência ao art. 15 da Lei 5.474/68, com a alteração da Lei 6.458/77.

Assevera, outrossim, que, admitindo como válida a juntada dos autos dos embargos do devedor, na oportunidade de impugnação, dos canhotos que comprovariam a suposta entrega das mercadorias, violou o acórdão recorrido o art. 283, do CPC.

Argumenta, ainda, com a negativa de vigência dos artigos 333, I, 372, 388, I, 389, II, 586, 614, I e 618, I, todos do CPC, além de divergência jurisprudencial.”

Admitido o recurso, pela alínea a, subiram os autos.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A execução não foi apa-

relhada com os documentos comprobatórios da entrega e recebimento das mercadorias, tal como exige o art. 15, II, c, da Lei nº 5.474, de 1968, para que a duplicata ou triplicata sem aceite se formalize como título executivo extrajudicial, que só foram apresentados com a impugnação aos embargos do devedor, em flagrante descompasso com o art. 614, I, do CPC.

Com efeito, exhibir o título é condição necessária para o credor movimentar o mecanismo adaptável da execução, sequer existente sem o título, como observa **Araken de Assis** (“Comentários ao Código de Processo Civil”, Vol. IX, Letras Jurídicas Editora, 1ª ed., pág. 34), cumprindo notar, nesse passo, que, no julgamento do REsp nº 31.854-7-BA, da relatoria do eminente Ministro Dias Trindade, esta Turma assentou não ser possível formalizar-se a duplicata como título executivo posteriormente à execução, tal como ocorreu na espécie vertente.

Conhecendo do recurso, por ambas as alíneas, dou-lhe provimento, para cassar o acórdão recorrido e a sentença, julgando extinta a execução, invertidos os ônus da sucumbência. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 46.261-4 — MG — (94.0009086-2) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Padimaq Ltda. Advogados: Judas Tadeu Baptista e outros. Recda.: Dynamaq

Equipamentos Ltda. Advogados: Rosana Alves da Silva e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 10.05.94 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 46.485-4 — SP

(Registro nº 94.0009613-5)

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

Recorrente: *Villa Italia Alimentação Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Normando Fonseca e outro, e Elizabeth Jane Alves de Lima e outros*

EMENTA: *Tributário. ICMS. Fornecimento de alimentação e bebidas consumidas no próprio estabelecimento. Lei nº 6.374/89. Pronunciamento do STF pela legalidade da cobrança.*

Nega-se provimento ao presente recurso especial, em face da decisão do Pretório Excelso que reconheceu, através de suas duas Turmas, a legitimidade da Lei Paulista nº 6.374/89, que tributou as operações em referência. Precedentes.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso mas negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo

parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribiero.

Brasília, 27 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de recurso especial interposto por Villa Italia Alimentação Ltda., com fundamento no art. 105, III, alíneas **a**, **b** e **c**, do permissivo constitucional, contra o v. acórdão proferido pela Décima Câmara Civil de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que entendeu ser legítima a exigência do ICM em operações de fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes, com base na Lei nº 6.374/89.

Alega a recorrente, em síntese, que o v. aresto hostilizado contrariou o Decreto-lei nº 406/68 (art. 8º, § 2º), com a redação dada pelo Decreto-lei nº 834/69, os arts. 9º, I e 97, IV, do Código Tributário Nacional, além de divergência jurisprudencial.

Às fls. 120/133, recurso extraordinário.

Admitido tão-somente o recurso especial e interposto agravo de instrumento do despacho que inadmitiu o extraordinário, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Como visto

no relatório, o v. acórdão entendeu ser legítima a exigência do ICMS em operações de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias no próprio estabelecimento comercial, com base na Lei Estadual nº 6.374/89.

Ocorre que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 144.795-8/SP, relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 12.11.93, reconheceu a legitimidade da lei paulista que tributa as operações em referência.

Eis a conclusão do acórdão em referência cuja ementa é do seguinte teor:

“Ementa: Tributário. ICMS. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que considerou legítima a exigência do tributo na operação de fornecimento de alimentos e bebidas consumidas no próprio estabelecimento do contribuinte, de conformidade com a Lei nº 6.374/89, de 1º de março de 1989. Alegada afronta aos arts. 34, §§ 5º e 8º, do ADCT/88; 146, III; 150, I; 155, I, b e § 2º, IX e XII; e 156, IV, do texto permanente da Carta de 1988.

Alegações improcedentes.

Os dispositivos do inc. I, **b** e do § 2º, inc. IX, do art. 155 da CF/88 delimitam o campo de incidência do ICMS: operações relativas à circulação de mercadorias, como tais também consideradas aquelas em que mercadorias forem

fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios (caso em que o tributo incidirá sobre o valor total da operação).

Já o art. 156, IV, reservou à competência dos Municípios o Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza (ISS), não compreendidos no art. 155, I, **b**, definidos em lei complementar.

Conseqüentemente, o ISS incidirá tão-somente sobre serviços de qualquer natureza que estejam relacionados na lei complementar, ao passo que o ICMS, além dos serviços de transporte, interestadual e intermunicipal, e de comunicações, terá por objeto operações relativas à circulação de mercadorias, ainda que as mercadorias sejam acompanhadas de prestação de serviço, salvo quando o serviço esteja relacionado em lei complementar como sujeito a ISS.

Critério de separação de competência que não apresenta inovação, porquanto já se achava consagrado no art. 8º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 406/68. Precedente da 2ª Turma, no RE 129.877-4-SP.

O Estado de São Paulo, por meio da Lei nº 5.886/87, havia legitimamente definido, como base de cálculo das operações em tela, o valor total cobrado do adquirente. Fixada, todavia, pela Carta de 1988, a exigência de que a definição desse elemento deveria ser

feita por meio de lei complementar federal (art. 146, III, **b**), as unidades federadas, enquanto no aguardo da iniciativa do legislador federal, valendo-se da faculdade prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88, regularam provisoriamente a matéria por meio do Convênio nº 66/88.

Com apoio no referido documento, editaram os legisladores paulistas a nova Lei nº 6.374/89, por meio da qual ficou o Estado habilitado à tributação das operações em referência, inexistindo espaço para arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Recurso não conhecido.”

No mesmo sentido é o pronunciamento da Segunda Turma daquela Corte no Recurso Extraordinário nº 161.676-9/SP — AgRg, relator o preclaro Ministro Marco Aurélio, in DJ de 25.02.94.

Destarte, aplicando a orientação do Pretório Excelso à hipótese **sub examen** conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 46.485-4 — SP — (94.0009613-5) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Villa Italia Alimentação Ltda. Advogados: Normando Fonseca e outro. Recda.: Fazenda do Estado de

São Paulo. Advogados: Elizabeth Jane Alves de Lima e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso mas negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 27.04.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 47.081-1 — SP

(Registro nº 94.0011531-8)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Luiz Manoel Gomes Júnior*

Recorrido: *Consórcio Nacional Honda Ltda.*

Advogados: *Drs. João Paulo de Lima e Kiyoshi Tamoto Sekine*

EMENTA: *Processo Civil. Contrato de adesão. Relação de consumo (art. 51, I, da Lei 8.078/90 — “Código de Defesa do Consumidor”). Foro de eleição. Cláusula considerada não abusiva. Conclusão extraída da análise dos fatos (Enunciado nº 7 da Súmula/STJ). Recurso inacolhido.*

I — A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão somente não prevalece se “abusiva”, o que se verifica quando constatado:

a) que, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e os efeitos da estipulação contratual;

b) que da prevalência de tal estipulação resulta inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário;

c) que se trata de contrato de obrigatoria adesão, assim considerado o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa.

II — Entendimento que se afigura aplicável mesmo quando em causa relação de consumo regida pela Lei 8.078/90.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Brasília, 17 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acolhida exceção de incompetência suscitada por administradora de consórcio, o consorciado autor interpôs agravo argumentando que a cláusula de eleição de foro, inserida de forma abusiva em contrato de adesão, “pode e deve ser desconsiderada pelo juiz”, sendo de aplicar-se em casos tais “as regras gerais de competência”.

Mantida a decisão agravada, a Primeira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo negou provimento ao inconformismo recursal deduzido, fazendo-o com base nos seguintes fundamentos:

“A questão aqui discutida já foi objeto de apreciação nesta Câ-

mara nos autos do Agravo de Instrumento nº 527.259/7 de Assis, relator o mesmo subscritor do presente aresto.

Por se tratar de matéria de direito, passa-se a reproduzir os fundamentos daquele julgado, que ora ficam adotados com razões de decidir:

“Como observado no v. acórdão da Quinta Câmara, relator o insigne Juiz Maurício Vidigal (Agravo de Instrumento nº 476.129/3, cuja cópia foi juntada a fls. 14/15), em grande parte dos contratos de adesão, a jurisprudência vem repudiando cláusula de eleição de foro “quando ela constitui negativa de acesso à justiça para a parte mais fraca ou quando não se apresenta como manifestação clara da vontade dela. Essas hipóteses não se apresentam no presente caso, porque o excipiente, como adquirente de veículo, não é pessoa impossibilitada financeiramente de contratar advogados fora do local onde tem domicílio e porque não demonstrou, nem se alegou, não lhe ter sido dada ciência da disposição quando de sua adesão. Acresce que, como afirmado no Agravo de Instrumento nº 452.174/6, relator o eminente Juiz Carlos Roberto Gonçalves, a agravante administra interesses de todos os consorciados, havendo interesse geral deles na escolha e manutenção de foro determinado, o que resulta em vantagem para todo o grupo. Assim, a disposição, que é genérica para os consorciados

dos, era no momento da adesão de interesse também do agravante, merecendo ser acatada”.

Inconformado, o agravante manifestou recurso especial, alegando ofensa aos arts, 51, I e 93, I, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), além de divergência jurisprudencial com julgados de outros tribunais estaduais e desta Corte. Sustenta:

a) que o referido “Código de Proteção e Defesa do Consumidor”, em seu art. 51, I, dá como “nulas de pleno direito as cláusulas que impliquem em renúncia ou disposições de direitos”;

b) que o legislador, ao autorizar que as partes pudessem “eleger” o foro, “exigiu ... que houvesse um consenso e é claro, por conseguinte, uma convergência de vontades, o que ... não ocorre nos contratos por adesão”;

c) que a cláusula de eleição é ineficaz quando dela advier sacrifício desproporcional para a parte aderente, impossibilitando o acesso à Justiça.

Sem contra-razões, foi o apelo admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Por primeiro, cumpre salientar, a eg. Câmara julgadora nem mesmo impli-

citamente analisou a **res in judicio deducta** sob o prisma da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), sequer havendo se manifestado sobre a aplicabilidade de referido diploma normativo ao caso em exame.

Com efeito, da motivação lançada como razão de decidir no acórdão recorrido, transcrita em sua íntegra no relatório, não se pinça qualquer alusão aos artigos cuja afronta se argúi no especial, tampouco às matérias pelos mesmos disciplinadas.

Ausente, assim, em relação a tanto, o necessário prequestionamento.

Ainda que se pudesse desconsiderar esse óbice, todavia, é de observar-se que o art. 93, I, do citado Código de Defesa do Consumidor, conquanto norma processual de competência, se aplica especificamente às “ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos” de que trata o capítulo II do seu Título III.

Essa, aliás, a razão por que **Ada Pellegrini Grinover**, embora salientando que o dispositivo em tela encerra norma de competência relativa, respondeu negativamente à seguinte indagação:

“Poderia a convenção das partes derrogar a competência territorial prevista no art. 93 do Código, mediante a estipulação de foro de eleição, nos termos do art. 111 do CPC?”.

Justificou a resposta negativa nos seguintes termos:

“Trata-se, na espécie, de ações coletivas, a que estão legitimados, a título de substituição processual (v. comentário nº 2 ao art. 91), entes e pessoas que nenhuma relação jurídica de direito material tiveram ou têm com a parte contrária, de modo a tornar impraticável a eleição de foro” (“Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, Forense Universitária, 2ª ed., 1992, art. 93 [5], p. 546).

No caso vertente, porém, cuida-se de ação individual, não havendo que se cogitar da incidência ou aplicação de tal preceito.

Quanto ao art. 52, I, do mesmo diploma, é de considerar-se que a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão somente se mostra “nula de pleno direito” quando considerada “abusiva”, vale dizer, quando estabelecida em contrato firmado com consumidor que não possuía, no momento da celebração, capacidade intelectual para compreender o sentido e os efeitos da estipulação, quando dela decorrer impossibilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário ou, ainda, quando se trate de contrato de obrigatória adesão, hipótese em que se subtrai ao consumidor qualquer possibilidade de escolha, opção ou ingerência contratual.

Neste sentido, o magistério de **Nelson Neri Júnior**:

“Pode ser considerada abusiva a cláusula de eleição de foro em cláusulas contratuais gerais ou em contrato de adesão, se se traduzir em dificuldade de defesa para o consumidor” (op. cit., art. 51, (3), p. 337).

Em nota de rodapé, o citado autor faz menção à doutrina portuguesa que, da mesma forma, também só desconsidera a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão se abusiva. Assim, por exemplo, **Mário Júlio de Almeida Costa e Antônio Menezes Cordeiro**, in “Cláusulas Contratuais Gerais”, Coimbra, Almedina, 1986, pág. 48:

“A cláusula de eleição de foro estipulada em contrato de adesão é válida, desde que não dificulte o acesso do consumidor à justiça nem se constitua em injustificação do privilégio do fornecedor”.

Feitas estas considerações, reputo de todo aplicável à espécie de que se cuida o entendimento adotado recentemente (sessão de 10.5.94) por esta Turma, ao apreciar o REsp 46.544-3-RS, por mim relatado, oportunidade em que assentado restou:

“I — A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz salvo:

a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de

intelecção suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual;

b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; ou

c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa”.

Cuidou-se, naquele caso, tal como no vertente, de foro de eleição instituído em contrato de participação em consórcio. O especial então analisado fora, contudo, interposto pela administradora em ataque a acórdão que dera pela competência do Juízo de Porto Alegre, reconhecendo, além de outras circunstâncias, a singular dificuldade que adviria à consorciada caso tivesse que promover a defesa de seus interesses no foro de eleição (São José do Rio Preto).

Na espécie de que se trata, porém, a Câmara julgadora considerou não ser o consorciado “pessoa impossibilitada financeiramente de contratar advogados fora do local onde tem domicílio”. Aduziu, ainda, não haver ele alegado, tampouco demonstrado, “não lhe ter sido dado ciência da disposição quando de sua adesão”, “disposição que ... era, no momento da adesão, de interesse também do agravante”.

Daí extraiu a ilação de não ser possível enquadrar a situação dos autos entre as que a jurisprudência tem admitido como autorizadas a afastar a incidência da cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão, vale dizer, “quando ela constitui negativa de acesso à justiça para a parte mais fraca ou quando não se apresenta como manifestação clara da vontade dela”.

E essa conclusão, porque calcada às inteiras na avaliação dos fatos, não comporta reexame em sede de recurso especial (enunciado nº 7 da Súmula/STJ), máxime em se considerando a circunstância de que, estando ambos os foros — o de eleição (cidade de São Paulo) e o em que ajuizada a causa (Barretos) — localizados no mesmo Estado da Federação, a verificação da impossibilidade ou sensível dificuldade de acesso ao Judiciário fica, de modo mais evidente, condicionada ao exame criterioso das bases empíricas.

Assim, por qualquer ângulo que se analise, não se há como divisar violados os artigos 51, I e 93, I, do Código de Defesa do Consumidor.

O apelo também não merece ser conhecido pela alínea c do permissivo constitucional, seja porque reproduzidas apenas as ementas da maioria dos arestos colacionados como divergentes, seja porque não citado o repositório de que extraído o julgado do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul referido às fls. 52/53,

único de que transcrito trecho do respectivo acórdão.

Seja como for, o recorrente não logrou evidenciar a similitude das circunstâncias fáticas dos casos em coitejo, sendo certo que, do que se é possível depreender, nas situações retratadas nos paradigmas a ineficácia da cláusula de eleição foi reconhecida por dela “advir sacrifício desproporcional para a parte aderente, impossibilitando o acesso à Justiça” ou por consubstanciar nítido “benefício da seguradora”, circunstâncias que, como mencionado, não se fazem presentes **in casu**.

À luz do exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 47.081-1 — SP — (94.0011531-8) — Relator: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Luiz Manoel Gomes Júnior. Advogado: João Paulo de Lima. Recdo.: Consórcio Nacional Honda Ltda. Advogado: Kiyoshi Tamoto Sekine.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 17.05.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

I — JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO — AgRg no Ag

43.896-1-SP Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro RSTJ 62/17

CONFLITO DE COMPETÊNCIA — CC

4.514-8-SP Rel. Min. José Dantas RSTJ 62/21

5.662-4-PE Rel. Min. Edson Vidigal RSTJ 62/24

6.925-4-PB Rel. Min. Adhemar Maciel RSTJ 62/26

7.032-5-RJ Rel. Min. Milton Luiz Pereira RSTJ 62/28

7.140-2-SC Rel. Min. Garcia Vieira RSTJ 62/33

7.494-0-RJ Rel. Min. Fontes de Alencar RSTJ 62/37

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO — EDcl em AgRg no Ag

39.784-0-SP Rel. Min. Fontes de Alencar RSTJ 62/41

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL — EREsp

880-2-RS Rel. Min. José Dantas RSTJ 62/47

24.586-7-SP Rel. Min. Peçanha Martins RSTJ 62/77

HABEAS CORPUS — HC

1.030-0-DF Rel. Min. Assis Toledo RSTJ 62/85

2.415-0-BA Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini RSTJ 62/88

MANDADO DE SEGURANÇA — MS

3.270-4-DF Rel. Min. Peçanha Martins RSTJ 62/93

RECURSO EM HABEAS CORPUS — RHC

1.909-1-GO Rel. Min. Assis Toledo RSTJ 62/101

3.189-1-MS Rel. Min. Anselmo Santiago RSTJ 62/107

3.211-1-SP	Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro	RSTJ 62/109
3.297-9-SC	Rel. Min. Anselmo Santiago	RSTJ 62/112
3.372-0-MG	Rel. Min. Anselmo Santiago	RSTJ 62/114
3.420-3-TO	Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini	RSTJ 62/117
3.423-8-RJ	Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro	RSTJ 62/120
3.723-7-RJ	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 62/123

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA — RMS

724-0-SP	Rel. Min. Bueno de Souza	RSTJ 62/129
870-0-RS	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 62/139
1.334-0-MS	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 62/142
1.449-0-PA	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 62/147
1.601-8-BA	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 62/149
1.751-5-PR	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 62/153
2.124-5-DF	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 62/167
2.632-2-MG	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 62/173
2.939-6-ES	Rel. Min. Adhemar Maciel	RSTJ 62/178
3.014-3-RS	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 62/181

RECURSO ESPECIAL — REsp

3.560-0-RS	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 62/193
4.673-0-SP	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 62/198
6.009-0-MS	Rel. Min. Bueno de Souza	RSTJ 62/200
6.896-0-AL	Rel. Min. Bueno de Souza	RSTJ 62/206
11.973-0-RJ	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSTJ 62/210
15.614-0-SP	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 62/216
20.557-1-RJ	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 62/220
21.396-8-RS	Rel. Min. Assis Toledo	RSTJ 62/224
24.238-5-GO	Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar	RSTJ 62/228
24.893-4-RO	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 62/231
24.955-0-SP	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 62/237
26.539-7-RJ	Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro	RSTJ 62/240
26.607-9-SP	Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini	RSTJ 62/242
29.675-8-SP	Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar	RSTJ 62/244
30.023-3-SP	Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar	RSTJ 62/247
30.854-2-SP	Rel. Min. Sálvio de Figueiredo	RSTJ 62/250
30.992-3-RJ	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 62/271
31.592-3-PR	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 62/275
31.617-4-PR	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 62/278
31.737-3-MG	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 62/282
32.104-2-PR	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 62/288
33.018-3-SP	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 62/294
33.458-9-SP	Rel. Min. Eduardo Ribeiro	RSTJ 62/299
33.770-0-RJ	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSTJ 62/303
34.111-9-SP	Rel. Min. Costa Leite	RSTJ 62/310

34.801-1-RJ	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 62/312
35.960-0-PE	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 62/322
36.617-8-SC	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 62/325
36.770-0-SP	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 62/328
36.822-7-RJ	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSTJ 62/331
37.008-6-SP	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 62/334
37.361-1-SP	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 62/337
38.891-0-SP	Rel. Min. Cláudio Santos	RSTJ 62/344
39.000-1-MS	Rel. Min. Cláudio Santos	RSTJ 62/349
39.029-0-RJ	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 62/351
39.424-4-SP	Rel. Min. Eduardo Ribeiro	RSTJ 62/354
39.427-9-SP	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 62/359
39.926-2-SP	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 62/362
40.185-2-MG	Rel. Min. Cláudio Santos	RSTJ 62/364
40.210-7-RJ	Rel. Min. Jesus Costa Lima	RSTJ 62/368
40.229-8-SP	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 62/370
40.679-0-DF	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 62/377
40.838-5-SP	Rel. Min. Jesus Costa Lima	RSTJ 62/382
40.866-0-SP	Rel. Min. Costa Leite	RSTJ 62/384
40.878-4-SP	Rel. Min. Antônio Torreão Braz	RSTJ 62/390
41.527-6-SP	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 62/393
41.634-5-RS	Rel. Min. Antônio Torreão Braz	RSTJ 62/397
41.661-2-BA	Rel. Min. Sálvio de Figueiredo	RSTJ 62/399
41.867-4-RS	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 62/409
42.100-4-RS	Rel. Min. Jesus Costa Lima	RSTJ 62/413
42.667-7-SP	Rel. Min. Adhemar Maciel	RSTJ 62/417
42.860-2-SP	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 62/421
43.035-6-SP	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 62/426
43.488-2-SP	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 62/429
45.192-2-SC	Rel. Min. Antônio Torreão Braz	RSTJ 62/433
45.942-7-DF	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 62/435
46.261-4-MG	Rel. Min. Costa Leite	RSTJ 62/441
46.485-4-SP	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 62/443
47.081-1-SP	Rel. Min. Sálvio de Figueiredo	RSTJ 62/446

A

- PrCv Ação anulatória — Imóvel — Escritura pública de compra e venda — Legitimidade da viúva do transmitente — Mandatário — Proibição de adquirir bens do mandante. REsp nº 6.896-0-AL. RSTJ 62/206.
- Trbt Ação anulatória de crédito fiscal — Depósito suspensivo — Juros de mora indevidos — REsp nº 39.029-0-RJ. RSTJ 62/351.
- Cv Ação de indenização — Prescrição — Responsabilidade civil — Construtor — CC, art. 1.245. REsp nº 41.527-6-SP. RSTJ 62/393.
- Cv Ação de reparação de danos — Furto de veículo em estacionamento. REsp nº 34.801-1-RJ. RSTJ 62/312.
- PrCv Ação de retificação de divisas — Registro público — Lei nº 6.015/73, art. 213. REsp nº 6.009-0-MS. RSTJ 62/200.
- PrCv Ação ordinária de indenização civil cumulada com declaratória — Necessidade de desmembramento — Competência. CC nº 7.140-2-SC. RSTJ 62/33.
- PrPn Ação penal privada subsidiária — Cabimento — Assistência judiciária — Petição inicial — Requisitos — Procuração — Poderes. RHC nº 1.909-1-GO. RSTJ 62/101.
- Adm Acesso funcional — Inviabilidade — Concurso público — Realização — *Merit system* — CF, art. 37, I e II. RMS nº 2.939-6-ES. RSTJ 62/178.
- PrCv Acidente do trabalho — Extinção do processo — Intimação pessoal. REsp nº 40.210-7-RJ. RSTJ 62/368.
- PrCv Acórdão regional com fundamentos constitucional e infraconstitucional — Desistência do extraordinário — Questão de Ordem — Embargos de Divergência — Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) — Isenção. EREsp nº 24.586-7-SP. RSTJ 62/77.
- Trbt Adicional do imposto sobre a renda — Lei Estadual nº 6.352, de 29-12-88 — Inconstitucionalidade. REsp nº 24.955-0-SP. RSTJ 62/237.

- Ct Admissibilidade — Fundamento — Recurso especial — CF, art. 105, III, a — Dissídio jurisprudencial — CF, art. 105, III, c. REsp nº 33.018-3-SP. RSTJ 62/294.
- Pv Admissibilidade no caso concreto — Rurícola (bóia-fria) — Aposentadoria por velhice — Prova puramente testemunhal — Contestação abstrata e falta de contradita das testemunhas. REsp nº 42.667-7-SP. RSTJ 62/417.
- PrCv Advogados distintos — Prazo em dobro — Litisconsórcio — CPC, art. 191. REsp nº 39.926-2-SP. RSTJ 62/362.
- PrCv Agravo — Lei nº 8.038/90 — Prazo. EDcl no AgRg no Ag nº 39.784-0-SP. RSTJ 62/41.
- PrCv Agravo — Prazo — Pedido de reconsideração. REsp nº 39.000-1-MS. RSTJ 62/349.
- PrCv Alienação de coisa comum — Citação de terceiro, beneficiário de estipulação feita pelos condôminos — CPC, art. 1.105. REsp nº 36.770-0-SP. RSTJ 62/328.
- Cv Aluguéis — Locação — Reajustes — Multa sobre o valor da causa. REsp nº 31.592-3-PR. RSTJ 62/275.
- PrCv Anatocismo — Inocorrência — Desapropriação indireta — Direito de ação — Prescrição — Coisa julgada — Juros compensatórios e moratórios — Cumulatividade — CC, art. 177 — CPC, art. 467 — Súmulas nºs 12 e 69-STJ — Súmula nº 74-TFR. REsp nº 40.229-8-SP. RSTJ 62/370.
- PrCv Apelação — Sentença — Divergência. REsp nº 26.539-7-RJ. RSTJ 62/240.
- PrPn Apelação em liberdade — Crimes de estelionato e quadrilha — Nulidades processuais. RHC nº 3.372-0-MG. RSTJ 62/114.
- Pv Aposentadoria — Requisitos — Rurícola. REsp nº 40.838-5-SP. RSTJ 62/382.
- Pv Aposentadoria por velhice — Rurícola (bóia-fria) — Prova puramente testemunhal — Admissibilidade no caso concreto — Contestação abstrata e falta de contradita das testemunhas. REsp nº 42.667-7-SP. RSTJ 62/417.
- PrPn Assistência judiciária — Ação penal privada subsidiária — Cabimento — Petição inicial — Requisitos — Procuração — Poderes. RHC nº 1.909-1-GO. RSTJ 62/101.
- Adm Assistente técnico integrante dos quadros da autarquia — Desapropriação — Honorários periciais — Exclusão da condenação. REsp nº 31.617-4-PR. RSTJ 62/278.

- Adm Ato condicionado à existência do interesse da justiça — Serventia extrajudicial — Remoção por permuta — Escrivã distrital e titular de ofício de cartório de imóveis — Lei de organização e divisão judiciária do Estado do Paraná. RMS nº 1.751-5-PR. RSTJ 62/153.
- PrCv Ato omissivo — Mandado de segurança — Direito líquido e certo — Ausência. MS nº 3.270-4-DF. RSTJ 62/93.
- PrCv Atualização de valor — Liquidação — Sentença — Homologação de cálculo — Recursos apropriados. REsp nº 36.822-7-RJ. RSTJ 62/331.

C

- PrCv Caixa Econômica Federal — Competência — Casa própria — Reajuste de prestações — Litisconsórcio necessário — CF, art. 109, I — CPC, art. 47, parágrafo único. CC nº 7.032-5-RJ. RSTJ 62/28.
- PrCv Casa própria — Competência — Reajuste de prestações — Caixa Econômica Federal — Litisconsórcio necessário — CF, art. 109, I — CPC, art. 47, parágrafo único. CC nº 7.032-5-RJ. RSTJ 62/28.
- PrCv CC, art. 177 — Desapropriação indireta — Direito de ação — Prescrição — Coisa julgada — Juros compensatórios e moratórios — Cumulatividade — Anatocismo — Inocorrência — CPC, art. 467 — Súmulas nºs 12 e 69-STJ — Súmula nº 74-TFR. REsp nº 40.229-8-SP. RSTJ 62/370.
- Cv CC, art. 1.245 — Ação de indenização — Prescrição — Responsabilidade civil — Construtor. REsp nº 41.527-6-SP. RSTJ 62/393.
- Adm CF, art. 37, I e II — Concurso público — Realização — Acesso funcional — Inviabilidade — *Merit system*. RMS nº 2.939-6-ES. RSTJ 62/178.
- Ct CF, art. 97 — Superior Tribunal de Justiça — Controle difuso da constitucionalidade das leis. AgRg no Ag nº 43.896-1-SP. RSTJ 62/17.
- Ct CF, art. 105, III, a — Recurso especial — Admissibilidade — Fundamento — Dissídio jurisprudencial — CF, art. 105, III, c. REsp nº 33.018-3-SP. RSTJ 62/294.

- Ct CF, art. 105, III, **c** — Recurso especial — Admissibilidade — Fundamento — CF, art. 105, III, **a** — Dissídio jurisprudencial. REsp nº 33.018-3-SP. RSTJ 62/294.
- PrCv CF, art. 109, I — Competência — Casa própria — Reajuste de prestações — Caixa Econômica Federal — Litisconsórcio necessário — CPC, art. 47, parágrafo único. CC nº 7.032-5-RJ. RSTJ 62/28.
- Ct CF, art. 114, **caput** — Competência — Reclamação trabalhista — Servidores públicos federais — Lei nº 8.112/90 — Justiça do Trabalho. CC nº 6.925-4-PB. RSTJ 62/26.
- PrCv Citação de terceiro, beneficiário de estipulação feita pelos condôminos — Alienação de coisa comum — CPC, art. 1.105. REsp nº 36.770-0-SP. RSTJ 62/328.
- PrCv Código de defesa do consumidor — Contrato de adesão — Relação de consumo — Lei nº 8.078/90, art. 51, I — Foro de eleição. REsp nº 47.081-1-SP. RSTJ 62/446.
- PrCv Coisa julgada — Desapropriação indireta — Direito de ação — Prescrição — Juros compensatórios e moratórios — Cumulatividade — Anatocismo — Inocorrência — CC, art. 177 — CPC, art. 467 — Súmulas nºs 12 e 69-STJ — Súmula nº 74-TFR. REsp nº 40.229-8-SP. RSTJ 62/370.
- Cv Companheira — Doação. REsp nº 3.560-0-RS. RSTJ 62/193.
- PrCv Compensação — Embargos do devedor — CPC, art. 741, VI. REsp nº 29.675-8-SP. RSTJ 62/244.
- PrCv Competência — Ação ordinária de indenização civil cumulada com declaratória — Necessidade de desmembramento. CC nº 7.140-2-SC. RSTJ 62/33.
- PrCv Competência — Casa própria — Reajuste de prestações — Caixa Econômica Federal — Litisconsórcio necessário — CF, art. 109, I — CPC, art. 47, parágrafo único. CC nº 7.032-5-RJ. RSTJ 62/28.
- Pv Competência — Justiça Estadual. CC nº 7.494-0-RJ. RSTJ 62/37.
- PrPn Competência — Previdência Social — Falsificação de guias de recolhimento — Justiça Estadual. CC nº 4.514-8-SP. RSTJ 62/21.
- Ct Competência — Reclamação trabalhista — Servidores públicos federais — Lei nº 8.112/90 — Justiça do Trabalho — CF, art. 114, **caput**. CC nº 6.925-4-PB. RSTJ 62/26.
- PrCv Competência — Servidor público municipal — Reclamação trabalhista — Justiça do Trabalho. CC nº 5.662-4-PE. RSTJ 62/24.

- PrPn Comunicação do juiz ao Ministério Público — **Habeas corpus** — Crime em tese — CPP, art. 40 — Inquérito Policial — Prescrição inócurrenre. RHC nº 3.723-7-RJ. RSTJ 62/123.
- Adm Concurso público — Realização — Acesso funcional — Inviabilidade — *Merit system* — CF, art. 37, I e II. RMS nº 2.939-6-ES. RSTJ 62/178.
- Cv Condomínio — Furto de veículo estacionado na garagem. REsp nº 39.424-4-SP. RSTJ 62/354.
- Cv Construtor — Ação de indenização — Prescrição — Responsabilidade civil — CC, art. 1.245. REsp nº 41.527-6-SP. RSTJ 62/393.
- Pv Contestação abstrata e falta de contradita das testemunhas — Rurícola /(bóia-fria) — Aposentadoria por velhice — Prova puramente testemunhal — Admissibilidade no caso concreto. REsp nº 42.667-7-SP. RSTJ 62/417.
- PrCv Contrato de abertura de crédito — Título executivo extrajudicial — Execução com base em nota promissória. REsp nº 31.737-3-MG. RSTJ 62/282.
- PrCv Contrato de adesão — Foro de eleição — CPC, art. 111. REsp nº 41.634-5-RS. RSTJ 62/397.
- PrCv Contrato de adesão — Relação de consumo — Lei nº 8.078/90, art. 51, I — Código de defesa do consumidor — Foro de eleição. REsp nº 47.081-1-SP. RSTJ 62/446.
- Cv Contrato — Resolução — Mora — **Jus variandi** — Purgação de mora. REsp nº 30.023-3-SP. RSTJ 62/247.
- Ct Controle difuso da constitucionalidade das leis — Superior Tribunal de Justiça — CF, art. 97. AgRg no Ag nº 43.896-1-SP. RSTJ 62/17.
- Trbt Convênios nºs 66/88 e 107/89 — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Recolhimento antecipado — Substituição tributária — Ilegitimidade. REsp nº 37.361-1-SP. RSTJ 62/337.
- PrPn Conversão de pena em multa — Recurso ministerial — Prescrição. REsp nº 26.607-9-SP. RSTJ 62/242.
- Adm Correção feita pela própria administração — Professora aposentada — Redução da carga horária — Lei nova — Aplicação equivocada. RMS nº 1.601-8-BA. RSTJ 62/149
- Trbt Correção monetária — Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) — Crédito-Prêmio — Prescrição — Excedente — Direito ao recebimento — Conversão — Juros de mora. REsp nº 40.679-0-DF. RSTJ 62/377.

- Pn CP, art. 33, § 2º, c e § 3º c/c o art. 59 — Pena — Regime aberto — Requisitos — Dissídio jurisprudencial. REsp nº 36.617-8-SC. RSTJ 62/325.
- PrPn CP, art. 155, § 4º — Réu preso — Excesso de prazo na formação da culpa — Constrangimento ilegal. RHC nº 3.189-1-MS. RSTJ 62/107.
- PrCv CPC, art. 47, parágrafo único — Competência — Casa própria — Reajuste de prestações — Caixa Econômica Federal — Litisconsórcio necessário — CF, art. 109, I. CC nº 7.032-5-RJ. RSTJ 62/28.
- PrCv CPC, art. 70, III — Responsabilidade civil — Servidor público — Denúnciação à lide. REsp nº 15.614-0-SP. RSTJ 62/216.
- PrCv CPC, art. 111 — Foro de eleição — Contrato de adesão. REsp nº 41.634-5-RS. RSTJ 62/397.
- PrCv CPC, art. 191 — Litisconsórcio — Advogados distintos — Prazo em dobro. REsp nº 39.926-2-SP. RSTJ 62/362.
- PrCv CPC, art. 467 — Desapropriação indireta — Direito de ação — Prescrição — Coisa julgada — Juros compensatórios e moratórios — Cumulatividade — Anatocismo — Inocorrência — CC, art. 177 — Súmulas nºs 12 e 69-STJ — Súmula nº 74-TFR. REsp nº 40.229-8-SP. RSTJ 62/370.
- PrCv CPC, art. 499 — Título de crédito — Duplicata — Legitimidade para recorrer. REsp nº 40.185-2-MG. RSTJ 62/364.
- PrCv CPC, art. 588 — Vulneração inconsistente — Execução provisória — Prestação de caução. REsp nº 37.008-6-SP. RSTJ 62/334.
- PrCv CPC, art. 741, VI — Embargos do devedor — Compensação. REsp nº 29.675-8-SP. RSTJ 62/244.
- PrCv CPC, art. 801, III — Medida cautelar — Petição inicial que não indica a ação principal e seu fundamento. REsp nº 40.878-4-SP. RSTJ 62/390.
- PrCv CPC, art. 1.105 — Alienação de coisa comum — Citação de terceiro, beneficiário de estipulação feita pelos condôminos. REsp nº 36.770-0-SP. RSTJ 62/328.
- PrPn CPP, art. 40 — **Habeas corpus** — Crime em tese — Comunicação do juiz ao Ministério Público — Inquérito Policial — Prescrição incorrente. RHC nº 3.723-7-RJ. RSTJ 62/123.
- PrPn CPP, art. 697 — Suspensão condicional da pena — Favor legal. RHC nº 3.420-3-TO. RSTJ 62/117.

- Trbt Crédito-Prêmio — Prescrição — Excedente — Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) — Direito ao recebimento — Conversão — Correção monetária — Juros de mora. REsp nº 40.679-0-DF. RSTJ 62/377.
- PrPn Crime contra os costumes — Ilegitimidade ativa **ad causam** do representante do *parquet* — Arguição — Trancamento da ação penal. RHC nº 3.297-9-SC. RSTJ 62/112.
- PrPn Crime em tese — **Habeas corpus** — Comunicação do juiz ao Ministério Público — CPP, art. 40 — Inquérito Policial — Prescrição inócurrenre. RHC nº 3.723-7-RJ. RSTJ 62/123.
- PrPn Crimes de estelionato e quadrilha — Nulidades processuais — Apelação em liberdade. RHC nº 3.372-0-MG. RSTJ 62/114.

D

- PrCv Dano moral e material — Cumulação — Pensão — Menor — Homicídio praticado por Policial Militar. REsp nº 43.488-2-SP. RSTJ 62/429.
- PrCv Decisão judicial — Mandado de segurança — Recurso ordinário. RMS nº 724-0-SP. RSTJ 62/129.
- Trbt Decreto nº 406/68 — Imposto sobre Serviços (ISS) — Sociedade de profissionais liberais. REsp nº 4.673-0-SP. RSTJ 62/198.
- Adm Decreto estadual nº 5.646/90 — Pesca durante a piracema — Proibição. RMS nº 1.334-0-MS. RSTJ 62/142.
- Cv Decreto-Lei nº 70/66 — Imissão de posse — Imóvel financiado pelo SFH. REsp nº 34.111-9-SP. RSTJ 62/310.
- Trbt Decreto-Lei nº 406/68, art. 1º — Importação — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Recolhimento antecipado — Fato gerador. REsp nº 20.557-1-RJ. RSTJ 62/220.
- Trbt Decreto-Lei nº 406/68, art. 12 — Imposto sobre Serviços (ISS) — Fato gerador — Município. REsp nº 41.867-4-RS. RSTJ 62/409.
- Pv Decreto-Lei nº 2.351/87 — Incidência — Reajuste de benefícios. REsp nº 42.100-4-RS. RSTJ 62/413.
- Adm Demissão — Funcionário público — Período eleitoral. RMS nº 870-0-RS. RSTJ 62/139.
- Adm Demissão — Arguição de nulidades — Servidor público. RMS nº 2.124-5-DF. RSTJ 62/167.

- PrCv Denúnciação à lide — Responsabilidade civil — Servidor público — CPC, art. 70, III. REsp nº 15.614-0-SP. RSTJ 62/216.
- Trbt Denúnciação espontânea — Importação — Veículo automotor — Falta de guia ou documento equivalente. REsp nº 45.942-7-DF. RSTJ 62/435.
- Trbt Depósito suspensivo — Ação anulatória de crédito fiscal — Juros de mora indevidos. REsp nº 39.029-0-RJ. RSTJ 62/351.
- Adm Desapropriação — Honorários periciais — Exclusão da condenação — Assistente técnico integrante dos quadros da autarquia. REsp nº 31.617-4-PR. RSTJ 62/278.
- PrCv Desapropriação indireta — Direito de ação — Prescrição — Coisa julgada — Juros compensatórios e moratórios — Cumulatividade — Anatocismo — Inocorrência — CC, art. 177 — CPC, art. 467 — Súmulas nºs 12 e 69-STJ — Súmula nº 74-TFR. REsp nº 40.229-8-SP. RSTJ 62/370.
- PrCv Desapropriação por interesse social — Recurso especial — Dissídio pretoriano — Tribunal Federal de Recursos — Paradigma — Prestabilidade para a sua comprovação — Reforma agrária — Indenização. REsp nº 24.893-4-RO. RSTJ 62/231.
- Trbt Direito ao recebimento — Conversão — Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) — Crédito-Prêmio — Prescrição — Excedente — Correção monetária — Juros de mora. REsp nº 40.679-0-DF. RSTJ 62/377.
- PrCv Direito de ação — Desapropriação indireta — Prescrição — Coisa julgada — Juros compensatórios e moratórios — Cumulatividade — Anatocismo — Inocorrência — CC, art. 177 — CPC, art. 467 — Súmulas nºs 12 e 69-STJ — Súmula nº 74-TFR. REsp nº 40.229-8-SP. RSTJ 62/370.
- PrCv Direito líquido e certo — Ausência — Mandado de segurança — Ato omissivo. MS nº 3.270-4-DF. RSTJ 62/93.
- Pn Dissídio jurisprudencial — Pena — Regime aberto — Requisitos — CP, art. 33, § 2º, c e § 3º c/c o art. 59. REsp nº 36.617-8-SC. RSTJ 62/325.
- Ct Dissídio jurisprudencial — Recurso especial — Admissibilidade — Fundamento — CF, art. 105, III, a — CF, art. 105, III, c. REsp nº 33.018-3-SP. RSTJ 62/294.
- PrCv Dissídio pretoriano — Recurso especial — Tribunal Federal de Recursos — Paradigma — Prestabilidade para a sua comprovação — Desapropriação por interesse social — Reforma agrária — Indenização. REsp nº 24.893-4-RO. RSTJ 62/231.

- Trbt Distribuição de filmes e *video-tapes* — Imposto sobre Serviços (ISS) — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Incidência afastada. REsp nº 42.860-2 SP. RSTJ 62/421.
- PrCv Divergência — Apelação — Sentença. REsp nº 26.539-7-RJ. RSTJ 62/240.
- PrCv Divergência jurisprudencial — Falta de peça de traslado obrigatório — Conversão em diligência — Súmula nº 288-STF — Inaplicabilidade às instâncias ordinárias. REsp nº 41.661-2-BA. RSTJ 62/399.
- Trbt Dívida de natureza tributária — Representação afeta à Procuradoria da Fazenda Nacional — Execução fiscal — Imposto Territorial Rural (ITR) — Cobrança. REsp nº 35.960-0-PE. RSTJ 62/322.
- Cv Doação — Companheira. REsp nº 3.560-0-RS. RSTJ 62/193.
- PrCv Duplicata — Título de crédito — Legitimidade para recorrer — CPC, art. 499. REsp nº 40.185-2-MG. RSTJ 62/364.

E

- PrCv Embargos de Divergência — Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) — Isenção — Acórdão regional com fundamentos constitucionais e infraconstitucionais — Desistência do extraordinário — Questão de Ordem. EREsp nº 24.586-7-SP. RSTJ 62/77.
- PrCv Embargos de terceiro — Legitimidade — Penhorabilidade de cotas — Sociedade de responsabilidade limitada. REsp nº 30.854-2-SP. RSTJ 62/250.
- PrCv Embargos do devedor — Compensação — CPC, art. 741, VI. REsp nº 29.675-8-SP. RSTJ 62/244.
- PrCv Embargos do devedor — Execução — Título extrajudicial. REsp nº 45.192-2-SC. RSTJ 62/433.
- PrCv Escritura pública de compra e venda — Imóvel — Ação anulatória — Legitimidade da viúva do transmitente — Mandatário — Proibição de adquirir bens do mandante. REsp nº 6.896-0-AL. RSTJ 62/206.
- Adm Escrivã distrital e titular de ofício de cartório de imóveis — Serventia extrajudicial — Remoção por permuta — Lei de organização e divisão judiciária do Estado do Paraná — Ato condicionado à existência do interesse da justiça. RMS nº 1.751-5-PR. RSTJ 62/153.

- PrCv Estrada de ferro — Responsabilidade civil — Passageiro vítima de assalto. REsp nº 30.992-3-RJ. RSTJ 62/271.
- PrPn Excesso de prazo na formação da culpa — Constrangimento ilegal — Réu preso — CP, art. 155, § 4º. RHC nº 3.189-1-MS. RSTJ 62/107.
- PrCv Execução — Intimação de penhora — Recusa do devedor a apor a nota de ciência — Testemunhas — Ausência — Mandado de segurança. RMS nº 3.014-3-RS. RSTJ 62/181.
- PrCv Execução — Título executivo extrajudicial. REsp nº 46.261-4-MG. RSTJ 62/441.
- PrCv Execução — Título extrajudicial — Embargos do devedor. REsp nº 45.192-2-SC. RSTJ 62/443.
- PrCv Execução com base em nota promissória — Título executivo extrajudicial — Contrato de abertura de crédito. REsp nº 31.737-3-MG. RSTJ 62/282.
- Trbt Execução fiscal — Imposto Territorial Rural (ITR) — Cobrança — Dívida de natureza tributária — Representação afeta à Procuradoria da Fazenda Nacional. REsp nº 35.960-0-PE. RSTJ 62/322.
- PrCv Execução provisória — CPC, art. 588 — Vulneração inconsistente — Prestação de caução. REsp nº 37.008-6-SP. RSTJ 62/334.
- PrCv Extinção do processo — Acidente do trabalho — Intimação pessoal. REsp nº 40.210-7-RJ. RSTJ 62/368.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito — Sucumbência. REsp nº 33.770-0-RJ. RSTJ 62/303.

F

- PrPn Falsificação de guias de recolhimento — Previdência Social — Competência — Justiça Estadual. CC nº 4.514-8-SP. RSTJ 62/21.
- PrCv Falta de peça de traslado obrigatório — Conversão em diligência — Súmula nº 288-STF — Inaplicabilidade às instâncias ordinárias — Divergência jurisprudencial. REsp nº 41.661-2-BA. RSTJ 62/399.
- Trbt Fato gerador — Importação — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Recolhimento antecipado — Decreto-Lei nº 406/68, art. 1º. REsp nº 20.557-1-RJ. RSTJ 62/220.
- Trbt Fato gerador — Imposto sobre Serviços (ISS) — Município — Decreto-Lei nº 406/68, art. 12. REsp nº 41.867-4-RS. RSTJ 62/409.

- PrPn Favor legal — Suspensão condicional da pena — CPP, art. 697. RHC nº 3.420-3-TO. RSTJ 62/117.
- Cv Força maior — Responsabilidade contratual — Prestação de serviço de vigilância. REsp nº 40.866-0-SP. RSTJ 62/384.
- Trbt Fornecimento de alimentação e bebidas consumidas no próprio estabelecimento — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Lei Estadual nº 6.374/89 — Legalidade da cobrança. REsp nº 46.485-4-SP. RSTJ 62/443.
- PrCv Foro de eleição — Contrato de adesão — Relação de consumo — Lei nº 8.078/90, art. 51, I — Código de defesa do consumidor. REsp nº 47.081-1-SP. RSTJ 62/446.
- PrCv Foro de eleição — CPC, art. 111 — Contrato de adesão. REsp nº 41.634-5-RS. RSTJ 62/397.
- Adm Funcionário público — Demissão — Período eleitoral. RMS nº 870-0-RS. RSTJ 62/139.
- PrCv Furto de mercadoria — Ato de terceiro — Inexistência de conexão — Ausência do dever de ressarcir — Responsabilidade civil — Transporte. REsp nº 38.891-0-SP. RSTJ 62/344.
- Cv Furto de veículo em estacionamento — Ação de reparação de danos. REsp nº 34.801-1-RJ. RSTJ 62/312.
- Cv Furto de veículo estacionado na garagem — Condomínio. REsp nº 39.424-4-SP. RSTJ 62/354.

H

- PrPn **Habeas corpus** — Crime em tese — Comunicação do juiz ao Ministério Público — CPP, art. 40 — Inquérito Policial — Prescrição inócurrenente. RHC nº 3.723-7-RJ. RSTJ 62/123.
- PrCv Homicídio praticado por Policial Militar — Pensão — Dano moral e material — Cumulação — Menor. REsp nº 43.488-2-SP. RSTJ 62/429.
- PrCv Homologação de cálculo — Liquidação — Sentença — Atualização de valor — Recursos apropriados. REsp nº 36.822-7-RJ. RSTJ 62/331.
- PrCv Honorários de advogados — Não cabimento — Mandado de segurança — Sucumbência. EREsp nº 880-2-RS. RSTJ 62/47.

Adm Honorários periciais — Exclusão da condenação — Desapropriação — Assistente técnico integrante dos quadros da autarquia. REsp nº 31.617-4-PR. RSTJ 62/278.

I

Trbt Ilegitimidade — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Recolhimento antecipado — Substituição tributária — Convênios nºs 66/88 e 107/89. REsp nº 37.361-1-SP. RSTJ 62/337.

PrPn Ilegitimidade ativa **ad causam** do representante do *parquet* — Arguição — Crime contra os costumes — Trancamento da ação penal. RHC nº 3.297-9-SC. RSTJ 62/112.

Cv Imissão de posse — Imóvel financiado pelo SFH — Decreto-Lei nº 70/66. REsp nº 34.111-9-SP. RSTJ 62/310.

PrCv Imóvel — Escritura pública de compra e venda — Ação anulatória — Legitimidade da viúva do transmitente — Mandatário — Proibição de adquirir bens do mandante. REsp nº 6.896-0-AL. RSTJ 62/206.

Cv Imóvel financiado pelo SFH — Imissão de posse — Decreto-Lei nº 70/66. REsp nº 34.111-9-SP. RSTJ 62/310.

Trbt Importação — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Recolhimento antecipado — Fato gerador — Decreto-Lei nº 406/68, art. 1º. REsp nº 20.557-1-RJ. RSTJ 62/220.

Trbt Importação — Veículo automotor — Falta de guia ou documento equivalente — Denúncia espontânea. REsp nº 45.942-7-DF. RSTJ 62/435.

Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Importação — Recolhimento antecipado — Fato gerador — Decreto-Lei nº 406/68, art. 1º. REsp nº 20.557-1-RJ. RSTJ 62/220.

Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Incidência afastada — Imposto sobre Serviços (ISS) — Distribuição de filmes e *video-tapes*. REsp nº 42.860-2-SP. RSTJ 62/421.

Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Fornecimento de alimentação e bebidas consumidas no próprio estabelecimento — Lei estadual nº 6.374/89 — Legalidade da cobrança. REsp nº 46.485-4-SP. RSTJ 62/443.

Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Recolhimento antecipado — Substituição tributária — Ilegitimidade — Convênios nºs 66/88 e 107/89. REsp nº 37.361-1-SP. RSTJ 62/337.

- PrCv Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) — Isenção — Embargos de divergência — Acórdão regional com fundamentos constitucionais e infraconstitucionais — Desistência do extraordinário — Questão de Ordem. EREsp nº 24.586-7-SP. RSTJ 62/77.
- Trbt Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) — Crédito-Prêmio — Prescrição — Excedente — Direito ao recebimento — Conversão — Correção monetária — Juros de mora. REsp nº 40.679-0-DF. RSTJ 62/377.
- Trbt Imposto sobre Serviços (ISS) — Distribuição de filmes e *video-tapes* — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Incidência afastada. REsp nº 42.860-2-SP. RSTJ 62/421.
- Trbt Imposto sobre Serviços (ISS) — Fato gerador — Município — Decreto-Lei nº 406/68, art. 12. REsp nº 41.867-4-RS. RSTJ 62/409.
- Trbt Imposto sobre Serviços (ISS) — Sociedade de profissionais liberais — Decreto nº 406/68. REsp nº 4.673-0-SP. RSTJ 62/198.
- Trbt Imposto Territorial Rural (ITR) — Cobrança — Execução fiscal — Dívida de natureza tributária — Representação afeta à Procuradoria da Fazenda Nacional. REsp nº 35.960-0-PE. RSTJ 62/322.
- PrCv Inconstitucionalidade de lei — Declaração — Mandado de segurança — Não cabimento. RMS nº 1.449-0-PA. RSTJ 62/147.
- PrCv Indenização — Recurso especial — Dissídio pretoriano — Tribunal Federal de Recursos — Paradigma — Prestabilidade para a sua comprovação — Desapropriação por interesse social — Reforma agrária. REsp nº 24.893-4-RO. RSTJ 62/231.
- PrPn Inquérito Policial — **Habeas corpus** — Crime em tese — Comunicação do juiz ao Ministério Público — CPP, art. 40 — Prescrição inócurrenente. RHC nº 3.723-7-RJ. RSTJ 62/123.
- PrPn Instrução criminal — Demora na conclusão — Culpa do paciente. HC nº 2.415-0-BA. RSTJ 62/88.
- PrPn Instrução criminal — Prisão preventiva — Júri. RHC nº 3.211-1-SP. RSTJ 62/109.
- PrCv Intimação de penhora — Execução — Recusa do devedor a apor a nota de ciência — Testemunhas — Ausência — Mandado de segurança. RMS nº 3.014-3-RS. RSTJ 62/181.
- PrCv Intimação pessoal — Acidente do trabalho — Extinção do processo. REsp nº 40.210-7-RJ. RSTJ 62/368.

J

- PrPn Júri — Prisão preventiva — Instrução criminal. RHC nº 3.211-1-SP. RSTJ 62/109.

- PrPn Júri — Quesitos — Contradição. REsp nº 21.396-8-RS. RSTJ 62/224.
- PrCv Juros compensatórios e moratórios — Cumulatividade — Desapropriação indireta — Direito de ação — Prescrição — Coisa julgada — Anatocismo — Inocorrência — CC, art. 177 — CPC, art. 467 — Súmulas nºs 12 e 69-STJ — Súmula nº 74-TFR. REsp nº 40.229-8-SP. RSTJ 62/370.
- Trbt Juros de mora — Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) — Crédito-Prêmio — Prescrição — Excedente — Direito ao recebimento — Conversão — Correção monetária. REsp nº 40.679-0-DF. RSTJ 62/377.
- Trbt Juros de mora indevidos — Ação anulatória de crédito fiscal — Depósito suspensivo. REsp nº 39.029-0-RJ. RSTJ 62/351.
- Ct Justiça do Trabalho — Competência — Reclamação trabalhista — Servidores públicos federais — Lei nº 8.112/90 — CF, art. 114, **caput**. CC nº 6.925-4-PB. RSTJ 62/26.
- PrCv Justiça do Trabalho — Servidor público municipal — Reclamação trabalhista — Competência. CC nº 5.662-4-PE. RSTJ 62/24.
- Pv Justiça Estadual — Competência. CC nº 7.494-0-RJ. RSTJ 62/37.
- PrPn Justiça Estadual — Previdência Social — Falsificação de guias de recolhimento — Competência. CC nº 4.514-8-SP. RSTJ 62/21.

L

- Trbt Legalidade da cobrança — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Fornecimento de alimentação e bebidas consumidas no próprio estabelecimento — Lei estadual nº 6.374/89. REsp nº 46.485-4-SP. RSTJ 62/443.
- PrCv Legitimidade da viúva do transmitente — Imóvel — Escritura pública de compra e venda — Ação anulatória — Mandatário — Proibição de adquirir bens do mandante. REsp nº 6.896-0-AL. RSTJ 62/206.
- Cv Legitimidade de terceiro para pleitear a nulidade — Venda realizada pelo mandante ao mandatário. REsp nº 32.104-2-PR. RSTJ 62/288.
- PrCv Legitimidade para recorrer — Título de crédito — Duplicata — CPC, art. 499. REsp nº 40.185-2-MG. RSTJ 62/364.
- PrCv Lei nº 6.015/73, art. 213 — Registro público — Ação de retificação de divisas. REsp nº 6.009-0-MS. RSTJ 62/200.

- PrCv Lei nº 7.347/85, art. 12 — Mandado de segurança — Liminar em ação civil pública — Cassação. REsp nº 11.973-0-RJ. RSTJ 62/210.
- PrCv Lei nº 8.038/90 — Agravo — Prazo. EDcl no AgRg no Ag nº 39.784-0-SP. RSTJ 62/41.
- PrCv Lei nº 8.078/90, art. 51, I — Contrato de adesão — Relação de consumo — Código de defesa do consumidor — Foro de eleição. REsp nº 47.081-1-SP. RSTJ 62/446.
- Ct Lei nº 8.112/90 — Competência — Reclamação trabalhista — Servidores públicos federais — Justiça do Trabalho — CF, art. 114, **caput**. CC nº 6.925-4-PB. RSTJ 62/26.
- Adm Lei de organização e divisão judiciária do Estado do Paraná — Serventia extrajudicial — Remoção por permuta — Escrivã distrital e titular de ofício de cartório de imóveis — Ato condicionado à existência do interesse da justiça. RMS nº 1.751-5-PR. RSTJ 62/153.
- Trbt Lei Estadual nº 6.352, de 29-12-88 — Inconstitucionalidade — Adicional do imposto sobre a renda. REsp nº 24.955-0-SP. RSTJ 62/237.
- Trbt Lei estadual nº 6.374/89 — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Fornecimento de alimentação e bebidas consumidas no próprio estabelecimento — Legalidade da cobrança. REsp nº 46.485-4-SP. RSTJ 62/443.
- Adm Lei nova — Aplicação equivocada — Professora aposentada — Redução da carga horária — Correção feita pela própria administração. RMS nº 1.601-8-BA. RSTJ 62/149.
- PrCv Liminar em ação civil pública — Cassação — Mandado de segurança — Lei nº 7.347/85, art. 12. REsp nº 11.973-0-RJ. RSTJ 62/210.
- PrCv Liquidação — Sentença — Homologação de cálculo — Atualização de valor — Recursos apropriados. REsp nº 36.822-7-RJ. RSTJ 62/331.
- PrCv Litisconsórcio — CPC, art. 191 — Advogados distintos — Prazo em dobro. REsp nº 39.926-2-SP. RSTJ 62/362.
- PrCv Litisconsórcio necessário — Competência — Casa própria — Reajuste de prestações — Caixa Econômica Federal — CF, art. 109, I — CPC, art. 47, parágrafo único. CC nº 7.032-5-RJ. RSTJ 62/28.
- Cv Locação — Aluguéis — Reajustes — Multa sobre o valor da causa. REsp nº 31.592-3-PR. RSTJ 62/275.

M

- Adm Magistrados — Promoção — Critério a ser observado. RMS nº 2.632-2-MG. RSTJ 62/173.
- PrCv Mandado de segurança — Ato omissivo — Direito líquido e certo — Ausência. MS nº 3.270-4-DF. RSTJ 62/93.
- PrCv Mandado de segurança — Decisão judicial — Recurso ordinário. RMS nº 724-0-SP. RSTJ 62/129.
- PrCv Mandado de segurança — Execução — Intimação de penhora — Recusa do devedor a apor a nota de ciência — Testemunhas — Ausência. RMS nº 3.014-3-RS. RSTJ 62/181.
- PrCv Mandado de segurança — Liminar em ação civil pública — Cassação — Lei nº 7.347/85, art. 12. REsp nº 11.973-0-RJ. RSTJ 62/210.
- PrCv Mandado de segurança — Não cabimento — Inconstitucionalidade de lei — Declaração. RMS nº 1.449-0-PA. RSTJ 62/147.
- PrCv Mandado de segurança — Sucumbência — Honorários de advogados — Não cabimento. EREsp nº 880-2-RS. RSTJ 62/47.
- PrCv Mandatário — Proibição de adquirir bens do mandante — Imóvel — Escritura pública de compra e venda — Ação anulatória — Legitimidade da viúva do transmitente. REsp nº 6.896-0-AL. RSTJ 62/206.
- PrCv Medida cautelar — Petição inicial que não indica a ação principal e seu fundamento — CPC, art. 801, III. REsp nº 40.878-4-SP. RSTJ 62/390.
- PrCv Medida cautelar de produção antecipada de prova — Questão de mérito — Antecipação da discussão. REsp nº 43.035-6-SP. RSTJ 62/426.
- PrCv Menor — Pensão — Dano moral e material — Cumulação — Homicídio praticado por Policial Militar. REsp nº 43.488-2-SP. RSTJ 62/429.
- Adm *Merit system* — Concurso público — Realização — Acesso funcional — Inviabilidade — CF, art. 37, I e II. RMS nº 2.939-6-ES. RSTJ 62/178.
- Cv Mora — **Jus variandi** — Contrato — Resolução — Purgação de mora. REsp nº 30.023-3-SP. RSTJ 62/247.
- Cv Multa sobre o valor da causa — Locação — Aluguéis — Reajustes. REsp nº 31.592-3-PR. RSTJ 62/275.
- Trbt Município — Imposto sobre Serviços (ISS) — Fato gerador — Decreto-Lei nº 406/68, art. 12. REsp nº 41.867-4-RS. RSTJ 62/409.

N

PrPn Nulidades processuais — Crimes de estelionato e quadrilha — Apelação em liberdade. RHC nº 3.372-0-MG. RSTJ 62/114.

P

PrCv Passageiro vítima de assalto — Responsabilidade civil — Estrada de ferro. REsp nº 30.992-3-RJ. RSTJ 62/271.

Pn Pena — Regime aberto — Requisitos — Dissídio jurisprudencial — CP, art. 33, § 2º, c e § 3º c/c o art. 59. REsp nº 36.617-8-SC. RSTJ 62/325.

PrCv Penhorabilidade de cotas — Embargos de terceiro — Legitimidade — Sociedade de responsabilidade limitada. REsp nº 30.854-2-SP. RSTJ 62/250.

PrCv Pensão — Dano moral e material — Cumulação — Menor — Homicídio praticado por Policial Militar. REsp nº 43.488-2-SP. RSTJ 62/429.

Adm Período eleitoral — Funcionário público — Demissão. RMS nº 870-0-RS. RSTJ 62/139.

Adm Pesca durante a piracema — Proibição — Decreto estadual nº 5.646/90. RMS nº 1.334-0-MS. RSTJ 62/142.

PrPn Petição inicial — Requisitos — Ação penal privada subsidiária — Cabimento — Assistência judiciária — Procuração — Poderes. RHC nº 1.909-1-GO. RSTJ 62/101.

PrCv Petição inicial que não indica a ação principal e seu fundamento — Medida cautelar — CPC, art. 801, III. REsp nº 40.878-4-SP. RSTJ 62/390.

PrPn Poderes — Ação penal privada subsidiária — Cabimento — Assistência judiciária — Petição inicial — Requisitos — Procuração. RHC nº 1.909-1-GO. RSTJ 62/101.

PrCv Prazo — Agravo — Lei nº 8.038/90. EDcl no AgRg no Ag nº 39.784-0-SP. RSTJ 62/41.

PrPn Prazo — Excesso no julgamento de recurso de apelação do réu — Prisão. HC nº 1.030-0-DF. RSTJ 62/85.

PrCv Prazo — Pedido de reconsideração — Agravo. REsp nº 39.000-1-MS. RSTJ 62/349.

- Cv Prescrição — Ação de indenização — Responsabilidade civil — Construtor — CC, art. 1.245. REsp nº 41.527-6-SP. RSTJ 62/393.
- PrPn Prescrição — Conversão de pena em multa — Recurso ministerial. REsp nº 26.607-9-SP. RSTJ 62/242.
- PrCv Prescrição — Desapropriação indireta — Direito de ação — Coisa julgada — Juros compensatórios e moratórios — Cumulatividade — Anatocismo — Inocorrência — CC, art. 177 — CPC, art. 467 — Súmulas nºs 12 e 69-STJ — Súmula nº 74-TFR. REsp nº 40.229-8 — SP. RSTJ 62/370.
- PrPn Prescrição incorrente — **Habeas corpus** — Crime em tese — Comunicação do juiz ao Ministério Público — CPP, art. 40 — Inquérito Policial. RHC nº 3.723-7-RJ. RSTJ 62/123.
- PrCv Prestação de caução — CPC, art. 588 — Vulneração inconsistente — Execução provisória. REsp nº 37.008-6-SP. RSTJ 62/334.
- Cv Prestação de serviço de vigilância — Responsabilidade contratual — Força maior. REsp nº 40.866-0-SP. RSTJ 62/384.
- PrPn Previdência Social — Falsificação de guias de recolhimento — Competência — Justiça Estadual. CC nº 4.514-8-SP. RSTJ 62/21.
- PrPn Prisão — Prazo — Excesso no julgamento de recurso de apelação do réu. HC nº 1.030-0-DF. RSTJ 62/85.
- PrPn Prisão preventiva — Instrução criminal — Júri. RHC nº 3.211-1-SP. RSTJ 62/109.
- PrPn Prisão preventiva de natureza cautelar — Garantia da ordem pública. RHC nº 3.423-8-RJ. RSTJ 62/120.
- PrPn Procuração — Ação penal privada subsidiária — Cabimento — Assistência judiciária — Petição inicial — Requisitos — Poderes. RHC nº 1.909-1-GO. RSTJ 62/101.
- Adm Professora aposentada — Redução da carga horária — Lei nova — Aplicação equivocada — Correção feita pela própria administração. RMS nº 1.601-8-BA. RSTJ 62/149.
- Adm Promoção — Critério a ser observado — Magistrados. RMS nº 2.632-2-MG. RSTJ 62/173.
- PrCv Prova dispensável — Rol de testemunhas — Oferecimento tempestivo. REsp nº 39.427-9-SP. RSTJ 62/359.
- Pv Prova puramente testemunhal — Rurícola (bóia-fria) — Aposentadoria por velhice — Admissibilidade no caso concreto — Contestação abstrata e falta de contradita das testemunhas. REsp nº 42.667-7-SP. RSTJ 62/417.

Cv Purgação de mora — Contrato — Resolução — Mora — **Jus variandi** — REsp nº 30.023-3-SP. RSTJ 62/247.

Q

PrPn Quesitos — Contradição — Júri. REsp nº 21.396-8-RS. RSTJ 62/224.

PrCv Questão de mérito — Antecipação da discussão — Medida cautelar de produção antecipada de prova. REsp nº 43.035-6-SP. RSTJ 62/426.

R

Pv Reajuste de benefícios — Decreto-Lei nº 2.351/87 — Incidência. REsp nº 42.100-4-RS. RSTJ 62/413.

PrCv Reajuste de prestações — Competência — Casa própria — Caixa Econômica Federal — Litisconsórcio necessário — CF, art. 109, I — CPC, art. 47, parágrafo único. CC nº 7.032-5-RJ. RSTJ 62/28.

Cv Reajustes — Locação — Aluguéis — Multa sobre o valor da causa. REsp nº 31.592-3-PR. RSTJ 62/275.

Ct Reclamação trabalhista — Competência — Servidores públicos federais — Lei nº 8.112/90 — Justiça do Trabalho — CF, art. 114, **caput**. CC nº 6.925-4-PB. RSTJ 62/26.

PrCv Reclamação trabalhista — Servidor público municipal — Competência — Justiça do Trabalho. CC nº 5.662-4-PE. RSTJ 62/24.

Trbt Recolhimento antecipado — Importação — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Fato gerador — Decreto-Lei nº 406/68, art. 1º. REsp nº 20.557-1-RJ. RSTJ 62/220.

Trbt Recolhimento antecipado — Substituição tributária — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Ilegitimidade — Convênios nºs 66/88 e 107/89. REsp nº 37.361-1-SP. RSTJ 62/337.

Ct Recurso especial — Admissibilidade — Fundamento — CF, art. 105, III, **a** — Dissídio jurisprudencial — CF, art. 105, III, **c**. REsp nº 33.018-3-SP. RSTJ 62/294.

PrCv Recurso especial — Dissídio pretoriano — Tribunal Federal de Recursos — Paradigma — Prestabilidade para a sua comprovação — Desapropriação por interesse social — Reforma agrária — Indenização. REsp nº 24.893-4-RO. RSTJ 62/231.

- PrPn Recurso ministerial — Conversão de pena em multa — Prescrição. REsp nº 26.607-9-SP. RSTJ 62/242.
- PrCv Recurso ordinário — Mandado de segurança — Decisão judicial. RMS nº 724-0-SP. RSTJ 62/129.
- PrCv Recursos apropriados — Liquidação — Sentença — Homologação de cálculo — Atualização de valor. REsp nº 36.822-7-RJ. RSTJ 62/331.
- PrCv Recusa do devedor a apor a nota de ciência — Execução — Intimação de penhora — Testemunhas — Ausência — Mandado de segurança. RMS nº 3.014-3-RS. RSTJ 62/181.
- Adm Redução da carga horária — Professora aposentada — Lei nova — Aplicação equivocada — Correção feita pela própria administração. RMS nº 1.601-8-BA. RSTJ 62/149.
- PrCv Reforma agrária — Recurso especial — Dissídio pretoriano — Tribunal Federal de Recursos — Paradigma — Prestabilidade para a sua comprovação — Desapropriação por interesse social — Indenização. REsp nº 24.893-4-RO. RSTJ 62/231.
- Pn Regime aberto — Requisitos — Pena — Dissídio jurisprudencial — CP, art. 33, § 2º, c e § 3º c/c o art. 59. REsp nº 36.617-8-SC. RSTJ 62/325.
- PrCv Registro público — Ação de retificação de divisas — Lei nº 6.015/73, art. 213. REsp nº 6.009-0-MS. RSTJ 62/200.
- Adm Remoção por permuta — Serventia extrajudicial — Escrivã distrital e titular de ofício de cartório de imóveis — Lei de organização e divisão judiciária do Estado do Paraná — Ato condicionado à existência do interesse da justiça. RMS nº 1.751-5-PR. RSTJ 62/153.
- Cv Responsabilidade civil — Ação de indenização — Prescrição — Construtor — CC, art. 1.245. REsp nº 41.527-6-SP. RSTJ 62/393.
- PrCv Responsabilidade civil — Estrada de ferro — Passageiro vítima de assalto. REsp nº 30.992-3-RJ. RSTJ 62/271.
- PrCv Responsabilidade civil — Servidor público — Denúnciação à lixeira — CPC, art. 70, III. REsp nº 15.614-0-SP. RSTJ 62/216.
- PrCv Responsabilidade civil — Transporte — Furto de mercadoria — Ato de terceiro — Inexistência de conexão — Ausência do dever de ressarcir. REsp nº 38.891-0-SP. RSTJ 62/344.
- Cv Responsabilidade contratual — Prestação de serviço de vigilância — Força maior. REsp nº 40.866-0-SP. RSTJ 62/384.
- PrPn Réu preso — Excesso de prazo na formação da culpa — Constrangimento ilegal — CP, art. 155, § 4º. RHC nº 3.189-1-MS. RSTJ 62/107.

- PrCv Rol de testemunhas — Oferecimento tempestivo — Prova dispensável. REsp nº 39.427-9-SP. RSTJ 62/359.
- Pv Rurícola — Aposentadoria — Requisitos. REsp nº 40.838-5-SP. RSTJ 62/382.
- Pv Rurícola (bóia-fria) — Aposentadoria por velhice — Prova puramente testemunhal — Admissibilidade no caso concreto — Contestação abstrata e falta de contradita das testemunhas. REsp nº 42.667-7-SP. RSTJ 62/417.

S

- Cm Saída de sócio — Sociedade. REsp nº 33.458-9-SP. RSTJ 62/299.
- PrCv Sentença — Apelação — Divergência. REsp nº 26.539-7-RJ. RSTJ 62/240.
- Adm Serventia extrajudicial — Remoção por permuta — Escrivã distrital e titular de ofício de cartório de imóveis — Lei de organização e divisão judiciária do Estado do Paraná — Ato condicionado à existência do interesse da justiça. RMS nº 1.751-5-PR. RSTJ 62/153.
- Ct Servidores públicos federais — Competência — Reclamação trabalhista — Lei nº 8.112/90 — Justiça do Trabalho — CF, art. 114, **caput**. CC nº 6.925-4-PB. RSTJ 62/26.
- Adm Servidor público — Demissão — Arguição de nulidades. RMS nº 2.124-5-DF. RSTJ 62/167.
- PrCv Servidor público — Responsabilidade civil — Denúnciação à li-de — CPC, art. 70, III. REsp nº 15.614-0-SP. RSTJ 62/216.
- PrCv Servidor público municipal — Reclamação trabalhista — Competência — Justiça do Trabalho. CC nº 5.662-4-PE. RSTJ 62/24.
- Cm Sociedade — Saída de sócio. REsp nº 33.458-9-SP. RSTJ 62/299.
- Trbt Sociedade de profissionais liberais — Imposto sobre Serviços (ISS) — Decreto nº 406/68. REsp nº 4.673-0-SP. RSTJ 62/198.
- PrCv Sociedade de responsabilidade limitada — Embargos de terceiro — Legitimidade — Penhorabilidade de cotas. REsp nº 30.854-2-SP. RSTJ 62/250.
- PrCv Sucumbência — Extinção do processo sem julgamento do mérito. REsp nº 33.770-0-RJ. RSTJ 62/303.
- PrCv Sucumbência — Mandado de segurança — Honorários de advogados — Não cabimento. EREsp nº 880-2-RS. RSTJ 62/47.

- PrCv Súmula nº 74-TFR — Desapropriação indireta — Direito de ação — Prescrição — Coisa julgada — Juros compensatórios e moratórios — Cumulatividade — Anatocismo — Inocorrência — CC, art. 177 — CPC, art. 467 — Súmulas nºs 12 e 69-STJ. REsp nº 40.229-8-SP. RSTJ 62/370.
- PrCv Súmula nº 288-STF — Inaplicabilidade às instâncias ordinárias — Falta de peça de traslado obrigatório — Conversão em diligência — Divergência jurisprudencial. REsp nº 41.661-2-BA. RSTJ 62/399.
- PrCv Súmulas nºs 12 e 69-STJ — Desapropriação indireta — Direito de ação — Prescrição — Coisa julgada — Juros compensatórios e moratórios — Cumulatividade — Anatocismo — Inocorrência — CC, art. 177 — CPC, art. 467 — Súmula nº 74-TFR. REsp nº 40.229-8-SP. RSTJ 62/370.
- Ct Superior Tribunal de Justiça — Controle difuso da constitucionalidade das leis — CF, art. 97. AgRg no Ag nº 43.896-1-SP. RSTJ 62/17.
- PrPn Suspensão condicional da pena — Favor legal — CPP, art. 697. RHC nº 3.420-3-TO. RSTJ 62/117.

T

- Cv Tentativa de aquisição do imóvel — Usucapião — Ânimo de dono. REsp nº 24.238-5-GO. RSTJ 62/228.
- PrCv Testemunhas — Ausência — Execução — Intimação de penhora — Recusa do devedor a apor a nota de ciência — Mandado de segurança. RMS nº 3.014-3-RS. RSTJ 62/181.
- PrCv Título de crédito — Duplicata — Legitimidade para recorrer — CPC, art. 499. REsp nº 40.185-2-MG. RSTJ 62/364.
- PrCv Título executivo extrajudicial — Execução. REsp nº 46.261-4-MG. RSTJ 62/441.
- PrCv Título executivo extrajudicial — Execução com base em nota promissória — Contrato de abertura de crédito. REsp nº 31.737-3-MG. RSTJ 62/282.
- PrCv Título extrajudicial — Execução — Embargos do devedor. REsp nº 45.192-2-SC. RSTJ 62/433.
- PrPn Trancamento da ação penal — Crime contra os costumes — Ilegitimidade ativa **ad causam** do representante do *parquet* — Arguição. RHC nº 3.297-9-SC. RSTJ 62/112.

- PrCv Transporte — Responsabilidade civil — Furto de mercadoria — Ato de terceiro — Inexistência de conexão — Ausência do dever de ressarcir. REsp nº 38.891-0-SP. RSTJ 62/344.
- PrCv Tribunal Federal de Recursos — Paradigma — Prestabilidade para a sua comprovação — Recurso especial — Dissídio pretoriano — Desapropriação por interesse social — Reforma agrária — Indenização. REsp nº 24.893-4-RO. RSTJ 62/231.

U

- Cv Usucapião — Ânimo de dono — Tentativa de aquisição do imóvel. REsp nº 24.238-5-GO. RSTJ 62/228.

V

- Trbt Veículo automotor — Falta de guia ou documento equivalente — Importação — Denúncia espontânea. REsp nº 45.942-7-D^F RSTJ 62/435.
- Cv Venda realizada pelo mandante ao mandatário — Legitimidade de terceiro para pleitear a nulidade. REsp nº 32.104-2-PR. RSTJ 62/288.

DAG GRAFICA E EDITORIAL LTDA.
Av. N. Senhora do Ó, 1782, tel. 857-6044
Imprimiu
COM FILMES FORNECIDOS PELO EDITOR